

**Effektivität des
Verbraucherrechtsschutzes:**

**Rahmenfestlegungen des
Gemeinschaftsrechts**

**Prof. Dr. Peter Rott
Universität Bremen**

Inhaltsübersicht

Teil 1:	Grundlagen	1
A.	Ziel der Studie und Vorgehen.....	1
B.	Der Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH	2
Teil 2:	Grundsätzliches zum Effektivitätsgrundsatz	15
A.	Orientierung am Ziel der Maßnahme	15
B.	Die Notwendigkeit einer Regelungslücke	15
C.	Einzelfallentscheidung <i>versus</i> systematisches Verständnis	19
D.	Die Kontrolldichte	21
E.	Die Festlegung des Mindeststandards	23
F.	Das Verbraucherleitbild.....	30
G.	Keine Belohnung für Rechtsbruch	32
Teil 3:	Einzelheiten zum Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH	35
A.	Ausschluss- und Verjährungsfristen sowie Präklusionsvorschriften	35
B.	Beweisrecht	44
C.	Formvorschriften und Kompliziertheit von Verfahren.....	52
D.	Zugang zum Recht.....	54
E.	Schadensersatz.....	69
F.	Ordnungsmäßigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.....	76
G.	Sanktionen	80
H.	Erstattungsanspruch.....	87
J.	Keine ungerechtfertigte Bereicherung des Anspruchsberechtigten	89
K.	Bestandskraft und Vollstreckbarkeit gemeinschaftsrechtswidriger Entscheidungen.....	90
L.	Rechtsfolgen des Widerrufs	91
M.	Sprachvorschriften.....	93
N.	Nachweis des Verschuldens bei Unternehmen.....	93
O.	Drittwirkung von Verstößen gegen Informationspflichten	94
P.	Teilnichtigkeit.....	94
Q.	Rechtsmissbrauch	95
Teil 4:	Die Auswirkungen des Effektivitätsgrundsatzes im deutschen Verbraucherrecht...	96
A.	Ausschluss- und Verjährungsfristen.....	96
B.	Rechtsfolgen des Widerrufs	99
C.	Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts auf Nachlieferung	103
D.	Stellvertretungsrecht.....	104

E.	Beweisrecht	110
F.	Zugang zum Recht.....	113
G.	Ordnungsgemäßes Verfahren	115
H.	Sanktionen	116
J.	Rechtsmissbrauch	141
Teil 5:	Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen	143
A.	Leitlinien des Gemeinschaftsrechts	143
B.	Wichtige Anwendungsfälle des Effektivitätsgrundsatzes	144
C.	Mögliche Konflikte des deutschen Verbraucherrechts mit dem Effektivitätsgrundsatz.....	145
D.	Empfehlungen.....	146
	Literaturverzeichnis.....	148

Inhaltsverzeichnis

Teil 1:	Grundlagen	1
A.	Ziel der Studie und Vorgehen.....	1
B.	Der Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH	2
I.	Die negative Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes	2
1.	Der Hintergrund.....	2
2.	Die Formel des EuGH	3
3.	Die Rechtsgrundlage	6
4.	Die Anwendungsgebiete.....	6
II.	Die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes.....	9
III.	Die rechtliche Wirkung des Effektivitätsgrundsatzes	12
IV.	Die teilweise Kodifizierung	13
Teil 2:	Grundsätzliches zum Effektivitätsgrundsatz	15
A.	Orientierung am Ziel der Maßnahme	15
B.	Die Notwendigkeit einer Regelungslücke	15
I.	Abgrenzung zur Umsetzung von Richtlinien	16
II.	Nichtanwendbarkeit bei entgegen stehenden positiver Regelungen.....	17
III.	Anwendbarkeit bei Verweis auf nationales Recht	18
C.	Einzelfallentscheidung <i>versus</i> systematisches Verständnis	19
I.	Grundsatz der Einzelfallentscheidung.....	19
II.	Relevanz des Regelungsumfelds.....	20
D.	Die Kontrolldichte	21
E.	Die Festlegung des Mindeststandards	23
I.	Orientierung an anderen Rechtsakten mit vergleichbaren Zielen	23
II.	Berücksichtigung gemeinsamer Standards der Mitgliedstaaten?.....	24
III.	Die Verfahrensordnung des EuGH als Maßstab?	25
IV.	Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse	27
V.	Berücksichtigung kultureller Unterschiede.....	28
F.	Das Verbraucherleitbild.....	30
I.	Der sog. Durchschnittsverbraucher	30
II.	Die Rechtskenntnis des Durchschnittsverbrauchers	30
III.	Der verwundbare Verbraucher	32
G.	Keine Belohnung für Rechtsbruch	32
Teil 3:	Einzelheiten zum Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH	35
A.	Ausschluss- und Verjährungsfristen sowie Präklusionsvorschriften	35

I.	Fristdauer.....	35
II.	Fristbeginn.....	39
III.	Fristüberschreitung aufgrund höherer Gewalt	43
IV.	Verwirkung	44
B.	Beweisrecht	44
I.	Allgemeines.....	44
II.	Beweislast	46
III.	Beweismittel.....	49
1.	Beschränkung von Beweismitteln	49
2.	Recht auf ein Gegengutachten.....	51
3.	Mündlichkeit des Zeugenbeweises.....	51
4.	Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel?.....	51
C.	Formvorschriften und Kompliziertheit von Verfahren.....	52
I.	Formvorschriften.....	52
II.	Kompliziertheit von Verfahren	52
D.	Zugang zum Recht.....	54
I.	Allgemeines.....	54
II.	Rechtsweg und Art des Anspruchs	55
1.	Rechtsweg.....	55
2.	Bestehen und Art des Anspruchs.....	55
3.	Erforderlichkeit des Vorsehens von Schadensersatzansprüchen.....	56
III.	Internationale und örtliche Zuständigkeit	58
IV.	Klagebefugnis	59
1.	Rechtsschutz für Betroffene	59
2.	Rechtsschutz mittelbar betroffener Dritter	60
3.	Klagebefugnis sonstiger "Drittbetroffener"	61
4.	Zivilrechtlicher Rechtsschutz neben öffentlicher Kontrolle.....	61
a)	Kein öffentlich-rechtliches Durchsetzungsmonopol.....	61
b)	Vorrang der öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung?.....	63
5.	Vertretungsregeln bei Gesellschaften.....	63
V.	Einstweiliger Rechtsschutz	63
VI.	Verfahrens- und Gerichtskosten.....	64
VII.	Erfordernis der Durchführung eines Vorverfahrens?.....	66
VIII.	Erforderlichkeit kollektiven Rechtsschutzes	67
IX.	Zusammenfassung von Verstößen in einem Verfahren	68
X.	Rechtsschutz gegenüber Dritten.....	68
E.	Schadensersatz.....	69
I.	Vorliegen eines Schadens	69
II.	Kausalität.....	70
III.	Rechtswidrigkeit und Verschulden	70

IV.	Vollständigkeit des Schadensersatzes und Obergrenzen	71
V.	Entgangener Gewinn	72
VI.	Zinsen und Verzugsschäden.....	72
VII.	"Exemplarischer" Schadensersatz und Strafschadensersatz.....	73
VIII.	Immaterieller Schadensersatz	74
IX.	Schadensminderungspflicht	74
F.	Ordnungsmäßigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.....	76
I.	Unabhängigkeit des Gerichts und Unabhängigkeit von Sachverständigen.....	76
II.	Umfang der gerichtlichen Überprüfung	76
1.	Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen	76
2.	Überprüfung von Urteilen	77
III.	Verpflichtung zur Prüfung von Amts wegen	78
IV.	Entscheidungsfristen	79
G.	Sanktionen	80
I.	Sanktionen im allgemeinen	80
II.	Einbezogene Rechtsgebiete.....	81
1.	Zusammenwirken des gesamten Rechtssystems	81
2.	Verhältnis zum Recht auf effektiven Rechtsschutz.....	81
III.	Die Kriterien.....	83
1.	Die Wirksamkeit der Sanktion	83
2.	Die abschreckende Wirkung der Sanktion	83
3.	Die Verhältnismäßigkeit der Sanktion	85
4.	Der Nachweis der mangelnden Effektivität	86
H.	Erstattungsanspruch.....	87
I.	Subjektive Elemente beim Erstattungsanspruch	87
II.	Pflicht zur Verzinsung zu Unrecht geleisteter Zahlungen	87
III.	Zinshöhe	89
IV.	Erfordernis einer Zahlung unter Vorbehalt	89
J.	Keine ungerechtfertigte Bereicherung des Anspruchsberechtigten	89
K.	Bestandskraft und Vollstreckbarkeit gemeinschaftsrechtswidriger Entscheidungen.....	90
L.	Rechtsfolgen des Widerrufs	91
I.	Verbundene Verträge	91
II.	Verpflichtung zur sofortigen Rückzahlung	92
III.	Verpflichtung zur Verzinsung eines erhaltenen Darlehens während der Widerrufsfrist	92
M.	Sprachvorschriften.....	93
N.	Nachweis des Verschuldens bei Unternehmen.....	93
O.	Drittwirkung von Verstößen gegen Informationspflichten	94

P.	Teilnichtigkeit.....	94
Q.	Rechtsmissbrauch	95
Teil 4:	Die Auswirkungen des Effektivitätsgrundsatzes im deutschen Verbraucherrecht ..	96
A.	Ausschluss- und Verjährungsfristen.....	96
I.	Ausschlussfristen.....	96
1.	Dauer	97
2.	Fristbeginn.....	97
II.	Verjährungsfristen.....	97
1.	Fristdauer.....	97
2.	Fristbeginn.....	97
a)	Unkenntnis der Rechtslage.....	98
b)	Unkenntnis der relevanten Tatsachen	98
III.	Verwirkung	99
IV.	Verwaltungsrechtliche und gerichtliche Fristen.....	99
B.	Rechtsfolgen des Widerrufs	99
I.	Sofortige Rückabwicklung.....	100
II.	Nutzungersatz und Ersatz für Wertminderung durch Ingebrauchnahme	100
III.	Verbundene Verträge	102
IV.	Wertersatz für den Verlust oder die Verschlechterung der gelieferten Ware	102
1.	Rechtsfolgen bei ordnungsgemäßer Belehrung.....	102
2.	Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung.....	103
C.	Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts auf Nachlieferung	103
D.	Stellvertretungsrecht.....	104
I.	Einführung.....	104
II.	Vertreter des Unternehmers	104
III.	Selbständige Vermittler.....	105
IV.	Stellvertreter des Verbrauchers	106
1.	Die Stellvertretung durch einen Vertrauten.....	106
a)	Informationspflichten.....	106
aa)	Vorvertragliche Informationspflichten	106
bb)	Nachvertragliche Informationspflichten	107
cc)	Belehrung über das Widerrufsrecht	107
b)	Isoliertes Schriftformerfordernis	108
2.	Die Stellvertretung durch einen professionellen und unabhängigen Dritten..	108
a)	Der persönliche Anwendungsbereich	108
b)	Die Maßgeblichkeit der Haustürsituation	108
c)	Die Erfüllung von Informationspflichten und das Schriftformerfordernis	110
E.	Beweisrecht	110
I.	Beweismittel.....	110
II.	Beweislast	110

1.	Beweislast für Haustürsituation in Vermittlerfällen.....	110
2.	Beweislastverteilung im Verbrauchsgüterkaufrecht.....	111
3.	Beweislast beim Missbrauch von Bankkarten.....	111
F.	Zugang zum Recht.....	113
I.	Klagebefugnis	113
1.	Individuelle Klagebefugnis	113
2.	Kollektive Klagebefugnis.....	114
3.	Klagebefugnis Dritter	114
II.	Verfahrenskosten.....	114
III.	Örtliche Zuständigkeit.....	115
1.	Passivklagen	115
2.	Aktivklagen	115
G.	Ordnungsgemäßes Verfahren	115
H.	Sanktionen	116
I.	Vorbemerkung.....	117
II.	Das Zusammenspiel von Individualrechtsschutz und kollektivem Rechtsschutz... 117	
III.	AGB-Recht.....	119
1.	Sanktionswirkung des individuellen Rechtsschutzes	119
2.	Sanktionswirkung des kollektiven Rechtsschutzes	119
a)	Die Unterlassungsklage.....	119
aa)	Der Erstverstoß	119
(1)	Die Abmahnung.....	119
(2)	Die Klage.....	120
bb)	Der Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil	123
cc)	Die Beschränkung der Rechtskraft inter partes.....	124
dd)	Sachliche Zuständigkeit	125
ee)	Zusammenfassung.....	125
b)	Die Muster- und Sammelklage.....	126
aa)	Das Erfordernis der Einziehung im Interesse des Verbraucherschutzes....	126
bb)	Der mangelnde Klageanreiz.....	127
cc)	Die Wirkung inter partes.....	128
dd)	Zusammenfassung.....	128
c)	Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung	128
aa)	Die Höhe der Sanktion	129
bb)	Die Wahrscheinlichkeit der Verhängung der Sanktion.....	130
(1)	Das Vorsatzerfordernis	131
(2)	Der mangelnde Anreiz zur Klage	132
cc)	Zusammenfassung.....	133
d)	Ergebnis.....	133
IV.	Lauterkeitsrecht.....	133
1.	Vorbemerkung.....	133
2.	Das Sanktionssystem des UWG	134
3.	Das Zusammenspiel der Klagen von Wettbewerbern und Verbänden der	

	Gewerbetreibenden mit den Klagen der Verbraucherverbände	135
4.	Der kollektive Rechtsschutz durch die Verbraucherverbände	135
5.	Kompensation durch wirksamen Individualrechtsschutz?	136
V.	Sanktionen für Verstöße auf anderen Gebieten des Verbraucherrechts.....	137
VI.	Verbesserungsmöglichkeiten	138
1.	Allgemeines	138
2.	Verbesserungen im Bereich der Verbraucherverbandsklage	138
a)	Verschärfung der Sanktionen	138
b)	Erhöhung der Wahrscheinlichkeit der Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen.....	138
aa)	Anwendungsbereich der Sanktion	139
bb)	Geringere Anforderungen an den Eintritt der Sanktion	139
cc)	Erleichterung der Rechtsverfolgung	139
dd)	Erhöhung der Breitenwirkung.....	139
ee)	Klarstellung des Individualrechtsschutzes im Lauterkeitsrecht.....	140
3.	Einbeziehung des Verwaltungs- und des Strafrechts	140
J.	Rechtsmissbrauch	141
Teil 5:	Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen.....	143
A.	Leitlinien des Gemeinschaftsrechts	143
B.	Wichtige Anwendungsfälle des Effektivitätsgrundsatzes	144
C.	Mögliche Konflikte des deutschen Verbraucherrechts mit dem Effektivitätsgrundsatz.....	145
D.	Empfehlungen.....	146
	Literaturverzeichnis.....	148

Teil 1: Grundlagen

A. Ziel der Studie und Vorgehen

Die wissenschaftliche Untersuchung verfolgt zwei Ziele: (1) Sie will zunächst allgemein ermitteln, welche Kriterien bei der Umsetzung des gemeinschaftlichen Verbraucherrechts mit Blick auf den vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) aufgestellten "Grundsatz der Effektivität" zu beachten sind. Diese Kriterien können in Zukunft als Leitlinien bei der Umsetzung von EG-Verbraucherprivatrecht herangezogen werden. (2) Zudem soll anhand dieser Kriterien *in concreto* analysiert werden, ob der deutsche Gesetzgeber in der Vergangenheit das Verbraucherprivatrecht der Gemeinschaft mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz ordnungsgemäß umgesetzt hat. Soweit dabei Mängel festgestellt werden, werden konkrete Vorschläge zur deren Behebung unterbreitet. Zudem soll ermittelt werden, ob Verbraucher oder Verbraucherverbände bereits *de lege lata*, insbesondere unter Berücksichtigung der Notwendigkeit richtlinienkonformer Auslegung, die Möglichkeit haben, unter Berufung auf den Effektivitätsgrundsatz Verbraucherrechte vor deutschen Gerichten besser durchzusetzen.

