

## Schutz vor rückwirkendem Recht kraft Unionsrechts

Von Clemens Latzel, München\*

*Zeit und Recht laufen selten synchron. Die Rechtslage für den heutigen Tag stellte sich aus gestriger Sicht anders dar, als aus morgiger Sicht, denn die Gerichte legen das Recht vornehmlich retrospektiv aus und erheben dabei regelmäßig den Anspruch, nur das zu benennen, was jeder schon prospektiv erkennen musste.<sup>1</sup> Auch der Gesetzgeber versucht bisweilen (vornehmlich bei fiskalischem Interesse<sup>2</sup>) die Rechtslage rückwirkend „klarzustellen“.<sup>3</sup> Für den Rechtsunterworfenen macht es freilich keinen Unterschied, wer rückwirkend die Rechtslage ändert<sup>4</sup> – sein Bemühen um rechtstreues Verhalten kann durch jedes rückwirkende Recht torpediert werden. Während hierzulande die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes eher „flexibel“ gehandhabt werden, verspricht das Unionsrecht den prospektiv agierenden Rechtsunterworfenen eine sicherere Rechtslage.*

### I. Retrospektive Rechtsfindung: strikt oder empathisch

Die Gerichte legen in aller Regel *ex post* nur deklaratorisch aus, was ohnehin im Gesetz steht. Wie die Rechtsunterworfenen *ex ante* zur selben Rechtseinschätzung kommen sollten, bleibt ihr Problem.<sup>5</sup> Nun kommt es vor, dass das anwendbare Gesetz mehrdeutig ist oder sogar ganz fehlt, sodass die verbindliche Rechtslage (nicht nur eine vertretbare Gesetzesauslegung) *ex ante* nicht zu ermitteln ist. Zwei

\* Dr. Clemens Latzel ist Habilitand am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

1 Grds. trifft den Schuldner das Risiko, die Rechtslage zu verkennen, d.h. es geht zu seinen Lasten, wenn er nur mit der Möglichkeit rechnen musste, dass die Gerichte einen anderen Rechtsstandpunkt einnehmen als er selbst. Während die vorsätzliche Haftung bereits bei einfachem Rechtsirrtum entfällt, ist die Haftung wegen Fahrlässigkeit nur bei unvermeidbarem (unverschuldetem) Rechtsirrtum ausgeschlossen, wofür der Schuldner die Rechtslage sorgfältig zu prüfen, soweit erforderlich, Rechtsrat einzuholen und die höchstrichterliche Rspr. sorgfältig zu beachten hat, BGH v. 29.6.2010 – XI ZR 308/09 (Kickback), NJW 2010, S. 2339, Rn. 3. Ob ein Rechtsanwalt auf den Fortbestand höchstrichterlicher Rspr. vertrauen darf, hängt davon ab, „mit welchem Grad an Deutlichkeit (Evidenz) eine neue Rechtsentwicklung in eine bestimmte Richtung weist und eine neue Antwort auf eine bisher anders entschiedene Frage nahelegt“, BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 211/92, NJW 1993, S. 3323, 3324 f..

2 Zur Rückwirkung der Nichtanwendungsgesetze im Steuerrecht *W. Birkenfeld* u.a., Fragen zur künftigen Entwicklung der BVerfG Rechtsprechung zur Rückwirkung von Nichtanwendungsgesetzen, DB 2015, S. 513 ff.

3 Vgl. BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (Teilwertabschreibung), JZ 2014, S. 510.

4 Einsichtig BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 15/06, juris, Rn. 9: Der Rechtsunterworfenen „wird nicht unterscheiden müssen – und auch nicht können –, ob sich die Rechtslage direkt aus der Norm erschließt oder sich aus den Konkretisierungen der Rechtsprechung ergibt“; ebenso *C. Bittner*, Höchstgerichtliche Anknüpfungsrechtsprechung – Rechtsfortbildung ins Ungewisse?, JZ 2013, S. 645, 647; *O. Lepsius*, Zur Neubegründung des Rückwirkungsverbots aus der Gewaltenteilung, JZ 2014, S. 488, 491; *F. Maultzsch*, Das Zeitelement in der richterlichen Fortbildung des deutschen Rechts, *RabelsZ* 2015, S. 322, 363 f.: Die Idee einer »bloßen« besseren Rechtskenntnis«*[droht]* zur Fiktion zu werden.

5 Anschaulich BGH v. 9.7.1968 – GSZ 2/67 (Haushaltsführung), BGHZ 50, 304 = NJW 1968, S. 182; dazu *G. Hager*, Rechtsmethoden in Europa, 2009, 4. Kap., Rn. 236; zu möglichen Gründen für Rechtsprechungsänderungen *F. Maultzsch* (Fn. 4), S. 322, 336 ff.

Beispiele aus der Rechtsprechung des BAG zeigen mögliche Umgangsformen mit unvollkommenen Gesetzeslagen.

## 1. Empathische Rechtsfindung: BAG zu Massenentlassungen

Das BAG kann sich in die Lage der Rechtsunterworfenen versetzen, wie es bei der Anzeigepflicht von Massenentlassungen bewiesen hat. Der Entlassungsbegriff in § 17 KSchG kann nur zwei Bedeutungen haben: Entweder meint er den Ausspruch der Kündigungserklärung oder das tatsächliche Ende des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf der Kündigungsfrist (Kündigungstermin). Das BAG hatte schon früh die „Entlassung“ als *Kündigungstermin* ausgelegt.<sup>6</sup> Eine Massenentlassung musste daher erst vor dem Ablauf der Kündigungsfristen der Agentur für Arbeit angezeigt werden. Im Jahre 2006 legte dann das BAG die „Entlassung“ als *Kündigungserklärung* aus.<sup>7</sup>

Was war geschehen? Im Jahre 2005 hatte der *EuGH* entschieden, dass die dem § 17 KSchG zugrunde liegende Massenentlassungsrichtlinie mit „Entlassung“ die Kündigungserklärung meint.<sup>8</sup> Das BAG hat diese neue Erkenntnis aber nicht zurückwirken lassen und damit etwa alle in der Vergangenheit fälschlicherweise nicht angezeigten (und noch nicht rechtswirksamen) Massenentlassungen unwirksam gemacht, obwohl der Gesetzeswortlaut die neue Auslegung schon immer zuließ. Eine Rechtsprechungsänderung dürfe, so das BAG, einer Partei nicht rückwirkend Handlungspflichten auferlegen, die sie nachträglich nicht mehr erfüllen kann. Es sei deshalb Vertrauensschutz zu gewähren und die neue Rechtsprechung – jedenfalls bis zur Bekanntgabe der *EuGH*-Entscheidung – nicht auf Altfälle anzuwenden.<sup>9</sup>

## 2. Strikte Rechtserkenntnis: BAG zu tariffähigen Spitzenorganisationen

Soviel Verständnis für die Nöte der Rechtsunterworfenen sucht man in Erfurt vergebens, wenn die Rechtslage nicht gesetzlich, sondern vornehmlich durch (lückenhafte) Rechtsprechung geprägt ist,<sup>10</sup> wie bei den Anforderungen an tariffähige Spitzenorganisationen: Das Gesetz besagt dazu nur, dass Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden als „Spitzenorganisationen“ entweder im Namen ihrer Verbände (§ 2 Abs. 2 TVG) oder im eigenen Namen (§ 2 Abs. 3 TVG) Tarifverträge abschließen können; in erstem Fall brauchen sie eine entsprechende Vollmacht, im zweiten Fall muss der Abschluss von Tarifverträgen zu ihren satzungsgemäßen Aufgaben gehören. Die Praxis kam damit jahrzehnte-

6 BAG v. 6.12.1973 – 2 AZR 10/73, NJW 1974, S. 1263 f.; BAG v. 18.9.2003 – 2 AZR 79/02, NZA 2004, S. 375, 379 ff.

7 BAG v. 23.3.2006 – 2 AZR 343/05, NZA 2006, S. 971.

8 *EuGH*, Urteil v. 27.1.2005, Rs. C-188/03 (Junk), *EuZW* 2005, S. 145, Rn. 39.

9 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 15/06, juris, Rn. 9 ff. – dazu unten III.4., S. 437.

10 Zum verunglückten Vertrauensschutz im Zuge der geänderten Auslegung von Bezugnahme Klauseln unten III.2.c)bb), S. 434 mit Fn. 168.

lang ganz gut zurecht, bis das BAG im Jahre 2010 plötzlich einige neue Anforderungen „erkannte“: Alle Mitgliedsverbände von Spitzenorganisationen müssen selbst tariffähig sein<sup>11</sup> und ihre Tariffähigkeit der Spitzenorganisation vollständig vermitteln, sich in ihrem Organisationsbereich also vollständig miteinander verbinden.<sup>12</sup> Die satzungsgemäße Tarifzuständigkeit der Spitzenorganisation darf auch nicht über die Organisationsbereiche ihrer Mitglieder hinausreichen.<sup>13</sup> Die Geltung dieser neuen Anforderungen hat das BAG zeitlich nicht beschränkt<sup>14</sup> – sie galten also schon seit Inkrafttreten des TVG im Jahre 1949, nur hatte sie bislang noch niemand erkannt.<sup>15</sup> Selbst wenn sich eine „herrschende Lehre“ herausgebildet hätte, hätte sie den um Rechtstreue bemühten Rechtsunterworfenen nichts genützt: „Die bloße Erwartung, das BAG werde eine von ihm noch nicht geklärte Rechtsfrage in einem bestimmten Sinne, etwa entsprechend im Schrifttum geäußelter Auffassungen, entscheiden, vermag einen Vertrauenstatbestand nicht zu begründen“.<sup>16</sup> Wer Tarifverträge mit einer Spitzenorganisation schloss, die zwar den Buchstaben des TVG, aber nicht den rückwirkend „erkannten“ Anforderungen des BAG genügte, hatte also Pech.<sup>17</sup>

### 3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund und Folgerungen

Beide Vorgehensweisen vermitteln eine Botschaft: Solange das BAG eine Rechtsfrage nicht entschieden hat, ist mit *allem* (diesseits wie jenseits des Wortlauts) zu rechnen – auch noch nach Jahrzehnten. Nur der Rechtsprechung ist zu vertrauen, nicht der Literatur oder dem Gesetz. Ein Vorwurf ist aber –bis auf die Verkennung unionsrechtlicher Maßstäbe in beiden Fällen<sup>18</sup> – weniger dem BAG zu machen, denn es kann sich auf die restriktive Linie des *BVerfG* berufen, wonach die Rechtsunterworfenen nur nicht „durch die rückwirkende Beseitigung er-

11 BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 (CGZP), NZA 2011, S. 289, Rn. 72 ff.

12 BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 (CGZP), NZA 2011, S. 289, Rn. 76 ff.

13 BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 (CGZP), NZA 2011, S. 289, Rn. 84 ff.

14 BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 23 ff.; BAG v. 28.5.2014 – 5 AZR 423/12, juris, Rn. 19 ff.; Verfassungsbeschwerde gegen die Rückwirkung nicht zur Entscheidung angenommen durch BVerfG (Kammer) v. 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, NZA 2015, 757.

15 *R.Giesen*, Arbeits- und beitragsrechtliche Folgen der CGZP-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts, 2011, S. 33 ff.; *M.Lembke*, Der CGZP-Beschluss des BAG vom 14. 12. 2010 und seine Folgen, NZA-Beil. 2012, S. 66, 67; *M.Löwisch/V.Rieble*, TVG, 3. Aufl. 2012, § 2, Rn. 294 ff.; *V.Rieble*, CGZP-Tariffähigkeit und Vertrauensschutz, BB 2012, S. 2945; vgl. *M.Franzen*, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 2 TVG, Rn. 29 ff. Einzig das Erfordernis der Tariffähigkeit aller Teilverbände wurde diskutiert, *M.Löwisch/V.Rieble*, TVG, 2. Aufl. 2004, § 2, Rn. 109 ff.

16 BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 24; bestätigt durch BVerfG (Kammer) v. 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, NZA 2015, 757 Rn. 16.

17 Dass die Tariffähigkeit der verfahrensgegenständlichen Spitzenorganisation CGZP aus anderen Gründen zweifelhaft war, ist hier ohne Belang (aber unten II.3., S. 430), weil ihr das BAG nur aufgrund der neuen Anforderungen die Tariffähigkeit absprach, BAG v. 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 (CGZP), NZA 2011, S. 289, Rn. 94 ff.; a.A. BVerfG (Kammer) v. 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, NZA 2015, 757 Rn. 17: »Allein der Umstand, dass die genaue Begründung des BAG nicht ohne weiteres vorhersehbar war, begründet keinen verfassungsrechtlich zu berücksichtigenden Vertrauensschutz«; zum Kontext *P. M.Ludwig*, Von der Liberalisierung zur Überregulierung – Neue Rahmenbedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung, in: Latzel/Picker (Hrsg.), Neue Arbeitswelt, 2013, S. 161 ff.

