

## Rechtsprechungswegweiser Europarecht 2012:

### Aktuelle EuGH-Rechtsprechung mit Prüfungsrelevanz (Teil 3)\*

Von Patricia Sarah Stöbener, LL.M., Angela Regina Stöbener, LL.M., und Wiss. Ass. Dr. Mattias Wendel, Berlin

#### III. Diskriminierung aus anderen Gründen als Staatsangehörigkeit, insbesondere: Altersdiskriminierung

##### 1. Küçükdeveci

In der Linie des stark umstrittenen *Mangold*-Urteils<sup>1</sup> erging im Jahr 2010 die Entscheidung in der Rechtssache *Küçükdeveci*<sup>2</sup>. Erneut ging es um einen Fall der Alterdiskriminierung im deutschen Recht, diesmal allerdings um die für jüngere Arbeitnehmer ungünstige Regelung in § 622 II 2 BGB, wonach vor Vollendung des 25. Lebensjahrs liegende Beschäftigungszeiten des Arbeitnehmers bei der Berechnung der Kündigungsfrist nicht berücksichtigt werden. Zur Frage eines Unionsrechtsverstößes stellt der EuGH klar, dass Prüfungsmaßstab das Diskriminierungsverbot als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, der in der Gleichbehandlungs-Richtlinie 2000/78 konkretisiert wird<sup>3</sup>. Im *Mangold*-Urteil war dies noch unklar geblieben. Letztlich prüft der EuGH jedoch en detail die Richtlinienvorschriften einschließlich der Rechtfertigungstatbestände. Inhaltlich bejaht der EuGH die Diskriminierung und lehnt eine Rechtfertigung ab. Das angeführte Ziel, dem Arbeitgeber eine größere personalwirtschaftliche Flexibilität zu verschaffen, wird seiner Ansicht nach nicht erreicht, weil die Regelung unabhängig vom Alter zum Zeitpunkt der Entlassung gelte. Das Ziel, den Schutz der Arbeitnehmer entsprechend der Dauer der Betriebszugehörigkeit zu verstärken, werde damit nicht erreicht, weil die jüngeren Arbeitnehmer unabhängig von der Länge ihrer Betriebszugehörigkeit benachteiligt würden. Zudem berühre die Regelung junge Arbeitnehmer ungleich, weil sie nur diejenigen jungen Menschen treffe, die ohne oder nach nur kurzer Berufsausbildung früh eine Arbeitstätigkeit aufnehmen, nicht aber diejenigen, die nach langer Ausbildung später in den Beruf einträten<sup>4</sup>.

Zur zweiten Vorlagefrage nach der Unanwendbarkeit der nationalen Regelung wiederholt der EuGH zunächst seine ständige Rechtsprechung seit *Marshall*, wonach bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist<sup>5</sup>. Gleichzeitig betont er, dass das nationale Gericht seine Auslegung des nationalen Rechts so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie ausrichten müsse, um das in

ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen<sup>6</sup>. Es obliege daher dem nationalen Gericht, im Rahmen seiner Zuständigkeiten den rechtlichen Schutz, der sich für den Einzelnen aus dem Unionsrecht ergibt, sicherzustellen und die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten. Hierfür müsse es, wenn der klare und eindeutige Wortlaut des nationalen Rechts eine unionsrechtskonforme Auslegung unmöglich mache, erforderlichenfalls das unionsrechtswidrige nationale Recht unangewendet lassen. Da das Verbot der Altersdiskriminierung ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts sei, den die RL 2000/78 nur konkretisiere, stehe dem nicht die nur begrenzte Drittwirkung von Richtlinien entgegen<sup>7</sup>. Eine vorherige Vorlage an den EuGH sei nicht erforderlich, sondern habe fakultativen Charakter<sup>8</sup>.

Durch die Vermeidung einer direkten Anwendung der Richtlinie und den stattdessen erfolgenden Rekurs auf das allgemeine Diskriminierungsverbot versucht der EuGH den Vorwurf zu umgehen, durch die horizontale Drittwirkung von Richtlinien die Grenze zur Rechtsfortbildung zu überschreiten. Das BVerfG hat eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH in seinem *Honeywell*-Beschluss<sup>9</sup>

\* Teil 1 und 2 dieses Beitrags sind in *JURA* 2012, 585 ff. und xxx abgedruckt. Stand des Beitrags ist der 19. 4. 2012

1 EuGH Urt v 22. 11. 2005, C-144/04, Slg 2005, I-9981, Rdn. 55–78, insb 74–77 – *Mangold* → *Ehlers* JK 9/06, EGV Art. 234/1.

2 EuGH Urt v 19. 1. 2010, C-555/07, Slg 2010, I-365 – *Küçükdeveci*, mit Anmerkung von *Seifert* EuR 2010, 802 ff.

3 EuGH Urt v 19. 1. 2010, C-555/07, Slg 2010, I-365, Rdn. 20–21, 27 – *Küçükdeveci*.

4 Ebd, Rdn. 29–32, 39–42.

5 EuGH Urt v 26. 2. 1986, Rs 152/84, Slg 1986, 723, Rdn. 48 – *Marshall*; Urt v 14. 7. 1994, C-91/92, Slg 1994, I-3325, Rdn. 20 – *Faccini Dori* → *Erichsen* JK 95, EWGV Art. 189 III/6; Urt v 5. 10. 2004, C-397/01 u. a., Slg 2004, I-8835, Rdn. 108 – *Pfeiffer u. a.* → *Schoch* JK 5/05, EGV Art. 249/2.

6 EuGH Urt v 10. 4. 1984, Rs 14/83, Slg 1984, 1891, Rdn. 26 – *von Colson und Kamann*; Urt v 13. 11. 1990, C-106/89, Slg 1990, I-4135, Rdn. 8 – *Marleasing*, sowie die Urteile v. 14. 7. 1994, C-91/92, Slg 1994, I-3325, Rdn. 26 – *Faccini Dori*, und v. 5. 10. 2004, C-397/01 u. a., Slg 2004, I-8835, Rdn. 113 – *Pfeiffer u. a.*

7 So bereits in EuGH Urt v 22. 11. 2005, C-144/04, Slg 2005, I-9981, Rdn. 55–78, insb 74–77 – *Mangold*.

8 EuGH Urt v 19. 1. 2010, C-555/07, Slg 2010, I-365, Rdn. 46–55 – *Küçükdeveci*.

9 BVerfGE 126, 286 (302–313) – *Honeywell* → *Ehlers* JK 12/10, GG Art. 12/16, vgl hierzu *F. C. Mayer/Walter* *JURA* 2011, 532.

– entgegen starker Kritik aus Politik, Literatur und selbst von der Richterbank selbst<sup>10</sup> – gleichwohl abgelehnt.

## 2. Prigge

In der Rechtssache *Prigge u. a.*<sup>11</sup> entschied der EuGH, dass eine tarifvertraglich geregelte Altersbegrenzung für Piloten auf 60 Jahre gegen die RL 2000/78 verstoße. Die Regelung sei weder durch den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit noch als wesentliche berufliche Anforderung durch die Flugsicherheit gerechtfertigt. Sowohl nach nationalen als auch internationalen Regelungen dürfen Piloten zwischen dem 60. und 65. Lebensjahr ihren Tätigkeiten unter bestimmten Beschränkungen weiter nachgehen, was zeige dass die Altersbegrenzung nicht erforderlich sei.

## IV. Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte

Klausuren, deren einzige Problematik eine Grundrechtsprüfung bildet, sind (noch) vergleichsweise selten. Weitaus häufiger tauchen Unionsgrundrechte im Klausurkontext bei der Prüfung von Grundfreiheiten auf Rechtfertigungsebene<sup>12</sup> oder allgemein in ihrer Funktion als Auslegungsmaßstab auf (s. bereits unter I.3. und I.4.). Ein Klassiker in diesem Zusammenhang ist die Problematik des Umfangs der *mitgliedstaatlichen* Bindung an Unionsgrundrechte. Während Unionsgrundrechte – insbesondere<sup>13</sup> nach der Charta der Grundrechte (GRC) – die Unionsorgane vollumfänglich binden, unterliegen ihnen die EU-Mitgliedstaaten gemäß Art. 51 I 1 GRC »ausschließlich bei der Durchführung« von Unionsrecht. Unstreitig fällt hierunter der Vollzug von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten in dem Sinne, dass die Mitgliedstaaten als verlängerter Arm der Union auftreten oder zwingende Vorgaben des Unionsrechts umsetzen (sog. agency-situation)<sup>14</sup>.