Die Fragestellung ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da der EuGH den Grundsatz der Effektivität seit jüngerem auch im Verbraucherrecht anwendet.¹ Die beiden Leitentscheidungen hier sind die Entscheidungen *Océano Grupo*² und *Cofidis*.³ Gerade nach dem Urteil in *Cofidis* wurde der Effektivitätsgrundsatz verstärkt von der verbraucherrechtlichen Literatur aufgegriffen, um nationale Regelungen anzugreifen oder die fehlende Regelung von Rechtsfragen zu monieren, zu denen die zugrunde liegenden Gemeinschaftsrechtsakte zumindest keine ausdrückliche Aussage treffen.⁴ Auch nationale Gerichte argumentieren mittlerweile in Vorlageverfahren nach Art. 234 EG mit dem Effektivitätsgrundsatz. Im deutschen Verbraucherrecht gilt dies insbesondere für Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Rückabwicklung an der Haustür vertriebener sog. Schrottimmobilien. Im Vorlageverfahren *Schulte* bezog sich das LG Bochum ausdrücklich auf den Effektivitätsgrundsatz. Es argumentierte, dass die Rechtsfolgen des Widerrufs von Haustürgeschäften nicht so ausgestaltet sein dürften, dass sie dem Gebot der Effektivität des Verbraucherschutzes widersprechen.⁵ Auch das OLG Bremen bezog sich in seinem Vorlagebeschluss in der Rechtssache *Crailsheimer Volksbank* auf den *effet utile* der Richtlinie 85/577/EWG und insbesondere ihres Art. 5 (2).⁶ Die Urteile des EuGH betreffen Tausende von Verträgen.

Für diese Studie steht der Schutz der Rechte deutscher Verbraucher im Zentrum der Überlegungen. Andererseits geht es aber auch um die Erhöhung der Rechtssicherheit im

1 Im Arbeitsrecht findet der Grundsatz seit langem Anwendung, vgl. aus der jüngeren Literatur Riesenhuber/Domröse, NZA 2005, 568 ff. Auch im Steuerrecht hat der Effektivitätsgrundsatz erhebliche Bedeutung, vgl. etwa Hahn, IStR 2005, 145 ff.

2 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941.

3 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875.

4 Vgl. die Urteilsanmerkungen von Rott, EuZW 2003, 5 ff., und Metzger, ZEuP 2004, 154 ff. Vgl. auch Rörig, EuZW 2004, 18 ff.; Möslin, GPR 2003-04, 59 ff.

5 LG Bochum, Vorlagebeschluss vom 29.7.2003, NJW 2003, 2612, 2614 f.

6 OLG Bremen, Vorlagebeschluss vom 27.5.2004, ZIP 2004, 1253, 1256.

allgemeinen, denn die Marktteilnehmer, Verbraucher wie Unternehmer, verlassen sich auf die Rechtslage, die sie in ihrem nationalen Recht vorfinden, die aber möglicherweise Jahre später durch die Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes durch den EuGH und die resultierende Pflicht der deutschen Rechtsprechung zu richtlinienconformer Auslegung verändert wird.⁷ Nicht in Frage gestellt werden soll aufgrund dieser rechtspraktischen Ausrichtung der Studie der Grundsatz der Effektivität als solcher. Dieser hat sich zu einem festen Bestandteil der Rechtsprechung des EuGH entwickelt und ist als Rechtstatsache anzuerkennen.

Nach einigen Ausführungen zur Geschichte des Effektivitätsgrundsatzes werden in den Teilen 2 und 3 der Studie allgemeine Grundlagen und mehr oder weniger spezifische Vorgaben aus der Rechtsprechung des EuGH abgeleitet. Zu diesem Zweck wurde die Rechtsprechung des EuGH seit 1976 einschließlich der Schlussanträge der Generalanwälte vollständig analysiert. Die darin zu findenden Aussagen zum Effektivitätsgrundsatz wurden systematisiert und einander gegenüber gestellt (Teil 3). Generelle Leitlinien zur Vorgehensweise des EuGH und zu wiederkehrenden Wertungen wurden in einem eigenen Teil vorangestellt (Teil 2). In Teil 4 erfolgt der Vergleich des deutschen Verbraucherrechts mit den erarbeiteten Vorgaben. Dieser ist notwendig auf besonders wichtige Aspekte beschränkt. Die Auswahl erfolgte einerseits anhand der Probleme, die in der Literatur – wenn auch häufig nicht unter dem Gesichtspunkt des Effektivitätsgrundsatzes – diskutiert werden, andererseits anhand der Probleme, die von Vertretern der Verbraucherverbände in der Literatur, in Pressemitteilungen und in persönlichen Gesprächen benannt wurden. In Teil 5 werden die Ergebnisse zusammengefasst und einige Empfehlungen formuliert.

B. Der Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH

I. Die negative Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes

1. Der Hintergrund

Bei der negativen Ausprägung des "Grundsatzes der Effektivität" geht es nicht um die unmittelbare Anwendung des primären Gemeinschaftsrechts oder um die unmittelbare Umsetzung der positiven Vorschriften, die in EG-Richtlinien, darunter die Richtlinien zum Verbraucherrecht, enthalten sind, sondern um deren rechtliches Umfeld. Der EuGH entwickelte den Effektivitätsgrundsatz in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts in den Rechtssachen *Rewe* und *Comet*.⁸ In beiden Fällen ging es um die Rückforderung von Abgaben, die deutsche und niederländische Behörden unter Verstoß gegen den EG-Vertrag erhoben hatten. Die betroffenen Unternehmen scheiterten mit ihrer Rückforderungsklage an nationalen Verjährungsvorschriften. Die Verjährung der Rückforderung gemeinschaftsrechtswidrig erhobener Abgaben war gemeinschaftsrechtlich nicht geregelt.

Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz waren also Fallgestaltungen, in denen nationale Vorschriften verhinderten, dass Verstöße gegen Rechte, die das EG-Recht gewährt, sanktioniert oder kompensiert wurde. Dabei ging es teilweise

⁷ Vgl. zu diesem Aspekt bereits Nafilyan, Rev. trim. dr. eur. 1977, 96, 98.

⁸ EuGH, Urteile vom 16.12.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 1989, und Rs. 45/76 *Comet BV gegen Produktschap voor Siergewassen*, Slg. 1976, 2043.

durchaus um nationale Gesetzgebung oder Rechtsprechung, die genau auf diese Verhinderung abzielte,⁹ und das mit dem Ziel, den Staat vor Ansprüchen zu schützen.¹⁰ Umgekehrt gibt es auch die Fallgestaltung der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Beihilfen, die durch nationales Recht nicht praktisch unmöglich gemacht werden darf.¹¹ Diese Fallgestaltung ist aber nicht Gegenstand dieser Studie, aber es bestehen gewisse Parallelen, die im Zusammenhang mit dem Effektivitätsgrundsatz herangezogen werden können.¹²

Damit soll aber nicht der Eindruck generellen Misstrauens gegenüber den Mitgliedstaaten erweckt werden. GA Jacobs führte dazu in der Rechtssache *van Schijndel und van Veen* aus:

"Die Annahme, die dem durch die Verträge geschaffenen System zugrunde liegt, geht jedoch dahin, dass dem Erfordernis der Wirksamkeit und des angemessenen gerichtlichen Schutzes normalerweise durch nationale Rechtsbehelfe genügt werden kann, die durch die nationalen Gerichte gemäß dem nationalen Verfahrensrecht durchgesetzt werden. (...) Dem liegt die Prämisse zugrunde, daß Rechtsstaaten ihre nationale Rechtsordnung in der Weise organisieren, daß die ordnungsgemäße Anwendung des Rechts und ein angemessener Rechtsschutz für ihre Bürger gewährleistet werden. Aus diesem Grund wird der Gerichtshof nur ausnahmsweise eingreifen haben, um sicherzustellen, daß dem Gemeinschaftsrecht Wirkung verliehen wird."¹³

2. Die Formel des EuGH

Der EuGH äußerte sich zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und dem nicht näher geregelten rechtlichen Umfeld in den Rechtssachen *Rewe* und *Comet* wie folgt: Mangels einer gemeinschaftlichen Regelung auf diesem Gebiet sei die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung des Verfahrens für die Klagen, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung.¹⁴ (...) Die Artikel 100 bis 102

9 Illustrativ insb. Waelbroeck, Cah. dr. eur. 1985, 37, 42 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 *Bruno Barra und andere gegen Belgien und die Stadt Lüttich*, Slg. 1988, 355, m. Anm. Arnulf, E.L.Rev. 1988, 260 ff., und Traversa, RTDE 1989, 45 ff., insb. 52 f.; EuGH, Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-62/00 *Marks & Spencer plc gegen Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2002, I-6325; EuGH, Urteil vom 10.9.2002, verb. Rs. C-216/99 und C-222/99 *Riccardo Prisco Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato und Ministero delle Finanze gegen CASER SpA*, Slg. 2002, I-6761, Tz. 78; sowie GA Slynn, Schlussanträge vom 31.5.1988, Rs. 240/87 *Christian Deville gegen Administration des Impôts*, Slg. 1988, 3513.

10 Vgl. zur Illustration etwa Easson, E.L.Rev. 1980, 318, 327; Hartley, E.L.Rev. 1980, 366, 368.

11 Vgl. statt vieler EuGH, Urteil vom 5.3.1980, Rs. 265/78 *H. Ferwerda B.V. gegen Produktschap voor Vee en Vlees*, Slg. 1980, 617; EuGH, Urteil vom 2.2.1989, Rs. 94/87 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1989, 175; EuGH, Urteil vom 21.3.1990, Rs. 142/87 *Belgien gegen Kommission*, Slg. 1990, I-959. Eine unmittelbare Haftung des Beihilfeempfängers wegen der Annahme einer rechtswidrigen Beihilfe sah der EuGH hingegen für die Effektivität des Gemeinschaftsrechts als nicht erforderlich an, vgl. EuGH, Urteil vom 11.7.1996, Rs. C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) u.a. gegen La Poste u.a.*, Slg. 1996, I-3547, Rdnr. 73 ff., und insb. die Schlussanträge von GA Jacobs vom 14.12.1995, *ibid.*, Rdnr. 82.

12 So ausdrücklich GA Darmon, Schlussanträge vom 29.11.1988, Rs. 94/87 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1989, 175, Tz. 10.

13 GA Jacobs, Schlussanträge vom 15.6.1995, Rs. C-430/93 und 431/93 *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfondsen voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Tz. 29 f.

14 Vgl. zu früheren Urteilen, die diese Verfahrensautonomie betonten, insb. die Schlussanträge des GA Warner vom 30.11.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 2000, 2003 ff. Diese Rechtsprechung war aber zum damaligen Zeitpunkt durchaus nicht unumstritten, vgl. die Nachweise bei Kovar, Cah. dr. eur. 1977, 230, 238 ff. GA Jacobs bezeichnete diesen Grundsatz in seinen Schlussanträgen vom 24.2.2005 in der Rs. C-394/02 *Kommission gegen Griechenland*, Slg. 2005, I-4713, Tz. 27, als Grundsatz der "institutionellen Autonomie".

und Artikel 235 EWG-Vertrag gestatteten es gegebenenfalls, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Unterschiede in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in diesem Bereich auszuräumen, wenn sich erweisen sollte, dass sie Verzerrungen hervorrufen oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu beeinträchtigen geeignet sind. In Ermangelung solcher Harmonisierungsmaßnahmen müssten die durch das Gemeinschaftsrecht gewährten Rechte vor den innerstaatlichen Gerichten nach den Verfahrensregeln des innerstaatlichen Rechts verfolgt werden. Über die Schlussanträge des GA Warner hinaus stellte der EuGH dann aber fest:

"Anders wäre es nur, wenn diese Verfahrensregeln und Fristen die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, praktisch unmöglich machten."¹⁵

Die aufgestellte Formel wiederholte der EuGH in den folgenden 19 Jahren wortgleich in einer ganzen Reihe von Verfahren.¹⁶ GA van Gerven bezeichnete ihre Anforderungen in seinen Schlussanträgen in den Rechtssachen *Vroege* und *Fisscher* im Jahre 1994 bereits als die "klassischen" Anforderungen, die der Gerichtshof in Ermangelung einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung an nationale Verfahrensvorschriften stelle.¹⁷ Der EuGH bezeichnet sie als die "Schranken der verfahrensrechtlichen Befugnisse der Mitgliedstaaten"¹⁸. Noch weiter ging GA Léger in *Kühne & Heitz*, der von einem umgekehrten Verhältnis von Verfahrensautonomie und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts auszugehen schien, indem er formulierte: "Im Übrigen ist im Auge zu behalten, dass eine Ausweitung der Tragweite des Grundsatzes der Verfahrensautonomie über dessen gegenwärtigen Rahmen hinaus das Bestehen von gemeinschaftsrechtlichen Ansprüchen vom Stand der nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten abhängig macht".¹⁹

