

Fall 2

Die Oma vs. Lady Gala

Zur Verbesserung des Verbraucherschutzes haben das Europäische Parlament und der Rat (rechtmäßig) die Richtlinie »RL-2021/66/EU« beschlossen. Darin heißt es:

***Art. 1:** Die Regeln über das Widerrufsrecht bei Verträgen, die ausschließlich unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel zustande gekommen sind, sollen auch für den Erwerb von Eintrittskarten für terminlich gebundene Sport- und sonstige Freizeitbetätigungen (auch: Konzerte) gelten. Es soll ein mindestens 14-tägiges, an keine Gründe gebundenes Widerrufsrecht bestehen. Den Mitgliedstaaten obliegt die weitere Ausgestaltung.*

***Art. 2:** Diese Richtlinie tritt am 1. Januar 2021 in Kraft und ist von den Mitgliedstaaten spätestens ein Jahr nach dem Inkrafttreten in nationales Recht umzusetzen.*

Der Deutsche Bundestag verabschiedet im Dezember 2021 ein Gesetz, das den § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB, der das Widerrufsrecht bei terminlich gebundenen Sport- und Freizeitbetätigungen (dazu zählen auch Konzerte) ausschließt, zum 1. Oktober 2022 aufhebt. Durch die Frist bis Oktober will der Bundestag die Interessen der Veranstaltungsbranche wahren. Rechtsstudentin R aus Hannover hat am 10. Januar 2022 für das im Sommer stattfindende Konzert von *Lady Gala* beim Veranstalter V im Internet ein Ticket (Preis: 150 Euro) erworben. Am 22. Januar 2022 erfährt R, dass sie am Tag des Konzerts zum Geburtstag ihrer Oma eingeladen ist. R erklärt am 23. Januar 2022 unter Hinweis auf die Richtlinie gegenüber V den Widerruf vom Vertrag.

Frage: Steht R gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro zu?

Schwerpunkte: Die »horizontale« Wirkung einer Richtlinie; unmittelbare Wirkung einer horizontalen Richtlinie; richtlinienkonforme Auslegung des bestehenden nationalen Rechts; Umsetzungsfristen; Staatshaftung bei Nichtumsetzung einer Richtlinie; die *Francovich*-Entscheidung des EuGH vom 19.11.1991 (NJW 1992, 165).

Lösungsweg

Einstieg: Nach der Vorarbeit aus dem ersten Fall wissen wir, dass Richtlinien im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV nur Wirkung im jeweiligen Mitgliedstaat entfalten, wenn es dort einen zusätzlichen innerstaatlichen Umsetzungsakt (Gesetz, Verordnung oder Satzung) gegeben hat. Die Berufung der Bürger auf die Richtlinie selbst,

etwa zur Begründung eines Anspruchs oder Rechts, ist daher nicht möglich; der Bürger muss erst den Umsetzungsakt abwarten, um aus der innerstaatlich beschlossenen Regelung dann seine Ansprüche oder Rechte herzuleiten (EuGH NVwZ 2019, 1587; Haratsch/Koenig/Pechstein Rz. 400). Wir wissen inzwischen aber auch, dass es von dieser Regel Ausnahmen gibt: insbesondere dann, wenn das jeweilige Mitgliedsland die Umsetzungsfrist tatenlos verstreichen lässt, die EU-Richtlinie hinreichend genau bestimmt, unbedingt sowie vorbehaltlos gefasst wurde. Unter diesen Umständen gestatten der EuGH und auch die ganz herrschende Meinung in der Wissenschaft eine direkte Berufung auf die Richtlinie, um zu verhindern, dass der Staat seinen Bürgern durch Missachtung einer Umsetzungsfrist subjektive Rechte oder andere sie begünstigende Rechtspositionen gegen den Staat unionsrechtswidrig entzieht oder vorenthält (EuGH ECLI:EU:C:1970:78; EuGH NJW 1992, 165; BVerfGE 75, 223; Streinz Rz. 495; Streinz/Schroeder Art. 288 AEUV Rz. 87; Calliess/Ruffert Art. 288 AEUV Rz. 48; Haratsch/Koenig/Pechstein Rz. 405; Hobe/Fremuth § 10 Rz. 30).

So, und nach diesem Muster könnten wir nun eigentlich auch hier arbeiten und diese Prüfungspunkte kurz abklopfen mit der möglichen (und wahrscheinlichen!) Folge, dass R wegen der verzögerten Umsetzung berechtigt ist, sich direkt auf die Richtlinie und insbesondere das dort verankerte Widerrufsrecht zu berufen.