Problematisch ist demgegenüber die Frage, ob bzw inwieweit sich eine Bindung an Unionsgrundrechte auch auf Bereiche erstreckt, in denen den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum verblieben ist<sup>15</sup>. Das BVerfG hat hierzu entschieden, innerstaatliche Umsetzungsakte umfänglich an deutschen Grundrechten zu messen, soweit sie einen Umsetzungsspielraum ausfüllen<sup>16</sup>. Ist unklar, ob eine solche Situation vorliegt, so verlangt das BVerfG von den deutschen Fachgerichten, die Existenz und ggf den Umfang eines Beurteilungsspielraumes zu klären, bevor sie eine konkrete Normenkontrolle einleiten. In Ermangelung eines *acte clair* verlangt das BVerfG dabei auch von unterinstanzlichen Gerichten, dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen<sup>17</sup>.

Die jüngere Rechtsprechung des EuGH zur Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte ist stark einzelfallgeprägt und hat ein klares Abgrenzungskriterium bislang nicht hervorbringen können.

### 1. Urteil McB

In einigen Entscheidungen legt der EuGH durchaus ein eher restriktives Verständnis der Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte an den Tag. Die erste aktuelle Entscheidung von Interesse in diesem Zusammenhang ist das Urteil *McB*<sup>18</sup>. Im Ausgangsverfahren beehrte Herr McB im Klagewege die Rückkehr seiner leiblichen Kinder nach Irland, von wo sie die Mutter zuvor ohne sein Wissen und Wollen nach England verbracht hatte. Rechtliche Voraussetzung für die Rückführung war u. a. eine behördliche bzw gerichtliche Feststellung über die Rechtswidrigkeit der Kindesverbringung nach der VO 2201/2003. Nach dieser Verordnung setzt die Rechtswid-

rigkeit tatbestandlich wiederum eine Verletzung des Sorgerechts voraus, welches nach Maßgabe des nationalen Rechtes gewährt wird. Nach dem anwendbaren irischen Recht hatte Herr McB ein solches Sorgerecht indes nicht, weshalb auch eine Verletzung ausschied. Die Vorlagefrage ging nun dahin, ob die innerstaatliche Verweigerung der Gewährung des väterlichen Sorgerechts gegen Unionsgrundrechte, namentlich das Recht auf Privat- und Familienleben, verstoßen könne. Dies hätte, vereinfacht gesagt, bedeutet, ein Sorgerecht aus den Unionsgrundrechten heraus zu begründen und aus dessen Verletzung die Widerrechtlichkeit der Kindesverbringung zu folgern, obwohl nach der Verordnung die Widerrechtlichkeit des Verbringens eines Kindes ausschließlich von der Verletzung eines *von nationalen Recht zuerkannten* Sorgerechts abhängt.

Der EuGH entschied, dass die Charta vorliegend »allein zum Zweck der Auslegung der VO 2201/2003 heranzuziehen ist, ohne dass das nationale Recht als solches zu beurteilen wäre«<sup>19</sup>. Dass die Verordnung hinsichtlich des Bestehens eines Sorgerechts auf das nationale Recht verweist, reicht insoweit nicht aus, die innerstaatliche Regelung zur Gewährung des Sorgerechts am Maßstab der Unionsgrundrechte zu messen. Ein Sorgerecht für die Zwecke der Verordnung im vorliegenden Fall unionsrechtlich zuzuerkennen, obwohl es nach nationalem Recht nicht gewährt werde, stünde nach dem EuGH nicht nur im Widerspruch zu den Erfordernissen der Rechtssicherheit und zum erforderlichen Schutz der Rechte und Freiheiten anderer (hier der Mutter), sondern liefe überdies Gefahr, gegen Art. 51 II GRC zu verstoßen, wonach die GRC den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die der Union durch die Verträge übertragenen Zuständigkeiten hinaus ausdehnt<sup>20</sup>.

### 2. Urteil Dereci u. a.

Das Urteil *Dereci u. a.*<sup>21</sup> liegt auf einer Linie mit der bereits behandelten Entscheidung *McCarthy*, soweit sie der Kern-

10 U. a. *Herzog/Gerken*, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, FAZ v 8. 9. 2008, S 8; *Wieland* NJW 2009, 1841; abweichende Meinung des Richters *Landau* BVerfGE 126, 286 (317 ff.) – *Honeywell*.

11 EuGH Urt v 13. 9. 2011, C-447/09, EuZW 2011, 751, Rdn. 63 – *Prigge u. a.*

12 Entweder als »Schranken-Schranke«, vgl EuGH Urt v 18. 6. 1991, C-260/89, Slg 1991, I-2925, Rdn. 42 ff. – *ERT* oder als »Schranke«, vgl EuGH Urt v 12. 6. 2003, C-112/00, Slg 2003, I-5659, Rdn. 74 f – *Schmidberger* → *Schoch* JK 11/03, EGV Art. 28/3. Kritisch zur ERT-Rechtsprechung *Huber* EuR 2008, 190 (193 ff.).

13 Neben den Grundrechten, wie sie in der GRC positiviert sind, gelten gemäß Art. 6 III EUV die Grundrechte, wie sie sich aus den Rechtserkenntnisquellen der EMRK sowie der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten im Wege wertenden Rechtsvergleichs speisen, als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts fort.

14 EuGH Urt v 13. 7. 1989 – Rs 5/88, Slg 1989, 2609 ff., Rdn. 19 – *Wachauf*. Der Begriff »agency-situation« geht zurück auf *Weiler*.

15 Dazu *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg), GRC, 2006, Art. 51 Rdn. 20 ff., 35; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg), GRC, 3. Aufl 2010, Art. 51 Rdn. 25 ff.; *Kühling*, in: v Bogdandy/Bast (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, 682 ff.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEU, 4. Aufl 2011, Art. 51 GRC Rdn. 7 ff., 12.

16 BVerfGE 118, 79 (95 f) – *Treibhausgas I* → *Ehlers* JK 1/08, ZuG § 12/1; BVerfGE 125, 260 (306) – *Vorratsdatenspeicherung* → *Ehlers* JK 8/10, GG Art. 10 I/5.

17 *BVerfG* NJW 2012, 45 – *Investitionszulagengesetz*. Dazu *Wendel* EuZW 2012, 213 ff.

18 Vgl EuGH Urt v 5. 10. 2010, C-400/10 PPU, noch nicht in Slg., Rdn. 51 f, 59 – *McB* mit Anmerkung von *Thym* JZ 2011, 148 (150 f).

19 Ebd., Rdn. 52.

20 Ebd., Rdn. 59.

21 EuGH Urt v 15. 11. 2011, C-256/11, NVwZ 2012, 97, Rdn. 66 ff. und 70 ff. – *Dereci u. a.*, mit Anmerkung von *Thym* NVwZ 2012, 103 f.

bereichsrechtsprechung des EuGH zu Art. 20 AEUV enge Grenzen zieht (s. o. I.1.b.). Darüber hinaus ist sie für die Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte relevant. Im Kern ging es in den Ausgangsverfahren um drittstaatsangehörige Familienmitglieder österreichischer Staatsangehöriger, die sich gegen Ausweisungsanordnungen und Maßnahmen zur Entfernung aus dem österreichischen Staatsgebiet wandten. Die betreffenden Unionsbürger hatten hierbei nie von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht und waren hinsichtlich ihres Lebensunterhalts nicht auf die Beschwerdeführer der Ausgangsverfahren angewiesen.

Wie in *Zambrano* und *McCarthy* verneint der EuGH die Anwendbarkeit der RL 2004/38. Auch ein derivatives, den Kernbereich der Unionsbürgerschaft sicherndes Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV lehnt der EuGH ab. Die bloße Tatsache, dass es für einen Unionsbürger aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich drittstaatsangehörige Familienangehörige mit ihm zusammen im Gebiet der Union aufhalten können, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn kein Aufenthaltsrecht gewährt würde. Die Kernbereichsrechtsprechung kommt nicht zum Zuge, weil nicht zu besorgen ist, dass der Unionsbürger sich de facto gezwungen sähe, die Union zu verlassen<sup>22</sup>.