-
- 15 EuGH, Urteile vom 16.12.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 1989, Tz. 5, und Rs. 45/76 *Comet BV gegen Productschap voor Siergewassen*, Slg. 1976, 2043, Tz. 11-18. Hervorhebung durch den Verfasser.
- 16 Vgl. EuGH, Urteile vom 27.2.1980, Rs. 68/79 *Hans Just I/S gegen Ministerium für das Steuerwesen*, Slg. 1980, 501, Tz. 25; 27.3.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denkavit Italiana S.r.l.*, Slg. 1980, 1205, Tz. 25, und verb. Rs. 66/79, 127/79 und 128/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Meridionale Industria Salumi s.r.l. Fratelli Vasanelli und Fratelli Ultrocchi*, Slg. 1980, 1237, Tz. 20; EuGH, Urteile vom 10.7.1980, Rs. 811/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Ariete s.p.a.*, Slg. 1980, 2545, Tz. 12, und Rs. 826/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen S.A.S. Mediterranea Importazione, Rappresentanze, Esportazione, Commercio (MIRECO)*, Slg. 1980, 2559, Tz. 13; EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 12; EuGH, Urteil vom 2.2.1988, Rs. 309/85 *Bruno Barra und andere gegen Belgien und die Stadt Lüttich*, Slg. 1988, 355, Tz. 18; EuGH, Urteil vom 29.6.1988, Rs. 240/87 *Christian Deville gegen Administration des Impots*, Slg. 1988, 3513, Tz. 12; EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 16; EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 43; EuGH, Urteil vom 27.10.1993, Rs. C-338/91 *H. Steenhorst-Neerings gegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Husivrouwen*, Slg. 1993, I-5475, Tz. 15; EuGH, Urteil vom 6.12.1994, Rs. C-410/92 *Elsie Rita Johnson gegen Chief Adjudication Officer*, Slg. 1994, I-5483, Tz. 21; EuGH, Urteil vom 6.7.1995, Rs. C-62/93 *BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki Kai Antioprossopeion gegen Griechenland*, Slg. 1995, I-1883, Tz. 41; EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc u.a. gegen Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 64 f.
- 17 GA van Gerven, Schlussanträge vom 7.6.1994, Rs. C-57/93 *Anna Adriaantje Vroege gegen Instituut voor Volkshuisvesting BV und Stichting Pensioenfonds NCIV* und Rs. C-128/93 *Geertruida Catharina Fisscher gegen Voorhuis Hengelo BV und Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel*, Slg. 1994, I-4583, Tz. 31.
- 18 EuGH, Urteil vom 16.3.2006, Rs. C-234/04 *Rosmarie Kapferer gegen Schlank & Schick GmbH*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 22.
- 19 GA Léger, Schlussanträge vom 17.6.2003, Rs. C-453/00 *Kühne & Heitz NV gegen Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837, Tz. 70.

Eine Erweiterung der Formel erfolgte im Jahre 1995 mit den Urteilen in den Rechtssachen *Peterbroeck* und *van Schijndel*. Ohne sich zu dem Anlass der Erweiterung zu äußern, formulierte der EuGH:

"Jedoch dürfen diese Verfahren nicht ungünstiger gestaltet werden als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und sie dürfen die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren."²⁰

Diese erweiterte Formel verwendete der EuGH unverändert in den Folgejahren.²¹

Seit dem Urteil vom 10.7.1997 in der Rechtssache *Palmisani* bezeichnet der EuGH die beiden Grundsätze als "Grundsatz der Äquivalenz" und "Grundsatz der Effektivität".²² Die beiden Elemente sind voneinander unabhängig. In *San Giorgio* betonte der EuGH, dass die Erstreckung einer Beweislastregel für die Rückerstattung gemeinschaftsrechtswidrig erhobener Abgaben auf die Gesamtheit der nationalen Steuern und Abgaben kein Grund dafür sei, die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit abzulehnen.²³

-
- 20 EuGH, Urteile vom 14.12.1995, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 12, und Rs. C-430/93 und 431/93 *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Tz. 17. Hervorhebung durch den Verfasser. Schon zuvor tauchte die übermäßige Erschwerung gelegentlich in der Subsumtion unter die praktische Unmöglichkeit auf, so etwa in EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Società San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 14.
- 21 Vgl. EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc, FMC (Meat) Ltd., DT Duggins Ltd, Marshall (Lamberhurst) Ltd, Monteluge Ltd und North Devon Meat Ltd gegen Intervention Board for Agricultural Produce und Ministry of Agriculture, Forestry and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 52; Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 67; Urteile vom 17.7.1997, Rs. C-90/94 *Haahr Petroleum Ltd. gegen Åbenrå Havn u.a.*, Slg. 1997, I-4085, Tz. 46, und verb. Rs. C-114/95 und C-115/95 *Texaco A/S gegen Middelbart Havn und andere und Olieelskabet Danmark amba gegen Trafikministeriet und andere*, Slg. 1997, I-4263, Tz. 41.
- 22 EuGH, Urteil vom 10.7.1997, Rs. C-261/95 *Rosalba Palmisani gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 1997, I-4025, Tz. 27. Vgl. auch die Urteile vom 2.12.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 45; 15.9.1998, Rs. C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 1998, I-4951, Tz. 19, 34, Rs. C-260/96 *Ministero delle Finanze gegen Spac SpA*, Slg. 1998, I-4997, Tz. 18, und Rs. C-279/96, C-280/96 und C-281/96 *Ansaldo Energia SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato, Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Marine Insurance Consultants Srl und GMB Srl u.a. gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1998, I-5025, Tz. 16, 27; Urteil vom 17.11.1998, Rs. C-228/06 *Aprile Srl in liquidazione gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1998, I-7141, Tz. 18; Urteil vom 1.12.1998, Rs. C-326/96 *B. S. Levez gegen T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Slg. 1998, I-7835, Tz. 18; Urteil vom 21.1.1999, Rs. C-120/97 *Upjohn Ltd gegen The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968 u.a.*, Slg. 1999, I-223, Tz. 32; Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 25; Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 31; Urteil vom 28.11.2000, Rs. C-88/99 *Roquette Frères SA gegen Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, Slg. 2000, I-10465, Tz. 20 f.; Urteil vom 22.2.2001, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395, Tz. 21; Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 29; Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-62/00 *Marks & Spencer plc gegen Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2002, I-6325, Tz. 34; Urteil vom 6.6.2002, Rs. C-159/00 *Sapod Audic gegen Eco-Emballages SA*, Slg. 2002, I-5031, Tz. 52; Urteil vom 24.9.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 33.
- 23 EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Società San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 17. So auch schon Wyatt, E.L.Rev. 1977, 122, 124.

Ob diese Formel so noch gilt oder erneut erweitert wurde, ist nicht ganz deutlich.²⁴ In *Cofidis* verwendete der EuGH wieder die Formel, eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit einer Klausel sei geeignet, in Rechtsstreitigkeiten, in denen der Verbraucher Beklagter ist, die Gewährung des Schutzes, den die Richtlinie dem Verbraucher zukommen lassen will, "übermäßig zu erschweren". Die begründete er allerdings damit, dass solche Klauseln geeignet seien, die Effektivität des von den Artikeln 6 und 7 der Richtlinie gewollten Schutzes "zu beeinträchtigen". Hier könnte eine notwendige Differenzierung zwischen der negativen und der positiven Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes²⁵ zum Tragen kommen.²⁶

3. Die Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage des Effektivitätsgrundsatzes in seiner negativen Ausprägung sah der EuGH zunächst in Art. 5 EWGV a.F., jetzt Art. 10 EG. Nach dieser Vorschrift treffen die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus dem EGV oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben. Sie unterlassen alle Maßnahmen, welche die Verwirklichung der Ziele des EGV gefährden könnten. Art. 10 EG wirkt also positiv wie negativ. Der EuGH verwies auf den Grundsatz der Mitwirkungspflicht, um zu begründen, dass es Sache der innerstaatlichen Gerichte sei, die Rechte der Bürger zu schützen, die ihnen nach dem Gemeinschaftsrecht zustünden.²⁷ Negativ bedeutet das, dass das Gemeinschaftsrecht nicht durch das nationale Recht seiner Wirkung beraubt werden darf. Positiv verlangt Art. 10 EG von den Mitgliedstaaten, dass sie dazu beitragen, dem Gemeinschaftsrecht zu seiner vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Soweit es um die Umsetzung von Richtlinien geht, ist Art. 249 (3) EG relevant, wonach die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist.²⁸

4. Die Anwendungsgebiete

Die Rechtsfragen, in denen der EuGH den Effektivitätsgrundsatz bislang angewendet oder dies zumindest in Erwägung gezogen hat, sind zahlreich und vielfältig. Bedeutsam mit Blick auf die Kompetenzverteilung zwischen der EG und den Mitgliedstaaten ist insbesondere, dass der EuGH das nationale Zivilverfahrensrecht über den Effektivitätsgrundsatz überprüft,²⁹ auch wenn die EG keine umfassende Kompetenz zur Regelung des Zivilverfahrensrechts hat.³⁰ GA Tesauo formulierte in der Rechtssache *Brasserie de Pêcheur*:

24 Zweifelnd auch Metzger, ZEuP 2004, 154, 157 m. Fn. 16.

25 Zu letzterer sogleich unter B. II.

26 Andeutungsweise auch Micklitz, WM 2005, 536, 540.

27 EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 1989, Tz. 5, und Rs. 45/76 *Comet BV gegen Produktschap voor Siergewassen*, Slg. 1976, 2043, Tz. 11-18.

28 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 15.

29 Vgl. dazu auch Möslin, GPR 2003-04, 59, 64 f. Zur bislang geringen Beeinflussung des nationalen Zivilverfahrensrechts durch das EG-Recht vgl. Schwartze, ERPL 2000, 135 ff., aber auch Kerameus, RabelsZ 66 (2002), 1 ff.

30 Kritisch deshalb Borges, NJW 2001, 2061 f. Vgl. auch schon Schack, ZZP 108 (1995), 45.

"Letzten Endes unterliegt die Autonomie der Mitgliedstaaten in bezug auf die gerichtlichen Rechtsbehelfe für den Verstoß gegen Rechte, die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehen werden, obgleich sie vom Gerichtshof bekräftigt worden ist, beachtlichen Ausnahmen, und zwar insbesondere immer dann, wenn dies unerlässlich wird, um eine ordnungsgemäße Durchführung des Gemeinschaftsrechts und einen vollständigen und effektiven Schutz der Rechte zu sichern, die die einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend machen."³¹

Darüber hinaus hatte der EuGH schon in seinen Urteilen von 1976 in den Rechtssachen *Rewe* und *Comet* erklärt, die Art. 100 bis 102 und 235 EWGV gestatteten es der EG, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um die Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich des Verfahrensrechts auszuräumen, wenn sich erweisen sollte, dass sie Verzerrungen hervorzurufen oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu beeinträchtigen geeignet sind.³² Zweifel daran, dass der EuGH diesen Zugriff beibehalten wird, dürften spätestens nach dessen Urteil in der Rechtssache *Kommission gegen Rat* zum Umweltstrafrecht erledigt sein. Dort urteilte der EuGH, dass selbst strafrechtliche Sanktionen trotz der generellen Unzuständigkeit der EG in diesem Bereich als Annexgegenstand des gemeinschaftsrechtlichen Umweltrechts von der EG geregelt werden dürften: Grundsätzlich falle das Strafrecht ebenso wie das Strafprozessrecht nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft. Dies könne den Gemeinschaftsgesetzgeber jedoch nicht daran hindern, Maßnahmen in Bezug auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten zu ergreifen, die seiner Meinung nach erforderlich sind, um die volle Wirksamkeit der von ihm zum Schutz der Umwelt erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstelle.³³ GA Ruiz-Jarabo Colomer hatte wie folgt argumentiert:

"Es darf nicht vergessen werden, dass der Schutz der Gemeinschaftsrechtsordnung den Organen der Gemeinschaft obliegt, auch wenn diese durch nichts daran gehindert sind, die Mitgliedstaaten aufzufordern, die gemeinschaftsrechtswidrigen Handlungen unter Strafe zu stellen. Nur soweit in Ermangelung der unentbehrlichen Beurteilungskriterien nicht die zweckmäßigste Reaktion zur Verfügung gestellt werden kann, wird diese Aufgabe den nationalen Gesetzgebern übertragen. A contrario gibt es, wenn die Bestimmung der 'wirksamen, angemessenen und abschreckenden' Strafe offenkundig ist, keinen wesentlichen Grund dafür, die Wahl dieser Sanktion nicht demjenigen zu überlassen, der die materielle Zuständigkeit besitzt."³⁴

Im Übrigen ist zu beachten, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht etwa auf Verfahrensvorschriften beschränkt ist, sondern materielles Recht und Verfahrensrecht gleichermaßen erfasst.³⁵ GA Kokott formulierte in der Rechtssache *Berlusconi u.a.*, der Effektivitätsgrund-

31 GA Tesauro, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 45.

32 EuGH, Urteil vom 16.12.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 1989, Tz. 5, und Rs. 45/76 *Comet BV gegen Produktschap voor Siergewassen*, Slg. 1976, 2043, Tz. 11-18. Vgl. auch GA Mischo, Schlussanträge vom 28.5.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 78; GA Cosmas, Schlussanträge vom 23.11.1999, Rs. C-83/98 P *Frankreich gegen Ladbroke Racing Ltd und Kommission*, Slg. 2000, I-3271, Tz. 82 ff.

33 EuGH, Urteil vom 13.9.2005, Rs. C-176/03 *Kommission gegen Rat*, Slg. 2005, I-7879, Tz. 47 f.

34 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 26.5.2005, Rs. C-176/03 *Kommission gegen Rat*, Slg. 2005, I-7879, Tz. 49.

35 Vgl. nur GA Alber, Schlussanträge vom 29.6.2000, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395, Tz. 38. Dazu auch Metzger, ZEuP 2004, 154, 157.

satz finde überall dort Anwendung, wo ein Sachverhalt einen Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweist, aber – etwa für das anzuwendende Verfahren – keine gemeinschaftsrechtliche Regelung existiert und die Mitgliedstaaten folglich nationale Rechtsvorschriften zur Anwendung bringen. Dabei gelte der Effektivitätsgrundsatz nicht nur, wenn der Einzelne gegenüber einem Mitgliedstaat seine aus dem Gemeinschaftsrecht fließenden Rechte geltend macht, sondern auch umgekehrt, wenn ein Mitgliedstaat gegenüber dem Einzelnen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts umsetzt.³⁶ Die folgenden Beispiele sollen die Vielfältigkeit der Problematik illustrieren.

