

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Ach**So!**

Europarecht

Materielles Recht & Klausurenlehre

3. Auflage

 | BOORBERG

Musterlösungen im
Gutachtenstil

Winfried Schwabe

Lernen mit Fällen

Europarecht

Materielles Recht
& Klausurenlehre

3., überarbeitete Auflage, 2025

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek | Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.dnb.de abrufbar.

3. Auflage, 2025

ISBN 978-3-415-07619-8

© 2022 Richard Boorberg Verlag GmbH

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Nutzung sämtlicher Inhalte für das Text- und Data Mining ist ausschließlich dem Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG vorbehalten. Der Verlag untersagt eine Vervielfältigung gemäß § 44b Abs. 2 UrhG ausdrücklich.

Druck und Bindung: Vereinigte Druckereibetriebe Laupp & Göbel GmbH,
Robert-Bosch-Straße 42, 72810 Gomaringen

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG | Scharrstraße 2 | 70563 Stuttgart
Stuttgart | München | Hannover | Berlin | Weimar | Dresden
www.boorberg.de

Fall 2

Die Oma vs. Ed Schieren

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: Konzert-Veranstaltungen) gelten. Es soll ein mindestens 14-tägiges und an keine Gründe gebundenes Widerrufsrecht bestehen. Den Mitgliedstaaten obliegt die weitere Ausgestaltung.*

***Art. 2:** Diese Richtlinie tritt am 1. Januar 2023 in Kraft und ist von den Mitgliedstaaten spätestens bis zum 1. Januar 2024 in nationales Recht umzusetzen.*

Der Deutsche Bundestag verabschiedet im Dezember 2023 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 2024 aufhebt. Durch die Frist bis Oktober will der Bundestag die Interessen der Veranstaltungsbranche wahren. Rechtsstudentin R aus Hannover hat am 10. Januar 2024 für das im Sommer stattfindende Konzert von *Ed Schieren* beim Veranstalter V im Internet ein Ticket (Preis: 150 Euro) erworben. Am 22. Januar 2024 erfährt R, dass sie am Tag des Konzerts zum Geburtstag ihrer Oma eingeladen ist. R erklärt am 23. Januar 2024 unter Hinweis auf die Richtlinie gegenüber V den Widerruf des Vertrages.

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/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 54; *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 (Bürgerin 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 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; EuGH NJW-RR 2022, 919; MüKo/Wendehorst § 312g BGB Rz. 44 mwN), womit das Widerrufsrecht der R hier 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 2024 überhaupt noch?

Ansatz: Zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch R am 23. Januar 2024 war der § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB nach deutschem Recht (noch) in Kraft, da das vom Bundestag im Dezember 2023 beschlossene Gesetz die Änderung bzw. das Außerkrafttreten der Norm auf den 1. Oktober 2024 terminiert hat. Die Richtlinie schreibt den Mitgliedsländern demgegenüber eine Anpassung des Rechts bis spätestens 1. Januar 2024 vor. Deutschland hat die Richtlinie somit zwar mit fristgemäß verabschiedetem Gesetz im Dezember 2023 transferiert, allerdings die von der Richtlinie intendierte Wirkung auf den 1. Oktober 2024, 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 2023, 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 2024 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/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 54; *Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 30; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 405). In diesen Fällen kommt einer Richt-

linie, 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/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 50).

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/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 49; *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 2024 weiterhin ausgeschlossen, die Vorschrift wird ja erst zum 1. Oktober 2024 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 2024 auch abgelaufen. So, und wenn wir uns jetzt mal vorstellen, dass R ihren Anspruch tatsächlich Ende Januar 2024 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 berück-

sichtigen (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 anwendet 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 Unions-

rechts (*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 folgend – 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 2024 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. Des Weiteren wissen wir nun auch, dass die Ziele und Wertungen dieser nicht umgesetzten EU-Richtlinien im Wege der »richtlinienkonformen Auslegung« gleichwohl ins nationale Recht einfließen können, diesem Einfluss aber enge Grenzen gesetzt sind. Insbesondere eine Auslegung »*contra legem*« oder ein »Eliminieren« bzw. Außerkraftsetzen der nationalen Vorschriften im Wege der richtlinienkonformen Auslegung scheiden grundsätzlich aus (siehe oben). Und dies alles kann – siehe oben! – unter Umständen zur Folge haben, dass Bürger trotz einer existierenden und sie be-

günstigenden EU-Richtlinie diese Begünstigung nicht in Anspruch nehmen dürfen, weil der eigene Staat die Umsetzung unterlässt oder hinauszögert.

Und damit drängt sich natürlich die Frage auf, ob den betroffenen Bürgern rechtliche, und zwar vor allem haftungsrechtliche Wege gegenüber dem eigenen Staat offenstehen. Bei genauer Betrachtung stellen sich insoweit drei Fragen:

1. Steht dem Bürger gegen den Staat eigentlich ein durchsetzbarer Anspruch auf fristgerechte Umsetzung der Richtlinie ins nationale Recht zu?

Antwort: Nein!