18 Zur Fall der Massenentlassung unten III.4., S. 437, zum Fall der Spitzenorganisationen unten II.3., S. 430.

worbener Rechte“ in ihrem Vertrauen auf die Verlässlichkeit der Rechtsordnung enttäuscht werden sollen.<sup>19</sup> Welche Rechte aber überhaupt *erworben* werden (sprich: welche Umstände „schutzwürdiges“ Vertrauen begründen), entscheiden allein die Gerichte: „Zur verbindlichen Auslegung einer Norm ist letztlich in aller Regel die rechtsprechende Gewalt berufen“<sup>20</sup> und solange ihre höchsten Vertreter nicht eine Norm in einem bestimmten Sinne ausgelegt haben, gibt es keine vertrauenswürdige Rechtslage –ständige Verwaltungspraxis und einhellige Instanzenrechtsprechung hin oder her.<sup>21</sup> Und die höchstrichterliche Rechtsprechung muss ihrerseits auch noch *gefestigt* sein,<sup>22</sup> weshalb die Rechtsunterworfenen solange mit allem rechnen müssen, wie Praxis und Instanzgerichte eine bundesgerichtliche Rechtsprechung fortwährend kritisieren.<sup>23</sup>

Gesetze sind auch nicht einfach kraft Bundestagsbeschluss, Ausfertigung durch den Bundespräsidenten und Verkündung im Bundesgesetzblatt vertrauenswürdig. Nein, sie müssen bei objektiver Betrachtung *besonders geeignet* sein, „ein Vertrauen der betroffenen Personengruppe auf ihren Fortbestand zu begründen“.<sup>24</sup> Das ist aber nicht wörtlich zu nehmen, denn mit „Fortbestand“ ist nicht nur die Weitergeltung des heutigen Rechts in der Zukunft, sondern auch – und darin liegt der Sündenfall – der „Bestand des geltenden Rechts für vergangene Zeiträume“ gemeint!<sup>25</sup> Sobald die Betroffenen „bei einer verständigen Vorausschau“ mit *irgendeiner* Rechtsänderung rechnen können, kann jedes Recht auf diesen Zeitpunkt zurückwirken.<sup>26</sup> Der Grundstein dieser Rechtsprechungslinie war an sich harmlos, weil der Bundestag seinerzeit die betreffende Gesetzesänderung rechtzeitig vor ihrem intendierten Wirksamwerden beschlossen hatte, sie nur wegen verspäteter Verkündung im Bundesgesetzblatt um einen Monat zurückwirkte und der Beschwerdeführer ohnehin schon direkt nach dem Bundestagsbeschluss Verfassungsbeschwerde erhoben hatte.<sup>27</sup> Doch 60 Jahre Entkontextualisierung und

19 BVerfG v. 20.2.2002 – 1 BvL 19/97 u.a. (BeschäftigungsförderungsG), NVwZ 2002, S. 1101; BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), EuZW 2010, S. 828, Rn. 81; zust. *L. Brocker*, Rechtsprechungsänderung und Vertrauensschutz, NJW 2012, S. 2996 ff.

20 BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (Teilwertabschreibung), JZ 2014, S. 510, Rn. 48.

21 BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 394.

22 BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 394 f.; BVerfG (Kammer) v. 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, NZA 2015, 757 Rn. 13.

23 BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 395 f.

24 BVerfG v. 20.10.1971 – 1 BvR 757/66 („Österreichfälle“), BVerfGE 32, 111, 123; BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 393; ebenso bereits BVerfG v. 27.6.1961 – 1 BvL 26/58 (Kapitalentschädigung), BVerfGE 13, 39, 46; krit. *L. Michael*, Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen, JZ 2015, S. 425, 428; Das BVerfG untergräbt durch seine Rückwirkungsrechtsprechung das Vertrauen in einen Gesetzesstaat, wenn „nicht mehr geltende Gesetze, sondern die politische Windrichtung“ die Vertrauensgrundlage bildet; hingegen muss nach *O. Lepsius*, Brauchen wir einen Schutz des abstrakten Vertrauens in die Geltung von Gesetzen?, JZ 2015, S. 435, 437, Gesetzesvertrauen stets mit politischen Änderungsinteressen abgewogen werden.

25 BVerfG v. 25.5.1993 – 1 BvR 1509/91 u.a. (DDR-Baukredite), BVerfGE 88, 384, 404; BVerfG v. 15.10.1996 – 1 BvL 44/92 u.a. (Mietpreisbindung), BVerfGE 95, 64, 86 f.; BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 393.

26 BVerfG v. 30.4.1952 – 1 BvR 14/52 u.a. (Altersgrenze Schornsteinfeger), BVerfGE 1, 264, 280.

27 BVerfG v. 30.4.1952 – 1 BvR 14/52 u.a. (Altersgrenze Schornsteinfeger), BVerfGE 1, 264, 268, 280.

Extrapolierung haben ganze Arbeit geleistet<sup>28</sup> und schon darf der gestrige Blick auf die gestrige Rechtslage nur noch dann der heutige Blick auf die gestrige Rechtslage bleiben, wenn sich insofern überhaupt „schutzwürdiges“ Vertrauen *gebildet* hat. Hinderlich können insofern schon unterschiedliche Auffassungen in der Literatur sein<sup>29</sup> und die Rechtsunterworfenen sogar ein Jahrzehnt lang um die „Schutzwürdigkeit“ ihres Vertrauens in eine ständige und gesetzestreue BGH-Rechtsprechung bringen.<sup>30</sup>

Die Motive für dieses flexible Verständnis von „Rechtssicherheit“ sind klar: Gesetzes- wie Richterrechtsoll möglichst weit zurückwirken können, um auf nicht vorhergesehene Entwicklungen opportun reagieren zu können.<sup>31</sup> Liegt die „Tragik des Gesetzgebers“ darin, dass jedes Gesetz aus den Anschauungen der Vergangenheit geboren wird, aber für die Zukunft gelten soll, und somit aus dem „Kreuz des Gesetzgebers“ die „Krone des Richters“ wird,<sup>32</sup> darf letzterer mit seiner retrospektiven Rechtsfindung nicht zum Kreuz der prospektiv agierenden Rechtsunterworfenen werden.<sup>33</sup> Eine Abkehr des BVerfG von seiner Rückwirkungsdogmatik ist nicht absehbar,<sup>34</sup> aber ihre Relevanz schwindet dank der fortschreitenden Europäisierung des Rechts.

## II. Unionsrechtlicher Schutz vor rückwirkendem Recht

Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung einen allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit an, der als Teil der Unionsrechtsordnung (Art. 6 Abs. 3 EUV) nicht nur von den Unionsorganen, sondern auch von den Mitgliedstaaten bei allen Maßnahmen im Anwendungsbereich des Unionsrechts beachtet werden muss.<sup>35</sup>

28 Eingehend zur manipulativen Macht vermeintlich universeller verfassungsrechtlicher Maßstäbe *O. Lepsius*, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159, 171 ff.; *ders.* (Fn. 4), S. 496 ff.

29 BVerfG v. 21.7.2010 – 1 BvL 11/06 (Fremdrenten), BVerfGE 126, 369, 395 f.: die Wissenschaft kann „nicht außer Betracht bleiben“.

30 BVerfG (Kammer) v. 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a. (Haustürwiderruf), EuZW 2012, S. 196, Rn. 66.

31 Vgl. *O. Lepsius* (Fn. 24), S. 440: „Die Gesetzgebung auf Zukunftsfragen zu beschränken, [...] wird weder der politischen Selbstbestimmung einer Gesellschaft noch der sozialen, wirtschaftlichen und technischen Dynamik oder dem Wandel der Lebensumstände gerecht“.

32 *H. Hubmann*, Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, S. 521, der nicht ahnen konnte, dass das BVerfG einst dem Richter sogar das *Monopol* über die authentische Gesetzesinterpretation einräumen würde, BVerfG v. 17.12.2013 – 1 BvL 5/08 (Teilwertabschreibung), JZ 2014, S. 510 mit abl. Sondervotum *J. Masing*, ebenso abl. *O. Lepsius* (Fn. 4), S. 488 ff.; hingegen dem BVerfG i.E. zust. *L. Michael* (Fn. 24), S. 425 ff.

33 Das hat auch *H. Hubmann* (Fn. 32), S. 528, gesehen und deshalb bessere Gesetze gefordert.

34 Jüngst etwa BVerfG (Kammer) v. 25.4.2015 – 1 BvR 2314/12, NZA 2015, 757; hoffnungsvoll nur *L. Michael* (Fn. 24), S. 428; hingegen hält *O. Lepsius* (Fn. 24), S. 440 die „überkommene Rückwirkungsrechtsprechung“ für eine „tragfähige Lösung“, die zu „sinnvollen Einzelergebnissen“ führt; ähnlich *L. Brocker* (Fn. ), NJW 2012, S. 2996 (3000).

35 EuGH, Urteil v. 21.9.1983, verb. Rs. 205/82 u.a. (Deutsche Milchkontor), Slg. 1983, 2633, Rn. 30; EuGH, Urteil v. 3.12.1998, Rs. C-381/97 (Belgocodex), Slg. 1998, I-8153, Rn. 26; EuGH, Urteil v. 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), EuZW 2005, S. 532, Rn. 32; EuGH, Urteil v. 21.2.2008, Rs. C-271/06 (Netto), Slg. 2008, I-771, Rn. 18; EuGH, Urteil v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuZW 2014, S. 620, Rn. 125; vgl. bereits EuGH, Urteil v. 10.7.1957, verb. Rs. 7/56 u.a. (Algera), Slg. 1957, 91, 118 f.

## 1. Anwendungsbereich unionsrechtlicher Rechtssicherheit

Im Gegensatz zu den materiell-spezifischen Grundsätzen (vor allem Grundrechten) des Unionsrechts, die den Harmonisierungsschranken verpflichtet und daher individuell aktivierungsbedürftig sind, gelten *universelle* Grundsätze wie die der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit für die Mitgliedstaaten (und ihre Gerichte) immer, wenn und soweit ein Sachverhalt irgendwie unionsrechtlich determiniert ist.<sup>36</sup> Es gibt keinen Fall, der unter das Unionsrecht fällt, ohne dass dessen universelle Grundsätze anwendbar wären.<sup>37</sup>

### a) Verpflichtung der Mitgliedstaaten

Für eine unionsrechtliche Determinierung muss zwischen einem Unionsrechtsakt und einer nationalen Maßnahme ein Zusammenhang bestehen, „der darüber hinausgeht, dass die fraglichen Sachbereiche benachbart sind oder der eine von ihnen mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann“<sup>38</sup>. Erforderlich ist, dass die Union den Mitgliedstaaten eine „bestimmte Verpflichtung“ auferlegt.<sup>39</sup> Bloße Programmsätze und Politikziele der Union genügen ohne (sekundärrechtliche) Aktivierung nicht.

### b) Sekundärrechtliche Determination

Vor allem die Pflichten aus dem Sekundärrecht unterstellen weite Teile des nationalen Rechts den universellen unionsrechtlichen Grundsätzen und damit auch der Rechtssicherheit. Mit Ablauf ihrer Umsetzungsfrist zieht eine Richtlinie jedes nationale Recht, das einen von der Richtlinie geregelten Bereich betrifft, in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.<sup>40</sup> Schon ab Bekanntgabe einer Richtlinie sind die Mitgliedstaaten gehalten, alles zu unterlassen, was die Erreichung der Richtlinienziele gefährden könnte<sup>41</sup>; damit geht indes die Bindung an unionsrechtliche Grundsätze nur einher, soweit das nationale Recht bereits der Richtlinie entspricht.<sup>42</sup>

36 EuGH, Urteil v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), NVwZ 2014, S. 575, Rn. 34 f.: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt für jede nationale Regelung, „die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt oder dieses durchführt“.

37 EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Fransson), EuZW 2013, S. 302, Rn. 21; EuGH, Urteil v. 15.1.2014, Rs. C-176/12 (AMS), NZA 2014, S. 193, Rn. 42; EuGH, Urteil v. 5.2.2015, Rs. C-117/14 (Pocłava), EuZW 2015, 439 Rn. 29; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 18.6.1991, Rs. C-260/89 (ERT), EuZW 1991, S. 507 Rn. 42.

38 EuGH, Urteil v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 (Hernández), EuZW 2014, S. 795, Rn. 34.

39 EuGH, Urteil v. 13.6.1996, Rs. C-144/95 (Maurin), Slg. 1996, I-2909, Rn. 11 f.; EuGH, Urteil v. 6.3.2014, Rs. C-206/13 (Siragusa), NVwZ 2014, S. 575, Rn. 26 f.; EuGH, Urteil v. 10.7.2014, Rs. C-198/13 (Hernández), EuZW 2014, S. 795, Rn. 35.