- Wie bereits erwähnt, gaben die Ausschlussvorschriften des italienischen und niederländischen Abgabenrechts den Anlass für die Entwicklung des Effektivitätsgrundsatzes in seiner ursprünglichen Ausprägung. Die Dauer und der Beginn von Fristen waren seitdem Gegenstand zahlreicher Verfahren vor dem EuGH,³⁷ darunter auch einem der wenigen Verfahren zum Verbraucherrecht, der Rechtssache *Cofidis*.³⁸
- Eine nationale Beweislastregel erachtete der EuGH erstmalig in *San Giorgio* für gemeinschaftsrechtswidrig.³⁹ Auch dieses Rechtsgebiet wurde seither in zahlreichen Verfahren problematisiert. Dabei geht es sowohl um Vermutungen bzw. Regelungen zur Beweislastumkehr zu Lasten des gegebenenfalls Anspruchsberechtigten als auch um besondere Beschränkungen hinsichtlich der Form der zu erbringenden Beweise.⁴⁰
- Auch die Kompliziertheit von Verfahren wurde erstmals im Steuerrecht, in der Rechtssache *Jeunehomme*,⁴¹ problematisiert.⁴² Nationale Formvorschriften können ebenfalls durch den Effektivitätsgrundsatz beschränkt werden.⁴³
- Dass Verfahrens- bzw. Gerichtskosten eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung des Zugangs zum Recht spielen, ist offensichtlich. In der Rechtsprechung des EuGH kam dies wohl erstmals in der Rechtssache *Levez*⁴⁴ zum Ausdruck.⁴⁵
- Dass ein nationales Gericht nach dem Gemeinschaftsrecht *berechtigt* ist, die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht von Amts wegen zu prüfen, hat der EuGH schon in der Rechtssache *Verholen* festgestellt.⁴⁶ Im Verbraucherrecht tauchte

36 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 88.

37 Darunter EuGH, Urteil vom 27.3.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denavit Italiana S.r.l.*, Slg. 1980, 1205.

38 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875.

39 EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 14.

40 Vgl. im Einzelnen infra, Teil 3, B.

41 EuGH, Urteil vom 14.7.1988, verb. Rs. 123 und 330/87 *Lea Jeunehomme und SA d'Etude et de Gestion immobilière (EGI) gegen Belgien*, Slg. 1988, 4517.

42 Vgl. weiter infra, Teil 3, C. II.

43 Vgl. EuGH, Urteil vom 22.1.2001, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395.

44 EuGH, Urteil vom 1.12.1998, Rs. C-326/96 *B. S. Levez gegen T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Slg. 1998, I-7835, Tz. 51.

45 Vgl. infra, Teil 3, D. VI.

46 Vgl. EuGH, Urteil vom 11.7.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90 *A. Verholen u.a. gegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Slg. 1991, 3757, Tz. 11 ff.

die Frage dann erstmals in *Océano Grupo*⁴⁷ im Zusammenhang mit der Prüfung der Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln von Amts wegen auf.

- Das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz wurde vom EuGH bereits in den Rechtssachen *Johnston*⁴⁸ und *Heylens*⁴⁹ festgestellt. In *Verholen*⁵⁰ verknüpfte er es dann auch ausdrücklich mit dem Effektivitätsgrundsatz. In diesem Zusammenhang hatte der EuGH bereits mit einer Reihe unterschiedlicher Details zu tun.⁵¹
- Die Frage, ob ein Bescheid über Forderungen, die teilweise verjährt sind, ganz oder teilweise nichtig ist, unterstellte der EuGH in der Rechtssache *Faroe Seafood*⁵² dem Effektivitätsgrundsatz, ohne sie allerdings zu beantworten.
- Auch die Bestandskraft gemeinschaftswidriger Verwaltungs- und Gerichtsentscheidungen steht der effektiven Durchsetzung von Rechten entgegen. Erstmals befasste sich der EuGH mit dieser Frage in der Rechtssache *Ciola*.⁵³
- Für das Verbraucherrecht besonders wichtig ist die Rechtsprechung des EuGH in *Schulte*⁵⁴ zu den Rechtsfolgen des Widerrufs.⁵⁵

Die Anwendungsmöglichkeiten des Effektivitätsgrundsatzes sind damit aber keineswegs erschöpft.⁵⁶ Weitere mögliche Anwendungsgebiete bestehen etwa in der behindernden Wirkung des Stellvertretungsrechts oder von Sprachvorschriften.

II. Die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes

Die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes geht auf die Gleichstellungsrichtlinien der 70er Jahre zurück. Nach Art. 6 der Richtlinie 75/117/EWG über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen⁵⁷ treffen die Mitgliedstaaten die Maßnahmen, die erforderlich sind, um die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu gewährleisten. Schon aus dieser Formulierung las der EuGH ein "Bemühen um Effektivität" heraus.⁵⁸

47 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941.

48 EuGH, Urteil vom 15.5.1986, Rs. 222/84 *Marguerite Johnston gegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651.

49 EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. 222/86 *Unectef gegen Georges Heylens u.a.*, Slg. 1987, 4097.

50 EuGH, Urteil vom 11.7.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90 A. *Verholen u.a. gegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Slg. 1991, 3757, Tz. 24.

51 Vgl. infra, Teile D. bis F.

52 EuGH, Urteil vom 14.5.1996, verb. Rs. C-153/94 und C-204/94 *The Queen gegen Customs & Excise, ex parte Faroe Seafood Co., Føroya Fiskasøla L/F und Commissioners of Customs & Excise, ex parte John Smith und Celia Smith, handelnd unter der Firma Arthur Smith*, Slg. 1996, I-2465, Rdnr. 66.

53 EuGH, Urteil vom 29.4.1999, Rs. C-224/97 *Erich Ciola gegen Land Vorarlberg*, Slg. 1999, I-2517.

54 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215.

55 Vgl. infra, Teil 3, L.

56 Ebenso Metzger, ZEuP 2004, 154, 157.

57 ABl. EG 1975 Nr. L 45/19, ersetzt durch Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG 2006 Nr. L204/23.

58 EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark gegen Dansk Arbejds-giverforening für Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Tz. 14.

Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen⁵⁹ verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, "seine Rechte gerichtlich geltend machen kann". Daraus folgerte der EuGH in seinem bahnbrechenden Urteil in der Rechtssache *von Colson und Kamann*, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, Maßnahmen zu ergreifen, die hinreichend wirksam sind, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen, und dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten tatsächlich auf dies Maßnahmen berufen können. Der EuGH betonte weiter, dass "wirkliche Chancengleichheit nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden" könne. Deshalb setze die Richtlinie 76/207/EWG voraus, dass die Sanktion geeignet ist, einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, sie müsse ferner eine "wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben".⁶⁰

Im Gegensatz zu der negativen Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes geht es also nicht darum, die Inanspruchnahme eines Rechts nicht zu verhindern, sondern darum, ein Ziel zu erreichen und zu diesem Zweck *wirksame* Maßnahmen zu ergreifen. Dies gilt nicht nur für die Mitgliedstaaten selbst, sondern auch für die Inpflichtnahme von Privaten. GA Geelhoed formulierte dazu in der Rechtssache *Penycoed*: "Ich weise darauf hin, dass der Effektivitätsgrundsatz auch allgemein betrachtet zwei Seiten hat. Die Bürger müssen nicht nur die ihnen durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte ausüben können, sondern sie müssen auch ihren Verpflichtungen nachkommen."⁶¹

Insbesondere die Erforderlichkeit wirksamer Sanktionen wurde denn auch seither in vielen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten ausdrücklich verankert.⁶² Beispiele dafür finden sich gerade auch im Verbraucherrecht. Art. 4 (3) der Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG besagt: "Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt". Nach Art. 7 (1) der AGB-Richtlinie 93/13/EWG sorgen die Mitgliedstaaten dafür, "dass im Interesse der Verbraucher und der gewerbetreibenden Wettbewerber angemessene und wirksame Mittel vorhanden sind, damit der Verwendung mißbräuchlicher Klauseln durch einen Gewerbetreibenden in den Verträgen, die er mit Verbrauchern schließt, ein Ende gesetzt wird". Ähnlich formuliert Art. 4 (1) der Richtlinie 84/450/EWG: "Die Mitgliedstaaten sorgen im Interesse sowohl der Verbraucher als auch der Mitbewerber und der Allgemeinheit für geeignete und wirksame Möglichkeiten zur Bekämpfung der irreführenden Werbung und zur Gewährleistung der Einhaltung der Bestimmungen über vergleichende Werbung". Nach Erwägungsgrund (15) der Timesharing-

59 ABl. EG Nr. L 39/40 vom 14.2.1976, ersetzt durch Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG N. L204/23 vom 26.7.2006.

60 EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 18 und 22 f.; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 2.8.1993, Rs. C-271/91 *M. Helen Marshall gegen Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1993, I-4367, Tz. 23 ff.

61 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.2.2003, Rs. C-230/01 *Intervention Board for Agricultural Produce gegen Penycoed Farming Partnership*, Slg. 2004, I-937, Tz. 67.

62 Vgl. dazu infra, Teil 3, G.

Richtlinie 94/47/EG obliegt es den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu erlassen, die darauf abzielen, die Erfüllung der Verpflichtungen des Verkäufers zu gewährleisten.

Eine weitere derzeit gebräuchliche Formulierung lautet, dass die von den Mitgliedstaaten für Verstöße gegen die jeweilige Richtlinie oder Verordnung festgelegten Sanktionen "wirksam, verhältnismäßig und abschreckend" sein müssen. Diese findet sich etwa in Art. 20 Satz 2 der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG und Art. 11 der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, aber auch in Art. 16 (3) der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 über Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen.⁶³ Art. 31 (1) des ersten Vorschlags für eine neue Verbraucherkredit-Richtlinie⁶⁴ ging noch weiter, indem er Beispiele für wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen beschrieb: "(Die Sanktionen) können insbesondere darin bestehen, dass der Kreditgeber seinen Anspruch auf Zahlung von Zinsen und Kosten verliert oder dass das Recht des Verbrauchers auf Ratenzahlung des Gesamtkreditbetrags bestehen bleibt, falls der Kreditgeber sich nicht an die Bestimmungen über die verantwortungsvolle Kreditvergabe hält. Die Mitgliedstaaten teilen der Kommission diese Bestimmungen bis zum [...] [2 Jahren nach Inkrafttreten dieser Richtlinie] mit und melden alle sie betreffenden späteren Änderungen unverzüglich". Verwendung findet die Formel darüber hinaus in den Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/43/EG, wiederum mit gewissen Konkretisierungen. Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG, Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG und Art. 14 der Richtlinie 2004/113/EG lauten jeweils auszugsweise: "Die Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein", wobei die Richtlinie 2004/113/EG zusätzlich in Art. 8 (2) einen verpflichtenden Schadensersatzanspruch verankert.⁶⁵

Ganz aktuell äußerte sich der EuGH in den sog. Schrottimmobiliën-Fällen *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank*. In *Schulte* formulierte er in Bezug auf die nationale Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs: "Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten".⁶⁶ Und im Urteil *Crailsheimer Volksbank* heißt es zu Art. 4 (3) der Richtlinie 85/577/EWG: "In einem Fall, in dem der Verbraucher, wenn das Kreditinstitut seiner Verpflichtung, ihn über sein Widerrufsrecht zu belehren, nachgekommen wäre, es hätte vermeiden können, sich den Risiken auszusetzen, die mit Kapitalanlagen der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art verbunden sind, verpflichtet Art. 4 der Richtlinie jedoch die Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen".⁶⁷

63 ABl. EG 2004 Nr. L 46/1.

64 KOM(2002) 443 endg.

65 Vgl. zur Intensivierung der Regelungsdichte im Bereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch Reich, JbZivRWiss 2005, 9, 21 ff.

66 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 69.

67 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 49. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 98 ff.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes nicht lediglich dem Schutz einzelner dient. Vielmehr steht hinter dem Effektivitätsgrundsatz auch das virulente Interesse der Gemeinschaft an der wirksamen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts, zu dem die Rechtsdurchsetzung durch Private beitragen soll. Sehr deutlich wird dies etwa in den Schlussanträgen von GA Geelhoed in der Rechtssache *Muñoz und Superior Fruiticola*: "Die effektive Durchsetzung in den Mitgliedstaaten ist Voraussetzung für das Funktionieren der Gemeinschaft".⁶⁸

III. Die rechtliche Wirkung des Effektivitätsgrundsatzes

Die rechtliche Wirkung des Effektivitätsgrundsatzes liegt darin, dass ein autonom zu bestimmender gemeinschaftsrechtlicher Mindeststandard existiert.⁶⁹ Eine mitgliedstaatliche Regelung, die gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt, ist gemeinschaftsrechtswidrig. Sie muss aus der nationalen Rechtsordnung entfernt werden, damit keine Rechtsunsicherheit entsteht.⁷⁰ Darüber hinaus muss ein nationales Gericht, und dies ist insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten von Bedeutung, bei der Anwendung der Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts, die zur Umsetzung der in einer Richtlinie vorgesehenen Verpflichtungen erlassen worden sind, das gesamte nationale Recht berücksichtigen und es so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen, um zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel vereinbar ist.⁷¹ Dies betonte der EuGH zuletzt in der Rechtssache *Schulte*, und zwar ausdrücklich im Zusammenhang mit der praktischen Wirksamkeit der nationalen Regelung mit Blick auf die Erreichung des Zwecks der Richtlinie.⁷² Das nationale Recht, und zwar nicht nur diejenigen Vorschriften, die unmittelbar der Umsetzung der entsprechenden Richtlinie dienen, sondern die Gesamtrechtsordnung,⁷³ ist demnach auch hinsichtlich des Effektivitätsgrundsatzes gemeinschaftsrechtskonform auszulegen.

