DR. JUR. KLAUS-R. WAGNER
Rechtsanwalt u. Notar · Fachanwalt für Steuerrecht

Lessingstraße 10
65189 Wiesbaden
Telefon (06 11) 3 92 04/5
Telefax (06 11) 30 72 51
Handy (01 71) 3 55 66 44
http://www.raun-wagner.de
K.-R.Wagner@t-online.de

Gemeinschaftsrecht im Zivilprozess und in der notariellen Vertragsgestaltung

Dr. Klaus-R. WAGNER, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Dieser Beitrag lag meinem Vortrag zu Grunde, den ich am 31.05.2008 auf der

BAUROPA-Tagung 2008

in Würzburg gehalten habe.

Er ist veröffentlicht in

Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen

HdB

Fach 8410 (06/2008)

EU-Gemeinschaftsrecht im Zivilprozess und in der notariellen Vertragsgestaltung*

Dr. Klaus-R. Wagner, Wiesbaden
Rechtsanwalt und Notar • Fachanwalt für Steuerrecht

Literaturhinweise

Armbrüster — Kapitalanleger als Verbraucher ? Zur Reichweite des europäischen Verbraucherschutzrechts, ZIP 2006, 406

Auer — Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, NJW 2007, 1106

Balmes/Ribbrock — Die Schlussanträge in der Rechtssache Meilicke – Vorschlag einer zeitlichen Begrenzung der Wirkung des Urteils auf „Zuruf" der Mitgliedstaaten ?! BB 2006, 17

Benda — Die Bindungswirkung von Entscheidungen es Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, AnwBl. 2005, 602

Braun — Restitutionsklage wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 2007, 1620

Borchardt — Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 2. Aufl. 2002

Düsterhaus — Es geht auch ohne Karlsruhe: Für eine rechtsschutzorientierte Bestimmung der zeitlichen Wirkungen von Urteilen im Verfahren nach Art. 234 EG, EuZW 2006, 393

Ebke — Überseering und Inspire-Art: Die Revolution im Internationalen Gesellschaftsrecht und ihre Folgen, in: Kniffka, Quack, Vogel, Wagner (Hrsg.), FS f. Thode, 2005, Seite 593

* Dieser Beitrag ist auf dem Stand **27.01.2008**. Eine gekürzte Fassung wurde in *Wagner* ZNotP 2005, 362 veröffentlicht.

Edelmann	Der Schutz des Kapitalanlegers als Verbraucher, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), 3. Aufl. 2007, § 3
Forsthoff	Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH – Überlegungen zum Fall „Meilicke“, DStR 2005, 1840
Freitag/Riemenschneider	Vollstreckbare Schuldanerkenntnisse in der deutschen und europäischen Klauselkontrolle – zugleich Besprechung von EuGH WM 2004, 989 (Freiburger Kommunalbauten), WM 2004, 2470
Gebauer	Umsetzungsprobleme von EG-Richtlinien und ihre Lösung, AnwBl 2007, 314
Gebauer/Wiedmann (Hrsg.)	Zivilrecht unter europäischem Einfluss – Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterungen der wichtig sten EG-Verordnungen, 2005
Germelmann	Neue Wege in der Rechtsprechung des EuGH zu nationalen Rechtskraftregeln ? EWS 2007, 392
Glöckner/ Henning-Bodewig	EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken: Was wird aus dem „neuen“ UWG ? WRP 2005, 1311
Grabenwarter	Europäische Menschenrechtskonvention, 2003
Grabitz/Hilf	Das Recht der Europäischen Union (Stand: 01/ 2005)
Grundmann (Hrsg.)	EU-Kaufrechts-Richtlinie, 2002
Gündisch	Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1994
Herdegen	Europarecht, 4. Aufl. 2002
ders.	Richtlinienkonforme Auslegung im Bankrecht: Schranken von Europa- und Verfassungsrecht, WM 2005, 1921
Herrmann	Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, EuZW 2006, 69

Herrmann	Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH, EuZW 2006, 231
Hofmann	Die zeitliche Dimension der richtlinienkonformen Auslegung, ZIP 2006, 2113
Hummel	Zum Anwendungsvorrang von EG-Richtlinien im Zivilrecht, EuZW 2007, 268
Kiethe/Groeschke	Die Stärkung der Rechte des Klägers im Berufungs- und Revisionsrecht durch die Köbler-Entscheidung des EuGH, WRP 2005, 29
Klauer	Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter, 1998
Kokott/Henze	Der Anwalt vor dem Europäischen Gerichtshof, AnwBl 2007, 309
Langenbucher (Hrsg.)	Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005
Lindner	Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz, ZRP 2007, 54
Markwardt	Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln durch den EuGH, ZIP 2005, 152
Meller-Hannich	Haustürgeschäft, Immobilienkauf, Kreditvertrag und der enttäuschte Anleger – die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung und die Grenzen der Auslegung von Richtlinien, WM 2005, 1157
Meyer-Ladewig	EMRK, 2003
Nettesheim	Ersatzansprüche nach „Heininger“ ? Die Aufarbeitung mitgliedstaatlicher Vertragsverstöße im EU-Privatrecht, WM 2006, 457
Pechstein/Kubicki	Gültigkeitskontrolle und Bestandskraft von EG-Rechtsakten, NJW 2005, 1825
Poelzig	Die Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Entscheidungen unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts, JZ 2007, 858
Pfeiffer	Das Verhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den nationalen Gerichten bei

	der Kontrolle mißbräuchlicher Vertragsklauseln, in: Kniffka, Quack, Vogel, Wagner (Hrsg.), FS f. Thode, 2005, Seite 615
Reich/Micklitz	Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003
Roth	Die richtlinienkonforme Auslegung, EWS 2005, 385
ders.	Beweislastumkehr bezüglich der Kausalität der Verletzung von Verfahrensrechten bei der Entscheidung über die Entschädigung nach Art. 41 EMRK, NVwZ 2006, 753
Schima	Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004
Schöndorf-Haubold	Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, JuS 2006, 112
Seichter	Der Umsetzungsbedarf der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2005, 1087
Sienz	Anmerkungen zu einer richtlinienkonformen Auslegung der §§ 633 Abs. 2, 651 Satz 1 BGB n.F., in: Kniffka, Quack, Vogel, Wagner (Hrsg.), FS f. Thode, 2005, Seite 627
Sosnitza	Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken – Voll- oder Teilharmonisierung ? WRP 2006, 1
Staudinger	Der Bauträgervertrag auf dem Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, DNotZ 2002, 166
Stünkel	EG-Grundfreiheiten und Kapitalmärkte, 2005
Thode	Die wichtigsten Änderungen im BGB-Werkvertragsrecht: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz und erste Probleme, NZBau 2002, 297 und 360
ders.	Transparenzgebot und Bauträgervertrag, ZNotP 2004, 131

ders.	Die Vormerkungslösung im Bauträgervertrag und die Gestaltungsrechte des Erwerbers, ZNotP 2004, 210
ders.	Europarecht und Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen – Anmerkung zum BGH-Urteil vom 1.3.2007 – III ZR 164/06, ZfBR 2007, 430
ders.	Schiedsvereinbarungen in Verbraucherverträgen, DNotZ 2007, 404
Thüsing	Zu den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung, ZIP 2004, 2301
Tilmann	Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, 2003
Tietjen	Die Bedeutung der deutschen Richterprivilegien im System des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrechts – Das EuGH-Urteil „Traghetti del Mediterraneo“, EWS 2007, 15
Tuengerthal	Zur Umsetzung von EG-Richtlinien und staatengerichteten EG-Entscheidungen in deutsches Recht, 2003
Vogel	Vom Anlegerschutz zum Verbraucherschutz – Informationspflichten im europäischen Kapitalmarkt-, Anlegerschutz- und Verbraucherschutzrecht, 2005
Vogel, A.	Auswirkungen und Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das private Baurecht, BauR 2006, 744
Vorwerk	Die Nichtzulassungsbeschwerde im Lichte des Gemeinschaftsrechts, in: Kniffka, Quack, Vogel, Wagner (Hrsg.), FS f. Thode, 2005, Seite 645
Wagner	Die europarechtliche Seite des Bauträgervertrages – Aus Anlass des Vorlagebeschlusses des BGH v. 2.5.2002 – VII ZR 178/01, ZNotP 2002, Beilage 1

ders. Sind Kapitalanleger Verbraucher? BKR 2003, 649

ders. Der Bauträgervertrag und die Verbraucherschutzrichtlinie, ZfBR 2004, 317

ders. Die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf das Recht des freien Kapitalanlagemarktes, in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS f. Thode, 2005, Seite 706

ders. EU-Gemeinschaftsrecht im Zivilprozess und in der notariellen Vertragsgestaltung, ZNotP 2005, 362

ders. Gemeinschaftswirdige Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen, ZSteu 2005, 66

ders. Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen ? ZSteu 2005, 345

ders. Gemeinschaftswidrige Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen – Der EuGH hat entschieden ! – Urteil vom 21.06.2007 – Rs. C-453/05, ZSteu 2007, 278

de Weerth Zur rückwirkenden Anwendung von EuGH-Urteilen am Beispiel der „Manninen"-Entscheidung des EuGH, DB 2005, 1407

von Westphalen Auslegung von Gesetzen: Vom nationalen zum europäischen Privatrecht, AnwBl 2008, 1

Wiedmann, Th. Zivilrechtsfolgen bei Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht, AnwBl 2005, 326

Wiedmann, A. Zeitlos wie ungeklärt: Die Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, EuZW 2007, 692

Wolf Die (un-) dramatischen Auswirkungen der Köbler-Entscheidung des EuGH auf das gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsrecht und das deutsche Revisionsrecht, WM 2005, 1345

Inhaltsübersicht

		Rdnr.
	I. Einleitung	**1 – 2**
	II. EU-Gemeinschaftsrecht im Zivilprozess	**3 – 306**
1	Allgemeines	3 – 14
2	„Zuständigkeiten“ des EuGH und der nationalen Gerichtsbarkeit	15 – 143
2.1	Beispiel: Rechtsfehlerhafte Auslegung einer Richtlinie durch den BFH	66 – 88
2.2	Beispiel: Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und Bauwerkvertragsrecht – Wirkungserstreckung	89 – 93
2.3	Beispiel: Verbraucherschutzrichtlinie – Missbrauchskontrolle zwecks Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit – Rückwirkende direkte Anwendung der Richtlinie ?	94 – 142
2.3.1	Zur Vorwirkung einer Richtlinie	97 – 111
2.3.2	Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit	112 – 124
2.3.3	Die Verbraucherschutzrichtlinie bei finanzierten Fonds-Beteiligungen	125 – 142
2.4	Fazit	143
3	Der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG	144 – 157
4	Schriftsätzlicher Vortrag des Prozessanwaltes zur Amtspflicht von Gerichten, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden – Primärrechtsschutz	158 – 249
4.1	Richtlinienkonforme Auslegung	171 – 190
4.2	Schranken richtlinienkonformer Auslegung	191 – 194
4.3	Umsetzung im deutschen Recht	195 – 199
4.4	Grenzen durch Wortlaut deutscher gesetzlicher Regelungen	200 – 206
4.5	Vorlage zum EuGH	207 – 212
4.6	Zur Vorlagepflicht	213 – 237
4.7	Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz	238 – 249
5	Vertragsverletzungsverfahren	250 – 257
6	Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch – Sekundärrechtschutz..	258 – 306

6.1 Einordnung . . . . . 258 – 259
6.2 Sekundärrechtsschutz . . . . . 260 – 306
6.2.1 Eigenständiges Institut ?. . . . . 278 – 281
6.2.2 Zuständiges Gericht 282
6.2.3 Subsidiarität . . . . . 283 – 284
6.2.4 Rechtsverletzung . . . . . 285 – 293
6.2.5 Kausalität.... 294
6.2.6 Verschulden . . . . . 295 – 305
6.2.7 Verjährung 306

III. EU-Gemeinschaftsrecht und notarielle Vertragsgestaltung 307 – 359

1 Amtspflichten von Notaren, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden . . . . . 307 – 323
1.1 Allgemeine Amtspflichten. 307
1.2 Amtspflicht zur Durchsetzung Europäischen Gemeinschaftsrechts ? . . . . . 308 – 323
2 Zur Verdeutlichung. . . . . 324 – 359
2.1 Beispiel: Abschlagszahlungsverordnung bei Bauträgerverträgen . . . . . 324 – 338
2.2 Beispiel: Die materiellrechtliche Reichweite der Europäischen Verbraucherschutzrichtlinie. . . . . 339 – 342
2.3 Beispiel: Novelliertes Genossenschaftsrecht . . . . . 343 – 349
2.4 Beispiel: Schiedsklauseln in Verbraucherverträgen . . . 350 – 353
2.5 Beispiel: Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel in Verbraucherverträgen . . . . . 354 – 359

IV Fazit

I. Einleitung

Die Erkenntnis der Bedeutsamkeit des EU-Gemeinschaftsrechts für die nationale Rechtsordnung ist gewachsen.[1] Zum Verhältnis von EU-Gemeinschaftsrecht zum nationalen Recht wird auf das an anderer Stelle Ausgeführte verwiesen.[2] Hier soll der Frage nachgegangen werden, wie mit entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfragen im Zivilprozess vor einem deutschen Instanzgericht[3] umgegangen werden kann.[4] Dem schließt sich die Behandlung der Frage an, was man als (notarieller) Vertragsgestalter in Kenntnis der Wirkungen von EU-Gemeinschaftsrecht auf das nationale Recht und der Auswirkungen von diesbezüglichen Säumnissen, die sich dann im Zivilprozess zeigen, vorausschauend bei der (notariellen) Vertragsgestaltung beachten sollte. **1**

Davon getrennt zu sehen ist, wenn der Anwalt, seinen Mandanten vor einem deutschen Instanzgericht vertritt und dort ein Vorlageverfahren zum EuGH erreicht, diesen dann auch vor dem EuGH im Rahmen des Vorlageverfahrens anwaltlich vertritt.[5] Dies ist nicht Gegenstand dieses Beitrages. **2**

1 *Wolf* WM 2005, 1345.

2 *Gündisch*, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, Seite 19 – 51; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 11 – 21; *Thode* NZBau 2002, 297, 300 f. und 360, 363 ff.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1; *Wagner* ZfBR 2004, 317 f.

3 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 1 – 110. Zur vergleichbaren Thematik für den Steuerprozess siehe *Wagner*, Die Praxis des Steuerprozesses, 2. Aufl. 2006, Rdn. 62 – 81, 97 – 106, 257 – 349, 402 – 442; *Wagner* ZSteu 2004, 168. *Weber-Grellet* NJW 2004, 1617, 1620: Während deutsche Zivilgerichte als Instanzgerichte mit Vorlageersuchen zum EuGH sehr zurückhaltend umgehen, sind von Finanzgerichten von 1967 – 2002 insgesamt 143 Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet worden.

4 Hier nicht behandelt werden Verfahren vor dem EuGH. Dazu: Zu praktischen Anweisungen für Klagen und Rechtsmittel vor dem EuGH ABl. 08.12.2004 – L 361, Seite 0015 – 0020 = EuZW 2005, 206. Zum Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH selbst: *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 111 ff.

5 Dazu *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 311 u.H.a. die Satzung des EuGH und die Verfahrensordnung (VerfO).

II. EU-Gemeinschaftsrecht im Zivilprozess

1 Allgemeines

Man muss unterscheiden:

3 *Einfachrechtlich*

4 – Ist eine materiellrechtliche Rechtsfrage für den Ausgang des Rechtsstreites entscheidungserheblich, die einen Bezug zum EU-Gemeinschaftsrecht hat ?

5 – Falls ja: Dann muss das nationale Gericht (Instanzgericht und BGH) von Amts wegen diese materiellrechtliche Rechtsfrage prüfen.

6 – Wenn es dabei zum Ergebnis kommt, dass das EU-Gemeinschaftsrecht incl. der Rechtsprechung des EuGH dem nationalen Gericht eine Beantwortung dieser entscheidungserheblichen materiellrechtlichen Rechtsfrage selbst ermöglicht, dann muss es das nationale Recht i.S.d. EU- gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (z.B. durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts oder aufgrund Anwendungsvorrangs des EU-Gemeinschaftsrechts) zur Grundlage seiner eigenen Entscheidung machen. Der EuGH ist nicht befugt, die Bedeutung einer nationalen Bestimmung und die Art und Weise ihrer Anwendung zu beurteilen.[6]

7 – Kommt jedoch das nationale Gericht aufgrund seiner Prüfungspflicht von Amts wegen zum Ergebnis, dass das EU-Gemeinschaftsrecht incl. der Rechtsprechung des EuGH dem nationalen Gericht eine Beantwortung dieser entscheidungserheblichen materiellrechtlichen Rechtsfrage nicht ermöglicht, weil eine Regelung in einer EU-Richtlinie der Inhaltsbestimmung bedarf, die sich aus der bisherigen EuGH-Rechtsprechung dazu nicht ergibt, dann darf es diese Inhaltsbestimmung nicht selbst vornehmen, sondern muss dem EuGH vorlegen (sog. Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EG), um den EuGH als gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG)[7] diese Inhaltsbestimmung vornehmen zu lassen.[8] An dessen Vorgaben ist dann

6 EuGH 10.01.2006 – Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Frenze), Slg. 2006, I-289 Rdn. 63.
7 BVerfG 06.12.2006 – 1 BvR 2085/03, WM 2007, 712, 713.
8 EuGH 10.01.2006 – Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Frenze), Slg. 2006, I-289 Rdn. 63.

nicht nur das vorlegende Gericht sondern es sind alle nationalen Gerichte in vergleichbaren Fällen gebunden.

Verfassungsrechtlich

8 Die im Dezember 2000 in Nizza deklarierte europäische Grundrechtscharta hat bis heute keine Rechtswirksamkeit erlangt.[9] Da die EU nicht Mitglied der EMRK ist, sind auch deren Grundrechtsnormen nicht Prüfungsmaßstab für Gemeinschaftsrechtsakte.[10] Aber der EuGH hat in seiner Rechtsprechung unter Rückgriff auf die sich aus der EMRK ergebenden Grundrechte diese als allgemeine Gemeinschaftsgrundsätze auf der Gemeinschaftsrechtsebene anerkannt und dies mit der Überlieferung der Verfassungstradition der Mitgliedstaaten begründet.[11] Dies bedeutet:

9 Fällt eine nationale Regelung nicht in den Anwendungsbereich des EU-Gemeinschaftsrechts, dann spielen Grundrechte bzw. Grundsätze des EU-Gemeinschaftsrechts keine Rolle[12] und das nationale Gericht hat eine Übereinstimmung der nationalen Regelung mit Grundrechten bzw. Grundsätzen des EU-Gemeinschaftsrechts bezüglich des nicht vorhandenen Anwendungsbereichs zu prüfen.

10 Fällt dagegen eine nationale Regelung sehr wohl in den Anwendungsbereich des EU- Gemeinschaftsrechts, dann hat das nationale Gericht die Übereinstimmung der nationalen Regelung mit Grundrechten bzw. Grundsätzen des EU-Gemeinschaftsrechts bezüglich des vorhandenen Anwendungsbereichs zu prüfen. [13] Denn die nationale Regelung, die in den Anwendungsbereich des EU-Gemeinschaftsrechts fällt, muss zunächst einmal mit den Grundrechten bzw. Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts vereinbar sein, deren Wahrung der EuGH zu sichern hat.[14] Dazu gehören z.B. der Gleichheitsgrundsatz und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, wonach eine unterschiedliche Behandlung nur dann zulässig ist, wenn die Differenzierung objektiv gerechtfertigt ist.[15]

---

9 *Lindner* ZRP 2007, 54.
10 *Lindner* ZRP 2007, 54, 55.
11 *Lindner* ZRP 2007, 54, 55.
12 EuGH 06.10.2005 – Rs. C-328/04 (Vajnai), Slg. 2005, I-8577 Rdn. 12.
13 EuGH 06.10.2005 – Rs. C-328/04 (Vajnai), Slg. 2005, I-8577 Rdn. 12.
14 EuGH 12.12.2002 – Rs. C-442/00 (Caballero), Slg. 2002, I-11915 Rdn. 31 m.w.N.; EuGH 07.09.2006 – Rs. C-81/05 (Alonso), Slg. 2006, I-Rdn. 35.
15 EuGH 22.06.2006 – Rs. C-182/93 und C-217/03 (Belgien und Forum 187/ Kommission), Slg. 2006, I-5479 Rdn. 170; EuGH 07.09.2006 – Rs. C-81/05 (Alonso), Slg. 2006, I-Rdn. 37, 41.

Diese Prüfung der für den Ausgang des Rechtsstreites entscheidungserheblichen nationalen Norm darauf, ob sie mit den Grundrechten bzw. Grundsätzen des EU-Gemeinschaftsrechts vereinbar ist, hat seitens des nationalen Gerichts auch dann zu erfolgen, wenn diese nationale Norm nach der Rechtsprechung des BVerfG im Einklang mit dem GG steht,[16] was zugleich eine weitere Prüfung erfordert, ob letzteres der Fall ist (doppelte „verfassungsrechtliche" Prüfung). Stellt das nationale Gericht bei dieser doppelten Prüfung fest, dass die in den Anwendungsbereich des EU-Gemeinschaftsrecht fallende nationale Regelung mit Grundrechten bzw. Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts nicht vereinbar ist, wohl aber mit dem GG, so muss das nationale Gericht aufgrund des Anwendungsvorranges des EU-Gemeinschaftsrechts die diskriminierende nationale Vorschrift „außer Anwendung lassen", ohne die vorherige Aufhebung durch den nationalen Gesetzgeber abwarten oder betreiben zu müssen und zwar unabhängig davon, ob letzteres nach nationalem Recht überhaupt möglich wäre.[17]

11 Folglich tut der Prozessbevollmächtigte gut daran, in gleicher Weise schriftsätzlich aufzubereiten und vorzutragen,

- ob die entscheidungserhebliche nationale Regelung in den Anwendungsbereich des EU-Gemeinschaftsrechts fällt und
- ob sie gegen Grundrechte bzw. Grundsätze des EU-Gemeinschaftsrechts verstößt, um dann daraus die zuvor angesprochenen Schlussfolgerungen zu ziehen und entsprechend schriftsätzlich vorzutragen.

12 Damit hat der EuGH über den zuvor beschriebenen EU-gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrang[18] die aus deutscher Sicht nach wie vor problematische Frage geklärt, wer denn verfassungsrechtlich quasi das letzte Wort hat, wenn eine deutsche Vorschrift zu einer Grundrechtsverletzung führen kann: Der EuGH oder das BVerfG ? Mit der vom EuGH judizierten Lösung mischt er sich nicht in deutsches Verfassungsrecht ein und berührt auch nicht die Zuständigkeit des BVerfG. Der EuGH entscheidet folglich nicht darüber, ob eine deutsche Norm zu einer Grundrechtsverletzung gemessen am GG führt und tangiert insoweit nicht die Zuständigkeit des BVerfG. Sondern der EuGH befasst sich alleine mit der Frage der Grundrechtsverletzung nach EU-Gemeinschaftsrecht unter den vogenannten Voraussetzungen mit der mögli-

16 EuGH 07.09.2006 – Rs. C-81/05 (Alonso), Slg. 2006, I-Rdn. 41.
17 EuGH 07.09.2006 – Rs. C-81/05 (Alonso), Slg. 2006, I-Rdn. 46.
18 S.o. Rdn. 10.

chen Folge der Einschlägigkeit des Anwendungsvorranges des EU-Gemeinschaftsrechts im Falle einer Verletzung EU-gemeinschaftsrechtlicher Grundrechte/Grundsätze. Und der Anwendungsvorrang bewirkt wie der Begriff deutlich zeigt, keine Verfassungswidrigkeit der deutschen Norm gemessen am GG.

Dies hat wiederum zur Folge, dass das nationale Gericht nicht nur von Amts wegen zu prüfen hat, ob einfachrechtlich Vertragsklauseln oder deutsche Bestimmungen gegen EU- Gemeinschaftsrecht verstoßen, um die Frage für sich zu beantworten, ob das nationale Gericht eine nationale Vorschrift per richtlinienkonformer Auslegung zur Beurteilungsgrundlage machen muss bzw. dem EU-gemeinschaftsrechtlichen Anwendungsvorrang Rechnung tragen muss oder andernfalls dem EuGH vorlegen muss. Vielmehr muss das nationale Gericht den streitgegenständlichen Fall von Amts wegen auch daraufhin überprüfen, ob die entscheidungserhebliche nationale Norm gemessen an den zuvor beschriebenen Maßstäben mit den Grundrechten bzw. Grundsätzen des EU-Gemeinschaftsrechts in Einklang steht, um ggf. zur Klärung **dieser** Frage deshalb dem EuGH vorzulegen. **13**

Und weil dem so ist, tut auch diesbezüglich der Prozessbevollmächtigte gut daran, entsprechend schriftsätzlich vorzutragen, um das Gericht bezüglich seiner zuvor beschriebenen Amtspflichten entsprechend zu sensibilisieren. **14**

2 „Zuständigkeiten“ des EuGH und der nationalen Gerichtsbarkeit

Hierzu hat der EuGH ausgeführt: **15**

„Nach dem institutionellen System der Gemeinschaft und den Vorschriften, die die Beziehungen der Gemeinschaft zu den Mitgliedstaaten regeln, ist es in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten, in ihrem Hoheitsgebiet für die Durchführung der Gemeinschaftsregelungen zu sorgen ...“[19]

Jeder Mitgliedstaat als Normadressat einer Richtlinie ist folglich mit allen seinen Institutionen (Legislative, Judikative, Exekutive) zur Umsetzung von Richtlinien verpflichtet (Art. 249 Abs. 3 EG).[20] Dies beginnt **16**

19 EuGH 02.05.2006 – Rs. C-417/04 P (Siciliana/Kommission), Slg. 2006, 3881 Rdn. 59.

20 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 315.

mit der fristgerechten und effektiven Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Allerdings muss die Umsetzung einer Richtlinie nicht notwendigerweise per Gesetz erfolgen. Unerlässlich ist aber, dass das

„nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von all ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen."[21]

17 Gegenüber allen nicht richtlinienkonformen innerstaatlichen Vorschriften kann sich der Betroffene auf die Bestimmungen einer Richtlinie direkt berufen.[22]

18 Also bedarf es bei einer nicht fristgerechten oder ineffektiven Umsetzung einer Richtlinie zunächst einer Klärung, ob man mittels einer richtlinienkonformen Auslegung nationaler Vorschriften der Richtlinie zum Erfolg verhelfen kann.

19 Deshalb gehört zur Umsetzung einer Richtlinie auch die richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften im Sinne der Richtlinie durch Behörden und Gerichte wie auch bei Auslegungszweifeln der richtlinienkonformen Auslegung der Vorzug zu geben ist.[23] Die richtlinienkonforme Auslegung ist nach der neueren Rechtsprechung des EuGH insoweit ein Unterfall der gemeinschaftskonformen Auslegung.[24] Der Unterschied zwischen richtlinienkonformer und gemeinschaftskonformer Auslegung ist folgender:

20 – Bei einer ***gemeinschaftskonformen*** **Auslegung** wird vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts ausgegangen, so dass notfalls Bestimmungen des nationalen Rechts unanwendbar bleiben müssen. Diese wird

21 EuGH 23.03.1995 – Rs. C-365/93 (Kommission/Griechenland), Slg 1995, I-499 Rdn. 9; EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 17; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, 14447 Rdn. 35; EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 57.

22 EuGH 17.02.2005 – Rs. C-462/02 (Linneweber und Arkritidis), Slg. 2005, I-1131 Rdn. 33 m.w.N.

23 EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), EWS 2003, 276 Rdn. 33; *Roth* EWS 2005, 385.

24 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 114; EuGH 16.06.2005 – Rs. C-105/03 (Pupino), EWS 2005, 405 Rdn. 32, 34, 38, 43, 47; *Roth* EWS 2005, 385, 386.

begründet mit der Bindung der Mitgliedstaaten an Gemeinschaftsgrundrechte bzw. Gemeinschaftsgrundwerte bei der Durchführung von Gemeinschaftsrecht,[25] die Schutzpflichten der Mitgliedstaaten zu Gunsten Privater aufgrund der Grundfreiheiten sowie die sich aus Art. 10 EG ergebenden Handlungs- und Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten.[26] Diesen Anwendungsvorrang hat der EuGH jüngst bestätigt, indem er ausführte, im Einzelfall dürfe eine nationale Vorschrift – im Entscheidungsfalle war es eine Vorschrift des italienischen Codice civile – insoweit nicht angewendet werden, wie sie dem Gemeinschaftsrecht widerspreche.[27]

– Bei einer alleine ***richtlinienkonformen*** **Auslegung** (außerhalb der unmittelbaren Anwendung einer Richtlinienbestimmung) ist das EU-Gemeinschaftsrecht nicht vergleichbar vorrangig,[28] dass entgegenstehendes nationales Recht unanwendbar zu sein hätte,[29] ausgenommen im Falle der oben angesprochenen EU-Grundsätze/Grundrechte.[30] **21**

Dies liest sich in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH wie folgt: **22**

> *„60. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass es Sache der innerstaatlichen Gerichte ist, die Vorschriften des nationalen Rechts so weit wie möglich derart auszulegen, dass sie in einer zur Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts beitragenden Art und Weise angewandt werden können.*[= richtlinienkonforme Auslegung]
>
> *61. Außerdem ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung, dass das innerstaatliche Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt ....“*[31] [= gemeinschaftskonforme Auslegung]

25 S.u. Rdn. 22.
26 *Herresthal* EuZW 2007, 396, 397.
27 EuGH 18.07.2007 – Rs. C-119/05 (Lucchini), EWS 2007, 402. Rdn. 61.
28 S.u. Rdn. 171 ff.
29 *Roth* EWS 2005, 385, 386.
30 S.o. Rdn. 10.
31 EuGH 18.07.2007 – Rs. C-119/05 (Lucchini), EWS 2007, 402. Rdn. 60 – 61.

23 Auch lückenhafte nationale gesetzliche Regelungen sind im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien auszufüllen.[32] Insoweit handelt es sich um eine fortwährende Pflicht – auch der Gerichte – zur richtlinienkonformen Auslegung.[33] Diese richtlinienkonforme Auslegung darf *zivilrechtlich* im horizontalen Rechtsverhältnis auch zu Lasten von Privaten betrieben werden,[34] wie auch für Gerichte diesbezügliche Pflichten und Grenzen bestehen, die es hier darzustellen gilt. Und es darf eine zu enge Auslegung nicht dazu führen, dass damit den Befreiungen die ihnen intendierte Wirkung genommen wird.[35]

24 Das Verhältnis von nationaler Gerichtsbarkeit und dem EuGH muss man als eine Aufgabenverteilung verstehen. Dem EuGH steht das **Auslegungsmonopol** für das EU-Gemeinschaftsrecht zu,[36] die nationalen Gerichte haben EU-Gemeinschaftsrecht **anzuwenden**.[37] Deutsche Gerichte sind folglich von Amts wegen verpflichtet, den unterbreiteten Fall auch vor dem Hintergrund Europäischen Gemeinschaftsrechts zu prüfen. Stellt der deutsche Richter bzw. das deutsche Gericht fest, dass entscheidungserheblich eine Frage des Gemeinschaftsrechts ist, so muss er/es ferner prüfen,

- ob das Gericht selbst *entscheiden* darf oder
- ob das Gericht nicht selbst entscheiden kann/darf, so dass sich dann die Vorlagefrage zum EuGH stellt (Art. 234 EG).

---

32 *Meller-Hannich* WM 2005, 1157. Eine richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Norm ist auch dann möglich, wenn der Gesetzeswortlaut einer Vorgabe des EuGH nicht entgegensteht, so BGH 14.02.2006 – XI ZR 255/04, WM 2006, 674, 695.

33 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Enviroment-Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 40; *Roth* EWS 2005, 385 zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts. Davon zu trennen ist der Sachverhalt, dass ein deutsches Gericht das Recht eines anderen Mitgliedstaates anzuwenden hat und in diesem Zusammenhang eine richtlinienkonforme Auslegung des Rechts des anderen Mitgliedstaates vorzunehmen hat. Dazu *Roth* EWS 2005, 385, 386 m.w.N.

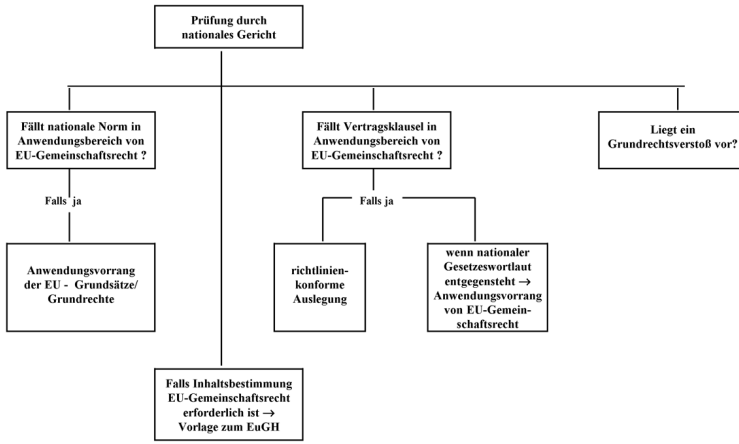
34 EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 20; *Roth* EWS 2005, 385, 390 f.

35 EuGH 18.11.2004 – Rs. C-284/03 (Temco Eeurope SA), Beilage zu BFH/NV 4/2005, 87 Rdn. 17.

36 EuGH 14.10.2004 – Rs. C-36/02 (OMEGA), Slg. 2004, I-9609 Rdn. 19 m.w.N.; EuGH 30.05.2006 – Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), EuZW 2006, 464 Rdn. 82 ff. (sog. gemischte Übereinkunft).

37 *Wolf* WM 2005, 1345.

Darauf muss sich der Prozessanwalt einstellen, da es für eine Prozesspartei keine Möglichkeit gibt, gegen Entscheidungen nationaler Gerichte den EuGH direkt anzurufen.[38] Folglich ist die Aufgabe des Prozessanwaltes vergleichbar der des deutschen Richters/Gerichtes. Er muss zunächst den Fall auch im Hinblick auf Europäisches Gemeinschaftsrecht daraufhin prüfen, ob es eine entscheidungserhebliche Frage mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug gibt. Dazu ist folgende Vorgehensweise denkbar: **25**



Zunächst ist herauszuarbeiten, ob und welche Rechtsfrage gemessen am deutschen Recht incl. dem GG für den Ausgang des Rechtstreites entscheidungserheblich ist. Handelt es sich um eine gesetzliche Regelung, so gilt folgendes: Bevor man sich mit verfassungsrechtlichen Anforderungen einer Auslegung befasst sei nochmals in Erinnerung gerufen, welchen Stellenwert verfassungsrechtlich der Gesetzeswortlaut samt Gesetzeszweck haben und warum. **26**

38 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 6: Eine direkte Nichtigkeitsklage eines Einzelnen gem. Art. 230 Abs. 4 EG direkt zum EuGH steht ihm nur dann zu, wenn der betreffende durch eine Verordnung oder durch eine gegenüber einem Dritten ergangene Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen worden ist.

27 Als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)[39] muss eine gesetzliche Regelung dem Gebot der Normenklarheit so entsprechen, dass Betroffene die Rechtslage erkennen können und ihr Verhalten daran ausrichten können.[40] Ein eindeutiger Gesetzeswortlaut lässt keine Gesetzesauslegung zu.[41] Je mehr es zudem im Gesetzgebungsverfahren zu Änderungen gekommen ist, um so mehr muss man „den Gesetzeswortlaut genau nehmen."[42] Ob mithin eine Norm oder ein in ihr enthaltener Rechtssatz überhaupt auslegungsbedürftig ist, hängt davon ab, ob es ihr an Eindeutigkeit ermangelt.[43] Dies ist dann der Fall, wenn mangels ausdrücklicher Regelungen Zweifelsfragen auftauchen, die dann mit anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten sind.[44] Alleine der Umstand, dass eine Auslegungsbedürftigkeit zu bejahen ist, weil der Gesetzeswortlaut unklar ist oder es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, ändert allerdings für sich gesehen an vorgenannter Normenbestimmtheit noch nichts.[45] Aber in Fällen der Auslegungsbedürftigkeit kommt es dann darauf an, welche Maßstäbe an eine Gesetzesauslegung zu legen sind. Schon sehr früh hat das BVerfG[46] dazu folgendes ausgeführt:

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren

39 BVerfG 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 212; BVerfG 07.05.2001 – 2 BvK 01/00, BVerfGE 103, 332, 384; BVerfG 17.07.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., BVerfGE 108, 186, 234; BVerfG 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370, 396.

40 BVerfG 07.07.1971 – 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 255, 264; BVerfG 22.06.1977 – 1 BvL 23/75, BVerfGE 45, 393, 420; BVerfG 26.09.1978 – 1 BvR 525/77, BVerfGE 49, 168, 181; BVerfG 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 212; BVerfG 07.05.2001 – 2 BvK 01/00, BVerfGE 103, 332, 384; BVerfG 17.07.2003 – 2 BvL 1/99 u.a., BVerfGE 108, 186, 234; BVerfG 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370, 396.

41 BVerfG 19.12.1961 – 2 BvL 06/59, BVerfGE 13, 261, 268.

42 BVerfG 21.05.1952 – 2 BvH 02/52, BVerfGE 1, 299, 312.

43 BVerfG 18.10.1966 – 2 BvR 386, 478/63, BVerfGE 20, 283, 292 f.

44 BVerfG 18.05.2004 – 2 BvR 2374/99, BVerfGE 110, 370, 397.

45 BVerfG 07.07.1971 – 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 255, 264; BVerfG 22.06.1977 – 1 BvL 23/75, BVerfGE 45, 393, 420; BVerfG 18.05.1988 – 2 BvR 579/84, BVerfGE 78, 205, 212; BVerfG 07.05.2001 – 2 BvK 01/00, BVerfGE 103, 332, 384.

46 BVerfG 21.05.1952 – 2 BvH 02/52, BVerfGE 1, 299, 312.

beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können.“[47]

Und weiter führt das BVerfG[48] aus, die Vorstellungen der gesetzgebenden Instanz dürfe nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden. Gesetzesmaterialien könnten keine verbindliche Auslegungsregeln enthalten.[49] Denn: **28**

„Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung des Gesetzes nur insoweit berücksichtigt werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat.“[50]

Vor diesem Hintergrund sind Auslegungskriterien zur Erfassung des Sinnes einer Norm: Die systematische Stellung der Einzelnorm im Gesetz und Gesetzeszweck[51] sowie systematische und teleologische Auslegungsmethoden.[52] Die Ermittlung des **Willens** des Gesetzgebers muss sich mithin aus dem Gesetzeswortlaut ergeben. Für die Ermittlung des **Gesetzeszwecks** dagegen ist man nicht auf den formalen Wortlaut begrenzt.[53] Und bei all dem muss man darauf achten, ob der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet hat.[54] **29**

Hat man die entscheidungserhebliche Rechtsfrage für den Fall einer deutschen gesetzlichen Regelung solchermaßen schriftsätzlich herausgearbeitet, ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob diese entscheidungserhebliche Rechtsfrage zugleich einen **gemeinschaftsrechtli-** **30**

47 Vergleichbar BVerfG 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234, 245; BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130 f.; BVerfG 18.10.1966 – 2 BvR 386, 478/63, BVerfGE 20, 283, 293; BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127; BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 256.

48 BVerfG 17.05.1960 – 2 BvL 11/59, 11/60, BVerfGE 11, 126, 130.

49 BVerfG 17.01.1978 – 1 BvL 13/76, BVerfGE 47, 109, 127.

50 Vergleichbar BVerfG 19.12.1961 – 2 BvL 06/59, BVerfGE 13, 261, 268.

51 BVerfG 09.05.1978 – 2 BvR 952/75, BVerfGE 48, 246, 256.

52 BVerfG 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 14/72, BVerfGE 35, 263, 279. Dazu *von Westphalen* AnwBl 2008, 1, 2 f: (1) Erforschung des objektiven Willens des Gesetzgebers, (2) logisch-grammatikalische Auslegung, (3) systematische Auslegung, (4) ratio legis.

53 BVerfG 19.06.1973 – 1 BvL 39/69, 14/72, BVerfGE 35, 263, 279.

54 BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., BVerfGE 65, 1, 44.

chen Bezug hat. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn es sich bei der deutschen gesetzlichen Regelung um eine Transformationsnorm einer europäischen Richtlinie handelt. Dies kann auch im Falle einer **Wirkungserstreckung** einer Richtlinie im deutschen Recht sein.[55] Ein gemeinschaftsrechtlicher Bezug ist aber auch dann gegeben, wenn verdeutlicht werden kann, dass die entscheidungserhebliche deutsche gesetzliche Regelung Ausdruck einer unterlassenen, nicht effektiven und/oder nicht fristgemäßen Transformation einer Richtlinie ist oder gegen eine Verordnung verstößt.