Es gibt tatsächlich und leider keinen durchsetzbaren Anspruch (für niemanden) gegenüber einem Staat auf Erlass eines Gesetzes. Niemand, auch nicht ein betroffener bzw. ein durch die Nichtumsetzung der Richtlinie benachteiligter Bürger kann den eigenen Staat dazu zwingen, ein Gesetz zu erlassen oder auch nur ein Gesetzgebungsverfahren einzuleiten (*Degenhart* StaatsR Rz. 143). Und das gilt selbst dann, wenn der Staat dazu nach EU-Recht sogar per Gesetz verpflichtet ist, namentlich im Falle der Umsetzungspflicht einer Richtlinie gemäß den Art. 4 Abs. 3 EUV, 288 Abs. 3 AEUV (*Haratsch/Koenig/Pechstein* Rzn. 447, 542; *Streinz/Ehricke* Art. 260 AEUV Rz. 2). Die Gesetzgebungsbefugnis liegt und bleibt allein beim Staat und den jeweiligen Gesetzgebungsorganen. Das EU-Rechtssystem sieht bei der nicht erfolgten Umsetzung einer Richtlinie gegenüber dem säumigen Staat daher auch nur finanzielle Sanktionen, allerdings keine Vollstreckungsmaßnahmen vor – es gibt nämlich aus staatsrechtlichen Gründen gar keine solchen Maßnahmen (*Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 524; *Streinz/Ehricke* Art. 260 AEUV Rz. 2). Wenn also ein Mitgliedstaat eine EU-Richtlinie nicht, verspätet oder unzureichend ins nationale Recht transferiert, kann dieser Staat von der EU zwar mit Zwangsgeldern im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß den Art. 258–260 AEUV belegt, zur finalen Umsetzung der Richtlinie aber weder von der EU noch von einem Bürger gezwungen werden. **Übrigens:** Nicht mal das Bundesverfassungsgericht kann den (deutschen) Gesetzgeber dazu zwingen, ein Gesetz zu erlassen. Selbst wenn BVerfG-Entscheidungen den Erlass eines Gesetzes ausdrücklich einfordern und diese Forderung sogar terminlich befristen (vgl. etwa die Entscheidung zum Atomgesetz → BVerfGE 143, 246), ist es allein am Willen des Gesetzgebers, diese Frist auch einzuhalten. Hält sich der Gesetzgeber nicht daran, gibt es zwar böse Worte (→ BVerfGE 155, 378), ansonsten passiert aber: Nichts. Das mag ärgerlich und vielleicht sogar verwerflich sein, entspricht aber unserem Staatsverständnis: Die Gesetze werden ausnahmslos von den in der Verfassung dafür vorgegebenen Gesetzgebungsorganen erlassen – das Zustandekommen eines Gesetzes ist somit allein vom Willen dieser Organe abhängig (→ Bundestag + Bundesrat).

Merke: Einem Bürger/einer Bürgerin steht gegen seinen eigenen Staat kein Anspruch auf Erlass eines die Richtlinie transferierenden Gesetzes zu.

2. Besteht für den Fall der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie dann möglicherweise ein Ersatzanspruch gegenüber dem Staat aus nationaler Amtshaftung?

Antwort: Nein!

Die nationale deutsche Staatshaftung in Form des Amtshaftungsanspruchs des Bürgers gegenüber der Bundesrepublik gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB scheidet im Falle der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie nach allgemeiner Meinung aus (BGHZ 233, 107; BGH NJW 2013, 168; *Hobe/Fremuth* § 12 Rz. 18; *Streinz* Rz. 517; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 648; *Karpenstein/Johann* in NJW 2010, 3405; *Dörr* in DVBl. 2006, 598). Als Hauptargument dient die im deutschen Staatshaftungsrecht zwingend notwendige »Drittbezogenheit« der staatlichen Maßnahme, an deren Verletzung die Haftung geknüpft wird. Diese Drittbezogenheit fehlt bei einem Gesetz bzw. beim »Nichterlass« eines Gesetzes, da Gesetze nach allgemeinem Verständnis nicht für Einzelpersonen, sondern immer nur für die **Allgemeinheit** erschaffen werden. Eine sogenannte »drittschützende Amtspflicht«, die zur Annahme eines Amtshaftungsanspruchs gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB verletzt sein müsste, besteht im Fall der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie demnach nicht (BGH NJW 2013, 168; BGHZ 134, 30; *Hobe/Fremuth* § 12 Rz. 18; *Streinz* Rz. 517; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 648).

Merke: Den BürgerInnen steht in Deutschland im Falle der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie kein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Staat gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB zu. Die verletzte Amtspflicht des Staates (→ fehlende Umsetzung der EU-Richtlinie durch ein entsprechendes Gesetz) besteht immer nur gegenüber der Allgemeinheit, nicht aber gegenüber dem einzelnen Bürger. Damit mangelt es an der für einen nationalen Staatshaftungsanspruch zwingend notwendigen »Drittbezogenheit« der verletzten Amtspflicht (BGH NJW 2013, 168).

3. Gibt es dann vielleicht für den betroffenen Bürger einen Haftungsanspruch nach EU-Recht gegen den eigenen Staat, der die Richtlinie nicht fristgemäß umgesetzt hat?