40 EuGH (Große Kammer), Urteil v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Küçükdeveci), EuZW 2010, S. 177, Rn. 25.

41 EuGH, Urteil v. 18.12.1997, Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), EuZW 1998, S. 167, Rn. 45; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), EuZW 2006, S. 730, Rn. 119 ff.

42 EuGH, Urteil v. 17.1.2008, Rs. C-246/06 (Navarro), EuZW 2008, S. 185, Rn. 32 ff.

Über den materiellen Gehalt des Sekundärrechts hinaus sind auch alle damit verbundenen Umsetzungs- und Rechtsschutzmechanismen unionsrechtlich determiniert. Diese Kollateralverpflichtungen werden oft übersehen, wirken aber weit in die nationalen Rechtsordnungen hinein, weil alle unionsrechtlichen Pflichten zwar nach nationalem Verfahrensrecht, aber gemäß dem unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgebot vollzogen<sup>43</sup> und Rechtsverstöße stets „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sanktioniert werden müssen.<sup>44</sup> Obgleich der EuGH die Kontrolle der nationalen Rechtsordnung anhand dieser Prinzipien grundsätzlich den nationalen Gerichten überlässt<sup>45</sup>, macht er doch im Einzelfall sehr konkrete Vorgaben: Auch wenn der EU/EG die Kompetenz für Bußgeldverfahren fehlt, überführt die Richtlinie zur amtlichen Lebensmittelüberwachung „die anwendbaren nationalen Beweisregeln in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts“.<sup>46</sup> Ebenso unterliegt nationales Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfrecht trotz Art. 153 Abs. 5 AEUV prinzipiell<sup>47</sup> dem Unionsrecht, wenn ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung einer Richtlinie Sozialpartner einschaltet<sup>48</sup> oder Arbeitskämpfe die Grundfreiheiten beeinträchtigen.<sup>49</sup>

### c) Primärrechtliche Determination

Im Übrigen gelten die universellen Grundsätze des Unionsrechts bei allen wirtschaftlichen Sachverhalten mit grenzüberschreitendem Bezug, weil sie insofern in den beinahe flächendeckenden Anwendungsbereich der Grundfreiheiten fallen<sup>50</sup> und damit den Mitgliedstaaten „bestimmte Verpflichtungen“ auferlegen. Die Anforderungen an grenzüberschreitende Bezüge sind nicht besonders hoch; es genügt ein rein *rechtlicher* Grenzübertritt. Auf eine Freiheitsbeeinträchtigung kommt es nicht an,<sup>51</sup> nur die Unionsbürgerschaft verpflichtet die Mitgliedstaaten

43 EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 u.a. (Manfredi), EuZW 2006, S. 529, Rn. 62; EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 (Donau Chemie), EuZW 2013, S. 586, Rn. 27; EuGH, Urteil v. 5.6.2014, Rs. C-557/12 (Kone), EuZW 2014, S. 586, Rn. 24 f.; R. Streinz, Europarecht, 9. Aufl. 2012, Rn. 593 ff.

44 EuGH, Urteil v. 3.5.2005, Rs. C-387/02 (Berlusconi), EuZW 2005, S. 369, Rn. 65; EuGH, Urteil v. 19.12.2013, Rs. C-174/12 (Hirrmann), EuZW 2014, S. 223, Rn. 39; EuGH, Urteil v. 27.3.2014, Rs. C-565/12 (LCL), EuZW 2014, S. 514, Rn. 44; R. Streinz (Fn. ), Rn. 486.

45 EuGH, Urteil v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04 u.a. (Manfredi), EuZW 2006, S. 529, Rn. 62; EuGH, Urteil v. 6.6.2013, Rs. C-536/11 (Donau Chemie), EuZW 2013, S. 586, Rn. 27.

46 EuGH, Urteil v. 10.4.2003, Rs. C-276/01 (Steffensen), EuZW 2003, S. 666, Rn. 71.

47 Die Harmonisierungssperre kann allenfalls die Tiefe der materiellen Anforderungen aus Art. 28 GRC (Recht auf Kollektivverhandlungen und -maßnahmen) beschränken, was aber Art. 52 Abs. 3 GRC i.V.m. Art. 11 EMRK erschwert.

48 EuGH, Urteil v. 8.9.2011, verb. Rs. C-297/10 u.a. (Hennigs), NZA 2011, S. 1100, Rn. 62 ff.

49 EuGH, Urteil v. 11.12.2007, Rs. C-438/05 (Viking), EuZW 2008, S. 246, Rn. 41 ff.; EuGH, Urteil v. 18.12.2007, Rs. C-341/05 (Laval), NZA 2008, S. 159, Rn. 87 ff.

50 *D.Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889, 893.

51 EuGH, Urteil v. 1.4.2008, Rs. C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française), Slg. 2008, I-1683, Rn. 52.

und öffnet damit den Anwendungsbereich des Unionsrechts erst, wenn ein Unionsbürger in seiner Freizügigkeit „qualifiziert beeinträchtigt“ wird.<sup>52</sup>

## 2. Anforderungen unionsrechtlicher Rechtssicherheit

Unter welchen unionsrechtlichen Maßgaben darf Recht zurückwirken?

### a) Rechtsklarheit im Interesse der Rechtsunterworfenen

Oberste Maxime der Rechtssicherheit ist die Rechtsklarheit. Der EuGH verlangt, dass Rechtsvorschriften so klar und bestimmt sind, dass ihre Anwendung für die Rechtsunterworfenen voraussehbar ist.<sup>53</sup> Vor allem müssen die Rechtsunterworfenen „eindeutig erkennen“ können, welche Rechte und Pflichten für sie aus den Regelungen folgen, sodass sie sich darauf einstellen können.<sup>54</sup> Das gilt in besonderem Maße, wenn sich Regelungen für die Betroffenen finanziell belastend auswirken können<sup>55</sup>: Steuerpflichtige müssen „ihre steuerlichen Verpflichtungen kennen, bevor sie ein Geschäft abschließen“.<sup>56</sup> Der Leitgedanke ist unverkennbar: Das Recht und seine Anwendung muss für die prospektiv agierenden *Rechtsunterworfenen* vorhersehbar sein.<sup>57</sup>

Die Rechtsklarheit kann ein Mitgliedstaat bereits dadurch verletzen, dass er Unionsrecht mit unklarem oder unbestimmtem Recht durchführt. Zwar kann nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltung hinreichend verbindliches und bestimmtes Recht setzen, selbst wenn es nur über die Presse publiziert wird.<sup>58</sup> Indes reicht keine „bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt gemacht wird, [...] da die betroffenen Rechtssubjekte über den Umfang ihrer Rechte in einem gemeinschaftsrechtlich geregelten Bereich im Ungewissen gelassen werden“.<sup>59</sup> Komplexe und schwer verständliche Regelungen sind zulässig, soweit die Komplexität der Materie geschuldet ist und die Betroffenen „bei sorgfältiger Prüfung“ Sinn und Aus-

52 Eingehend *J.Heuer*, Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRCh: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, 2014, S. 266 ff.

53 EuGH, Urteil v. 15.2.1996, Rs. C-63/93 (Duff), Slg. 1996, I-569 Rn. 20; EuGH (Große Kammer), Urteil v. 7.6.2005, Rs. C-17/03 (VEMW), EuZW 2005, S. 695 Rn. 80; EuGH (Große Kammer), Urteil v. 14.9.2010, Rs. C-550/07 P (Akzo), EuZW 2010, S. 778 Rn. 100; EuGH, Urteil v. 12.2.2015, Rs. C-48/14 (Parlament/Rat), EuZW 2015, 230 Rn. 45; EuGH, Urteil v. 11.6.2015, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), curia.eu Rn. 77.

54 EuGH, Urteil v. 29.3.2011, verb. Rs. C-201/09 P u.a. (ArcelorMittal), Slg. 2011, I-2239, Rn. 68; EuGH, Urteil v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuZW 2014, S. 620, Rn. 128; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 9.7.1981, Rs. C-169/80 (Gondrand Frères), Slg. 1981, 1931, Rn. 17.

55 EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343, Rn. 46.

56 EuGH, Urteil v. 9.10.2014, Rs. C-492/13 (EOOD), RIW 2015, S. 159, Rn. 29.

57 *A. von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 499 f. Die Rechtsunterworfenen blendet *O. Lepsius* (Fn. 24), S. 440, bei seiner staatsrechtlichen Rückwirkungsbetrachtung aus: „In einer demokratisch erzeugten Rechtsordnung aber ist die Zementierung des Rechts durch Zeitablauf [...] kein Wert und auch nicht sinnvoll“.

58 EuGH, Urteil v. 20.6.2002, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rn. 50 f.

59 EuGH, Urteil v. 20.6.2002, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rn. 47.

wirkungen der Rechtsanwendung erkennen können.<sup>60</sup> Straf- wie öffentlich-rechtliche Sanktionen dürfen Rechtsunterworfenen nur auferlegt werden, wenn sie auf einer „klaren und unzweideutigen Rechtsgrundlage“ beruhen.<sup>61</sup>

### b) Rechtsklarheit bei der Richtlinienumsetzung

Rechtssicherheit und Rechtsklarheit manifestieren sich insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht.<sup>62</sup> Sobald nationales Recht in den Anwendungsbereich *irgendwelchen* Unionsrechts fällt (Unionsrecht durchführt), muss es dem Grundsatz der Rechtssicherheit entsprechen, und soweit nationales Recht in den materiellen Regelungsbereich von *Richtlinien* fällt (Unionsrecht umsetzt), muss es auch den spezielleren, vom EuGH entwickelten Transparenzkriterien genügen.<sup>63</sup>

#### aa) Anforderungen an transparente Richtlinienumsetzung

Richtlinien sind gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV zwar für die Mitgliedstaaten nur hinsichtlich ihrer Ziele verbindlich, doch ist die Form- und Mittelwahlfreiheit der Mitgliedstaaten stark beschränkt. Der EuGH erachtet es für „unerlässlich“, dass das nationale Recht nicht nur (materiell) die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet, sondern das auch (formell) „hinreichend bestimmt und klar“, sodass die Rechtsunterworfenen von allen ihren Rechten Kenntnis erlangen und diese vor den nationalen Gerichten geltend machen können.<sup>64</sup>

#### bb) Richtlinienumsetzung durch gesetzesfundiertes Richterrecht

Die Transparenzanforderungen können einer Richtlinienumsetzung durch Richterrecht und damit auch seiner tendenziellen Rückwirkung entgegenstehen. Es muss allerdings nicht jede Richtlinie bis ins letzte Detail in die nationalen Gesetzbücher übertragen werden. Vorbehaltlich besonderer Anforderungen im Einzelfall kann Richtlinie auch durch einen allgemeinen rechtlichen Kontext Genüge getan sein,<sup>65</sup> sofern er dem Einzelnen hinreichend bestimmt und klar seine Rechte offenlegt und durchzusetzen erlaubt.<sup>66</sup> Selbst wenn Richtlinien den Erlass

60 EuGH, Urteil v. 17.7.1997, Rs. C-354/95 (National Farmers' Union), EuZW 1998, S. 182, Rn. 58.

61 EuGH, Urteil v. 16.3.2006, Rs. C-94/05 (Emsland-Stärke), Slg. 2006, I-2619, Rn. 44; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 25.9.1984, Rs. 117/83 (Könecke), Slg. 1984, 3291, Rn. 11.

62 Für diese dogmatische Zuordnung sprechen EuGH, Urteil v. 9.9.1999, Rs. C-217/97 (Kommission/Deutschland), EuZW 1999, S. 763, Rn. 34: „[...] daß die Rechtssicherheit garantiert ist“ und EuGH, Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-151/12 (Kommission/Spanien), curia.eu, Rn. 26: „[...] um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen“.

63 Zur (geringen) drittschützenden Wirkung unten III.2.b), S. 433.

64 EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), EuZW 2001, S. 437, Rn. 17; in diesem Sinne auch EuGH, Urteil v. 23.3.1995, Rs. C-365/93 (Kommission/Griechenland), Slg. 1995, I-499, Rn. 9 und EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), EuZW 2012, S. 459, Rn. 60.

65 EuGH, Urteil v. 23.5.1985, Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 1661, Rn. 22 f.; EuGH, Urteil v. 26.6.2003, Rs. C-233/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-6625, Rn. 76.

66 EuGH, Urteil v. 24.10.2013, Rs. C-151/12 (Kommission/Spanien), curia.eu, Rn. 28.

von *Gesetzen* verlangen, kann es genügen, wenn Rechtsvorschriften nur die Reichweite zentraler Begriffe klar festlegen<sup>67</sup>. Es ist also bei der Richtlinienumsetzung Raum für Rechtsprechung. Fraglich ist nur, inwiefern der nationale Gesetzgeber selbst aktiv werden muss.