31 Dies alles sollte schriftsätzlich dem Gericht aufgezeigt werden.[56] Dies ist schriftsätzlich mit den daraus resultierenden Folgen zu verbinden,

– ob und warum das Gericht die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsfrage von Amts wegen selbst entscheiden muss und wie oder

32 – ob und warum das Gericht die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsfrage von Amts zwar prüfen muss, nicht jedoch selbst entscheiden darf und deshalb dem EuGH vorlegen muss. In diesem Fall empfiehlt es sich, dies nicht nur schriftsätzlich zu begründen, sondern entsprechende Vorlagefragen als Anregung gegenüber dem deutschen Gericht schriftsätzlich vorzuformulieren. Dies mit dem Ziel, um dann, wenn eine Vorlage zum EuGH erfolgt und der EuGH entscheidet, auf diese Weise das nationale Gericht zu veranlassen, dann entsprechend der Vorgaben durch den EuGH durch Urteil zu entscheiden und sei es unter Hintanstellung des nationalen Rechts. Da das nationale Gericht bei einer Vorlage zum EuGH nicht nur klärungsbedürftige, klärungsfähige und entscheidungserhebliche Fragen an den EuGH zu richten hat, sondern auch den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen zu beschreiben hat, der für die gestellten Fragen bedeutsam ist,[57] sollte auch der Anwalt in dem Schriftsatz, in welchem er eine Aussetzung des laufenden Rechtsstreites durch das deutsche Gericht samt Vorlage zum EuGH anregt, dem Gericht quasi eine Vorlage beschreiben.

33 Und da ein vorlegendes Gericht mit seinen Angaben bei der Vorlage nicht nur eine Vorlageentscheidung des EuGH ermöglichen soll, son-

55 EuGH 11.12.2007 – Rs. C-280/07 (ETI), EuZW 2008, 93 Rdn. 20 – 22 m.w.N.; s.u. Rdn. 89 ff.
56 *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 310.
57 EuGH 12.04.2005 – Rs. C-145/03 (Keller), Slg. 2005, I-2529 Rdn. 29.

dern zudem auch den Regierungen von Mitgliedstaaten und anderen Beteiligten eröffnen soll, zur Tragweite der unterbreiteten Fragen Erklärungen abzugeben,[58] sollte der Anwalt des Betroffenen bei der von ihm dem Gericht schriftsätzlich angeregten Vorlagefrage dies ebenfalls mit berücksichtigen.

– Private Schiedsgerichte sind allerdings nicht vorlageberechtigt,[59] wohl aber staatliche Gerichte, die in den Grenzen der §§ 1059 ff. ZPO einen Schiedsspruch überprüfen.[60] **34**

Der diesbezügliche schriftsätzliche Vortrag des Prozessanwalts vor dem Instanzgericht dient folglich der Problemerkennung einer entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Frage durch das Instanzgericht.[61] Dem nationalen Gericht ist es verwehrt, die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane in Zweifel zu stellen, da für deren Rechtmäßigkeit eine Vermutung spricht, so lange solche Rechtsakte nicht zurückgenommen wurden, im Rahmen einer Nichtigkeitsklage für nichtig erklärt worden sind oder aufgrund eines Vorabentscheidungersuchens oder einer Rechtswidrigkeitseinrede für ungültig erklärt worden sind.[62] Ausnahmsweise gilt nur dann etwas anderes, wenn Fehler von Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane so offensichtlich sind, dass sie von der Gemeinschaftsordnung nicht geduldet werden können, was aber auf außergewöhnliche Fälle beschränkt bleibt.[63] **35**

58 EuGH 12.04.2005 – Rs. C-145/03 (Keller), Slg. 2005, I-2529 Rdn. 30.

59 EuGH 23.03.1982 – Rs. 102/81 (Nordsee), Slg. 1982, 1095; EuGH 01.06.1999 – Rs. C-126/97 (Eco Swiss), Slg. 1999, I-3055; EuGH 27.01.2005 – Rs. C-125/04 (College dárbitrage de la Commission de Litiges Voyages/Belgien), NZBau 2005, 278 Rdn. 13.

60 S.o. Rdn. 1.1; EuGH 01.06.1999 – Rs. C-126/97 (Eco Swiss), Slg. 1999, I-3055; EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro / Milenium SL), EuZW 2006, 734; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 44.

61 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 5, 85 f.

62 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-475/01 (Kommission/Griechenland), HFR 2005, 70 Rdn. 18.

63 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-475/01 (Kommission/Griechenland), HFR 2005, 70 Rdn. 19 f.

36 Eine weitere Ausnahme besteht für Eilverfahren, in denen u.U. nationale Gerichte befugt sein können, die Ungültigkeit von Gemeinschaftshandlungen festzustellen.[64]

37 Dies soll an dem **Beispiel** verdeutlicht werden, dass eine Europäisches Richtlinie (sekundäres Gemeinschaftsrecht) für die entscheidungserhebliche Rechtsfrage bedeutsam wäre. Man muss dann unterscheiden zwischen

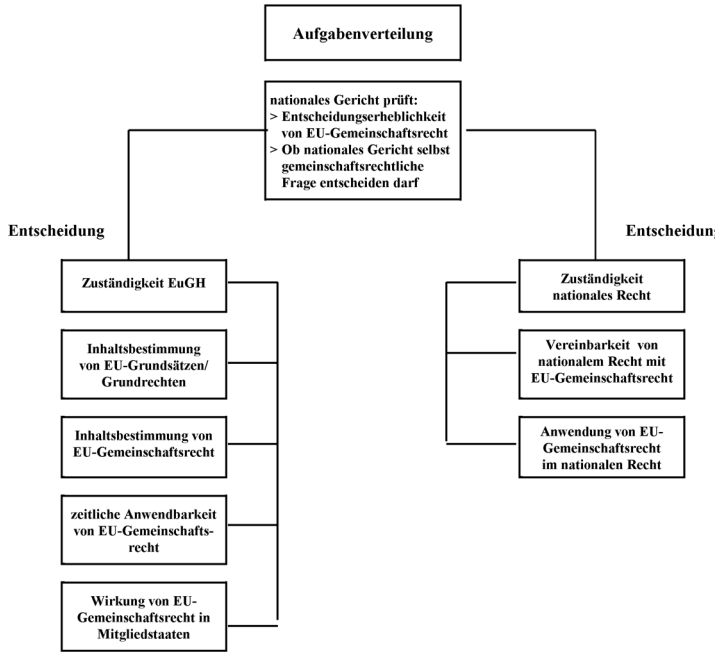
- der Auslegung einer Richtlinie,[65] die an Hand des Wortlautes der Richtlinie sowie deren Erwägungsgründe[66] nebst eventuell dazu schon vorhandener Rechtsprechung des EuGH zu erfolgen hat,
- der Auslegung der deutschen Transformationsnorm nach Maßgabe der Vorschriften der Richtlinie und ihrer Erwägungsgründe,
- der Frage, ob die Richtlinie bzw. die für die entscheidungserhebliche Rechtsfrage entsprechende Regelung in einer Richtlinie durch deutsche gesetzliche Regelungen überhaupt, fristgerecht und effektiv in deutsches Recht umgesetzt wurde und falls ja,
- der effektiven Anwendung dieser Richtlinie im deutschen Recht, ob also z.B. durch deutsche Gerichte eine solche auch erfolgt.

38 Die **Aufgabenverteilung** zwischen deutschem Gericht und EuGH ist in diesem Zusammenhang wie folgt zu verdeutlichen:

64 EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul DouaneneExpedituer), slg. 2005, I-10513 Rdn. 18; s.o. Rdn. 80.

65 Zur Auslegung von Gemeinschaftsrecht siehe *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 5 ff. m.w.N.

66 EuGH 25.01.2007 – Rs. C-278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 41.



Der EuGH ist aufgrund von Vorlagen nationaler Gerichte (Art. 234 EG) zuständig für die **Auslegung** **39**

– von Vorschriften des *Gemeinschaftsrechts* betreffend Sinn und Tragweite solcher Vorschriften,[67]

– betreffend der zeitlichen Anwendbarkeit von Vorschriften des *Gemeinschaftsrechts*,

– bezüglich der Wirkungen *gemeinschaftsrechtlicher* Vorschriften in mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen[68] und

67 EuGH 27.03.1980 – Rs. 66, 127, 128/79 (Salumi), Slg. 1980, 1237 Rdn. 9; EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 35; EuGH 14.10.2004 – Rs. C-36/02 (OMEGA), Slg. 2004, I-9609 Rdn. 19 m.w.N.; EuGH 10.01.2006 – Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Frenze), Slg. 2006, I-289 Rdn. 63 m.w.N.; EuGH 30.05.2006 – Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), EuZW 2006, 464; EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 41; *Heiderhoff* WM 2003, 509, 510.

68 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 21 f.

– im Hinblick auf die Frage, ob und inwieweit eine *gemeinschaftsrechtliche* Vorschrift in einem Mitgliedstaat unmittelbar wirksam ist.[69]

40 Unzulässig ist eine Vorlagefrage durch ein nationales Gericht jedoch, wenn sie hypothetisch ist,[70] in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens steht oder mit ihr dem EuGH nicht ausreichende tatsächliche oder rechtliche Angaben gemacht werden, die für eine sachdienliche Beantwortung der Vorlagefrage erforderlich sind.[71]

41 Dagegen ist das **nationale Gericht** und nicht der EuGH zuständig

– für die Prüfung der Frage, ob *nationale* Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind oder nicht[72] und

– für die *Anwendung* einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift im Ausgangsrechtsstreit.[73]

42 Der EuGH ist folglich nicht zuständig, über den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu entscheiden oder von ihm ausgelegte gemeinschaftsrechtliche Vorschriften auf nationale Maßnahmen bzw. Gegebenheiten anzuwenden. Dies alles fällt in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts,[74] was beim schriftsätzlichen Vortrag zu berücksichtigen ist.

43 Die Unterscheidung und Grenzziehung dieser zuvor genannten unterschiedlichen Bereiche stößt mitunter auf Schwierigkeiten. Gleichwohl sollte der Prozessanwalt in seiner schriftsätzlichen Aufarbeitung einer

---

69 EuGH 03.04.1968 – Rs. 28/67 (Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe), Slg. 1968, 211; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 22.

70 EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 35.

71 EuGH 14.10.2004 – Rs. C-36/02 (OMEGA), Slg. 2004, I-9609 Rdn. 20 m.w.N.

72 EuGH 10.01.2006 – Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Frenze), Slg. 2006, I-289 Rdn. 63 m.w.N.; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 22; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 22; *Heiderhoff* WM 2003, 509, 510.

73 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 22; *Heiderhoff* WM 2003, 509, 510.

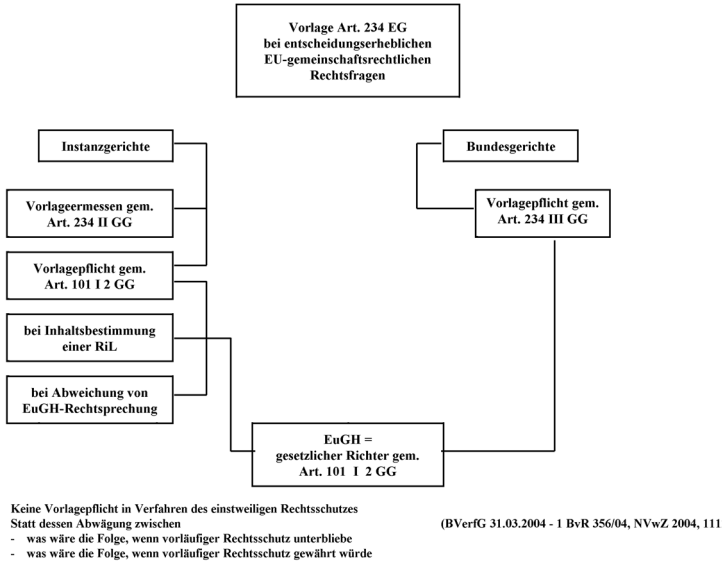
74 EuGH 08.02.1990 – Rs. C-320/88 (Shipping and Forward Enterprise Safe), Slg. 1990, I-285 Rdn. 11; EuGH 05.10.1999 – Rs. C-175/98 und C-177/98 (Lirussi und Bizzaro), Slg. 1999, I-6881 Rdn. 38; EuGH 15.05.2003 – Rs. C-282/00 (RAR), Slg 2003, I-4741 Rdn. 47; EuGH 10.01.2006 – Rs. C-222/04 (Cassa di Risparmio di Frenze), Slg. 2006, I-289 Rdn. 63 m.w.N.; EuGH 23.02.2006 – Rs. C-253/03 (CLT-UFA SA), Beilage zu BFH/NV 7/2006, Seite 237 Rdn. 36.

entscheidungserheblichen Rechtsfrage mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug sich ihrer annehmen, um dem Instanzgericht zu verdeutlichen, wo es sich des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen annehmen muss und

– selbst entscheiden muss bzw.

– dem EuGH vorlegen darf/muss.

Dies soll im folgenden näher beleuchtet werden. Dabei muss unterschieden werden zwischen der Vorlagepflicht aus formalen Gründen und aus inhaltlichen Gründen. **44**



Zur Frage der Vorlagepflicht aus formalen Gründen:

Der EuGH ist für die Auslegung der Bestimmungen einer Richtlinie (sog. **Inhaltsbestimmung**) gemäß Artikel 234 EG zuständig.[75] Verweist eine Richtlinienbestimmung bezüglich ihrer Sinnermittlung oder ihrer Bedeutung nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten, so ist sie autonom und einheitlich auszulegen. Dazu hat der EuGH die Auslegung un- **45**

75 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 41 f.

ter Berücksichtigung des Regelungszusammenhanges der Richtlinienbestimmung und des von dieser verfolgten Zwecks vorzunehmen.[76]

Beispiel

46 Nach Art. 3 Abs. 1 VerbrRL ist eine Klausel missbräuchlich, wenn sie „entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht."

47 Was unter Treu und Glauben i.S.d. Art. 3 Abs. VerbrRL zu verstehen ist, hat alleine der EuGH in autonomer Inhaltsbestimmung zu entscheiden.[77] Dazu besteht keine Befugnis eines deutschen Gerichtes, Art. 3 Abs. 1 bzw. 3 VerbrRL mittels § 242 BGB oder einer anderen nationalen Begrifflichkeit oder Wertentscheidung auszulegen.[78] Und die autonome Auslegung der Richtlinienbestimmung wird der EuGH danach vornehmen, dass nach dem Grundsatz des „effet utile" mit der Auslegung der mit der Harmonisierungsmaßnahme angestrebte Zweck mit größt möglicher praktischer Wirksamkeit erreicht wird.[79] Dazu können herangezogen werden:

48 – Beschreibung der Ziele der Richtlinie in deren Erwägungsgründe als Mindestschutzstandard.[80] Richtlinien müssen unter Berücksichtigung der in ihnen enthaltenen Vorschriften und der darin verwandten Begriffe im Lichte der Erwägungsgründe ausgelegt werden.[81]

49 – Hinweise im Anhang der VerbrRL.[82]

50 – Darstellung der EuGH-Rechtsprechung in vergleichbaren Fällen.[83]

---

76 EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 37.

77 *Heiderhoff* WM 2003, 509, 511; *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 177.

78 Nachweise in *Heiderhoff* WM 2003, 509, 511 FN 23 und *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 177. ABER: *Heiderhoff* WM 2003, 509, 510 ff. weist auch auf Stimmen im Fachschrifttum hin, die bei einer Generalklausel in einer RiL für eine Verneinung einer Entscheidungsbefugnis des EuGH bzw. für eine Einschränkung der Vorlagepflicht zum EuGH mit unterschiedlichster Begründung votieren. Ebenso Nachweise bei *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 174 f. m.w.N.

79 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 177.

80 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 176. Beispiele: EuGH 23.09.2004 – Rs. C-435/02 und C-103/03 (Springer), Slg. 2004, I-8663 Rdn. 50 – 51; EuGH 25.01.2007 – Rs. C-278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 38, 41.

81 EuGH 25.01.2007 – Rs. C-278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 41.

82 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 176.

83 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 176.

– Ausführungen von Generalanwälten in Schlussanträgen in vergleichbaren Fällen. **51**

– Wertentscheidungen des Primärrecht.[84] **52**

– Übergreifende Umschau nach Leitbildern aus anderen Sekundärrechtsakten.[85] **53**

– Wertende Rechtsvergleichung zwecks Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die innerhalb des Binnenmarktes gemeineuropäischen Ursprungs sind.[86] **54**

Der EuGH ist für die Auslegung einer Richtlinienbestimmung auch dann zuständig, wenn der nationale Gesetzgeber sich bei der Umsetzung der Richtlinie in das nationale Recht dafür entschieden hat, rein innerstaatliche Sachverhalte, die nicht unter eine Richtlinie fallen, und unter die Richtlinie fallende Sachverhalte gleich zu behandeln, und deshalb die für rein innerstaatliche Sachverhalte geltenden Rechtsvorschriften dem Gemeinschaftsrecht angeglichen hat.[87] Dies betrifft den Fall der **Wirkungserstreckung** einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung. **55**

Beispiel

Die Verbrausgüterkaufrichtlinie (VerbGKRL) erfasst nur bewegliche *körperliche* Gegenstände (Art. 1 Abs. 1 und 2b VerbGKRL), sie erfasst folglich keine Bauwerkleistungen. Gleichwohl hat der deutsche Gesetzgeber z.B. bezgl. der *Vertragsgemäßheit* der zu liefernden beweglichen Güter Art. 2 Abs. 1 VerbGKRL durch § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB in deutsches Recht transformiert hat und hat § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB, auf den an sich die VerbGKRL nicht anwendbar ist, dem § 434 Abs. 1 Satz 2 BGB angeglichen.[88] **56**

84 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 178.
85 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 178.
86 *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 178.
87 EuGH 17.07.1997 – Rs. C-28/95, HFR 1997, 856; EuGH 17.07.1997 – Rs. C-130/95, HFR 1997, 788; EuGH 15.01.2002 – Rs. C-43/00 (Andersen og Jensen ApS/Skattministeriet), DStRE 2002, 456; sehr anschaulich zu dieser Frage siehe Vorlagebeschluß des FG Hamburg 22.04.1999 – II 23/97, EFG 1999, 1022, 1023.
88 Dazu siehe ferner *Gebauer*/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 3 Rdn. 23 ff.; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 23 f., 109 f.; Münchener Kommentar/*Lorenz*, BGB, 4. Aufl. 2004, Vorbem zu § 474 Rdn. 2; *Thode* NZBau 2002, 297, 300 f.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 3 ff.

57 Folglich ist der EuGH im Falle der Wirkungserstreckung von Richtlinienregelungen auch dann zuständig, wenn sich nationale Rechtsvorschriften zur Regelung eines innerstaatlichen Sachverhalts nach den im Gemeinschaftsrecht getroffenen Regelungen richten, um sicherzustellen, dass in vergleichbaren Fällen ein einheitliches Verfahren angewandt wird.[89] Es besteht nämlich ein klares Interesse der Gemeinschaft daran, dass die aus dem Gemeinschaftsrecht übernommenen Bestimmungen oder Begriffe unabhängig davon, unter welchen Voraussetzungen sie angewandt werden sollen, einheitlich ausgelegt werden, um künftige Auslegungsdivergenzen zu verhindern.[90] Diese Feststellung gilt erst Recht dann, wenn die nationalen Rechtsvorschriften, die einen in einer gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung enthaltenen Begriff verwenden, erlassen wurden, um die Richtlinie, zu der die Bestimmung gehört, in nationales Recht umzusetzen.

58 Wenn folglich ein Instanzgericht im Rahmen seiner zuvor angesprochenen Amtspflicht der Prüfung einer für den Ausgang des Rechtsstreites entscheidungserheblichen Richtlinie einerseits und Regelungen im deutschen Gesetz andererseits zu dem Ergebnis kommen würde, dass die hier angesprochenen Fragen die vorgenannten Kriterien ausfüllen, und im Hinblick auf eine Auslegung des nationalen Rechts klärungsbedürftige und entscheidungserhebliche Fragen im Zusammenhang mit einer Regelung in einer **Richtlinie** verblieben, dann wäre für die Inhaltsbestimmung bzw. Auslegung der Richtlinie der EuGH zuständig.

59 Eine davon zu trennende Frage ist nun die, ob deswegen ein **Instanzgericht** dem EuGH vorlegen **muss** ? Gemäß Art. 234 Abs. 2 EG ist ein Instanzgericht, das nicht letzte Instanz ist, **gemeinschaftsrechtlich** berechtigt – nicht verpflichtet –, dieserhalb dem EuGH vorzulegen (Art. 234 Abs. 2 EG), es sei denn, ein Instanzgericht zweifelt die Gül-

89 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 22.

90 EuGH 18.10.1990 – Rs. C-297/88 und C-197/89 (Massam Dzodzi/Belgien), Slg. 1990, I-3763 Rdn. 36; EuGH 08.11.1990 – Rs. C-231/89 (Gmurzynsky-Bscher/OFD Köln), Slg. 1990, I-4003 Rdn. 18, 19; EuGH 17.07.1997 – Rs. C-28/95 (Leur-Bloem), Slg. 1997, I-4161 Rdn. 27; EuGH 17.07.1997 – Rs. C-130/95 (Giloy), Slg. 1997, I-4291 Rdn. 23; EuGH 17.07.1997 – Rs. C-28/95, HFR 1997, 856; EuGH 03.12.1998 – Rs. C-247/97 (Schoonbroodt/Etat Belge), Slg. 1998, I-8095 Rdn. 14; EuGH 15.01.2002 – Rs. C-43/00, DB 2002, 822, 823 f.; sehr anschaulich zu dieser Frage siehe Vorlagebeschluß des FG Hamburg 22.04.1999 – II 23/97, EFG 1999, 1022, 1023; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 3; *Thode* NZBau 2002, 297, 300; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 4.

tigkeit von Handlungen von Gemeinschaftsorganen an[91] oder hat Zweifel an der Gültigkeit einer Norm des (sekundären) Gemeinschaftsrechts.[92]

Aber: Getrennt von dieser **gemeinschaftsrechtlichen** Frage des **Vorlageermessens** gemäß Art. 234 Abs. 2 EG kann allerdings aus **verfassungsrechtlichen** Gründen für ein Instanzgericht eine **Vorlagepflicht** zum EuGH bestehen, wenn das Instanzgericht im Rahmen seiner zuvor angesprochenen Amtspflicht der Prüfung der Richtlinie einerseits und von Regelungen im deutschen Gesetz andererseits zu dem Ergebnis kommen würde, dass die ihm vorgetragenen Fragen die vorgenannten Kriterien ausfüllen, und im Hinblick auf eine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts klärungsbedürftige und entscheidungserhebliche Fragen der **Inhaltsbestimmung der Richtlinie** verblieben, für die der EuGH zuständig ist. Dies folgt daraus, dass der EuGH dafür aus deutschen verfassungsrechtlichen Gründen gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gesetzlicher Richter wäre.[93] **60**

Ein Instanzgericht **müsste** folglich dann dem EuGH als gesetzlichem Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG aus deutschen **verfassungsrechtlichen** Gründen vorlegen, wenn das Instanzgericht einer bereits vorliegenden Rechtsprechung des EuGH nicht folgen möchte[94] oder es einer vom EuGH vorzunehmenden weiteren **Inhaltsbestimmung** der **Richtlinie** bedarf, obwohl für das Instanzgericht **gemeinschaftsrechtlich** gemäß Art. 234 Abs. 2 EG nur ein Vorlagerecht und keine Vorlagepflicht bestünde. Dies, weil aufgrund des Anwendungsvorranges der Richtlinie und dem alleinigen Recht des EuGH zur Inhaltsbestimmung der Richtlinie der EuGH alleiniger gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Dies verdeutlicht, dass ein nationales Instanzgericht – übrigens auch nicht der BGH – keine richtlinienkonforme Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen **Richtlinie** durchführen dürfte, da dies in Wirklichkeit eine dem EuGH vorbehaltene Inhaltsbestimmung der Richtlinie wäre. **61**

91 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 56.

92 EuGH 22.10.1987 – Rs. 314/85 (Foto-Forst), Slg. 1987, 4199.

93 BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749; BVerfG 06.12.2006 – 1 BvR 2085/03, WM 2007, 712, 713.

94 EuGH 17.10.1990 – RS. C-10/89, NJW 1991, 626; *Iglesias* NJW 2000, 1889, 1891.

62 *Zur Frage der Vorlagepflicht aus inhaltlichen Gründen:*

Umstritten ist, ob der EuGH ein Abweichen einer Regelung einer RiL von einem nationalen gesetzlichen Leitbild überhaupt entscheiden kann.[95] Hierzu wird vorgeschlagen:

63 – Ob eine Richtlinienbestimmung vom nationalen Recht abweiche, sei vom nationalen Gericht zu entscheiden,

64 – der umgekehrte Fall dagegen vom EuGH.[96]

65 Eine Vorlagepflicht zum EuGH kann z.B. im Hinblick auf die Treu und Glauben-Regelung in Art. 3 Abs. 1 VerbrRL zu bejahen sein, wenn zwar nach deutschem Recht ein Verstoß gegen § 242 BGB gerade noch vermieden wird, es aber zweifelhaft ist, ob in autonomer Auslegung des Art. 3 Abs. 1 bzw. 3 VerbrRL nicht doch ein Richtlinienverstoß gegeben sein könnte.[97]

2.1 Beispiel: Rechtsfehlerhafte Auslegung einer Richtlinie durch den BFH

66 In Ermangelung eines Beispieles aus der Rechtsprechung des BGH sei zur Verdeutlichung auf eine Entscheidung des BFH[98] zurückgegriffen. In dieser hatte sich der BFH, obwohl dazu nicht zuständig, angemaßt, eine dem EuGH vorbehaltene Inhaltsbestimmung einer Richtlinie selbst vorzunehmen:

67 Dieses Beispiel soll anhand einer Entscheidung des BFH zur Frage der Umsatzsteuerpflicht von Kreditvermittlungsprovisionen verdeutlichen, indem dieser rechtsfehlerhaft unter Verkennung seiner Zuständigkeit eine richtlinienkonforme Auslegung einer **Richtlinie** vorgenommen hatte.[99] Der Wortlaut des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG erfasst auch die Kreditvermittlung durch Handelsvertreter oder Makler.

68 Der Wortlaut der Richtlinie gibt jedoch keine Anhaltspunkte, welche Anforderungen an eine umsatzsteuerfreie Kreditvermittlung gestellt werden. Mangels solcher Anhaltspunkte scheidet auch eine Auslegung

95 *Heiderhoff* WM 2003, 509, 511 m.w.N.
96 *Heiderhoff* WM 2003, 509, 511.
97 *Heiderhoff* WM 2003, 509, 512; *Staudinger* DNotZ 2002, 166, 178 f.
98 BFH 09.10.2003 – V R 5/03, BB 2003, 2608.
99 Dazu *Wagner* ZSteu 2005, 66.

des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG durch ein nationales Gericht aus. Folglich bedurfte es einer **Inhaltsbestimmung** des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/ EWG. Mit dem oben Ausgeführten ist die Inhaltsbestimmung einer Richtlinie alleine dem EuGH vorbehalten.[100] Dabei nimmt der EuGH die Auslegung der Gemeinschaftsvorschrift nicht nur aufgrund des Wortlautes vor, sondern auch aufgrund des Zusammenhangs, in dem die Gemeinschaftsvorschrift steht und „die Ziele, die mit der Regelung verfolgt werden, zu der sie gehört."[101] Es war folglich weder der BFH noch ein FG oder die Finanzverwaltung befugt, an Stelle des EuGH bzw. unter Ausblendung dessen eine Inhaltsbestimmung nach eigenem Grundverständnis vorzunehmen. Und es war weder dem BFH, einem FG noch der Finanzverwaltung gestattet, im Rahmen einer vermeintlich richtlinienkonformen Auslegung der deutschen Norm des § 4 Nr. 8 a) UStG das eigene nationale Rechtsverständnis in das Kleid einer richtlinienkonformen Auslegung zu packen.[102] Denn dabei wurde folgendes oben bereits Ausgeführte verkannt:

(1) Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG hat Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht und damit vor § 4 Nr. 8 a) UStG. **69**

(2) Die Auslegung und Inhaltsbestimmung von Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/ 388/EWG ist ausschließlich dem EuGH vorbehalten.[103] Als Ausnahmeregelungen vom Grundsatz der Umsatzsteuerpflicht sind sie zwar eng auszulegen, aber nicht so eng, dass den Befreiungen ihre intendierte Wirkung genommen wird.[104] **70**

100 EuGH 18.11.2004 – Rs. C-284/03 (Temco Europe), Slg. 2004, I-11237 Rdn. 16: Die in Art. 13 der 6. MwSt.-RiL vorgesehene Steuerbefreiungen sind eigenständige Begriffe des Gemeinschaftsrechts und erfordern daher eine gemeinschaftsrechtliche Definition.

101 EuGH 09.03.2006 – Rs. C-114/05 (Gillan Beach Ltd.), Beilage zu BFH/NV 7/ 2006, 278 Rdn. 21 u.H.a. EuGH 07.06.2005 – Rs. C-17/03 (VEMW), Slg. 2005, I-4983 Rdn. 41.

102 So z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 17 ff. (Stand: 09/2003).

103 EuGH 18.11.2004 – Rs. C-284/03 (Temco Europe), Slg. 2004, I-11237 Rdn. 16 m.w.N.

104 EuGH 18.11.2004 – Rs. C-284/03 (Temco Europe), Slg. 2004, I-11237 Rdn. 17.

71 (3) Eine richtlinienkonforme Auslegung betrifft dagegen die Auslegung einer nationalen Vorschrift im Sinne der Richtlinie und nicht die Auslegung der Richtlinie. Um folglich eine richtlinienkonforme Auslegung z.B. des § 4 Nr. 8 a) UStG vorzunehmen, musste zunächst eine ausreichende Inhaltsbestimmung des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/ EWG durch den EuGH vorliegen. Ansonsten muss das nationale Gericht für die richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Rechtsvorschrift bei der zuvor vorzunehmenden Bestimmung der Bedeutung der entsprechenden Vorschrift des Gemeinschaftsrechts von deren Wortlaut, Zusammenhang und Ziele ausgehen. Ferner erfordert es die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und der Gleichheitssatz, dass bezüglich der Ermittlung von Bedeutung und Sinn einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift nicht auf das Recht des Mitgliedstaates verwiesen wird, sofern die gemeinschaftsrechtliche Vorschrift nicht ausdrücklich darauf verweist. Vielmehr erfordert die Bestimmung der Bedeutung und des Sinns der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, dass eine gemeinschaftsrechtlich autonome Auslegung unter Berücksichtigung des Regelungszusammenhangs und des mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelung verfolgten Zwecks erfolgt.[105]

72 Es stand mithin damit im Widerspruch, seitens des BFH, eines FG oder eines Finanzamtes das eigene Rechtsverständnis vom Inhalt des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG vorzugeben, weil insoweit keine Inhaltsbestimmung durch den EuGH vorgegeben war, weil dies im Ergebnis dazu führte, dass nationale Institutionen eine Inhaltsbestimmung einer Richtlinie vornahmen, die alleine dem EuGH vorbehalten war. Und da Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/ EWG zur Definition der „Vermittlung“ bei Kreditvermittlung nichts sagte, war diesbezüglich auch keine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Norm möglich.[106] Folglich war es falsch, im Hinblick auf Fragen der Inhaltsbestimmung von Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL 77/388/EWG betreffend den Kreditvermittler sich mit EuGH-Rechtsprechung zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL 77/

105 EuGH 15.07.2004 – Rs. C-321/02 (Harbs), Beilage zu BFH/NV 2004, 371 Rdn. 28 m.w.N.; EuGH 18.11.2004 – Rs. C-284/03 (Temco Europe SA), Beilage zu BFH/NV 4/2005, 87 Rdn. 16.

106 A.A. anscheinend *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, § 4 Nr. 8 (Buchst. a), Rdn. 18 (Stand: 09/2003).

388/EWG betreffend den Anteilsvermittler zu beschäftigen, wie dies in der Kreditvermittlerentscheidung des BFH,[107] im Schreiben des BMF vom 13.12. 2004[108] und vereinzelt im Fachschrifttum geschah.[109]

73 Da mit zuvor Ausgeführtem die **Inhalte** von Bedingungen der Steuerbefreiung in Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL nicht vom Mitgliedstaat und folglich auch nicht von nationalen Behörden oder Gerichten bestimmt werden durften, sondern alleine vom EuGH, kam es maßgeblich auf dessen Rechtsprechung an. An dessen Rechtsprechung haben sich Mitgliedstaaten und damit deren Behörden und Gerichte zu orientieren. Folglich war zu klären, ob der EuGH zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL sich geäußert hatte.

74 In der CSC-Entscheidung des EuGH[110] ging es zwar primär um den Anteilsvermittler und nicht um den Kreditvermittler. Allerdings tätigte der EuGH beiläufig zum Kreditvermittler und damit zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL folgende Aussage:

> *„Ohne dass die Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ ermittelt werden müsste, der auch in anderen Bestimmungen der Sechsten Richtlinie, und zwar in Art. 13 Teil B Buchstabe b Nr. 1 bis 4, auftaucht, ist festzustellen, dass sich dieser Begriff im Rahmen der Nummer 5 auf eine Tätigkeit bezieht .....“*

75 Es wird folglich deutlich, dass der EuGH die Bedeutung des Begriffes „Vermittlung“ alleine für den Anteilsvermittler gemäß zu Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL behandelt hatte, nicht aber für den Kreditvermittler im Hinblick auf Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL. Der vereinzelt im deutschen Fachschrifttum[111] erweckte Eindruck, aus der CSC-Entscheidung lasse sich für die Definition der Vermittlertätigkeit eines Kreditvermittlers etwas ableiten, war folglich unzutreffend.

76 Diesseits war bis dahin keine EuGH-Entscheidung bekannt, die eine Inhaltsbestimmung dessen zum Gegenstand gehabt hätte, was unter der „Vermittlung von Krediten“ i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-

107 BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608.
108 BMF 13.12.2004 – IV A 6 – S 7160 a – 26/04.
109 So z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, (Stand: 09/2003), § 4 Nr. 8 a), Rdn. 18.
110 EuGH 13.12.2001 – Rs. C-235/00 (CSC Financial Services), Slg. 2001, I-10237 Rdn. 39.
111 z.B. *Klenk* in: Sölch/Ringleb, UStG, (Stand: 09/2003), § 4 Nr. 8 a), Rdn. 18.

RiL zu verstehen war. Dies führte mit dem zuvor Ausgeführten zu folgenden Feststellungen:

77 – Eine diesbezügliche fehlende Inhaltsbestimmung der Richtlinie durch den EuGH durfte nicht auf nationaler Ebene durch den BFH vorgenommen werden.

78 – Eine diesbezügliche fehlende Inhaltsbestimmung durch den EuGH zur „Vermittlung von Krediten" i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL durfte seitens des BFH und der Finanzverwaltung nicht dadurch „ersetzt" werden, dass man statt dessen auf die Rechtsprechung des EuGH betreffend die Inhaltsbestimmung der „Vermittlung" beim Anteilsvermittler des Art. 13 B. lit. d) Nr. 5. der 6. MwSt.-RiL zurückgriff.

79 – Mangels einer Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung von Krediten" i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL war auch keine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG möglich, da es an **konkreten** Vorgaben des Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL fehlt.

80 – Und war eine richtlinienkonforme Auslegung des § 4 Nr. 8 a) UStG mangels einer Inhaltsbestimmung des EuGH zur „Vermittlung von Krediten" i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL nicht möglich, dann war ein FG bzw. der BFH mit oben Ausgeführtem gehalten (gewesen), dem EuGH gemäß Art. 234 EG, 101 Abs. 1 Satz 2 GG vorzulegen, um den EuGH zur entsprechenden Inhaltsbestimmung zu veranlassen. Dies seitens des BFH in seiner Kreditvermittlerentscheidung[112] unterlassen zu haben, begründete einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Es verwundert daher nicht, dass gegen die Kreditvermittlerentscheidung des BFH Verfassungsbeschwerde erhoben wurde,[113] die allerdings ohne nähere Begründung abgewiesen wurde.

81 Inzwischen hat der BFH[114] in einer neueren Entscheidung Kreditvermittlungsprovisionen als USt-frei behandelt, ohne darauf abzustellen,

112 BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608.

113 BVerfG 1 BvR 28/05. Dazu *Hamacher*, Der Vermittlungsbegriff in § 4 Nr. 8 UStG – Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BFH vom 09.10.2003, UR 2005, 362. Weiter zu diesem Thema andeutungsweise *Lothmann* DStR 2005, 903, 907; *Weber* DStR 2005, 694, 696.

114 BFH 03.11.2005 – V R 21/05, DStR 2006, 87.

ob zum Kreditgeber oder Kreditnehmer ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag bestand und ohne auf seine Entscheidung vom 09.10.2003[115] Bezug genommen zu haben. Und das FG Brandenburg hatte inzwischen wegen der Frage, ob Kreditvermittlungsprovision bei einem Untervermittler umsatzsteuerfrei sei, dem EuGH vorgelegt.[116]

82 Weiter hatte ein Marktteilnehmer inzwischen, nachdem die Finanzverwaltung entgegen Gesetzeswortlaut und Richtlinienwortlaut noch immer an der USt-Pflicht von Anteils- und Kreditvermittlerprovisionen – auch bei Untervermittlern – festhält, bei der EU-Kommission angeregt, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland einzuleiten (Art. 226 EG).[117]

83 In der Folge hatte der EuGH[118] eine Entscheidung getroffen, die sich mit Fragen der Steuerbefreiung für zu Versicherungsumsätzen gehörende Dienstleistungen (Art. 13 Teil B. a) 6. MwSt.-RiL) befasst, und zwar betreffend die von Versicherungsmaklern und – vertretern erbrachten sog. „Backoffice-Tätigkeiten." Bei dieser Gelegenheit ist er bei seiner bisherigen Rechtsprechung geblieben und hat auch hier für eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsleistung **nicht** das Vorliegen eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages gefordert, der zwischen dem Vermittler und dem Versicherer bzw. dem Versicherungsnehmer geschlossen worden sein müsste. Dies ließ Schlussfolgerungen zu, dass dies bei Kredit- und Anteilsvermittlern nicht anders sein kann.[119]

84 Auf Vorlage des FG Brandenburg[120] hat inzwischen der EuGH entgegen der oben aufgezeigten Rechtsprechung des BFH und der Meinung der deutschen Finanzverwaltung u.H.a. seine bisherige – oben aufgezeigte – Rechtsprechung entschieden und eine **Inhaltsbestimmung** dahingehend vorgenommen, was unter „vermitteln" i.S.d. Art. 13 B. lit. d) Nr. 1. der 6. MwSt.-RiL zu verstehen ist.

---

115 BFH 09.10.2003 – V R 05/03, BB 2003, 2608.
116 FG Brandeburg 23.11.2005 – 1 K 692/05, DStRE 2006, 289.
117 Az.: 2005/4523, SG(2005) A/4089/2.
118 EuGH 03.03.2005 – C-472/03 (Arthur Andersen), EWS 2005, 333.
119 Ausführlich dazu *Wagner*, Umsatzsteuer auf Vertriebsprovisionen ? – EuGH (03.03.2005 – Rs. C-472/03 – Arthur Andersen) bestätigt seine Rechtsprechung, in www.raun-wagner.de Informationen und dort unter Aktuelle Informationen.
120 FG Brandenburg 23.11.2005 – 1 K 692/05, EFG 2006, 221. Dazu *Meyer* EFG 2006, 223; *Nieskens* UR 2006, 281; *Philipowski* UR 2007, 285; *Weigel* UStB 2006, 97.