Antwort: Ja!

Durchblick: Um zu verstehen, was jetzt kommt und vor allem wie ein solcher Anspruch gegen den Staat nach EU-Recht funktioniert, müssen wir zum Schluss einen kleinen Ausflug nach Nord-Italien machen, genau genommen zu einem mutigen Elektriker aus der Industriestadt *Vicenza* im schönen *Venetien*. Die Geschichte des Herrn **Andrea Francovich** brachte den EuGH vor über 30 Jahren dazu, für den Fall der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie zugunsten der betroffenen Bürger den sogenannten »unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch« zu kreieren/erfinden (→ EuGH NJW 1992, 165). Folgendes hatte sich im Frühling 1990 zugetragen:

Andrea Francovich arbeitete seit vielen Jahren als Elektriker beim Unternehmen »CDN Elettronica SnC« im nord-italienischen *Vicenza*. Zehn Jahre zuvor, im Oktober 1980, hatte die EU die Richtlinie »80/987/EWG« erlassen, wonach den Mitgliedsländern aufgegeben war, innerhalb von drei Jahren dafür zu sorgen, dass Arbeitnehmer im Falle einer Insolvenz ihres Arbeitgebers geschützt werden und etwa ausgebliebene Lohnzahlungen durch ein zu schaffendes staatliches oder privates Sicherungsmodell abgedeckt sind. Die EU-Richtlinie überließ den konkreten Weg dabei den Mitgliedstaaten, die nun entscheiden konnten, ob sie arbeitgeberseitig oder auch staatlich finanzierte Modelle erschaffen. Wer im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers die Ersatzzahlungen leisten und namentlich der Schuldner der Absicherung gegenüber den Arbeitnehmern sein sollte (also private Institutionen oder der Staat), überließ die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber. Die Mitgliedsländer sollten im Rahmen der Richtlinienvorgaben aber in jedem Falle Regelungen mit dem Ziel erschaffen, die Folgen einer Insolvenz für Arbeitnehmer abzusichern. Italien unternahm bis zum Jahr 1990 genau: **NICHTS**. Und dann kam, was kommen musste: Die »CDN Elettronica SnC« wurde Anfang 1990 insolvent und hinterließ unserem Hauptdarsteller und seinen (33) KollegInnen ausgebliebene Lohnzahlungen in Höhe von insgesamt 253 Millionen italienischen Lire (heute wären das 130.000 Euro). Herr *Francovich* war allerdings, wie eingangs erwähnt, ein mutiger Mann: Er klagte zunächst vor der *Pretura Vicenza* (= Amtsgericht Vicenza) die ihm zustehenden sechs Millionen Lire (3.000 Euro) gegen den Konkursverwalter seiner insolventen Firma ein. Nachdem die *Pretura* dieser Klage stattgegeben hatte, Herr *Francovich* aber mangels verbliebener Vermögensmasse der Firma trotzdem kein Geld bekam, überzeugte er seine 33 ehemaligen KollegInnen – und anschließend erhoben alle gemeinsam tatsächlich eine Klage gegen die italienische Regierung in Rom, und zwar auf Zahlung von 253 Millionen Lire. **Begründung:** Hätte der Staat die zehn Jahre alte Richtlinie irgendwann umgesetzt, würden sie von einer dadurch erschaffenen Insolvenzabsicherung (privat oder staatlich finanziert) den ausgefallenen Lohn erhalten. Da der Staat bis jetzt aber gar nichts getan habe, müsse er für dieses Versäumnis nun selbst einstehen.

Achtung: Das ist die Originalgeschichte einer der berühmtesten Fälle, die der EuGH in seiner inzwischen über 70-jährigen Geschichte (gegründet 1952) jemals entschieden hat. Das *Francovich*-Urteil vom 19. November 1991 (NJW 1992, 165 = DVBl 1992, 1017) ist die erste und seitdem auch die grundlegende Entscheidung dazu, ob und wie ein Mitgliedstaat bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht gegenüber seinen eigenen Bürgern verantwortlich sein kann – im konkreten Fall wegen der Missachtung der Umsetzungsfrist einer EU-Richtlinie. Und das funktionierte so:

Der EuGH, dem die *Pretura Vicenza* den Fall von Herrn *Francovich* und seinen 33 KollegInnen zur Entscheidung vorgelegt hatte, musste ein ziemlich kniffliges Problem lösen: Die Frage lautete nämlich, wie und vor allem auf welchem Weg man den durch die zehnjährige (!) Nichtumsetzung der Richtlinie massiv benachteiligten und nachvollziehbar sehr verbitterten Arbeitnehmern jetzt doch noch irgendwie zu ihrem