Problem: Die gerade genannten Regeln im Hinblick auf die unmittelbare Wirkung von EU-Richtlinien gelten (eigentlich) nur im Falle einer »**vertikalen**«, also das Verhältnis des **Staates** zu seinen **Bürgern** betreffenden Richtlinie. Das Hauptargument für die Berechtigung des Bürgers, sich ohne weiteren Umsetzungsakt direkt und unmittelbar auf die Regeln einer Richtlinie berufen zu können, lag ja darin, den säumigen Staat zu sanktionieren, weil er eine ihn selbst belastende und den Bürger begünstigende Richtlinie unionsrechtswidrig nicht umsetzt und dem Bürger damit seine Rechte entzieht oder zumindest vorenthält (siehe oben). Das geht nicht, dem Staat soll und darf kein Vorteil dadurch erwachsen, dass er sich – entgegen seiner Verpflichtung aus den Art. 288 Abs. 3 AEUV sowie Art. 4 Abs. 3 EUV – weigert, eine EU-Richtlinie, die seine Bürger begünstigt, fristgerecht zu transferieren (Streinz Rz. 495; Streinz/Schroeder Art. 288 AEUV Rz. 87).

Und wenn wir jetzt mal auf unseren Fall oben schauen, sehen wir, dass der Staat in dem hier in Frage stehenden, von der Richtlinie geregelten Rechtsverhältnis tatsächlich gar nicht vorkommt. Das Verhältnis der von der Richtlinie betroffenen Personen ist rein **privatrechtlicher** Natur (Bürger gegen Konzertveranstalter) und damit der eben im grauen Kasten verwendeten Argumentation logischerweise auch nicht zugänglich. Der Staat taucht nur insoweit auf, als dass er die auf privatrechtliche Verhältnisse bezogene Richtlinie, die man daher übrigens »**horizontal**« (= waagerecht) wirkend nennt, verspätet umsetzt. Die Frage, die sich demnach hier stellt, lautet: Können vom Staat nicht fristgemäß umgesetzte EU-Richtlinien auch dann unmittelbare Geltung haben und Ansprüche/Rechte der Bürger begründen, wenn sie nur **privatrechtliche** Verhältnisse betreffen, also nur »horizontal« (waagerecht) wirken?

Prüfen wir mal:

Anspruch der R gegen V auf Rückzahlung der 150 Euro

AGL.: §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1 und 2, 312c Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB (→ Widerruf eines Fernabsatzvertrages)

I. Gemäß § 357 Abs. 1 BGB sind bei einem per Fernabsatzvertrag geschlossenen und anschließend widerrufenen Vertrag die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. R hat die Karte für das Konzert »im Internet« gekauft, was problemlos unter den Begriff des Fernabsatzvertrages im Sinne 312c Abs. 1 BGB fällt. Gemäß § 312g Abs. 1 BGB steht R demnach grundsätzlich ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu. Dieses ist gemäß § 355 Abs. 2 BGB an eine 14-tägige Frist gebunden, die R vorliegend auch eingehalten hat (Vertragsschluss: 10. Januar → Widerruf: 23. Januar). Damit stünde R gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro, Zug um Zug gegen Rückgabe der Eintrittskarte, zu.

II. Etwas anderes kann sich indes aus § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB ergeben. Nach dieser Norm ist das Widerrufsrecht unter anderem bei terminlich gebundenen Sport- und Freizeitbetätigungen ausgeschlossen. Der Kauf von Eintrittskarten für Sportveranstaltungen oder etwa auch für Konzerte fällt nach dem Willen des Gesetzgebers und der allgemeinen Ansicht unter den Begriff der »Freizeitbetätigung« im Sinne des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB (BT-Drs. 17/12637, 57; MüKo/Wendehorst § 312g BGB Rz. 44 m.w.N.), womit das Widerrufsrecht der R in unserem Fall ausgeschlossen wäre und R mithin auch kein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro zustehen kann.

Problem: Gilt dieser § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB im Januar 2022 überhaupt noch?

Ansatz: Zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch R am 23. Januar 2022 war der § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB nach deutschem Recht (noch) in Kraft, da das vom Bundestag im Dezember 2021 beschlossene Gesetz die Änderung bzw. das Außerkrafttreten der Norm auf den 1. Oktober 2022 terminiert hat. Die Richtlinie schreibt den Mitgliedsländern demgegenüber eine Anpassung des Rechts bis spätestens 1. Januar 2022 vor. Deutschland hat die Richtlinie somit zwar mit fristgemäß verabschiedetem Gesetz im Dezember 2021 transferiert, allerdings die von der Richtlinie intendierte Wirkung auf den 1. Oktober 2022, also nach Fristablauf, verschoben.