Fraglich war aber darüber hinaus, ob sich ein Aufenthaltsrecht der drittstaatsangehörigen Familienmitglieder aus Grundrechten ergeben konnte. Hier kommt der EuGH zu der kuriosen Lösung, die Frage, ob Unionsgrundrechte anwendbar sind, dem vorlegenden Gericht zu überlassen. Sollte es der Ansicht sein, dass die Situation der Ausgangsverfahren unter das Unionsrecht fällt, müsse es prüfen, ob die Nichtgewährung eines Aufenthaltsrecht, das in Art. 7 der Charta vorgesehene Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens beeinträchtigt; sollte es dagegen der Ansicht sein, dass der Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt, habe es eine solche Prüfung im Lichte von Art. 8 I EMRK vorzunehmen<sup>23</sup>.

### 3. Urteil N.S. u. a.

Dass dieser restriktive Umgang mit dem Anwendungsbereich der GRC nicht immer den Ausschlag gibt, illustriert das Urteil *N.S. u. a.* aus dem Bereich des Asylverfahrensrechts<sup>24</sup>. Nach der sog. Dublin-II-VO (Nr. 343/2003) wird der Asylantrag grundsätzlich von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach bestimmten, in der Verordnung geregelten Kriterien als zuständiger Staat bestimmt wird. Der Antragsteller wird, sollte er sich nicht im zuständigen Mitgliedstaat aufhalten, in diesen überstellt. Abweichend hiervon *kann* jedoch jeder an sich zuständige Mitgliedstaat das Verfahren an sich ziehen (Selbsteintrittsrecht), indem er den von einem Drittstaatsangehörigen eingereichten Asylantrag selbst prüft. Der betreffende Mitgliedstaat wird dadurch zum zuständigen Mitgliedstaat iSd Verordnung und übernimmt die mit dieser Zuständigkeit einhergehenden Verpflichtungen. Die Beschwerdeführer des Ausgangsverfahrens waren Drittstaatsangehörige, die einen Asylantrag in Großbritannien stellten, aber nach der Dublin-II-Verordnung grundsätzlich nach Griechenland hätten überstellt werden müssen. Sie sahen sich in der geplanten Überstellung in ihren Grundrechten verletzt, da Asylverfahren in Griechenland ihrer Auffassung nach unter menschenunwürdigen Bedingungen durchgeführt wurden. Der EGMR hatte in

einem ähnlich gelagerten Fall zuvor festgestellt, dass Belgien durch die Überstellung eines Asylantragstellers nach Griechenland gegen die EMRK verstoßen habe, da die belgischen Behörden zum einen gewusst hätten oder hätten wissen müssen, dass eine gewissenhafte Prüfung des Antrags durch die griechischen Behörden in keiner Weise gewährleistet gewesen sei, und den Antragsteller zum anderen wesentlich Haft- und Existenzbedingungen ausgesetzt hätten, die eine erniedrigende Behandlung darstellten<sup>25</sup>.

Mit Blick auf die Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten entschied der EuGH, dass die Ausübung des fakultativen Selbsteintrittsrechts der Mitgliedstaaten nach der Dublin-II-Verordnung eine »Durchführung« des Unionsrechts iSd Art. 51 I 1 GRCh darstellt. Dies folgt insbesondere daraus, dass der EuGH das durch die Verordnung verliehene Ermessen als Teil der von dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaats und daher als ein Element des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems betrachtet: »Übt ein Mitgliedstaat dieses Ermessen aus, führt er damit das Unionsrecht im Sinne von Art. 51 I der Charta durch«<sup>26</sup>. Was die Anwendung der Grundrechte auf den konkreten Fall betrifft, so geht der EuGH von einer durch die Grundrechte induzierten Ermessensreduzierung auf Null aus. Der Mitgliedstaat muss, anders gewendet, im konkreten Fall das fakultative Selbsteintrittsrecht ausüben. Zwar besteht nach der Dublin-II-Verordnung grundsätzlich die Vermutung dafür, dass die Mitgliedstaaten das Asylverfahren grund- und menschenrechtskonform ausüben. Indes ist diese Vermutung widerleglich, sofern ernsthaft zu befürchten ist, »dass das Asylverfahren und die Aufnahmebedingungen für Asylbewerber im zuständigen Mitgliedstaat systemische Mängel aufweisen, die eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung der an diesen Mitgliedstaat überstellten Asylbewerber iSv Art. 4 der Charta implizieren«<sup>27</sup>. Solche systemischen Mängel sah der EuGH – bestätigt durch die vorhergehende Entscheidung des EGMR – im Falle Griechenlands als gegeben an.

Für die Frage der mitgliedstaatlichen Bindung an Unionsgrundrechte bleibt festzuhalten, dass innerstaatliche Beurteilungsspielräume bzw mitgliedstaatliches Ermessen keinesfalls generell vom Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte ausgeschlossen sind. Vielmehr entfalten die Unionsgrundrechte in diesem Bereich häufig eine ermessensleitende bzw -begrenzende Funktion<sup>28</sup>. Soweit der EuGH also die Bindung der Mitgliedstaaten an Unionsgrundrechte auch auf Bereiche eines mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraumes erstreckt, gelten nationale und unionale Grundrechte parallel<sup>29</sup>, wobei insoweit die Meistbegünstigungsklausel des Art. 53 GRC greift.

22 Ebd, Rdn. 68.

23 Ebd, Rdn. 72.

24 EuGH Urt v 21. 12. 2011, C-411/10 und C-493/10, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 64–69 – *N.S. u. a.*

25 EGMR NVwZ 2011, 413 – *M.S.S./Belgien und Griechenland*, mit Anmerkung von v *Arnauld* EuGRZ 2011, 238 ff.

26 EuGH Urt v 21. 12. 2011, C-411/10 und C-493/10, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 68 aE – *N.S. u. a.*

27 Ebd, Rdn. 86.

28 Vgl bereits EuGH Urt v 10. 7. 2003, verb C-20/00 und C-64/00, Slg 2003, I-7411, Rdn. 88f – *Booker Aquaculture* u. a. sowie Urt v 27. 6. 2006, C-540/03, Slg 2006, I-5769, Rdn. 104f – *Parlament/Rat (Familienzusammenführung)* – *Schoch* JK 1/07, EUV Art. 6 II/1.

29 Vgl zur »doppelten Grundrechtsloyalität« bereits *Pernice* NJW 1990, 2409 (2417f).

## V. Beihilfenrecht

Die Prüfungsrelevanz des Beihilfenrechts ist von Prüfungsamt zu Prüfungsamt bzw von Universität zu Universität verschieden. Häufig sind allein Grundzüge Prüfungsgegenstand. Darum konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf besonders wichtige Entwicklungen der jüngeren Zeit.

Schon seit der *PreussenElektra*-Entscheidung<sup>30</sup> ist das Kriterium »aus staatlichen Mitteln« streitig. Damals entschied der EuGH, dass nur solche Vorteile als Beihilfen iSd heutigen Art. 107 I AEUV anzusehen sind, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden. Die Zahlungen müssen jedenfalls über eine vom Staat benannte oder errichtete öffentliche oder private Einrichtung gewährt werden. Allein eine Zahlungspflicht Privater, die auf einem Gesetz beruht und bestimmten Unternehmen unbestreitbare Vorteile gewährt, ist danach keine staatliche Beihilfe. Die Kommission dagegen sieht auf Gesetz beruhende aber durch private Unternehmen oder Verbraucher finanzierte Maßnahmen ebenfalls als vom Beihilfenbegriff umfasst an<sup>31</sup>. Dieser Streit bricht insbesondere im Rahmen der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks immer wieder auf. Dieser wird durch die Gebühren der Verbraucher finanziert. Andererseits ist die Kommission der Ansicht, dass die Einnahmen unter staatlicher Kontrolle stehen, weil insofern ein Hoheitsrecht zur Erhebung von Rundfunkgebühren übertragen wurde<sup>32</sup>. Der EuGH hat nunmehr in der – bereits oben genannten – Rechtssache *UTECA*<sup>33</sup> seine Rechtsprechung aus *PreussenElektra* bestätigt. Der Fall betraf die nach spanischem Recht bestehende Pflicht für Fernsehveranstalter, mit 5% ihrer jährlichen Einkünfte zur Vorfinanzierung europäischer Spiel- und Fernsehfilme beizutragen, wobei 60% dieser Finanzierung Werken vorbehalten ist, deren Originalsprache eine der Amtssprachen Spaniens ist. Da es sich hier um eine allgemeine Regelung handele, mit der den Fernsehveranstaltern, ob öffentlich-rechtlich oder privat, auferlegt werde, einen Teil ihrer Betriebseinnahmen auf die Vorfinanzierung von den genannten Spiel- oder Fernsehfilmen zu verwenden, erfolge die Unterstützung nicht aus staatlichen Mitteln, so dass keine Beihilfe vorliege.