Die nötige Umsetzungstransparenz fehlt jedenfalls einer Richtlinienumsetzung durch reines oder fast reines Richterrecht, d.h. freier Rechtsfindung abseits der Gesetzesauslegung.<sup>68</sup> Selbst höchstrichterliche Rechtsprechung ist nicht hinreichend verbindlich, wenn von ihr die Instanzgerichte – wie hierzulande (vgl. Art. 97 Abs. 1 GG) – jederzeit abweichen können.<sup>69</sup> Gesetzesfreies Richterrecht wird auch nicht angemessen bekanntgemacht.<sup>70</sup> Es ist daher wie eine bloße Verwaltungspraxis zu behandeln,<sup>71</sup> die der EuGH bereits für ungenügend befunden hat.<sup>72</sup> Folglich müssen gesetzlich nur rudimentär oder überhaupt nicht geregelte Rechtsfragen im Zuge der Umsetzung von Richtlinien wenigstens in Grundsätzen gesetzlich geregelt werden, damit die nationalen Gerichte einen abgeschlossenen Auslegungsrahmen und die Rechtsunterworfenen einen ebensolchen Verständnisrahmen haben. Das bedeutet etwa hierzulande für die Tariffähigkeit von Gewerkschaften bzw. das gesamte Arbeitskammerrecht eine Normierungspflicht, soweit diese Fragen im Regelungsbereich von Richtlinien relevant werden, etwa weil zu deren Umsetzung auch Sozialpartner eingeschaltet werden. Sozialpartner, die um einen Befristungstarifvertrag nach § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG kämpfen, unterliegen nicht nur den materiellen Anforderungen der Befristungsrahmenvereinbarung,<sup>73</sup> sondern bedürfen auch eines transparenten, gesetzesfundierte Koalitions- und Arbeitskammerrechtsrahmens, damit nicht zuletzt auch Sozialpartner aus anderen Mitgliedstaaten von den Tarifprivilegien des deutschen Rechts Gebrauch machen können.<sup>74</sup>

Generalklauseln können in Verbindung mit ausdifferenzierter Rechtsprechung<sup>75</sup> einzelne Teilrechtsgebiete abdecken,<sup>76</sup> sofern die gesetzliche Determination über „Treu und Glauben“ oder „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschafts-

67 EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-204/09 (Flachglas Torgau), EuZW 2012, S. 459, Rn. 61 ff.

68 C.Herrmann, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, 2003, S. 234.

69 C.Büttner (Fn. 4), S. 646 f.; zu *stare decisis* im Common Law G. Hager (Fn. 5), 2. Kap., Rn. 159.

70 U.Ehrlicke, Die richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts vor Ende der Umsetzungsfrist einer Richtlinie, EuZW 1999, S. 553, 558 f.; a.A. C.Herrmann (Fn. 68), S. 236, für Entscheidungen in amtlichen Sammlungen.

71 U.Ehrlicke (Fn. 70), S. 558 f.; a.A. im Hinblick auf Außenverbindlichkeit und Änderbarkeit C.Herrmann (Fn. 68), S. 240 f.

72 EuGH, Urteil v. 20.6.2002, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rn. 47.

73 BAG v. 15.8.2012 – 7 AZR 184/11, NZA 2013, S. 45, Rn. 29 ff.

74 Zur Anerkennung ausländischer Tarifverträge im deutschen Recht eingehend M.Löwisch/V.Rieble, TVG, 3. Aufl. 2012, Grundlagen, Rn. 366 ff., 374 ff.

75 Ob „höchstrichterlich“ oder nicht, spielt keine Rolle; bei fortwährender Rechtszersplitterung muss aber der Gesetzgeber einschreiten.

76 C.Herrmann (Fn. 68), S. 241 f.; R. Streinz (Fn. 43), Rn. 481; strenger K. Petersen, EG-Richtlinienumsetzung und Übergangsgerechtigkeit, 2008, S. 174 ff.

bedingungen“ hinausgeht.<sup>77</sup> Der gesetzliche Raum für die Rechtsprechung muss in der Breite lückenlos sein und darf hinter der Regelungstiefe der umzusetzenden Richtlinie nicht zurückbleiben.<sup>78</sup> Deswegen sind etwa die ausdifferenzierten Gleichbehandlungsrichtlinien hierzulande im Bereich des Kündigungsschutzes unter dem Sammelbegriff „Sozialwidrigkeit“ (§ 2 Abs. 4 AGG i.V.m. § 1 KSchG)<sup>79</sup> intransparent umgesetzt. Umgekehrt rechtfertigen offene oder unbestimmte Richtlinienbestimmungen aber keine ebensolche Umsetzung.<sup>80</sup> Vielmehr muss mit zunehmender Grundrechtssensitivität (vgl. Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRC), Größe des Adressatenkreises und wirtschaftlicher Bedeutung<sup>81</sup> der Raum für die Rechtsprechung durch Gesetze verengt werden, um die gebotene Rechtsklarheit sicherzustellen.

Die damit einhergehende Überwindung nationaler (Nicht-)Regelungstraditionen ist im Interesse der Rechtsklarheit zu begrüßen. Gleichwohl sind Harmonisierungsreflexe nicht zu leugnen, wenn die Aufspaltung des nationalen Rechts – je nach seiner unionsrechtlichen Determinierung – vermieden werden soll.<sup>82</sup> Indes steht den Mitgliedstaaten einerseits die gespaltene Umsetzung frei und andererseits können sie Umsetzungswege wählen, die mit wenigen „Kollateralnormierungen“ auskommen.

### cc) Richtlinienkonforme Auslegung

Obschon die Gerichte nationales Recht mit Ablauf der Umsetzungsfrist<sup>83</sup> von Richtlinien – nicht erst ab Inkrafttreten verspäteten Umsetzungsrechts<sup>84</sup> – richtlinienkonform auslegen<sup>85</sup> und notfalls unionsrechtswidriges nationales Recht unangewendet lassen müssen,<sup>86</sup> ist der Mitgliedstaat damit nicht aus seiner Pflicht zur

77 Hingegen will *C.Herrmann* (Fn. 68), S. 243 f., von Generalklauseln mit *stärkerer* materieller Bedeutung im nationalen Recht *weniger* Bestimmtheit verlangen, was freilich hieße, dass unbedeutende Vorschriften besonders konkret sein müssten.

78 EuGH, Urteil v. 23.5.1985, Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985, 1661, Rn. 31.; *M.Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, EL 48 (8/2012), Art. 288 AEUV, Rn. 120.

79 BAG v. 6.11.2008 – 2 AZR 523/07, NZA 2009, S. 361, Rn. 28 ff.; nur bei Wartezeitkündigungen gilt § 2 Abs. 4 AGG nicht, BAG v. 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, NZA 2014, S. 372, Rn. 22 ff.

80 So aber *M.Nettesheim* (Fn. ), Art. 288 AEUV, Rn. 120; hingegen wie hier EuGH, Urteil v. 14.3.2000, Rs. C-54/99 (Scientology), Slg. 2000, I-1335, Rn. 21 f. – für Beschränkung von Grundfreiheiten aufgrund abstrakter Ermächtigungsklausel.

81 Angelehnt an die Kriterien des BVerfG zum Wesentlichkeitsvorbehalt, dazu *R.Herzog*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, EL 51 (12/2007), Art. 20 VI, Rn. 107.

82 Etwa im Unionsinteresse an einheitlicher Auslegung, „um künftige Auslegungsunterschiede zu verhindern“, EuGH, Urteil v. 8.11.2012, Rs. C-271/11 (TEE), curia.eu, Rn. 34.

83 Bereits mit Inkrafttreten einer Richtlinie müssen die nationalen Gerichte jede Auslegung des nationalen Rechts unterlassen, die die Erreichung der Richtlinienziele nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährdeten, EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), EuZW 2006, S. 730, Rn. 123.

84 EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), EuZW 2006, S. 730, Rn. 115 f.

85 EuGH, Urteil v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Kütükdeveci), EuZW 2010, S. 177, Rn. 48.

86 EuGH, Urteil v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 (Mangold), EuZW 2006, S. 17, Rn. 77; EuGH, Urteil v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Kütükdeveci), EuZW 2010, S. 177 Rn. 53.

transparenten Richtlinienumsetzung entlassen.<sup>87</sup> Weil richtlinienkonform nur ausgelegt werden muss, wenn auch eine richtlinienwidrige Auslegung möglich ist,<sup>88</sup> stellt die richtlinienkonforme Auslegung keine transparente Richtlinienumsetzung dar,<sup>89</sup> insbesondere wenn das auszulegende Recht bislang anders interpretiert wurde oder irreführend ist.<sup>90</sup> Das gilt erst Recht, wenn die Umsetzung so defizitär ist, dass hinreichend bestimmte und unbedingte Richtlinienbestimmungen unmittelbar angewandt werden müssen.<sup>91</sup> Wenn die umzusetzende Richtlinie auch den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Rechte verleihen soll (was die Regel ist), müssen sie auch ohne vertiefte Kenntnis der nationalen Auslegungsmethoden die nationale Rechtslage erfassen und aus dieser ihre Rechte und Pflichten ableiten können.<sup>92</sup> Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und mit ihr der *effet utile* wird von der Rechtsklarheit dahingehend beschränkt, dass nationales Recht nie *contra legem* auszulegen ist.<sup>93</sup>

### c) Rückwirkungsverbot bei der Unionsrechtsdurchführung

Unabhängig von den umsetzungsbedingten Transparenzanforderungen dürfen die Mitgliedstaaten – wie die Union selbst – Unionsrecht nur auf Grundlage verbindlicher und angemessen bekanntgemachter Regelungen durchführen.<sup>94</sup> Die Bekanntmachung dient der „offensichtlichen Notwendigkeit“ der Rechtserkennbarkeit<sup>95</sup> und muss daher rechtzeitig vor dem Inkrafttreten des Rechts erfolgen. Rechtsklarheit verlangt notwendig nach einem Rückwirkungsverbot, weil das unklarste Recht dasjenige ist, das niemand kennt, obwohl es gilt (oder zumindest gelten soll<sup>96</sup>).

87 C.Herrmann (Fn. 68), S. 212 f.; K.Petersen (Fn. 76), S. 175; W.Schroeder, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV, Rn. 95; S.Tonikidis, Grundzüge der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung, JA 2013, S. 598, 602.

88 M.Nettesheim (Fn. ), Art. 288 AEUV, Rn. 135.

89 EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), EuZW 2001, S. 437, Rn. 21; C.Höpfner, Das deutsche Urlaubsrecht in Europa - Zwischen Vollharmonisierung und Koexistenz - Teil 1, RdA 2013, S. 16, 25 – für die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung.

90 EuGH, Urteil v. 24.3.1988, Rs. 104/86 (Kommission/Italien), Slg. 1988, 1799, Rn. 12; EuGH, Urteil v. 18.1.2001, Rs. C-162/99 (Kommission/Italien), EuZW 2001, S. 187, Rn. 23 f.

91 EuGH, Urteil v. 25.07.1991, Rs. C-208/90 (Emmott), Slg. 1991, I-4269, Rn. 21 f.

92 EuGH, Urteil v. 23.5.1985, Rs. 29/84 (Kommission/Deutschland), Slg. 1985 1661, Rn. 23; EuGH, Urteil v. 18.1.2001, Rs. C-162/99 (Kommission/Italien), EuZW 2001, S. 187, Rn. 23 f.; EuGH, Urteil v. 10.5.2001, Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), EuZW 2001, S. 437, Rn. 18.

93 EuGH, Urteil v. 8.10.1987, Rs. 80/86 (Kolpinghuis Nijmegen), Slg. 1987, 3969, Rn. 13; EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), EuZW 2006, S. 730, Rn. 110; EuGH, Urteil v. 15.1.2014, Rs. C-176/12 (AMS), NZA 2014, S. 193, Rn. 39; EuGH, Urteil v. 30.4.2014, Rs. C-26/13 (Kásler), EuZW 2014, S. 506, Rn. 65. Zur deutschen *Contra-legem*-Grenze: BVerfG (Kammer) v. 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u.a. (Haustürwiderruf), EuZW 2012, S. 196, Rn. 44 ff.; D. Ulber, Die Rechtsprechung des BVerfG zu Zulässigkeit und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, EuGRZ 2012, S. 365.