85 (1) Vermittelt ein Vermögensberater Kreditverträge und berät er in diesem Zusammenhang Kunden und wird der Charakter der Dienstleistung des Vermittlers durch die Kreditvermittlung und nicht durch die damit zusammenhängende Beratung bestimmt, so ist die Beratung eine umsatzsteuerfreie Nebenleistung zur umsatzsteuerfreien Vermittlungsleistung.[121]

86 (2) Die Vermittlungsleistung des Kreditvermittlers wird durch die Art der erbrachten Dienstleistung und nicht durch den Erbringer oder den Empfänger der Leistung definiert.[122] Und eine Vermittlungsleistung ist gegeben, wenn das Erforderliche getan wird, „damit zwei Parteien einen Vertrag schließen, ohne dass der Vermittler ein Eigeninteresse am Inhalt des Vertrages hat."[123] Und so weist der EuGH ausdrücklich darauf hin, dass eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsleistung nicht vom Bestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Erbringer der Vermittlungsleistung und einer der Parteien des Kreditvertrages abhängig ist.[124]

87 (3) Die Erforderlichkeit eines unmittelbaren Kontaktes zwischen dem Vermittler und beiden Vertragsparteien fordert der EuGH nicht. Eine umsatzsteuerfreie Vermittlungsleistung ist dann gegeben, wenn „sie ein im Großen und Ganzen eigenständiges Ganzes ist, das die spezifischen und wesentlichen Funktionen einer Vermittlungsleistung erfüllt." Folglich wird die Umsatzsteuerfreiheit der Vermittlungsleistung nicht dadurch in Frage gestellt, wenn der Hauptvermittler sich eines Untervermittlers bedient.[125]

Der EuGH hat damit exakt das bestätigt, was diesseits bereits zuvor in Veröffentlichungen u.H.a. auf Rechtsprechung des EuGH aufgezeigt worden war.[126] Und in diesem Sinne ist nun auch „vermitteln" i.S.d. deutschen § 4 Nr. 8 a) UStG richtlinienkonform auszulegen.

88 Dem ist inzwischen der BFH[127] im Grundsatz gefolgt. Aber erneut weicht er von der Rechtsprechung des EuGH ab. So hat der EuGH entschieden, dass dann, wenn z.B. ein Untervermittler Sacharbeit ver-

121 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 20.
122 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 25.
123 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 28.
124 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 29 – 33.
125 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 36 – 40.
126 *Wagner* ZSteu 2005, 66; *Wagner* ZSteu 2005, 345.
127 BFH 20.12.2007 – V R 62/06, ZSteu 2008, R 172.

richte, dies dann zur Umsatzsteuerpflicht seiner Provision führe, wenn dessen Tätigkeit auf diese Sacharbeit „**beschränkt**“ sei.[128] Der BFH[129] dagegen geht von einer Umsatzsteuerpflicht der Provisionen schon dann aus, wenn der „Kern der Tätigkeit“ Sacharbeit sei. Und weil der BFH erneut sich nicht an der Rechtsprechung des EuGH ausrichtet, sondern abseits davon zu Lasten des vermeintlich Steuerpflichtigen Sonderwege beschreitet, ist weiter bei der EU-Kommission das Verfahren anhängig, womit angeregt worden ist, gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, weil i.S. Umsatzsteuerfreiheit die deutsche Finanzverwaltung sowie der BFH nach wie vor dem EuGH die Gefolgschaft verweigern.

2.2 Beispiel: Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und Bauwerkvertragsrecht – Wirkungserstreckung

89 Dieses Beispiel verdeutlicht, wo der deutsche Gesetzgeber einen Sachverhalt, der nicht unter die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG vom 25.05.1999 (VerbGKRL) fällt, einem anderen in deutsches Recht transformierten Sachverhalt gleich behandelt hat, mit der oben beschrieben Folge, dass der EuGH für die Inhaltsbestimmung der Richtlinie auch dann zuständig wäre, wenn es um Rechtsfragen ginge, die nicht von der Richtlinie erfasst wären (Wirkungserstreckung):[130]

90 § 633 Abs. 1 BGB regelt die Pflicht des Unternehmers, dem Besteller das Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen. Vergleichbares findet sich im Kaufrecht (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) für die zu verschaffende Sache. Für das Kaufrecht gibt Art. 2 Abs. 1 VerbGKRL die Vertragsgemäßheit der zu liefernden Güter vor, weshalb der deutsche Gesetzgeber in Folge dessen die Vertragsgemäßheit an der Verschaffung der Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln festmachte. Damit stellt nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB wohl eine Umsetzung von Art. 2 VerbGKRL dar, während § 633 Abs. 1 BGB dort nicht auf Art. 2 VerbGKRL bezogen werden kann, wo mit zuvor Ausgeführtem die werkvertragliche Errichtungsverpflichtung einer **unbeweglichen** Sache (Gebäude) von dieser VerbGKRL nicht erfasst wird. Dies führt zu der Frage, ob § 633 Abs. 1 BGB von einem deutschen Gericht im Lichte des Art. 2 VerbGKRL richtlinienkonform

128 EuGH 21.06.2007 – Rs. C-453/05 (Ludwig), DStR 2007, 1160 Rdn. 38.
129 BFH 20.12.2007 – V R 62/06, ZSteu 2008, R 172.
130 *Maifeld* in: Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 12 Rdn. 17 ff.; s.o. Rdn. 30.

auszulegen ist, obwohl das Bauwerkvertragsrecht von der VerbGKRL nicht erfasst wird, nur weil die vergleichbare Norm des § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB für das Kaufrecht von der VerbGKRL erfasst wird? Damit ist folgende Thematik angesprochen:

91 Von der Frage, ob und wann eine europäische Richtlinie in Deutschland unmittelbar geltendes Recht sein kann, ist der Sachverhalt zu unterscheiden, dass eine europäische Richtlinie Eingang in innerstaatliches Recht genommen hat und sich dort die richtlinienkonforme Auslegung bzw. Vorlagepflicht auch bei innerstaatlichem Recht stellen kann (z.B. § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hat der nationale Gesetzgeber im übrigen innerstaatliche Regelungen, die von der Richtlinie **nicht** erfasst werden, dazu gleich behandelt, so müssen in einem solchen Fall auch die innerstaatlichen Sachverhalte, die nicht von der Richtlinie erfasst werden (§ 633 Abs. 1 BGB) und die unter die Richtlinie fallenden Sachverhalte gleich behandelt werden. In diesem Fall kann sich eine Vorlagepflicht an den EuGH auch im Hinblick auf das eigentlich nicht der Richtlinie unterfallende Recht (§ 633 Abs. 1 BGB) dahingehend stellen, inwieweit dieses in Anbetracht der staatlichen Gleichbehandlungspflicht mit dem der Richtlinie unterfallenden nationalen Recht (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB) geboten ist, ob also die Wirkungserstreckung der VerbGKRL auch nationales Recht erfasst, das ihr nicht unmittelbar unterfällt.[131]

92 Da in einem solchen Fall das vorlegende Gericht zu bestimmen hat, wie weit der EuGH die Tragweite des Gemeinschaftsrechts beurteilen soll, empfiehlt es sich, für einen solchen Fall, wenn er Gegenstand einer Klage werden sollte, schriftsätzlich diese Reichweite zu beschreiben.

93 Obwohl mithin aus oben genannten Gründen § 633 Abs. 1 BGB direkt nicht unter den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie fällt, kann sich aus vorgenannten Gründen eine Vorlagepflicht zum EuGH stellen, um klären zu lassen, ob und inwieweit § 633 Abs. 1 BGB vergleichbar zu § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB am Maßstab der Art. 2 VerbGKRL auszulegen ist. Wegen weiter Einzelheiten wird auf das an anderer Stelle dazu Ausgeführte verwiesen.[132]

---

131 *Maifeld* in: Gebauer/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 12 Rdn. 21.

132 *Thode* NZBau 2002, 297, 300; *Vogel* BauR 2006, 744, 753; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 4 f.

2.3 Beispiel: Verbraucherschutzrichtlinie – Missbrauchskontrolle zwecks Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit – Rückwirkende direkte Anwendung der Richtlinie ?

94 Dieses Beispiel verdeutlicht, wo der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf die Verbraucherschutzrichtlinie 93/13/EWG vom 05.04.1993 (VerbrRL) die darin enthaltene Missbrauchskontrolle zur Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit im Rahmen des Transparenzgebotes bewusst nicht – und nicht nur nicht fristgemäß – in deutsches Recht transformiert hat,[133] so dass die Frage zu beantworten ist, ob ein deutsches Gericht die entsprechende Vorgabe der Richtlinie dann direkt anwenden und seiner Entscheidung zu Grunde legen muss und vor allem mit Wirkung ab wann?[134] Die Frage hat auch deshalb grundlegende Bedeutung, weil das Transparenzgebot der Klauselrichtlinie (Art. 4 Abs. 2 VerbrRL) nicht auf Verbraucherverträge beschränkt ist, sondern alle Formularverträge erfasst.[135]

95 Eigenständig neben der **Vertragsgerechtigkeit** steht die **Vertragsabschlussfreiheit**. Und hier ist zweifelhaft, ob die VerbrRL effektiv in nationales Recht umgesetzt wurde, wenn man sich nachfolgendes vor Augen hält. Dies hat u.U. sogar Auswirkungen auf Verträge, die vor dem 31.12. 1994 geschlossen wurden, ein für derzeit geführte Prozesse im freien Kapitalanlagebereich nicht unbedeutendes Thema:

96 Gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VerbrRL hätte die Bundesrepublik Deutschland bis 31.12.1994 die VerbrRL effektiv in deutsches Recht umsetzen müssen. Wie nachfolgend verdeutlicht wird, ist dies in der Sache bezüglich des Transparenzgebotes weder bis zum 31.12.1994 noch später uneingeschränkt geschehen. Auch stellt sich die Frage, ob die VerbrRL eine **Vorwirkung** auf auch Verträge zur Folge hat, die **vor** dem 31.12.1994 geschlossen wurden; denn Art. 10 Abs. 1 Satz 3 VerbrRL geht von **nach** dem 31.12.1994 abgeschlossenen Verträgen in der Erwartung aus, dass die Richtlinie aufgrund Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VerbrRL bis zum 31.12.1994 nicht nur zeitlich sondern auch **effektiv** in nationales Recht umgesetzt würde. Es wird zu zeigen sein, dass dann, wenn – wie hier – betreffend das Transparenzgebot keine effektive Umsetzung bis 31.12.1994 und auch nicht danach erfolgte, Art. 5 VerbrRL zeitlich u. U. eine Vorwirkung haben könnte.

---

133 *Thode* ZNotP 2004, 131 f.

134 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS für Thode, 2005, 705, 712.

135 *Thode* ZNotP 2004, 131, 132.

2.3.1 Zur Vorwirkung einer Richtlinie

97 Zur Vorwirkung einer Richtlinie existiert die Inter-Environnement Wallonie-Entscheidung des EuGH.[136]

98 Darin hat der EuGH judiziert, dass gemäß Art. 10,[137] 249[138] EG die Mitgliedstaaten (1) die Pflicht haben, alles zu **tun**, um ihren Verpflichtungen nachzukommen und (2) insbesondere in der Umsetzungsfrist alles zu **unterlassen**, was einer Richtlinie widerspricht.[139] Also obliege es einem Mitgliedstaat, nach Inkrafttreten der Richtlinie, also ab Bekanntgabe derselben[140] – und damit nicht erst mit der Umsetzungsfrist –,

- alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet seien, das mit der Richtlinie verfolgte Ziel nicht in Frage zu stellen **und**
- darüber hinaus sicherzustellen, dass die verfolgten Ziele in der Umsetzungsfrist auch umgesetzt werden.[141]

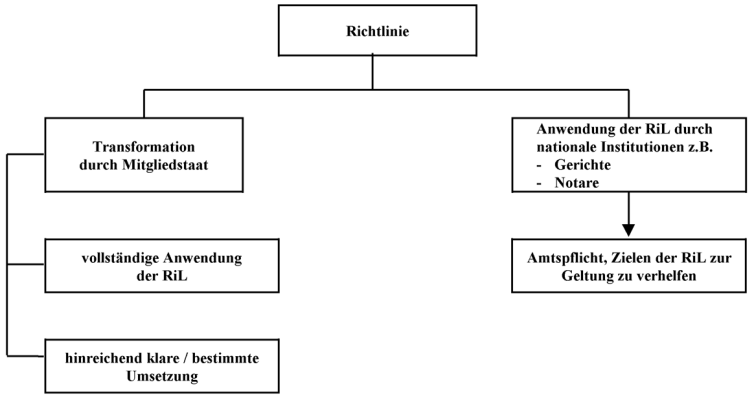
99 Was dies im einzelnen bedeutet, hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung wie folgt formuliert:

> *„Die Bestimmungen der Richtlinie müssen mit unbestreitbarer Verbindlichkeit und mit der Konkretheit, Bestimmtheit und Klarheit umgesetzt werden, die notwendig sind, um den Erfordernissen der Rechtssicherheit zu genügen. Eine bloße Verwaltungspraxis, die die Verwaltung naturgemäß beliebig ändern kann und die nur unzureichend bekannt ist, kann nicht als eine rechtswirksame Erfüllung der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen angesehen werden, da die betroffenen Rechtssubjekte bezüglich des Umfangs ihrer Rechte und Pflichten auf einem gemeinschaftsrechtlich geregelten Gebiet in einem Zustand der Ungewissheit gelassen werden.“*[142]

136 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 35 ff.
137 vormals Art. 5 EGV.
138 vormals Art. 189 EGV.
139 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 35.
140 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 41.
141 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 44; EuGH 10.03.2005 – Rs. C-531/03 (Kommission/Deutschland), NZBau 2005, 331 Rdn. 16 m.w.N.
142 EuGH 20.11.2003 – Rs. C-296/01 /Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-13909 Rdn. 54 u.H.a. EuGH 24.03.1994 – Rs. C-80/92 (Kommission/Belgien), Slg. 1994, I-1019 Rdn. 20; EuGH 26.10.1995 – Rs. C-151/94 (Kommission/Luxemburg), Slg. 1995, I-3685 Rdn. 18; EuGH 27.02.2003 – Rs. C-415/01 (Kommission/Belgien), Slg. 2003, I-2081 Rdn. 21.

100 Der Mitgliedstaat muss folglich die Transformation einer Richtlinie in nationales Recht so vornehmen, dass tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet ist, so dass sich daraus die Rechtslage für die Adressaten hinreichend klar erkennbar ergibt, um im Hinblick darauf solche Rechte vor Gericht geltend machen zu können.[143] Dies muss nicht zwingend durch gesetzliche Regelungen des nationalen Gesetzgebers geschehen. Ausreichend ist auch, dass sich diese Ziele einer Richtlinie aus dem rechtlichen Kontext ergeben, sofern nur

> *„diese Grundsätze tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie ..... garantieren und für den Fall, dass die fragliche Vorschrift der Richtlinie dem Einzelnen Rechte verleihen soll, die sich aus diesen Grundsätzen ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von all ihren rechten Kenntnis zu erlangen und sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.....".*[144]



143 EuGH 09.09.2004 – Rs. C-70/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2994, I-7999 Rdn. 15 m.w.N.; EuGH 14.09.2004 – Rs. – C-168/03 (Kommission/Spaniern), Slg. 2004, I-8227 Rdn. 36 m.w.N.

144 EuGH 20.11.2003 – Rs. C-296/01 /Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-13909 Rdn. 55 m.w.N. Ferner EuGH 09.09.2004 – Rs. C-70/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2994, I-7999 Rdn. 15 m.w.N.

101 Maßstab ist folglich, dass der Einzelne bezüglich seiner Rechte und Pflichten auf einem seitens der Richtlinie geregelten Gebiet durch die Transformation nicht im Ungewissen gelassen wird.[145]

102 Und insoweit hat ein Gericht **von Amts wegen** zu prüfen,

> *„ob sich die betreffende Vorschriften als eine vollständige Umsetzung der Richtlinien darstellen und es hat die konkreten Folgen der Anwendung dieser mit der Richtlinie nicht übereinstimmenden Vorschriften und ihre Geltungsdauer zu untersuchen."*[146]

103 Folglich, so der EuGH, dürfe ein Mitgliedstaat während der Umsetzungsfrist keine Vorschriften erlassen, die geeignet seien, die Erreichung der in der Richtlinie vorgeschriebenen Ziele in Frage zu stellen.[147] Und folglich habe das nationale Gericht zu prüfen, ob der Mitgliedstaat nach Bekanntgabe der Richtlinie und vor der Umsetzungsfrist eine Vorschrift erlassen habe, die mit den Zielen der Richtlinie nicht in Einklang stehe, womit sich ein Prozessbevollmächtigter zu befassen hat, wenn es auf eine solche entscheidungserhebliche Rechtsfrage ankommt.

104 Dies ist die von Gerichten zu beachtende Vorwirkung, indem von Gerichten[148] auch der Zeitraum zwischen Bekanntgabe der Richtlinie und Umsetzungsfrist daraufhin zu überprüfen ist, ob sich der Mitgliedstaat seiner Verpflichtung entsprechend verhalten hat, die Ziele der Richtlinie einzuhalten. Und hat ein Mitgliedstaat dagegen verstoßen, so besteht der von Gerichten zu beachtende Anwendungsvorrang der Richtlinie gegenüber der den entgegenstehenden nationalen Regelung.[149]

---

145 EuGH 20.11.2003 – Rs. C-296/01 /Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-13909 Rdn. 66.

146 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 47.

147 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 50.

148 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 40.

149 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 712 f.

Vorwirkung einer RiL

Grundsatz:
RiL wirkt ab ihrer Bekanntgabe

In der Zeit ab Bekanntgabe der RiL bis Transformationsfrist:

Institutionen des Mitgliedstaates müssen alles unterlassen, was mit Zielen der RiL nicht in Einklang steht.

Aktive Pflicht der Institutionen des Mitgliedstaates, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, damit Ziele der RiL errecht werden

- ↳ **Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung**
- ↳ **Anwendungsvorrang der RiL**

In der Zeit ab Transformationsfrist für Fälle aus der Zeit davor

Prüfung des nationalen Rechts nach Maßgabe der RiL ab deren Bekanntgabe

- ↳ **Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung**
- ↳ **Anwendungsvorrang**

Daraus sind zwei unterschiedliche Folgerungen zu ziehen:

105 (1) Mit vorgenannter Inter-Environnement Wallonie-Entscheidung des EuGH.[150] besteht gemäß Art. 10 Abs. 2, 249 EG die Verpflichtung eines Mitgliedstaates (auch) im Zeitraum zwischen Bekanntgabe und Umsetzung der Richtlinie alles zu **unterlassen**, was die Verwirklichung der Ziele einer Richtlinie behindern. Dies war Gegenstand dieser EuGH-Entscheidung und insoweit sind nationale Gerichte verpflichtet, zu prüfen, ob der Mitgliedstaat vor Umsetzung der Richtlinie dagegen verstoßen hat. Diese Vorwirkung nennt man Frustrationsverbot bzw. Standstill-Klausel.[151]

106 (2) Aber Art. 10 Abs. 1 EG enthält auch die vom EuGH ebenfalls angesprochene **aktive Pflicht**, in der Zeit zwischen Bekanntgabe der Richtlinie und der Umsetzungsfrist, **alle geeigneten Maßnahmen zu treffen,** damit die Ziele der Richtlinie verwirklicht werden.[152]

107 Dazu gehört auch, seitens des Mitgliedstaates mit seinen Institutionen (darunter auch Gerichten) das gesamte nationale Recht an Hand des Wortlautes und Zwecks der Richtlinie richtlinienkonform so auszulegen, dass das in der Richtlinie vorgegebene Ergebnis erreicht werden kann.[153] Und diese Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung betrifft das gesamte Recht, einerlei, ob es vor oder nach Inkrafttreten der Richtlinie erlassen wurde.[154]

108 Auf diese Weise – so der EuGH – werde es nationalen Gerichten ermöglicht, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.[155] Und insoweit sind nationale Gerichte ebenfalls verpflichtet, zu prüfen, ob der Mitgliedstaat vor Umsetzung der Richtlinie dieser aktiven Verpflichtung nachgekommen ist.

109 Folglich könnte schriftsätzlich thematisiert werden, ob nicht auch insoweit eine Vorwirkung angenommen werden müsste, die allerdings nicht Gegenstand dieser EuGH-Entscheidung war. Und wäre ein Mitglied-

150 EuGH 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997, I-7411 Rdn. 35 ff.
151 *Weiß* DVBl 1998, 568, 573.
152 EuGH 10.03.2005 – Rs. C-531/03 (Kommission/Deutschland), NZBau 2005, 331 Rdn. 16 f. m.w.N.
153 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 108.
154 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 108.
155 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 109; *Hofmann* ZIP 2006, 2113, 2114.

staat innerhalb dieses Zeitraumes zwischen Bekanntgabe der Richtlinie und der Umsetzungsfrist dieser **Förderpflicht** nicht nachgekommen und auch danach nicht, dann hätte der Mitgliedstaat gegen diese Pflichten verstoßen. Und soll dann dieser Verstoß nicht sanktionslos sein, so könnte die **dieserhalb** vom Mitgliedstaat unbeachtet gelassene Umsetzungsfrist nicht mehr Maßstab für die Frage sein, ab wann die Gerichte die Richtlinie als unmittelbar geltendes Recht zu beachten haben. Es müsste dann der Zeitpunkt ab Bekanntgabe der Richtlinie gelten.[156] Diese Frage ist zwar bisher vom EuGH nicht entschieden worden, sie könnte aber schriftsätzlich thematisiert werden, wenn es entscheidungserheblich auf sie ankäme.[157] Immerhin sei daran erinnert, dass der EuGH[158] in Bezug auf „Maßnahmen", die vor Ablauf der Transformationsfrist entgegen der Richtlinienvorgabe ergriffen wurden, das Vorliegen eines Verstoßes nach der Lage beurteilt hat, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Transformationsfrist befunden hat. Und warum soll dies bei einem Unterlassen anders sein ?

Inzwischen hat der EuGH u.H.a. seine frühere Rechtsprechung nochmals judiziert, dass alle Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren.[159] **110**

> *„Daraus folgt, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten ab dem Zeitpunkt des **In-Kraft-Tretens** einer Richtlinie es so weit wie möglich unterlassen müssen, das innerstaatliche Recht auf eine Weise auszulegen, die die Erreichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Zieles nach Ablauf der Umsetzungsfrist ernsthaft gefährden würde."*[160]

Und weiter führt der EuGH[161] in einer neueren Entscheidung aus: **111**

> *„In den Anwendungsbereich der Richtlinie ... fallen nicht nur die nationalen Vorschriften, die als ausdrückliches Ziel die Umsetzung der Richtlinie verfolgen, sondern – vom Zeitpunkt des **Inkrafttretens** dieser Richtlinie an – auch die schon vorher bestehenden nationalen Vorschriften, die geeignet sind, die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit der Richtlinie zu gewährleisten."*

156 Ähnlich *Hofmann* ZIP 2006, 2113, 2114.
157 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 713 f.
158 EuGH 10.03.2005 – Rs. C-531/03 (Kommission/Deutschland), NZBau 2005, 331 Rdn. 22 m.w.N.
159 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 122.
160 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 123 f.
161 EuGH 07.09.2006 – Rs. C-81/05 (Alonso), Slg. 2006, I- Rdn. 29.

2.3.2 Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit

112 Für die VerbrRL 93/13/EWG vom 05.04.1993 bestand mithin seitdem – und nicht erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist 31.12.1994 – für die Bundesrepublik Deutschland die Pflicht, ihr nationales Recht anzugleichen. Es wird nachfolgend aufgezeigt werden, dass dies bis heute nicht effektiv geschehen ist. Die Transformation via § 24a AGBG sprach mit dieser AGB-rechtlichen Regelung nur den Fall vertraglicher **Inhaltskontrolle** und damit den der **Vertragsgerechtigkeit** an.

113 Ganz bewusst wurde aber – wie ebenfalls zu zeigen sein wird – vom deutschen Gesetzgeber nicht die mit dem Transparenzgebot der Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 VerbrRL verfolgte weitere Zielsetzung einer **Missbrauchskontrolle** zwecks Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit** in deutsches Recht transformiert.

114 Damit sollte nämlich sichergestellt werden, eine rationale Entscheidung eines Verbrauchers dadurch zu gewährleisten, dass ihm alle entscheidungserheblichen Informationen vor Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt werden.[162] Statt dessen hat sich der deutsche Gesetzgeber bei der Transformation der VerbrRL via § 24a AGBG nur mit der **Vertragsgerechtigkeit** befasst, die sich erst dann stellen kann, nachdem der Vertrag bereits geschlossen wurde. Also ist der deutsche Gesetzgeber ganz bewusst seit Bekanntgabe der VerbrRL der ihm obliegenden Pflicht der Transformation eines Transparenzgebotes in Form der **Missbrauchskontrolle zwecks Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit** bis heute nicht nachgekommen. Auch damit haben sich Gerichte bei vor dem 31.12.1994 geschlossenen Verträgen im Hinblick auf die zuvor beschriebene Frage der Vorwirkung der VerbrRL von Amts wegen zu befassen, wo eine solche Rechtsfrage entscheidungserheblich wäre. Und wegen dieser Vorwirkung kann es dann u.U. unerheblich sein, wenn Verträge vor dem 31.12.1994 abgeschlossen wurden, sofern sie nach dem 05.04.1993 abgeschlossen wurden, weil die Bundesrepublik Deutschland der entsprechenden Transformationspflicht bezüglich der **Missbrauchskontrolle** und der von ihr verfolgten Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit** nicht nachgekommen ist.[163] Dies ist zu verdeutlichen:

162 *Nasall* WM 1995, 689, 692; *Rosenow/Schaffelhuber* ZIP 2001, 2215; *Stoffels* JZ 2001, 845; *Thode* ZNotP 2004, 131, 133.

163 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 714 f.

Gemäß den Erwägungsgründen (4), (14) und (12) VerbrRL war die Bundesrepublik Deutschland gehalten, im Zuge der Umsetzung der VerbrRL in deutsches Recht dafür Sorge zu tragen, dass mit Verbrauchern geschlossene Verträge keine missbräuchliche Klauseln enthalten. Folglich hätte die Bundesrepublik Deutschland im Zuge der Transformation der VerbrRL in deutsches Recht darauf achten müssen, dass deutsche **gesetzliche** Regelungen, die **vertragliche** missbräuchliche Klauseln erst ermöglichen, so geändert werden, dass vertragliche missbräuchliche Klauseln verhindert werden und dies nicht erst bei geschlossenen Verträgen, sondern auch bereits im Vorfeld erst zu schließender Verträge. Und um dies zu ermöglichen, muss der Verbraucher bereits im Vorfeld abzuschließender Verträge tatsächlich die Möglichkeit aller entscheidungsrelevanter Informationen haben (Erwägungsgrund (20) Satz 2 VerbrRL).[164] Die deutsche Transformationsnorm der VerbrRL war § 24a AGBG. Der deutsche Gesetzgeber hat aber im Hinblick auf § 24a AGBG auf die deutsche gesetzliche Regelung betreffend das **Transparenzgebot als Missbrauchskontrolle zur Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit** in keiner Weise Einfluss dahingehend genommen, dass den Vorgaben der VerbrRL in einer **effektiven** Weise Genüge getan wurde. **115**

Dies, weil die Bundesrepublik Deutschland meinte, es reiche die **Inhaltskontrolle** bereits abgeschlossener Verträge, weswegen man die **Missbrauchskontrolle** erst noch abzuschließender Verträge nicht transformierte. Also hat die Bundesrepublik Deutschland ihrer Umsetzungspflicht insoweit nicht genügt, dafür zu sorgen, dass aufgrund ihrer nationalen Gesetze nicht ermöglicht wird, missbräuchliche Klauseln betreffend das Transparenzgebot zu Lasten von Verbrauchern zur Anwendung zu bringen.[165] **116**

Dieser Fall der **nicht effektiven** richtliniengemäßen Umsetzung der VerbrRL in deutsches Recht hat mit Art. 10 Abs. 1 Satz 3 VerbrRL nichts zu tun, da dort **Verträge** angesprochen werden, nicht aber die nicht richtliniengemäßen **Umsetzung** der VerbrRL in deutsches Recht. Die Folge des zuvor Ausgeführten ist mithin: **117**

Die VerbrRL war gemäß Art. 10 Abs. 1 Satz 1 VerbrRL bis spätestens 31.12.1994 in nationales Recht **vollständig** und **effektiv** umzusetzen. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland verspätet u.a. durch § 24a **118**

164 *Thode* ZNotP 2004, 131, 133.
165 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 715 f.

AGBG Mitte 1996,[166] der im Rahmen der Schuldrechtsreform mit Wirkung ab 01.01.2002 durch § 310 Abs. 3 BGB ersetzt wurde. Es war allerdings schon früher umstritten, ob eine Transformation per § 24a AGBG bezogen auf den Ablauf der Transformationsfrist 31.12.1994[167] eine effektive[168] oder eine „ausreichende"[169] Umsetzung der VerbrRL darstellte, da dieserhalb es nicht ausreichend ist, sich seitens der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände der deutschen Rechtsordnung zu berufen.[170] Zutreffend verweist *Knapp*[171] darauf, dass Zweifel auch darin begründet sein könnten, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH[172] nicht ausreiche, dass Unterschiede des nationalen Rechts zur Richtlinie durch richtlinienkonforme Auslegung korrigiert werden können, da eine nationale Rechtsprechung nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen könne, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen.[173] Dass für den Fall nicht effektiver Umsetzung der VerbrRL in Deutschland diese unmittelbare Wirkung entfaltet, kann im übrigen aus einer insoweit jüngst ergangene Entscheidung des EuGH vom 10.05.2001[174] ersehen werden.

---

166 24.07.1996 BGBl. I 1996, 1013. Der Wortlaut des § 24a AGBG wurde 1998 durch das HRefG vom 22.06.1998 BGBl. I 1998, 1474 abgeändert.

167 EuGH 15.03.2001 – Rs. C-147/00 (Kommission/Frankreich), Slg 2001, I-2387 Rdn. 26; EuGH 04.07.2002 – Rs. C-173/01 (Kommission/Griechenland), Slg. 2002, I-6129 Rdn. 7; EuGH 20.04.2003 – Rs. C-114/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-3783 Rdn. 9.

168 *Hommelhoff/Wiedenmann* ZIP 1993, 562.

169 *Heinrichs* NJW 1993, 1817; *Heinrichs* NJW 1996, 2190; *Horn* in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl. 1999, § 24a Rdn. 7; *Ulmer* EuZW 1993, 337.

170 EuGH 08.03.2001 – Rs. –C-276/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2001, I-1699 Rdn. 20; EuGH 26.09.2002 – Rs. C-351/00 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-8101 Rdn. 9; EuGH 20.04.2003 – Rs. C-114/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-3783 Rdn. 11.

171 *Knapp* MittBayNot 2003, 421, 422.

172 EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn 26.

173 *Wagner* ZfBR 2004, 317, 321. Ähnlich EuGH 10.03.2005 – Rs. C-531/03 (Kommission/Deutschland), NZBau 2005, 331 Rdn. 19 f., wonach die Gewährleistung einer harmonisierten und effizienten Durchführung der in einer Richtlinie aufgestellten Regelungen erfordert, dass die Mitgliedstaaten einen eindeutigen gesetzlichen Rahmen auf dem betreffenden Gebiet schaffen. Bloße Verwaltungspraktiken reichen nicht.

174 EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission / Niederlande), NJW 2001, 2244.

Die Umsetzung der Vorgaben des Art. 5 VerbrRL soll ausweislich der Gesetzesbegründung[175] nicht erforderlich gewesen sein, weil das deutsche Recht im Rahmen der **Inhaltskontrolle** eine hinreichende Transparenzkontrolle vorsehe. Es wird also deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber diesbezüglich ganz bewusst Art. 5 VerbrRL nicht in deutsches Recht transformieren wollte, soweit es die Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit** erst noch abzuschließender Verträge betrifft. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist aber **Inhaltskontrolle** des AGBG und **Missbrauchskontrolle** der VerbrRL etwas grundlegend verschiedenes, so dass es schon deshalb an einer effektiven Umsetzung fehlt.[176] **119**

Das **Transparenzgebot** (Art. 5 VerbrRL) dient dazu, dem Verbraucher eine sachgerechte Entscheidung zu ermöglichen, die darauf fußt, dass ihm alle entscheidungsrelevanten Informationen **vor** Vertragsabschluss zur Verfügung gestellt worden sind.[177)] Diese Informationen sollen den Verbraucher in die Lage versetzen, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen und auch Chancen und Risiken beurteilen zu können. Art. 5 VerbrRL stellt insoweit nicht eine dem deutschen Recht bekannte vertragliche Inhaltskontrolle abgeschlossener Verträge dar, sondern als eigenständige Kategorie eine **Missbrauchskontrolle** zwecks Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit**.[178] **120**

Indem diese Richtlinienvorgabe nicht in deutsches Recht transformiert wurde, wurde die VerbrRL insoweit nicht effektiv transformiert. Folglich stellt sich die Frage, ob ein betroffener Verbraucher sich diesbezüglich in einem Prozess gegenüber dem Gericht darauf berufen kann, dass das Gericht diesbezüglich unmittelbar die VerbrRL anwenden muss. Dies ist dann der Fall, wenn es bei der dem Transparenzgebot und der daraus abgeleiteten **Missbrauchskontrolle** zwecks Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit** (Art. 5 VerbrRL) um eine Regelung geht, die Rechte des Einzelnen begründen.[179] Da die Bundesrepublik Deutschland ihrer Verpflichtung zur entsprechenden Transformation nicht entsprochen hat, sind deutsche Gerichte aufgrund Art. 10 EG verpflichtet, die rechtswidri- **121**

175 *Leible* EuZW 2001, 438; *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III (Stand 08/2002), A 5 Art. 5 Rdn. 18, jeweils mit Nachweisen betr. die Gesetzesmaterialien.

176 *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 716 f.

177 *Nasall* WM 1995, 689, 692; *Thode* ZNotP 2004, 131, 133 f.

178 *Brandner* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 9 Rdn. 175; *Stoffels* JZ 2001, 843, 845; *Thode* ZNotP 2004, 131, 133.

179 EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 56.

gen Folgen dieses Verstoßes zu beheben. Dieser Verpflichtung haben auch Gerichte zu entsprechen.[180] Und dies können Gerichte dadurch, dass sie in einem Urteil Verstöße gegen die **Missbrauchskontrolle** zwecks Sicherung der **Vertragsabschlussfreiheit** (Art. 5 VerbrRL) mit der Rechtsfolge der Unwirksamkeit unabhängig davon zu belegen, ob sie den Verbraucher unangemessen benachteiligen.[181]

122 Das **Transparenzgebot** möchte folglich nicht die inhaltliche Ausgewogenheit vertraglicher Regelungen bereits abgeschlossener Verträge erfassen, sondern die **Vertragsabschlussfreiheit** des Verbrauchers im Hinblick auf erst noch abzuschließende Verträge sichern. Sind folglich Verträge abgeschlossen worden, bei welchen durch Intransparenz diese **Vertragsabschlussfreiheit** des Verbrauchers nicht gewährleistet war, dann sind solche Verträge insgesamt und von Anfang an unwirksam.[182)]

123 Auch insoweit unterscheidet sich die VerbrRL vom seinerzeitigen AGBG bzw. §§ 305 ff. BGB n.F., was eine ineffektive, weil unterlassene, Umsetzung der VerbrRL in deutsches Recht verdeutlicht. Denn die Bundesrepublik Deutschland hätte aufgrund Art. 6 Abs. 1 VerbrRL kraft Gesetzes dafür sorgen müssen, dass das **Zustandekommen** von Verträgen, die unter Negierung der Vertragsabschlussfreiheit durch gebotene Transparenz zustande kommen, per se unwirksam sind. Statt dessen hat der deutsche Gesetzgeber in § 6 Abs. 3 AGBG (jetzt § 306 Abs. 3 BGB) dem Verbraucher die Geltendmachung der Unwirksamkeit aufgebürdet und damit dem Verbraucher eine Initiativlast aufgebürdet, darzulegen und beweisen zu müssen, dass ein zustande gekommener Vertrag für ihn eine unzumutbare Härte darstellt. Da das Gemeinschaftsrecht und hier die VerbrRL dem deutschen Recht vorgeht und dies mit unmittelbarer Wirkung, was Gerichte **von Amts wegen** zu beachten haben, müssen Verbraucher, die darlegen und beweisen, dass Verträge unter Missachtung des Transparenzgebotes und der damit verfolgten Ziele der Vertragsabschlussfreiheit zustande gekommen sind, sich nicht § 306 Abs. 3 BGB entgegenhalten lassen. Solche Verträge sind von Anfang an unwirksam.[183]

---

180 EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 64.

181 *Brandner* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 9. Aufl., § 9 Rdn. 175; *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III (stand 08/2002), A 5 Art. 4 Rdn. 38 f.; *Thode* ZNotP 2004, 131, 133.

182 *Thode* ZNotP 2004, 131, 133.

183 *Rosenow/Schaffelhuber* ZIP 2001, 2211, 2216; *Thode* ZNotP 2004, 131, 133; *Wagner* in: Kniffka/Quack/ Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, 705, 717 f.

Es wird mithin am vorgenannte Beispiel deutlich, welche Konsequenzen es haben kann, wenn die Bundesrepublik Deutschland einen Teil einer Richtlinie nicht in nationales Recht transformiert. **124**

2.3.3 Die Verbraucherschutzrichtlinie bei finanzierten Fonds-Beteiligungen

Haben sich Kapitalanleger an geschlossenen Immobilienfonds beteiligt und dabei zwecks Erbringung ihrer Einlage eine Anteilsfinanzierung aufgenommen, so muss man wie folgt unterscheiden: **125**

(1) Zunächst ist klärungsbedürftig, ob solche Anleger überhaupt Verbraucher im Sinne von Art. 2 b) RiL 93/13/EWG (VerbrRL), § 13 BGB sind. Trotz im Schrifttum geäußerter Zweifel, da ein Kapitalanleger kein Konsumentenverbraucher sei,[184] geht der BGH in seiner Rechtsprechung unausgesprochen davon aus. **126**

(2) Geht es um die gesellschaftsrechtliche Rechtsbeziehung des Kapitalanlegers zur Fondsgesellschaft, ist klärungsbedürftig, ob diese Rechtsbeziehung nicht unter die Bereichsausnahmen von Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRL, § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB fällt. **127**

Gemäß Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRiL sind von der Richtlinie ausgenommen u.a. Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Dem entspricht § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB. Mithin stellt sich die Frage, ob unmittelbare gesellschafterliche Beteiligungen bzw. mittelbare Beteiligungen dieser Bereichsausnahme unterfallen. **128**

Das OLG Oldenburg, KG Berlin und OLG Frankfurt[185] haben für den Fall unmittelbarer Beteiligungen bei Beitritten von Verbraucher-Anlegern zu Publikumspersonengesellschaften einen Fall der Bereichsausnahme verneint, was auf mittelbare Beteiligungen zu übertragen wäre, während der BGH bisher die Beantwortung dieser Frage offengelassen hat und außerhalb des AGB-Rechts eine Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB vornimmt.[186] **129**

184 *Edelmann* in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, § 3; *Wagner* BKR 2003, 642; *Wagner* NZG 2000, 169; *Wagner* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS für Thode, 2005, Seite 705 ff.; a.A. *Armbrüster* ZIP 2006, 406.

185 LG Oldenburg 20.05.1999 – 1 U 24/99, NZG 1999, 896, 897; KG Berlin 17.07.1997 – Kart U 1885/97, WM 1999, 731, 733; OLG Frankfurt 04.02.2004 – 23 U 66/03, NJW-RR 2004, 991, 992.

186 BGH 27.11.2000 – II ZR 218/00, NJW 2001, 1270, 1271; BGH 13.09.2004 – II ZR 276/02, NJW 2004, 3706, 3708.

130 Für mittelbare Beteiligungen ist die Frage der Bereichsausnahme bisher ungeklärt. So stellt sich z.B. die Frage, ob Treuhandverträge, die eine mittelbare Beteiligung an einem geschlossenen Fonds ermöglichen, Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts sind, wenn es sich dabei mit dem BGH[187]

- um eine mit „gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagerte Treuhandbeziehung" handelt , auf die als GbR-Innengesellschaft die §§ 705 ff. BGB anwendbar sind bzw.
- es sich um reine Treuhandverhältnisse handelt, auf die die §§ 662 ff. BGB anzuwenden sind.

131 Auf den ersten Blick legt der Wortlaut von Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRiL und § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nahe, den ersteren Fall als einen solchen der Bereichsausnahme anzusehen, den letzteren dagegen nicht. Mit der vorgenannten Rechtsprechung des OLG Oldenburg und KG Berlin käme man dagegen zu dem Ergebnis, dass beide Fälle mittelbarer Beteiligung nicht unter die Bereichsausnahme von Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRiL und § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB fallen würden. Dies ist jedoch nicht unumstritten,[188] da u.a. *Drygala*[189] nicht ohne Berechtigung darauf hinweist, dass der Wortlaut des Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRiL eindeutig sei und keine Abweichung ermögliche. Und folgt man dem, dann würde der erste Fall der mittelbaren Beteiligung unter die genannten Bereichsausnahmen fallen, der zweite Fall dagegen nicht. Dies aber hätte dann zur Folge, dass die Einschlägigkeit von Erwägungsgrund 10 Satz 3 VerbrRiL und § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB oder auch nicht letztlich davon abhängig wäre, ob der Treuhänder seine gesellschafterliche Beteiligung auch für sich halten würde (dann Bereichsausnahmen ja) oder nicht (dann Bereichsausnahmen nein), was insbesondere dann kein überzeugendes Ergebnis darstellt, wenn der Fonds (noch) nicht voll vertrieben wäre und damit die Frage der Einschlägigkeit der Bereichsausnahme oder auch nicht vom jeweiligen Vertriebsstand abhängig wäre.