»Recht« (= Lohn) verhelfen konnte. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie schied leider wegen eines unumstößlichen Grundes aus: Die in Frage stehende EU-Richtlinie ließ ja blöderweise offen und damit nicht erkennen, wer bzw. welche Institution im Falle der Insolvenz der **Schuldner** des Anspruchs der Arbeitnehmer sein sollte. Laut Richtlinie musste der Staat entsprechende Institutionen – ob staatlich oder privat finanziert – auf jeden Fall erst mal erschaffen bzw. die gesetzlichen Grundlagen für deren Erschaffung zumindest erlassen. Da aber nichts von alledem geschehen war, gab es auch noch keine Institutionen oder etwa Versicherungen, gegenüber denen die Arbeitnehmer ihre Ansprüche hätten geltend machen können. Es war folglich gänzlich ungeklärt, gegen **WEN** man als betroffener Arbeitnehmer im Falle einer Insolvenz des Arbeitgebers vor Gericht eigentlich vorgehen und dort seine Lohnforderungen hätte einklagen sollen. Wichtigste Voraussetzung der unmittelbaren Anwendung einer Richtlinie ist aber, dass ein Gericht aufgrund des Wortlauts der Richtlinie diese unzweifelhaft anwenden kann, wozu logischerweise gehört, dass nicht nur der Gläubiger und der Anspruchsinhalt feststehen, sondern natürlich auch der **Schuldner** des Anspruchs (EuGH C-236/93, Slg. 1994, I-483; EuGH 271/82, Slg. 1983, 2727; *Streinz/Schroeder* Art. 288 AEUV Rz. 93; *Calliess/Ruffert/Ruffert* Art. 288 AEUV Rz. 54). Daran aber fehlte es hier. **Daher:** Wegen der Unbestimmtheit der Richtlinie bzw. des Schuldners eines möglichen Anspruchs schied eine unmittelbare Anwendung von vorneherein und leider auch verbindlich aus.

Da auch eine richtlinienkonforme Auslegung aufgrund der gerade benannten Unbestimmtheit sowie zudem mangels jeglichen Vorhandenseins nationaler Vorschriften ebenfalls nicht in Frage kam, wäre der Fall an dieser Stelle jetzt eigentlich zu Ende gewesen – mit der dramatischen Folge, dass sämtliche von einer Insolvenz betroffenen Arbeitnehmer in Italien in die Röhre geguckt hätten. Und das bei genauer Betrachtung nur deshalb, weil der eigene Staat es innerhalb von zehn (!) Jahren nicht hinbekommt oder hinbekommen wollte, die von einer Insolvenz betroffenen und für diese Insolvenz in aller Regel auch nicht verantwortlichen Arbeitnehmer durch Umsetzung der Richtlinie zu schützen.

Logisch, das konnte und durfte nicht das letzte Wort sein.

Lösung: Zur Rettung aus dieser misslichen Lage konstruierte/erfand der EuGH unter Berufung auf die aus Art. 4 Abs. 3 EUV für jedes Mitgliedsland folgende Verpflichtung zur Umsetzung des Unionsrechts, die natürlich auch zugunsten der eigenen **Bürger** besteht, eine Haftung des Staates, falls die Richtlinie nicht fristgemäß umgesetzt wird. Dieser sogenannte »unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch« im Falle der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie gegenüber den Bürgern soll – angelehnt an die Geschichte aus *Vicenza* – unter folgenden Voraussetzungen bestehen (EuGH NJW 1992, 165, 167 – *Francovich*; vgl. auch *Schwarze/Berg* Art. 340 AEUV Rz. 77; *Streinz* Rz. 518 oder *Hobe/Fremuth* § 12 Rz. 37):

Vorprüfung: Die nicht umgesetzte EU-Richtlinie darf wegen fehlender Bestimmbarkeit (des Schuldners) nicht unmittelbar anwendbar und zudem keiner richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts zugänglich sein, was auch sehr logisch ist, denn andernfalls bestünde der Anspruch entweder aus der Richtlinie

selbst oder aber aus dem unionsrechtlich ausgelegten nationalen Recht (*Schwarze/Berg* Art. 340 AEUV Rz. 77; *Hobe/Fremuth* §12 Rz. 37).

1. Voraussetzung ist zudem das Vorliegen einer **individualschützenden** Richtlinie: Das in der nicht umgesetzten Richtlinie vorgegebene Ziel muss die Verleihung von bestimmbar Rechten oder Ansprüchen an einzelne Personen im Privatrechtsverkehr beinhalten (EuGH NJW **1992**, 165, 167; *Hobe/Fremuth* § 10 Rz. 34).
2. Der Verstoß gegen die individualschützende Richtlinie muss des Weiteren **hinreichend qualifiziert** sein, was aber immer vorliegt, wenn die Richtlinie entgegen der Verpflichtung aus Art. 4 Abs. 3 EUV, 288 Abs. 3 AEUV vom nationalen Gesetzgeber nicht fristgerecht transferiert wurde (EuGH NJW **1992**, 165, 167; EuGH C-5/94 Slg. **1996**, I-2553 Rz. 31; *Streinz/Gellermann* Art. 340 AEUV Rz. 49 m.w.N.).
3. Schließlich muss dem Bürger durch die Nichtumsetzung der individualschützenden Richtlinie ein **Schaden** entstanden sein, der **unmittelbar kausal** auf dem Pflichtverstoß, also der mangelnden Umsetzung der Richtlinie, beruht.