94 EuGH, Urteil v. 20.6.2002, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rn. 48.

95 EuGH, Urteil v. 20.6.2002, Rs. C-313/99 (Mulligan), Slg. 2002, I-5719, Rn. 52.

96 Zur praktischen Wirksamkeit des Rückwirkungsverbots unten III.2.c), S. 433.

### aa) Beurteilung der Rechtslage ex ante

Das Unionsrecht verlangt, dass jeder Sachverhalt – soweit nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist – anhand der zu seiner Zeit geltenden Rechtsvorschriften beurteilt wird (*tempus regit actum*).<sup>97</sup> Auf die *heutige* Sicht auf das für heute maßgebliche Recht darf von Unionsrechts wegen vertraut werden. Die Richtigkeitsvermutung des Gesetzes muss nicht erst durch jahrzehntelange höchstgerichtliche, von Instanzgerichten wie Literatur widerspruchlos akzeptierte Rechtsprechung errungen werden,<sup>98</sup> sondern jedes positive Recht (also auch das nationale Recht im Anwendungsbereich des Unionsrechts<sup>99</sup>) trägt nach unionsrechtlichen Grundsätzen die Richtigkeitsvermutung und damit den legitimen Vertrauenstatbestand in sich,<sup>100</sup> selbst wenn es nach deutschem Duktus „unklar und verworren“ erscheint<sup>101</sup> oder seine Rechtmäßigkeit zweifelhaft ist.<sup>102</sup>

### bb) Bestandskraft und Rechtskraft

Die stärkste Form des Vertrauensschutzes bilden Bestandskraft und Rechtskraft, die dafür sorgen, dass rechtlich abgeschlossene Sachverhalte bei neuen Rechtsentwicklungen nicht umgewertet werden<sup>103</sup>: „Zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege sollen nach Ausschöpfung des Rechtswegs oder nach Ablauf der entsprechenden Rechtsmittelfristen unanfechtbar gewordene Gerichtsentscheidungen nicht mehr in Frage gestellt werden können“.<sup>104</sup> Bestandskraft und Rechtskraft konkurrieren mit dem *effet utile* (besonders im Beihilfenrecht)<sup>105</sup>, können das Unionsrecht aber auch effektuieren, indem sie Verfahrensverzögerungen vermeiden.<sup>106</sup>

### cc) Ausnahmsweise Rückwirkung

Das Recht darf nur dann ausnahmsweise auf Zeiten vor seiner Bekanntgabe zurückwirken, wenn und soweit das ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel ver-

97 EuGH, Urteil v. 22.12.2010, Rs. C-120/08 (Bavaria), EuZW 2011, S. 143, Rn. 40 f.; EuGH, Urteil v. 14.2.2012, Rs. C-17/10 (Toshiba), EuZW 2012, S. 223, Rn. 50; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 12.11.1981, Rs. 212/80 (Salumi), Slg. 1981, 2735, Rn. 9 f.

98 So im deutschen Recht, dazu oben I.3., S. 417.

99 EuGH, Urteil v. 15.7.2004, Rs. C-459/02 (Gereken), Slg. 2004, I-7315, Rn. 21 ff.

100 Vgl. *A. von Arnauld* (Fn. 57), S. 517 f.

101 *K. Petersen* (Fn. 76), S. 372.

102 *K. Petersen* (Fn. 76), S. 374 ff. – für Vertrauen in nationales Recht nach erfolglosem Ablauf der Umsetzungsfrist von Richtlinien.

103 Eingehend *A. von Arnauld* (Fn. 57), S. 508 ff.

104 EuGH, Urteil v. 30.9.2003, Rs. C-224/01 (Köbler), EuZW 2003, S. 718, Rn. 38.

105 Aus jüngerer Zeit nur EuG v. 16.7.2014, Rs. T-309/12 (Zweckverband Tierkörperbeseitigung), DVBl 2014, S. 1526, Rn. 243 ff.; dazu *A. Martin-Ehlers*, Reaktion Luxemburgs auf die fehlende Bereitschaft deutscher Gerichte zur Durchsetzung des Beihilferechts, EuZW 2014, S. 721.

106 EuGH, Urteil v. 12.12.2002, Rs. C-470/99 (Universale-Bau), EuZW 2003, S. 147 Rn. 75 f.; EuGH, Urteil v. 12.3.2015, Rs. C-538/13 (eVigilo), NZBau 2015, 306 Rn. 51.

langt *und* (kumulativ) das berechnete Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet ist.<sup>107</sup> Die Rechtfertigungsgründe für eine Rückwirkung müssen stets erkennbar sein, damit einerseits die Rückwirkung an sich klar und sich der Rechtsetzer ihrer bewusst wird<sup>108</sup> und andererseits der EuGH die Rückwirkung kontrollieren kann.<sup>109</sup> Ein die Rückwirkung rechtfertigendes Allgemeininteresse fehlt insbesondere dann, wenn das rückwirkende Recht in der Vergangenheit keine tatsächliche Steuerungswirkung mehr entfalten kann und folglich bloß rechtliche Fiktion wäre.<sup>110</sup> Etwa kann die Verringerung der Tabakproduktion für das laufende Jahr dann nicht mehr erreicht werden, wenn der Tabak bereits angebaut und teilweise schon geerntet wurde.<sup>111</sup>

Inwieweit eine im Allgemeininteresse liegende Rückwirkung auch das Vertrauen der Betroffenen in ihre Ex-ante-Rechtseinschätzung hinreichend beachtet, richtet sich danach, ob die Betroffenen verstehen konnten, wie sich die beabsichtigte Rechtsänderung auf sie und ihre Dispositionen auswirken würde.<sup>112</sup> Gerechtfertigt ist etwa die Anknüpfung an noch nicht abgeschlossene Sachverhalte ohne Übergangsmaßnahmen, wenn die Gesundheit der Verbraucher unverzüglichen Schutz verlangt.<sup>113</sup> Ebenso kann die Rückwirkung gerechtfertigt sein, um Fluchtbewegungen in der Zeit zwischen Bekanntwerden einer Maßnahme und ihrem Inkrafttreten zu verhindern.<sup>114</sup> Dafür muss es indes überhaupt noch zu Fluchtbewegungen kommen können.

#### dd) Rückwirkende Richtlinienumsetzung und richtlinienkonforme Auslegung

Die Umsetzung von Unionsrichtlinien ist *für sich genommen* kein Allgemeininteresse, das die Rückwirkung verspäteten Umsetzungsrechts rechtfertigen kann,<sup>115</sup> obschon unmittelbar wirkende Richtlinienbestimmungen mit Ablauf der Umsetzungsfrist Sofortwirkung entfalten.<sup>116</sup> Allerdings ist das nationale Recht mit Ablauf der Umsetzungsfrist richtlinienkonform auszulegen<sup>117</sup> und inwieweit das *rückwirkend* möglich ist, richtet sich nach dem *unionsrechtlichen* Rückwirkungs-

107 EuGH, Urteil v. 11.7.1991, Rs. C-368/89 (Crispoltoni), Slg. 1991, I-3695, Rn. 17; EuGH, Urteil v. 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), EuZW 2005, S. 532, Rn. 33; EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343, Rn. 44; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 25.1.1979, Rs. 98/78 (Racke), Slg. 1979, 69, Rn. 20.

108 EuGH, Urteil v. 19.3.2009, Rs. C-256/07 (Mitsui), Slg. 2009, I-1951, Rn. 32 ff.; zur Unwirksamkeit versehentlicher Rückwirkung auch EuGH, Urteil v. 31.3.1977, Rs. 88/76 (Société pour l'exportation des sucres), Slg. 1977, 709, Rn. 16/19; *A. von Arnauld* (Fn. 57), S. 513.

109 EuGH, Urteil v. 1.4.1993, verb. Rs. C-260/91 u.a. (Diversint), Slg. 1993, I-1885, Rn. 10 ff. – für eine EWG-Verordnung.

110 *K. Petersen* (Fn. 76), S. 301 ff., 328, 352 ff., 369.

111 EuGH, Urteil v. 11.7.1991, Rs. C-368/89 (Crispoltoni), Slg. 1991, I-3695, Rn. 18.

112 EuGH, Urteil v. 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), EuZW 2005, S. 532, Rn. 44.

113 EuG v. 23.10.2001, Rs. T-155/99 (Dieckmann & Hansen), Slg. 2001, II-3143, Rn. 80.

114 EuGH (Große Kammer), Urteil v. 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), EuZW 2005, S. 532, Rn. 38 f.

115 Ebenso *K. Petersen* (Fn. 76), S. 372, gleichwohl sie eine Pflicht zur *rückwirkenden* Richtlinienumsetzung aus Art. 4 Abs. 3 EUV annimmt, S. 346 ff.

116 *K. Petersen* (Fn. 76), S. 294.

117 Dazu oben II.2.b)cc), S. 425.

verbot,<sup>118</sup> sprich: Die Rückwirkung muss (1.) im Allgemeininteresse liegen und (2.) dem berechtigten, wenn auch mit Ablauf der Umsetzungsfrist erschütterten Vertrauen der Rechtsunterworfenen gebührend Rechnung tragen.<sup>119</sup>

Wie in allen Auslegungsfragen gibt die nationale Contra-*legem*-Grenze auch für die rückwirkende Auslegung verspäteten Umsetzungsrechts den äußersten Rahmen vor.<sup>120</sup> Deswegen ist aber nicht im möglichen Auslegungsrahmen jegliches Recht rückwirkend richtlinienkonform auszulegen. Obgleich nationale Gerichte zwar nicht die *Geltung* von Richtlinien zeitlich einschränken können (das kann nur der EuGH)<sup>121</sup>, können sie durchaus deren *Wirkung* im Einzelfall verzögern.<sup>122</sup> Selbst wenn sie – etwa aufgrund ihrer eigenen Vorlage-Lethargie<sup>123</sup> – mit richtlinienwidriger Rechtsprechung Vertrauen bei den Rechtsunterworfenen begründet haben, ist das bei späterer Rückkehr auf den Boden des Unionsrechts zu schützen.<sup>124</sup> Die nationalen Gerichte müssen deswegen von Unionsrechts wegen auch nicht ein verspätetes Umsetzungsgesetz auf den Zeitpunkt des Ablaufs der Umsetzungsfrist zurückwirken lassen,<sup>125</sup> wenn das gegen das Rückwirkungsverbot verstieße.

#### d) *Prospektive Rechtssicherheit*

Neben dem Rückwirkungsverbot birgt der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit auch ein Vertrauensschutzgebot,<sup>126</sup> das vor allem den künftigen Fortbestand des geltenden Rechts im Blick hat.<sup>127</sup> Demnach darf der Einzelne zwar nicht auf das Ausbleiben von Rechtsänderungen vertrauen, aber die Modalitäten ihrer Durchführung beanstanden. Der Rechtsetzer muss bei Rechtsänderungen nämlich die „besondere Situation“ der Wirtschaftsteilnehmer berücksichtigen und gegebenenfalls die Anwendung des neuen Rechts „entsprechend anpassen“,<sup>128</sup> also Übergangsrecht schaffen. Ein Wirtschaftsteilnehmer, der seine Tätigkeit zu den seinerzeit geltenden Regeln aufgenommen und Investitionen getätigt hat, wird erheblich in seinen Interessen beeinträchtigt, wenn diese Regeln plötzlich

118 Ebenso *K.Petersen* (Fn. 76), S. 366 ff.

119 Ebenso *A.Sagan*, Nationaler Vertrauensschutz nach Junk: Das Ende eines deutschen Alleingangs, NZA 2015, S. 341, 342; *K.Petersen* (Fn. 76), S. 373 ff., verlangt weitergehend, dass bei Ablauf der Umsetzungsfrist die gesetzgeberische Absicht zur nachträglichen Richtlinienumsetzung erkennbar gewesen sein muss.

120 EuGH, Urteil v. 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), NZA 2008, S. 581, Rn. 100 ff.

121 Dazu unten III.3.a), S. 435.

122 Anders beim unmittelbaren Unionsrechtsvollzug (Durchführung von Verordnungen), EuGH, Urteil v. 13.4.2000, Rs. C-292/97 (Karlsson), EuGRZ 2000, S. 524, Rn. 62 f.

123 *C.Latzel*, Vorabentscheidungsverfahren und prozedurale Voraussetzungen richterrechtlicher Systembildung, in: Clavara/Garber (Hrsg.), Das Vorabentscheidungsverfahren in der Zivilgerichtsbarkeit, 2014, S. 73, 82 ff.

124 Ebenso *A.Sagan* (Fn. 119), S. 344; eingehend unten III.2.c), S. 433.

125 *K.Petersen* (Fn. 76), S. 260 f.

126 In diesem Sinne EuGH, Urteil v. 9.10.2014, Rs. C-492/13 (EOOD), RIW 2015, 159 Rn. 28.

127 EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343 Rn. 42 ff.; EuGH, Urteil v. 11.6.2015, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), curia.eu Rn. 78 ff.