Ein Klassiker im Bereich des Beihilfenrechts ist die Rückforderung unionsrechtswidrig gewährter Beihilfen<sup>34</sup>. Hierbei ist regelmäßig das Spannungsfeld zwischen der effektiven Durchsetzung des Beihilfenrechts einerseits und dem (auch unionsrechtlich anerkannten) Prinzip des Vertrauensschutzes andererseits zu vermessen. Diese Problematik stand auch im Zentrum des Falles *Scott und Kimberley Clark*<sup>35</sup>. Hier war fraglich, ob das Europarecht es zulässt, einen nach Maßgabe des französischen Verwaltungsverfahrenrechts formell rechtswidrigen Rückforderungsbescheid gerichtlich aufzuheben, wenn dieser Bescheid eine Kommissionentscheidung durchsetzt. Die Besonderheit des Falles bestand darin, dass die Behörde in der Lage war, den formellen Mangel nachträglich zu beheben. Auch hatten die ursprünglich begünstigten Unternehmen die an sie zu Unrecht ausgezahlte Summe bereits zurückerstattet. In seinem Urteil stellt der EuGH zunächst heraus, dass die Überprüfung der formellen Rechtmäßigkeit eines Bescheides im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens Ausdruck des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes sei, der als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch unionsrechtlich geschützt werde. Eine Überprüfung des Bescheids sei daher für sich genommen nicht zu beanstanden. Indes sei der *effet utile* (die praktische Wirksamkeit) der Kommissionsentscheidung allein dann gewährleistet, wenn die Behörde von ihrer Befugnis zur Fehlerkorrektur

Gebrauch mache und die vorangehende Aufhebung nicht dazu führe, dass die bereits rückerstatteten Beträge vorläufig wieder an die Beihilfeempfänger ausgezahlt würden. Nur unter diesen Voraussetzungen sei die Rücknahme unionsrechtskonform<sup>36</sup>.

Ein für die juristische Ausbildung in Deutschland möglicherweise besonders relevantes Urteil verkündete der BGH im Fall *Fraport*<sup>37</sup>. Ausgangspunkt war eine zivilrechtliche Klage der Lufthansa AG gegen die mehrheitlich von der öffentlichen Hand gehaltene Fraport AG. Diese betrieb zum fraglichen Zeitpunkt den Flughafen Frankfurt-Hahn bereits mehrere Jahre unter Verlusten in Millionenhöhe. Grund dafür war u. a., dass der Fluggesellschaft Ryanair in diesem Zeitraum weder Start-, Lande- und Anflugentgelte noch ein Entgelt für die Nutzung der zentralen Infrastruktureinrichtung berechnet und überdies Beträge als »Marketing Support« gezahlt worden waren. Eine Notifizierung an die Kommission gemäß Art. 108 III 1 AEUV fand nicht statt. Die Kommission eröffnete ein förmliches Prüfverfahren zu möglichen staatlichen Beihilfen, hatte aber zum fraglichen Zeitpunkt noch nicht entschieden. Lufthansa beantragte, Fraport zu verurteilen, die an Ryanair entrichteten »Beihilfen« zurückzuzahlen und sie künftig zu unterlassen. Rechtsgrundlage sei Art. 108 III 3 AEUV i. V. m. §§ 823 II, 1004 BGB. Die für die Ausbildung relevante Kernaussage des Urteils ist, dass der BGH das in Art. 108 III 3 AEUV Durchführungsverbot als Schutzgesetz iSd § 823 II BGB einstuft und somit den Tatbestand von §§ 823 II (und daran anknüpfend § 1004) BGB als eröffnet ansieht.

Nach Auffassung des BGH liegt ein Schutzgesetz iSd § 823 II BGB dann vor, wenn die betreffende Norm nach Zweck und Inhalt zumindest auch dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsgutes zu schützen<sup>38</sup>. Diese Voraussetzungen sieht der BGH vorliegend als erfüllt an, zumal gerade auch der EuGH in seinem Urteil *Transalpine Ölleitung* dem Durchführungsverbot die Funktion zuerkannt habe, die Interessen derjenigen zu schützen, die von der Wettbewerbsverzerrung infolge der Gewährung der rechtswidrigen Beihilfe betroffen seien<sup>39</sup>. Unter den zahlreichen Argumenten, mit denen der BGH dieses Ergebnis zusätzlich untermauert, stechen zwei besonders heraus: Erstens sei anderenfalls der *effet utile* des Durchführungsverbotes gefährdet; denn ohne die zivilrechtliche Eröffnung einer Konkurrentenklage würde der Verstoß gegen das Durchführungsverbot regelmäßig sanktionslos bleiben<sup>40</sup>, während die

30 EuGH Urt v 13. 3. 2001, C-379/98, Slg 2001, I-2099, Rdn. 58, 61, 63 – *PreussenElektra*; vgl auch Urt v 15. 7. 2004, C-345/02, Slg 2004, I-7139, Rdn. 28–41 – *Pearle*.

31 Kommission, zitiert in EuGH Urt v 13. 3. 2001, C-379/98, Slg 2001, I-2099, Rdn. 63 – *PreussenElektra*.

32 Vgl hierzu die Argumente der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission in der Entscheidung der Kommission vom 24. 4. 2007, K(2007) 1761 endg, Rdn. 82 bzw 142–151, abrufbar im Internet unter: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/comp-2005/e003-05.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf).

33 EuGH Urt v 5. 3. 2009, C-222/07, Slg 2009, I-1407, Rdn. 43–45 – *UTECA*.

34 Vgl insbesondere EuGH Urt v 20. 3. 1997, Rs C-24/95, Slg 1997, I-1591 – *Alcan* → *Erichsen* JK 97, VwVfG §§ 48, 49 a/16.

35 EuGH Urt v 20. 5. 2010, Rs C-210/09, Slg 2010, I-4613 – *Scott und Kimberley Clark*, vgl dazu *Petzold* EuR 2011, 437 ff.

36 EuGH Urt v 20. 5. 2010, Rs C-210/09, Slg 2010, I-4613, Rdn. 25–33 – *Scott und Kimberley Clark*.

37 BGH Urt v 10. 2. 2011, EuZW 2011, 440 ff. – *Fraport*.

38 Ebd., Rdn. 18.

39 EuGH Urt v 5. 10. 2006, C-368/04, Slg 2006, I-9957, Rdn. 46 – *Transalpine Ölleitung*.

40 Die Kommission darf nicht schon allein wegen eines Verstoßes gegen Art. 108 III AEUV die Rückforderung der Beihilfe anordnen, vgl EuGH Urt v 14. 2. 1990, C-301/87, Slg 1990, I-307 – *Frankreich/Kommission (Boussac)*.

Konkurrenten aber ggf schwerwiegenden Beeinträchtigungen ausgesetzt wären. Zweitens sei auch der durch das förmliche Beihilfeprüfverfahren der Kommission gewährte Rechtsschutz nicht ausreichend; denn Gegenstand dieses Verfahrens sei die materielle Beurteilung, ob es sich bei der fraglichen Maßnahme überhaupt um eine Beihilfe handle und ob diese gegebenenfalls mit dem Binnenmarkt vereinbar sei<sup>41</sup>. Der unzulässige Wettbewerbsvorteil, der gerade unabhängig von dem Ergebnis der materiellen Beurteilung bereits in der Nutzung einer nicht genehmigten Beihilfe liege, werde aber von der Kommission regelmäßig nicht abgeschöpft<sup>42</sup>.

Überdies legt der BGH die Verjährungsvorschriften zugunsten des klagenden Konkurrenten aus, indem er im Verhältnis von Kläger und Beklagtem (Beihilfengewährer) die allgemeine 3-Jahres-Frist nach § 195 BGB anwendet<sup>43</sup>. Die Frage, ob im Ausgangsverfahren eine Beihilfe vorlag oder nicht, lässt der BGH offen und verweist insoweit an die Tatsacheninstanz zurück. Eine Klausur oder ein Aktenauszug wäre wahrscheinlich so konstruiert, dass die Frage der Beihilfe (etwa aus richterlicher Sicht) abzarbeiten wäre. Entscheidend bliebe auch dann, den richtigen »Einstieg« über die Frage des Schutzgesetzes iSv § 823 II BGB zu finden<sup>44</sup>.