---

187 BGH 23.06.2003 – II ZR 46/02, WM 2003, 1614.

188 Für Beachtung der Bereichsausnahme: *Drygala* ZIP 1997, 968, 970; *Michalski/Schuldenburg* NZG 1999, 898.
Gegen Bereichsausnahme: Münchener Kommentar/*Basedow*, BGB, 5, Aufl. 2007, § 310 Rdn. 83; *Heinrichs* NJW 1996, 2190, 2192; *Heinrichs* NJW 1998, 1447, 1462; *Armbrüster* ZIP 2006, 406, 413.

189 *Drygala* ZIP 1997, 968, 970.

(3) Geht es dagegen um den Anteilsfinanzierungskreditvertrag, also um einen schuldrechtlichen Vertrag, so ist die VerbrRL unzweifelhaft einschlägig. Und hier stellt sich nun das Problem, dass deutsche Gerichte sich zwar dieserhalb mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie (85/577/EWG) und der Verbraucherkreditrichtlinie (87/102/EWG, 90/88/EWG, 98/7/EWG) nicht aber mit der Verbraucherschutzrichtlinie befassen, weshalb inzwischen ein Verfahren bei der EU-Kommission eingeleitet wurde, um ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland anzuregen.[190] Dies aus folgenden Gründen: **132**

Dass nationale Gerichte **von Amts** wegen zu prüfen haben, ob ein Verstoß gegen die VerbrRiL vorliegt, ist in der Rechtsprechung des EuGH entschieden.[191] Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.[192] Folglich ist die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit **allen Trägern öffentlicher Gewalt, wozu auch Gerichte gehören,** dafür zu sorgen, dass die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedsstaaten erreicht werden.[193] **133**

Der EuGH hat jüngst entschieden: **134**

> *„Nach dem institutionellen System der Gemeinschaft und den Vorschriften, die die Beziehungen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten regeln, ist es in Ermangelung einer gegenteiligen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Sache der Mitgliedstaaten, in ihrem Hoheitsgebiet für die Durchführung der Gemeinschaftsregelungen zu sorgen ...“*

Die Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat ist folglich mit allen seinen Institutionen – und damit auch mittels seiner Gerichte – zur Umsetzung bzw. Anwendung von Richtlinien verpflichtet (Art. 249 Abs. 3 EG). Dies beginnt mit der fristgerechten und effektiven Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber. Dabei ist unerlässlich, dass das **135**

190 Az.: 2007/4894, SG(2007) A/7831/2.

191 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 26; EuGH 21.11.2002 –Rs.C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 32 – 33.

192 EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749.

193 EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41); EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27.

> *„nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von all ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.“* [194]

136 Gegenüber allen nicht richtlinienkonformen innerstaatlichen Vorschriften kann sich der Betroffene gegenüber deutschen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie direkt berufen,[195] sei es, weil nicht, nicht effektiv oder nicht fristgemäß umgesetzt wurde.

> *„Zweitens entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass sich der Einzelne in Ermangelung fristgemäß erlassener Umsetzungsmaßnahmen auf* ***unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen*** *einer Richtlinie gegenüber jeder nicht richtlinienkonformen nationalen Vorschrift berufen kann; er kann sich auf diese Bestimmungen auch dann berufen, soweit sie Rechte festlegen, die der Einzelne dem betreffenden Mitgliedstaat gegenüber geltend machen kann ....*
>
> *Daher kann sich der Einzelne vor dem nationalen Gericht gegenüber dem betreffenden Mitgliedstaat immer dann auf die Bestimmungen einer Richtlinie berufen, die nach ihrem Inhalt* ***unbedingt und hinreichend genau erscheinen,*** *wenn ihre vollständige Anwendung nicht tatsächlich gewährleistet ist, d. h. nicht nur im Fall der unterbliebenen oder unzureichenden Umsetzung der Richtlinie, sondern auch dann, wenn die nationale Maßnahmen, mit denen die Richtlinie ordnungsgemäß umgesetzt wird, nicht so angewandt werden, dass das mit der Richtlinie verfolgte Ziel erreicht wird.“*[196]

137 Also muss ein Gericht von Amts wegen prüfen müssen, ob die Transformation der VerbrRiL in deutsches Recht durch § 24a AGBG auch die Missbrauchskontrolle der Vertragsabschlussfreiheit erfasste wie sie sich aus dem Erwägungsgrund (20) Satz 2 i.V.m. Art. 5 VerbrRiL ergibt. Und in diesem Zusammenhang kann davon nicht mit der Begründung abgesehen werden, ein Kapitalanleger habe im Zusammenhang mit seiner Fondsbeteiligung und der Anteilsfinanzierung einem Treuhänder Vollmacht erteilt, so dass der Treuhänder als Bevollmächtigter

194 EuGH 23.03.1995 – Rs. C-365/93 (Kommission/Griechenland), Slg 1995, I-499 Rdn. 9; EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99 (Kommission/Niederlande), Slg. 2001, I-3541 Rdn. 17; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, 14447 Rdn. 35; EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 57.

195 EuGH 17.02.2005 – Rs. C-462/02 (Linneweber und Arkritidis), Slg. 2005, I-1131 Rdn. 33 m.w.N.

196 EuGH 08.06.2006 – Rs. C-430/04 (Feuerbestattungsverein Halle), Slg. 2006, I-499 Rdn. 28 – 29.

den Anteilsfinanzierungskreditvertrag abgeschlossen habe, wenn vor Vertragsabschluss der Verbraucher-Kapitalanleger den abzuschließenden Anteilsfinanzierungskreditvertrag nicht zu sehen bekommen hat. Denn eine Vollmacht dokumentiert nur die Berechtigung des Bevollmächtigten, für den/die Vollmachtgeber im Außenrechtsverhältnis mit Dritten Verträge abschließen zu dürfen. Aus der VerbrRiL ist aber mit keinem einzigen Wort ableitbar, dass aufgrund einer Vollmacht die VerbrRiL nicht mehr anwendbar sein soll.

138 Denn von der Vollmachterteilung bleibt unberührt, dass ein Verbraucher gemäß Erwägungsgrund (20) Satz 2 i.V.m. Art. 5 VerbrRiL **vor** Abschluss von Verträgen – einerlei, ob er selbst diese Verträge abschließt oder Verträge durch Bevollmächtigte für sich abschließen lässt – **tatsächlich** Kenntnis von allen Vertragsklauseln haben muss, die ihn in die Lage versetzen, zu entscheiden, ob er letztlich Verträge mit dem ihm bekanntgegebenen Inhalt abschließen möchte oder nicht. Denn erhalten Verbraucher **vor** Abschluss von Verträgen inhaltlich nicht **tatsächlich** Kenntnis von allen Vertragsklauseln, so sind solche Verträge schon deshalb unwirksam, so dass es auf die Frage wirksamer Bevollmächtigung nicht mehr ankommt.[197]

139 Ob dem entsprochen wurde, haben deutsche Gerichte **von Amts** wegen zu prüfen.[198] Also ist mit zuvor Ausgeführtem durch Gerichte von Amts wegen das deutsche Recht so auszulegen, dass das

> *„nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet, dass die sich aus diesem Recht ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und dass die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von all ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.“* [199]

140 Und dies ist nur dadurch der Fall, dass auch dann, wenn Verbraucher nicht persönlich Verträge abschließen, sondern durch einen Bevollmächtigten für sich abschließen lassen, sichergestellt sein muss, dass besagte Verbraucher **tatsächlich vor** Vertragsabschluss Kenntnis von allen Vertragsklauseln haben müssen, also auch vom Inhalt des Vertrages, den der Bevollmächtigte für sie abschließen soll. Dies folgt bei Kapitalanlagemodellen, bei welchen Treuhänder mit Vollmachten vorgegeben werden, um Verträge für Kapitalanleger abzuschließen, ohne

197 *Thode* ZNotP 2004, 131, 134.
198 S.o. Rdn. 102, 133; s.u. Rdn. 197, 233, 236, 250.
199 S.o. Rdn. 16.

dass besagte Kapitalanleger **vor** Vertragsabschluss vom Inhalt dieser Verträge tatsächlich Kenntnis erlangen, auch aus Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. i) VerbrRiL. Und Vertragsklauseln, die solches verhindern, sind missbräuchlich im Sinne des Art. 2 lit. a) VerbrRiL.

141 Da die Bundesrepublik Deutschland diese Missbräuchlichkeit gem. Art. 2 lit. a), Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. i) VerbrRiL und die daraus folgende Unverbindlichkeit entgegen Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 VerbrRiL in innerstaatlichen Rechtsvorschriften nicht festgelegt hat, fehlte es insoweit im Hinblick auf die seinerzeitige Transformationsnorm des § 24a AGBG an einer effektiven Umsetzung der VerbrRiL in deutsches Recht. Folglich sind Kapitalanleger-Verbraucher wie andere Kapitalanleger in vergleichbarer Situation auch, befugt, sich vor dem nationalen Gericht auf die Missbräuchlichkeit und Unverbindlichkeit im Hinblick auf Art. 2 lit. a), Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. i) VerbrRiL direkt zu berufen, wenn sie vor Abschluss des Anteilfinanzierungskreditvertrages von dessen Vertragsklauseln keine Kenntnis hatten.

142 Und ungeachtet dessen haben deutsche Gerichte dies von Amts wegen zu prüfen, selbst wenn Kapitalanleger-Verbraucher sich im Prozess nicht ausdrücklich darauf berufen haben.[200]

2.4 Fazit

143 Vorgenannte Beispiele mögen reichen, um zu verdeutlichen, dass ein Prozessbevollmächtigter bei einer entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfrage das **Instanzgericht** so früh wie möglich mit der Frage befassen sollte, ob das Gericht diese Rechtsfrage

- von Amts wegen selbst entscheiden muss oder
- aus gemeinschaftsrechtlichen Gründen (Art. 234 Abs. 2 EG) dem EuGH vorlegen darf oder
- nicht selbst entscheiden darf, sondern aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 101 Abs. 2 Satz 1 GG) dem EuGH vorlegen muss.

200 S.o. Rdn. 102, 133; s.u. Rdn. 197, 233, 236, 250.

Amtspflichten von
Gerichten / Richtern

1. Gibt es eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsfrage (siehe Bild 1)?
2. Wie ist diese gemeinschaftsrechtlich zu beantworten?
3. Wie ist die entscheidungserhebliche Rechtsfrage nach nationalem Recht zu beantworten?
4. Falls Divergenz:
   a) Richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts?
   b) Falls nein: Anwendungsvorrang des EU-Gemeinschaftsrechts?
   c) Falls nein, weil Inhaltsbestimmung einer Vorschrift des EU-Gemeinschaftsrechts:

Dann Vorlagepflicht zum EuGH

3 Der EuGH als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

144 Das BVerfG[201] judiziert, der EuGH sei gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, so dass es

> *„einen Entzug des gesetzlichen Richters darstellt, wenn ein nationales Gericht[202] seiner Pflicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nachkommt (vgl. BVerfGE 73, 339 <366 ff.>; 82, 159 <194 ff.>; s. auch BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. August 1996 – 1 BvR 866/96 –, NVwZ 1997, S. 481; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 5. August 1998 – 1 BvR 264/98 –, DB 1998, S. 1919). Danach wird die Vorlagepflicht insbesondere[203] in solchen Fällen unhaltbar gehandhabt, in denen ein letztinstanzliches Gericht seine Vorlageverpflichtung grundsätzlich verkennt. Gleiches gilt, wenn zu einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorliegt oder wenn eine vorliegende Rechtsprechung die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat. Erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit, so wird Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Gericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten hat. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind. Ein Gericht, das sich hinsichtlich des europäischen Rechts nicht ausreichend kundig macht, verkennt regelmäßig die Bedingungen für die Vorlagepflicht. Dabei umfasst der Begriff des europäischen Rechts nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl; denn die Wahl der Methode – Spezialität oder praktische Konkordanz – entscheidet auch darüber, welche Rechtsnorm sich im Kollisionsfall durchsetzt und damit materiell gilt.“*

145 Es wird mithin deutlich, dass deutsche Gerichte sich von Amts wegen mit Gemeinschaftsrecht befassen müssen und getrennt davon ggf. den EuGH als gesetzlichen Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anrufen müssen.

---

201 BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749,750 f. Neuerdings ferner BVerfG 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03, NVwZ 2004, 1224, 1227; BVerfG 14.07.2006 – 2 BvR 264/06, ZIP 2006, 1486, 1487; BVerfG 06.12.2006 – 1 BvR 2085/03, WM 2007, 712, 713.

202 Das BVerfG grenzt an dieser Stelle nicht auf letztinstanzliche Gerichte ein.

203 Kursivsetzung durch den Autor. „Insbesondere“ zeigt, dass eine Vorlagepflicht nicht auf letztinstanzliche Gerichte begrenzt ist.

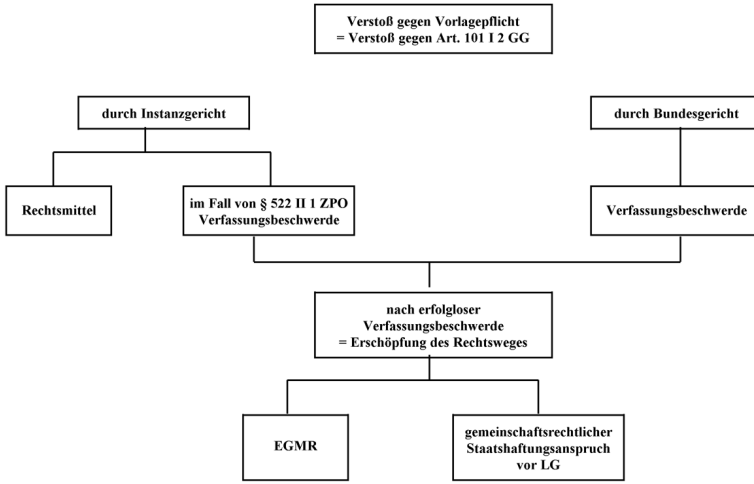
Verstößt ein nationales Gericht dagegen, an den EuGH als gesetzlichem Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) vorzulegen, in einer offensichtlich unhaltbaren Weise,[204] dann kann dieserhalb nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges Verfassungsbeschwerde zum BVerfG eingelegt werden.[205] Und sollte gleichwohl das BVerfG nicht korrigierend eingreifen,[206] ist dann der nationale Rechtsweg incl. Verfassungsbeschwerde erschöpft, dem dann ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch angeschlossen werden kann.[207] **146**

204 BVerfG 14.07.2006 – 2 BvR 264/06, ZIP 2006, 1486, 1487. Das BVerfG 06.12.2006 – 1 BvR 2085/03, WM 2007, 712, 713 f. hat eine offensichtliche Unhaltbarkeit der verweigerten Vorlage in folgenden Fällen bejaht:
- Grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht trotz vorhandener Entscheidungserheblichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Frage.
- Bewußtes Abweichen von der Rechtsprechung des EuGH in gemeinschaftsrechtlich entscheidungserheblichen Fragen ohne neuerliche Vorlagebereitschaft.
- Hat der EuGH eine gemeinschaftsrechtlich entscheidungserhebliche Rechtsfrage (noch) nicht entschieden, wird der dem Gericht zustehenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschritten, „wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind.“

205 BVerfG 14.07.2006 – 2 BvR 264/06, ZIP 2006, 1486, 1487.

206 Nach BVerfG 14.07.2006 – 2 BvR 264/06, ZIP 2006, 1486, 1487 liegt kein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor, wenn ein Gericht nicht dem EuGH vorlegt, sich aber hinsichtlich des europäischen Rechts hinreichend kundig gemacht hat, die seine Entscheidung tragenden Gründe in der Entscheidung nachvollziehbar dargelegt hat und davon überzeugt ist, dass auch die Gerichte anderer Mitgliedstaaten eine vergleichbare Gewissheit bestünde.

207 S.u. Rdn. 257 ff.



147 Kommt es zu einer Vorlage an den EuGH und entscheidet dieser im Sinne der Vorlage die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage, dann hat das vorlegende nationale Gericht unter Berücksichtigung dieser Entscheidung des EuGH den bei ihm rechtshängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Darin erschöpft sich eine Entscheidung des EuGH aber nicht. Denn andere nationale Gerichte haben bei vergleichbaren gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfragen dann unter Berücksichtigung dieser EuGH-Rechtsprechung zu entscheiden, ohne dass es einer nochmaligen Vorlage an den EuGH bedarf.

148 Derzeit wird ferner diskutiert, ob und inwieweit eine Entscheidung des EuGH im Hinblick auf vorgenannten Wirkungen auch Rückwirkung haben könne, ob also nationale Gerichte in anderen vergleichbaren Fällen eine solche EuGH-Entscheidung auch für Fälle beachten müssten, die zeitlich vor dem Entscheidungsdatum einer EuGH-Entscheidung liegen.[208] Dies wurde im Zusammenhang mit dem beim EuGH anhängig gewesenen Vorabentscheidungsverfahren „Marks & Spencer“[209]

208 Zur Beschränkung der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH *Balmes/Ribbrock* BB 2006, 17; *Forsthoff* DStR 2005, 1840.

209 EuGH Rs. C-446/03. Dazu *Raupach/Pohl* NZG 2005, 489; *Seer/Kahler/Rüping/Thulfaut* EWS 2005, 289, 299 f.

diskutiert, weil die Bundesrepublik Deutschland in jenem Verfahren beantragt hatte, der EuGH möge die Rückwirkung seines Urteils ausschließen und es nur ex nunc wirken lassen.[210] Dort ging es u.a. um die Frage, ob eine steuerliche Anrechnung von im Ausland bei Tochtergesellschaften angefallenen Verlusten im Inland möglich ist (sog. grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung)[211] oder wie in Deutschland bzw. in England ausländische Verluste auf inländische Gewinne nicht angerechnet werden dürfen.[212] Dabei muss man bei der Rückwirkungsfrage 2 Fallkonstellationen unterscheiden:

– Können wegen der Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen in bereits abgeschlossenen Fällen Personen sich auf eine EuGH-Entscheidung berufen, wenn dort eine gemeinschaftsrechtliche Frage in einer bestimmten Weise entschieden wurde?[213] **149**

– Können wegen der Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen in noch nicht abgeschlossenen Fällen Personen sich auf eine EuGH-Entscheidung berufen, wenn dort eine gemeinschaftsrechtliche Frage in **150**

210 Dazu *Janssen* EuZW 2005, 257.

211 Die steuerlichen Verluste konnten im jeweiligen Ansässigkeitsstaat nicht berücksichtigt werden, da teilweise Auslandstöchter ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hatten.

212 Dies verneinend EU-Generalanwalt *Maduro* EuGH 07.04.2005 – Rs. C-446/03, EWS 2005, 212, der das britische Verbot der Verlustanrechnung für nicht mit dem EU-Recht vereinbar hält (dazu EuZW 2005, 259). Ähnlich *Loritz/Wagner* BB 1991, 2265, wonach es im Hinblick auf § 2a EStG gemeinschaftsrechtlich und verfassungsrechtlich bedenklich ist, die Verrechnung von Auslandsverlusten der steuerlichen Einkunftsart Vermietung und Verpachtung mit inländischen steuerpflichtigen Einkünften zu untersagen.

213 Nach EuGH 13.01.2004 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz NV), EuZW 2004, 215 Rdn. 23 f. kann z.B. ein Finanzamt verpflichtet sein, unter folgenden Voraussetzungen verpflichtet sein, aufgrund einer in einer anderen Sache später ergangenen EuGH-Entscheidung einen früheren bestandskräftigen belastenden Bescheid aufzuheben:
- Die Verwaltungsbehörde müsse nach nationalem Recht die Befugnis haben, eine bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen.
- Die Bestandskraft müsse infolge eines nicht mehr anfechtbaren gerichtlichen Urteils eingetreten sein.
- Dieses Urteil müsse auf der Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruhen, die „wie ein später ergangenes Urteil des Gerichtshofes zeigt, unrichtig war und die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof angerufen wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfolgt war."
- Der Betroffene muss sich unmittelbar nach Bekanntwerden der neueren Entscheidung des EuGH an die Verwaltungsbehörde gerichtet haben.

Dazu *Wagner* ZSteu 2004, 168, 170 f. m.w.N.

einer bestimmten Weise entschieden wurde? Dies bejaht der EuGH,[214] wenn keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gegeben sind, die zur Rechtfertigung einer grundsätzlich gegen eine Grundfreiheit verstoßenden Maßnahmen angeführt werden können. **Ein Richter im nationalen Rechtsstreit muss eine vom EuGH ausgelegte Vorschrift des EU-Gemeinschaftsrechts auch auf Rechtsverhältnisse anwenden, die vor der EuGH-Entscheidung entstanden sind,[215] wenn sie zu jener Zeit schon in Kraft getreten war**.

151 Dies darf nicht verwechselt werden mit den Grundsätzen,

– dass i.d.R. **Verfahrensvorschriften** auf alle bei ihrem Inkrafttreten anhängigen Rechtsstreitigkeiten anwendbar sind,
– dass aber **materiellrechtliche Vorschriften** i.d.R. so ausgelegt werden müssen, dass sie nicht für vor ihrem Inkrafttreten entstandene Sachverhalte gelten.[216] Eine Ausnahme gilt hier nur dann, wenn aus dem Wortlaut der Gemeinschaftsvorschrift hervorgeht, dass eine solche Rückwirkung möglich sein soll[217] und dadurch nicht die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes[218] verletzt werden, wenn eine solche Rückwirkung für Betroffene nicht vorhersehbar ist.[219]

---

214 z.B. EuGH 07.09.2004 – Rs. C-319/02 (Manninen), DStRE 2004, 1220.

215 EuGH 02.02.1988 – Rs. 24/86 (Blaizot), Slg. 1988, 379 Rdn. 27; EuGH 15.12.1995 – Rs. C-415/93 (Bosman), Slg. 1995, I-4921 Rdn. 141; EuGH 30.03.2006 – Rs. C-184/04 (Uudenkaupungin), Beilage zu BFH/NV 7/2006, 286 Rdn. 53.

216 EuGH 14.11.2002 – Rs. C-251/00 (Iluitro´nica), Slg. 2002, I-10433 Rdn. 29; EuGH 23.02.2006 – Rs. C-201/04 (Molenbergnatie NV/Belgien), Beilage zu BFH/NV 7/2006, 323, 31 m.w.N.

217 EuGH 24.09.2002 – Rs. C-74/00 und C-75/00 (Falck und Bolzano), Slg. 2002, I-7869 Rdn. 119; EuGH 09.03.2006 – Rs. C-293/04 (Beemsterboer), Beilage zu BFH/NV 7/2006, 332 Rdn. 21 m.w.N.

218 EuGH 14.09.2006 – Rs. C-183/04 (Elmeka), Slg. 2006, I-8167 Rdn. 31: „Nach ständiger Rechtsprechung sind die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit Teil der Gemeinschaftsordnung. Sie müssen deshalb von den Gemeinschaftsorganen, **aber auch von den Mitgliedstaaten bei der Ausübung der Befugnisse, die ihnen die Gemeinschaftsrichtlinien einräumen,** beachtet werden .... „

219 EuGH 09.03.2006 – Rs. C-293/04 (Beemsterboer), Beilage zu BFH/NV 7/2006, 332 Rdn. 24 m.w.N.

In der jüngst entschiedenen Rechtssache Marks & Spencer hat der EuGH[220] zur Frage der Rückwirkung nicht entschieden, weil es aufgrund anderweitiger Entscheidung der Vorlagefrage darauf nicht mehr ankam. **152**

Ein ganz anderes Thema ist: **153**

Eine Vorlagepflicht in Verfahren des **einstweiligen Rechtsschutzes** entfällt allerdings, da einerseits die Vorlage noch im Hauptsacheverfahren möglich sei und andererseits ein Vorlageverfahren im einstweiligen Rechtsschutz sich mit der Eilbedürftigkeit solcher Verfahren nicht vertrage,[221] ausgenommen wenn es um Gültigkeitsfragen des Gemeinschaftsrechts geht.[222]

In folgenden Fällen besteht **keine Vorlagepflicht** an den EuGH, wenngleich ein Vorlagerecht (sog. acte clair Doktrin):[223] **154**

– Eine gemeinschaftsrechtliche Frage ist nicht entscheidungserheblich.[224] **155**

– Es gibt zu einer entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Frage bereits Rechtsprechung des EuGH.[225] **156**

– Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist aufgrund überprüfbarer objektiver Kriterien derart offenkundig, dass keinerlei vernünftige Zweifel an der Beantwortung der gemeinschaftsrechtlichen Frage vorhanden sind.[226] **157**

220 EuGH 13.12.2005 – Rs. C-446/03 (Marks & Spencer), Slg. 2005, I-10837.
221 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 63 f.
222 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 64.
223 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 26; *Markwardt* ZIP 2005, 152, 157.
224 EuGH 06.10.1982 – Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415 Rdn. 10.
225 EuGH 06.10.1982 – Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415 Rdn. 13 f.
226 EuGH 06.10.1982 – Rs. 283/81 (CILFIT), Slg. 1982, 3415 Rdn. 16; zweifelnd *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 66, ob solches in Anbetracht unterschiedlicher Terminologien nationaler Rechtsordnungen bei gleichzeitiger Ziele des Gemeinschaftsrechts aktuell werden könnte.

Keine Vorlagepflicht

Gemeinschaftsrechtliche Rechtsfrage ist nicht entscheidungserheblich.

Es gibt zur entscheidungserheblichen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfrage bereits EuGH-Rechtsprechung.

Die Anwendung entscheidnngserheblichen Gemeinschaftsrechts ist aufgrund

> überprüfbarer

> objektiver Kriterien

> derart offenkundig,

> dass keinerlei vernünftige Zweifel

an der Beantwortung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsfrage vorhanden sind.

4 Schriftsätzlicher Vortrag des Prozessanwaltes zur Amtspflicht von Gerichten, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden – Primärrechtsschutz

Wir sind in Deutschland noch nicht so weit, in der Instanzgerichtsbarkeit voraussetzen zu können, nur wegen des Grundsatzes des jura novit curia werde das Gericht bzw. der Richter schon selbst erkennen, wann er Europäisches Gemeinschaftsrecht beachten müsse und wann nicht. Folglich ist es Aufgabe des Prozessanwaltes, in seinem schriftsätzlichen Vortrag folgendes herauszuarbeiten: **158**

– Welche für den Ausgang des konkreten Rechtsstreits entscheidungserheblichen Rechtsfragen gebieten es warum, seitens des Gerichts von Amts wegen primäres oder sekundäres Gemeinschaftsrecht zur Anwendung zu bringen?[227] **159**

– Hat dann das nationale Gericht die Befugnis, diese gemeinschaftsrechtliche Frage selbst zu entscheiden oder darf bzw. muss es dieserhalb dem EuGH vorlegen? **160**

Der *Vorrang* des europäischen Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht – nicht die Nichtigkeit nationalen Rechts[228] – verpflichtet die Mitgliedstaaten und ihre Organe zu zweierlei: **161**

– Einerseits das mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare nationale Recht, sofern es sich nicht zulässigerweise um eine im Vergleich zur Richtlinie strengere nationale Vorschrift handelt,[229] nicht anzuwenden[230] und **162**

227 Zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zum nationalen Recht, zum primären und sekundären Gemeinschaftsrecht und zur Erläuterung einer Richtlinie im Hinblick auf Erwägungsgründe, Richtlinientext und Anhang siehe *Wagner* ZfBR 2004, 317 – 322 m.w.N.

228 *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4: Durch den Anwendungsvorrang bleibt das nationale Recht wirksam und gilt für die Fälle weiter, die nicht im Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht stehen. Ferner: Gebauer/*Wiedemann*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 45 f., 55 ff.; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 3.

229 EuGH 02.06.2005 – Rs. C-282/02 (Kommission/Irland), Slg. 2005, I-4653 Rdn. 10.

230 *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 4 f.

163 – andererseits dem Gemeinschaftsrecht im nationalen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.[231]

164 Der Vorrang kann sich wie folgt stellen: Einerseits im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis (Anwendungsvorrang i.e.S.)[232] und andererseits im Falle der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts (Anwendungsvorrang i.w.S.).[233] Im Falle der unmittelbaren Anwendung des Gemeinschaftsrechts im nationalen Rechtskreis wird das nationale Recht verdrängt,[234] dagegen im Falle der richtlinienkonformen Auslegung genutzt.[235]

165 **Beispiel**[236]

Ein Unternehmen hatte aufgrund Umstrukturierungsmaßnahmen im eigenen Namen und für eigene Rechnung Umzugsunternehmen beauftragt, den Wohnsitzwechsel für Arbeitnehmer durchzuführen. Das Unternehmen machte gegenüber dem Finanzamt die in Rechnungen gesondert ausgewiesenen Vorsteuerbeträge geltend. Das Finanzamt versagte dies. Denn gem. § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG sind Vorsteuerbeträge nicht abziehbar, die auf Umzugskosten für einen Wohnungswechsel entfallen. Das FG Hamburg ließ gleichwohl und entgegen § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG den Vorsteuerabzug u.a. aus folgenden Gründen zu:

166 Aufgrund des Anwendungsvorranges der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) wandte das FG die deutsche Vorschrift des § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG nicht an, weil sie mit Art. 17 der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) nicht vereinbar sei. Denn gemäß Art. 17 Abs. 2 a) der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) bestehe Vorsteuerabzugsberechtigung. Und we-

231 *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1; a.A. *Herrmann* EuZW 2006, 69, 70, der wie folgt unterscheidet:
– Anwendungsvorrang der Richtlinie vor nationalem Recht: Die Richtlinie wird vorrangig angewandt, das nationale Recht nicht.
– Unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen in horizontalen Rechtsverhältnissen: Richtlinienbestimmungen werde direkt angewandt, nationale Rechtsbestimmungen nicht, wenn richtlinienkonforme Auslegung in den Grenzen der nationalen Methodenlehre nicht (mehr) möglich ist.

232 Nach *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 3 f. ist dafür Voraussetzung: Die Rechtswirksamkeit von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, zugleich aber ein Widerspruch zwischen beidem oder eine Anwendungskollision.

233 *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2 f.; *Wagner* ZfBR 2004, 317 f.

234 Gebauer/*Wiedemann*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 55 f.; *Roth* EWS 2005, 385, 387.

235 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 86.

236 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367.

gen der Neutralität des europäischen Mehrwertsteuersystems dürfe das Recht auf Vorsteuerabzug nicht eingeschränkt werden, soweit in der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) nicht ausdrücklich eine Ausnahme vorgesehen sei. Da für die Bundesrepublik Deutschland keine Ausnahme vorgesehen sei, verstoße § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG gegen Art. 17 der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG).

167 Unter einer Stand-Still-Klausel wird eine nationale Vorschrift verstanden, die bei Inkrafttreten der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) schon bestand. Eine solche nationale Vorschrift darf, auch wenn sie mit der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) nicht übereinstimmt, beibehalten werden, wenn dies bei Inkrafttreten der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) der EU-Kommission mitgeteilt worden wäre.[237] Da aber § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG zu einem Zeitpunkt in Kraft getreten war, als die 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) schon in nationales Recht umgesetzt worden war, spielte die Stand-Still-Klausel keine Rolle, weshalb die Bundesrepublik Deutschland auch nicht die EU-Kommission unterrichtet hatte.

168 Folglich – so das FG – könne sich die Klägerin vor dem FG unmittelbar auf Art. 17 der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) berufen, was das FG aufgrund des Anwendungsvorranges der 6. MwSt.-RiL (RL 77/388/EWG) berücksichtigen müsse,[238] so dass deshalb die deutsche Vorschrift des § 15 Abs. 1a Nr. 3 UStG unberücksichtigt blieb. Der Anwendungsvorrang führe nicht zur Nichtigkeit der nationalen Vorschrift, sondern nur zur Unanwendbarkeit.[239]

169 Das FG verwies ferner darauf, dass nur wegen vorgenannter Unanwendbarkeit des § 15 Abs. 1 a Nr. 3 UStG diese Vorschrift nicht verfassungswidrig sei.[240] Auch bedürfe es keiner Vorlage an den EuGH, weil der Anwendungsvorrang in diesem Falle nicht zweifelhaft sei.[241]

237 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367, 1369.
238 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367, 1370.
239 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367, 1370.
240 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367, 1370.
241 FG Hamburg 04.04.2006 – III 105/05, DStR 2006, 1367, 1370 u.H.a. BVerfG 09.06.1971 – 2 BvR 225/69, BVerfGE 31, 145, 174.

4.1 Richtlinienkonforme Auslegung

170 In einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis zwischen gleichberechtigten Rechtssubjekten (Horizontalverhältnis)[242] hat eine Richtlinie nicht unmittelbar Geltung.[243] Daher ist das **nationale Recht** stets im Lichte der dazugehörigen Richtlinie zu lesen und gegebenenfalls richtlienkonform auszulegen.[244]

242 Anders ist dies im öffentlichrechtlichen Vertikalverhältnis, in welchem sich der Bürger gegenüber dem Staat direkt auf die Richtlinie berufen kann.

243 EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 20; EuGH 26.09.2000 – Rs. C-443/98 (Unilever), Slg. 2000, I-7535 Rdn. 50; EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), n.V. Rdn. 56; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 (Pfeiffer), n.V. Rdn. 108; *Guendel* EuZW 2001, 143.

244 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 315.

Normadressat der Richtlinie ist der Mitgliedstaat (Art. 249 Abs. 3 EG) mit allen seinen Institutionen, wozu auch die Gerichte gehören. Folglich richtet sich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung an die nationalen Gerichte als eine der Institutionen des Mitgliedstaates und ist für den Normalfall die Kompensation für die für Privatrechtsverhältnisse fehlende Direktwirkung einer Richtlinie. [245]

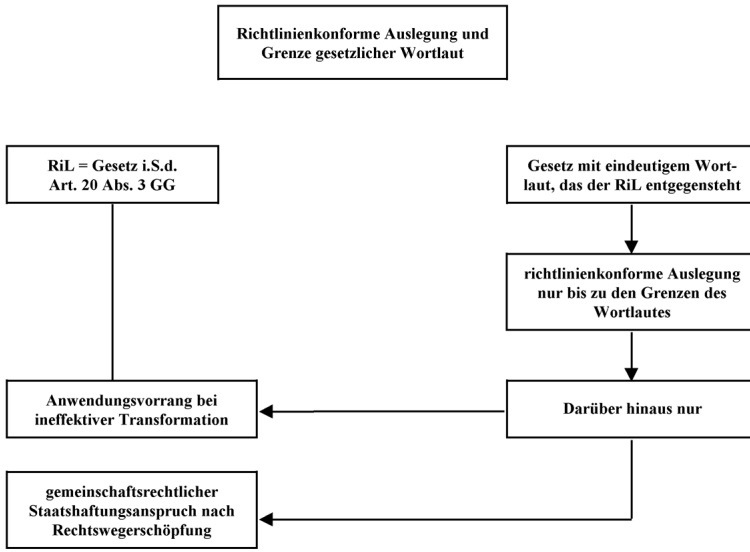
Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es um die Auslegung einer Vorschrift des nationalen Rechts und nicht um die Auslegung einer Vorschrift einer Richtlinie.[246] Ziel der richtlinienkonformen Auslegung ist, betreffend einer entscheidungserheblichen Vorschrift des nationalen Rechts unter mehreren Auslegungsmöglichkeiten diejenige zu wählen, die sich mit dem einschlägigen europarechtlichen Richtlinienrecht am besten vereinbaren lässt.[247] **171**

Man muss dabei aber differenzieren: **172**

– Steht die deutsche Rechtslage mit einer Richtlinienbestimmung im Widerspruch ? Falls ja, ist zu klären, ob dieser Widerspruch durch eine richtlinienkonforme Auslegung der deutschen Rechtsvorschrift behoben werden kann. Dies jedenfalls dann, wenn das nationale Recht bezgl. des Gesetzeswortlautes unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und aller Auslegungsmethoden eine richtlinienkonforme Auslegung zulässt.[248]

Ein eindeutiger deutscher Gesetzeswortlaut kann jedoch einer **richtlinienkonformen** Auslegung entgegenstehen.[249] **173**

245 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 315.
246 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316.
247 *Auer* NJW 2007, 1106; *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316.
248 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 111.
249 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 110: „Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf es sich nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.“ Zuvor schon EuGH 16.06.2005 – Rs. C-105/03 (Pupino), NJW 2005, 2839.



174 Es kann sich jedoch für den BGH (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) bzw. den Großen Senat des BGH (§ 132 Abs. 4 GV) nach nationalem Recht dann die Frage der Rechtsfortbildung stellen.[250] U.a. deshalb ist der Gesetzeswortlaut einer nationalen Norm nicht zwingend die Grenze der richtlinienkonformen Auslegung,[251] vielmehr wird man wie folgt differenzieren müssen:

175 Hat der nationale Gesetzgeber mit dem Wortlaut der nationalen Vorschrift sich nicht bewusst gegen die Vorgabe einer Richtlinie stellen wollen, dann stellt der Gesetzeswortlaut keine zwingende Grenze für eine richtlinienkonforme Auslegung dar. Vielmehr ist dann das innerstaatliche Recht soweit wie möglich im Lichte des Wortlautes und des Zwecks der betreffenden Richtlinie auszulegen, um der entsprechenden Richtlinie im nationalen Recht möglichst effektiv zum Durchbruch zu verhelfen.[252]

250 S.o. Rdn. 20; s.u. Rdn. 177, 183, 197, 203.
251 *Hummel* EuZW 2007, 268, 269.
252 EuGH 13.07.2000 – Rs. C-456/98 (Centrosteel), EuZW 2000, 671, 672; EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler), NJW 2006, 2465 Rdn. 124; *Hummel* EuZW 2007, 268, 271.

Wollte jedoch der nationale Gesetzgeber sich mit dem Gesetzeswortlaut ganz bewusst zum Nachteil des durch eine Richtlinie Begünstigten gegen die Richtlinienvorgabe stellen, dann endet die Möglichkeit der **richtlinienkonformen** Auslegung am Wortlaut des nationalen Gesetzes, sofern nicht der BGH sich über den Gesetzeswortlaut bei Vorliegen entsprechender Voraussetzungen[253] per Rechtsfortbildung hinwegsetzt. **176**

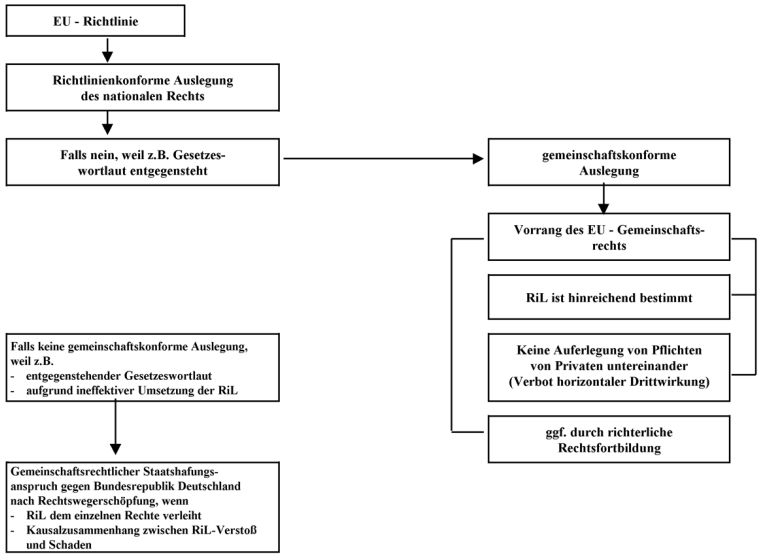
– Falls eine **richtlinienkonforme** Auslegung nicht gelingt, ist subsidiär zu klären, ob dies deshalb nicht gelingt, weil es an einer effektiven Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht fehlt.[254] Falls dies so ist, ist weiter zu klären, ob die Richtlinienbestimmung gegen den deutschen Gesetzeswortlaut im Wege **gemeinschaftskonformer** Auslegung[255] zur Anwendung gebracht werden kann.[256] **177**

253 BVerfG 22.08.2006 – 1 BvR 1168/04, NJW 2006, 3409: (1) Gerichte dürfen sich durch Rechtsfortbildung nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes entziehen. (2) Anpassung des Gesetzes an veränderte Verhältnisse bei zunehmendem zeitlichen Abstand von Gesetzesbefehl und Zeitpunkt richterlicher Entscheidung. (3) Das materielle Recht muß aus den allgemeinen Rechtsgrundlagen abgeleitet werden, die für die betreffenden Rechtsbeziehungen maßgeblich sind.