Wichtig: Diese Voraussetzungen aus der *Francovich*-Entscheidung sind an das dortige Problem der Nichtumsetzung einer unbestimmt gefassten EU-Richtlinie angepasst und dafür vom EuGH auch erfunden bzw. entwickelt worden. Sie entsprechen für diese Fallgestaltungen inzwischen aber der ständigen Rechtsprechung des EuGH sowie der nationalen Gerichte und werden auch von der herrschenden bis sogar der allgemeinen Meinung in der Wissenschaft geteilt (EuGH C-118/08 Slg. **2010**, I-635; BGHZ **134**; 30; LG Bonn NJW **2000**, 815; *Streinz/Gellermann* Art. 340 AEUV Rz. 42 ff.; *Schwarze/Berg* Art. 340 AEUV Rz. 81; *Haratsch/Koenig/Pechstein* Rz. 649; *Streinz* Rz. 518; *Calliess/Ruffert/Ruffert* Art. 340 AEUV Rz. 63/64; *Hobe/Fremuth* § 12 Rz. 37; *Vofßkuhl/Schemmel* in *JUS* 2019, 347).

Im Fall *Francovich* konnte der EuGH damit dann relativ entspannt runtersubsumieren: Die Richtlinie aus dem Jahre 1980 war, wie oben erwähnt, mangels erkennbaren Schuldners nicht unmittelbar anwendbar und eine richtlinienkonforme Auslegung funktionierte auch nicht, denn es existierten gar keine nationalen Vorschriften, auf die man hätte Bezug nehmen können (= Vorprüfung +). Des Weiteren hatte die Richtlinie **individualschützenden** Charakter, sie verlieh nämlich den Arbeitnehmern einen Anspruch auf Erstattung des durch die Insolvenz ausgefallenen Lohns. Es stand zwar noch nicht fest, gegen *welches* Rechtssubjekt der Anspruch konkret begründet sein würde, denn die Institutionen waren ja noch gar nicht erschaffen. Diesen Umstand sah der EuGH aber als unbedenklich an, denn jedenfalls waren die Arbeitnehmer als Anspruchsinhaber benannt und der Anspruch in Höhe des ausgefallenen Lohns inhaltlich durch die Richtlinie bestimmbar (= 1. Voraussetzung +). Die **hinreichende Qualifizierung** des Verstoßes gegen die Richtlinie lag bereits dadurch vor, dass die Richtlinie entgegen der Verpflichtung aus Art. 288 Abs. 3 AEUV vom Mitgliedsland Italien nicht fristgemäß bzw. gar nicht umgesetzt worden war; zusätzliche Umstände mussten nicht mehr hinzutreten (= 2. Voraussetzung +). Schließlich ist den betroffenen Arbeitnehmern wegen dieses Verstoßes in Form der Nichtumsetzung der Richtlinie auch ein unmittelbar und adäquat kausaler **Schaden** entstanden: Hätte Italien die Richtlinie fristgemäß umgesetzt, hätte es eine Absicherung für den Fall der In-

solvenz des Arbeitgebers gegeben und diese Absicherung hätte den finanziellen Schaden der Arbeitnehmer in Form des ausgefallenen Lohns ausgeglichen (= 3. Voraussetzung +). Herr *Franovich* und seine 33 KollegenInnen erhielten daher die geforderten 253 Millionen Lire aufgrund des vom EuGH erschaffenen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs vom eigenen Staat (EuGH NJW 1992, 165).

Beachte: Diese Rechtsprechung haben der EuGH und diverse nationale Gerichte anschließend für vergleichbare Fälle mehrfach bestätigt: Im **Juni 1990** etwa erließ die EU die Richtlinie »EWG 90/314« zum Schutz von **Pauschalreisenden** für den Fall der Insolvenz des Veranstalters. Die Mitgliedsländer sollten die Veranstalter gesetzlich verpflichten, entsprechende Versicherungen abzuschließen oder anderweitige Ausfallgarantien zu schaffen. Deutschland ließ die dreijährige Umsetzungsfrist der Richtlinie zunächst verstreichen. Kurz nach Fristablauf buchte ein Ehepaar eine Pauschalreise beim Veranstalter V und zahlte einen Betrag von 500 DM an. Wenige Wochen darauf ging V in Konkurs. Der Klage der Eheleute gegen die Bundesrepublik Deutschland auf Erstattung der 500 DM gab das Landgericht Bonn nach Anrufung des EuGH statt. Der EuGH verwies auf die *Franovich*-Entscheidung und stellte zudem auch noch klar, dass die Fristeinhaltung sehr streng gehandhabt werden müsse: Verpflichtete eine Richtlinie einen Staat zur Erschaffung privater Sicherungsmechanismen, könne der Staat sich nicht darauf berufen, dass er hierbei auf die Unterstützung privater Dritter (hier: Reiseveranstalter, private Versicherungs- und Bankenbranche) angewiesen und die Fristsetzung daher zu kurz bemessen sei. Dem Staat obliege grundsätzlich die uneingeschränkte und vollständige Durchführungspflicht innerhalb der Umsetzungsfrist (EuGH NJW 1996, 3141; LG Bonn NJW 1994, 2489).