## VI. Haftung für Unionsrechtsverstöße

### 1. Haftung der Mitgliedstaaten für Unionsrechtsverstöße

In der Rechtssache *Kommission/Italien*<sup>45</sup> hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung aus *Traghetti del Mediterraneo*<sup>46</sup> bestätigt, in der es bereits 2006 um italienische Rechtsvorschriften zur Haftung des Staates für Unionsrechtsverstöße eines letztinstanzlichen Gerichts ging. Diese Vorschriften schließen die Haftung aus, wenn sich der Verstoß aus der Auslegung von Rechtsvorschriften oder der Sachverhalts- und Beweiswürdigung ergibt. Zudem ist die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Der EuGH erklärte dies – wieder – für unionsrechtswidrig.

Zur Wiederholung: Nach der Rechtsprechung seit *Franco-vich* und *Brasserie du pêcheur/Factortame*<sup>47</sup> setzt die Haftung eines Mitgliedstaats für Unionsrechtsverstöße voraus, dass die verletzte Rechtsnorm dem Einzelnen Rechte verleiht, der Verstoß *hinreichend qualifiziert* ist, und ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Rechtsverstoß und dem entstandenen Schaden besteht. Nach dem Urteil *Köbler*<sup>48</sup> gilt dies auch bei *offenkundigen* Verstößen durch ein letztinstanzliches nationales Gericht, wobei insbesondere das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, eventueller Vorsatz, die Entschuldigbarkeit eines Rechtsirrtums, vorhandene Stellungnahmen eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 III AEUV zu berücksichtigen sind.

Nach den Urteilen in *Kommission/Italien*<sup>49</sup> und zuvor bereits in *Traghetti del Mediterraneo* würde dieser Grundsatz seines Inhalts beraubt, wenn man Unionsrechtsverstöße bei der Auslegung von Rechtsvorschriften, der Sachverhalts- und Beweiswürdigung von der Haftung ausschließen würde, da dies wesentliche Aspekte der Rechtsprechungstätigkeit sind. Hinsichtlich der Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit betont der EuGH, dass das nationale Recht die Art und den Grad eines die Haftung des Staates begründenden Verstoßes zwar näher bestimmen, keinesfalls aber strengere Anforderungen stellen könne. Die im italienischen Recht vorgesehene Voraussetzung der »groben Fahrlässigkeit« in der Auslegung durch den italienischen Kassationsgerichtshof habe

jedoch zur Folge, dass strengere Anforderungen gestellt werden als die, die sich aus der Voraussetzung der Offenkundigkeit ergeben.

### 2. Haftung der Union für Unionsrechtsverstöße

Scheinbar großzügiger sind die europäischen Gerichte bei der Haftung der Union selbst für Unionsrechtsverstöße gemäß Art. 340 II AEUV. In der Rechtssache *Sison III*<sup>50</sup> lehnte das Gericht den Schadensersatzanspruch von Herrn Sison für das rechtswidrige Einfrieren seiner Gelder ab. Bereits 2009 hatte das Gericht Rechtsakte des Rates, mit denen das Einfrieren der Gelder angeordnet worden war, für nichtig erklärt<sup>51</sup>, weil es entgegen der Anforderungen des Unionsrechts weder auf Ermittlungen oder Strafverfolgungen noch auf einer Verurteilung für terroristische Handlungen beruhte, sondern sich ausschließlich auf eine Entscheidung über Herrn Sisons Flüchtlingsstatus bezog.

Das Gericht sieht die verletzten Verordnungen zwar als individualschützend an, weil sie auch Grundrechtseingriffe begrenzen sollen<sup>52</sup>. Die Rechtsverletzung sei jedoch nicht *hinreichend schwerwiegend* und damit kein qualifizierter Verstoß. Der entscheidende Maßstab für die Beurteilung dieser Frage sei, ob das betreffende Organ die Grenzen, die seinem Ermessen gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten habe. Dabei komme es auch auf die Komplexität der Rechtslage an. Nur die Feststellung einer Unregelmäßigkeit, die eine durchschnittlich umsichtige und sorgfältige Verwaltung unter ähnlichen Umständen nicht begangen hätte, könne die Haftung der Gemeinschaft auslösen<sup>53</sup>. Dies sei nicht gegeben, weil die Auslegung und Anwendung der einschlägigen unionsrechtlichen Vorschriften schwierig gewesen sei. Der Wortlaut der Vorschriften sei unklar gewesen und erst durch die Rechtsprechung des Gerichts auch im Urteil *Sison II* geklärt worden, insbesondere dass die nationalen Behörden zuvor eine im Rahmen der Bekämpfung des Terrorismus ergangene Präventiv- oder Repressivmaßnahme verhängt haben müssen und eine Entscheidung in Bezug auf den Aufenthaltsstatus nicht ausreiche. Zudem sei

41 Art. 7 der Beihilfenverfahrensverordnung 659/99.

42 BGH Urt v 10. 2. 2011, EuZW 2011, 440, Rdn. 24–28 – *Fraport*.

43 Vgl im Einzelnen ebd., Rdn. 48 ff.

44 Zum zivilgerichtlichen Rechtsschutz und zusätzlich zum ebenfalls äußerst examensrelevanten verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz vgl den sehr interessanten Beitrag von *Martin-Ehlers* EuZW 2011, 583 ff. In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass Art. 108 III AEUV ein subjektiv-öffentliches Recht iSd § 42 II VwGO darstellt. Allerdings hat das BVerwG hohe Hürden aufgestellt und zB zuletzt die Anfechtung des Beihilfebescheides durch den Konkurrenten innerhalb einer Jahresfrist verlangt, BVerwG EuZW 2011, 269 (270) – *Tierkörperbeseitigungsanlage*.

45 EuGH Urt v 24. 11. 2011, C-379/10, noch nicht veröffentlicht – *Kommission/Italien*.

46 EuGH Urt v 13. 6. 2006, C-173/03, Slg 2006, I-5177, Rdn. 33–46 – *Traghetti del Mediterraneo* → *Schoch* JK 2/07, EGV Art. 10/5.

47 EuGH Urt v 19. 11. 1991, C-6/90 und C-9/90, Slg 1991, I-5357, Rdn. 35, 40 – *Franco-vich u.a.* → *Erichsen* JK 92, EWGV Art. 189 III/4; Urt v 5. 3. 1996, C-46/93 und C-48/93, Slg 1996, I-1029, Rdn. 31, 51 – *Brasserie du pêcheur und Factortame* → *Erichsen* JK 96, EGV Art. 5/1, vgl hierzu *C. Dörr* EuZW 2012, 86.

48 EuGH Urt v 30. 9. 2003, C-224/01, Slg 2003, I-10239, Rdn. 31–36, 53–55 – *Köbler* → *Schoch* JK 4/04, EGV Art. 10/2.

49 EuGH Urt v 24. 11. 2011, C-379/10, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 35–37, 42–46 – *Kommission/Italien*.

50 EuG Urt v 23. 11. 2011, T-341/07, noch nicht veröffentlicht – *Sison III*.

51 EuG Urt v 30. 9. 2009, T-341/07, Slg 2009, II-3625 – *Sison II*.

52 EuG Urt v 23. 11. 2011, T-341/07, noch nicht veröffentlicht, Rdn. 51–52 – *Sison III*.

53 Ebd., Rdn. 35–40.

diese Unregelmäßigkeit mit den auf dem Rat lastenden besonderen Zwängen und Verantwortlichkeiten und dem Zusammenhang der im Allgemeininteresse liegenden Bekämpfung des internationalen Terrorismus zu erklären<sup>54</sup>.