254 *Roth* EWS 2005, 385, 287.

255 Zum Unterschied von richtlinienkonformer Auslegung zur gemeinschaftskonformen Auslegung s. o. Rdn. 20 – 21.

256 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2002, 2465 Rdn. 110: „Die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, wird zwar durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze und insbesondere durch den Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot begrenzt; auch darf es sich nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.“



178 **Dies setzt allerdings voraus, dass die entsprechende Richtlinienbestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt** ist, so dass sich einzelne Personen darauf berufen können,[257] wobei allerdings das sich darauf Berufen nicht im Verhältnis von Privaten untereinander gilt, da die EU Privatpersonen per Richtlinien keine Verpflichtungen auferlegen darf (**Verbot der horizontalen Drittwirkung**[258]**).**[259] **Auch darf ein Gericht einer Prozesspartei keine Richtlinienvorschrift entgegenhalten, um daraus den Einzelnen verpflichtende Rechtsfolgen abzuleiten.**[260]

257 *Hummel* EuZW 2007, 268, 270.
258 EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg 1994, I-3325 Rdn. 24; EuGH 07.03.1996 – Rs. C-192/94 (Corte Ingles), SLG. 1996, I-1281 Rdn. 17; *Gebauer* AnwBl 2005, 314, 315; *Herdegen* WM 2005, 1921, 1927.
259 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 109; *Roth* EWS 2005, 385, 387.
260 *Herrmann* EuZW 2006, 69, 70.

Dies ist aber für das Zivilrecht nicht unbestritten. So wird darauf verwiesen, dass der EuGH in seiner neuen Rechtsprechung[261] den Unterschied zwischen Anwendungsvorrang und richtlinienkonformer Auslegung nicht mehr ganz genau erkennen lasse.[262] **179**

Andererseits wird konstatiert, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung daran festgehalten habe, dass dann. wenn eine richtlinienkonforme Auslegung wegen der Eindeutigkeit des dem entgegenstehenden Gesetzeswortlautes und aufgrund ineffektiver Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht aus vorgenannten Gründen nicht möglich sei, für den davon Betroffenen nur die Möglichkeit verbleibe, gegen die Bundesrepublik Deutschland seinen dadurch bedingten Nachteil im Wege des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches geltend zu machen, [263] wenn dessen Voraussetzungen im übrigen gegeben sind.[264] **180**

Bezüglich des **zeitlichen** Anwendungsbereichs ist zu beachten, dass die richtlinienkonforme Auslegung sich für die Zeit ab Inkrafttreten der Richtlinie auch auf nationale Regelungen erstrecken **kann**, die zeitlich vor der Richtlinie erlassen wurden.[265] Dies deshalb, weil nur auf diese Weise Gerichte ihrer aus Art. 249 Abs. 3 EG folgenden Verpflichtung entsprechen können, die von einer Richtlinie verfolgten Ziele durchzusetzen.[266] Hinzu kommt, dass eine richtlinienkonforme Auslegung auch schon vor Ablauf der Transformationsfrist jedenfalls dann geboten ist, wenn ein Mitgliedstaat eine Richtlinie nicht bzw. nicht effektiv bzw. nicht fristgerecht transformiert hat. Davon zu unterscheiden ist, ab **181**

---

261 *Hummel* EuZW 2007, 268, 270 u.H.a. EuGH 30.04.1996 – Rs. C-194/94 (CIA), EuZW 1996, 379 ff.; EuGH 26.09.2000 – Rs. C-443/98 (Unilever Italia), EuZW 2001, 153 ff.; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 (Pfeiffer), BB 2004, 2353; EuGH 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), EuZW 2006, 17 ff.; EuGH 16.02.2006 – Rs. C-131/04 (Robinso-Steele), EuZW 2006, 244.

262 *Hummel* EuZW 2007, 268, 271.

263 *Hummel* EuZW 2007, 268, 271 u.H.a. EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Hannl + Hofstetter), NJW 1994, 2473 Rdn. 24; EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (Adeneler), NJW 2006, 2465 Rdn. 110, 112, 124.

264 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 112: Voraussetzungen müssen sein: (1) Richtlinie muß dem Einzelnen Rechte verleihen. (2) Inhalt dieser Rechte muß sich aus der Richtlinie ergeben. (3) Kausalzusammenhang zwischen Verstoß des Mitgliedstaates und dem entstandenen Schaden. *Gebauer* AnwBl 2005, 314, 316; s.u. Rdn. 257 ff.

265 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 115; *Roth* EWS 2005, 385, 388; *Auer* NJW 2007, 1106, 1109.

266 EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg 1994, I-3325 Rdn. 26; *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 317; *Roth* EWS 2005, 385, 388.

wann Gerichte spätestens zur richtlinienkonformen Auslegung **verpflichtet** sind und dies ist bei verspäteter Transformation mit dem EuGH der Zeitpunkt der abgelaufenen Transformationsfrist.[267]

182 Und was die Frage der **richtlinienkonformen** bzw. **gemeinschaftskonformen Auslegung** betrifft, geht es dabei nicht alleine um Gesetzesauslegung im Sinne der deutschen Methodenlehre, sondern kann Rechtsfortbildung mit umfassen,[268] wobei unklar ist, inwieweit der Wortlaut der Richtlinienbestimmung einerseits bzw. der deutschen gesetzlichen Regelung andererseits eine Grenze sein kann.[269] *Roth*[270] schlägt daher vor, statt von richtlinienkonformer Auslegung eher von richtlinienkonformer Rechtsfindung zu sprechen.

183 Soweit man als Prozessanwalt schriftsätzlich im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung vorzutragen hat, kann man sich an folgendem orientieren:

184 – Zunächst Beschreibung, warum eine richtlinienkonforme Auslegung einer deutschen Rechtslage/Rechtsnorm entscheidungserheblich ist und nicht durch deutsche Gesetzesauslegung „gelöst“ werden kann.[271]

185 – Sodann Beschreibung der Richtlinienvorgabe, gemessen am Wortlaut und Zweck der Richtlinie.[272] Es ist folglich durch den Prozessanwalt schriftsätzlich aufzuzeigen, dass das Gericht sich des Inhalts der Richtlinienvorgabe zu vergewissern hat und welches diese Vorgaben sind.[273]

186 – Dem schließt sich die Auslegung des nationalen Rechts am Wortlaut und Zweck der Richtlinie an, wobei der Auslegung der Vorzug zu geben ist, die dem Ziel der Richtlinie dient.[274]

187 – In diesem Zusammenhang ist für das Gericht aufzuzeigen, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber richtlinienkonform transformieren

267 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2002, 2465 Rdn. 115.
268 *Roth* EWS 2005, 385, 388.
269 Nachweise bei *Roth* EWS 2005, 385, 388 f.
270 *Roth* EWS 2005, 385, 389.
271 EuGH 10.04.1984 – Rs. 14/83 (von Colson), Slg. 1984, 1891 Rdn. 28; *Roth* EWS 2005, 385, 389.
272 *Roth* EWS 2005, 385, 389.
273 *Roth* EWS 2005, 385, 390.
274 *Roth* EWS 2005, 385, 389.

wollte. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber seinem Transformationsauftrag nachkommen möchte.[275]

– Es ist weiter aufzuzeigen, dass sich ein deutsches Gericht bei der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts der gleichen Methoden bedienen muss wie bei der normalen Gesetzesauslegung (z.B. teleologische Extension oder Reduktion bzw. Analogie etc.).[276] **188**

– In der schriftsätzlichen Darlegung ist zu verdeutlichen, dass dann, wenn es zu einer scheinbaren Kollision von deutschem Recht und Gemeinschaftsrecht kommt, nach der neueren Rechtsprechung des EuGH diese vom Gericht in vergleichbarer Weise aufzulösen ist, wie bei Normenkollisionen im deutschen Rechtskreis, allerdings im Zweifel zu Gunsten der Richtlinie.[277] **189**

4.2 Schranken richtlinienkonformer Auslegung

190 Die Frage nach den Grenzen richtlinienkonformer Auslegung einer deutschen Norm kann sich allenfalls dann stellen, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung einer deutschen Norm entscheidungserheblich ist.[278]

191 Voraussetzung einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts ist eine eindeutige Aussage in der entsprechenden Richtlinienvorschrift. Ist dies nicht der Fall, so ist zunächst eine Klärung des Inhalts der entscheidungserheblichen Richtlinienvorschrift mittels eines durch ein Instanzgericht oder den BGH eingeleiteten Vorlageverfahrens durch den EuGH herbeizuführen, da dieser für die Inhaltsbestimmung von Richtlinien zuständig ist.[279] Folglich kann die Richtlinienvorgabe bzw. ihre Inhaltsbestimmung durch den EuGH eine erste Schranke sein, von der eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorschrift auszugehen hat.[280]

192 Allerdings kann der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht sehr wohl **zu Gunsten** der von einer

275 *Roth* EWS 2005, 385, 389. Dass allerdings auch das Gegenteil gegeben sein kann, s.o. Rdn. 62 ff. zur vom deutschen Gesetzgeber unterlassenen Transformation der Mißbrauchskontrolle zur Sicherung der Vertragsanschlussfreiheit.
276 *Roth* EWS 2005, 385, 389 f.; *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 318.
277 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer), EWS 2004, 521 Rdn. 116; *Roth* EWS 2005, 385, 390.
278 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316.
279 *Gebauer* AnwaBl 2007, 314 f., 316; s.o. Rdn. 7, 45.
280 *Roth* EWS 2005, 385, 390.

Richtlinie Begünstigten von der Richtlinienvorgabe abweichen (sog. überschießende Richtlinienumsetzung). In diesen Fällen ist eine richtlinienkonforme Auslegung des überschießenden Rechts nicht geboten.[281] Es stellt sich dann die Frage, ob eine gespaltene Auslegung zu erfolgen hat, indem die Bereiche des nationalen Rechts, das transformiert wurde, richtlinienkonform auslegbar wäre, der darüberhinausschießende Teil jedoch nicht. Dies wird jedoch abgelehnt, indem transformiertes nationales Recht und überschießendes Recht gemeinsam ausgelegt werden sollen und sich dabei dieses Auslegungsergebnis an den Zielen der Richtlinie orientieren soll.[282]

193 Eine weitere Schranke kann das deutsche Verfassungsrecht sein,[283] das allenfalls durch eine gemeinschaftskonforme Auslegung überwunden werden kann.[284]

4.3 Umsetzung im deutschen Recht

194 Richtlinien sind für jeden Mitgliedstaat bezüglich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Nur die Wahl und Form der Umsetzung der Richtlinie ist den Mitgliedstaaten selbst überlassen. Die Richtlinie muss nicht wortgleich transformiert werden, aber die vollständige Anwendung der Richtlinie muss hinreichend klar und bestimmt gewährleistet sein.[285] Folglich muss die Umsetzung nicht unbedingt durch ein nationales Gesetz erfolgen, es können im Einzelfall auch Verwaltungsvorschriften reichen, sofern nur die vorgenannten Anforderungen erfüllt werden.[286] Zu allgemein gehaltene Rechts- bzw. Verwaltungsvorschriften des nationalen Rechts bergen mithin das Risiko, dass eine vollständige Anwendung der Richtlinie nicht gewährleistet ist und folglich keine effektive Umsetzung der Richtlinie gegeben ist.[287]

195 Von der **Umsetzung** von Gemeinschaftsrecht in nationales Recht durch den Mitgliedstaat zu trennen ist die **Amtspflicht** nationaler Gerichte,

281 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316.
282 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 316.
283 *Roth* EWS 2005, 385, 391.
284 S.o. Rdn. 10.
285 EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 21 m.w.N.
286 EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 24.
287 EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 27 f.

Gemeinschaftsrecht **anzuwenden** und davon wiederum getrennt die Frage, ob bzw. wann dem EuGH vorzulegen ist.[288] Nationale Gerichte – auch Instanzgerichte[289] – sind **von Amts wegen** verpflichtet, europäischem Recht zur Geltung zu verhelfen.[290] Die Begründungen dafür sind uneinheitlich:

196 Einerseits wird die Bindung an Richtlinien mit Art. 20 Abs. 3 GG begründet, indem Richtlinien zu Gesetzen i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG gezählt werden.[291] Dies wird aber teilweise eingeschränkt, indem EU-Richtlinien nur insoweit Art. 20 Abs. 3 GG unterfallen sollen wie eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung per Gesetzesauslegung bzw. Rechtsfortbildung besteht und diese sich im Rahmen der Zuständigkeit nationaler Gerichte bewegt.[292] Andererseits wird das Institut der richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts den klassischen Auslegungsmethoden deutschen Rechts zugeordnet.[293] Schließlich wird auf die richtlinienkonforme Auslegung als Vorzugsregel in der Rechtsprechung des EuGH verwiesen.[294] Für die Verbraucherschutzrichtlinie (93/13/EWG) hat der EuGH dies z.B. in seiner Oceano Grupo-Entscheidung wie folgt formuliert:[295]

> *„26. Das Ziel des Art. 2 Richtlinie, nach dem die Mitgliedstaaten vorsehen, dass missbräuchliche Klauseln für Verbraucher unverbindlich sind, könnte nicht erreicht werden, wenn die Verbraucher die Missbräuchlichkeit solcher Klauseln selbst geltend machen müssten. ..... Infolgedessen kann ein wirksamer Schutz des Verbrauchers nur erreicht werden, wenn dem nationalen Gericht die Möglichkeit eingeräumt wird, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen.“*

288 Zur Vorlagebefugnis unterinstanzlicher Gerichte *Pache/Knauff* NVwZ 2004, 16 m.w.N.

289 Nach *Tramon/Tüllmann* NVwZ 2004, 43, 45 wurden z.B. in 1998 3/4 aller Vorlagefragen an den EuGH von unterinstanzlichen Gerichten gestellt.

290 *arass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 9.

291 *Herdegen* WM 2005, 1921, 1926; *Roth* EWS 2005, 385, 391 f.

292 EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 36; EuGH 22.05.2003 – Rs. C-105/03 (Connect Austria), Slg. 2003, I-5197 Rdn. 38; EuGH 16.06.2005 – Rs. C-105/03 (Pupino), EWS 2005, 405 Rdn. 23; *Herdegen* WM 2005, 1921, 1925 f.

293 Nachweise bei *Roth* EWS 2005, 385, 392.

294 *Roth* EWS 2005, 385, 392.

295 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 bis C-244/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 26.

197 Dies hat der EuGH u.H.a. seine Oceano Grupo-Entscheidung ferner in seiner Cofidis – Entscheidung wiederholt und darauf hingewiesen, ein nationales Gericht habe diese Befugnis als „**notwendig**“[296] anzusehen, um einen wirksamen Verbraucherschutz zu gewährleisten.[297] Gemeinschaftsrecht geht dem nationalem Recht vor.[298] Denn die Bundesrepublik Deutschland ist als Mitgliedsstaat verpflichtet, mit **allen Trägern öffentlicher Gewalt** dafür zu sorgen, dass die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele in den Mitgliedsstaaten erreicht werden.[299] Folglich müssen sich alle Träger öffentlicher Gewalt bei der Auslegung und Anwendung nationalen Rechts daran ausrichten, entsprechend dem Wortlaut und dem Zweck einer Richtlinie den mit der Richtlinie verfolgten Zweck umzusetzen.[300]

> *„Zwar kann der Gerichtshof nicht seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung des nationalen Gerichts setzen, die für die Feststellung des Sachverhalts der Rechtssache, mit der sie befasst sind, allein zuständig sind; jedoch darf die Anwendung einer nationalen Rechtsvorschrift zur Vermeidung von Missbräuchen nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Insbesondere dürfen die nationalen Gerichte nicht die Zwecke vereiteln, die mit der betreffenden Richtlinie verfolgt werden (in diesem Sinne Urteil vom 12.05.1998 in der Rechtssache C-367/96, Kefalas u.a. Slg. 1998, I-2843, Rdn. 22).“*[301]

198 Folglich tut der Prozessanwalt gut daran, zu dieser Amtspflicht des Gerichts vorzutragen, nachdem er zuvor verdeutlicht hat, welche Rechtsfrage mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug für den Ausgang des Rechtsstreites entscheidungserheblich ist. Dies sollte bereits im 1. in-

---

296 Fettdrucke durch den Autor.

297 EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 32 – 33.

298 EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 749; *Jarass/Beljin* NVwZ 2004, 1, 2.

299 EuGH 06.07.1995 – Rs. C-62/93 (BP Soupergaz), Slg. 1995, I-1883 Rdn. 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-168/95 (Arcaro), Slg. 1996, I-4705 Rdn. 41); EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24, 27.

300 EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 16.12.1993 – Rs. C-334/92 (Wagner Miret), Slg. 1993, I-6911 Rdn. 20; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; OLG Stuttgart 23.11.2004 – 6 U 82/03, WM 2005, 972, 973; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 318.

301 EuGH 11.09.2003 – Rs. C-201/01 (Walcher), EWS 2003, 480 Rdn. 37.

stanzgerichtlichen, sodann im Berufungs- und schließlich nochmals im Nichtzulassungsbeschwerde-[302] /Revisionsverfahren erfolgen. Die Thematisierung von Gemeinschaftsrecht kann entweder darauf zielen, das Gericht zur Beachtung des primären oder des sekundären Gemeinschaftsrechts zu veranlassen, wenn es um eine **Anwendung** des Gemeinschaftsrechts geht oder eine Vorlage zum EuGH anzuregen, wenn es um eine in die Zuständigkeit des EuGH fallende **Auslegung** einer entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts geht.

4.4 Grenzen durch Wortlaut deutscher gesetzlicher Regelungen

199 Wie schon ausgeführt, ist eine Transformation einer Richtlinie in nationales Recht im Wege der überschießenden Transformation zulässig, wenn es darum geht, die von einer Richtlinie vorgesehene **Begünstigung** von Personen zu erweitern.[303]

200 Eine von einer Richtlinienvorgabe abweichende richtlinienkonforme Auslegung einer nationalen Norm ist auch dann möglich, wenn sich aus den Materialien ergibt, dass der Gesetzgeber bei einer nationalen Vorschrift sich nicht bewusst gegen die Richtlinienvorgabe wenden wollte. Auch in diesem Fall ist der Gesetzeswortlaut einer nationalen Norm keine Grenze für eine richtlinienkonforme Auslegung.

201 Anders ist dies dann, dass sich aus den Materialien ergibt, dass der nationale Gesetzgeber ganz bewusst die Richtlinienvorgabe einschränken wollte, so dass keine planwidrige Regelungslücke sondern eine plangemäße Unvollständigkeit gegeben ist. Dann scheidet eine richtlinienkon-

302 EuGH 04.06.2002 – Rs. C-99/00 (Kenny Roland Lyckeskog) Rdn. 14 – 18: „Stellt sich aber eine Frage nach der Auslegung oder der Gültigkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, so ist das oberste Gericht nach Artikel 234 Absatz 3 EG verpflichtet, dem Gerichtshof entweder im Stadium der Zulassungsprüfung oder in einem späteren Stadium eine Vorabentscheidungsfrage vorzulegen.“ Folglich hat das oberste Bundesgericht auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Amts wegen europäisches Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen und ggf. nach Zulassung der Revision dem EuGH vorzulegen. Zu der Frage, ob der BGH im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren von Amts wegen Europäisches Gemeinschaftsrecht auch dann zu berücksichtigen hat, wenn der Beschwerdeführer dies nicht zum Gegenstand seiner Beschwerdebegründung gemacht hat, siehe *Vorwerk* in: Kniffka/Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS für Thode, 2005, Seite 645; *Wolf* WM 2005, 1345, 1350. Dazu, dass der BGH auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren die Vorlagefrage prüft, BGH 24.11.2005 – III ZR 04/05, DStR 2006, 1424, 1425.

303 S.o. Rdn. 193.

forme Auslegung gegen den eindeutigen Wortlaut des nationalen Gesetzes aus.[304]

202 Ist eine deutsche gesetzliche Regelung nach ihrem Wortlaut eindeutig, so darf nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Auslegung gegen den Gesetzeswortlaut nicht erfolgen.[305] Bei eindeutigem Wortlaut ist der Rückgriff auf **Auslegungs**methoden gesperrt.[306] Aber *Roth*[307] weist darauf hin, dass deshalb Rechtsfortbildung[308] allerdings nicht gesperrt ist (sog. richtlinienkonforme Rechtsfortbildung). Stößt man mithin auf einen eindeutigen **deutschen** Gesetzeswortlaut, so ist schriftsätzlich darzulegen, dass und warum das angerufene deutsche Gericht gehalten ist, richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zu betreiben.[309] Die Grenze dieser Rechtsfortbildung sind der im Wortlaut und Sinn einer Norm **eindeutig** zum Ausdruck gekommene Wille der Gesetzgebers sowie der Gleichheitssatz.[310] Da aber auch die Richtlinie Gesetz i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG ist,[311] ist auch deren Vorgabe als Bestandteil der Gesamtrechtsordnung mit zu berücksichtigen. Voraussetzung ist einer **Rechtsfortbildung** nach deutschem Recht ist aber eine Regelungslücke im Sinne einer **planwidrigen** Unvollständigkeit.[312]

203 Dies kann auch der Fall sein, wenn eine Anpassung der deutschen Rechtsordnung versehentlich nicht umfassend genug erfolgte.[313] Es kann folglich der Fall sein, dass eine EU-Richtlinie die Mehrdeutigkeit dadurch indiziert, dass eine nach nationalem Recht und dort nach Sinn bzw. Zweck und Wortlaut eindeutige gesetzliche Regelung dadurch mehrdeutig wird, dass ihre Richtlinienkonformität mit zu berücksichtigen ist.[314]

---

304 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 318.
305 z.B. BVerfG 11.06.1980 – 1 PBvU 01/79, BVerfGE 54, 277, 299; BVerfG 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105.
306 BVerfG 08.02.1983 – 1 BvL 20/81, BVerfGE 63, 131, 148; BVerfG 16.10.1984 – 2 BvL 20/82, BVerfGE 67, 369, 380 f.; BVerfG 15.01.1985 – 2 BvR 1163/82, BVerfGE 69, 92, 104 f.; BVerfG 12.03.1985 – 1 BvL 25, 45, 52/83, BVerfGE 69, 209, 219; BVerfG 22.10.1985 – 1 BvL 44/83, BVerfGE 71, 81, 105.
307 *Roth* EWS 2005, 385, 292.
308 S.o. Rdn. 20, 177, 183, 197.
309 *Roth* EWS 2005, 385, 393 f.; *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 317.
310 *Roth* EWS 2005, 385, 393.
311 S.o. Rdn. 197.
312 *Gebauer* AnwBl 2007, 314, 318.
313 *Roth* EWS 2005, 385, 394.
314 *Herdegen* WM 2005, 1921, 1922 f.

Indem auf diese Weise innerstaatliche Gesetze ihre Regelungsfunktion verlieren können, stellt sich die Frage, wie dies über das zuvor Ausgeführte hinaus mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar sein soll. Diese Vereinbarkeit wird mit dem zuvor Ausgeführten dadurch hergestellt, dass **204**

- die richtlinienkonforme Auslegung in Form der Gesetzesauslegung oder Rechtsfortbildung durch z.B. deutsche Gerichte im Rahmen der Befugnisse deutscher Gerichte dazu erfolgt und
- das deutsche Gericht seine richtlinienkonforme Auslegung einerseits innerhalb dieser Grenzen aber andererseits auch so weit wie möglich am Wortlaut der Richtlinie vornehmen muss.[315]

Folglich wird vertreten, das nationale Recht gebe den Rahmen vor, in dem sich die richtlinienkonforme Auslegung entfalten könne. Und in diesem Zusammenhang seien die nationalen verfassungsrechtlichen Grenzen zu beachten, die der im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck gebrachte Gesetzeswille vorgebe.[316)] Dem steht die Auffassung entgegen, wonach die richtlinienkonforme Auslegung sich auch gegen den nationalen Gesetzeswortlaut durchsetzen müsse. Nach ersterer Auffassung ist eine richtlinienkonforme Auslegung über den Wortlaut des deutschen Gesetzes hinweg nicht möglich,[317] nach letzterer Auffassung sehr wohl. Die erstere Auffassung leitet dies aus der Gesetzesbindung des deutschen Gerichts an den Wortlaut des deutsches Gesetzes, die letztere Auffassung versteht unter Gesetz i.S.d. Art. 20 Abs. 3 GG eben nicht nur das deutsche Gesetz sondern bezieht die Richtlinie mit ein. Andere wiederum sehen in einer den Gesetzeswortlaut überwindenden Auslegung eine gemeinschaftskonforme Auslegung mit Anwendungsvorrang der Richtlinie.[318] **205**

4.5 Vorlage zum EuGH

Geht es um eine Frage der **Inhaltsbestimmung** einer **Richtlinie**, die in die alleinige Zuständigkeit des EuGH fällt, dann bietet es sich für den Prozessbevollmächtigten an, schriftsätzlich dem nationalen Gericht gegenüber einen Vorlageantrag auszuformulieren bzw. anzuregen, wobei folgende Angaben zu beachten sind:[319] **206**

315 *Herdegen* WM 2005, 1921, 1926.
316 *Herdegen* WM 2005, 1921, 1928; s.o. Rdn. 92.
317 *Herdegen* WM 2005, 1921, 1929; s.o. Rdn. 92.
318 S.o. Rdn. 20.
319 EuGH 17.02.2005 – Rs. C-134/03 (Genova-Voltri), Beilage zu BFH/NV 4/2005, 81 Rdn. 22 f.

207 – Beschreibung des tatsächlichen und rechtlichen Rahmens der **gemeinschaftsrechtlich entscheidungserheblichen** Frage sowie Erläuterung, warum das vorlegende Gericht es für erforderlich halten sollte, dass es auf die als entscheidungserheblich angesehene Frage der Inhaltsbestimmung der Richtlinie für den Ausgang des Rechtsstreites ankommt.[320] Was also seitens des nationalen Gerichts für ein Vorabentscheidungsverfahren per Vorlage zum EuGH für notwendig und entscheidungserheblich erachtet, gehört alleine zum Verantwortungsbereich des nationalen Gerichts.[321] Ist vom nationalen Gericht eine Vorlage erst einmal vorgenommen worden, besteht dann für den EuGH die Vermutung der Entscheidungserheblichkeit, deren Richtigkeit der EuGH nicht mehr überprüft.[322] Ggf. kann der EuGH die Vorlagefrage umformulieren.[323] Eine Zurückweisung der Vorlage durch den EuGH erfolgt nur unter folgenden Voraussetzungen:[324]

208
- Die erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts steht mit dem Rechtsstreit offensichtlich in keinem Zusammenhang;
- das in der Vorlagefrage angesprochene Problem ist hypothetischer Natur;
- der EuGH verfügt nicht über alle tatsächlichen und rechtlichen Angaben, um die in der Vorlage gestellte(n) Fragen(n) zweckdienlich beantworten zu können.

209 – Bezüglich des tatsächlichen Rahmens muss die Beschreibung alle die Angaben enthalten, die es dem EuGH ermöglichen soll, dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort geben zu können, ob und inwieweit dieser Sachverhalt aufgrund EU-Gemeinschaftsrecht zu würdigen ist und die Vorlage eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage zum Gegenstand hat. Auch muss der EuGH

320 EuGH 18.03.2004 – Rs. C-314/01 (Siemens und ARGE Telecom), Slg. 2004, I-2549 Rdn. 34; EuGH 06.12.2005 – Rs. C-453/03 u.a. (ABNA U.A.), Slg. 2005, 10423 Rdn. 45 f.

321 EuGH 16.02.2006 – Rs. C-500/04 (Proxxon), Slg. 2006, I-1545 Rdn. 17 m.w.N.

322 EuGH 01.12.2005 – Rs. C-213/04 (Burtscher), Slg. 2005, 10309 Rdn. 35; EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion/Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 23.

323 EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion/Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 27.

324 EuGH 04.10.2007 – Rs. C-429/05 (Rampion/Franfinance), EuZW 2008, Rdn. 24.

bei einer Vorlage bezüglich der eigenen Zuständigkeit untersuchen können, nicht als Gutachter missbraucht zu werden und auch nicht zu hypothetischen Fragen Stellung nehmen zu sollen.[325]

Also wäre z.B. der BGH im ersten Fall[326] gehalten, auch im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren unabhängig vom Vortrag der Prozessbevollmächtigten des Beschwerdeführers von Amts zu prüfen, ob eine für die **Anwendung** des EU-Gemeinschaftsrechts entscheidungserhebliche Frage vom OLG nicht beachtet wurde, um bejahendenfalls im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde § 543 Abs. 2 ZPO dahingehend auszulegen, die Revision stets zuzulassen, wenn aus Sicht des Revisionsgerichts das Berufungsgericht das Gemeinschaftsrecht falsch **angewandt** hat.[327] **210**

Für den zweiten Fall[328] dagegen wäre im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren seitens des BGH unabhängig vom Prozessvortrag des Beschwerdeführers von Amts wegen zu prüfen, ob entscheidungserhebliche Rechtsfragen des EU-Gemeinschaftsrechts vom OLG nicht beachtet wurden und eine Vorlage zum EuGH (Art. 234 Abs. 3 EG) vorzunehmen ist, sofern er nicht die Revision deshalb zulässt,[329] wenn es um entscheidungserhebliche **Auslegungs**fragen des EU-Gemeinschaftsrechts geht, die in die Zuständigkeit des EuGH fallen.[330] Dies ist **211**

325 EuGH 18.03.2004 – Rs. C-314/01 (Siemens und ARGE Telecom), Slg. 2004, I-2549 Rdn. 35; EuGH 06.12.2005 – Rs. C- 453/03 u.a. (ABNA U.A.), Slg. 2005, 10423 Rdn. 46.

326 S.o. Rdn. 208.

327 *Wolf* WM 2005, 1345, 1350.

328 S.o. Rdn. 210.

329 *Wolf* WM 2005, 1345, 1350 vertritt die Auffassung, dass im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde § 543 Abs. 2 ZPO dahingehend auszulegen sei, dass die Revision stets zuzulassen sei, wenn aus Sicht des Revisionsgerichts das Berufungsgericht das Gemeinschaftsrecht falsch *angewandt* hat.

330 *Wolf* WM 2005, 1345, 1350. In einem Verfassungsbeschwerdeverfahren (1 BvR 981/05) war diesbezüglich vorgetragen worden, der BGH habe dies versäumt und daher gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen. Das BVerfG ist dem ohne Begründung nicht nachgegangen und hat damit seinerseits gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßen, indem es die Folgen des Verstoßes des BGH gegen Art. 234 Abs. 3 EG nicht beseitigt hat und durch Aufhebung des Nichtzulassungsbeschwerdebeschlusses des BGH diesen angehalten hat, Fragen dem EuGH vorzulegen, deren Beantwortung alleine in der Zuständigkeit des EuGH lagen. Durch diese negative Entscheidung des BVerfG waren damit die Voraussetzungen der Rechtswegerschöpfung für einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegeben.

unabhängig davon, ob das OLG Rechtsfragen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug rechtsfehlerhaft oder überhaupt nicht angewandt hat.[331]

4.6 Zur Vorlagepflicht

212 Liegen die Vorlagevoraussetzungen des Art. 234 Abs. 3 EG für ein nationales letztinstanzliches Gericht vor, so besteht mit der Rechtsprechung des EuGH eine Vorlagepflicht,[332] es sei denn

- der EuGH stellt fest, dass die Vorlagefrage nicht entscheidungserheblich ist,[333]
- die entsprechende EU-gemeinschaftsrechtliche Bestimmung war bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH oder
- die richtige Anwendung des EU-Gemeinschaftsrechts sei so offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum bleiben.[334]

213 Selbst wenn der EuGH entsprechende Bestimmungen in anderen Verordnungen bzw. Richtlinien bereits für ungültig erklärt hat, ändert dies nichts an der Vorlagepflicht im konkreten Fall, wenn diesbezüglich der EuGH noch nicht entschieden hat.[335]

214 Zur Vorlagepflicht eines deutschen letztinstanzlichen Gerichts hat ferner das BVerfG in seiner Entscheidung vom 09.01.2001[336] u.a. folgendes ausgeführt: Der nationale Gesetzgeber sei bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht zwar an die Vorgaben des GG gebunden.

> *„Soweit im Übrigen die Normsetzung zwingend dem Gemeinschaftsrecht folgt, ist sie ebenso wie das sekundäre Gemeinschaftsrecht selbst nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht zu prüfen, sondern unterliegt dem auf Gemeinschaftsrechtsebene gewährleisteten Grundrechtsschutz.“*

331 *Wolf* WM 2005, 1345, 1350.

332 EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul DouaneneExpedituer), Slg. 2005, I-10513 Rdn. 3, 15.

333 In EuGH 01.12.2005 – Rs. C-213/04 (Burtscher), Slg. 2005, 10309 Rdn. 35 hat dagegen der EuGH iudiziert, die Vorlage eines nationalen Gerichts trage die Vermutung der Entscheidungserheblichkeit in sich, so dass der EuGH die Entscheidungserheblichkeit nicht mehr feststelle.

334 EuGH 15.09.2005 – Rs. C-495/03 (Intermodal Transports), Slg. 2005, I-8151 Rdn. 33EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul Douanene Expedituer), Slg. 2005, I-10513 Rdn. 16.

335 EuGH 06.12.2005 – Rs. C-461/03 (Gaston Schul Douanene Expedituer), Slg. 2005, I-10513 Rdn. 25.

336 BVerfG 09.01.2001 – 1 BvR 1036/99, WM 2001, 74 9, 750 f.

Und ferner: Bereits in der Entscheidung des EGMR vom 16.04.2002[337] wurde eine Ablehnung einer Staatshaftung für gemeinschaftswidrige Gerichtsurteile als unverhältnismäßiger Eingriff in die Eigentumsgarantie der EMRK bewertet.[338] **215**

Aber die **Amtspflicht** zur Anwendung von Gemeinschaftsrecht und einer daraus sich ergebenden Vorlagepflicht kann nicht nur für letztinstanzliche Gerichte sondern auch für Instanzgerichte bestehen. Mit oben Ausgeführtem kann Art. 234 Abs. 2 EG nicht dahingehend verstanden werden, dass die gemeinschaftsrechtliche Vorlage zum EuGH auch eine **verfassungsrechtliche** Wahlfreiheit für Instanzgerichte beinhaltet, so dass z.B. ein Instanzgericht eine Vorlage zum EuGH selbst dann unterlassen könne, wenn sie in der Sache geboten wäre.[339] Hinzu kommt folgendes: **216**

Richtlinien haben die Mitgliedstaaten als Adressaten und auferlegen diesen Gemeinschaftsverpflichtungen. Folglich hat ein Mitgliedstaat die Verpflichtung, die mit einer Richtlinie verfolgten Ziele so in die nationale Rechtsordnung umzusetzen, dass die mit der Richtlinie verfolgten Ziele erreicht werden. Dafür hat der Mitgliedstaat mit allen seinen Institutionen einzustehen, also auch mit Instanzgerichten.[340] Dies folgt auch aus Art. 10 EG und dem darin verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue.[341] Generalanwalt *Geelhoed*[342] beschreibt dies wie folgt: **217**

> *„Gerade in Verbindung mit dieser zentralen Funktion der höchsten Gerichte bei der richtigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts innerhalb der nationalen Rechtsordnung ist es äußerst wichtig, dass die Verpflichtungen, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht für die Mitgliedstaaten ergeben, erkennen und wahren. Dies ändert nichts daran, dass auch die unteren nationalen Gerichte Verantwortung für die vollständige Durchführung und ordnungsgemäße Anwendung des Gemeinschaftsrechts tragen, auch wenn ihre Entscheidungen im nationalen Rechtssystem korrigiert werden können.*[343]

337 EGMR 16.04.2002 – Req. Nr. 36677/97 (Dangeville/Frankreich), n.V.
338 *Gundel* EWS 2004, 8, 9.
339 *Breuer* EuZW 2004, 199, 201.
340 Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 51 f., 56 f., 59.
341 Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 55.
342 Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 59.
343 Kursivsetzungen durch den Autor.

Über die Grundsätze der unmittelbaren Wirkung der dafür in Frage kommenden Bestimmungen des EG-Vertrages und des abgeleiteten Rechts, des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor entgegenstehendem nationalen Recht, der Verantwortung des Mitgliedstaates – unter bestimmten Voraussetzungen – für die Verletzung von Gemeinschaftspflichten und der Verpflichtung zur Auslegung des nationalen Rechts im Licht der maßgebenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts sorgen die nationalen Gerichte dafür, dass die Einzelnen die Rechte geltend machen können, die ihnen nach dem Gemeinschaftsrecht zustehen. Auf diese Weise bilden sie zugleich eine Garantie und eine Gegenkraft innerhalb eines Mitgliedstaates, falls andere Staatsorgane ihre Pflichten aus dem Vertrag nicht erfüllen."

218 Dies bedeutet für den Prozessbevollmächtigten des Primärrechtsstreites:

219 Er ist zunächst einmal gehalten, in dem instanzgerichtlichen Verfahren

- vorzutragen, dass und warum eine gemeinschaftsrechtliche Norm bzw. Regelung einer Richtlinie entscheidungserheblich ist.[344]
- Des weiteren ist vorzutragen, dass das Instanzgericht vom Amts wegen verpflichtet ist, sich mit diesem gemeinschaftsrechtlichen Vortrag zu befassen.[345]
- Ferner ist zu verdeutlichen, dass und warum das Instanzgericht diese gemeinschaftsrechtliche entscheidungserhebliche Frage selbst entscheiden kann, sei es durch Normensubstitution oder richtlinienkonforme Auslegung oder warum eine Vorlage zum EuGH (Art. 234 Abs. 2 EG) angezeigt ist.[346] In diesem Zusammenhang wäre auch ein gestellter Hilfsantrag zu begründen, dass und warum jedenfalls dieserhalb die Revision zugelassen werden sollte. Hier kann es hilfreich sein, seitens des Prozessbevollmächtigten formulierungsmäßig einen Vorlagebeschluss dem Gericht als Vorschlag an die Hand zu geben,[347] in welchem folgendes enthalten sein sollte: Die tatsächlichen und rechtlichen Angaben, die der EuGH für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts – nicht des nationalen Rechts – benötigt.[348]

344 S.o. Rdn. 4.
345 S.o. Rdn. 5.
346 S.o. Rdn. 7 - 14, 25 - 35.
347 *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 310 u.H.a. „Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte", abrufbar unter http://curia.europa.eu/de/instit/txtdocfr/autrestxts/txt8.pdf.
348 *Kokott/Henze* AnwBl 2007, 309, 310.

Würde das Instanzgericht dies alles negieren, könnte dieser Vortrag zum Gegenstand eines Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens gemacht werden, wenn dieserhalb die Revision vom Instanzgericht nicht zugelassen worden wäre.[349] Der BGH wäre dann verpflichtet, sich mit diesen Fragen im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren zu befassen.[350] Würde sich der BGH in einem Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren mit dem gemeinschaftsrechtlichen Vortrag nicht befassen und der Nichtzulassungsbeschwerde nicht entsprechen, so könnte folgendes in Erwägung gezogen werden: **220**

– Führte der gemeinschaftsrechtliche Vortrag dazu, dass der BGH als letztinstanzliches Gericht ggf. nach Zulassung der Revision gemäß Art. 234 Abs. 3 EG dem EuGH hätte vorlegen müssen,[351] würde er dies aber unterlassen, so läge darin ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und eine Verfassungsbeschwerde könnte darauf gestützt werden.[352] **221**

– Führte der gemeinschaftsrechtliche Vortrag dazu, dass der BGH als letztinstanzliches Gericht ebenso wie zuvor schon das LG und OLG sich von Amts wegen damit hätte befassen müssen und die gemeinschaftsrechtliche Frage hätte selbst entscheiden müssen, würde er dies aber unterlassen und der Nichtzulassungsbeschwerde nicht entsprechen, dann blieben 3 Wege: **222**

(1) Zum einen den der Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, denn der EuGH ist für gemeinschaftsrechtliche Fragen der Inhaltsbestimmung bzw. Auslegung des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG[353] und würde dies erfolglos verlaufen, so dass der Rechtsweg incl. Verfassungsbeschwerdeverfahren erschöpft wäre (*Primärrechtsschutz*), **223**

(2) den des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches wegen gemeinschaftswidriger Entscheidung (*Sekundärrechtsschutz*), so- **224**

349 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 27.
350 *Vorwerk* in: Kniffka//Quack/Vogel/Wagner (Hrsg.), FS Thode, 2005, Seite 645.
351 Zur Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte gem. Art. 234 Abs. 3 EG in der Rechtsprechung des EuGH siehe *Kenntner* EuZW 2005, 235, 237 f.
352 So geschehen in dem oben zu II. 1. a) genannten Beispiel.
353 S.o. Rdn. 144 ff.

fern der BGH mit Nachfolgendem *hinreichend qualifiziert* gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen würde.