Im **April 1999** verurteilte das Landgericht Bonn – mittlerweile wegen der gefestigten Rechtsprechung ohne Anrufung des EuGH – die Bundesrepublik Deutschland auf Zahlung von rund 30.000 DM aus unionsrechtlicher Staatshaftung an eine Frau, die bei einer insolvent gegangenen Bank diesen Betrag angelegt und wegen des Konkurses der Bank komplett verloren hatte. Deutschland hatte zuvor die »Einlagensicherungsrichtlinie EGRL 19/94« der EU vom Mai 1994 nicht fristgemäß umgesetzt; diese Richtlinie verpflichtete die Mitgliedsländer, dafür zu sorgen, dass Banken eine »Einlagensicherung« errichten und somit im Fall der Insolvenz bzw. des Konkurses den Anlegern kein Schaden entsteht. Deutschland war dieser Verpflichtung nicht nachgekommen mit der Folge, dass der Frau ein Anspruch aus den uns inzwischen bekannten staatshaftungsrechtlichen Grundsätzen zustand (LG Bonn NJW 2000, 815). Zusatzinfo für die Oberschlauen: Das Landgericht in Bonn war bis 1999 übrigens das in Deutschland allein zuständige Gericht für solche staatshaftungsrechtlichen Klagen. Berlin wurde zwar ab dem 3. Oktober 1990 neue Bundeshauptstadt, Bonn blieb aber bis 1999 weiterhin der Regierungssitz der Bundesrepublik.

Fazit: Gut erkennbar, handelt es sich bei allen drei Geschichten um sehr vergleichbare Situationen, in denen der jeweilige Mitgliedstaat es versäumt, innerhalb der Umsetzungsfrist der EU-Richtlinie finanzielle Sicherungsmodelle zum Schutz der betroffenen Personengruppen (Arbeitnehmer, Pauschalreisende, Bankkunden) zu erschaffen. Damit der säumige Staat insoweit nun nicht ungeschoren davonkommt und die eigentlich nach dem Ziel der Richtlinie zu schützenden BürgerInnen auch noch den

Schaden davontragen, gibt es seit der *Francovich*-Entscheidung die eben genannten Voraussetzungen, unter denen der Staat unmittelbar gegenüber seinen BürgerInnen haftet. Es ist aber, wie oben kurz erwähnt, wichtig zu wissen und zu verstehen, dass die Haftungsvoraussetzungen in dieser Form und Anwendung vom EuGH tatsächlich zunächst nur für solche Fälle der ausgebliebenen Absicherung von typischen Risiken im Privatrechtsverkehr erschaffen wurden – und demnach eine pauschale Übertragung auf andere Fälle nicht möglich ist. Nur kurz nach der *Francovich*-Entscheidung erfand der EuGH beispielsweise eine weitere Form der unionsrechtlichen Staatshaftung, und zwar für Situationen, in denen eine nationale Norm bzw. deren Auslegung gegen Unionsrecht verstößt und dadurch einem Privatrechtssubjekt ein Schaden entsteht:

Im Fall »*Brasserie du Pecheur*« vom März 1996 verboten deutsche Behörden der gleichnamigen französischen Brauerei zu Beginn der 1980er-Jahre die Einfuhr französischen Bieres, weil angeblich die deutschen Vorschriften zum Reinheitsgebot nicht eingehalten waren. Wie sich nachher herausstellte, verstieß dieses behördliche Verbot gegen den damals gültigen EWG-Vertrag (Vorläufer des AEUV) mit der Folge, dass die Brauerei die Bundesrepublik Deutschland auf Schadensersatz in Höhe von 1,8 Millionen DM verklagte. Hier ging es also nicht um die fehlende Umsetzung einer EU-Richtlinie, sondern schlicht um die Verletzung von EU-Recht durch nationale Vorschriften bzw. Entscheidungen der Exekutive, die auf diesen Vorschriften fußten. Der EuGH stellte klar, dass die Voraussetzungen eines Staatshaftungsanspruchs grundsätzlich aus den Erwägungen der *Francovich*-Entscheidung abzuleiten seien, gleichwohl hingen die Einzelheiten von der Art des Verstoßes seitens des Mitgliedstaates ab. Wörtlich heißt es: »*Es ist daran zu erinnern, dass zwar die Haftung des Staates nach dem Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben ist, dass aber die Voraussetzungen, unter denen sie einen Entschädigungsanspruch eröffnet, von der Art des Verstoßes abhängen, der dem entstandenen Schaden zugrunde liegt.*« (EuGH NJW 1996, 1267). Im konkreten Fall führte der EuGH anschließend die Anspruchsvoraussetzungen der *Francovich*-Entscheidung an, ersetzte aber die Missachtung der Umsetzungsfrist (= 2. Voraussetzung oben) durch die gegen das Unionsrecht verstoßende Anwendung eines nationalen Gesetzes seitens der deutschen Exekutive. Noch mal wörtlich: »... *Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht als hinreichend qualifiziert anzusehen ist, liegt im vorliegenden Fall das entscheidende Kriterium darin, dass ein Mitgliedstaat oder ein Organ dieses Staates die Grenzen, die seinem Ermessen bei der Anwendung des Unionsrechts gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat ...*« (EuGH NJW 1996, 1267)