## VII. Prozessrecht

### 1. Nichtigkeitsklage: Klageberechtigung von Wettbewerbern im Beihilferecht nach Art. 263 IV AEUV

Prüfungsrelevant ist neben dem soeben vorgestellten BGH-Urteil auch die neueste Rechtsprechung des EuGH zu den Klagemöglichkeiten von Wettbewerbern vor den europäischen Gerichten. Der EuGH hat insofern im Urteil *Kronoply und Kronotex*<sup>55</sup> die Rechte der Wettbewerber im Verfahren vor der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens durch die Kommission gestärkt. In diesem Fall hatte die Kommission nach Abschluss einer vorläufigen Prüfung entschieden, keine Einwände gegen eine Beihilfe zu erheben, weil es in diesem Sektor keine Überkapazitäten gebe und zahlreiche direkte und indirekte Arbeitsplätze geschaffen würden. Daher befand sie, dass sie mit dem Binnenmarkt vereinbar sei, ohne das in Art. 108 II AEUV vorgesehene förmliche Prüfverfahren zu eröffnen. *Kronoply und Kronotex* erhoben beim Gericht Klage auf Nichtigkeitsklärung der Entscheidung. Streitig war insofern ihre Klageberechtigung auf Grundlage des heutigen Art. 263 IV AEUV. Nach der hierfür maßgeblichen *Plaumann*-Formel<sup>56</sup> kann eine andere Person als der Adressat einer Entscheidung nur dann geltend machen, individuell betroffen zu sein, wenn diese sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder wegen sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender tatsächlicher Umstände berührt und sie dadurch in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten einer solchen Entscheidung.

Der EuGH entschied nun in *Kronoply und Kronotex*, dass jeder Verfahrensbeteiligte iSv Art. 1 lit. h der Beihilfenverfahrensordnung 659/1999 von der Entscheidung der Kommission, keine Einwände gegen die Beihilfe zu erheben, unmittelbar und individuell betroffen ist. Sie könnten die Verfahrensgarantien nach Art. 108 II AEUV und Art. 6 I VO 659/1999 nur durchsetzen, wenn sie die Möglichkeit hätten, die Entscheidung vor dem Unionsrichter anzufechten. Verfahrensbeteiligte sind nach Art. 1 lit. h u. a. Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, deren Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, d. h. insbesondere konkurrierende Unternehmen des Empfängers dieser Beihilfe. Aber auch ein Unternehmen, das kein direkter Wettbewerber des Beihilfeempfängers ist, jedoch denselben Rohstoff im Rahmen seines Produktionsprozesses benötige, könne als Beteiligter betrachtet werden, sofern es geltend mache, dass seine Interessen durch die Gewährung der Beihilfe beeinträchtigt werden könnten, und darlegt, dass sie sich auf seine Situation konkret auswirken könne.

### 2. Vorabentscheidungsverfahren

Im Rahmen der Zulässigkeit von Vorabentscheidungsverfahren musste der EuGH gleich zweimal zu Fällen urteilen, in denen es um die Bindung an die Beurteilung höherrangiger Gerichte ging.

In der bereits erwähnten Rechtssache *Elchinov* hatte ein innerstaatliches Verwaltungsgericht den Rechtsstreit ursprünglich auf der Basis des nationalen Rechts entschieden. Dieses Urteil war jedoch danach auf eine Kassationsbeschwerde hin vom OVG aufgehoben und an das VG zurückverwiesen worden. Die Auslegung des nationalen Rechts durch die Kassati-

onsinstanz hielt das VG jedoch für nicht mit Europarecht vereinbar und legte die Frage nunmehr dem EuGH vor. Dabei fragte es auch, ob das nationale Gericht die verbindlichen Hinweise des OVG berücksichtigen müsse, wenn Grund zu der Annahme bestehe, dass diese Hinweise im Widerspruch zum Unionsrecht stünden. Der EuGH stellte fest, dass das Unionsrecht eine Bindung an die rechtliche Beurteilung des höheren Gerichts verbiete, wenn das unterinstanzliche Gericht der Auffassung sei, dass diese Beurteilung unter Berücksichtigung der Auslegung, um die es den Gerichtshof ersucht hat, nicht Unionsrecht entspreche. Ein nationales Gericht habe aus Art. 267 AEUV das Recht, bei Zweifeln über die Auslegung des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen, gleichgültig in welchem Verfahrensstadium. Es sei dann an die Auslegung durch den EuGH gebunden und müsse ggf. von der Beurteilung eines höheren Gerichts abweichen. Die volle Wirksamkeit des Unionsrechts würde in Frage gestellt, wenn ein nationales Gericht die vorherige Beseitigung einer nationalen europarechtswidrigen Rechtsvorschrift auf gesetzgeberischem Wege oder durch ein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste<sup>57</sup>.

Im ebenfalls bereits erwähnten Urteil *Küçükdeveci* stellte der EuGH noch einmal klar, dass ein nationales Gericht nach Art. 267 II AEUV zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, den EuGH im Wege der Vorabentscheidung um Auslegung zu ersuchen, bevor es die unionsrechtswidrige nationale Bestimmung unangewendet lässt. Eine solche Verpflichtung bestehe wegen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts auch dann nicht, wenn das nationale Recht es nicht erlaube, eine verfassungswidrige Bestimmung unangewendet zu lassen, solange sie nicht vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt worden sei<sup>58</sup>.

### 3. Klagerecht von Umweltverbänden nach innerstaatlichem Verwaltungsprozessrecht

Ein wichtiges Urteil zum innerstaatlichen, zugleich aber europarechtlich überformten, Prozessrecht erging zum Klagerecht von Umweltverbänden. Ausgangsverfahren war die verwaltungsrechtliche Klage eines Umweltverbandes gegen die Teilgenehmigung und den Vorbescheid zum Bau eines Kohlekraftwerks durch die Gesellschaft *Trianel*. Der Verband rügte insbesondere Verstöße im Zusammenhang mit der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP). Die prozesuale Problematik bestand darin, dass sich der Verband auf Normen berief, welche nach der deutschen Schutznormtheorie keine subjektiven Rechte verleihen und deren Verletzung darum nach deutschem Recht nicht – auch nicht durch die Erleichterungen des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) – gerügt werden können. Die vom EuGH zu beantwortende Frage ging folglich dahin, ob das Unionsrecht ein Klagerecht eines Umweltverbandes auch dann verlangt, wenn dieser die Verletzung von Normen rügt, die keine subjektivrechtliche Natur haben.

Der Gerichtshof vertritt die Ansicht, dass die praktische Wirksamkeit des einschlägigen Art. 10 a der RL 85/337 (»UVP-

54 Ebd., Rdn. 62–73.

55 EuGH Urt v 24. 5. 2011, C-83/09 P, EuZW 2011, 592, Rdn. 47–66 – *Kronoply und Kronotex*, mit Anmerkung von v *Donat* EuZW 2011, 595 ff.

56 EuGH Urt v 15. 7. 1963, 25/62, Slg 1963, 213, 238 – *Plaumann*.

57 EuGH Urt v 5. 10. 2010, C-173/09, EuZW 2010, 907, Rdn. 26–31 – *Elchinov*.

58 EuGH Urt v 19. 1. 2010, C-555/07, Slg 2010, I-365, Rdn. 54–55 – *Küçükdeveci*, vgl schon Urt v 9. 3. 1978, 106/77, Slg 1978, 629, Rdn. 21–23 – *Simmenthal*.

Richtlinie«) – der wiederum nahezu wortgleich Art. 9 II der internationalen Aarhus-Konvention in Unionsrecht umsetzt – ein solches Klagerecht erforderere<sup>59</sup>. Denn obgleich es den Umweltverbänden danach an sich nur möglich sein müsse, dieselben Rechte geltend zu machen wie ein Einzelner (dies wären in Deutschland nur subjektive Rechte), widerspräche eine Verengung auf subjektive Rechte dem Ziel der Aarhus-Konvention, der betroffenen Öffentlichkeit »einen weiten Zugang zu Gerichten« zu gewähren. Der Effektivitätsgrundsatz sei bei einer Regelungslage wie der des deutschen Ausgangsverfahrens verletzt, da die betreffenden Verbände eine Verletzung von unionsrechtlich determinierten Umweltschutzvorschriften allein deshalb nicht geltend machen könnten, weil diese Normen Interessen der Allgemeinheit, nicht aber subjektive Rechte schützten. Der Ausgangsstreit zeige geradezu exemplarisch, dass den Umweltverbänden bei einer Verengung auf subjektive Rechte weitgehend die Möglichkeit genommen werde, die Beachtung der aus dem Unionsrecht hervorgegangenen Rechtsvorschriften überprüfen zu lassen, welche eben häufig auf das allgemeine Interesse und nicht auf den alleinigen Schutz der Rechtsgüter Einzelner gerichtet seien. Nach dem EuGH ist die Wendung »Rechte, die verletzt werden können« iSd Art. 10 a III 3 der UVP-Richtlinie so zu verstehen, dass darunter, zwingend die nationalen Rechtsvorschriften, welche EU-Umweltrecht umsetzen, sowie die unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Umweltrechts der Union gehören müssen<sup>60</sup>. Damit entsprachen die Vorschriften des damaligen deutschen UmwRG, die die Rüge der Verletzung einer subjektivrechtlichen Norm verlangten, nicht den Anforderungen des Effektivitätsprinzips.