225 (3) Und schließlich könnte nach Erschöpfung des Rechtsweges incl. einer erfolglos erhobenen Verfassungsbeschwerde (*Primärrechtsschutz*) der EGMR angerufen werden,[354] denn die Nichtvorlage eines Bundesgerichts an den EuGH würde, wenn dies gegen Art. 234 Abs. 3 EG verstoßen würde, gegen das durch Art. 6 Abs. 1 EMRK geschützte Recht auf ein faires Verfahren verstoßen.[355] Beklagte wäre dann die Bundesrepublik Deutschland als Vertragspartei der EMRK.

226 Inzwischen ist aufgrund § 580 Nr. 8 ZPO[356] eine zivilprozessuale Restitutionsklage statthaft, wenn der EGMR im Hinblick auf das angegriffene rechtskräftige Urteil eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat.[357] Nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges incl. einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde – wenn zugleich eine Grundrechtsverletzung vorgelegen hat – kann der Betroffene den EGMR anrufen, um im Falle des Obsiegens dort nunmehr im Wege des Primärrechtsschutzes das Restitutionsklageverfahren durchführen[358]

227 Oder der Betroffene kann nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges incl. einer erfolglosen Verfassungsbeschwerde – wenn zugleich eine Grundrechtsverletzung vorgelegen hat – den Wege des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches (Sekundärrechtsschutz) einschlagen.[359] Der Betroffene hat nunmehr folglich nach der Rechtswegerschöpfung eine Wahlmöglichkeit.

228 Entscheidet er sich für den Gang zum EGMR und stellt der EGMR eine Konventionsverletzung durch das belastende rechtskräftige Urteil fest, dann soll die Restitutionsklage auch dann zulässig sein, wenn dem Betroffenen vom EGMR eine Entschädigung zugesprochen wurde.[360]

---

354 Zu den Zulässigkeitsanforderungen siehe *Odendahl* JuS 2005, 537,538 f.

355 So *Lenski/Mayer* EuZW 2005, 225, die aber zugleich darauf hinweisen, dass bisher ein solcher Fall vom EGMR noch nicht entschieden wurde. Ähnlich *Kenntner* EuZW 2005, 235, 236.

356 Seit 31.12.2006 (BGBl. I 3416, 3421.

357 Dazu *Braun* NJW 2007, 1620.

358 EGMR 08.04.2004 – 71503/01, NJW 2005, 2207, 2208; *Odendahl* JuS 2005, 537,538 f.

359 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3411.

360 *Braun* NJW 2007, 1620.

Und zu diesem Restitutionsklageverfahren im Rahmen des Primärrechtsschutzes passt die Entscheidung des BVerfG[361], dass alle staatlichen Organe – also auch ein deutsches Gericht – an die Entscheidung des EGMR (aus dem ersten Verfahrensgang) gebunden seien. Folglich hätten – so das BVerfG – deutsche Gerichte Entscheidungen des EGMR zu beachten, denn gemäß Art. 46 EMRK seien die Vertragsstaaten verpflichtet, endgültige Urteile des EGMR zu befolgen. Und Urteile des EGMR seien für die beteiligten Parteien des Verfahrens verbindlich und hätten eine begrenzte Rechtskraft[362]

229 Unabhängig davon, dass in diesem zweiten Verfahrensgang das deutsche Gericht[363] – wie auch alle anderen staatlichen Organe[364] – mit dem BVerfG an besagte Entscheidung des EGMR gebunden wäre(n), sind deutsche Gerichte mit der neueren Rechtsprechung des BVerfG[365] zudem an die EMRK gebunden, die dank Zustimmungsgesetz Teil der in Deutschland geltenden Rechtsordnung ist.[366] Denn die EMRK nebst ihren Zusatzprotokollen stehen im Range eines Bundesgesetzes.[367] Folglich bezieht sich die in Art. 20 Abs. 3 GG vorgegebene Bindung an Recht und Gesetz auch auf die EMRK und Entscheidungen des EGMR dienen der Gesetzesauslegung der EMRK.[368] Und in Art. 1 EMRK haben sich die Vertragsstaaten verpflichtet, die EMRK in der Gestalt anzuwenden, wie sie in der Rechtsprechung des EGMR konkretisiert worden ist.[369]

---

361 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409 (dazu *Sachs* JuS 2005, 164); BVerfG 05.04.2005 – 1 BvR 1664/04, NJW 2005, 1765.

362 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409; ferner *Pernice* EuZW 2004, 705.

363 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3409.

364 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105; *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 17; *Pernice* EuZW 2004, 705.

365 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407; BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105; *Pernice* EuZW 2004, 705.

366 So schon *Wagner*, Die Praxis des Steuerprozesses, 2002, Rdn. 607, 611. Auf die Frage, ob aus den Entscheidungen des BVerfG vom 14.10.2004 und 28.12.2004 herausgelesen werden könne/müsse, die Bindung deutscher Gerichte an Entscheidungen des EGMR bzw. an die EMRK habe nur so lange zu erfolgen, als sie mit der nationalen Rechts- und Verfahrensordnung vereinbar sind, wird hier nicht eingegangen. Dazu siehe *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 16 f.

367 BVerfG 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407, 3408.

368 BVerfG 28.12.2004 – 1 BvR 2790/04, NJW 2005, 1105, 1107.

369 BVerfG 05.04.2005 – 1 BvR 1664/04, NJW 2005, 1765, 1766; *Meyer-Ladewig/Petzold* NJW 2005, 15, 19.

230 Bedenkt man, welche Schwierigkeiten mit dem nachfolgend Dargelegten bestehen, die Hürden eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches im Rahmen des *sekundären* Rechtsschutzes erfolgreich zu meistern, so kann es durchaus erwägenswert sein, den *primären* Rechtsschutz – wenn die Voraussetzungen dies erlauben – bis zum EGMR zu verlängern, um im Falle eines erfolgreichen Urteils vor dem EGMR einen zweiten Verfahrensgang vor einem deutschen Gericht im *primären* Rechtsschutz mit einem entsprechend das deutsche Gericht bindenden Urteil des EGMR im Rücken anzutreten.

231 Begleitet werden kann dies durch eine parallel bei der EU-Kommission zu tätigende Vorlage, für die es den Grundsatz der Rechtswegerschöpfung nicht gibt.[370]

232 Es wird folglich deutlich, dass man die Rechtslage nicht ausschließlich und nicht primär nach dem nationalen Recht beurteilen sollte, sondern das europäische Recht stets dort im Blickfeld haben sollte, wo es auf das nationale Recht Einfluss nimmt, selbst und gerade wenn das nationale Recht vom Europäischen Recht abweicht. Dies auch deshalb, weil das europäische Gemeinschaftsrecht mit oben Ausgeführtem Vorrang vor dem nationalen Recht hat, die nationalen Gerichte **von Amts wegen** verpflichtet sind, dem europäischen Recht im nationalen Rechtskreis zum Durchbruch zu verhelfen[371] und das BVerfG[372] eine Grundrechtsverletzung darin sieht, wenn ein letztinstanzliches deutsches Gericht eine entscheidungserhebliche gemeinschafts-rechtliche Frage dem EuGH als gesetzlichem Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vorlegt, obwohl dies geboten gewesen wäre.

233 Schließlich sind nationale Gerichte Bestandteile der Gemeinschaftsordnung, die an der Anwendung und Weiterentwicklung des europäischen Integrationsprozesses beteiligt sind.[373]

234 Und folglich haben nationale Gerichte nicht nur nationales Recht anzuwenden, sondern in Fällen der Einschlägigkeit von Gemeinschaftsrecht

370 S.u. Rdn. 250 ff.

371 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Nr. 32 u.H.a. EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 16 und EuGH 19.06.1990 – Rs. C-213/89 (Factortame), Slg. 1990, I-2433 Rdn. 19.

372 S. o. Rdn. 144 ff.

373 EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 16; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 53, 66.

dieses nationale Recht so weit auszulegen, dass es zu keinen Kollisionen mit dem Gemeinschaftsrecht kommt.[374] Generalanwalt *Leger* beschreibt dies treffend wie folgt:

> *„Es [das nationale Gericht] hat vielmehr sein innerstaatliches Recht kritisch zu würdigen, um sich vor dessen Anwendung zu vergewissern, dass es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Hält es eine mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Auslegung seines innerstaatlichen Rechts nicht für möglich, so hat es dessen Anwendung auszuschließen und sogar an Stelle seines innerstaatlichen Rechts im Wege einer Normensubstitution die Bestimmung des Gemeinschaftsrechts anzuwenden, es sei denn – wiederum –, daraus ergibt sich eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Einzelnen."*[375]

235 Und diese Pflicht besteht von Amts wegen, auch wenn sich keine Partei eines Rechtsstreites darauf berufen hat.[376] Ist dem nationalen Gericht eine gemeinschaftskonforme Auslegung bzw. Normsubstitution nicht möglich, so ist es gehalten, die entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage dem EuGH vorzulegen (Art. 234 EG, 101 Abs. 1 Satz 2 GG), wenn oben beschriebene Vorlagevoraussetzungen gegeben sind. Und diese Pflicht besteht auch schon vor Erschöpfung des Rechtsweges.[377] Entzieht sich ein nationales höchstes Gericht dieser Vorlagepflicht, dann kann dies zur Haftung des Mitgliedstaates führen.[378]

236 Diese Entwicklung zeigt, dass die Sensibilität (auch) deutscher Gerichte erheblich wachsen wird, sich mit Fragen des Gemeinschaftsrechts zu befassen und Gemeinschaftsrecht eigenen Entscheidungen zu

374 EuGH 10.04.1984 – Rs. 14/83 (Von Colson und Kamann), Slg. 1984, 1891 Rdn. 26; EuGH 13.11.1990 – Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990, I-4135 Rdn. 8; EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), Slg. 1994, I-3325 Rdn. 26; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 34 – 35; EuGH 26.09.1996 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 24; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 49, 57.

375 Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 59; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 320.

376 EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 65.

377 EuGH 09.03.1978 – Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629 Rdn. 24 i.V.m. Rdn. 16; Generalanwalt *Leger* in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Nr. 57 ff.

378 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539 Rdn. 30 – 59; ferner Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 144 ff.

Grunde zu legen.[379] Dann aber sollte man sich als Prozessanwalt bereits bei seinem schriftsätzlichen Vortrag auf gemeinschaftsrechtliche Erfordernisse einstellen und mit dem Mandanten dann, wenn eine entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Frage vom Instanzgericht bzw. dem BGH nicht berücksichtigt wurde, überlegen, ob und inwieweit im Rahmen des **Primärrechtsschutzes** dem eine Verfassungsbeschwerde und ein Gang zu dem EGMR angeschlossen werden sollte oder im Rahmen des **Sekundärrechtsschutzes** eine gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsklage in Erwägung zu ziehen ist.

4.7 Effektiver gerichtlicher Rechtsschutz

237 Das Grundrecht des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes im deutschen Recht bedeutet:

238 Das BVerfG leitet bei bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten den Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz nicht aus Art. 19 Abs. 4 GG sondern aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip ab.[380] Dazu gehört auch, dass dann, wenn das Prozessrecht eine weitere Instanz eröffnet, ein von der Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel durch das Rechtsmittelgericht nicht ineffektiv gemacht werden darf und für den Beschwerdeführer nicht „leerlaufen“ lassen darf.[381] Dieses Grundrecht erlangt insbesondere dann Bedeutung, wenn ein Berufungsgericht die Berufung im Beschlusswege wegen mangelnder Erfolgsaussicht gemäß § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zurückweist, obwohl im Hinblick auf § 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bzw. 3 ZPO ein Urteil des Berufungsgerichts geboten wäre.[382]

239 Der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes besteht auch im EU-Gemeinschaftsrecht. Der EuGH hat sich z.B. im Falle Schweden mit der Frage befasst, ob gegen diesen Grundsatz verstoßen wird, wenn

379 Davon ungerührt und ohne jede Auseinandersetzung mit dieser Rechtsentwicklung BFH 06.06.2003 – III B 98/02, BFH/NV 2003, 1214, 1215, indem der BFH meint, im Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren gehe es nur um die Zulassung zum BFH, so dass über ein Vorabentscheidungsersuchen zum EuGH nicht zu entscheiden sei.

380 BVerfG 29.05.2007 – 1 BvR 624/03, NJW 2007, 3118, 3119 m.w.N.

381 BVerfG 17.03.1988 – 2 BvR 233/84, BVerfGE 78, 88, 99; BVerfG 30.04.1997 – 2 BvR 817/90 u.a., BVerfG 96, 27, 39; BVerfG 09.10.2006 – 1 BvR 2665/03, WM 2007, 182 m.w.N.

382 Zu § 522 Abs. 2 ZPO: BVerfG 26.04.2005 – 1 BvR 1924/04, NJW 2005, 1931; BVerfG 29.05.2007 – 1 BvR 624/03, NJW 2007, 3118.

die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates einen eigenständigen Rechtsbehelf nicht vorsieht, mit dem die Prüfung der Vereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit einer EU-gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift als Vorfrage für ein Gerichtsverfahren herbeigeführt werden kann.[383] Eine vergleichbare Situation haben wir in Deutschland.

240 Der EuGH verweist darauf, dass der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes durch Gerichte ein allgemeiner Grundsatz des EU-Gemeinschaftsrechts sei, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergebe, die in den Art. 6 und 13 EMRK verankert seien. Diesen aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleiteten Schutz habe ein nationales Gericht zu gewährleisten.[384] Wenn eine nationale Rechtsordnung keinen **Rechtsbehelf** vorsehe, der dem Einzelnen nicht wenigstens inzident die Wahrung des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Gericht gewährleiste, dann seien Mitgliedstaaten verpflichtet,

> *„ein System von Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung dieses Rechts gewährleistet werden kann."*[385]

Dies bedeutet mit dem EuGH:

241 – Die Verfahrensmodalitäten für Klagen, mit denen für den Einzelnen dessen Rechte aus EU-Gemeinschaftsrecht gewährleistet werden sollen, müssen dem **Grundsatz der Gleichwertigkeit** entsprechen. Sie dürfen folglich nicht ungünstiger ausgestaltet sein, als innerstaatliche Klagen.[386]

242 – Ferner müssen Klageverfahren dem **Grundsatz der Effektivität** entsprechen. Sie dürfen folglich gemeinschaftsrechtliche Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren.[387]

243 – Schließlich müssen Gerichte alles tun, damit sie mit dem Urteil zu dem Ziel beitragen

> *„einen effektiven Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten."*[388]

383 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn.36.
384 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 37 – 38 m.w.N.
385 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 42.
386 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 43.
387 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 43.
388 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 44.

244 Das deutsche Recht sieht keinen **eigenständigen Rechtsbehelf** vor, mit dem der Verstoß gegen übergeordnete EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden könnte. Dies beanstandet der EuGH – dort für eine vergleichbare Situation in Schweden – noch nicht als Verstoß gegen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes, solange in laufenden Verfahren inzident behauptete Verstöße gegen EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden können.[389] Erfolgt eine solche Inzidentprüfung des nationalen Gerichts jedoch nicht, dann kann darin zugleich ein Verstoß gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes gegeben sein. Ein Beispiel wurde oben ausgeführt, indem deutsche Gerichte weitgehend nicht von Amts wegen prüfen, ob Verstöße gegen die Verbraucherschutzrichtlinie gegeben sind.

245 Diese Notwendigkeit gemeinschaftsrechtlicher Inzidentprüfung des nationalen Gerichts im Rahmen des Primärrechtsschutzes ist in Deutschland auch deshalb gegeben, weil der deutsche Gesetzgeber nicht nur keinen eigenständigen Rechtsbehelf vorgesehen hat, mit dem der Verstoß gegen übergeordnetes EU-gemeinschaftsrechtliche Vorschriften gerügt werden könnte, sondern der deutsche Gesetzgeber hat auch kein Abänderungs- bzw. Restitutionsklageverfahren gegen ein rechtskräftiges Urteil für den Fall zugelassen, dass der EuGH in einem anderen Fall eine vergleichbare entscheidungserhebliche Rechtsfrage entschieden hat, die für den Betroffenen günstig wäre.[390]

246 Des weiteren hat sich der EuGH mit der Frage befasst, ob der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes erfordere, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates vorsehen müsse, dass im Wege des **vorläufigen Rechtsschutzes** nationale Bestimmungen ausgesetzt werden können, bis das Gericht im Rahmen seiner Inzidentprüfung im Hauptsacheverfahren zu einem Ergebnis gelangt sei.[391] Dazu hat der EuGH ausgeführt:

247 – Ein nationales Gericht müsse in der Lage sein, vorläufige Maßnahmen zu erlassen,

389 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 47, 49, 61.

390 Zur Aufhebung rechtskräftiger zivilgerichtlicher Urteile unter dem Einfluss des EU-Gemeinschaftsrechts *Germelmann* EWS 2007, 392; *Poelzig* JZ 2007, 858.

391 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 66.

> *„um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen"*[392]

selbst wenn es ungewiss ist, ob der Anspruch begründet ist.[393] Und auch hier müssen der **Grundsatz der Gleichwertigkeit**[394] **und der Grundsatz der Effektivität**[395)] **beachtet werden.**[396]

– Ein Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz kann jedoch nicht auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des effektiven gerichtlichen Schutzes gestützt werden, wenn der Antrag auf diesen vorläufigen Rechtsschutz unzulässig ist, sofern das Gemeinschaftsrecht in seiner Auslegung beim Urteil in der Hauptsache dem nicht entgegensteht.[397] **248**

5 Vertragsverletzungsverfahren

249 Darunter versteht man die Möglichkeit, seitens des Einzelnen die Europäische Kommission anzurufen, wenn ein Mitgliedstaat der EU seinen gemeinschaftsrechtlichen Pflichten nicht nachkommt, um im Ergebnis ein durch die EU-Kommission vor dem EuGH gegen den betreffenden Mitgliedstaat einzuleitendes Vertragsverletzungsverfahren zu erreichen (Art. 226 EG). Für die Durchführung eines Vertragsverletzungsverfahrens bedarf die Kommission keines spezifischen Rechtsschutzbedürfnisses,[398] wenngleich der EuGH von Amts wegen prüfen kann, ob die Voraussetzungen für die Erhebung einer Vertragsverletzungsklage gegeben sind.[399] Dazu ist seitens der EU-Kommission in der Klageschrift eine zusammenhängende und genaue Darstellung der Rügen vorzunehmen, damit der EuGH die Tragweite des dem Mitgliedstaat

392 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 67, 75, 79 m.w.N.
393 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 72.
394 S.o. Rdn. 242.
395 S.o. Rdn. 243.
396 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 82.
397 EuGH 13.03.2007 – Rs. C-432/05 (Unibet), EWS 2007, 177 Rdn. 73, 75.
398 EuGH 29.01.2004 – Rs. C-209/02 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-1211 Rdn. 16 – 18; Generalanwältin *Kokott* 29.04.2004 in EuGH 14.09.2004 – Rs. C-385/02 (Kommission/Italien), Slg. 2004, I-8121 Nr. 15.
399 EuGH 31.03.1992 – Rs. C-362/90 (Kommission/Italien), Slg. 1992, I-2353 Rdn. 8; EuGH 27.10.2005 – Rs. C-525/03 (Kommission/Italien), Slg. 2005, I-9405 Rdn. 8); EuGH 01.02.2007 – Rs. C-199/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), EuZW 2007, 187 Rdn. 20.

vorgeworfenen Verstoßes richtig erfassen kann und der Mitgliedstaat sich entsprechend verteidigen kann.[400]

250 Dem geht bei der EU-Kommission ein Vorverfahren voraus, in welchem die Kommission dem betreffenden Mitgliedstaat die Gelegenheit gibt, entweder seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen oder sich gegenüber Rügen der Kommission zu verteidigen.[401]

251 Das Mahnschreiben der Kommission an den Mitgliedstaat sowie die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission begrenzen alsdann den Streitgegenstand, auf den die Klage der Kommission im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahren gestützt werden kann.[402] Folglich ist ein Vertragsverletzungsverfahren an Hand der Situation zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die ihm seitens der EU-Kommission zwecks Abgabe einer mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt worden ist.[403] Selbst wenn nach Ablauf dieser Frist die Beanstandung vom Mitgliedstaat behoben wurde, ist für eine Klage der Kommission ein Rechtsschutzbedürfnis noch gegeben wie auch solche spätere Änderungen vom EuGH nicht berücksichtigt

400 EuGH 01.02.2007 – Rs. C-199/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), EuZW 2007, 187 Rdn. 21.

401 EuGH 14.10.2004 – Rs. C-340/02 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-9845 Rdn. 25 m.w.N.; EuGH 07.07.2005 – Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), EuZW 2005, 465 Rdn. 22.

402 EuGH 07.07.2005 – Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), EuZW 2005, 465 Rdn. 23; EuGH 22.09.2005 – Rs. C-221/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2005, I-8307 Rdn. 38.

403 EuGH 29.01.2004 – Rs. C-209/02 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-1211 Rdn. 16; EuGH 15.07.2004 – Rs. C-424/02 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2004, I-7249 Rdn. 31 m.w.N.; EuGH 14.09.2004 – Rs. C-168/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2004, I-8227 Rdn. 24 m.w.N.; EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 19 und 25; EuGH 07.07.2005 – Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969 Rdn. 23; EuGH 12.07.2005 -–Rs. C-6263 (Kommission/Frankreich), Slg. 2005, I-6263 Rdn. 30; EuGH 14.07.2005 – Rs. C-135/03 (Kommission/Spaniern), Slg. 2005, 6909 Rdn. 31; EuGH 14.07.2005 – Rs. C-433/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2005, I-6985 Rdn. 28, 32; EuGH 15.09.2005 – Rs. C-372/03 (Kommission/Deutschland), Slg. 2005, I-8109 Rdn. 51; EuGH 27.10.2005 – Rs. C-525/03 (Kommission/Italien), Slg. 2005, I-9405 Rdn. 14; EuGH 08.12.2005 – Rs. C-33/04 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, 10629 Rdn. 36, 43; EuGH 18.05.2006 – Rs. C-221/04 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, 4515 Rdn. 23.

werden.[404] Dies insbesondere dann, wenn durch eine solche Klage für die Haftung des Mitgliedstaates gegenüber denjenigen bedeutsam ist, die von der Vertragsverletzung des Mitgliedstaates betroffen waren.[405] Allerdings regt der EuGH an, dann, wenn sich zwischen der Stellungnahmefrist und der Vertragsverletzungsklage Umstände gravierend geändert haben, an die Stelle einer Vertragsverletzungsklage seitens der Kommission eine neue mit Gründen versehene Stellungnahme einzufordern.[406]

252 Im übrigen braucht die EU-Kommission für ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH kein Klageinteresse nachzuweisen, da sie von Amts wegen im Allgemeininteresse verpflichtet ist, Mitgliedstaaten zu überwachen und Verstöße gegen sich aus dem EU-Gemeinschaftsrecht ergebende Verpflichtungen feststellen zu lassen.[407] Über Fragen der Zweckmäßigkeit entscheidet alleine die EU-Kommission,[408] so dass der EuGH auch nicht über die Frage der Ermessensausübung der EU-Kommission sondern nur über die Frage der Vertragsverletzung entscheidet.[409]

404 EuGH 06.03.2003 – Rs. C-211/02 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2003, I-2429 Rdn. 6; EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 19 und 25; EuGH 22.09.2005 – Rs. C-221/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2005, I-8307 Rdn. 60; EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 49. Wohl aber darf die Kommission in ihrer Vertragsverletzungsklage vor dem EuGH Rechtsprechung desselben zitieren, die nach Ablauf der Stellungnahmefrist ergangen ist, um die eigene Rechtsauffassung zu untermauern: EuGH 14.07.2005 – Rs. C-433/05 (Kommission/Deutschland), Slg. 2005, I-6985 Rdn. 28 – 29.

405 EuGH 14.09.2004 – Rs. C-168/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2004, I-8227 Rdn. 24 m.w.N.

406 EuGH 09.12.2004 – Rs. C-177/03 (Kommission/Frankreich), Slg. 2004, I-11671 Rdn. 21.

407 EuGH 08.12.2005 – Rs. C-33/04 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, 10629 Rdn. 65.

408 EuGH 08.12.2005 – Rs. C-33/04 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, 10629 Rdn. 66 f.

409 EuGH 08.12.2005 – Rs. C-33/04 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, 10629 Rdn. 67.

253 Für die Vertragsverletzung eines Mitgliedstaates, für deren Vorliegen die Kommission die Beweislast hat, ohne sich auf Beweisanzeichen bzw. Vermutungen stützen zu dürfen,[410] ist es ohne Bedeutung, welches Staatsorgan durch ein Handeln oder Unterlassen einen Verstoß verursacht hat.[411]

254 Dazu kann auch gehören, sich wegen der Nichtvorlage eines obersten Gerichts (Verletzung des Art. 234 Abs. 3 EG) an die EU-Kommission zu wenden,[412] wie es der Fall sein kann, wenn selbst das BVerfG entgegen seiner veröffentlichten Rechtsprechung zu Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gleichwohl eine von einem obersten Bundesgericht unterlassene gebotene Vorlagen zum EuGH passieren lässt und die Voraussetzungen für eine **willkürliche** Nichtvorlage für einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK und ein Verfahren vor dem EGMR nicht so ohne weiteres belegbar sind.[413] Bleibt jedoch die EU-Kommission untätig, so besteht für den Einzelnen dagegen kein Klagerecht, er kann also dieserhalb nicht die EU-Kommission vor dem EuGH verklagen.[414]

---

410 EuGH 14.07.2005 – Rs. C-135/03 (Kommission/Spaniern), Slg. 2005, 6909 Rdn. 41; EuGH 20.10.2005 – Rs. C-06/04 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 2005, I-9017 Rdn. 75; EuGH 18.05.2006 – Rs. C-221/04 (Kommission/Spanien), Slg. 2006, 4515 Rdn. 59.

411 EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-14637 Rdn. 29.

412 Angedeutet in EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), EuZW 2004, 151 Rdn. 29; *Lenski/Mayer* EuZW 2005, 225 weisen darauf hin, dass durch die Europäischen Kommission unter dem Az. 2003/2161 i.S. Kommission/Schweden ein einem Vertragsverletzungsverfahren vorgeschaltetes Vorverfahren wegen Nichtvorlage durch das Oberste Gericht durchgeführt wird. Ferner *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 27; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 67 f.

413 *Wolf* WM 2005, 1345.

414 Nach EuGH 22.02.2005 – Rs. C-141/02 P (Kommission/max.mobil Telekommunikation Service), NJW 2005, 1177 Rdn. 66 ist die Kommission zwar *befugt*, festzustellen, dass bestimmte Maßnahmen eines Mitgliedstaates gemeinschaftswidrig sind und was der Mitgliedstaat zu tun hat, um seinen Verpflichtungen zu entsprechen. Gem. Art. 90 Abs. 3 EG und dem Sinn und Zweck des Art. 90 EG ist die Kommission aber nicht verpflichtet, tätig zu werden wie auch der Einzelne keinen Anspruch gegenüber der Kommission hat, eine Stellungnahme in seinem Sinne zu erhalten (Rdn. 68 – 69). Dazu siehe auch Gebauer/*Wiedemann*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 71; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 4.

255 Hinzu kommt: Würde die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH durchführen, so könnte dessen Ergebnis nur ein Feststellungsurteil des EuGH sein. Dieses entfaltet nach langer Verfahrensdauer dann nur in der Weise Wirkung, als der Mitgliedstaat verpflichtet ist, unverzüglich die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus einem solchen Feststellungsurteil ergeben (Art. 228 Abs. 1 EG), will er nicht riskieren, dass ihm Buß- bzw. Zwangsgelder auferlegt werden (Art. 228 Abs. 2 EG).[415] Denn nach der Rechtsprechung des EuGH verlangt das Interesse an einer sofortigen und einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts, dass die Durchführung eines Urteils des EuGH

> *„sofort in Angriff genommen und innerhalb kürzestmöglicher Frist abgeschlossen wird."*[416]

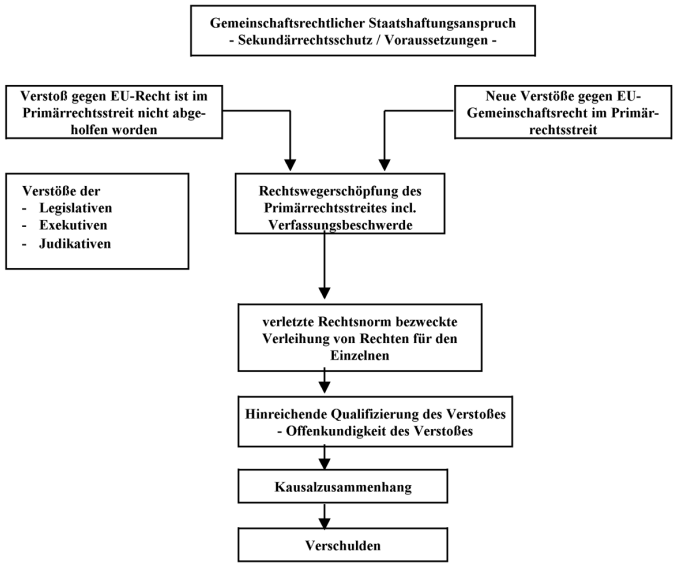
256 Bei einer Vertragsverletzung wird seitens des EuGH auf die Lage abgestellt, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die ihm in der von der EU-Kommission zugeleiteten mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde.[417]

415 EuGH 25.11.2003 – Rs. C-278/01 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, 14141 Rdn. 28, 40 ff.; *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 5.

416 EuGH 25.11.2003 – Rs. C-278/01 (Kommission/Spanien), Slg. 2003, 14141 Rdn. 27 u.H.a. EuGH 04.07.2000 – Rs. C-387/97 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-5047 Rdn. 82 m.w.N.

417 EuGH 20.11.2003 – Rs. C-296/01 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-13909 Rdn. 43; EuGH 27.11.2003 – Rs. C-429/01 (Kommission/Frankreich), Slg. 2003, I-14355 Rdn. 56.

6 Gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch – Sekundärrechtsschutz



6.1 Einordnung

257 Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch[418] kommt dann in Frage, wenn der Mitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland oder eine seiner Institutionen[419] (Legislative,[420] Exekutive,[421] Judikative[422]) gegen

418 Begründet durch EuGH 19.11.1991 – Rs. C-06/90 und C-09/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357.

419 EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 34 betreffend jegliche Art der Verletzung von Gemeinschaftsrecht ohne Unterscheidung, ob diese durch die Legislative, Exekutive oder Judikative zu verantworten ist. *Wolf* WM 2005, 1345, 1346.

420 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 35, 39, 46; EuGH 04.12.1997 – Rs. C-97/96 (Daihatsu), Slg. 1997, I-6843; EuGH 29.09.1998 – Rs. C-191/95 (Kommission/Deutschland), Slg. 1998, I-5449 wegen Nichtumsetzung einer Richtlinie; EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EuZW 2006, 561 mit Anm. *Seegers.*

421 EuGH 23.05.1996 – Rs. C-5/94 (Hedley Lomas), Slg. 1996, I-2553.

422 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539; *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112.

Europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen haben, es nicht oder nicht fristgemäß oder nicht effektiv in deutsches Recht transformierte haben oder es nicht zur Geltung gebracht haben.[423] Abgesehen davon, dass dies unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Eingabe an die Europäischen Kommission führen kann, die dann dies zum Anlass nehmen kann, ein Vertragsverletzungsverfahrens (Art. 226 EG) einzuleiten, zumal der Betroffene bei einer Eingabe an die EU-Kommission zur vorherigen Einlegung von Rechtsmitteln nicht verpflichtet ist,[424] wird der Betroffene in aller Regel versuchen, einen vorgenannten Verstoß gegen europäisches Gemeinschaftsrechts zum Gegenstand seines **Primärrechtsschutzes** zu machen. Ist dabei erneut gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht verstoßen worden, kann sich dem im Rahmen des **Sekundärrechtsschutzes** der Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch anschließen. Diese Möglichkeit dient mithin mittelbar dazu, dass nationale Gerichte ihrer Pflicht nach Wahrung des Primärrechtsschutzes nachkommen.[425]

258 Daneben sollte stets zusätzlich geprüft werden, ob dann, wenn der Primärrechtsschutz und Sekundärrechtsschutz fehlgeschlagen sind, nicht wenigstens ein **Amtshaftungsanspruch** gegeben sein kann.[426]

423 Dazu allgemein *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 6. Ferner *Kenntner* EuZW 2005, 235 u.H.a.: EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (...), EuZW 2004, 151 (wegen legislativen Unterlassens, eine nationale Norm nicht so zu ändern, dass eine mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbarende Anwendung gewährleistet worden war, weswegen das oberste Gericht eine gemeinschaftskonforme Auslegung unterließ. Dazu auch *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 28); *Nettesheim* WM 2006, 457, 458.
EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539 (wegen unterlassener Vorlage als judikativen Unrechts); EuGH 13.01.2004 – Rs. C-453/00 (Kühne & Heitz), EuZW 2004, 215 (Durchbrechung der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes bei exekutivem Unrecht nach Unterlassener Vorlage gem. Art. 234 Abs. 3 EG).

424 EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Rdn. 29; Generalanwalt *Geelhoed* in EuGH 03.06.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Nr. 45 f., 61; *Breuer* EuZW 2004, 199, 201.

425 *Schima*, Das Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH, 2. Aufl. 2004, Seite 6.

426 So geprüft in BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 153, 163; BGH 20.01.2005 – III ZR 48/01, NJW 2005, 742, 743; *de Weerth* DB 2005, 1407, 1409.

6.2 Sekundärrechtsschutz

259 In der Rechtsprechung des EuGH[427] ist entschieden, dass der Staat dem Einzelnen für solche Schäden zu haften hat, die ihre Ursache in solchen dem Staat zuzurechnenden Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht haben. Auch Art. 10 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, rechtswidrige Folgen von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben.[428] Dies soll dem Schutz subjektiver Rechte von Unionsbürgern dienen, zugleich aber auch auf die Sicherung der effizienten Durchsetzung bzw. Befolgung des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten achten.[429] Dies geht aber (noch) nicht so weit, dass nationale Gerichte die Pflicht hätten, gemeinschaftswidrige **rechtskräftige** gerichtliche Entscheidungen aufheben zu müssen.[430]

260 Der EuGH führt zunächst aus, dass **alle staatlichen Instanzen** – folglich auch Instanzgerichte – die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen zu beachten haben.[431] Und der EuGH hat ferner entschieden, ob und inwieweit der einzelne Mitgliedstaat dem Einzelnen für Schäden einzustehen hat, die ihm deshalb entstanden sind, weil das

427 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 33; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 31 – 32; EuGH 01.06.1999 – Rs. C-302/97 (Konle), Slg. 1999, I-3099 Rdn. 62; EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 27; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/00 (Larsy), 2001, I-5063 Rdn. 35; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 64, 104.

428 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 36; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 32; BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 18.

429 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 33; *Wolf* WM 2005, 1345, 1346.

430 EuGH 16.03.2006 – Rs. C-234/04 (Kapferer/Schlank & Schick GmbH), NJW 2006, 1577 Rdn. 20 f.

431 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539 Rdn. 32.

höchste[432] bzw. ein Instanzgericht[433] gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen bzw. dies nicht angewandt hat.

Folglich ist in der Rechtsprechung des EuGH[434] entschieden, dass der Staat dem Einzelnen für solche Schäden zu haften hat, die diesem aufgrund von Schäden entstehen, die ihre Ursache aufgrund der dem Staat zuzurechnenden Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht entstanden sind. Auch Art. 10 EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, rechtswidrige Folgen von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben.[435] Dazu kann auch folgendes gehören: Hat ein Mitgliedstaat z.B. eine Richtlinie nicht effektiv in nationales Recht transformiert und scheidet eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts wegen des eindeutigen dem entgegenstehenden Wortlautes des nationalen Rechts aus und wären die Voraussetzungen einer gemeinschaftskonformen Auslegung nicht gegeben,[436] dann verbleibt für Betroffene die Möglichkeit, den dadurch erlittenen Nachteil im Rahmen eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bei Vorliegen der für diesen zu **261**

432 EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), dazu Schlussanträge des Generalanwaltes Leger vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40.

433 Mitgeteilt in EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 3. u. H. a. Rs. C-129/00 (Kommission/Italien) und Nr. 41 ff. Dass ein Mitgliedstaat sicherstellen muss, dem Einzelnen den Schaden zu ersetzen, der ihm wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht entstanden ist, einerlei welche staatliche Stelle für diesen Verstoß verantwortlich ist, siehe bereits EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 27; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/00 (Larsy), 2001, I-5063 Rdn. 35.

434 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 33; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 31 – 32; EuGH 01.06.1999 – Rs. C-302/97 (Konle), Slg. 1999, I-3099 Rdn. 62; EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 27; EuGH 28.06.2001 – Rs. C-118/00 (Larsy), 2001, I-5063 Rdn. 35; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 64, 104; EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539.; siehe auch Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40. Ferner *Obwexer* EuZW 2003, 726.

435 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 36; EuGH Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 32; BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154, 159 u.H.a. die Rechtsprechung des EuGH.

436 S.o. Rdn. 20.

beachtenden Voraussetzungen vor dem nationalen Gericht geltend zu machen.[437]

262 Soweit in der Rechtsprechung des EuGH[438] entschieden ist, ob und inwieweit der einzelne Mitgliedstaat dem einzelnen für Schäden einzustehen hat, die ihm deshalb entstanden sind, weil das höchste Gericht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, beabsichtigt der EuGH damit ersichtlich, die Vorlagepflicht gemäß Art. 234 Abs. 3 EG **haftungsrechtlich** abzusichern.[439] Dazu hat der EuGH im Entscheidungsfalle betreffend die Republik Österreich ausgeführt, gegen eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts bestehe zwar im Grundsatz zunächst kein Staatshaftungsanspruch.[440] Aber da alle staatlichen Instanzen die vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Normen zu beachten hätten[441] und um die Wirksamkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen nicht zu beeinträchtigen, müsse für den Einzelnen die Möglichkeit der Entschädigung gegeben sein, wenn seine Rechte durch Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht beeinträchtigt würden. Bei Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte, die gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen würden, sei ein solcher Verstoß dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen.[442]

263 Ein solcher Staatshaftungsanspruch betreffend letztinstanzliche Entscheidungen berühre nicht die Rechtskraft der letztinstanzlichen Entscheidung, da das Staatshaftungsverfahren einen anderen Streitgegenstand betreffe. Denn mit dem Staatshaftungsverfahren werde nicht die Aufhebung besagter letztinstanzlicher Entscheidung angestrebt, vielmehr gehe es darum, die Folgen einer das Gemeinschaftsrecht negie-

437 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 110, 112: (1) Ziel der RiL muss die Verleihung von Rechten zu Gunsten des Einzelnen sein. (2) Der Inhalt von Rechten des Einzelnen muß sich aus der RiL ergeben. (3) Es muss ein Kausalzusammenhang zwischen RiL-Verstoß des Mitgliedstaates und dem entstandenen Schaden bestehen.

438 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539.; siehe auch Schlussanträge des Generalanwaltes *Leger* vom 08.04.2003, Nr. 15, bejahend in Nr. 25, 40. Dazu *Epiney* NVwZ 2004, 1076.

439 *Epiney* NVwZ 2004, 1067, 1068; *Gundel* EWS 2004, 8.

440 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 13.

441 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 32.

442 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 33; *Herrmann* EuZW 2006, 231.

renden Entscheidung auszugleichen.[443] Da es zudem nicht um die persönliche Haftung der Richter sondern um die Haftung des Mitgliedstaates gehe, werde auch nicht die Unabhängigkeit von Richtern und Gerichten tangiert.[444]

264 Letzteres hat der EuGH jüngst in seiner Kapferer-Entscheidung[445] nochmals verdeutlicht. Verstößt eine nationale rechtskräftige gerichtliche Entscheidung gegen EU-Gemeinschaftsrecht, so ist ein dieserhalb angerufenes nationales Gericht nicht verpflichtet, von der Rechtskraft abzusehen.[446] Gerade deswegen kommt es ja nicht zur Korrektur der rechtskräftigen Entscheidung des Primärrechtsweges, sondern zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch im Sekundärrechtsweg.