Hingegen verlangt der Effektivitätsgrundsatz in der Regel keine eindeutig bestimmte positive Regelung. In *Denkavit* erläuterte der EuGH, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich verliehenen Rechte der Bürger zum Schutz vor einzelstaatlichen Abgaben und Gebühren nicht unbedingt eine einheitliche, allen Mitgliedstaaten gemeinsame Regelung der formellen und materiellen Voraussetzungen verlange, von deren Erfüllung die Anfechtung oder die Zurückerlangung dieser Abgaben abhängig sei.⁷⁴ Damit wird der Grundsatzent-

68 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruiticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 51. Dazu auch infra, Teil 3, D. IV. 4.

69 Vgl. nur Wyatt, E.L.Rev. 1977, 122, 124; Kovar, Cah. dr. eur. 1977, 230, 243. Ebenso Möslein, GPR 2003-04, 59, 65.

70 So ausdrücklich EuGH, Urteil vom 24.3.1988, Rs. 104/86 *Kommission gegen Italien*, Slg. 1988, 1799, Tz. 12.

71 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01 *Bernhard Pfeiffer u.a. gegen Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.*, Slg. 2004, I-8835, Tz. 110 ff.

72 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 71.

73 So ausdrücklich EuGH, Urteil vom 5.10.2004, Rs. C-397/01 bis C-403/01 *Bernhard Pfeiffer u.a. gegen Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e.V.*, Slg. 2004, I-8835, Tz. 115.

74 EuGH, Urteil vom 27.3.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denkavit Italiana S.r.l.*, Slg. 1980, 1205, Tz. 22. Vgl. auch EuGH, Urteile vom 10.7.1980, Rs. 811/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Ariete s.p.a.*, Slg. 1980, 2545, Tz. 9 und 14, und Rs. 826/79 *Amministrazione*

scheidung Rechnung getragen, dass die Ausgestaltung des Rechtsschutzes primär in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt.⁷⁵ Ebenso verwies der EuGH in *van Colson und Kamann* darauf, dass die Mitgliedstaaten über verschiedene Möglichkeiten verfügten, wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Maßnahmen zu ergreifen, um Personen vor Diskriminierungen beim Zugang zu Arbeitsplätzen zu schützen.⁷⁶ Und auch in seinen Entscheidungen in dem sog. Schrottimobilien-Fällen *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* erlegte der EuGH den Mitgliedstaaten lediglich die allgemeine Verpflichtung auf, "dafür zu sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich solchen Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken tragen", ohne die in Deutschland vielfach favorisierte Lösung des Problems über die Rechtsfigur des verbundenen Geschäfts als zwingend anzusehen.⁷⁷ Umgekehrt muss deshalb etwa die Kommission, die ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat einleitet, keine bestimmte Maßnahme benennen, mit der dem Effektivitätsgrundsatz Genüge getan wäre.⁷⁸

IV. Die teilweise Kodifizierung

Mittlerweile lässt sich im EG-Recht die teilweise Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung zum Effektivitätsgrundsatz im Sekundärrecht nachweisen. Ein frühes Beispiel hierfür sind die Verordnung (EWG) Nr. 1430/79 über die Erstattung oder den Erlass von Eingangs- oder Ausfuhrabgaben.⁷⁹ Im Vergaberecht erließ die EG im Jahre 1989 die als "Rechtsmittel-Richtlinie" bezeichnete Richtlinie 89/665/EWG über die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge.⁸⁰ Diese sollte ausweislich ihres zweiten Erwägungsgrunds das Problem beheben, dass die bestehenden Mechanismen zur Durchsetzung vergaberechtlicher Regeln nicht immer ausreichend waren, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten.

Im Jahre 1995 maß der Rat dem Thema Sanktionen gerade für den Binnenmarkt erhebliche Bedeutung bei und rief die Kommission als Hüterin der Verträge auf, "erforderlichenfalls in künftige Vorschläge für gemeinschaftliche Rechtsakte Bestimmungen über Sanktionen aufzunehmen".⁸¹

delle Finanze dello Stato gegen S.A.S. Mediterranea Importazione, Rappresentanze, Esportazione, Commercio (MIRECO), Slg. 1980, 2559, Tz. 10.

75 Vgl. dazu von Borries, RIW/AWD 1977, 232 f.; Kovar, Cah. dr. eur. 1977, 230 ff.

76 Vgl. infra, Teil 3, G.

77 EuGH, Urteile vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 101, und Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 49. Vgl. zu diesem Spielraum bereits Rott, VuR 2003, 409, 414.

78 Vgl. EuGH, Urteil vom 2.6.2005, Rs. C-394/02 *Kommission gegen Griechenland*, Slg. 2005, I-4713, Tz. 21, sowie GA Jacobs, Schlussanträge vom 24.2.2005, *ibid.*, Tz. 27.

79 ABl. 1979, L 175/1. Dazu EuGH, Urteil vom 27.3.1980, verb. Rs. 66/79, 127/79 und 128/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Meridionale Industria Salumi s.r.l. Fratelli Vasanelli und Fratelli Ultrocchi*, Slg. 1980, 1237, Tz. 16.

80 ABl. EG 1989 Nr. L 395/33.

81 Entschließung des Rats zur einheitlichen und wirksamen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und zu Sanktionen bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des Binnenmarkts, ABl. EG 1995 Nr. C 188/1.

Im Verbraucherrecht und im Antidiskriminierungsrecht lassen sich Vorschriften über die Verteilung der Beweislast⁸² und vor allem über den kollektiven Rechtsschutz⁸³ anführen. Besonders deutlich ist die Kodifizierung in der Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG erkennbar. Dort rekurriert der Gemeinschaftsgesetzgeber im Erwägungsgrund (18) auf die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz. Im Erwägungsgrund (19) ist sogar die Formel des EuGH aufgenommen. Ähnliches gilt für die Neufassung u.a. der Richtlinie 76/207/EWG durch die Richtlinie 2006/54/EG. Ein Beispiel einer verbraucherrechtlichen Richtlinie, die sich allein mit der Durchsetzung bereits anderweitig gesetzten materiellen Rechts befasst, ist die Unterlassungsklagen-Richtlinie 98/27/EG.

82 Dazu *infra*, Teil 3, B.

83 Dazu *infra*, Teil 3, D. VIII.

Teil 2: Grundsätzliches zum Effektivitätsgrundsatz

A. Orientierung am Ziel der Maßnahme

Maßgebliches Entscheidungskriterium dafür, ob eine nationale Vorschrift gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt, ist das Ziel der Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die dem Verbraucher Rechte verleiht, deren Geltendmachung ihm durch die betreffende nationale Vorschrift unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird. Dies ergibt sich bereits daraus, dass der EuGH Art. 249 (3) EG als Rechtsgrundlage heranzieht, wonach die Richtlinie für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich ist, wurde aber auch vom EuGH häufig betont.⁸⁴ Nach GA Tesauro handelt es sich bei der Autonomie der Mitgliedstaaten in bezug auf die gerichtlichen Rechtsbehelfe wegen des Verstoßes gegen Rechte aus Gemeinschaftsvorschriften um eine "Autonomie (...), die eng mit dem vom Gemeinschaftsrecht gewollten Ergebnis zusammenhängt".⁸⁵

Das Ziel der gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme kann sich aus der Vorschrift selbst ergeben. Vielfach sind zusätzlich die Erwägungsgründe heranzuziehen. Gerade in den bisherigen Entscheidungen zur Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG berief sich der EuGH regelmäßig auf deren Erwägungsgründe.⁸⁶ Aufschluss kann auch die Rechtsgrundlage geben, aufgrund derer eine Richtlinie erlassen wurde.

B. Die Notwendigkeit einer Regelungslücke

Die Notwendigkeit einer Regelungslücke besteht in unterschiedlicher Hinsicht, je nachdem, ob es sich um die negative oder die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes handelt. Die negative Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes – also das Verbot, Regelungen einzuführen, die die Durchsetzung vom Gemeinschaftsrecht verliehener Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren – spielt keine Rolle, wo präzise Vorschriften einer Richtlinie umzusetzen sind bzw. wo die Richtlinie eine positive Regelung hinsichtlich der fraglichen Problematik getroffen hat. Die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes kann hingegen durchaus auf einer Vorschrift einer Richtlinie "aufsatteln", indem sie verlangt, dass dieser Vorschrift zur praktischen Wirksamkeit verholfen wird.

Hingegen steht der Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes nicht entgegen, dass eine Richtlinie eine bestimmte Rechtsfrage ausdrücklich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten verweist. Eine solche Verweisung steht nämlich stets unter dem unausgesprochenen Vorbehalt, dass die mitgliedstaatliche Regelung die Geltendmachung vom Gemeinschaftsrecht verliehener Rechte nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren darf.

84 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 17.

85 GA Tesauro, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 47.

86 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 22.4.1999, Rs. C-423/97 *Travel Vac SL gegen Manuel José Antelm Sanchis*, Slg. 1999, I-2195, zu Erwägungsgrund (4).

I. Abgrenzung zur Umsetzung von Richtlinien

Offensichtlich bedarf es eines Rückgriffs auf den Effektivitätsgrundsatz nicht, wenn bereits eine positive Richtlinienbestimmung vorliegt, die umgesetzt werden muss, oder wenn die Richtlinie eine Entscheidung gegen eine bestimmte Regelung enthält. Die Frage, ob eine positive oder negative Richtlinienbestimmung vorliegt, kann allerdings im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Dies sei an drei Beispielen aus dem Verbraucherrecht verdeutlicht.

In der Rechtssache *Heininger* ging es um die Frage, ob eine Regelung, nach der das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Haustürgeschäften im Falle nicht erfolgter oder nicht ordnungsgemäßer Belehrung durch den Unternehmer nach Ablauf eines Jahres ausgeschlossen ist, mit der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG vereinbar ist. Die Richtlinie spricht die Frage der Verlängerung der Widerrufsfrist bei nicht erfolgter oder nicht ordnungsgemäßer Belehrung – anders als spätere verbraucherrechtliche Richtlinien – nicht an. Art. 5 (1) der Richtlinie bestimmt aber, dass die Widerrufsfrist erst mit der Erteilung der Belehrung durch den Unternehmer zu laufen beginnt, definiert also den Fristbeginn. Der EuGH argumentierte zunächst sehr formal mit dieser Formulierung des Art. 5 (1) der Richtlinie 85/577/EWG. Er erklärte dann allerdings, dass sich diese Regelung daraus erkläre, dass es dem Verbraucher nicht möglich sei, Rechte geltend zu machen, von denen er keine Kenntnis habe, so dass der Zweck der Richtlinie 85/577/EWG nur erreicht werden könne, wenn sein Widerrufsrecht in Ermangelung einer Belehrung über dieses Recht nicht erlösche, auch nicht nach Ablauf eines Jahres.⁸⁷ In früheren, ähnlich gelagerten Fällen hatte der EuGH diese Problematik ausdrücklich dem (damals noch nicht so bezeichneten) Effektivitätsgrundsatz zugeordnet.⁸⁸

Auch in der Rechtssache *Cofidis* ging es um eine Ausschlussfrist, und auch hier trifft die maßgebliche AGB-Richtlinie 93/13/EWG keine ausdrückliche Regelung über Ausschlussfristen. Allerdings gibt Art. 6 der Richtlinie 93/13/EWG vor, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher nicht bindend sind. Diese Vorschrift erwähnt der EuGH in seiner Entscheidung auch. Aus ihr ließe sich an sich schon ableiten, dass missbräuchliche Klauseln auch nicht nach Ablauf einer bestimmten Frist wieder bindend werden können.⁸⁹ Anders als etwa in der Rechtssache *Heininger* geht es hier nicht um die Frage der zeitlichen Befristung eines Gestaltungsrechts, sondern um die bereits von der Richtlinie angeordnete Rechtsfolge der mangelnden Bindungswirkung missbräuchlicher AGB, die lediglich in ihrer technischen Ausgestaltung in die jeweiligen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingepasst werden soll. Dennoch griff der EuGH im Anschluss an GA Tizzano⁹⁰ zusätzlich auf den in Art. 7 (1) der

87 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Georg Heininger und Helga Heininger gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, Tz. 45. Vgl. dazu statt vieler Hoffmann, ZIP 2002, 145 ff.; Kulke, ZBB 2002, 33 ff.; Reich/Rörig, EuZW 2002, 87 ff.; Rott, VuR 2002, 49 ff.; Staudinger, NJW 2002, 653 ff.

88 Vgl. schon EuGH, Urteil vom 23.5.1985, Rs. 29/84 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1985, 1661, Tz. 23; EuGH, Urteil vom 9.4.1987, Rs. 363/85 *Kommission gegen Italien*, Slg. 1987, 1733, Tz. 7; EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 21 f.

89 So wohl auch die Ansicht der Kommission, vgl. EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 31, und die Entscheidungsformel des EuGH. Vgl. auch Rott, EuZW 2003, 5 f. A.A. die österreichische Regierung, vgl. *ibid.*, Tz. 30. Kröll, EWiR 2003, 339, 340, zieht in Erwägung, dass das Fehlen einer Ausschlussfrist in der Richtlinie eine Entscheidung gegen eine solche Frist darstellt.

90 GA Tizzano, Schlussanträge vom 18.4.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz 59.

Richtlinie 93/13/EWG kodifizierten Effektivitätsgrundsatz zurück, um dieses Resultat zu begründen. Gerade die Befugnis des erkennenden Gerichts, von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel festzustellen, erachtete der EuGH als notwendig, um den wirksamen Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten.⁹¹

In der Rechtssache *Crailsheimer Volksbank* schließlich ging eine der Fragen des OLG Bremen dahin, ob das Bestehen des Widerrufsrechts davon abhängig gemacht werden kann, dass der Vertragspartner des Verbrauchers Kenntnis davon haben muss, dass der Vertrag in einer Haustürsituation geschlossen wurde. Der EuGH lehnte ein solches Erfordernis ab. Er begründet sein Ergebnis damit, dass Art. 1 der Richtlinie 85/577/EWG die Voraussetzungen für das Eingreifen des Schutzes der Richtlinie abschließend aufzähle, so dass die Aufstellung weiterer Voraussetzungen, insbesondere subjektiver Voraussetzungen wie der Zurechenbarkeit der Haustürsituation zum Gewerbetreibenden, nicht zulässig sei.⁹² Im Kern wird hier ein Umkehrschluss gezogen. Den Effektivitätsgrundsatz erwähnt der EuGH nicht, obwohl die Richtlinie 85/577/EWG keinerlei Aussage zu der vom OLG Bremen aufgeworfenen Frage trifft.