## VIII. Verbraucherrecht

Sowohl für die europarechtliche als auch für die zivilrechtliche Prüfung relevant sind die neuesten EuGH-Entscheidungen im Verbraucherrecht.

### 1. Nutzungsersatz nach Widerruf

In der Rechtssache *Messner*<sup>61</sup> hat der EuGH entschieden, dass nach dem Widerruf eines Fernabsatzvertrags seitens des Verbrauchers grundsätzlich kein Nutzungsersatz zu leisten ist. In dem Fall kaufte eine Verbraucherin im Internet ein gebrauchtes Notebook zum Preis von 278 Euro. Mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung begann die Widerrufsfrist nicht zu laufen. Nach einigen Monaten kam es zu einem Defekt. Der Verkäufer lehnte eine kostenlose Reparatur ab. Daraufhin widerrief Frau Messner den Kaufvertrag. Der Verkäufer verweigerte jedoch die Rückzahlung des Kaufpreises. Ein solcher Anspruch erlösche jedenfalls nach Aufrechnung mit seinem Anspruch auf Nutzungsersatz gemäß §§ 357 I, 346 II BGB, der in Form von Wertersatz bei einem üblichen Mietpreis von 118,80 Euro für drei Monate über 300 Euro betrage.

Der EuGH sieht eine grundsätzliche Wertersatzpflicht des Verbrauchers als mit Unionsrecht unvereinbar an. Nach Art. 6 I 2 und II der Fernabsatzrichtlinie 97/7 seien die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Ware. Der Widerruf solle also grundsätzlich kostenlos erfolgen. Wäre dieses Recht mit negativen Kostenfolgen verbunden, könnte dies den Verbraucher davon abhalten, von ihm Gebrauch zu machen. Der Verbraucher solle die ihm von der Richtlinie eingeräumte Bedenkzeit völlig frei und ohne jeden Druck nutzen<sup>62</sup>.

Jedoch schließt der EuGH eine Verpflichtung des Verbrauchers zur Zahlung eines angemessenen Wertersatzes für die Verschlechterung der Ware nicht vollständig aus, wenn der Verbraucher darüber zuvor belehrt worden ist und er die Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts – wie etwa Treu und Glauben oder ungerechtfertigte Bereicherung – unvereinbare Art und Weise benutzt hat. Die Mitgliedstaaten können insofern die Bedingungen und Einzelheiten festlegen, jedoch unter Beachtung der Zielsetzung der Richtlinie und der Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts. Daher dürfe die Höhe eines Wertersatzes nicht außer Verhältnis zum Kaufpreis der fraglichen Ware stehen oder dem Verbraucher die Beweislast auferlegt werden. Das BGB ist nach dem EuGH insofern europarechtskonform auszulegen<sup>63</sup>.

Der BGH hat entsprechend zu einem Fernabsatzkauf eines Wasserbetts entschieden, dass der Verbraucher im Falle des Widerrufs keinen Ersatz für die Wertminderung schulde, die dadurch eintritt, dass er die Matratze des Betts zu Prüfzwecken mit Wasser befüllt, denn die Verschlechterung sei insofern ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen. Der Verbraucher solle aber Gelegenheit haben, die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware in Augenschein zu nehmen und »auszuprobieren«<sup>64</sup>.

Diese Fälle des Nutzungsersatzes im Falle des Widerrufs sind von denen im Fall der Nachlieferung und des Rücktritts wegen Mangelhaftigkeit der Kaufsache zu unterscheiden. Zum Fall der Nachlieferung hat der EuGH bereits 2008 im berühmten *Quelle*-Urteil auf der Basis der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG entschieden, dass der Käufer keinen Wertersatz leisten müsse, weil die Nacherfüllung unentgeltlich zu erfolgen habe und dadurch jede finanzielle Forderung ausgeschlossen sein solle<sup>65</sup>. Der BGH ist dem gefolgt und hat daraufhin entgegen dem eindeutigen Wortlaut der damals gültigen BGB-Vorschrift eine »richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion« vorgenommen, weil der Gesetzgeber eine korrekte Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie beabsichtigt habe und das Gesetz durch die falsche Umsetzung »planwidrig unvollständig« sei<sup>66</sup>.

Zur Frage des Wertersatzes im Fall des Rücktritts wegen Mangelhaftigkeit ist hingegen noch kein EuGH-Urteil ergangen. Der BGH hat jedoch einen Anspruch auf Wertersatz seitens des Verkäufers ohne vorherige Vorlage an den EuGH bejaht<sup>67</sup>. Der 15. Erwägungsgrund der RL 1999/44/EG gestatte

59 EuGH Ur t v 12. 5. 2011, C-115/09, EuZW 2011, 510 – *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Trianel)* → *Ehlers* JK 10/11, EG RL 85/337 Art. 10 a/1, mit Anmerkung u. a. von *Groß* JURA 2012, 386 ff.; *Leidinger* NVwZ 2011, 1345 ff.; *Schwerdtfeger* EuR 2012, 80 ff.; *Murszowiek* JuS 2011, 1147; *Henning* NJW 2011, 2765 ff.

60 EuGH Ur t v 12. 5. 2011, C-115/09, EuZW 2011, 510, Rdn. 41–50 – *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Trianel)*.

61 EuGH Ur t v 3. 9. 2009, C-489/07, Slg 2009, I-7315 – *Messner*, mit Anmerkung von *Mörsdorf* JZ 2010, 232.

62 EuGH Ur t v 3. 9. 2009, C-489/07, Slg 2009, I-7315, Rdn. 18–23 – *Messner*.

63 EuGH Ur t v 3. 9. 2009, C-489/07, Slg 2009, I-7315, Rdn. 26–28 – *Messner*.

64 BGH Ur t v 3. 11. 2010, Az VIII ZR 337/09, NJW 2011, 56.

65 EuGH Ur t v 17. 4. 2008, C-404/06, Slg 2008, I-2685, Rdn. 28–43, insb 33–34 – *Quelle*.

66 BGH Ur t v 26. 11. 2008, VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427 (428 ff.) – *Quelle* → *Coester-Waltjen* JK 7/09, BGB § 439/4. Vgl hierzu *Wendel/Stöbener* JURA 2010, 536 ff. Vgl zu den Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts aus der Perspektive nationalen Verfassungsrechts das Urteil des BVerfG NJW 2012, 669, Rdn. 42 ff.

67 BGH Ur t v 16. 9. 2009, VIII ZR 243/08, NJW 2010, 148 → *Coester-Waltjen* JK 4/10, BGB § 346/1, vgl hierzu *Lieder* JURA 2010, 612 ff.

ausdrücklich, die Benutzung der vertragswidrigen Ware im Falle der Vertragsauflösung zu berücksichtigen. Eine Entscheidung des EuGH hierzu bleibt abzuwarten<sup>68</sup>.

## 2. Umfang des Nacherfüllungsanspruchs im Verbrauchsgüterkauf

Die verbundenen Rechtssachen *Weber und Putz*<sup>69</sup> haben einen zivilrechtlichen Klassiker zum Gegenstand: die sog. Fliesen- bzw. Einbaufälle. In diesen Konstellationen kauft der Verbraucher von einem Unternehmer – zB einem Baumarkt – ein mangelhaftes Produkt, baut es zu Hause bestimmungsgemäß ein, stellt kurz darauf den Mangel fest und fordert von seinem Vertragspartner sodann Nacherfüllung in Form der Ersatzlieferung, da Nachbesserung unmöglich ist. Dabei fordert er den Unternehmer auf, die mangelhafte Kaufsache auf dessen Kosten auszubauen und die neue, mangelfreie Ware einzubauen (bzw die Kosten hierfür zu übernehmen). Als Zusatzproblem kam im Fall *Weber* hinzu, dass die Fliesen im mangelfreien Zustand 1200,- EUR Wert waren, während der Ausbau der mangelhaften und der Einbau der mangelfreien Ware mit knapp 6000,- EUR zu Buche geschlagen hätten.