Frage(n): Wie ist es zu beurteilen, wenn ein Mitgliedsland eine Richtlinie zwar inhaltlich korrekt umsetzt und das entsprechende Gesetzgebungsverfahren auch innerhalb der Umsetzungsfrist abschließt (hier: Dezember), die von der Richtlinie intendierten Auswirkungen sich nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers aber nicht innerhalb der gesetzten Frist, sondern erst später vollziehen sollen? Und, falls dieses Vorgehen unionsrechtswidrig sein sollte, welche Konsequenzen hat dieses Vorgehen für die von der Richtlinie betroffenen Bürger? Können sie sich nach Ablauf der Umsetzungsfrist in einem solchen Fall direkt auf die Richtlinie berufen? Und spielt es mög-

licherweise eine Rolle, dass die in Frage stehende Richtlinie nur das Verhältnis von Bürgern untereinander betrifft (sogenannte »horizontale Wirkung«)?

Der Reihe nach:

1. Die Verpflichtung zur fristgemäßen Umsetzung einer Richtlinie im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV umfasst nach allgemeiner Ansicht die vollständige Erreichung des Umsetzungsziels, wobei nicht nur die rein formale Umsetzung gemeint ist (EuGH Rs. C-62, Slg. **2002**, I-6325; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 62). Hierbei müssen sowohl die innerstaatlichen Rechtsnormen erlassen als auch deren Anwendung innerhalb der gesetzten Frist gesichert sein (EuGH NJW **1996**, 3141). Ein Hinausschieben der Umsetzungsfrist durch das nationale Durchführungsgesetz, wonach die in Frage stehende Regelung erst nach Ablauf der Frist gelten soll, widerspricht der Verpflichtung zur fristgerechten Transformation – und zwar selbst und auch dann, wenn das Durchführungsgesetz innerhalb der Frist erlassen wurde (EuGH C-396/9, Slg. **1994**, I-3717 Rz. 19; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 66; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 403). Es bleibt den Staaten in solchen Fällen freilich unbenommen, für die Umsetzung einer Richtlinie eine Fristverlängerung beim zuständigen EU-Organ zu beantragen, was nach allgemeiner Meinung aus Art. 4 Abs. 3 EUV folgt (EuGH NJW **1996**, 3141; EuGH C-217/88, Slg. **1990**, I-2879 Rz. 33); eine rein eigenmächtige Verlängerung der Frist durch die Mitgliedstaaten ist und bleibt aber unionsrechtswidrig.

ZE.: Dass das die Richtlinie transferierende Gesetz in unserem Fall noch im Dezember 2021, also innerhalb der Umsetzungsfrist, verabschiedet worden ist, spielt demnach keine Rolle. Es kommt alleine darauf an, wann die **Wirkung** des Gesetzes eintritt und die Richtlinie tatsächlich umgesetzt. Dies ist aber erst im Oktober 2022 der Fall, also außerhalb der gesetzten Frist. Die Umsetzung ist daher verspätet erfolgt.

2. Damit stellt sich als Nächstes die Frage, ob die verspätet umgesetzte Richtlinie in der Zeit zwischen Fristablauf und dem innerstaatlichen Inkrafttreten des Transformationsgesetzes gleichwohl in anderer Form Wirkung entfalten kann. In Betracht kommt insoweit zunächst die uns inzwischen bekannte »unmittelbare Wirkung« bzw. Geltung von nicht fristgemäß umgesetzten Richtlinien. Wir erinnern uns bitte:

Lässt ein Staat die Umsetzungsfrist einer Richtlinie tatenlos verstreichen, kommt nach allgemeiner Auffassung und insbesondere der Rechtsprechung des EuGH die unmittelbare Wirkung der Richtlinie unter folgenden Umständen in Betracht: Erforderlich sind neben dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine hinreichend genau bestimmte Richtlinie, die zudem unbedingt und vorbehaltlos die Rechte oder Ansprüche des Bürgers gegen den Staat begründet und von einem nationalen Gericht in der bestehenden Fassung auch angewandt werden könnte (EuGH vom **6. Oktober 1970**, ECLI:EU:C:1970:78; BVerfGE **75**, 223; *Streinz* Rz. 495; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 87; *Calliess/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 48; *Hobel/Fremuth* § 10 Rz. 30; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 405). In diesen Fällen kommt einer Richtlinie,

die das Verhältnis zwischen Staat und Bürger regelt (»vertikal«), unmittelbar verpflichtende Wirkung zulasten des säumigen Staates zu. Einer der zentralen Gründe für diese unmittelbare Wirkung der Richtlinie liegt darin, dass es gegenüber dem säumigen Staat eine spürbare Sanktion geben muss, sollte der Staat sich weigern, eine ihn belastende und seine Bürger begünstigende Richtlinie fristgemäß ins nationale Recht zu transferieren. Die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts bzw. der Richtlinie (»effet utile«) würde andernfalls erheblich und unzulässig beeinträchtigt (EuGH Rs. 9/70, Slg. 1970, 825 Rz. 5; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 87; *Calliess/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 48).

Zum Fall: Die Umsetzungsfrist ist verstrichen, die Fassung der Richtlinie ist hinreichend genau bestimmt, unbedingt und vorbehaltlos. Jedes Gericht könnte nach dem Lesen des Richtlinien textes und ohne weitere Auslegungsfragen anordnen und entscheiden, dass das mindestens 14-tägige, an keine Gründe gebundene Widerrufsrecht ab sofort auch bei Konzerten besteht. **Aber:** Wir haben es angesprochen, es kommt bei der Frage nach der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinie entscheidend darauf an, welche Rechtsverhältnisse die fragliche Regelung betrifft. Die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie im »vertikalen« Verhältnis, also zwischen **Staat** und **Bürger**, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Denn diese Wirkung bindet und verpflichtet alleine den säumigen und damit unionsrechtswidrig handelnden Staat, der für seine Säumnis bei der Richtlinienumsetzung dann quasi »bestraft« wird, weil er seinen Verpflichtungen aus der Richtlinie trotz mangelnder Umsetzung nachkommen muss (EuGH Rs. 148/78 Slg. 1979, 1629 Rz. 18; *Streinz* Rz. 496; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 409).

Hier: In unserem Fall geht es nun aber nicht um eine vertikale Wirkung einer Richtlinie; unsere Regelung betrifft nur Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten, namentlich der einzelnen Bürger und der Veranstaltungsbranche. Die zu klärende Frage lautet daher: Gelten die Regeln für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie auch dann, wenn der Regelungsgehalt ausschließlich den privaten Rechtsverkehr betrifft, die Richtlinie also nur »horizontale« Wirkung entfaltet?

Antwort: Nein!

Begründung: Zunächst fehlt es am Hauptargument, nämlich der Bestrafung des säumigen Mitgliedstaates (siehe oben). Bei einer Begründung von Ansprüchen oder Rechten privater Rechtssubjekte durch die nicht umgesetzte Richtlinie – sogenannte »echte« oder auch »positive« Horizontalwirkung – würden Privatrechtssubjekte belastet bzw. bestraft, obwohl sie auf das Zustandekommen der Richtlinie und auch den Umsetzungsvorgang gar keinen Einfluss haben (EuGH ECLI:EU:C:2006:443 Rz. 110; EuGH Rs. 152/84 Slg. 1986, 723 Rz. 48; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 411; *Hobel/Fremuth* § 10 Rz. 32). In unserem Fall etwa würde der Veranstalter V als Privatrechtssubjekt durch eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie (erheblich) belastet, weil er seine Eintrittskarten ab sofort innerhalb einer mindestens 14-tägigen Frist zurücknehmen müsste. Das mag zwar aus Sicht der auf der anderen Seite begünstigten Rechtsstu-