Diese drei Beispiele illustrieren, dass eine klare Abgrenzung zwischen der unausgesprochenen Mitregelung einer Rechtsfrage (im Wege des Umkehrschlusses) und ihrer Nichtregelung anhand der bisherigen Rechtsprechung des EuGH kaum möglich ist. Obwohl also die ersteren Fälle rein dogmatisch nicht dem Effektivitätsgrundsatz unterfallen, sollen sie doch im Folgenden mitberücksichtigt werden, zumal das Ergebnis – nämlich die Unvereinbarkeit einer entgegen stehenden nationalen Vorschrift mit der entsprechenden Richtlinie – identisch ist.

II. Nichtanwendbarkeit bei entgegen stehenden positiver Regelungen

Ebenso eindeutig ist im Grundsatz, dass der Effektivitätsgrundsatz positive Entscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht konterkarieren kann. Der Gemeinschaftsrechtsakt selbst gibt nicht nur das maßgebliche Ziel der Regelung vor, sondern auch den Umfang, in dem dieses Ziel verfolgt werden soll. Art. 249 (3) EG, der im Falle der Umsetzung von Richtlinien die Rechtsgrundlage des Effektivitätsgrundsatzes bietet, verlangt (lediglich), dass das Ziel der jeweiligen Richtlinie erreicht wird. Wenn eine Richtlinie aber keinen umfassenden, sondern nur einen beschränkten Schutz der Verbraucher vorsieht, so kann diese gesetzgeberische Entscheidung nicht mittels Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes vom EuGH verändert werden. Beispielsweise verlangt Art. 5 (1) der Timesharing-Richtlinie 94/47/EG⁹³ im Fall der mangelnden oder mangelhaften Belehrung des Verbrauchers lediglich eine Verlängerung der Widerrufsfrist um drei Monate. Diese Regelung wurde in der Literatur häufig als völlig unzureichend kritisiert, weil sie den Verbraucher nicht effektiv schütze.⁹⁴ Sie steht auch in einem deutlichen Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH in *Heininger*, denn dort ging der EuGH ja davon aus, dass selbst eine Verlängerung der Widerrufsfrist auf ein Jahr nicht

91 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 35 f. So auch schon EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 25 ff.

92 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Franz Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 42 ff.

93 ABl. EG 1994 Nr. L 280/83.

94 Vgl. nur Mankowski, in: Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), 357, 366 ff.

dazu geeignet ist, die Rechte des Verbrauchers effektiv zu schützen.⁹⁵ Dennoch kann sie nicht über den Effektivitätsgrundsatz durch die Rechtsprechung korrigiert werden.

Eine andere Frage ist allerdings die, ob ausdrückliche Regelungen einer Richtlinie mit Blick z.B. auf die Effektivität des Rechtsschutzes oder auf die Wirksamkeit von Sanktionen aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts abschließend sein sollen. Um noch einmal das Beispiel der Richtlinie 94/47/EG aufzugreifen: Nach Art. 10 dieser Richtlinie regeln die Mitgliedstaaten die Folgen der Nichtbeachtung der Bestimmungen dieser Richtlinie. Ohne bereits an dieser Stelle vorgreifen zu wollen, kann dies bedeuten, dass die Mitgliedstaaten den Verbraucher effektiv gegen die Verletzung von Vorschriften der Richtlinie 94/47/EG durch den Unternehmer zu schützen haben. Die eindeutige Regelung der verlängerten Widerrufsfrist nach Art. 5 (1) der Richtlinie bedeutet dann, dass dies nicht durch eine weitere Verlängerung der möglicherweise nicht effektiven Widerrufsfrist erfolgen muss. Dennoch kann die Richtlinie verlangen, dass ein Gesamtsystem geschaffen wird, das den effektiven Schutz des Verbrauchers mit sich bringt und damit weiter gehende Maßnahmen – welcher Art auch immer – erfordert. Entscheidend ist daher auch dann, wenn eine konkrete Maßnahme in einer Richtlinie genannt wird, ob aus Sicht des Gemeinschaftsgesetzgebers diese die einzige erforderliche Maßnahme sein muss, so dass mit ihrer Einführung dem Schutzzweck der Richtlinie Genüge getan wird, oder ob aus der Gesamtlogik der Richtlinie Weiteres erforderlich ist, aber eben nicht zwingend auf dem Gebiet der konkret bezeichneten Maßnahme. Dies kann nur anhand des einzelnen Gemeinschaftsrechtsakts beurteilt werden.

III. Anwendbarkeit bei Verweis auf nationales Recht

Hingegen findet der Effektivitätsgrundsatz uneingeschränkt Anwendung, wenn ein Gemeinschaftsrechtsakt die Regelung einer bestimmten Rechtsfrage ausdrücklich dem nationalen Recht überträgt. Mit einer solchen Verweisung wird letztlich dieselbe Situation geschaffen, als wenn die Richtlinie gar keine Aussage zum Thema machen würde. Der EuGH führte dazu in der Rechtssache *Salumi*,⁹⁶ in der es um Agrarabschöpfungen ging, die von den Mitgliedstaaten gem. Art. 6 des Beschlusses des Rats über die Ersetzung der Finanzbeiträge der Mitgliedstaaten durch eigene Mittel der Gemeinschaften⁹⁷ "gemäß den einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften" erhoben werden, aus:

"Diese ausdrückliche Verweisung auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften unterliegt jedoch den gleichen Einschränkungen wie die stillschweigende Verweisung, deren Notwendigkeit bei Fehlen einer Gemeinschaftsregelung anerkannt ist, und zwar in dem Sinne, dass bei Anwendung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften keine Unterschiede im Vergleich zu Verfahren gemacht werden dürfen, in denen über gleichartige, aber rein nationale Rechtsstreitigkeiten entschieden wird, und dass die Verfahrensmodalitäten nicht dazu führen dürfen, dass die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte praktisch unmöglich wird."

Ein Beispiel aus dem Verbraucherrecht ist Art. 7 der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG, nach dem sich die Rechtsfolgen der Ausübung des Widerrufs nach nationalem Recht bestimmen. Aus dieser Bestimmung hat insbesondere der BGH in mittlerweile

95 Vgl. auch Rott, VuR 2002, 48, 52 f.

96 EuGH, Urteil vom 27.3.1980, verb. Rs. 66/79, 127/79 und 128/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Meridionale Industria Salumi s.r.l. Fratelli Vasanelli und Fratelli Ultrocchi*, Slg. 1980, 1237, Tz. 20.

97 ABl. EG 1970 Nr. L 94/19.

ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass die deutsche Regelung der Rechtsfolgen des Widerrufs gemeinschaftlich nicht überprüfbar sei.⁹⁸ Dieser Auslegung des Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG erteilte der EuGH in der Rechtssache *Schulte* eine klare Absage:

"Demnach ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, die Rechtsfolgen des Widerrufs zu regeln, doch muss diese Befugnis unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts und insbesondere der Vorschriften der Richtlinie ausgeübt werden, die im Licht der Zielsetzung der Richtlinie und in einer Weise, die ihre *praktische Wirksamkeit* gewährleistet, auszulegen sind. Die Mitgliedstaaten müssen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus einer Richtlinie alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie gemäß ihrer Zielsetzung zu gewährleisten."⁹⁹

Der Effektivitätsgrundsatz, gleich ob er sich aus Art. 10 EG oder aus Art. 249 (3) EG ergibt, setzt gerade voraus, dass die Regelungskompetenz an sich beim Mitgliedstaat liegt. Dessen Regelungskompetenz ist aber nicht unbeschränkt, sondern muss die sich aus Art. 10 EG und Art. 249 (3) EG ergebenden Grenzen beachten.¹⁰⁰

C. Einzelfallentscheidung *versus* systematisches Verständnis

I. Grundsatz der Einzelfallentscheidung

Bei der Durchsicht der Entscheidungen des EuGH fällt auf, dass auf den ersten Blick vergleichbare Rechtsfragen je nach den Umständen des Einzelfalls durchaus unterschiedlich gewürdigt werden. Paradigmatisch sind hier die Entscheidungen zu nationalen Verjährungs- und Ausschlussfristen. Hier finden sich Entscheidungen, in denen Ausschlussfristen von 30 Tagen bzw. einem Monat vom EuGH zumindest nicht beanstandet wurden,¹⁰¹ während andererseits Ausschlussfristen von mehreren Jahren als Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht behandelt wurden.¹⁰² Entsprechend hatten auch die Klägerin und die französische Regierung in *Cofidis* argumentiert, der EuGH habe bereits mehrmals entschieden, dass kürzere Ausschlussfristen als die in Rede stehende Ausschlussfrist von zwei Jahren mit dem Schutz der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht unvereinbar seien. Der EuGH wies deshalb darauf hin, dass die von der Klägerin und der französischen Regierung angeführten Entscheidungen lediglich das Ergebnis von Einzelfallbeurteilungen seien, die unter Berücksichtigung des gesamten tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs der jeweiligen Rechtssache vorgenommen wurden und nicht automatisch auf andere Bereiche als die übertragen werden können, in deren Rahmen sie getroffen wurden.¹⁰³

98 Vgl. nur BGH, ZIP 2002, 2210, 2211; BGH, WM 2002, 2501, 2503; BGH, NJW 2003, 1390.

99 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 69. Hervorhebung durch den Verfasser.

100 Vgl. auch LG Bochum, NJW 2003, 2612, 2615.

101 Vgl. zu den Fristen in den Rechtssachen *Rewe* und *Comet* die Schlussanträge von GA Jacobs vom 26.9.1989, Rs. 386/87 *Société Bessin et Salson gegen Administration des Douanes et Droits Indirects*, Slg. 1989, 3551, Tz. 12.

102 Zu Einzelheiten vgl. *infra*, Teil 3, A. I.

103 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 37.

II. Relevanz des Regelungsumfelds

Der EuGH hat bereits mehrfach betont, dass etwa einzelne Verfahrensvorschriften nicht isoliert betrachtet werden dürften, sondern "unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren vor den verschiedenen nationalen Stellen sowie des Ablaufs und der Besonderheiten dieses Verfahrens" zu prüfen seien.¹⁰⁴ Dabei seien gegebenenfalls die Grundsätze zu berücksichtigen, die dem nationalen Rechtssystem zugrunde liegen, wie z.B. der Schutz der Verteidigungsrechte, der Grundsatz der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäße Ablauf des Verfahrens.¹⁰⁵ Ein Beispiel hierfür ist die Rechtssache *Peterbroeck*, in der es um eine nationale Frist von 60 Tagen ab Einreichung einer Klage ging, innerhalb der neue "Rügen", also neue rechtliche Gesichtspunkte, vorgebracht werden konnten. Eine solche Frist hielt der EuGH zwar an sich für unbedenklich; im Zusammenhang damit aber, dass im Falle des Versäumens dieser Frist kein nationales Gericht einen möglichen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht aufgreifen konnte, beanstandete er die Regelung.¹⁰⁶

Ein Gegenbeispiel bietet die Rechtssache *Evans*. Hier beklagte Samuel Sidney Evans die vermeintlich unzureichende Umsetzung der Kfz-Haftpflichtversicherungs-Richtlinie 84/5/EWG¹⁰⁷ in Großbritannien. Der britische Gesetzgeber hatte ein vielschichtiges System eingerichtet, nach dem der Geschädigte im Falle eines Unfalls mit einem unzureichend versicherten Unfallgegner zunächst einen Anspruch beim Motor Insurers' Bureau (MIB) geltend machen konnte, wo anschließend auch ein Anspruch auf nochmalige Überprüfung gestellt werden konnte. Gegen die (zweite) Entscheidung des MIB konnte ein Schiedsrichter angerufen werden, gegen dessen Entscheidung wiederum, insbesondere bei schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten, die Klage beim High Court zulässig war, gegebenenfalls gefolgt von einer Berufung zum Court of Appeal und einer Revision beim House of Lords. Die britische Regierung machte geltend, dieses System biete dem Geschädigten Vorteile hinsichtlich der Schnelligkeit und der Einsparung von Verfahrenskosten, da der Großteil der Kosten im Zusammenhang mit dem Entschädigungsantrag und dem Zusammentragen der einschlägigen Beweise vom MIB übernommen werde, das Zeugenaussagen und auch Sachverständigen-gutachten einhole. Mit Blick auf das Ziel der Richtlinie 84/5/EWG, eine einfache Regelung für Ausgleichsleistungen an die Geschädigten zu ermöglichen, hielt der EuGH diese Kombination aus Kontrollmöglichkeiten und den praktischen Vorteilen des Systems für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar.¹⁰⁸ GA Alber hatte hingegen deutlich gemacht, dass

104 Grundlegend EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 14; vgl. auch EuGH, Urteil vom 1.12.1998, Rs. C-326/96 *B. S. Levez gegen T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Slg. 1998, I-7835, Tz. 44; EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 61 f.; EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 37; EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 56. Vgl. auch GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 14.3.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 27; GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 12.4.2005, Rs. C-231/03 *Conorzio Aziende Metano (Co.Na.Me.) gegen Comune di Cinga de' Botti und Padania Acque SpA*, Slg. 2005, I-7287, Tz. 54.

105 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 46.