Mit Blick auf den *Umfang der Nacherfüllung* kommt der EuGH durch eine Auslegung von Art. 3 II-IV der Verbraucherschutzrichtlinie 1999/44/EG zu dem Ergebnis, dass der Käufer (Verbraucher) gegen den Verkäufer (Unternehmer) sowohl einen Anspruch auf Ausbau der mangelhaften Altware als auch auf den Einbau der mangelfreien Neuware (bzw die Übernahme der entsprechenden Kostentragung) selbst dann habe, wenn Ein- und Ausbau nicht Bestandteil der vertraglichen Primärleistungspflichten des Verkäufers gewesen seien. Dreh- und Angelpunkt in der Argumentation des EuGH ist hierfür das Prinzip der Unentgeltlichkeit der Nacherfüllung, das die Richtlinie in Art. 3 II-IV aufstellt. Dass Art. 3 IV etwaige Aus- und Einbaukosten nicht ausdrücklich erwähnt, ist nach Auffassung des EuGH unschädlich, da die Vorschrift nur Regelbeispiele (»insbesondere«) normiere. Auch umfasse der Begriff der »Ersatzlieferung«<sup>70</sup> mehr als die bloße Lieferung. Überdies komme es für die Nachbesserung in systematischer Hinsicht auf die Situation an, in der sich die Sache zum Zeitpunkt befinde, in dem der Mangel auftrete. Dass der Unternehmer den Einbau nicht im Rahmen seiner Primärleistungspflicht schulde, sei unerheblich, da sich seine Verpflichtungen nicht nur aus Vertrag, sondern eben auch aus zwingendem Verbraucherrecht ergäben (Art. 7 der Richtlinie). Auch zeige das dreifache Erfordernis, dass die Nacherfüllung unentgeltlich, im Rahmen einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten erfolgen müsse, dass die Richtlinie ein hohes Verbraucherschutzniveau bezwecke, ein Niveau, das auch durch Art. 169 I AEUV geboten sei. Schließlich sei das so gefundene Ergebnis auch nicht unbillig. Der Verkäufer sei schließlich hinreichend durch kurze Verjährungsfristen (Art. 5 der Richtlinie) und durch den potenziellen Rückgriff gegen den Hersteller (Art. 4 der Richtlinie) geschützt. Selbst bei fehlendem Verschulden beider Parteien müsse sich der Verkäufer jedenfalls daran festhalten lassen, dass er nicht vertragsgemäß geleistet habe<sup>71</sup>.

Die Zusatzproblematik im Fall *Weber* kreiste im Kern um die Frage, ob der Verkäufer nach der Richtlinie allein in Fällen sog. *relativer oder auch bei absoluter Unverhältnismäßigkeit* die Nacherfüllung ablehnen darf. Relative Unverhältnismäßigkeit bedeutet, dass die vom Käufer geforderte Variante der Nacherfüllung (zB Nachbesserung) im Verhältnis zur anderen Variante (dann Ersatzlieferung) unverhältnismäßig hoch ist.

Absolute Unverhältnismäßigkeit meint demgegenüber Fallkonstellationen, in denen die Form der Nacherfüllung rein wirtschaftlich, d. h. nominal bemessen, unverhältnismäßig ist. Der EuGH kommt in seinem Urteil zum Ergebnis, dass die Richtlinie ein Recht des Verkäufers zur Ablehnung der Nacherfüllung allein in Fällen relativer Unverhältnismäßigkeit vorsieht. Ein Ablehnungsrecht zugunsten des Verkäufers bei absoluter Unverhältnismäßigkeit bestehe indes grundsätzlich nicht. Allerdings könne eine Kostendeckelung aus Billigkeitserwägungen in Betracht kommen. Das nationale Gericht habe hierzu zum einen den Wert des vertragsgemäßen Verbrauchsguts und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sowie zum anderen den Zweck der Richtlinie (hohes Verbraucherschutzniveau) zu berücksichtigen. Bei Kostenkappung sei dem Käufer dann aber ein Recht auf Minderung oder Rücktritt zu gewähren<sup>72</sup>. Der EuGH überlässt also die Einzelfallprüfung letztlich dem innerstaatlichen Gericht. Die Aufrechterhaltung von § 439 III BGB ist nach dem Urteil des EuGH mit einem Fragezeichen versehen.

In seiner *Anschlussesentscheidung* hat der BGH entschieden, dass § 439 I Alt. 2 BGB richtlinienkonform dahin auszulegen sei, dass die dort genannte Nacherfüllungsvariante »Lieferung einer mangelfreien Sache« auch den Ausbau und den Abtransport der mangelhaften Kaufsache erfasse<sup>73</sup>. Da mit Blick auf den Wortlaut des § 439 III 3 BGB (absolute Unverhältnismäßigkeit) eine Konformauslegung an Grenzen gestoßen wäre, entschied sich der BGH, die durch Nichtanwendung der Norm ansonsten auftretende Regelungslücke bis zu einer gesetzlichen Neuregelung durch eine teleologische Reduktion zu schließen. Dem BGH zufolge ist die Vorschrift in Fällen des Verbrauchsgüterkaufs einschränkend dahingehend anzuwenden, dass ein Verweigerungsrecht des Verkäufers nicht besteht, wenn nur eine Art der Nacherfüllung möglich ist oder der Verkäufer die andere Art der Nacherfüllung zu Recht verweigert. Derzeit bestehen Überlegungen seitens des BMJ, die Vorschrift zu ändern.

## 3. Ort der Nacherfüllung

Auch eine Entscheidung des BGH<sup>74</sup> zum Erfüllungsort der Nacherfüllung betrifft die Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG. Der Fall betraf in Frankreich wohnhafte Personen, die in Deutschland einen neuen Camping-Faltanhänger kauften, der jedoch einen Sachmangel hatte. Für die Nacherfüllung verlangten sie, dass der Verkäufer den Anhänger aus Frankreich abholt. Der BGH entschied, dass sich der Erfüllungsort der Nacherfüllung mangels gesetzlicher Regelung nach den von den Parteien getroffenen Vereinbarungen bzw – wenn solche fehlen – nach den jeweiligen Umständen, insbesondere der Ortsgebundenheit und Art der vor-

68 Zu den Änderungen im deutschen Recht aufgrund der EuGH-Urteile vgl *Wendehorst* NJW 2011, 2551 ff.

69 EuGH Urt v 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 u C-87/09, EuZW 2011, 631 – *Weber und Putz*, mit kritischen Anmerkungen von *Lorenz* NJW 2011, 2241 ff.; *Wolf* JA 2011, Nr. 9, Iff.

70 Vgl auch andere Sprachfassungen: EN replacement; FR remplacement.

71 EuGH Urt v 16. 6. 2011, verb Rs C-65/09 u. C-87/09, EuZW 2011, 631, Rdn. 45–62 – *Weber und Putz*.

72 Ebd., Rdn. 67–78.

73 BGH Urt v 21. 12. 2011, VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 → *Coester-Waltjen* JK 8/09, BGB § 439/3.

74 BGH Urt v 13. 4. 2011, VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278, mit Anmerkung von *Gsell* JZ 2011, 988 ff. Vgl hierzu und zum Thema der Ein- und Ausbauposten auch *Augenhofer/Appenzeller/Holm* JuS 2011, 680 ff.



zunehmenden Leistung richte. Bei Reparaturen von Fahrzeugen sei dies am Ort des Verkäufers, der nur dort die materiellen und personellen Möglichkeiten zur Reparatur habe. Dies verstößt nach Ansicht des BGH nicht gegen die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie. Die Regelung des Art. 3 IV, nach dem die Nacherfüllung für den Verbraucher unentgeltlich, insbesondere ohne Versand-, Arbeits- und Materialkosten durchzuführen ist, sage nichts über den Erfüllungsort und fordere nicht, insofern stets den Belegenheitsort der Sache zugrunde zu legen,

weil der Käufer den evtl notwendigen Transport der Sache nicht finanziell zu tragen habe. Die Regelung des Art. 3 III 3, wonach die Nacherfüllung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen muss, eröffne gewisse Wertungsspielräume, die auch bei der Bestimmung des Erfüllungsorts zu beachten seien, jedoch den Erfüllungsort beim Händler nicht gänzlich ausschließen, wenn die o.g. Umstände hierfür sprechen. Eine EuGH-Entscheidung hierzu bleibt abzuwarten.