Wir merken uns bitte:

1. Seit der *Francovich*-Entscheidung des EuGH aus dem November 1991 ist es grundsätzlich möglich, als betroffener Bürger den jeweiligen EU-Mitgliedstaat bei Verstößen gegen das Unionsrecht mithilfe eines »unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch« haftbar zu machen. Insoweit sind unterschiedliche Pflichtverletzungen seitens des Staates und seiner Organe denkbar, und die unionsrechtliche Staatshaftung kann infolgedessen auch an unterschiedliche Haftungsvorausset-

zungen gebunden sein (EuGH NJW **1992**, 165; EuGH NJW **1996**, 1267; *Schwarze/Berg* Art. 340 AEUV Rz. 77/81; *Streinz/Gellermann* Art. 340 AEUV Rz. 42).

2. Liegt die Pflichtverletzung in der Nichtumsetzung einer EU-Richtlinie, folgt der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch aus einem Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV, 288 Abs. 3 AEUV, wonach jeder Staat das Unionsrecht umsetzen und hierzu alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen muss. Kommt ein Staat dieser Pflicht nicht fristgemäß nach, haftet er gegenüber seinen Bürgern, wenn **a)** die Richtlinie mangels hinreichender Bestimmbarkeit (des Schuldners) nicht unmittelbar anwendbar ist, **b)** eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts ausscheidet, **c)** die Richtlinie einen individualschützenden Charakter hat und dem Bürger **d)** ein unmittelbar kausaler Schaden durch die Nichtumsetzung entstanden ist (EuGH NJW **1992**, 165; *Schwarze/Berg* Art. 340 AEUV Rz. 81 ff.; *Hobe/Fremuth* § 12 Rz. 37; *Streinz/Gellermann* Art. 340 AEUV Rz. 42). Und hierbei wollen wir uns abschließend bitte vor allem die Geschichte unseres mutigen Herrn *Francovich* und seiner 33 KollegInnen aus *Vicenza* als Musterfall einer solchen unionsrechtlichen Staatshaftung merken. Für unsere Zwecke reicht das – versprochen.

Gutachten

R könnte gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro aus den §§ 357 Abs. 1, 355 Abs. 1 und 2, 312c Abs. 1, 312g Abs. 1 BGB zustehen.

1. 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 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. Damit stünde R gegen V ein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro zu, Zug um Zug gegen Rückgabe der Eintrittskarte.

2. 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, womit das Widerrufsrecht der R im vorliegenden Fall ausgeschlossen wäre und R mithin auch kein Anspruch auf Rückzahlung der 150 Euro zustehen kann.

3. Es fragt sich jedoch, ob § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB im Januar 2024 überhaupt noch Gültigkeit hat. Zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs durch R am 23. Januar 2024 war § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB nach deutschem Recht (noch) in Kraft, da das vom Bundestag im Dezember 2023 beschlossene Gesetz die Änderung bzw. das Außerkrafttreten der Norm auf den 1. Oktober 2024 terminiert hat. Die Richtlinie schreibt den Mitgliedsländern demgegenüber eine Anpassung des Rechts bis spätestens 1. Januar 2024 vor. Deutschland hat die Richtlinie somit zwar mit fristgemäß verabschiedetem Gesetz im Dezember 2023 transferiert, allerdings die von der Richtlinie intendierte Wirkung auf den 1. Oktober 2024, also nach Fristablauf, verschoben.

Es fragt sich angesichts dessen, wie es zu beurteilen ist, wenn ein EU-Mitgliedstaat 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. Es stellt sich insbesondere die Frage, wie sich dieses Vorgehen auf die Wirksamkeit der Richtlinie auswirkt. In Betracht käme eine Wirksamkeit der Richtlinie bereits durch die fristgemäße Verabschiedung des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie.

a. Die Verpflichtung zur fristgemäßen Umsetzung einer Richtlinie im Sinne des Art. 288 Abs. 3 AEUV umfasst nach allgemeiner Ansicht aber die vollständige Erreichung des Umsetzungsziels, wobei nicht nur die rein formale Umsetzung gemeint ist. Hierbei müssen sowohl die innerstaatlichen Rechtsnormen erlassen als auch deren Anwendung innerhalb der gesetzten Frist gesichert sein. 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.

Zwischenergebnis: Dass das die Richtlinie transferierende Gesetz im vorliegenden Fall noch im Dezember 2023, also innerhalb der Umsetzungsfrist, verabschiedet worden ist, verschafft der Richtlinie somit noch keine Wirksamkeit im nationalen Recht. Es kommt alleine darauf an, wann die Wirkung des Gesetzes eintritt und die Richtlinie tatsächlich umsetzt. Dies ist aber erst im Oktober 2024 der Fall, also außerhalb der gesetzten Frist. Die Umsetzung ist daher verspätet erfolgt. Die Richtlinie entfaltet angesichts dessen innerstaatlich noch keine unmittelbaren Rechtswirkungen.

b. Es fragt sich indessen, ob die verspätet umgesetzte Richtlinie in der Zeit zwischen Fristablauf und dem innerstaatlichen Inkrafttreten des Transformationsgesetzes gleichwohl in anderer Form Wirkung entfalten kann. 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. 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 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.