106 EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 15 ff.

107 ABl. EG 1984 Nr. L 8/17.

108 EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 46 ff.

einzelne Bestandteile des Verfahrens, insbesondere das Einspruchsverfahren vor dem MIB und das Verfahren vor dem Schiedsrichter, als solche nicht dem Gebot effektiven Rechtsschutzes genügt hätten und dass auch die Beschränkung des Zugangs zur ersten gerichtlichen Instanz und deren Beschränkung auf eine Rechts- bzw. Plausibilitätskontrolle bedenklich seien und durch die Schnelligkeit und Kostengünstigkeit des Verfahrens nicht kompensiert würden, zumal im vorliegenden Fall schon bis zum Schiedsspruch des Schiedsrichters beinahe fünf Jahre vergangen waren.¹⁰⁹

Diese Form der Gesamtbetrachtung wird durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Schneider* bestätigt. Hier entschied der EuGH, dass in einem Fall, in dem zwei parallele Verfahren (Beschwerde im Verwaltungsrechtsweg und Schadensersatzklage wegen Staatshaftung im Zivilrechtsweg) zur Verfügung stehen, nicht beide Verfahren dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes genügen müssten, solange dies bei einem der beiden Verfahren gegeben sei.¹¹⁰

D. Die Kontrolldichte

Wie bei einer Reihe anderer Rechtsinstitute, die nicht explizit im Gemeinschaftsrecht angelegt waren, sondern vom EuGH entwickelt wurden, lässt sich auch beim Effektivitätsgrundsatz ein Anstieg der Kontrolldichte ausmachen.¹¹¹ Sowohl hinsichtlich des Grundsatzes als solchem als auch hinsichtlich verschiedener seiner Ausprägungen entwickelte der EuGH zunächst eine Formel, die er den nationalen Gerichten zur Anwendung überantwortete. Erst im Verlauf seiner Rechtsprechung präziserte der EuGH dann selbst die Anforderungen, die der Effektivitätsgrundsatz seiner Auffassung nach an die nationalen Rechtsordnungen stellt. In der Rechtsprechung des EuGH ist diese Entwicklung häufig bereits in dem Hinweis angelegt, das Gemeinschaftsrecht regle eine bestimmte Materie "bei seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand" nicht.¹¹² Diese Vorsicht begründet sich vor allem auch aus der Rückwirkung, die eine Präzisierung eines allgemeinen Grundsatzes zeitigt.¹¹³

So stellte der EuGH etwa in den Rechtssachen *Rewe* und *Comet* lediglich fest, dass nationale Verjährungsvorschriften nicht unzulässig seien, solange sie die Rechtsdurchsetzung nicht praktisch unmöglich machten, äußerte sich aber nicht explizit. In *Bessin et Salson* hielt er dann eine Frist von drei Jahren ausdrücklich für zulässig.¹¹⁴

Ebenso ging der EuGH bei der Frage der Zulässigkeit von Regelungen zur Beweislastverteilung vor. In den Rechtssachen *Just*, *Denkavit*, *Ariete* und *MIRECO* beanstandete der EuGH nationale Regelungen nicht, nach denen zu Unrecht erhobene

109 GA Alber, Schlussanträge vom 24.10.2002, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 87 ff.

110 EuGH, Urteil vom 5.2.2004, Rs. C-380/01 *Gustav Schneider gegen Bundesminister für Justiz*, Slg. 2004, I-1389, Tz. 30 f., sowie noch deutlicher GA Alber, Schlussanträge vom 10.12.2002, *ibid.*, Tz. 34.

111 Vgl. z.B. Karl, RIW 1992, 440, 443 f.; Caranta, CMLRev. 32 (1995), 703, 705; Micklitz, in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl. 2003, 1114 ff.

112 So etwa EuGH, Urteil vom 6.5.1982, Rs. 54/81 *Firma Wilhelm Fromme gegen Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, Slg. 1982, 1449, Tz. 4 und 8; EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82 *Deutsche Milchkontor GmbH u.a. gegen Deutschland*, Slg. 1983, 2633, Tz. 18 und 21.

113 Vgl. auch GA van Gerven, Schlussanträge vom 24.1.1990, Rs. 8/88 *Deutschland gegen Kommission*, Slg. 1990, I-2321, Tz. 22.

114 Vgl. ausf. infra, Teil 3, A. I.

Abgaben nicht zurückerstattet werden mussten, wenn der vermeintlich Abgabepflichtige die damit verbundenen Kosten an seine Kunden weitergereicht habe. Das Anschlussproblem lag darin, dass nationale Gerichte regelmäßig annahmen, dass dieses Weiterreichen im Zuge des normalen Geschäftsgebarens automatisch erfolge, so dass letztlich den vermeintlich Abgabepflichtigen die Beweislast für den verbliebenen Verlust traf. Auch dies ließ der EuGH zu, solange dadurch die Durchsetzung des Rückerstattungsanspruchs nicht praktisch unmöglich gemacht würde, was vom nationalen Gericht festzustellen sei. Erst einige Jahre später, in der Rechtssache *San Giorgio*, überprüfte der EuGH unmittelbar die nationale Beweislastverteilung und stellte fest, dass diese mit dem Effektivitätsgrundsatz nicht vereinbar sei.¹¹⁵

Ein weiteres Beispiel bieten die Rechtsprechung zur Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, wo die Voraussetzungen und Modalitäten der Rückforderung zunächst allgemein dem Effektivitätsgrundsatz unterworfen wurden,¹¹⁶ bevor der EuGH sich zu Fragen wie der Verzinsung äußerte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die bisherige Zurückhaltung des EuGH hinsichtlich der Beurteilung einer bestimmten Rechtsfrage keineswegs bedeutet, dass der Zugriff auf die nationale Rechtsordnung nicht in der Zukunft intensiver werden könnte. Paradigmatisch ist die folgende Aussage von GA van Gerven in *Banks* zur gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung:

"Damit hat der Gerichtshof eine ständige Rechtsprechung bestätigt, die beim Fehlen gemeinschaftlicher Harmonisierungsbestimmungen für die Geltendmachung der vom Gemeinschaftsrecht zugebilligten Rechte auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten verweist. Unbeschadet dieses Ausgangspunkts geht aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine eindeutige Tendenz hervor, eine Reihe von Mindestvoraussetzungen aufzustellen, denen die nationalen Bestimmungen genügen müssen. (...) Vor allem zu den Einzelheiten einer Schadensersatzklage liegt die gesamte Rechtsprechungsentwicklung noch vor dem Gerichtshof. (...)"¹¹⁷

In aller Regel stellt der EuGH dort, wo er eine konkrete Kontrolle vornimmt, lediglich die Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht fest. Davon ist er allerdings z.B. in *Grundig Italiana* abgewichen. Dort beurteilte er eine Übergangsfrist für eine rückwirkende Verkürzung einer Antragsfrist im Abgabenrecht von 90 Tagen nicht nur als "offenkundig unzureichend", sondern stellte auch fest, dass die notwendige Mindestübergangszeit bei vernünftiger Betrachtung mit sechs Monaten anzusetzen sei.¹¹⁸ GA Ruiz-Jarabo Colomer bezeichnete diese Festlegung durch den EuGH in der Rechtssache *Cash & Carry* als "Anmaßung gesetzgeberischer Funktionen, sei es nun des Gemeinschafts- oder des nationalen Gesetzgebers" und als "Ausdruck des Voluntarismus".¹¹⁹ Bisher ist dieses Vorgehen des EuGH denn auch singulär geblieben. In der Lehre wird hingegen durchaus der

115 Vgl. ausf. infra, Teil 3, B. I.

116 Vgl. EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82 *Deutsche Milchkontor GmbH u.a. gegen Deutschland*, Slg. 1983, 2633, Tz. 33.

117 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 48 f.

118 EuGH, Urteil vom 24.9.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 40 f.

119 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.12.2003, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 35.

Wunsch geäußert, der EuGH möge in zunehmendem Maße Hinweise geben, welche Grenzen der Effektivitätsgrundsatz für das Recht der Mitgliedstaaten beinhaltet.¹²⁰

E. Die Festlegung des Mindeststandards

Das offensichtliche Problem besteht darin, den Mindeststandard für Vorschriften festzulegen, die die Rechtsverfolgung nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.¹²¹ Hier muss noch einmal auf die Konsequenzen der Unterschreitung dieses Mindeststandards hingewiesen werden. Derselbe Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht kann eine Vielzahl von Verfahren betreffen. Dies gilt für die unberechtigte Forderung von Abgaben¹²² ebenso wie für verbraucherrechtliche Konstellationen. Insofern ist nicht zu verkennen, dass ein nur schwer bestimmbarer Mindeststandard der Effektivität erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich bringt. In Betracht kommen hier verschiedenen Ansatzpunkte: die Konsistenz des Gemeinschaftsrecht, die Berücksichtigung gemeineuropäischer Standards, aber auch die Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse

I. Orientierung an anderen Rechtsakten mit vergleichbaren Zielen

Obwohl der EuGH grundsätzlich davon ausgeht, dass jede nationale Vorschrift gesondert darauf zu untersuchen ist, ob sie dem Effektivitätsgrundsatz widerspricht, bemüht er sich durchaus auch um Konsistenz zwischen einzelnen Richtlinien. Insbesondere kommt dies in den vorbereitenden Schlussanträgen der Generalanwälte zum Ausdruck.

GA Ruiz-Jarabo Colomer war in *Novartis u.a.* mit der Frage befasst, ob das zuständige Verwaltungsorgan, das die Geltungsdauer eines ergänzenden Schutzzertifikats für Arzneimittel falsch berechnet hat, zur Berichtigung verpflichtet ist. Die einschlägige Verordnung (EG) Nr. 1768/92¹²³ regelte diese Frage nicht. Deshalb zog der Generalanwalt die Verordnung (EG) Nr. 1610/96¹²⁴ über ergänzende Schutzzertifikate für Pflanzenschutzmittel zur Auslegung heran.¹²⁵

Hinsichtlich der Frage, ob die in Art. 3 (4) der Umweltinformations-Richtlinie 90/313/EWG¹²⁶ eine zwingende Frist ist, zog GA Kokott in der Rechtssache *Housieaux* einen Vergleich mit dem ähnlich formulierten Art. 6 Nr. 1 der Richtlinie 89/105/EWG über die Preisfestsetzung bei Humanarzneimitteln.¹²⁷

120 So Metzger, ZEuP 2004, 154, 163.

121 So bereits Wyatt, E.L.Rev. 1977,

122 Vgl. nur von Borries, RIW/AWD 1977, 232.

123 ABl. EG 1992 Nr. L 182/1.

124 ABl. EG 1996 Nr. L 198/30.

125 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 7.9.2004, Rs. C-207/03 *Novartis AG u.a. gegen Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks for the United Kingdom* und Rs. C-252/03 *Ministre de l'économie gegen Millenium Pharmaceuticals Inc.*, Slg. 2005, I-3209, Tz. 66.

126 ABl. EG 1990 Nr. L 158/56.

127 GA Kokott, Schlussanträge vom 27.1.2005, Rs. C-186/04 *Pierre Housieaux*, Slg. 2005, I-3299, Tz. 27 mit Fn. 7.

II. Berücksichtigung gemeinsamer Standards der Mitgliedstaaten?

Die gemeinsamen Standards der Mitgliedstaaten spielen im Gemeinschaftsrecht dort immer wieder eine Rolle, wo die Gemeinschaft noch nicht selbst tätig geworden ist. Dies galt z.B. lange Zeit für die Berücksichtigung von Grundrechten. Auch der Bereich des Effektivitätsgrundsatzes zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Gemeinschaft keine Regelung einer Rechtsfrage getroffen hat, so dass sich auch hier ein Anwendungsgebiet für die Berücksichtigung gemeinsamer Standards oder Prinzipien der Mitgliedstaaten eröffnet.¹²⁸ In der Literatur kommt eine Orientierung an gemeinsamen Standards der Mitgliedstaaten immer wieder darin zum Ausdruck, dass die fragliche Regelung eines Mitgliedstaats daraufhin untersucht wird, ob sie ungewöhnlich ist.¹²⁹

Rechtsvergleichende Erwägungen finden sich auch in Urteilen des EuGH und in den Schlussanträgen der Generalanwälte. So berief sich der EuGH in *Deutsche Milchkontor* auf eine Untersuchung der nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten über die Rücknahme von Verwaltungsakten und die Rückforderung von zu Unrecht gewährten öffentlichen Geldleistungen, die Gemeinsamkeiten hinsichtlich des Bestrebens, ein Gleichgewicht zwischen dem Grundsatz der Rechtsmäßigkeit der Verwaltung und dem Grundsatz der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes herzustellen, gezeigt habe.¹³⁰ In *Remo und Mantovani* stellte der EuGH rechtsvergleichende Betrachtungen zur Frage der Nacherhebung zu Unrecht nicht erhobener Abgaben an.¹³¹ In *Cash & Carry* hielt der EuGH im Anschluss an GA Ruiz-Jarabo Colomer eine Ausschlussfrist von 90 Tagen nach Ablauf der Frist für die freiwillige Zahlung der Abgabe für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar, da sie im Vergleich mit den in den Rechtsordnungen mehrerer anderer Mitgliedstaaten festgesetzten ähnlich langen Fristen als angemessen betrachtet werden könne.¹³²

GA Slynn stellte in der Rechtssache *Jeunehomme und EGI* fest, dass die belgischen Anforderungen an Rechnungen, die mit dem Antrag auf Vorsteuerabzug einzureichen waren, denen mehrerer, wenn nicht vieler Mitgliedstaaten entsprächen.¹³³ Hingegen wies GA Gulmann in *Kommission gegen Spanien* darauf hin, dass kein anderer Mitgliedstaat die Entlastung von der Mehrwertsteuer nur gegen Vorlage einer "besonderen Rechnung" gewähre, was für die fehlende Erforderlichkeit dieser Maßnahme spreche.¹³⁴ GA Mancini untersuchte in der Rechtssache *San Giorgio* die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten darauf, ob sie einen Ausschluss des Anspruchs auf Erstattung zu Unrecht gezahlter Abgaben bei Abwälzung auf Dritte vorsähen.¹³⁵ In der Rechtssache *Océano Grupo* verwies GA Saggio

128 Vgl. bereits die Erwägungen von Nafilyan, Rev. trim. dr. eur. 1977, 96, 98.

129 So etwa Waelbroeck, Cah. dr. eur. 1985, 37, 41 f., zur Relevanz der Abwälzung von Verlusten auf Dritte.

130 EuGH, Urteil vom 21.9.1983, verb. Rs. 205 bis 215/82 *Deutsche Milchkontor GmbH u.a. gegen Deutschland*, Slg. 1983, 2633, Tz. 30.

131 EuGH, Urteil vom 5.10.1988, Rs. 210/87 *Padovani Remo und Erben Mantovani gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1988, 6177, Tz. 19, sowie GA Darmon, Schlussanträge vom 14.6.1988, Tz. 50 f.

132 EuGH, Urteil vom 17.6.2004, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 22.

133 GA Slynn, Schlussanträge vom 31.5.1988, verb. Rs. 123 und 330/87 *Lea Jeunehomme und SA d'Etude et de Gestion immobilière (EGI) gegen Belgien*, Slg. 1988, 4517.