265 Der EuGH verweist ferner darauf, es sei Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, welches Gericht für die Durchführung eines solchen Staathaftungsverfahrens zuständig sei.[447] Der Mitgliedstaat müsse dem Einzelnen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht bei Vorliegen von 3 Voraussetzungen einen Staatshaftungsanspruch gewähren, es sei denn, die Staatshaftung nach nationalem Recht sei von weniger strengen Voraussetzungen abhängig:[448]

(1) „Die verletzte Rechtsnorm bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

(2) Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert.

443 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539 Rdn. 39; *Wolf* WM 2005, 1345, 1347.

444 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 42. Da es folglich nicht um die persönliche Haftung von Richtern geht, dürfte die Frage des Richterprivilegs (§ 839 Abs. 2 BGB) keine Rolle spielen. So auch *Kremer* NJW 2004, 480, 482; *Wolf* WM 2005, 1345, 1346.

445 EuGH 16.03.2006 – Rs. C-234/00 (Kapferer/Schlank&Schick), EWS 2006, 171.

446 EuGH 16.03.2006 – Rs. C-234/00 (Kapferer/Schlank&Schick), EWS 2006, 171 Rdn. 21 u.H.a. EuGH 01.06.1999 – Rs. C-126/97 (Eco Swiss), Slg. 1999, I-3055 Rdn. 46 und 47.

447 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 45 – 50; *Gundel* EWS 2004, 8, 12.

448 EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), NJW 2001, 3401 Rdn. 36;EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 57; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), NJW-RR 2004, 564 Rdn. 83; EuGH 25.01.2007 – Rs. C- 278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 69.

> *(3) Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.“*[449]

266 Im Falle eines **legislativen Verstoßes** eines Mitgliedstaates unterscheidet der EuGH, ob der Wortlaut einer Richtlinie dem Mitgliedstaat bei der Transformation einen Ermessensspielraum eingeräumt hat oder nicht. So nimmt der EuGH einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht dann an, wenn der Mitgliedstaat bei der Transformation die seinem Ermessen gesetzten Grenzen offenkundig und erheblich überschritten hat,

> *„wobei zu den insoweit zu berücksichtigenden Gesichtspunkten insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift sowie der Umfang des Ermessensspielraumes gehören, den die verletzte Vorschrift den nationalen Behörden belässt.*
>
> *Sofern jedoch der Mitgliedstaat keine Wahl zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten hatte und über einen erheblich verringerten oder gar auf null reduzierten Ermessensspielraum verfügte, kann die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts genügen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß zu begründen.*
>
> *Der Ermessensspielraum des Mitgliedstaates stellt somit ein wichtiges Kriterium für die Feststellung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht dar.*
>
> *Dieser Ermessensspielraum hängt weitgehend vom Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift ab.“*[450]

267 Und der EuGH verweist in aller Deutlichkeit darauf, dass das mit einer Schadensersatzklage aufgrund EU-gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch damit befasste Gericht bezüglich der vorgenannten Voraussetzungen alle Gesichtspunkte des Einzelfalles berücksichtigen muss.[451] Und dazu zählt der EuGH folgende Prüfungen:

268 – Das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Richtlinienbestimmung.

---

449 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 51; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, 14447 Rdn. 83; BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 37; BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 153, 158 f.; BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, EuZW 2005, 30, 31 = NJW 2005, 747; BGH 24.11.2005 – III ZR 04/05, GmbHR 2006, 151, 152; *de Weerth* DB 2005, 1407, 1409; *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112.

450 EuGH 25.01.2007 – Rs. C- 278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 70 – 73.

451 EuGH 25.01.2007 – Rs. C- 278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 76 m.w.N.

– Wurde in der Richtlinie dem Mitgliedstaat und seinen Institutionen im Hinblick auf die Transformation ein Ermessensspielraum eingeräumt und in welchem Umfang? **269**

– Wurde der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich herbeigeführt? **270**

– Liegt ein entschuldbarer oder nicht entschuldbarer Rechtsirrtum vor? **271**

– Haben Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans dazu beigetragen, dass **272**

> *„nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrecht erhalten wurden“?* [452]

Gemäß dem EuGH gelten diese Voraussetzungen[453] im vergleichbaren Maße für den Fall der Staatshaftung wegen gemeinschaftswidrigen **administrativem / exekutivem** und **judikativem** Unrechts,[454] von ihm entschieden für den Fall einer das Gemeinschaftsrecht negierenden Entscheidung eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts (= judikatives Unrecht).[455] Ein solcher Verstoß eines letztinstanzlichen Gerichts im Hinblick auf vorgenannte Voraussetzung zu (2)[456] sei aber nur dann gegeben, wenn das letztinstanzliche Gericht **offenkundig** gegen geltendes Gemeinschaftsrecht verstoßen habe[457] bzw. einschlägige Rechtsprechung des EuGH **offenkundig** verkennt.[458] **273**

Vor diesem Hintergrund sind die weiteren Ausführungen des EuGH[459] einzuordnen: Für eine Staatshaftungsklage sei seitens des damit befassten nationalen Gerichts von den Gesichtspunkten des Einzelfalles auszugehen. Dazu müsse ferner vorgetragen werden **274**

452 EuGH 25.01.2007 – Rs. C- 278/05 (Robins), EuZW 2007, 182 Rdn. 77.
453 S.o. Rdn. 269 – 273.
454 Zur Unterscheidung, ob eine Rechtsverletzung durch eine gebotene, aber unterlassene Umsetzung, oder erst durch einen rechtswidrigen Gebührenbescheid gegeben ist, siehe BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154, 163.
455 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 52.
456 S.o. Rdn. 266.
457 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 53 f.; BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, EuZW 2005, 30, 31 = NJW 2005, 747.
458 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 56.
459 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 53 ff.

- die vom Gericht verletzte Norm,
- die Frage der Entschuldbarkeit oder Nichtentschuldbarkeit eines Rechtsirrtums,
- ggf. die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie
- die Verletzung einer Vorlagepflicht.[460]

275 Letzteres war anscheinend von Gerichten dahingehend missverstanden worden, ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch komme nur in Fällen von vorsätzlichem oder grob fahrlässigen richterlichen Verhalten in Betracht bzw. komme dann nicht in Betracht, wenn sich der Verstoß aus einer Auslegung einer Rechtsvorschrift oder einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung durch das Gericht ergebe. Dem ist der EuGH deutlich entgegengetreten, indem er darauf hinwies, dass es nicht auf die Art des Verstoßes ankomme oder wer ihn begangen hat,[461] sondern auf die Offenkundigkeit von Verstößen oberster Gerichte gegen EU-Gemeinschaftsrecht.[462] Und in diesem Zusammenhang habe das mit dem EU-gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch befasste Gericht kumulativ das zuvor Ausgeführte zu würdigen.[463]

276 Die Grundlage für diesen Staatshaftungsanspruch ist im gemeinschaftsrechtlichen effet utile zu sehen, wobei aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht der Frage nachzugehen ist, ob z.B. die effektive Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht mit einem effektiven Individualrechtsschutz stattgefunden hat. Wie diese Umsetzung erfolgt ist, bleibt, sofern diesbezüglich keine gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten sind, dem nationalen Recht überlassen.[464]

6.2.1 Eigenständiges Institut?

277 Im nationalen Recht ist derzeit im Fachschrifttum noch umstritten, ob das Rechtsinstitut des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs ei-

460 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 54 f.; EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 32, 43.

461 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 30 f. u.H.a. EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 31.

462 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 32; *Tietjen* EWS 2007, 15.

463 S.o. Rdn. 269 – 273, 275.

464 *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112, 113.

genständig neben dem innerstaatlichen Amtshaftungsanspruch steht[465] oder im innerstaatlichen Haftungsanspruch inkorporiert ist.[466] Die Rechtsprechung des BGH behandelt diese Frage, soweit ersichtlich, nicht. Der EuGH leitet in richterlicher Rechtsfortbildung aus den Art. 10 und 288 EG den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch als **eigenständigen Anspruch** ab, wonach Mitgliedstaaten haften, wenn sie nicht alle geeignete Maßnahmen unternommen haben, der Erfüllung der aus dem Gemeinschaftsrecht sich ergebenden Verpflichtungen gerecht zu werden, wozu auch gehört, die Folgen eines Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht zu beheben.[467]

278 Diese im Fachschrifttum streitig gewesene Frage ist jetzt vom EuGH dahingehend entschieden worden, dass der Staatshaftungsanspruch wegen Verstoßes eines höchstinstanzlichen Gerichts gegen das Gemeinschaftsrechts bezüglich seiner **Voraussetzungen** die Rechtsgrundlage unmittelbar aufgrund Gemeinschaftsrechts habe, während die **Folgen** des verursachten Schadens aufgrund nationalen Haftungsrechts zu beheben seien,[468] es sei denn, der EuGH verfüge über alle Angaben, um im Rahmen einer anlässlich eines Staatshaftungsverfahrens erfolgten Vorlage gemäß Art. 234 EG die Voraussetzungen für die Haftung eines Mitgliedstaates selbst feststellen zu können.[469] Dabei dürfe das nationale Recht nicht solche Hürden aufbauen, dass die Erlangung einer Entschädigung praktisch unmöglich werde.[470]

279 An dem zuvor Ausgeführten ist die Rechtsprechung des BGH[471] zum Gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch abzugleichen. Dort ging

465 Dafür *Detterbeck* AöR 125 (2000), 202, 239 ff.; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 115; *Wolf* WM 2005, 1345, 1346.

466 Dafür *Schoch* Jura 2002, 837, 839 f. Zum Überblick *Cole/Haus* JuS 2003, 760, 766 f.

467 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 (Francovich), Slg. 1991, I-5357, Rdn. 36; EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029, Rdn. 29; *Wolf* WM 2005, 1345, 1346.

468 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 58, 100.

469 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 101.

470 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 58.

471 BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30 nach Vorlage zum EuGH in BGH 28.01.1993 – III ZR 127/91, WM 1993, 707 und Entscheidung des EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 (Brasserie du Pêcheur), NJW 1996, 1267.

es um eine Haftung für „legislatives Unrecht."[472] Auch der BGH[473] geht davon aus, dass dann, wenn sich aus dem nationalen Recht keine Anspruchsgrundlage herleiten lasse, dann zu prüfen sei, ob sich ein Anspruch unmittelbar aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht herleiten lasse.[474]

280 Er macht einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch an den gleichen Voraussetzungen fest wie auch der EuGH.[475] Und ebenso wie der EuGH[476] ließ auch der BGH[477] den geltend gemachten gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch im konkreten Fall daran scheitern, dass kein **hinreichend qualifizierter** Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angenommen wurde. Dies verdeutlicht, dass an dieser Stelle vorab besonders zu prüfen ist, ob man für den Fall eines Verstoßes eines Gerichts gegen Gemeinschaftsrecht nach Erschöpfung des Rechtsweges betreffend den Primärrechtsschutz incl. eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens[478] die Hürde für einen gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch gerade an dieser Voraussetzung überwinden kann, denn ein einfacher Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist nicht ausreichend.[479]

6.2.2 Zuständiges Gericht

281 Hat ein letztinstanzliches Bundesgericht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, so ist zuständiges Gericht für den gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch das LG Berlin.[480] Hat ein letztinstanzliches Gericht eines Bun-

472 BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 31. Zur Haftung wegen exekutiven Unrechts BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154; zur Haftung wegen nicht rechtzeitiger Umsetzung einer Richtlinie BGH 20.01.2005 – III ZR 48/01, NJW 2005, 742; zur Haftung wegen judikativen Unrechts BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, NJW 2005, 747.

473 BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 33, 36.

474 BGH 09.10.2003 – III ZR 342/02, NJW 2004, 1241.

475 BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 37; BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154, 159; BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, NJW 2005, 747; BGH 20.01.2005 – III ZR 48/01, NJW 2005, 742.

476 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 122.

477 BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30, 37 f.; ähnlich BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154, 159 f.; BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, NJW 2005, 747.

478 S.u. Rdn. 283.

479 *Epiney* NVwZ 2004, 1067, 1068 spricht auch vom offensichtlichen Verstoß.

480 In EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 1 war dies das LG Wien. In BGH 24.10.1996 – III ZR 127/91, BGHZ 134, 30 war 1. Instanz das LG Bonn.

deslandes gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, so ist für den gegen das entsprechende Bundesland[481] gerichteten gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch zuständiges Gericht das LG, in dessen Bezirk die jeweilige Landesregierung ihren Sitz hat.

6.2.3 Subsidiarität

282 Ehe man die Durchführung einer gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsklage wegen Nichtvorlage des letztinstanzlichen Gerichts zum EuGH ins Auge fasst, gilt es, den Grundsatz der Subsidiarität zu beachten (§ 839 Abs. 3 BGB). Dies gilt auch im Falle eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches.[482] Dazu gehört nicht nur, den nationalen Rechtsweg im Rahmen des Primärrechtsschutzes erschöpft zu haben, sondern u.H.a. Art. 100 Abs. 1 Satz 2 GG auch ein Verfassungsbeschwerdeverfahren zum BVerfG erfolglos durchgeführt zu haben.[483]

283 Allerdings gilt der deutsche Haftungsausschluss wegen legislativen Unrechts im Gemeinschaftsrecht nicht.[484]

6.2.4 Rechtsverletzung

Ein gemeinschaftsrechtlicher Haftungsanspruch (Sekundärrechtsschutz) setzt voraus:[485]

284 (1) Verletzung einer dem Einzelnen Rechte verleihenden Norm.
Dies kann im Handeln oder Unterlassen staatlicher Organe oder des Gesetzgebers liegen, wobei eine Zurechenbarkeit einer Verletzungshandlung dem Staat gegenüber ausreicht.[486] Auch ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht kann hier einzuordnen sein.[487]

285 Im Rahmen einer Vorlage zum EuGH – anlässlich eines beim BGH rechtshängigen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsverfahrens

481 BGH 28.10.2004 – III ZR 294/03, NJW 2005, 747.
482 BGH 09.10.2003 – III ZR 342/02, BGHZ 156, 294, 297 f.; BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 49; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 117; *Wolf* WM 2005, 1345, 1349.
483 EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029 Rdn. 44; *Gundel* EWS 2004, 8, 15; *Wolf* WM 2005, 1345, 1349. Daher ist *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112, 115 nicht zu folgen, die dies in Zweifel stellt.
484 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 117
485 *Cole/Haus* JuS 2003, 760, 766.
486 *Kremer* NJW 2004, 480, 481.
487 Zweifelnd *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112, 114.

– vertritt der BGH[488] die Auffassung, dass dann, wenn der Mitgliedstaat es an einer (effektiven) Umsetzung einer Richtlinie habe fehlen lassen und damit Grundfreiheiten verletzt würde, dann der davon Betroffene sich ungeachtet des nationalen Gesetzeswortlautes sich zur Begründung der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches direkt auf die betreffende Richtlinie berufen können.

286 (2) Hinreichende Qualifizierung des Verstoßes.[489]
Dies ist bei Offenkundigkeit und Erheblichkeit eines Verstoßes gegeben, etwa wenn gegen eine vorhandene EuGH-Rechtsprechung verstoßen wird oder ein Mitgliedstaat ein ihm eingeräumtes Ermessen offenkundig und erheblich überschreitet.[490] Dazu würde auch gehören, dass die Bundesrepublik Deutschland wegen fehlender (effektiver) Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, worauf ein behaupteter Schaden beruht.[491]

287 (3) Kausalzusammenhang
Zwischen dem Verstoß und dem Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.[492]

288 (4) Diskriminierungsverbot

Die Haftungsvoraussetzungen eines gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs dürfen von nationalen Gerichten von keinen strengeren Voraussetzungen abhängig gemacht werden, als bei einem vergleichbaren und nach nationalem Recht zu beurteilenden Haftungsfall gegeben wäre (Diskriminierungsverbot).[493]

488 BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 15 f.
489 *Kremer* NJW 2004, 480, 481; *Schöndorf-Haubold* JuS 2006, 112, 113.
490 EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029 Rdn. 38.
491 BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 17.
492 EuGH 05.03.1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du Pêcheur und Factortame), Slg. 1996, I-1029 Rdn. 51.
493 EuGH 04.07.2000 – Rs. C-424/97 (Haim), Slg. 2000, I-5123 Rdn. 32; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, 14447 Rdn. 45; EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-14637 Rdn. 25; *de Weerth* DB 2005, 1407, 1409.

(5) Effektivitätsgrundsatz
Ferner müssen die Verfahrensregeln so ausgestaltet sein, dass die Geltendmachung des gemeinschaftsrechtlichen Haftungsanspruchs nicht übermäßig erschwert wird (Effektivitätsgrundsatz).[494] **289**

(6) Äquivalenzprinzip
Die Einzelheiten des Verfahrens sind Sache der innerstaatlichen Verfahrensordnung eines jeden Mitgliedstaates. Sie dürfen aber nicht ungünstiger sein, als es bei Verfahren der Fall wäre, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art. regeln.[495] **290**

Offen ist, ob diese vorgenannten Voraussetzungen, wie sie der EuGH für einen Verstoß der Legislativen postuliert hat, auch bei Verstößen der Judikativen gefordert werden müssen. *Kremer*[496] meint, da der EuGH in der Rechtssache Köbler darauf nicht eingegangen sei, komme es bei Verstößen der Judikativen auf die Kumulation aller vorgenannten Voraussetzungen nicht an. Der Prozessanwalt sollte sich darauf nicht verlassen, sondern vorsichtshalber alle vorgenannten Voraussetzungen begründen. **291**

Indem der EuGH sich für den Fall eines Staatshaftungsanspruches wegen Verstoßes der Judikativen gegen Gemeinschaftsrecht der Meinung der Bundesrepublik Deutschland nicht angeschlossen hat, eine solche nur anzunehmen, wenn die Nichtanwendung von Gemeinschaftsrecht „objektiv unvertretbar“ bzw. ein „subjektiv vorsätzlicher Verstoß“ sei,[497] bedürfen solche Erwägungen keiner schriftsätzlichen Auseinandersetzung. Wohl aber sind Verstöße gegen das Diskriminierungsverbot und den Effektivitätsgrundsatz anzusprechen.[498] **292**

6.2.5 Kausalität

Auch hier wird man zwischen der haftungsbegründenden und der haftungsausfüllenden Kausalität unterscheiden müssen. Erstere bezieht sich auf die Kausalität zwischen Verstoß und darzulegender Pflichtverletzung des Mitgliedstaates bzw. einer seiner Institutionen, letzteres auf **293**

494 EuGH 21.01.1999 – Rs. C-120/97 (Upjohn), Slg. 1999, I-223 Rdn. 32; EuGH 04.12.2003 – Rs. C-63/01 (Evans), Slg. 2003, 14447 Rdn. 45 f.; EuGH 09.12.2003 – Rs. C-129/00 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-14637 Rdn. 25; EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 67; *Cole/Haus* JuS 2003, 760, 767; *de Weerth* DB 2005, 1407, 1409.

495 EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), Slg. 2004, I-723 Rdn. 67.

496 *Kremer* NJW 2004, 480, 482.

497 *Kremer* NJW 2004, 480, 482.

498 *Kremer* NJW 2004, 480, 482.

die Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden. So verneint der BGH einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, wenn es z. B. zu einer verspäteten Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht gekommen ist und deshalb eine Bundesbehörde nicht in der Weise tätig geworden ist, wie es bei rechtzeitiger Umsetzung geboten gewesen wäre, wenn dem Kläger durch besagte Richtlinie keine Rechte verliehen wurden.[499]

6.2.6 Verschulden

294 Beim gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsrecht (Sekundärrechtsschutz) wegen legislativen Unrechts bedarf es nicht des Aufzeigens, welche Schwierigkeiten der Mitgliedstaat mit der Umsetzung hinreichend klarer und genauer gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften in nationales Recht gehabt haben will, um dann mangels Verschuldens einen solchen Anspruch scheitern zu lassen.[500]

295 Bei judikativem Unrecht ergibt sich das Verschulden aus dem offenkundigen Verstoß gegen das EU-Gemeinschaftsrecht, sofern dieser Verstoß nicht entschuldbar ist.[501] Und ein offenkundiger Verstoß durch ein nationales Gericht bemisst sich nach dem EuGH[502] insbesondere

- nach dem Maß an Klarheit und der Präzision der verletzten Vorschrift,
- der Entschuldbarkeit des unterlaufenen Rechtsirrtums oder
- der Verletzung der Vorlagepflicht gem. Art. 234 Abs. 3 EG durch ein nationales Gericht, was z.B. dann der Fall ist, wenn ein nationales Gericht einschlägige Rechtsprechung des EuGH offenkundig verkennt.

296 Würde mithin ein nationales Gericht einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch verneinen, obwohl ein offenkundiger Verstoß gegen das EU-Gemeinschaftsrecht im zuvor bezeichneten Sinne vorlie-

499 BGH 20.01.2005 – III ZR 48/01, NJW 2005, 742, 743.

500 In BGH 14.12.2000 – III ZR 151/99, BGHZ 146, 154, 164 prüfte der BGH die Frage der Verschuldens nicht beim gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, sondern bei dem nationalen Amtshaftungsanspruch als weiterer Anspruchsgrundlage.

501 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 55; EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 32, 42 f.; *Wolf* WM 2005, 1345, 1348.

502 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 43.

gen würde, so wäre diese seinerseits gemeinschaftsrechtswidrig und könnte einen weiteren gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auslösen.[503]

Der EuGH hat ferner klargestellt, dass alleine deshalb, weil ein gemeinschaftsrechtlicher Verstoß sich aus der Auslegung von Rechtsvorschriften durch ein nationales Gericht ergebe, deshalb ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch nicht ausgeschlossen ist.[504] Und nichts anderes gilt, wenn der gemeinschaftsrechtliche Verstoß aufgrund einer Sachverhalts- und Beweiswürdigung ergibt.[505] **297**

Mithin hat die Frage, ob Richter eines nationalen Gerichts vorsätzlich oder fahrlässig gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßen haben und deshalb ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch gegeben sein kann, im deutschen Recht eine doppelte Bedeutung: **298**

(1) Zum einen, ob überhaupt ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch in Frage kommen kann, was ja nur bei Offensichtlichkeit des Verstoßes der Fall sein kann, wofür der Grad des Verschuldens für die Frage der Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums eine Rolle spielen kann.[506] **299**

(2) Zum anderen im Hinblick auf § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB und außerhalb dessen Anwendungsbereichs das auf die richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 GG) gestützte ungeschriebene Richterprivileg, wonach der Staat für richterliches Handeln nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit haftet.[507] **300**

Diese Richterprivilegien einer Amtshaftung sind auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nicht übertragbar, sondern werden durch vorgenannten Offenkundigkeitsverstoß ersetzt.[508] Denn mit dem EuGH kann ein gemeinschaftsrechtlicher **301**

503 *Tietjen* EWS 2007, 15, 17.
504 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 33 – 36.
505 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 37, 39.
506 S.o. Rdn. 296.
507 BGH 19.12.1991 – III ZR 09/91, NJW-RR 1992, 919; BGH 03.07.2003 – III ZR 326/02, BGHZ 155, 306, 309 f.
508 EuGH 30.09.2003 – Rs. C-224/01 (Köbler/Österreich), NJW 2003, 3539. Rdn. 32; EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 42; *Tietjen* EWS 2007, 15, 17 f.

Staatshaftungsanspruch bei Offenkundigkeit des Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht nicht ausgeschlossen werden.[509] Mit dem EuGH entsteht der EU-gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch bei jedem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, unabhängig davon, welche Institution des Mitgliedstaates durch ihr Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat.[510] Die gilt insbesondere auch bei judikativem Unrecht und erst Recht bei letztinstanzlichen Gerichten.[511]

302 Da für den Fall des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB eine ***gemeinschaftskonforme*** **Auslegung** dieser Vorschrift an dessen eindeutigem Wortlaut scheitert, tritt § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB aufgrund des Anwendungsvorranges der Mediterraneo-Rechtsprechung des EuGH bei Offenkundigkeitsverstößen zurück.[512]

303 § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB und das ungeschriebene nationale Richterrecht haben folglich bei offenkundigen Gemeinschaftsrechtsverstößen aufgrund des Anwendungsvorranges der EuGH-Rechtsprechung keinen eigenständigen Anwendungsbereich.

304 (3) Folglich wird man nur bei einem fahrlässigen Verstoß von Richtern bzw. einem nationalen Gericht gegen EU-Gemeinschaftsrecht eine Entschuldbarkeit eines Rechtsverstoßes[513] annehmen können und damit die Offenkundigkeit des Gemeinschaftsrechtsverstoßes verneinen können.[514]

6.2.7 Verjährung

305 Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt nach den §§ 195 ff. BGB n.F.[515] Im Rahmen eines Vorlageverfahrens zum EuGH

509 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 24, 26, 30.
510 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 30.
511 EuGH 13.06.2006 – Rs. C-173/03 (Mediterraneo/Italien), EWS 2006, 314 Rdn. 31.
512 *Tietjen* EWS 2007, 15, 18.
513 S.o. Rdn. 296.
514 *Tietjen* EWS 2007, 15, 19.
515 BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 19. Nach BGH (aaO Rdn. 23 m.w.N.) verjähren gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsansprüche aus der Zeit vor dem 31.12.2001 nach § 852 Abs. 1 BGB a.F.

bittet der BGH[516] um Klärung der Frage, ob ein gemeinschaftsrechtlicher Staatshaftungsanspruch so lange nicht verjähren darf, so lange beim EuGH in einer entsprechenden Angelegenheit noch ein Vertragsverletzungsverfahren anhängig ist bzw. der Beginn einer Verjährungsfrist nicht vor dem Zeitpunkt der Umsetzung einer Richtlinie gegeben sein kann.[517]

III. EU-Gemeinschaftsrecht und notarielle Vertragsgestaltung

1 Amtspflichten von Notaren, EU-Gemeinschaftsrecht gegen nationales Recht durchzusetzen und gegen EU-Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht nicht anzuwenden

1.1 Allgemeine Amtspflichten

306 Dort, wo Notare Verträge gestalten und beurkunden, einerlei, ob dem eine gesetzliche Beurkundungspflicht zu Grunde liegt oder die notarielle Beurkundung auf Wunsch der Parteien erfolgt, hat dies notarielle Amtspflichten zur Folge. Zu diesen notariellen Amtspflichten, die öffentlich-rechtlicher Art sind, gehören u.a.:[518]

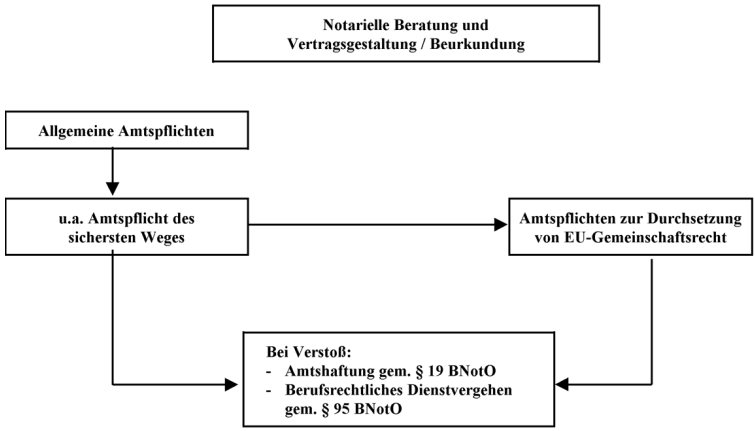
- Aufklärungspflicht (§ 17 Abs. 1 BeurkG).[519]
- Rechtspflicht zur Errichtung einer wirksamen Urkunde.[520]
- Sorge für eine „auftragsgerechte, zweckmäßige und rechtlich zuverlässige Gestaltung des beabsichtigten Rechtsgeschäftes".[521]
- Beachtung einer „umfassenden, ausgewogenen und interessengerechten Vertragsgestaltung".[522]

516 BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 32.
517 BGH 12.10.2006 – III ZR 144/05, NVwZ 2007, 362, Rdn. 46.
518 Siehe *Wagner* in: von Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rdn. 18; *Wagner* in: Brügmann/Oppler/Wenner (Hrsg.), Festschrift für Jagenburg, 2002, Seite 981 f.
519 BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431.
520 BGH 27.05.1993 – IX ZR 66/92, WM 1993, 1513; BGH 24.06.1993 – IX ZR 84/92, WM 1993, 1896; BGH 28.04.1994 – IX ZR 161/93, WM 1994, 2283; BGH 20.06.2000 – IX ZR 434/98, WM 2000, 1600.
521 BGH 11.05.1992 – IX ZR 260/91, WM 1993, 260, 263.
522 BGH 28.04.1994 – IX ZR 161/93, WM 1994, 1673.

– Doppelte Belehrung hinsichtlich ungesicherter Vorleistungen.[523]
– Folgenbelehrung bzw. Tragweitenbelehrung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG).[524]
– Beachtung des sichersten Weges.[525]

1.2 Amtspflicht zur Durchsetzung Europäischen Gemeinschaftsrechts ?

307 Dies führt zu der Frage, inwieweit der beurkundende Notar auch gemeinschaftsrechtliche Fragen von Amts wegen berücksichtigen muss.[526]



523 BGH 22.06.2006 – III ZR 259/05, DNotZ 2006, 912 f.: Einerseits hat der Notar über die Folgen aufzuklären, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten. Andererseits sind vom Notar Wege aufzuzeigen, wie diese Risiken vermieden werden.

524 BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431; BGH 06.05.2004 – III ZR 247/03, ZNotP 2004, 450; BGH 15.07.2004 – IX ZR 262/00, ZNotP 2004, 408.

525 BGH 21.03.1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; BGH 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; BGH 02.07.1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; BGH 15.01.1998 – IX ZR 04/97, WM 1998, 783, 784; BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431; BGH 03.03.2005 – III ZR 353/04, WM 2005, 1328, 1329.

526 Bejahend *Vogel* BauR 2006, 744, 745; *Wagner* ZfIR 2001, Sonderbeilage zu Heft 10, Seite 5; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 ff.

Bereits 1995 wies *Heinrichs*[527] *darauf hin, dass der Notar der Amtspflicht des sichersten Weges unterliege*.[528] Bereits bei der Prüfung der Rechtslage und Beratung müsse der Notar z.B. im Hinblick auf die Verbraucherschutzrichtlinie „die ernsthaft in Betracht kommende Möglichkeit einbeziehen, dass die Inhaltskontrolle nicht mehr auf die „gestellte" Klauseln beschränkt ist." Dies betrifft auch die Vertragsgestaltung und Belehrung entsprechend. *Heinrichs* ging mithin bereits damals davon aus, dass die Amtspflicht des sichersten Weges den Notar verpflichte, die europäische Verbraucherschutzrichtlinie mit zu berücksichtigen. **308**

Die notarielle Inhaltskontrolle entspreche der richterlichen Inhaltskontrolle.[529] Da der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes an unwirksamen Vertragsklauseln nicht mitwirken darf,[530] hat er folglich bereits bei der Vertragsgestaltung darauf zu achten, dass er nicht an einer Vertragsgestaltung bzw. an Vertragsklausel mitwirkt, die im Widerspruch zu einer Richtlinie stehen.[531] **309**

Inzwischen hat der EuGH u.H.a. seine frühere Rechtsprechung nochmals judiziert, dass **alle** Träger öffentlicher Gewalt der Mitgliedstaaten verpflichtet sind, die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu garantieren.[532] Zu diesen Trägern öffentlicher Gewalt gehören aus nachfolgenden Gründen auch Notare.[533] Notare können folglich nicht EU-Gemeinschaftsrecht – weil nicht geprüft – negieren oder sich darauf zurückziehen, gemäß § 17 Abs. 2 BeurkG Zweifel zu äußern, sondern wenn auch Notare die volle Wirksamkeit des EU-Gemeinschaftsrechts **garantieren** müssen, dann geht dies weit über § 17 BeurkG und die zuvor beschriebenen allgemeinen Amtspflichten hinaus. Und das was der **310**

527 *Heinrichs* NJW 1995, 153, 157; so auch *Wagner* ZfIR 2001, Sonderbeilage zu Heft 10, Seite 5.

528 BGH 21.03.1989 – IX ZR 155/88, NJW-RR 1989, 1492, 1494; BGH 27.10.1994 – IX ZR 12/94, NJW 1995, 330, 331; BGH 02.07.1996 – IX ZR 299/95, WM 1996, 2071; BGH 15.01.1998 – IX ZR 04/97, WM 1998, 783, 784; BGH 15.04.1999 – IX ZR 93/98, ZfIR 1999, 430, 431.

529 *Heinrichs* NJW 1995, 153, 158.

530 BGH 20.06.2000 – IX ZR 434/98, WM 2000, 1600; *Wagner* ZfIR 2001, Sonderbeilage zu Heft 10, Seite 5.

531 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 f.

532 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 122.

533 BVerfG 18.06.1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 73, 280, 292; BVerfG 21.06.1989 – 1 BvR 32/87, BVerfGE 80, 257, 265; *Kämmerer* NJW 2006, 2727, 2728.

EuGH zu Gerichten judiziert hat, gilt dann auch für Notare: Auch Notare müssen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens einer Richtlinie es bei notarieller Beratung und Beurkundung soweit wie möglich unterlassen, das innerstaatliche verfolgten Zwecks ernsthaft gefährden könnte.[534] Vor diesem Hintergrund ist folgendes Beispiel zu würdigen:

311 **Beispiel**

Art. 7 Abs. 1 VerbrRL auferlegt den Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass im Interesse der Verbraucher „angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind", damit es zu keinen missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen kommt. Folglich sind die mit dem öffentlichen Amt des Notars zusammenhängenden Amtspflichten – durch die Rechtsprechung konkretisiert – solche „angemessenen und wirksamen Mittel," die „*Verwendung*" (worauf Art. 7 Abs. 1 VerbrRL abstellt) missbräuchlicher Klauseln zu verhindern. Soweit nach der Rechtsprechung des EuGH Art. 7 Abs. 1 VerbrRL kein Tätigwerden des Gesetzgebers eines Mitgliedstaates erfordert, ist es unerlässlich, dass das nationale Recht tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie gewährleistet.[535]

312 Der EuGH spricht in diesem Zusammenhang allerdings davon, dass diese Gewährleistung durch eine „nationale Behörde" zu erfolgen hat. Der Notar ist zwar keine solche. Aber das BVerfG[536] hat schon sehr früh den Aufgabenbereich des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes dahingehend beschrieben, dass dann, wenn es ihn nicht gäbe, der Staat die vom Notar ausgeübte Tätigkeit „durch seine Behörden erfüllen" müsste.[537] Und dass der Notar originär Staatsaufgaben ausführt bzw. staatliche Funktionen wahrnimmt – wenngleich nicht als Bestandteil des öffentlichen Dienstes, sondern als staatlich gebundener Beruf[538]

534 EuGH 04.07.2006 – Rs. C-212/04 (ADENELER), NJW 2006, 2465 Rdn. 123 f.

535 EuGH 23.03.1995 – C-365/93, Slg. 1995, I-449, 508; EuGH 10.05.2001 – Rs. C-144/99, EuZW 2001, 437, 438; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 21 f.; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 324.

536 BVerfG 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 379; *Gaier* ZNotP 2006, 402.

537 Ferner: In BVerfG 20.09.2002 – 1 BvR 819/01 und 1 BvR 826/01, DNotZ 2002, 891, 892 heißt es, der Notar übe einen staatlich gebundenen Beruf aus.; so auch BGH 11.07.2005 – NotZ 05/05, n.V. Beide, BVerfG und BGH, verweisen wegen der Nähe zum öffentlichen Dienst darauf, dass der Notar der Organisationsgewalt der Justizverwaltung unterliege. In BGH 11.07.2005 – NotZ 08/05, n.V. heißt es: „Nach der Eigenart der ihm übertragenen Aufgaben, der Regelung seiner Amtsbefugnisse und der Ausgestaltung seines Berufsbildes rückt der Notar in die Nachbarschaft des öffentlichen Dienstes."

538 *Gaier* ZNotP 2006, 402.

–, ergibt sich ebenfalls aus der Rechtsprechung des BVerfG.[539] Der Notar nimmt mithin öffentliche Aufgaben wahr, ohne allerdings in den Verwaltungsapparat eingegliedert zu sein.[540] Von daher ist der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes einer Behörde im Sinne der Rechtsprechung des EuGH durchaus gleich zu stellen.[541] Zudem spricht der EuGH[542] davon, das durch die Richtlinie eingeführte Schutzsystem gehe davon aus, dass die Ungleichheit zwischen Verbraucher und Gewerbetreibenden nur durch ein positives Eingreifen von dritter Seite, die von den Vertragsparteien unabhängig ist, ausgeglichen werden könne. Auch der Notar ist Dritter, der von den Vertragsparteien unabhängig ist und zudem kraft Amtes unparteilich ist (§ 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO).[543]

313 Der Notar als Träger eines öffentlichen Amtes hat folglich im Falle des vorgenannten Beispiels die Parteien nicht nur über missbräuchliche Klauseln im Sinne der europäischen Verbraucherschutzrichtlinie zu belehren, sondern er muss auch der Geltung dieser Richtlinie zum Durchbruch verhelfen. Er muss daher nicht nur darauf achten, dass zivilrechtlich keine Wirksamkeitsmängel eintreten, sondern er hat auch den Vertrag darauf hin zu gestalten, dass z.B. dem europäischen Verbraucherschutzrecht zum Durchbruch verholfen wird. Folglich muss der Notar prüfen, ob eine nationale Norm mit einer gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie nicht im Widerspruch steht.[544] Und er hat wie Gerichte und Behörden auch, zu prüfen, ob eine mit Gemeinschaftsrecht nicht im Einklang stehende nationale Norm nicht richtlinienkonform auszulegen ist. Und in diesem Zusammenhang muss eine richtlinienkonforme Auslegung durch Behörden – und aus zuvor genannten Gründen damit auch von Notaren – und Gerichten stets so vorgenommen werden, dass sie nicht mit den durch die Gemeinschaftsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts (z.B. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) kollidiert.[545]

539 BVerfG 05.05.1964 – 1 BvL 8/62, BVerfGE 17, 371, 376; BVerfG 18.06.1986 – 1 BvR 787/80, BVerfGE 78, 280,292; *Gaier* ZNotP 2006, 402.

540 *Gaier* ZNotP 2006, 402, 403.

541 *Vogel* BauR 2006, 744, 745; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 22; zur Verpflichtung aller Träger öffentlicher Gewalt eines Mitgliedstaates, alle Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, die ziele einer Gemeinschaftsnorm zu gewährleisten, siehe *Streinz* JuS 2001, 1113, 1114.

542 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98, NJW 2000, 2571, 2572.

543 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 22.

544 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 22.

545 EuGH 06.11.2003 – Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971 Rdn. 87.

314 Notare haben folglich als Träger eines öffentlichen Amtes sowohl bei der Belehrung wie auch bei der Vertragsgestaltung zu prüfen und zu berücksichtigen, dass die eigene Belehrung bzw. Vertragsgestaltung bei gemeinschaftsrechtlichen Bezügen das Europäische Gemeinschaftsrecht mit berücksichtigt. Ebenso wenig wie Notare bei Belehrung und Beurkundung sich auf das Recht eines Bundeslandes beschränken dürfen, sondern Bundesrecht berücksichtigen müssen, kommt als weitere Ebene primäres und sekundäres Europäisches Gemeinschaftsrecht hinzu.[546]

315 Im Grunde hat folglich der Notar keine anderen Amtspflichten bei der Berücksichtigung des europäischen Gemeinschaftsrechts, als sie oben für Gerichte beschrieben wurden. Folgende Gemeinsamkeiten und Unterschiede bestehen jedoch:

Amtspflicht 1

316 Ebenso wie ein Gericht von Amts wegen entscheidungserhebliche gemeinschaftsrechtliche Rechtsfragen von Amts auch dann zu berücksichtigen hat, selbst wenn dies seitens der/des Prozessbevollmächtigten nicht vorgetragen worden ist, ist auch der Notar von Amts wegen verpflichtet, bei der Betreuung, Beratung bzw. Beurkundung gemeinschaftsrechtliche Rechtsfragen zu berücksichtigen.

Amtspflicht 2

317 Während Gerichte zusätzlich prüfen müssen, ob sie Rechtsfragen mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug selbst entscheiden müssen oder dieserhalb dem EuGH vorlegen dürfen/müssen, steht die Vorlagemöglichkeit zum EuGH dem Notar nicht zur Verfügung, da er kein Gericht i.S.d. Art. 234 EG ist. Statt dessen muss der Notar dann, wenn er Zweifel daran hat, ob Europäisches Gemeinschaftsrecht zur Anwendung kommt oder wie dieses umzusetzen ist, im Zweifel bei Betreuung, Beratung bzw. Beurkundung seinen oben beschriebenen allgemeinen notariellen Amtspflichten entsprechen,[547] insbesondere der Wahrung des sichersten Weges. Denn der Notar hat nicht nur die Amtspflicht, auf Gefahren hinzuweisen, sondern als „zweite Amtspflicht“ auch Wege aufzuzeigen, die solche Gefahren vermeiden.[548]

546 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 22.
547 S.o. Rdn. 307.
548 *Reithmann* MittBayNot 2005, 207, 209.