dentin R anders aussehen, aber hier verbietet sich wegen der rechtlichen Gleichrangigkeit der Parteien (→ »horizontale« Wirkung!) jede Wertung. Es zählt alleine, dass ein Privatrechtssubjekt durch die unmittelbare Anwendung der Richtlinie belastet wird – dies stellt einen unionsrechtswidrigen und damit unzulässigen Vorgang dar (EuGH Rs. 152/84 Slg. **1986**, 723 Rz. 48). Des Weiteren sind Richtlinien nach dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV (aufschlagen!) ausdrücklich und ausschließlich **an die Mitgliedstaaten** adressiert (*»... ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, ... verbindlich ...«*) mit der Folge, dass die Richtlinien auch nur für diese Mitgliedstaaten verbindlich sein können, nicht aber unmittelbar für seine Bürger (EuGH Rs. 152/84, Slg. **1986**, 723 Rz. 47; *Streinz* Rz. 498). Diese Möglichkeit ist – systematisch betrachtet – allein den »Verordnungen« im Sinne des Art. 288 Abs. 2 AEUV vorbehalten, da den Verordnungen nach der insoweit differenzierten Formulierung des Gesetzes (*»... gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.«*) per se eine unmittelbare Wirkung zukommt, aus der – anders als bei der Richtlinie – auch Belastungen für die Bürger erwachsen dürfen. Die Bürger belastende Maßnahmen dürfen und sollen grundsätzlich nur durch Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV ausgesprochen werden, nicht aber mittels unmittelbarer Wirkung einer Richtlinie (EuGH Rs. C-91/92 Slg. **1994**, I-3325 Rz. 24; EuGH EuZW **2004**, 691; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 411; *Calliess/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 61; *Streinz* Rz. 498).

Tipp: Das gerade Dargestellte reicht im Rahmen einer Klausurbearbeitung, um sich eine vernünftige Note abzuholen. Wer allerdings richtig abkassieren möchte oder zum Thema eine Hausarbeit schreibt, kann und sollte sich noch mit einer von durchaus namhaften Autoren vertretenen Mindermeinung befassen. Demnach nämlich soll Richtlinien sehr wohl auch im horizontalen Verhältnis eine unmittelbare Wirkung zukommen (*Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 101; zweifelnd auch: *Herdegen* § 8 Rz. 64; *Bach* in JZ 1990, 1108; *Royle/Lackhoff* in DVBl. 1998, 1116; *Nicolaysen* EuR 1986, 370). Als Argument wird zum einen die vom EuGH tatsächlich oft bemühte praktische Wirksamkeit des Unionsrechts (*»effet utile«*) angeführt, die konsequenterweise nur gewährleistet sei, wenn auch horizontalen Richtlinien unmittelbare Wirkung zukomme. Andernfalls drohe eine zumindest vorläufige Zersplitterung des Unionsrechts, da die übrigen Länder die Richtlinie ja fristgemäß umgesetzt hätten. Zum anderen käme es unter Umständen zur willkürlichen Differenzierung zwischen privaten und öffentlichen Unternehmen im Hinblick auf die Richtlinienbindung und somit zu unbedingt zu vermeidenden Wettbewerbsverzerrungen (*Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 101). Diese Meinung vertraten übrigens in diversen Entscheidungen zudem auch mehrere **Generalanwälte** des EuGH, die gemäß Art. 252 Abs. 1 AEUV (aufschlagen!) den EuGH unterstützen und die berühmten »Schlussanträge« nach Art. 252 Abs. 2 AEUV stellen – denen der EuGH in den meisten Fällen im Übrigen auch folgt (vgl. Schlussantrag zu EuGH Rs. C-271/91 Slg. **1993**, I-4367; Schlussantrag zu EuGH Rs. C-316/93 Slg. **1994**, I-763 Rz. 18; Schlussantrag zu EuGH C-91/92 Slg. **1994**, I-3325). In den vorgenannten Fällen hat der EuGH allerdings durchaus überraschend und einmütig die Schlussanträge verworfen, die gegenteilige Ansicht vertreten und die unmittelbare horizontale Wirkung der Richtlinien abgelehnt. Nach

Auffassung des EuGH und der herrschenden Meinung in der Wissenschaft gibt es somit weiterhin keine unmittelbar horizontale Wirkung von Richtlinien (siehe oben).

ZE.: Wir wollen hier mal ohne Wertung der herrschenden Meinung und dem EuGH folgen (zur Streitdarstellung vgl. das Gutachten unten) mit der Konsequenz, dass der in Frage stehenden Richtlinie um das Widerrufsrecht bei Konzerten keine unmittelbare horizontale Wirkung zukommen kann; sie belastet unionsrechtswidrig ein Privatrechtssubjekt (Veranstalter V). R kann sich somit auch nicht auf die Richtlinie stützen und dort ihr Widerrufsrecht herleiten. Es bleibt damit logischerweise bei der Regelung des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB, ein Widerrufsrecht ist auch im Januar 2022 weiterhin ausgeschlossen, die Vorschrift wird ja erst zum 1. Oktober 2022 aufgehoben.