128 EuGH (Große Kammer), Urteil v. 7.6.2005, Rs. C-17/03 (VEMW), EuZW 2005, S. 695 Rn. 80 f.; EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343 Rn. 49; EuGH, Urteil v. 11.6.2015, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), curia.eu Rn. 79.

und unvorhersehbar aufgehoben werden, ohne dass die nötige Zeit zur Anpassung an die neue Rechtslage bleibt.<sup>129</sup> Das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer ist nicht zu schützen, wenn sie eine Maßnahme, die ihre Interessen beeinträchtigen könnte, voraussehen konnten, weil etwa die Kommission entsprechende Andeutungen gemacht hat<sup>130</sup> oder es sich um Änderungen in einem besonders beweglichen Gebiet (Marktorganisation) handelt.<sup>131</sup> Auch wenn diese Maßstäbe an die deutschen<sup>132</sup> erinnern, gelten sie nur für Rechtsänderungen *pro futurum* (Sofortwirkung),<sup>133</sup> nicht für *rückwirkende* Rechtsänderungen.<sup>134</sup>

### 3. Unzulässig rückwirkende Tarifrechtsprechung

Im eingangs geschilderten Fall der Tariffähigkeit von Spitzenorganisationen<sup>135</sup> führte das BAG Art. 5 der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG durch, erkannte aber die damit anwendbaren *unionsrechtlichen* Rechtssicherheitsmaßstäbe nicht.<sup>136</sup> Ungeachtet der äußerst lückenhaften Vorgaben des TVG hat das BAG jedenfalls insofern keine sichere Rechtslage geschaffen, als es die Maßgaben, nach denen die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitern tarifvertraglich geregelt werden können, auch mit Wirkung für die Vergangenheit geändert hat. Ein die *Rückwirkung* rechtfertigendes Allgemeininteresse hat das BAG nicht benannt. Angesichts der arbeits- und sozialrechtlichen Folgen der Rückwirkung (*equal treatment*)<sup>137</sup> liegt der Schutz der Leiharbeitnehmer vor arbeitgebernahen Gewerkschaften nahe. Ob aber ein faktisches Gewerkschaftsverbot mit Erlaubnisvorbehalt<sup>138</sup> auch vor Art. 28 GRC ein taugliches Allgemeininteresse abgibt, hätte nur eine Vorlage an den EuGH klären können.<sup>139</sup>

Dessen ungeachtet hat das BAG das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die bisherige Rechtslage nicht gebührend beachtet. Dafür hätte sich das Gericht in prospektiver Rechtsetzung<sup>140</sup> üben und die betreffende Spitzenorganisation etwa

129 EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343 Rn. 52; EuGH, Urteil v. 11.6.2015, Rs. C-98/14 (Berlington Hungary), curia.eu Rn. 87.

130 EuGH, Urteil v. 6.7.2000, Rs. C-402/98 (Pittaro), Slg. 2000, I-5501, Rn. 44.

131 EuGH, Urteil v. 6.3.2003, Rs. C-14/01 (Niemann), Slg. 2003, I-2279, Rn. 56.

132 Dazu oben I.3., S. 417.

133 A. von Arnould (Fn. 57), S. 520 ff.

134 Anders nur der später nie wieder vom EuGH aufgegriffene, nur politisch zu erklärende und auch nur von einer Dreier-Kammer ohne Schlussanträge des Generalanwalts entschiedene „Ausreißer“, EuGH, Urteil v. 15.7.2004, Rs. C-459/02 (Gerekens), Slg. 2004, I-7315, Rn. 28 ff.

135 Dazu oben I.2., S. 416.

136 Vgl. BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 18.

137 R. Giesen (Fn. 15), S. 27 ff.; M.Lembke (Fn. 15), S. 68 ff.; R. Schlegel, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen des CGZP-Beschlusses, NZA 2011, S. 380 ff.

138 In diese Richtung BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 24: „Weder das BAG noch Instanzgerichte haben in dem dafür [...] vorgesehenen Verfahren jemals die Tariffähigkeit der CGZP festgestellt“, Rn. 25: „Wenn ein Verleiher [...] [die Bezugnahme auf] von der CGZP abgeschlossene Tarifverträge arbeitsvertraglich vereinbart hat, bevor die dazu allein berufenen Gerichte für Arbeitssachen über deren Tariffähigkeit befunden hatten, ist er ein Risiko eingegangen, das sich durch die rechtskräftigen Entscheidungen zur fehlenden Tariffähigkeit der CGZP realisiert hat“.

139 Dazu sogleich III.1., S. 431.

140 Dazu unten III.2.c)bb), S. 434.

nur an den bislang bekannten Regeln messen,<sup>141</sup> Altfälle nach einer „Lehre vom fehlerhaften Tarifvertrag“ behandeln<sup>142</sup> und für die Anpassung der Arbeits- wie Tarifvertragspraxis an die neuen Maßgaben eine Übergangsfrist setzen müssen.

### III. Praktische Wirksamkeit unionsrechtlicher Rechtssicherheit

#### 1. Prüfauftrag für die nationalen Gerichte

Der EuGH verlangt von den nationalen Gerichten zu prüfen, ob eine nationale Regelung, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit – in all seinen Ausprägungen – vereinbar ist.<sup>143</sup> Nur die nationalen Gerichte können entscheiden, ob eine nationale (Nicht-)Regelung den unionsrechtlichen Rechtssicherheitskriterien genügt; der EuGH gibt dazu nur generelle Hinweise.<sup>144</sup> So entscheidet der EuGH noch selbst, welche Allgemeininteressen eine Rückwirkung rechtfertigen können; die nationalen Gerichte befinden darüber, ob das berechnete Vertrauen der Rechtsunterworfenen gebührend beachtet wurde.<sup>145</sup> Deswegen wird sich der EuGH auch mit Äußerungen zu tauglichen Rückwirkungszeitpunkten zurückhalten, obgleich er schon zu erkennen gegeben hat, dass dem positiven Recht bedeutend mehr Vertrauen entgegenzubringen ist,<sup>146</sup> als hierzulande üblich.

Bei Rechtsänderungen *pro futurum*<sup>147</sup> müssen die nationalen Gerichte entscheiden, ob ein umsichtiger und besonnener Wirtschaftsteilnehmer in der Lage sein konnte, die Möglichkeit einer Rechtsänderung vorherzusehen. Dabei müssen die Gerichte unter Berücksichtigung der üblicherweise benutzten Informationsmethoden und der Umstände des Einzelfalls umfassend und konkret beurteilen, ob das berechnete Vertrauen der Rechtsunterworfenen in den *künftigen* Fortbestand der Rechtslage gebührend beachtet worden ist.<sup>148</sup>

#### 2. Rechtssicherheit durch nationale Gerichte

Wenn nationale Gerichte zu der Überzeugung gelangen, dass eine nationale Regelung gegen das Unionsrecht verstößt, müssen sie den unionsrechtlich gebotenen Rechtsschutz sicherstellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts nach

141 Bereits nach den bisherigen Regeln war die Tariffähigkeit der CGZP zweifelhaft, BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 25 m.w.N.

142 Explizit abgelehnt, BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 22.

143 EuGH, Urteil v. 11.5.2006, Rs. C-384/04 (Federation of Technological Industries), Slg. 2006, I-4191, Rn. 34; EuGH, Urteil v. 14.9.2006, verb. Rs. C-181/04 u.a. (Elmeka), Slg. 2006, I-8167, Rn. 35 f.; EuGH, Urteil v. 17.7.2008, Rs. C-347/06 (ASM Brescia), Slg. 2008, I-5641, Rn. 72; EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343, Rn. 45.

144 EuGH, Urteil v. 27.10.2009, Rs. C-115/08 (ČEZ), EuZW 2010, S. 26, Rn. 57; EuGH (Große Kammer), Urteil v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuZW 2014, S. 620, Rn. 123, 126.

145 EuGH, Urteil v. 26.4.2005, Rs. C-376/02 („Goed Wonen“), EuZW 2005, S. 532, Rn. 38 f., 43.

146 Dazu oben II.2.c)aa), S. 427.

147 Dazu oben II.2.d), S. 429.

148 EuGH, Urteil v. 10.9.2009, Rs. C-201/08 (Plantanol), Slg. 2009, I-8343, Rn. 57 ff.

ihren Möglichkeiten gewährleisten. Notfalls müssen zu diesem Zweck unionsrechtswidrige Bestimmungen des nationalen Rechts *prinzipiell* unangewendet bleiben.<sup>149</sup> Was heißt das im Umgang mit rechtsunsicherem, weil unklarem oder rückwirkendem nationalen Recht?

### a) Umgang mit unklarem Recht

Die nationalen Gerichte haben die Klarheit und Bestimmtheit der nationalen Regelungen nach ihrem Wortlaut, Zweck und Aufbau zu beurteilen.<sup>150</sup> Nur können sie unklares Recht schwerlich selbst aufklären. Sie müssen aber dafür sorgen, dass der Rechtsunterworfenen wegen der Unklarheit des Rechts möglichst keinen Nachteil erleidet. Deswegen müssen sie etwa – im Rahmen der möglichen Auslegung – von einem für den Betroffenen günstigen Rechtsstandpunkt ausgehen und notfalls nachteiliges unklares Recht unangewendet lassen.<sup>151</sup> Deswegen kann unklares Recht etwa keine Beschränkungen von Grundfreiheiten rechtfertigen.<sup>152</sup>

Die Freude des Einen ist freilich im Privatrecht oftmals das Leid des Anderen, weshalb in diesen Fällen nur der für das unklare Recht verantwortliche Staat im Wege der unionsrechtlichen Staatshaftung<sup>153</sup> zur Verantwortung gezogen werden kann. Der gegenüber der Union verpflichtete Mitgliedstaat benötigt freilich seinerseits klare und bestimmte Vorgaben, um überhaupt den Umfang seiner Durchführungspflichten erkennen zu können. Ein qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht kann daher erst angenommen werden, wenn der EuGH die unklaren Pflichten der Mitgliedstaaten präzisiert hat – und zwar mit Ex-nunc-Wirkung.<sup>154</sup>

Ob nationale Gerichte im Bürger-Staat-Verhältnis unionsrechtswidriges nationales Recht vorübergehend weiter anwenden dürfen, weil dessen Nichtanwendung noch größere Rechtsunsicherheit mit sich brächte, hat der EuGH bislang offengelassen.<sup>155</sup> Für sich selbst nimmt er in Anspruch, nach Art. 264 Abs. 2 AEUV (gilt entsprechend in Vorabentscheidungsverfahren) einstweilen die Fortwirkung einer für nichtig oder für ungültig erklärten Handlung der Union anordnen zu können; damit soll ein regelungsfreier Zustand vermieden werden.<sup>156</sup> Überträgt man das auf nationales Recht, müssen die nationalen Gerichte den EuGH jedenfalls um

149 EuGH, Urteil v. 5.10.2004, verb. Rs. C-397/01 u.a. (Pfeiffer), EuZW 2004, S. 691, Rn. 111; EuGH, Urteil v. 15.4.2008, Rs. C-268/06 (Impact), NZA 2008, S. 581, Rn. 42; EuGH, Urteil v. 19.1.2010, Rs. C-555/07 (Kütükdeveci), EuZW 2010, S. 177, Rn. 45 ff.

150 EuGH, Urteil v. 19.3.2009, Rs. C-256/07 (Mitsui), Slg. 2009, I-1951, Rn. 32; EuGH, Urteil v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuZW 2014, S. 620, Rn. 129 f., wonach u.a. der erkennbare Wille zur Richtlinienumsetzung für die Rechtssicherheit streiten soll.

151 Das Verfahren kann nicht bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber ausgesetzt werden, weil diese in aller Regel rückwirkend sein müsste und außerdem die damit verbundene Verzögerung mit dem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 47 GRCh) schwerlich vereinbar wäre.

152 EuGH, Urteil v. 14.3.2000, Rs. C-54/99 (Scientology), Slg. 2000, I-1335, Rn. 21 f.; EuGH, Urteil v. 13.5.2003, Rs. C-463/00 (Kommission/Spanien), EuZW 2003, S. 529, Rn. 75.

153 EuGH, Urteil v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 u.a. (Francovich), NJW 1992, S. 165, Rn. 38 ff.

154 EuGH, Urteil v. 25.4.2013, Rs. C-398/11 (Hogan), BetrAV 2013, S. 357, Rn. 48 ff.

155 EuGH, Urteil v. 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), NVwZ 2010, S. 1419, Rn. 67.

156 EuGH, Urteil v. 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), NVwZ 2010, S. 1419, Rn. 64 f.

Vorabentscheidung ersuchen,<sup>157</sup> ob sie aus „zwingenden Erwägungen der Rechtssicherheit, die mit allen betroffenen öffentlichen wie privaten Interessen zusammenhängen“, unionsrechtswidriges nationales Recht solange weiter anwenden dürfen, wie es zur Behebung seiner Rechtswidrigkeit erforderlich ist.<sup>158</sup> Das ist eine Spezialfrage der *prospektiven* Rechtssicherheit<sup>159</sup> und betrifft nicht das retropektive Vertrauen in (auch unionsrechtswidriges) nationales Recht.