Folgen

Während dann, wenn Gerichte ihren Amtspflichten 1 und 2 auf der Ebene des *primären Rechtsschutzes* nicht entsprechen, unter oben dargestellten Voraussetzungen einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auslösen können (*sekundärer Rechtsschutz*), sind Notare, die ihren Amtspflichten nach Berücksichtigung des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht entsprechen bzw. den dargelegten Amtspflichten und dort insbesondere der des sichersten Weges nicht genügen, eigenen Amtshaftungsrisiken ausgesetzt. **318**

Während die Voraussetzungen für einen gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch von der Überwindung hoher Hürden abhängig sind, sind die Voraussetzungen eines gegen einen Notar gerichteten Amtshaftungsanspruches von vergleichsweise niedrigeren Hürden abhängig. **319**

Dies verdeutlicht, dass das Risiko, bei der Verletzungen von Amtspflichten bezüglich der Berücksichtigung Europäischen Gemeinschaftsrechts Haftungsansprüche auszulösen, bei Fehlverhalten von Gerichten, wo es zudem einen Instanzenzug betreffend Primärrechtsschutz und dann nochmals beim Sekundärrechtsschutz gibt, für den Bund oder ein Bundesland vergleichsweise niedriger ist, als es bei Notaren der Fall ist. Dies bedeutet für Notare: **320**

– Notare sollten sich im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Umgang mit demselben gezielt fortbilden, um erkennen zu können, wann gemeinschaftsrechtliche Fragen bedeutsam werden können. Nur wenn man diese Erkenntnis hat, kann man den sichersten Weg einschlagen, um einer für die Beteiligten unsicheren Rechtslage aus dem Wege gehen zu können. **321**

– Zu dieser Fortbildung gehören neben Fortbildungsveranstaltungen auch das Studium entsprechenden Fachschrifttums und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH. **322**

2 Zur Verdeutlichung

2.1 Beispiel: Abschlagszahlungsverordnung bei Bauträgerverträgen

Nach dem Verständnis des Verordnungsgebers der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23.05.2001[549] (dort **323**

549 BGBl. I 2001, 981, in Kraft getreten am 29.05.2001.

§ 1 letzter Satz) soll es nicht nötig sein, bei Bauträgerverträgen Sicherheiten vorzusehen. Als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage (Art. 80 Abs. 1 GG) verwies diese Verordnung auf § 27a AGBG, wonach per Rechtsverordnung sollte geregelt werden können, von § 632a BGB abzuweichen. Und § 632a Satz 3 BGB erfordert die Gestellung von Sicherheiten unter den dort geregelten Voraussetzungen. Nationale Normen erlauben mithin die vertragliche Abbedingung des § 632a Satz 3 BGB,[550] wovon in der notariellen Praxis vielfältig Gebrauch gemacht wird. Gegen § 27a AGBG (jetzt Art. 244 EGBGB), die besagte Abschlagszahlungsverordnung und Vertragsgestaltungen, die § 632a Satz 3 BGB abbedingen, wurden gemeinschaftsrechtliche Bedenken geltend gemacht.[551] Und es wurde darauf hingewiesen, dass Risiken für die Vertragsparteien und Notare bei vertraglicher kompensationsloser Abbedingung des § 632a Satz 3 BGB trotz § 1 letzter Satz besagter Verordnung verbleiben, wenn Gerichte bzw. der EuGH diesen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken Rechnung tragen sollten.[552]

324 Erst Recht stellen sich gemeinschaftsrechtliche Fragen, wenn man davon ausgeht, bei Zahlungen in Übereinstimmung mit dem Ratenzahlungsplan des § 3 Abs.2 MaBV handele es sich nicht um Abschlagszahlungen sondern um ratenweise Vorauszahlungen.[553] Dies aus folgenden Gründen: Der Bauträger baut nicht auf im Eigentum des Erwerbers befindlichem Grundstück, sondern auf einem Grundstück, das sich entweder im Eigentum des Bauträgers oder eines Dritten befindet. Der Erwerber zahlt ratenweise für Verbautes und das Verbaute wächst eigentumsmäßig gemäß § 946 BGB dem Grundstückseigentümer zu, nicht dem Erwerber. Der Erwerber erhält mithin für seine Zahlungen (zunächst) keine Gegenleistung. Für diesen Fall ist § 632a BGB direkt nicht anwendbar.[554)] Hier ist bei Erwerbern, die Verbraucher sind, klärungsbedürftig, ob herkömmliche Bauträgerverträge mit ungesicherten ratenmäßigen Vorauszahlungen (§ 3 Abs. 2 MaBV) nicht gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRiL (93/13/EWG) verstoßen

550 Zu verfassungsrechtlichen Bedenken *Wagner* ZfIR 2001, 422; *Wagner* ZNotP 2001, 305.

551 *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, RWS 2001, Seite 267, 307 f.; *Thode* ZfIR 2001, 345; *Wagner* ZfIR 2001, 422, 424; *Wagner* ZfBR 2001, 363, 367 f.; *Wagner* BauR 2001, 1313, 1321 f; *Wagner* ZfIR 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 14 f.

552 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 20 – 23 m.w.N.

553 *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 50 ff.

554 *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 54.

und daher unwirksam sind.[555] Dies hängt mit der klärungsbedürftigen Frage zusammen, ob ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. o) VerbrRiL (93/13/EWG) auch dann gegeben ist, wenn während des Bauträgervertrages – vom Vertragsabschluss bis zur Eigentumsumschreibung – ein Äquivalenzverhältnis nicht besteht oder ob ein Richtlinienverstoß nur dann gegeben wäre, wenn zum Ende des Bauträgervertrages eine Pflichtensymmetrie und ein Äquivalenzverhältnis nicht gegeben wäre.[556]

325 Dies führt zu der hier zu behandelnden Fragestellung, inwieweit Notare als Träger eines öffentlichen Amtes verpflichtet sind, dem Europäischen Gemeinschaftsrecht bei ihrer Vertragsgestaltung zum Durchbruch zu verhelfen und darüber hinaus dem europäischen Gemeinschaftsrecht sogar den Vorrang vor entgegenstehenden nationalen Normen einzuräumen.

326 Bestünde eine solche Pflicht, dann dürften Notare ihrer Vertragsgestaltung nicht nur nationales Recht zugrunde legen und die Prüfung der Richtlinienkonformität der Vertragsgestaltung den Gerichten überlassen, sondern müssten sich selbst die Frage nach der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts bei ihrer Vertragsgestaltung stellen. Dies führt dann zu der Frage, ob in solchen Fällen Notare zwar bezüglich der verfassungsrechtlichen Beurteilung nationaler Normen keine Verwerfungskompetenz haben, aber ungeachtet dessen Europäischem Gemeinschaftsrecht bei ihrer Vertragsgestaltung zum Durchbruch verhelfen müssten. Davon soll nachfolgend die Rede sein.

327 Nach Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen[557] müssen Mitglied-

555 *Vogel* BTR 2002, 2, 6; *Vogel* ZfIR 2003, 61; *Thode* ZfIR 2005, 548, 550; *Thode/Wagner* BTR 2006, 2, 6; *Wagner* ZfIR Beilage 1, Seite 9 ff. und 25 ff.; *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 2, 10 f.; *Wagner* WuB I E 5 – 3.03; *Wagner* WuB I E 5 – 5.03; *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), Fach 6112, Rdn. 29; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 323 f.; *Wagner* BauR 2004, 569, 570; *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 52.

556 Dass auch Vorleistungsklauseln Art. 3 Anhang Nr. 1 o) VerbrRL unterfallen können: *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Rechts der Europäischen Union, (05/1999), A 5 Anhang Rdn. 129; *Wolf* in: Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl. 1999, RiLI Anhang Nr. 1 o) Rdn. 191 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 11; *Wagner* BauR 2004, 569, 581; *Wagner* in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, E. Rdn. 48.

557 Nachlesbar in NJW 1993, 1838.

staaten dafür Sorge tragen, dass die mit Verbrauchern (§ 13 BGB) abgeschlossenen Verträge keine missbräuchliche Klauseln aufweisen. Gemäß Art. 3 Abs. 1 RiL ist eine nicht im einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel dann missbräuchlich,

> *„wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Vertragspartner verursacht."*

328 Und in Erwägungsgrund (17) der Richtlinie sowie in § 3 Abs. 3 VerbrRL wird auf einen Anhang verwiesen, der als Hinweis eine nicht erschöpfende Liste der Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden können. Gemäß Erwägungsgrund (13) *muss* der Verbraucher bei mündlichen oder schriftlichen Verträgen gleichen Schutz genießen. Zu diesem Zweck müssen Mitgliedstaaten gemäß Erwägungsgrund (14) der Richtlinie dafür sorgen, dass Rechtsvorschriften keine missbräuchliche Klauseln enthalten und Mitgliedstaaten müssen gemäß Erwägungsgrund (21) sicherstellen,

> *„dass in von einem Gewerbetreibenden mit Verbrauchern abgeschlossenen Verträgen keine missbräuchliche Klauseln verwendet werden."*

329 Und Erwägungsgrund (24) der Richtlinie lautet:

> *„Die Gerichte oder Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten müssen über angemessene und wirksame Mittel verfügen, damit der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird."*

330 Damit ist die eingangs gestellte Frage noch nicht beantwortet, ob auch Notare als Träger eines öffentlichen Amtes verpflichtet sind, bereits bei Belehrung und Beurkundung der Richtlinie zur Geltung zu verhelfen. Während in Erwägungsgrund (24) die Kontrollfunktion von Gerichten und Behörden angesprochen ist, geht es bei dem hier behandelten Thema um die Frage, ob Notare bereits vorsorgend bei Belehrung und Beurkundung von Verträgen mit Verbrauchern die Verbraucherschutzrichtlinie berücksichtigen *müssen*. Es geht folglich an dieser Stelle noch nicht um die Frage, *was* der Notar an europäischem Recht bei Belehrung und Vertragsgestaltung zu berücksichtigen hat, sondern um die Vorfrage, woraus sich ergibt, *dass* er als Amtsperson europäisches Recht berücksichtigen *muss*. Ist folglich der richterlichen Klauselkontrolle[558] quasi die notarielle Klauseldurchsetzungspflicht vorgeschaltet?

558 *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Losebl. 05/1999, Vorbem. A 5 Rdn. 28.

Die Beantwortung der Frage kann auf zwei Wegen angegangen werden: **331**

– Zum einen von der Institution des Notaramtes her, also funktional und berufsrechtlich,

– zum anderen von der Wirkungskraft der Richtlinie im nationalen Recht, also materiellrechtlich.

Im einzelnen wird hierzu auf das an anderer Stelle ausführlich Ausgeführte verwiesen.[559] Im Ergebnis wird diesseits die Auffassung vertreten, dass der Notar von Amts wegen verpflichtet ist, Europäischem Gemeinschaftsrecht – auch gegen nationales Recht – zum Durchbruch zu verhelfen.[560] Würde man das Gegenteil vertreten, dann hätte dies zur Folge, dass z.B. ein das Europäische Gemeinschaftsrecht nicht berücksichtigender notariell beurkundeter Vertrag im Falle einer späteren gerichtlichen Auseinandersetzung der Parteien der oben beschriebenen gerichtlichen Prüfung gemeinschaftsrechtlicher Fragen nicht standhalten würde. Und dies macht offenkundig, dass dann der beurkundende Notar bereits seinen dargestellten allgemeinen Amtspflichten nicht genügt hätte.[561] **332**

Muss folglich der Notar bei seiner Vertragsgestaltung bzw. Beurkundung Europäisches Gemeinschaftsrecht beachten, dann muss er z.B. darauf achten, dass **333**

– einerseits für die Vertragsbeteiligten die tatsächliche Möglichkeit bestand, von allen für die Entscheidung, ob ein Vertrag geschlossen werden soll, erheblichen Umständen Kenntnis zu erlangen (Sicherung der Vertragsabschlussfreiheit) und

– für den Fall des Vertragsabschlusses der Vertragsinhalt einer Inhaltskontrolle standhält (Sicherung der Vertragsgerechtigkeit).

Und für beides hat nicht alleine das deutsche Recht Maßstabsfunktion, sondern es ist stets zu fragen, ob das deutsche Recht im Sinne materieller Gleichwertigkeit[562] zugleich Ausdruck effektiver Transformation sekundären Europäischen Gemeinschaftsrechts ist. Ebenso wie Gerichte bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlautes und des Zwecks der Richtlinie auslegen **334**

559 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 21 – 23.
560 *Wagner* ZNotP 2002, Beilage 1, Seite 22 – 23.
561 S.o. Rdn. 307, 317 – 318.
562 *Markwardt* ZIP 2005, 152, 156.

müssen, um das in der Richtlinie festgelegte Ergebnis zu erreichen,[563] *muss* auch der Notar seine Vertragsgestaltung und Beurkundung daran ausrichten. Denn dort, wo es an einer effektiven Transformation fehlt und Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau wären, würde dann, wenn der Notar dies bei seiner Vertragsgestaltung unbeachtet ließe und es später zu einem Rechtsstreit der Vertragsparteien käme, die benachteiligte Partei sich vor Gericht auf eine unzulängliche Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht und als Folge dessen gegenüber dem Gericht auf die unmittelbare Wirkung der ihm günstigen Richtlinie berufen können.[564] Eine Nachlässigkeit des Notars bezüglich der vorgenannten Prüfungspflichten im Zusammenhang mit einer Vertragsgestaltung bzw. Beurkundung wäre mithin ursächlich für einen vermeidbaren Rechtsstreit geworden. Und welche Erschwernisse bei einem Rechtsstreit im Rahmen des Primärrechtsschutzes und Sekundärrechtsschutzes die Folge sein können, wurde oben aufgezeigt.

335 Dort jedoch, wo der beurkundende Notar im Zuge seiner Prüfung effektiver Transformation sekundären Gemeinschaftsrechts in nationales Recht zu keinem eindeutigen Ergebnis gelangen würde und wo er im Zweifel wäre, wie weit eine gemeinschaftskonforme Auslegung des nationalen Rechts[565] möglich wäre, ohne mit einem eindeutigen entgegenstehenden Willen des deutschen Gesetzgebers in Kollision zu geraten,[566] oder wo die Grenze zwischen richtlinienkonformer Auslegung

563 EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 – C-403/01 (Pfeiffer/DRK), NJW 2004, 3547 Rdn. 113 m.w.N., 119.

564 EuGH 19.11.1991 – Rs. C-06/90 und 09/90 (Francovich), NJW 1992, 165 Rdn. 11; ; EuGH 11.07.2002 – Rs. C-62/00 (Marks & Spencer), Slg. 2002, I-6325 Rdn. 25; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 – C-403/01 (Pfeiffer/DRK), NJW 2004, 3547 Rdn. 103; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 54 ff.

565 Dazu EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 – C-403/01 (Pfeiffer/DRK), NJW 2004, 3547 Rdn. 1114 f. m.w.N.

566 Zu den *Voraussetzungen* richtlinienkonformer Auslegung: *Gebauer*/Wiedemann, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 3 Rdn. 3 ff. 17 ff., 37 ff.; *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 75 ff. Zu den *Grenzen* richtlinienkonformer Auslegung *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 89 ff., 94 ff.; *Thüsing* ZIP 2004, 2301. Nach OLG Stuttgart 23.11.2004 – 6 U 82/03, WM 2005, 972, 973 und OLG Stuttgart 23.11.2004 – 6 U 76/04, WM 2005, 981, 984 f. steht ein eindeutiger Wortlaut eines deutschen Gesetzes einer richtlinienkonformen Auslegung – die gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG Verfassungsrang habe – nicht entgegen. Die Grenze der Auslegung sei erst dann erreicht, wenn die deutsche Norm durch gemeinschaftskonforme Auslegung funktionslos würde.

des nationalen Rechts zu einer dem Notar nicht zustehenden Rechtsfortbildung nicht mehr erkennbar wäre, müsste er gemäß § 17 BeurkG die Beteiligten über die damit verbundenen Unsicherheiten belehren und einen Weg vorschlagen wie man diese Unsicherheiten vermeiden könnte. Denn es ist nicht Aufgabe eines Notars, bei für die Beteiligten unsicherem Terrain per Beurkundung seine Rechtsansicht durchzusetzen, sondern im Interesse der Beteiligten seinen oben beschriebenen allgemeinen Amtspflichten Rechnung zu tragen.

Um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen: **336**
Die allgemeinen Amtspflichten incl. § 17 BeurkG dürfen seitens des Notars nicht dahingehend missverstanden werden, „sicherheitshalber" auf die vorgenannten Fragen im Zusammenhang mit der Prüfung des Europäischen Gemeinschaftsrechts zu verzichten. Denn es geht hier nicht um die Sicherheit des Notars, sondern um die Sicherheit der Beteiligten. Vielmehr setzen die allgemeinen Amtspflichten des Notars und § 17 BeurkG voraus, dass er sich der angesprochenen gemeinschaftsrechtlichen Fragen angenommen hat und dann gleichwohl Unsicherheiten verbleiben.

Aber: **337**
Das zuvor Ausgeführte bezüglich der Prüfungspflicht des Notars im Hinblick auf eine effektive Transformation von Richtlinienbestimmungen in nationales Recht samt gemeinschaftskonformer Auslegung des nationalen Rechts gilt nur insoweit, wie aufgrund einer Richtlinie dem Einzelnen *Rechte* zustehen. Dies gilt nicht bei *Pflichten*.[567] Denn eine Richtlinie kann nicht zwischen Privatpersonen Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen, so dass eine Vertragspartei sich nicht gegenüber der Anderen im Hinblick auf aus einer Richtlinie vorgegebene Pflichten berufen kann.[568]

567 *Langenbucher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2005, § 1 Rdn. 73; Gebauer/*Wiedemann*, Zivilrecht unter Europäischem Einfluss, 2005, Kap. 2 Rdn. 36; *Thüsing* ZIP 2004, 2301.

568 EuGH 26.02.1998 – Rs. 152/84 (Marshall), NJW 1986, 2178 Rdn. 48; EuGH 14.07.1994 – Rs. C-91/92 (Faccini Dori), NJW 1994, 2473 Rdn. 20; EuGH 07.01.2004 – Rs. C-201/02 (Wells), NVwZ 2004, 593 Rdn. 56; EuGH 05.10.2004 – Rs. C-397/01 bis C-403/01 (Pfeiffer/DRK), NJW 2004, 3547 Rdn. 108 f.; *Thüsing* ZIP 2004, 2301.

2.2 Beispiel: Die materiellrechtliche Reichweite der Europäischen Verbraucherschutzrichtlinie

338 Nach Art. 137 Abs. 2 EG enthalten Richtlinien **Mindestvorschriften**, die von den Mitgliedstaaten anzuwenden sind. Die Verbraucherschutzrichtlinie wendet sich gemäß Art. 11 an den jeweiligen Mitgliedstaat. Die Bundesrepublik Deutschland hat wiederum als Mitgliedstaat das anzuwenden, was oben auszugsweise für die Verbraucherschutzrichtlinie wiedergegeben wurde. Dem hat sie durch § 24a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB) zu entsprechen gesucht.

339 Dort, wo aufgrund § 1 letzter Satz der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen Notare bei Beurkundung des Vertrages davon absehen würden, die Sicherheitenregelung des § 632a Satz 3 BGB vorzusehen und dieserhalb auch von einer entsprechenden Belehrung absehen würden, wäre der Frage nachzugehen, ob solche vertragliche Regelungen gleichwohl nach § 310 Abs. 3 BGB überprüft werden können bzw. müssen. Wäre dies nicht der Fall, dann würde dies zu dem Ergebnis führen, dass über § 1 letzter Satz der Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen auch die Inhaltskontrolle gemäß 310 Abs. 3 BGB abgeschnitten wäre. Dies hätte dann allerdings zur Folge, dass die seinerzeit über § 24a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB) in nationales Recht transformierte Verbraucherschutzrichtlinie keine Wirkung mehr entfalten würde. Es würde mithin eine Rechtslage bestehen, wie wenn die Verbraucherschutzrichtlinie nicht zur Anwendung käme,[569] obwohl die Richtlinie auch Fälle erfasst, bei denen ein Notar Vertragsklauseln verfasst hat.[570] Der beurkundende Notar steht mithin vor der Frage, wie er mit dieser unsicheren gemeinschaftsrechtlich determinierten Rechtslage umgehen soll.

340 Soll er sich alleine an § 1 Satz 4 der Abschlagszahlungsverordnung als nationaler Norm orientieren, wonach er im Bauträgervertrag keine Sicherheiten vorzusehen *braucht* oder müsste er nicht doch zuvor Ausgeführtes im Hinblick auf die VerbRL mit berücksichtigen und dem Europäischen Gemeinschaftsrecht in Form der VerbrRL entgegen § 1 Satz 4 der Abschlagszahlungsverordnung zum Durchbruch verhelfen?

---

569 *Wagner* ZfIR 2001, Beilage zu Heft 10, Seite 28.

570 *Pfeiffer* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Losebl. 05/1999, Art. 3 Rdn. 9. Zur Einschlägigkeit des § 24a AGBG bei Bauträgerverträgen siehe *Basedow* in: Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl. 2001, AGBG § 24a Rdn. 43.

Mit oben Ausgeführtem[571] müsste der beurkundende Notar sich seiner aufgeführten Amtspflichten und dort insbesondere des für die Parteien sichersten Wege besinnen. Dies müsste dazu führen, von § 1 Satz 4 der Abschlagszahlungsverordnung keinen Gebrauch zu machen. Dies zumal deshalb, weil ja § 1 Satz 4 der Abschlagszahlungsverordnung nicht regelt, dass keine Sicherheiten vorgesehen werden dürfen, sondern nicht vorgesehen werden brauchen, was bereits vom Wortlaut her dem Notar die Verantwortung überträgt, wie er damit umgeht. Folglich sollte im Bauträgervertrag von einem Sicherheitenerforderniss des Verbraucher-Erwerbers nicht abgesehen werden. Ist dieser erste Schritt getan, geht es im zweiten Schritt dann darum, an welche Sicherheiten gedacht werden könnte.[572] **341**

2.3 Beispiel: Novelliertes Genossenschaftsrecht

Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts ist am 18.08.2006 in Kraft getreten.[573] Inhaltlich hat sich folgendes geändert: **342**

Absenkung der Mindestmitgliederzahl von 7 Personen auf 3 Personen. Verzicht auf einen Aufsichtsrat bei Genossenschaften mit bis zu 20 Mitgliedern. Befreiung von der Pflicht der Prüfung des Jahresabschlusses bei Bilanzsummen bis zu EUR 1 Mio. oder Umsatz bis EUR 2 Mio. Genossenschaften sind auch für soziale und kulturelle Zwecke möglich. Stärkung der Rolle des Aufsichtsrates und Verbesserung der Informationsversorgung für seine Mitglieder. Zulassung der Sachgründung, investierender Mitglieder, eines Mindestkapitals. **343**

Anlass war die ab 18.08.2006 geltende EU-Verordnung Nr. 1435/2003 über das Statut der Genossenschaft (SCE).[574] Die Folge ist, dass der Notar, wenn er mit der Gründung einer Genossenschaft betraut wird, bei Zweifelsfragen eine Auslegung des deutschen Rechts gemeinschaftskonform im Sinne des Regelungsgegenstandes und Regelungszwecks im Sinne besagter EU-Verordnung vornehmen muss – nicht **344**

571 S.o. Rdn. 307, 317 – 318.

572 Dazu bereits *Wagner* in: Schmider/Wagner/Loritz, Handbuch der Bauinvestitionen und Immobilienkapitalanlagen (HdB), (Stand: 04/2004), Fach 6112, Rdn. 97 ff. m.w.N.

573 Zum Inhalt *Geschwandtner/Helios* NZG 2006, 691; *Helios/Strieder* DB 2005, 2794; *Keßler* BB 2006, 561; *Keßler* BB 2006, 1693; *Pistorius* DStR 2006, 278; *Schaffland/Korte* NZG 2006, 253 f.; *Saenger/Merkelbach* BB 2006, 566.

574 ABl. Nr. L 207/1 vom 18.08.2003.

kann –. Und sollte dazu zudem die Auslegung einer Vorschrift besagter Verordnung erforderlich sein, ist dazu nicht nur deren Wortlaut zu berücksichtigen sondern auch der Zusammenhang, in dem sie steht und die Ziele, die mit besagter Vorschrift verfolgt werden.[575]

345 Eine EU-Verordnung hat, anders als eine EU-Richtlinie, folgende Wirkungen:

Eine Verordnung gehört wie eine Richtlinie zum sekundären Gemeinschaftsrecht.[576] Während jedoch Richtlinien als Adressaten die Mitgliedstaaten haben und eine Transformation der Richtlinien in nationales Recht durch besagte Mitgliedstaaten erfordern (Art. 249 Abs. 2 EG), wobei das Ziel der Richtlinie für Mitgliedstaaten verbindlich ist, jedoch die Wahl von Form und Mittel der Transformation den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, haben Verordnungen in allen Mitgliedstaaten unmittelbare und verbindliche Wirkungen (Art. 249 Abs. 2 EG).[577]

346 Im Hinblick auf die EU-Verordnung Nr. 1435/2003 über das Statut der Genossenschaft (SCE) vom 22.07.2003 bedeutet dies:

347 Mit zuvor Angesprochenem hat die unmittelbare und verbindliche Wirkung einer Verordnung in einem Mitgliedstaat die gleiche materiellrechtliche Rechtswirkung wie ein nationales Gesetz.[578] Folglich haben Gerichte, Behörden und Notare das in einer Verordnung geregelte unmittelbar anzuwenden (Art. 249 Abs. 2 EG). Mithin können sich aus Verordnungen Rechte und Pflichten u.a. für die Mitgliedstaaten und deren Institutionen, aber auch für jeden Einzelnen ergeben.[579] Stellt sich ein Regelungswiderspruch zwischen dem deutschen Gesetz und besagter Verordnung ein, dann besteht ein Anwendungsvorrang der Verordnung[580] und z.B. der beurkundende Notar muss dafür sorgen, dass die Regelungen der Verordnung durchgesetzt werden. Denn Rechtsgeschäfte, die gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht mit Drittwirkung verstoßen, sind insoweit nichtig, wie es der Schutzzweck

575 EuGH 07.06.2005 – Rs. C-17/03 (VEMW U.A.), Slg. 2005, I- 4983 Rdn. 41.
576 *Wagner* ZfBR 2004, 317, 320.
577 *Magiera* in: Schulze/Zuleeg, Europarecht, 2006, § 13 Rdn. 62; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 320.
578 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, (08/2002), Art. 249 EGV Rdn. 110.
579 *Wiedmann/Gebauer* in: Gebauer/Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluß, 2005, Kap. 1 Rdn. 57.
580 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, (08/2002), Art. 249 EGV Rdn. 122.

der jeweiligen Norm erfordert,[581] und an nichtigen Rechtsgeschäften darf ein Notar nicht mitwirken.

Trägt ein Notar z.B. bei seiner beurkundenden Tätigkeit dem nicht Rechnung, dann stellt dies ebenso eine Amtspflichtverletzung dar wie wenn der Notar deutsche gesetzliche Regelungen missachtet. **348**

2.4 Beispiel: Schiedsklauseln in Verbraucherverträgen

Wird aufgrund einer vertraglichen Schiedsklausel ein Schiedsgerichtsverfahren durchgeführt, ohne dass zuvor die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gem. § 1040 Abs. 2 Satz 1 ZPO gerügt worden wäre und ergeht ein Schiedsspruch (§ 1055 ZPO), so kann gegen einen solchen nur unter den engen Voraussetzungen des § 1059 ZPO ein Aufhebungsverfahren vor dem zuständigen OLG (§ 1062 Abs. 1 Nr. 4 ZPO) eingeleitet werden. Diese engen Voraussetzungen des § 1059 ZPO sind nunmehr aufgrund der Rechtsprechung des EuGH[582] um einen Grund erweitert worden. Denn das OLG muss für den Fall eines Aufhebungsverfahrens, wenn daran ein Verbraucher beteiligt ist, aufgrund der VerbrRL (93/13/EWG) von Amts wegen prüfen, ob die Schiedsvereinbarung bzw. vertragliche Schiedsklausel nichtig ist und der Schiedsspruch bereits deshalb aufzuheben ist. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Nichtigkeit vom Verbraucher nicht schon im Schiedsverfahren sondern erst im Aufhebungsverfahren eingewandt worden ist. Dies ist vom EuGH damit begründet worden, dass zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher ein Ungleichgewicht bestehe, indem der Verbraucher sich gegenüber dem Gewerbetreibenden in einer schwächeren Verhandlungsposition befinde und einen geringeren Informationsstand habe, so dass er ihm vom Gewerbetreibenden vorformulierten Bedingungen zustimme, ohne auf sie Einfluss nehmen zu können. Dieses Ungleichgewicht könne nur durch positives Eingreifen unabhängiger Dritter – hier eines staatlichen Gerichts – ausgeglichen werden.[583] Dies dann, wenn ein von Verbrauchern geschlossener Vertrag missbräuchliche Klauseln i.S.d. VerbrRL enthält, unabhängig davon, ob sich der Verbraucher im Schiedsgerichtsverfahren auf die Missbräuchlich- **349**

581 *Widmann* AnwBl 2007, 326, 327.
582 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734.
583 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734 Rdn. 25 f.

keit von Klauseln berufen hatte, weil er entweder seine Rechte nicht kannte oder

> *„durch die Kosten, die eine Klage vor Gericht verursachen würde, von der Geltendmachung seiner Rechte abgeschreckt wird."*[584]

350 Der EuGH[585] verweist ausdrücklich darauf, dass er den Einwand der deutschen Bundesregierung nicht gelten lasse, solches würde die Wirksamkeit von Schiedssprüchen erheblich beeinträchtigen.

351 In Anbetracht dieser Rechtsprechung des EuGH[586], wonach Schiedsklauseln in Verträgen mit Verbrauchern unwirksam sind, wenn in solchen Verträgen gegen die VerbrRL verstoßen wurde,[587] hat dies zur Folge, dass der Notar bei beurkundeten Verträgen, bei denen ein Verbraucher Beteiligter ist, darauf zu achten hat, dass Vertragsklauseln nicht gegen die VerbrRL verstoßen, insbesondere dann nicht, wenn Inhalt solcher Verträge auch Schiedsklauseln sind. Denn an einer unwirksamen Vereinbarung – auch betreffend eine Schiedsklausel – darf der Notar nicht mitwirken.

352 Zwar hat der BGH[588] eine Schiedsgerichtsklausel in einem Bauträgervertrag, in welchem der Erwerber ein Verbraucher war, als unbedenklich angesehen, ohne sich mit vorgenannter EuGH-Rechtsprechung[589] zu befassen. Unter Berücksichtigung genannter EuGH-Rechtsprechung ist aber in Bauträgerverträgen ein schiedsgerichtliches Verfahren[590] entgegen der Entscheidung des III. Senates des BGH[591] nicht möglich, da dies gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 Anhang Nr. 1 q) VerbrRiL 93/13/EWG und die Rechtsprechung des EuGH[592] verstößt, was *Thode*[593] zutreffend

584 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734 Rdn. 29.
585 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734 Rdn. 33 f.
586 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734.
587 S.o. Rdn. 350.
588 BGH 01.03.2007 – III ZR 164/06, NZBau 2007, 298.
589 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), EuZW 2006, 734.
590 Zum verfahrensrechtlichen Rahmen eines notariellen Schiedsgerichts *BNotK* 2000, 401. Dazu *Wagner* DNotZ 2000, 421; *Wagner* ZNotP 2000, 461, 479; *Wagner* in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002, § 25 Rdn. 28; *Wagner* NJW 2001, 2128, 2132 – Zu anderen Formen eines Schiedsgerichts *Eberl/Friedrich* BauR 2002, 250, 252 f.
591 BGH 01.03.2007 – III ZR 164/06, NZBau 2007, 298.
592 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro/Milenium SL), NJW 2007, 135.
593 *Thode* ZfBR 2007, 430; *Thode* DNotZ 2007, 404, jeweils m.w.N.

eingehend beanstandet hat. Zu Gunsten des III. Senates des BGH mag unterstellt werden, dass er die einschlägige Claro/Milenium-Entscheidung des EuGH schlicht übersehen haben mag.

2.5 Beispiel: Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel in Verbraucherverträgen

353 Notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungen in Bauträgerverträgen als Formularverträgen, auf die die MaBV Anwendung findet, können nicht rechtswirksam vorgesehen werden.[594] Der BGH hat dies damit begründet, mit einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht werde es dem Bauträger ermöglicht, in den Besitz von Vermögenswerten des Auftraggebers zu gelangen, ohne dass die Voraussetzungen des § 3 MaBV beachtet werden müssten. Und da zudem bei einer Zug um Zug Leistung der Nachweis der Leistung nur durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde erbracht werden kann (756, 765 ZPO), was bezüglich der Dokumentation des Bauablaufes nicht möglich ist, scheidet mithin beim herkömmlichen Bauträgervertrag eine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung aus.[595] Auch eine Fertigstellungsbescheinigung (§ 641a BGB) ist keine öffentliche Urkunde i.S.d. § 726 ZPO.[596]

354 Verbleibt die Frage, ob notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln in Grundschuldbestellungsurkunden – dingliche bzw. persönliche – gegenüber Verbrauchern gegen die VerbrRL verstoßen. Dies ist in der deutschen veröffentlichten Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden worden und im deutschen Fachschrifttum umstritten.[597] Im Grunde dreht sich der Streit um die Frage, ob folgende

594 BGH 22.10.1998 – VII ZR 99/97, BGHZ 139, 387, 390 f.; *Hertel* in: Limmer/Hertel/Frenz/Mayer (Hrsg.), Würzburger Notarhandbuch, 2005: Bauträgervertrag, Kapitel 4 Rdn. 1423 f. Zur notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht in Individualverträgen BGH NJW 1981, 2756; *Wagner* ZNotP 2000, 461, 463. Mißverständlich *Grziwotz* MDR 2005, 1270, der meint, die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung sei „kaum noch verhandelbar."

595 *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, S. 267, 312 ff.; *Wagner* ZNotP 2000, 461, 463 f.

596 *Thode* in: Thode/Uechtritz/Wochner, Immobilienrecht 2000, S. 267, 314 f.; *Wagner* ZNotP 2000, 461, 463 f.

597 Verstöße bejahend *Quack* RpflStud. 2002, 145; *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 325 f. Verneinend *Knapp* MittBayNot 2003, 421; *Freitag/Riemenschneider* WM 2004, 2470.

Wirkungen einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel bei Verbrauchern mit der Rechtsprechung des EuGH und der VerbrRL in Einklang zu bringen sind, weil im Falle einer notariellen Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel der Verbraucher kumulativ folgenden Nachteilen/Risiken ausgesetzt ist:

- Initiativlast, sich gerichtlich gegen die Zwangsvollstreckung gerichtlich wehren und
- Vollstreckungsschutz beantragen zu müssen.
- Dieserhalb mit Gerichtskosten in Vorlage treten zu müssen.
- Das Risiko tragen zu müssen, Vollstreckungsschutz nicht zu erhalten.
- Das Risiko, bei Vollstreckungsschutz gegen Sicherheitsleistung die Sicherheit nicht aufbringen zu können bzw.
- der Nachteil, für den Fall der Sicherheitenaufbringung die eigene Kreditlinie durch den abzuschließenden Avalkreditvertrag verkleinern zu müssen und die damit verbundenen Kosten (Avalprovision) tragen zu müssen.
- Nichtanwendbarkeit des § 717 Abs. 2 ZPO.[598]
- Vollstreckung durch Vollstreckungsgläubiger gegenüber dem Vollstreckungsschuldner, obwohl letzterer seinen Verpflichtungen nachkommt.[599]

355 Stellt die Kumulation dieser Nachteile, Belastungen und Risiken bei Verbrauchern einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Anhang Nr. 1. q) VerbrRL sowie die Oceano Grupo- und Cofidis-Entscheidungen des EuGH[600] dar, weil dem Verbraucher eine weitgehende Initiativlast aufgebürdet wird, sich gegen alle diese Nachteile wehren zu müssen, wenn

598 *Wagner/von Heymann* WM 2003, 2257, 2261; *Wagner* ZfBR 2004, 317, 326.

599 So geschehen in einem Fall, in welchem ein Kreditinstitut sich auf diese Weise mittels Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (Zwangssicherungshypothek, Pfändung einer Lebensversicherung etc.) sich nachträglich Zusatzsicherheiten verschaffte, zu denen der seine Verpflichtungen erfüllende Vollstreckungsschuldner nicht bereit war. Im Vollstreckungsgegenklageverfahren befaßte sich das OLG Dresden (Urt. v. 08.08.2005 – 14 U 298/06) – obwohl einfachrechtliche Einwände und Einwände im Hinblick auf die VerbrRL vorgetragen worden waren – damit unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht. Vollstreckungsschutz (§ 769 ZPO) wurde weder vom LG Dresden noch vom OLG Dresden gewährt. Der Verbraucher war mithin aufgrund der notariellen Vollstreckungsunterwerfungsklausel schutzlos gestellt.

600 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 34.

er dazu überhaupt in der Lage ist ? Dazu gibt die neue Claro/Milenium-Entscheidung des EuGH,[601] die auf den Oceano Grupo- und Cofidis-Entscheidungen des EuGH[602] aufbaut, einen deutlichen Hinweis, wenn es dort heißt:

> *„Somit erstreckt sich der den Verbrauchern durch die Richtlinie gewährte Schutz auf alle Fälle, in denen sich ein Verbraucher, der mit einem Gewerbetreibenden einen Vertrag geschlossen hat, der eine missbräuchliche Klausel enthält, nicht auf die Missbräuchlichkeit beruft, weil er entweder seine Rechte nicht kennt oder durch die Kosten, die eine Klage vor Gericht verursachen würde, von der Geltendmachung seiner Rechte abgeschreckt wird.“*[603]

Darunter kann auch die Verschiebung der Initiativlast zu Lasten des Verbrauchers i.V.m. damit begründeten kumulativen Nachteilen/Risiken gehören.[604] **356**

Die deutsche Rechtsprechung hat sich damit bisher nicht beschäftigt. Die Rechtslage ist nicht geklärt. Deutsche Gerichte weigern sich durchgehend, die mit der VerbrRL und aufgrund der EuGH-Rechtsprechung[605] behandelten Fragen zu entscheiden oder dem EuGH vorzulegen. **357**

Der Notar ist hier in einem Dilemma. Der Amtspflicht des sichersten Weges[606] würde er entsprechen, wenn er in Verbraucherverträgen keine notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel mehr beurkunden würde. Dann aber wird jedenfalls die Finanzierung des Verbrauchers scheitern und der Vertrag, für den die Finanzierung beabsichtigt ist, wird hinfällig. Da deutsche Rechtsprechung bisher notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklauseln in Verbraucherverträgen im Hinblick auf die VerbrRL noch nicht beanstandet hat, kann der Notar allenfalls aus vorgenannten Gründen Wirksamkeitsbedenken äußern und muss dann die Beteiligten über die damit verbundenen denkbaren **358**

601 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro / Milenium SL), EuZW 2006, 734.
602 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 34.
603 EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro / Milenium SL), EuZW 2006, 734 Rdn. 29 u.H.a. EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 34.
604 S.o. Rdn. 355.
605 EuGH 27.06.2000 – Rs. C-240/98 (Oceano Grupo), NJW 2000, 2571 Rdn. 22; EuGH 21.11.2002 – Rs. C-473/00 (Cofidis), EuZW 2003, 27 Rdn. 34; EuGH 26.10.2006 – Rs. C-168/05 (Claro / Milenium SL), EuZW 2006, 734 Rdn. 29
606 S.o. Rdn. 307.

Folgen belehren. Bestehen die Beteiligten auf einer Beurkundung, hat er seinen Belehrungshinweis und die Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift zu vermerken und auch die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung zu beurkunden (§ 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG).

IV. Fazit

359 Es ist deutlich geworden, dass bei Prozessen und Vertragsgestaltung die Einbeziehung von Europäischem Gemeinschaftsrecht für den Rechtsanwalt eine notwendige und anspruchsvolle Aufgabe ist. Es ist aber auch deutlich geworden, dass Notare von Amts wegen verpflichtet sind, sich dieses Themas anzunehmen. Das primäre und sekundäre Europäische Gemeinschaftsrecht wirft vielfältige Fragen auf, die noch nicht oder auch kontrovers diskutiert werden. Den Einstieg dazu zu erleichtern, ist Ziel dieses Beitrages.