3. Der Fall ist damit aber nicht zu Ende, wir müssen nämlich noch einen Blick auf ein weiteres Rechtsinstitut werfen, mit dem Richtlinien in die nationalen Rechtsordnungen transferiert bzw. eingefügt werden können, und zwar die sogenannte »richtlinienkonforme Auslegung«. Dahinter steckt Folgendes: Nach dem, was wir bisher herausgefunden haben, dürften wir die horizontal wirkende Richtlinie jedenfalls nicht **unmittelbar** anwenden, denn ein solches Vorgehen versagen uns – mit guten Gründen – die herrschende Meinung und auch der EuGH (siehe oben).

Was wir damit indes noch nicht geklärt haben, ist die Frage, ob diese horizontal wirkende Richtlinie nicht möglicherweise auf **mittelbarem Weg** in die deutsche Rechtsordnung einfließen und namentlich bei der **Auslegung** des streitentscheidenden § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB Berücksichtigung finden kann. Die Richtlinie ist ja fraglos in der Welt, damit real und rechtlich existent – und die Umsetzungsfrist ist am 1. Januar 2022 auch abgelaufen. So, und wenn wir uns jetzt mal vorstellen, dass R ihren Anspruch tatsächlich Ende Januar 2022 vor dem Amtsgericht in Hannover geltend macht, fragt sich, ob die Richterin/der Richter, die bekanntlich gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an das **Gesetz** (und Recht) gebunden sind, die Richtlinie und die darin verankerten Regeln wirklich komplett ignorieren dürfen und müssen; die Richtlinie ist ja noch nicht vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt. Oder gehört die Richtlinie gleichwohl schon in die Kategorie »**Gesetz**« und muss von der nationalen Judikative trotz fehlender Umsetzung doch berücksichtigt werden?

Lösung: Ist eine EU-Richtlinie erlassen und die Umsetzungsfrist fruchtlos abgelaufen, kann die Richtlinie gleichwohl Eingang in die nationale Rechtsordnung finden, und zwar im Wege der sogenannten »**richtlinienkonformen Auslegung**« der nationalen Vorschriften. Eine solche Pflicht (!), die jedenfalls ab dem Zeitpunkt des Ablaufes der Umsetzungsfrist besteht, leitet man aus der Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedsländer in Bezug auf Richtlinien ab, die alle nationalen Behörden und auch die Gerichte trifft und die aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, Art. 4 Abs. 3 EUV folgt (EuGH Rs. C-212/04, Slg. **2006**, I-6057; EuGH ECLI:EU:C:2006:443 Rz. 110). Der Richtlinie kommt daher auch ohne Transformation ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine sogenannte »Maßstabsfunktion« für die Auslegung nationalen

Rechts zu (*Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 110). Es ist somit zulässig und sogar geboten, bei der Auslegung von nationalen Vorschriften die durch die Richtlinie vorgegebenen Ziele, Strukturen und prägenden Begriffe als Maßstab zu berücksichtigen (EuGH Rs. C-106/89 Slg. **1990**, I-4135 Rz. 8; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 110; *Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 32; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 417).

Durchblick: Beachte insoweit zunächst bitte noch mal den dogmatisch enorm wichtigen Unterschied zur unmittelbaren Wirkung einer EU-Richtlinie: Bei der unmittelbaren Wirkung einer EU-Richtlinie leitet der Bürger seinen Anspruch oder sein Recht auch tatsächlich unmittelbar aus der EU-Richtlinie ab, die Richtlinie dient also als (unionsrechtliche) Anspruchsgrundlage und/oder sie begründet eine sonstige, den Bürger begünstigende Rechtsposition. Das entgegenstehende nationale Recht wird hierdurch verdrängt (*Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 32). Bei einer richtlinienkonformen Auslegung hingegen bleibt die nationale Vorschrift in Kraft und wird auch angewendet, allerdings unter Berücksichtigung der Ziele/des Maßstabs der Richtlinie (*Streinz* Rz. 508; *Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 32). Die Richtlinie und deren Ziele fließen folglich »nur«, aber immerhin auf dem Wege der **Auslegung** der nationalen Gesetze in die jeweilige Rechtsordnung ein (= richtlinienkonforme Auslegung). Kapiert!?