Im vorliegenden Fall ist die Umsetzungsfrist 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. 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.

c. Im hier zu entscheidenden Fall liegt die Konstellation indessen anders. Vorliegend geht es nicht um eine vertikale Wirkung einer Richtlinie; die streitentscheidende Regelung betrifft nur Rechtsverhältnisse zwischen Privatrechtssubjekten, namentlich der einzelnen Bürger und der Veranstaltungsbranche. Es stellt sich somit die Frage, ob die Regeln für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie auch gelten, wenn der Regelungsgehalt ausschließlich den privaten Rechtsverkehr betrifft, die Richtlinie also nur »horizontale« Wirkung entfaltet.

d. Hiergegen spricht zunächst, dass es am Hauptargument für die Gültigkeit der Richtlinie, nämlich der Bestrafung des säumigen Mitgliedstaates, fehlt. Bei einer Begründung von Ansprüchen oder Rechten privater Rechtssubjekte durch die nicht umgesetzte Richtlinie würden Privatrechtssubjekte belastet bzw. bestraft, obwohl sie auf das Zustandekommen der Richtlinie und auch den Umsetzungsvorgang gar keinen Einfluss haben. Im vorliegenden Fall würde der Veranstalter V als Privatrechtssubjekt durch eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie belastet, weil er seine Eintrittskarten ab sofort innerhalb einer mindestens 14-tägigen Frist zurücknehmen müsste. Dies kann aus der Sicht der auf der anderen Seite begünstigten R zwar anders aussehen, aber es verbietet sich wegen der rechtlichen Gleichrangigkeit der Parteien jede Wertung. Es ist allein ausschlaggebend, dass ein Privatrechtssubjekt durch die unmittelbare Anwendung der Richtlinie belastet wird – dies stellt einen unionsrechtswidrigen und damit unzulässigen Vorgang dar. Des Weiteren sind Richtlinien nach dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV ausdrücklich und ausschließlich an die Mitgliedstaaten adressiert mit der Folge, dass die Richtlinien auch nur für diese Mitgliedstaaten verbindlich sein können, nicht aber unmittelbar für seine Bürger. 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 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.

Zwischenergebnis: Die hier in Frage stehende Richtlinie um das Widerrufsrecht bei Konzerten zeitigt keine unmittelbare horizontale Wirkung, sie belastet unionsrechtswidrig ein Privatrechtssubjekt. R kann sich somit auch nicht auf die Richtlinie stützen und dort ihr Widerrufsrecht herleiten. Es bleibt damit bei der Regelung des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB, ein Widerrufsrecht ist auch im Januar 2024 weiterhin ausgeschlossen, die Vorschrift wird erst zum 1. Oktober 2024 aufgehoben.

4. Etwas anderes kann sich schließlich noch aus einer sogenannten richtlinienkonformen Auslegung des § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB ergeben.

a. 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 richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Vorschriften durch die Rechtsanwender. 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. Der Richtlinie kommt daher auch ohne Transformation ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine sogenannte Maßstabsfunktion für die Auslegung nationalen Rechts zu. 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. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung bleibt die nationale Vorschrift in Kraft und wird auch angewendet, allerdings unter Berücksichtigung der Ziele bzw. des Maßstabs der Richtlinie. Die Richtlinie und deren Ziele fließen folglich auf dem Wege der Auslegung der nationalen Gesetze in die jeweilige Rechtsordnung ein.

b. Im vorliegenden Fall würde dies bedeuten, dass der hier streitentscheidende § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB bei konsequenter Berücksichtigung der Richtlinienziele nicht mehr in der bestehenden Fassung angewendet werden darf, denn in der Richtlinie steht die gegenteilige Regelung: 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 gleichwohl einfließen sollen, kann § 312g Abs. 2 Nr. 9 BGB nur so ausgelegt werden, dass er überhaupt nicht mehr anzuwenden ist.

c. Dem kann jedoch in dieser Form nicht gefolgt werden. Auch im Wege der richtlinienkonformen Auslegung dürfen die aktuell geltenden Gesetze des jeweiligen Mitgliedslandes von einer Richtlinie nämlich unter keinen Umständen komplett aufgehoben oder umgekehrt werden. 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. Möglich ist dies nur mithilfe des eigentlichen Umsetzungsakts des nationalen Gesetzgebers, nicht aber schon durch die noch nicht transferierte Richtlinie.

Die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts ist daher an die folgenden Regeln gebunden: Erste Voraussetzung einer richtlinienkonformen Auslegung ist ein entsprechender Auslegungsspielraum in der nationalen Regelung. Es muss in der betreffenden Norm ein auslegungsfähiger Rechtsrahmen existieren. 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. 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. 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. 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.

d. Für den vorliegenden Fall ergibt sich daraus Folgendes: 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 jeden-

falls daran, dass dies die Vorschrift eliminieren und zu einer Anwendung contra legem führen würde, was 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 alleine dem nationalen Gesetzgeber, nationale Vorschriften außer Kraft zu setzen. 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.

Zwischenergebnis: 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 2024 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.