### b) Umgang mit defizitärer Richtlinienumsetzung

Effektuiert der Grundsatz der Rechtssicherheit das Gebot der transparenten Richtlinienumsetzung dahingehend, dass defizitäres Umsetzungsrecht im Zweifel unangewendet zu bleiben hat? Die damit verbundene Beeinträchtigung der materiellen Richtlinienziele kann hingenommen werden, wenn die Ziele *nicht verbindlich* sind. Bei Umsetzungsoptionen verlangt der EuGH deswegen nur richtlinienkonforme Auslegung, um richtlinienwidrige Ergebnisse auszuschließen.<sup>160</sup> Das ermächtigt die nationalen Gerichte aber nicht, selbst bei zwingender Umsetzung einer Option anders als der Gesetzgeber zu optieren.<sup>161</sup> Soweit allerdings *verbindliche* Richtlinienziele durch Nichtanwendung rechtsunsicherer nationaler (Umsetzungs-)Rechts verfehlt zu werden drohen, treten die formellen hinter die materiellen Regelungsziele der Union zurück. Das folgt schon aus der Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung<sup>162</sup> von intransparentem nationalem Recht wie aus der unmittelbaren Wirkung von unbedingten und hinreichend bestimmten, aber nicht umgesetzten Richtlinienvorschriften.<sup>163</sup>

Formelle Umsetzungsdefizite werden daher selten einen kausalen Schaden begründen, weil richtlinienkonforme Auslegung bzw. unmittelbare Richtlinienanwendung die materiellen Richtlinienziele verwirklichen.<sup>164</sup> Indes kann die Staatshaftung greifen, wenn der Einzelne seine Rechte wegen intransparenter oder verspäteter Richtlinienumsetzung nicht geltend macht oder machen kann. Im Übrigen wird die Umsetzungstransparenz aber vornehmlich in Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoß gegen Art. 288 Abs. 3 AEUV relevant.

### c) Umgang mit rückwirkendem Recht

Wirkt nationales Recht, das in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, zurück, müssen die nationalen Gerichte dem unionsrechtlichen Rückwirkungsverbot zu praktischer Wirksamkeit verhelfen.

157 So ausdrücklich EuGH, Urteil v. 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), NVwZ 2010, S. 1419, Rn. 67.

158 EuGH, Urteil v. 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), NVwZ 2010, S. 1419, Rn. 66.

159 Dazu oben II.2.d), S. 429.

160 EuGH, Urteil v. 15.6.2000, Rs. C-365/98 (Brinkmann), Slg. 2000, I-4619, Rn. 33.

161 EuGH, Urteil v. 15.6.2000, Rs. C-365/98 (Brinkmann), Slg. 2000, I-4619, Rn. 37 ff.

162 Dazu oben II.2.b)cc), S. 425.

163 Dazu R. Streinz (Fn. 43), Rn. 484 ff.

164 C.Herrmann (Fn. 68), S. 179 f.

### aa) Ausgesetzte Rückwirkung von Gesetzen

Die nationalen Gerichte müssen rückwirkende nationale Gesetze unangewendet lassen, *soweit* ihre Rückwirkung nicht durch offengelegte Allgemeininteressen gerechtfertigt ist oder dem berechtigten Vertrauen der Betroffenen nicht gebührend Rechnung trägt. Entsprechender Vertrauensschutz kann ggf. durch Anwendung des bislang geltenden Rechts gewährt werden, womit auch im Privatrecht in aller Regel ein akzeptabler Interessenausgleich zwischen den Parteien hergestellt werden dürfte. Ob nach Bekanntgabe der Rechtsänderung noch ein Übergangszeitraum anzuerkennen ist, hängt vom konkreten Anpassungsaufwand, insbesondere von Anzahl und Bedeutung der betroffenen (Dauer-)Rechtsbeziehungen ab.

### bb) Prospektive Rechtsprechungsänderung

Nach denselben Maßstäben müssen die nationalen Gerichte auch über die eventuelle Rückwirkung ihrer eigenen Rechtsprechung entscheiden, soweit sie unionsrechtlich determiniert ist. Bei der Beurteilung des berechtigten Vertrauens in die bisherige Rechtslage sind die prospektiv um Rechtstreue bemühten Rechtsunterworfenen in das Zentrum der Erwägungen zu stellen. Durch Ankündigungsrechtsprechung,<sup>165</sup> insbesondere *obiter dicta* wird noch kein Rechtsunterworfener in seinem Rechtsvertrauen enttäuscht und kann sich auf künftiges Recht einstellen.<sup>166</sup> Auch Hinweisbeschlüsse können einen Rechtsprechungswandel rechtssicher einleiten, sofern den Worten alsbald Taten folgen.<sup>167</sup> Die Ankündigung einer *rückwirkenden* Rechtsänderung hilft freilich niemandem.<sup>168</sup>

Angesichts der teils ruinösen Folgen rückwirkender Rechtsprechungsänderung müssen Gerichte die zeitliche Dimension ihrer Rechtsprechungsänderungen wie -neuschöpfungen der Gesetzgebung angleichen und standardmäßig auf die Zukunft beschränken<sup>169</sup> (*prospective overruling*)<sup>170</sup>. Wenn die Gerichte neue oder

165 Eingehend *C.Bittner* (Fn. 4), S. 645 ff.

166 *C.Herrmann* (Fn. 68), S. 194; dagegen *L.Brocker* (Fn. ), NJW 2012, S. 2996, 2999: Es kann bei zweifelhafter Rechtslage „keine wie immer gearteten so genannten ›Warnurteile‹ oder Vorankündigungen in obiter dicta geben; das ›sofortige Umstoßen der bisherigen Rechtsprechung‹ auf Grund der neuen Einsicht ist angesichts der Bindung des Richters an Gesetz und Recht vielmehr unvermeidlich“.

167 Sonst droht eine „Schattenrechtsordnung, die von dem Gestaltungswillen von Richtern zeugt, denen die Gelegenheit – oder der Mut – fehlte, das Gewollte in die Tat umzusetzen“, *C.Bittner* (Fn. 4), S. 645, 652; ebenso *F. Maultzsch* (Fn. 4), S. 322, 357; vorbildlich: BGH v. 22.1.2014 – VIII ZR 352/12, WuM 2014, S. 135, nachfolgend BGH v. 18.3.2015 – VIII ZR 185/14 u.a., juris.

168 *C.Bittner* (Fn. 4), S. 650 f.: „Münchhausen-Manier“, gegen BAG v. 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 (Bezugnahmeklausel), NZA 2007, S. 965, Rn. 57 ff.; dagegen auch *C.Höpfner*, Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln, NZA 2008, S. 91, sowie *ders.*, Nochmals: Vertrauensschutz bei Änderung der Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln, NZA 2009, S. 420 ff., gegen BAG v. 22.10.2008 – 4 AZR 793/07 (Bezugnahmeklausel), NZA 2009, S. 323.

169 *R.Birk*, Die Ankündigung von Rechtsprechungsänderungen, JZ 1974, S. 735, 741; *G. Hager* (Fn. 5), 4. Kap. Rn. 255; *F. Maultzsch* (Fn. 4), S. 322, 364 f.; *H. Rösler*, Die Rechtsprechungsänderung im US-amerikanischen Privatrecht, RabelsZ 2015, S. 250, 267 f.

170 Eingehend mit Rechtsvergleich *G. Hager* (Fn. 5), 4. Kap. Rn. 235 ff.; insbes. auch zum US-amerikanischen Recht *Rösler* (Fn. ), S. 250 ff.

geänderte Rechtsprechung auf künftige Sachverhalte beschränken,<sup>171</sup> sind die im konkreten Prozess erfolgreichen Verfechter der Rechtsänderung freilich nicht um die Früchte ihrer Beharrlichkeit zu bringen, weil sonst kaum jemand mehr auf Rechtsprechungsänderungen hinwirkte.<sup>172</sup> Die Gerichte werden durch *prospective overruling* hingegen ermutigt, gebotene Änderungen ihrer Rechtsprechung vorzunehmen, weil die berechtigten Erwartungen der Betroffenen geschützt sind.<sup>173</sup> Rechtsgleichheit muss nur in der Zukunft – eventuell abgedeckt durch Übergangsrecht – erreicht werden.<sup>174</sup>

### 3. Verhältnis zu nationalem Vertrauensschutz

Soweit eine Rechtsfrage unionsrechtlich determiniert ist, sind alle Fragen der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes nach unionsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen, auch wenn der nationale Vertrauensschutz vermeintlich mehr zu bieten hat.

#### a) Rechtsauslegung durch den EuGH und nationale Rechtsanwendung

Der EuGH ist prinzipiell der Ansicht, das ohnehin geltende Recht nur deklaratorisch auszulegen. Er beschränkt daher die Geltung seiner Auslegung äußerst selten<sup>175</sup> auf offene oder künftige Rechtsverhältnisse und betrachtet sie im Übrigen als allgemeingültig seit Inkrafttreten des ausgelegten Rechts.<sup>176</sup> Besondere Verwirrung<sup>177</sup> stiftet nun, dass der Gerichtshof die Rückwirkung seiner Unionsrechtsauslegung *aufgrund der unionsrechtlichen Rechtssicherheit* ausschließen kann (in dem Urteil, das erstmals die Auslegung vornimmt), der Gerichtshof dabei aber ganz andere Maßstäbe anlegt, als an die Rechtssicherheit im Übrigen: Der EuGH verlangt guten Glauben der Betroffenen (in eine andere Auslegung) und die Gefahr schwerwiegender Störungen (durch eine rückwirkende Auslegung).<sup>178</sup> Doch nur weil der EuGH diese hohen Anforderungen an eine Ex-nunc-Wirkung seiner

171 Vorbildlich BGH v. 8.10.1998 – IX ZR 257/97, NJW 1999, S. 58, 60: „Diese neuen Grundsätze wird der Senat auf Bürgschaftsverträge anwenden, die ab dem 1.1.1999 geschlossen werden“; BGH v. 7.4.2003 – II ZR 56/02, NJW 2003, S. 1803, 1805: „Erwägungen des Vertrauensschutzes gebieten es, den Grundsatz der persönlichen Haftung des in eine GbR Eintretenden für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft erst auf künftige Beitrittsfälle anzuwenden“.

172 G. Hager (Fn. 5), 4. Kap. Rn. 256; F. Maultzsch (Fn. 4), RabelsZ 2015, S. 322 (354 f.); a.A. C. Bittner (Fn. 4), JZ 2013, S. 645 (651): Prozessrisiko unverändert.

173 G. Hager (Fn. 5), 4. Kap. Rn. 257; krit. zu »extrajudiziell« von vorsitzenden Richtern in der Literatur vorbereiteten Rechtsprechungsänderungen F. Maultzsch (Fn. 4), S. 322, 357 f.

174 Zur Ungleichbehandlung infolge legislativer Rechtsänderung C. Latzel, Ewige Ungleichbehandlung? Zur Drittelmitbestimmung nach Gründungszeit, AG 2014, S. 395 ff. gegen BVerfG v. 9.1.2014 – 1 BvR 2344/11 (Alt-Aktiengesellschaften), AG 2014, S. 279.

175 Etwa EuGH, Urteil v. 15.12.1995, Rs. C-415/93 (Bosman), NJW 1996, S. 505, Rn. 142 ff.

176 EuGH, Urteil v. 27.3.1980, Rs. C-61/79 (Denkavit), Slg. 1980, 1205, Rn. 16; EuGH, Urteil v. 28.1.2015, Rs. C-417/13 (Starjakob), NZA 2015, S. 217, Rn. 63; A. von Arnauld (Fn. 57), S. 504 ff.

177 Exemplarisch H. Wißmann, FS Bauer, 2010, S. 1161, 1164, 1166 f.

178 EuGH, Urteil v. 10.1.2006, Rs. C-402/03 (Skov und Bilka), EuZW 2006, S. 181, Rn. 51; EuGH, Urteil v. 21.3.2013, Rs. C-92/11 (RWE), EuZW 2013, S. 461, Rn. 59; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 27.3.1980, Rs. C-61/79 (Denkavit), Slg. 1980, 1205, Rn. 17 f.; eingehend C. Kovács, Die temporale Wirkung von Urtei-

Auslegung selten erfüllt sieht und deshalb in aller Regel mit Ex-tunc-Wirkung entscheidet, erteilt er damit *nicht* zugleich jeglichem Vertrauensschutz eine Absage!