Prima. Dann weiter: Wir bzw. die Gerichte dürfen und müssen (!) sogar nach Ablauf der Umsetzungsfrist demnach auch die noch nicht transferierten EU-Richtlinien und namentlich deren Ziele bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen, und zwar bei der **Auslegung** der nationalen Gesetze, die zur Lösung des jeweiligen Falles angewendet werden. Machen wir mal – mit erstaunlichem Ergebnis: In unserem Fall würde dies nämlich bedeuten, dass der hier streitentscheidende § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB bei konsequenter Berücksichtigung der Richtlinienziele gar nicht mehr in der bestehenden Fassung angewendet werden darf, denn in der Richtlinie steht das glatte Gegenteil: das Widerrufsrecht bei termingebundenen Sport- und sonstigen Freizeitbetätigungen (auch: Konzerten) soll gerade **nicht** ausgeschlossen, sondern an keine Gründe gebunden und mindestens 14-tägig möglich sein. Nach dem Maßstab und dem Ziel der Richtlinie, die trotz mangelnder Umsetzung – wie wir jetzt wissen – gleichwohl einfließen sollen, kann § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB nur so ausgelegt werden, dass er überhaupt nicht mehr anzuwenden ist.

Aber, Vorsicht: Jetzt wird es noch (ein letztes) Mal spannend – und anspruchsvoll. Wir hatten uns oben ja schon mal kurz gefragt, ob auch EU-Richtlinien in die Kategorie »Gesetz« im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG fallen und demnach von den Gerichten entsprechend berücksichtigt werden müssen. Das Besondere an Richtlinien liegt – im Unterschied zur Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV – darin, dass sie ausweislich der Formulierung in Art. 288 Abs. 3 AEUV (aufschlagen!) gerade nicht unmittelbar im Mitgliedstaat gelten, sondern erst mithilfe eines Umsetzungsaktes in die nationale Rechtsordnung einfließen. Ihnen kommt, streng dogmatisch betrachtet, daher auch **KEINE** Gesetzeskraft im von uns verstandenen Sinne zu. Der Begriff »Gesetz« nach Art. 20 Abs. 3 GG umfasst das EU-Recht nur, soweit ihm unmittelbare Geltung

im nationalen Recht zukommt, also die **Verordnungen** und die **unmittelbar wirkenden** – vertikalen – **Richtlinien** (BVerfGE 74, 358; *Dreier/Schulze-Fielitz* Art. 20 GG Rz. 93). Alle anderen Richtlinien, also vor allem die horizontal wirkenden Richtlinien, besitzen hingegen keine Gesetzeskraft, sie genießen gegenüber dem nationalen Recht deswegen auch nicht den sonst üblichen Anwendungsvorrang des Unionsrechts (*Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 418) – mit folgender **Konsequenz**: Im Vergleich zur nationalen Rechtsordnung und dem darin geäußerten Willen des nationalen Gesetzgebers sind diese Richtlinien **nachrangig**. Das bedeutet unter anderem, dass die aktuell geltenden Gesetze des jeweiligen Mitgliedslandes von einer Richtlinie unter keinen Umständen – auch nicht im Wege der richtlinienkonformen Auslegung – komplett aufgehoben oder umgekehrt werden dürfen. Die richtlinienkonforme Auslegung kann eine nationale Vorschrift, etwa durch Ausfüllen von Generalklauseln oder unbestimmten Rechtsbegriffen, zwar ergänzen und damit in ihrem Anwendungsbereich erweitern oder auch einschränken, nicht aber umkehren oder aufheben. Eine solche Befugnis steht aufgrund der staatsrechtlichen Kompetenzverteilung alleine dem **nationalen Gesetzgeber** zu – es kommt vorrangig auf dessen Willen an. Gleiches gilt für aus dem nationalen Recht folgende, privatrechtliche Ansprüche oder Rechte. Solche können von einer richtlinienkonformen Auslegung weder aufgehoben noch neu begründet werden (*Streinz* Rz. 509). Möglich ist dies nur mithilfe des eigentlichen **Umsetzungsakts** des nationalen Gesetzgebers, nicht aber schon durch die noch nicht transferierte Richtlinie (*Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 114; *Scherzberg* in *Jura* 1993, 225). Das waren sehr wichtige Sätze – bitte noch einmal lesen.

Konsequenz: Rechtsprechung und Literatur haben für die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts daher die folgenden Regeln aufgestellt:

- ➔ Erste Voraussetzung einer richtlinienkonformen Auslegung ist logischerweise ein entsprechender **Auslegungsspielraum** in der nationalen Regelung. Es muss in der betreffenden Norm ein »auslegungsfähiger Rechtsrahmen« existieren (*Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 113). Dieser auslegungsfähige Rechtsrahmen bzw. Beurteilungsspielraum – etwa in Form von Generalklauseln oder sonstiger auslegungsbedürftiger Begriffe – darf ausschließlich mit den Auslegungsmethoden der eigenen nationalen Rechtsordnung gefüllt werden (EuGH C-212/04, Slg. 2006, I-6057 Rz. 110).
- ➔ Eine richtlinienkonforme Auslegung darf zudem unter keinen Umständen dazu führen, dass eine gegen das Ziel der Richtlinie verstoßende nationale Vorschrift »eliminiert« bzw. in ihrer Anwendung ausgeschlossen und durch die Richtlinie und deren Regelung ersetzt wird (EuGH C-168/95 Slg. 1996, I-4705 Rz. 42; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 114; *Streinz* Rz. 508). Eine Auslegung »contra legem«, also gegen die aktuell gültigen nationalen Vorschriften, in denen der Wille des nationalen Gesetzgebers unzweifelhaft zum Ausdruck kommt, ist grundsätzlich unzulässig (*Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 32).
- ➔ Die richtlinienkonforme Auslegung darf – aus dem soeben Gesagten folgernd – daher unter anderem auch nicht dazu führen, dass horizontale EU-

Richtlinien, die wegen ihrer verpflichtenden Wirkung auf private Rechtssubjekte keine unmittelbare Wirkung entfalten, über den Weg einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Norm auf mittelbarem Weg doch eine entsprechende Wirkung entfalten und private Rechtssubjekte benachteiligen bzw. verpflichten (EuGH C-168/95 Slg. 1996, I-4705 Rz. 42; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 114).

Zum Fall: Die Richtlinie und deren Ziel könnten nur dadurch richtlinienkonform umgesetzt werden, dass § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB gar nicht mehr angewendet wird. Unabhängig davon, ob der § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB in der aktuellen Fassung überhaupt irgendeine Form von auslegungsfähigem Beurteilungsspielraum lässt, scheitert eine richtlinienkonforme Auslegung somit jedenfalls daran, dass dies die Vorschrift eliminieren und zu einer Anwendung *contra legem* führen würde, was – wie gesehen – grundsätzlich unzulässig ist. Würde ein Gericht eine innerstaatliche Norm eigenmächtig außer Kraft setzen und stattdessen im Zuge einer richtlinienkonformen Auslegung eine noch nicht umgesetzte EU-Richtlinie dafür einsetzen, läge darin ein unzulässiger Verstoß gegen die staatliche Kompetenzverteilung und das Prinzip der Gewaltenteilung. Einer nicht umgesetzten EU-Richtlinie kommt keine Gesetzeskraft im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG zu. Es obliegt unstreitig alleine dem nationalen Gesetzgeber, nationale Vorschriften außer Kraft zu setzen (EuGH Rs. C-106/89 Slg. 1990, I-4135 Rz. 8; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 420). Deutsche Gerichte sind daher an die vom Gesetzgeber vorgegebenen Normen gebunden und lediglich zur Auslegung, nicht aber zum Außerkraftsetzen oder zur eigenen Rechtsetzung *contra legem* berufen. Eine der Richtlinie entsprechende Auslegung würde vorliegend im Übrigen dazu führen, dass die horizontal wirkende Richtlinie, die allein private Rechtssubjekte verpflichtet, auf mittelbarem Weg gleichwohl zur Anwendung kommen kann. Dies aber wird vom EuGH und der herrschenden Meinung als unionsrechtswidrig angesehen (siehe oben) und darf daher auch nicht über den Umweg der richtlinienkonformen Auslegung erreicht werden (*Streinz* Rz. 509).

ZE: Eine richtlinienkonforme Auslegung zur korrekten Umsetzung der Richtlinie und ihrer Ziele dergestalt, dass § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB außer Kraft gesetzt wird, ist aus den genannten Gründen unzulässig. Die Regel des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB bleibt in Kraft mit der Folge, dass der Widerruf der R im Januar 2022 ausgeschlossen ist.

Ergebnis: R steht gegen V somit unter keinem Gesichtspunkt ein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro aus den §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1 und Abs. 2, 312c Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB (Widerruf eines Fernabsatzvertrages) zu.

Nachschlag: Die Haftung des Staates bei Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie

So, wir haben gesehen, dass nicht umgesetzte EU-Richtlinien, die allein den Privatrechtsverkehr, also das Verhältnis von Privatrechtssubjekten untereinander regeln und damit »horizontal« wirken, nach Meinung des EuGH und der herrschenden Auffassung in der Literatur einer unmittelbaren Anwendung nicht zugänglich sind.