Der EuGH misst – zu Recht – die Rückwirkung seiner Auslegungsurteile und die Rückwirkung von Recht an unterschiedlichen Maßstäben, beruft sich nur missverständlicher Weise in beiden Fällen auf die „Rechtssicherheit“. Der um Vorabentscheidung ersuchte EuGH legt das Unionsrecht nur aus, er wendet es nicht an. Gleichwohl er bemüht ist, dem vorlegenden Gericht „alle unionsrechtlichen Auslegungshinweise zu geben“, um diesem die Entscheidung des Ausgangsfalls aus unionsrechtlicher Sicht zu ermöglichen,<sup>179</sup> legt der Gerichtshof das Unionsrecht in aller Regel nur selektiv aus, d.h. er berücksichtigt allgemeine Grundsätze nur, sofern sich selbige aufdrängen oder er danach explizit gefragt wird.<sup>180</sup> Erst beim vorlegenden Gericht, das über den gesamten Sachverhalt verfügt, laufen dann die Fäden zusammen und ist das *gesamte* Unionsrecht anzuwenden. Dabei geht das nationale Gericht zwar von der Rechtslage aus, wie sie sich nach der Ex-tunc-Auslegung des EuGH darstellt,<sup>181</sup> es muss bei deren Anwendung aber auch den unionsrechtlichen Grundsätzen, namentlich dem Rückwirkungsverbot genügen.<sup>182</sup> Soweit der konkrete Fall unionsrechtlich determiniert ist, müssen alle Rückwirkungs- und Vertrauensschutzfragen nach den Maßstäben der *unionsrechtlichen* Rechtssicherheit beantwortet werden. Die Rückwirkung von Recht (bei erstmaliger Setzung wie späterer Änderung und egal ob durch Gesetzgeber oder Gerichte) muss daher stets durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt sein und darf das Vertrauen der Betroffenen in die bisherige Rechtslage nicht enttäuschen. Selbstredend ist der EuGH um Vorabentscheidung zu ersuchen, soweit noch unklar ist, wie der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit auszulegen ist, insbesondere welche Allgemeininteressen eine Rückwirkung rechtfertigen können.<sup>183</sup> Wenn der EuGH ausnahmsweise seine Auslegungsentscheidung nur auf die Zukunft beschränkt, wirkt sich das auf die Rechtspraxis so aus, als ob das Unionsrecht mit diesem Inhalt erst mit der EuGH-Entscheidung in Kraft getreten wäre. Rückwirkungsfragen stellen sich dann gar nicht, weil vor Bekanntgabe der Entscheidung materiell „anderes“ Recht galt.

len des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren, 2014, S. 131 ff.; für geringere Anforderungen *J.Schwarze*, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, NJW 2005, S. 3459, 3464 f.

179 EuGH (Große Kammer), Urteil v. 1.7.2014, Rs. C-573/12 (Ålands Vindkraft), EuZW 2014, S. 620 Rn. 126; EuGH, Urteil v. 18.12.2014, Rs. C-551/13 (SETAR), NVwZ 2015, 653 Rn. 32.

180 Deswegen musste auf *Paletta I* (EuGH, Urteil v. 3.6.1992, Rs. C-45/90, NJW 1992, S. 2687) noch *Paletta II* (EuGH, Urteil v. 2.5.1996, Rs. C-206/94, NJW 1996, S. 1881) folgen.

181 EuGH, Urteil v. 21.3.2013, Rs. C-92/11 (RWE), EuZW 2013, S. 461, Rn. 58; ebenso bereits EuGH, Urteil v. 27.3.1980, Rs. C-61/79 (Denkavit), Slg. 1980, 1205, Rn. 16.

182 EuGH, Urteil v. 4.7.2006, Rs. C-212/04 (Adeneler), EuZW 2006, S. 730, Rn. 110; *A. Sagan* (Fn. 119), S. 342.

183 Vgl. oben III.1., S. 431.

### b) Raum für nationalen Vertrauensschutz?

Um Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht zu gefährden,<sup>184</sup> dürfen nationale Gerichte gegen rückwirkende Auslegungsentscheidungen des EuGH nicht *nationalen* Vertrauensschutz in Stellung bringen.<sup>185</sup> Damit ist die Idee des BVerfG überholt, die von rückwirkender EuGH-Rechtsprechung „Betroffenen“ nach deutschem Recht zu entschädigen, wenn unionsrechtlicher Vertrauensschutz hinter nationalem zurückbliebe.<sup>186</sup> Dem lag ohnehin das Fehlverständnis zugrunde, dass zeitlich unbeschränkte EuGH-Entscheidungen zur Auslegung des Unionsrechts von den nationalen Gerichten ebenso zeitlich unbeschränkt angewandt werden müssten.<sup>187</sup> Das ist aber insoweit nicht der Fall, als eine Rückwirkung im konkreten Fall die unionsrechtliche Rechtssicherheit gefährdete, weil ihrein rechtfertigendes Allgemeininteresse fehlt oder das Vertrauen der Betroffenen in die bisherige Rechtslage enttäuscht würde.<sup>188</sup> Davon abgesehen ist die unionsrechtliche Rechtssicherheit im Anwendungsbereich des Unionsrechts umfassend und abschließend, sodass die Abwägung von *effet utile* und Rückwirkungsverbot nicht nach Mitgliedstaaten variieren kann, ohne die Einheit des Unionsrechts zu gefährden.<sup>189</sup>

## 4. Europäischer statt deutscher Vertrauensschutz bei Massenentlassungen

Bei der eingangs geschilderten Auslegung des Entlassungsbegriffs<sup>190</sup> hat das BAG Vertrauensschutz „gegen“ die Junk-Entscheidung des EuGH nach *deutschrechtlichen* Maßgaben gewährt. Eine Kammer des BVerfG hat die Entscheidung deswegen kassiert, denn im Anwendungsbereich der Massenentlassungsrichtlinie sind auch alle Vollzugsfragen unionsrechtlich zu beantworten,<sup>191</sup> hier anhand des unionsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit. Diese Kollateralverpflichtungen hat das BAG übersehen<sup>192</sup>: Als es Vertrauensschutz gewährte, meinte das BAG gerade kein Gemeinschaftsrecht durchzuführen, sondern nur das nationale

184 EuGH v. 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), EuZW 2013, S. 305, Rn. 60; EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Fransson), EuZW 2013, S. 302, Rn. 29.

185 EuGH, Urteil v. 8.9.2010, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), NVwZ 2010, S. 1419, Rn. 60 f., gegen BVerfG v. 28.3.2006, Rs. 1 BvR 1054/01 (Sportwettenmonopol), NJW 2006, S. 1261, Rn. 146 ff.

186 BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), EuZW 2010, S. 828, Rn. 84 f.

187 BVerfG v. 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 (Honeywell), EuZW 2010, S. 828, Rn. 83: „Die Auslegung des Unionsrechts durch den EuGH ist deshalb von den mitgliedstaatlichen Gerichten auch auf Rechtsverhältnisse anzuwenden, die vor Erlass der Vorabentscheidung begründet wurden“; ebenso BVerfG v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, ZIP 2015, S. 335, Rn. 28; *H.Wißmann*, FS Bauer, 2010, S. 1161, 1163 f.; tendenziell auch noch *C.Latzel/T. Streinz*, Das richtige Vorabentscheidungsersuchen, NJOZ 2013, S. 97, 103.

188 Dazu oben II.2.c)cc), S. 427.

189 Vgl. EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-399/11 (Melloni), EuZW 2013, S. 305 Rn. 60; EuGH, Urteil v. 26.2.2013, Rs. C-617/10 (Fransson), EuZW 2013, S. 302 Rn. 29; *K.Lenaerts*, Kooperation und Spannung im Verhältnis von EuGH und nationalen Verfassungsgerichten, EuR 2015, S. 3, 24 f.; *A.Sagan* (Fn. 119), S. 342; a.A. *H.Wißmann*, FS Bauer, 2010, S. 1161, 1167 ff.

190 Dazu oben I.1., S. 416.

191 Dazu oben II.1.b), S. 420.

192 BAG v. 13.3.2013 – 5 AZR 954/11, NZA 2013, S. 680, Rn. 18.

Kündigungsschutzrecht richtlinienkonform anzuwenden, und das sei doch eine Frage der nationalen Rechtsanwendung.<sup>193</sup>

Die Kammer des BVerfG wirft dem BAG vor, nicht vorab den EuGH gefragt zu haben, „ob es gegen Art. 288 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 4 Abs. 3 EUV verstößt, wenn die unionsrechtlich gebotene und methodisch mögliche Auslegung von §§ 17 f. KSchG aus Gründen des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsatzes des Vertrauensschutzes abgelehnt wird, bzw. ob die Gewährung von Vertrauensschutz und die damit (faktisch) einhergehende zeitliche Beschränkung der Wirkung der Junk-Entscheidung ausschließlich ihm vorbehalten ist“.<sup>194</sup> Tatsächlich ist indes der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit in Gestalt des Rückwirkungsverbots *sedes materiae*.<sup>195</sup> Nur weil der EuGH seine Richtlinienauslegung nicht zeitlich beschränkt hat, ist nicht automatisch auch das nationale Umsetzungsrecht *ex tunc* in diesem Sinne zu verstehen. Das setzt vielmehr ein Allgemeininteresse voraus, das sich gerade nicht in „Art. 288 Abs. 3 AEUV bzw. Art. 4 Abs. 3 EUV“ erschöpft, sondern aus dem Ziel der Massenentlassungsrichtlinie speist und auch noch retrospektiv erreicht werden kann, ohne das berechnete Vertrauen der Rechtsunterworfenen zu enttäuschen.<sup>196</sup> Insoweit hätten sich einige Vorlagefragen zu den Anforderungen des Rückwirkungsverbots angeboten, doch muss das BAG jedenfalls selbst beantworten, *bis wann* das Vertrauen der Rechtsunterworfenen Schutz vor einer rückwirkenden Umdeutung des Entlassungsbegriffs i.S.d. § 17 KSchG verlangt.<sup>197</sup> Die vom BAG auserkorene Verkündung der maßgeblichen EuGH-Entscheidung scheint dafür sehr geeignet.

#### IV. Fazit

Der unionsrechtliche Grundsatz der Rechtssicherheit verdrängt zunehmend die deutsche Vertrauensschutzdogmatik, denn Rechtssicherheit und Vertrauensschutz sind immer dann ausschließlich nach unionsrechtlichen Maßstäben zu beurteilen, wenn eine Rechtsfrage irgendwie primär- oder sekundärrechtlich determiniert ist. Die unionsrechtliche Rechtssicherheit versetzt sich in die Lage der prospektiv agierenden Rechtsunterworfenen, weshalb der Blick auf die heutige Rechtslage (egal ob durch Gesetze oder Rechtsprechung geprägt) morgen nicht plötzlich anders ausfallen darf als heute. Nationaler Vertrauensschutz hat daneben keinen Raum und ist auch nicht erforderlich, wenn man sich zwei Dinge vor Augen führt:

193 BAG v. 1.2.2007 – 2 AZR 15/06, juris Rn. 23.

194 BVerfG (Kammer) v. 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07, ZIP 2015, S. 335 Rn. 36, unter Verweis auf eine vorbildliche Vorlage des ArbG Nienburg v. 27.6.2012 – 2 Ca 472/11, n.v. (beim EuGH zwar als Rs. C-311/12 anhängig geworden, aber später wegen Erledigung zurückgenommen).

195 Ebenso *A.Sagan* (Fn. 119), S. 343 f.

196 Dazu oben II.2.c)cc), S. 427.

197 Zum Prüfauftrag der nationalen Gerichte oben III.1., S. 431.

1. Es ist zwischen Schutz vor rückwirkendem Recht und Schutz des Vertrauens in den künftigen Fortbestand des aktuellen Rechts zu unterscheiden. Das retrospektive Rückwirkungsverbot ist deutlich strenger (und gegenüber dem deutschen Vertrauensschutz auch schneidiger) als das prospektive Vertrauensschutzgebot. Richter- wie Gesetzesrecht dürfen nur zurückwirken, wenn das ein Allgemeininteresse gebietet, das sich aus dem materiellen Gehalt des konkreten Rechts speist (Ablauf der Umsetzungsfrist genügt nicht) und rückwirkend auch noch zu verwirklichen ist. Dabei darf nicht das Vertrauen der Betroffenen in die bisherige Rechtslage (selbst soweit sie unionsrechtswidrig war) enttäuscht werden. Von diesem Vertrauensschutz ist jener zu unterscheiden, der nach der Vorhersehbarkeit einer *künftigen* Rechtsänderung fragt und ggf. nach Übergangsrecht verlangt.

2. Nur weil der EuGH in aller Regel nicht seine *Auslegung* des Unionsrechts zeitlich beschränkt, dürfen die nationalen Gerichten, die das Unionsrecht *anzuwenden* haben, nicht den unionsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz verweigern. Der EuGH legt prinzipiell nur das Unionsrecht aus, nach dessen Bedeutung er gefragt wird oder das er im Ausgangsverfahren für einschlägig erachtet. Die nationalen Gerichte müssen das *gesamte* Unionsrecht anwenden und haben der unionsrechtlichen Rechtssicherheit dadurch zu praktischer Wirksamkeit zu verhelfen, indem sie einerseits rückwirkende Gesetze zeitweise nicht anwenden und andererseits die Änderung der eigenen (auch unionsrechtswidrigen) Rechtsprechung auf die Zukunft beschränken.