134 GA Gulmann, Schlussanträge vom 12.5.1992, Rs. C-96/91 *Kommission gegen Spanien*, Slg. 1992, I-3789, Tz. 11.

135 GA Mancini, Schlussanträge vom 27.9.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3616, 3630 f.

darauf, dass u.a. die französische, die italienische und die belgische Rechtsordnung vorsähen, dass die Missbräuchlichkeit von Klauseln in Verbraucherverträgen von Amts wegen zu prüfen sei.¹³⁶ Das Erfordernis der Mündlichkeit des Zeugenbeweises erschien GA Jacobs in der Rechtssache *Schmidberger* als "völlig normale Verfahrensweise bei vielen Gerichten".¹³⁷

Selbst ein Vergleich mit dem Recht eines Nicht-EU-Mitgliedstaats lässt sich finden: GA Kokott erwähnte in der Rechtssache *Berlusconi u.a.* "nur am Rande" die US-amerikanische Verwaltungspraxis zu Toleranzgrenzen hinsichtlich falscher Informationen in Jahresabschlüssen.¹³⁸

Andererseits erklärte GA Alber in *Evans*, mit Blick auf die Frage, ob die Gewährung von Zinsen und Kosten von der Kfz-Haftpflichtversicherung mitumfasst werde, könnte man zwar eine rechtsvergleichende Studie der in den Mitgliedstaaten geltenden Regelungen anstellen. Selbst wenn sich dabei aber herausstellen sollte, dass Zinsen und Kosten in der Regel in den Haftungsumfang der Haftpflichtversicherung einbezogen würden, müsste dieses Ergebnis nicht zwangsläufig für alle Mitgliedstaaten gelten. Der Hinweis auf die mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften würde sonst gegenstandslos.¹³⁹ In der Rechtssache *Espace Trianon und Sofibail* stellte GA Stix-Hackl mit Blick auf die Wirksamkeit des vergaberechtlichen Rechtsschutzes von Bietergemeinschaften fest: "Dass in manchen Mitgliedstaaten auch einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft einen Nachprüfungsantrag stellen können, ändert nichts daran, dass die Richtlinie das nicht erfordert."¹⁴⁰

III. Die Verfahrensordnung des EuGH als Maßstab?

Mit Blick auf eine mögliche Harmonisierung des Zivilverfahrensrechts der Mitgliedstaaten wurde vorgeschlagen, sich in einem gewissen Ausmaß an der Verfahrensordnung des EuGH zu orientieren.¹⁴¹ Dies könnte auch für die Ausfüllung des Effektivitätsgrundsatzes in Betracht kommen, geht es doch hier – vor den nationalen Gerichten – ebenso um Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht wie vor dem EuGH. So berief sich GA Jacobs in den Rechtssachen *Peterbroeck* und *van Schijndel und van Veen* hinsichtlich der Präklusion neuen Vorbringens nach Ablauf einer Rügefrist von 60 Tagen im belgischen Recht auf Art. 42 der Verfahrensordnung des EuGH.¹⁴²

In *Emmott* argumentierte GA Mischo, angesichts der Klagefrist des Art. 173 EWGV von zwei Monaten sei eine nationale Klagefrist von drei Monaten sicherlich eine "angemessene

136 GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 25 Fn. 12.

137 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 43.

138 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 101.

139 GA Alber, Schlussanträge vom 24.10.2002, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 35.

140 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 15.3.2005, Rs. C-129/04 *Espace Trianon SA und Société wallone de location-financement SA (Sofibail) gegen Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*, Slg. 2005, I-7805, Tz. 72.

141 So Schwartze, ERPL 2000, 135, 145.

142 GA Jacobs, Schlussanträge vom 4.5.1994, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 31; GA Jacobs, Schlussanträge vom 15.6.1995, Rs. C-430/93 und 431/93 *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Tz. 32.

Frist".¹⁴³ In *Banks* leitete GA van Gerven eine Reihe von Grundsätzen für den Staatshaftungsanspruch gegen Mitgliedstaaten aus der entsprechenden Vorschrift des Art. 215 (2) EWGV für den Staatshaftungsanspruch gegen die Gemeinschaft ab.¹⁴⁴ Auch GA Alber bezog sich in *Evans* hinsichtlich der Frage, ob ein Zinsanspruch im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs aus außervertraglicher Haftung gegeben sei, auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 215 (2) EWGV.¹⁴⁵ GA Geelhoed zog für die Erörterung der Klagebefugnis in *Muñoz und Superior Fruiticola* Art. 230 (4) EG als Vergleichsmaßstab heran.¹⁴⁶

Gleichermaßen finden sich Erwägungen, sekundärrechtliche Verfahrensvorschriften hinsichtlich Verfahren vor Stellen der EG auf innerstaatliche Verfahren zu übertragen. So argumentierte GA Darmon in *Fingruth und Retter* damit, dass Art. 15 der Verordnung (EG) Nr. 1380/75 über Durchführungsvorschriften für die Währungsausgleichsbeträge, wonach "die Unterlagen für die Zahlung des Währungsausgleichsbetrags (...), außer bei höherer Gewalt, innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten (...) einzureichen sind" und das dazu ergangene Urteil des EuGH in der Rechtssache *Denkavit gegen FORMA*¹⁴⁷ deutlich mache, dass eine Ausnahme für den Fall höherer Gewalt geboten sei, damit Ausschlussfristen als angemessen angesehen werden könnten und dass dies auch auf innerstaatliche Ausschlussfristen zu übertragen sei.¹⁴⁸

Hingegen lehnte der EuGH es in der Rechtssache *Pasquini* mit Blick auf Fristen für die Rückforderung zu Unrecht an Rentenempfänger ergangener Zahlungen, die in der Richtlinie 1408/71/EWG nicht geregelt sind, ab, zum Schutz der Rentenempfänger die für eine andere Fragestellung geltende Übergangsvorschrift dieser Richtlinie von zwei Jahren analog anzuwenden.¹⁴⁹ In der Rechtssache *Housieaux* verwarf GA Kokott den Gedanken, für die Beantwortung der Frage, ob im Bereich des Umweltinformationsrechts das Schweigen der Behörde bis zum Ablauf einer vorgegebenen Frist den Beginn einer Ausschlussfrist für Rechtsmittel auslösen kann, obwohl gerade kein Bescheid ergangen ist, auf das Europäische Beamtenrecht zurückzugreifen, weil europäische Beamte mit Bürgern, die den Zugang zu Umweltinformationen beantragten, nicht zu vergleichen seien.¹⁵⁰

143 GA Mischo, Schlussanträge vom 23.4.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 19. Ebenso GA Jacobs, Schlussanträge vom 4.5.1994, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 30.

144 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 49 ff. Vgl. dazu auch ausf. GA Tesauo, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 61 ff.

145 GA Alber, Schlussanträge vom 24.10.2002, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 41 f.

146 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruiticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 68 ff.

147 EuGH, Urteil vom 22.1.1986, Rs. 266/84 *Denkavit France Sarl gegen FORMA*, Slg. 1980, 617, insb. Tz. 10.

148 Vgl. GA Darmon, Schlussanträge vom 5.7.1988, verb. Rs. 129/87 und 130/87 *Eva Fingruth gegen Caisse de pension des employés privés und Caisse de pension des employés privés gegen François Retter*, Slg. 1988, 6121, Tz. 25 ff.

149 EuGH, Urteil vom 19.6.2003, Rs. C-34/02 *Sante Pasquini gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 2003, I-6515, Tz. 73, gegen die Schlussanträge von GA Alber vom 6.3.2003, *ibid.*, Tz. 74.

150 GA Kokott, Schlussanträge vom 27.1.2005, Rs. C-186/04 *Pierre Housieaux*, Slg. 2005, I-3299, Tz. 46 f.

IV. Berücksichtigung empirischer Erkenntnisse

Ohne Zweifel spielen empirische Erkenntnisse eine Rolle für die Beurteilung der Frage, ob nationale Regelungen gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen. Besonders deutlich kommt dies in den Schlussanträgen des GA Mancini in der Rechtssache *San Giorgio* zum Ausdruck. Er untersuchte dort die Frage, ob die italienischen Rechtsvorschriften es Unternehmern praktisch unmöglich machten zu beweisen, dass ohne Rechtsgrund bezahlten Abgaben nicht auf andere abgewälzt worden sind:

"Kann man also leugnen, daß sie einen unmöglichen Beweis vorschreiben? Nein, man kann es nicht. Und der italienische Bevollmächtigte selbst hat dies unausgesprochen eingeräumt, als er uns in der mündlichen Verhandlung gesagt hat, in 99 % der Fälle sei der "solvens" nicht in der Lage, den Nachweis zu erbringen, weil die Abwälzung erfolgt sei. Den Erstattungsanspruch anzuerkennen (wie es die Gemeinschaftsrechtsordnung verlangt) und dann zuzulassen, daß dieses Recht in 99 % der Fälle nicht ausgeübt werden kann, ist aber – ich sage nicht mehr – ein schönes Beispiel für den Widerspruch zwischen Worten und Taten."¹⁵¹

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien, das die Futtermittel-Richtlinie 74/63/EWG jedenfalls nicht unter förmlicher und wörtlicher Wiedergabe ihrer Vorschriften umgesetzt hatte, ließ der EuGH zunächst erkennen, dass diese Art der Umsetzung nicht ordnungsgemäß wäre, wenn sich daraus "praktische Schwierigkeiten" ergeben hätten.¹⁵² Er schloss damit aber keineswegs aus, dass auch bei Nichtvorliegen praktischer Schwierigkeiten eine mangelhafte Umsetzung gegeben sein kann, wenn eine negative Auswirkung "zumindest theoretisch möglich ist".¹⁵³

In *Océano Grupo* rekurrierte GA Saggio hinsichtlich der Missbräuchlichkeit einer Gerichtsstandsklausel zugunsten des Orts der Niederlassung des Unternehmers auf die "konkrete Prozessfahrung" des vorlegenden Gerichts.¹⁵⁴ Ebenso ließ sich GA Tizzano in *Cofidis* ein, indem er mit Blick auf die Gemeinshaftswidrigkeit einer Ausschlussfrist von zwei Jahren für die Geltendmachung der Missbräuchlichkeit einer Klausel darauf verwies, dass die mit der Ausschlussfrist verbundenen Gefahren sich im vorliegenden Rechtsstreit verwirklicht hätten.¹⁵⁵ GA Stix-Hackl stellte für die Beurteilung der Frage, ob Hersteller "Betroffene" i.S.d. Art. 7 (1) der Richtlinie 89/397/EWG über die amtliche Lebensmittelüberwachung seien, denen ein Recht auf ein Gegengutachten zustehe, in der Rechtssache *Steffensen* darauf ab, dass es letztlich die Hersteller seien, "wie im Falle des Herrn Steffensen", die für Mängel hinsichtlich der Zubereitung und Zusammensetzung von Lebensmitteln zur Verantwortung gezogen werden könnten und die daher über entsprechende Rechtsschutzgarantien verfügen müssten.¹⁵⁶

151 GA Mancini, Schlussanträge vom 27.9.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3616, 3626.

152 EuGH, Urteil vom 9.4.1987, Rs. 363/85 *Kommission gegen Italien*, Slg. 1987, 1733, Tz. 11.

153 *Ibid.*, Tz. 12.

154 GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 18. Ebenso GA Tizzano, Schlussanträge vom 18.4.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 58, mit Blick auf das Nichterscheinen des Verbrauchers im vorliegenden Rechtsstreit.

155 GA Tizzano, Schlussanträge vom 18.4.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 57.

156 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 22.10.2002, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 43.

Schwieriger ist die mangelnde Effektivität dort zu beurteilen, wo die Richtlinie ein Ziel vorgibt, das die Mitgliedstaaten erreichen sollen. GA Saggio schlug in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Océano Grupo* einen konkreten Prüfungsmaßstab vor: Die Bewertung der Angemessenheit und der Wirksamkeit der Schutzinstrumente, die die Richtlinie von den Mitgliedstaaten verlangt, hänge mit einer "konkreten Beurteilung der Nützlichkeit der Instrumente selbst im Hinblick auf das verfolgte Ziel ab".¹⁵⁷ Der EuGH meinte in *Kommission gegen Schweden*, die Umsetzungsmaßnahme müsse mit Blick auf den Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG die hinreichende Sicherheit dafür bieten, dass die Allgemeinheit von dieser Liste Kenntnis erlangen kann. Die Darlegungslast dafür, dass eine Maßnahme keine hinreichende Sicherheit für die Erreichung des mit der Richtlinie angestrebten Zwecks bietet, erlegte der EuGH der klagenden Kommission auf.¹⁵⁸ In *Kommission gegen Finnland* akzeptierte der EuGH hinsichtlich der mangelhaften Kontrolle der rechtswidrigen Verwendung von Heizöl als Kraftstoff statistische Daten über die Kontrolle von Privatfahrzeugen im Vergleich zum Gesamtbestand mit Diesel betriebener Fahrzeuge.¹⁵⁹ Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Irland, in dem die Kommission nicht nur einzelne Verstöße gegen das gemeinschaftliche Abfallrecht, sondern eine insgesamt unzureichende Organisation der Abfallbewirtschaftung geltend machte. Die insgesamt unzureichende Organisation wiederum belegte die Kommission insbesondere durch Aufzählen einer Fülle von Einzelverstößen. Der EuGH folgte dem Vortrag der Kommission. Er betonte, dass die Abfall-Rahmenrichtlinie 75/442/EWG hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich sei und den Mitgliedstaaten klar und eindeutig formulierte Erfolgspflichten auferlege. Die Vielzahl der Verstöße gegen alle Aspekte der kontrollierten Abfallbewirtschaftung zeigte, dass die entsprechenden Regeln und die Verwaltungspraxis nicht effektiv seien.¹⁶⁰ GA Geelhoed hatte "Effektivität" in diesem Verfahren wie folgt beschrieben: "Effektivität bedeutet hierbei, dass das System sowohl präventive als auch korrigierende Wirkung hat in dem Sinne, dass es sicherstellt, dass das faktische Ergebnis, das mit dem System erzielt werden soll, in der Praxis verwirklicht wird, d. h. dass Abfall so gesammelt, beseitigt oder verwertet wird, dass die menschliche Gesundheit und die Umwelt nicht beeinträchtigt werden. Zusätzlich muss dieses Ziel in struktureller Weise gewährleistet werden. Damit meine ich, dass der Grad der Einhaltung der Vorschriften, die diese Ziele sicherstellen sollen, so hoch ist, dass Zuwiderhandlungen als bloße Einzelercheinungen gelten können."¹⁶¹

V. Berücksichtigung kultureller Unterschiede

Als Paradebeispiel für die Berücksichtigung kultureller Unterschiede durch den EuGH gilt die Rechtssache *Estée Lauder*. Dort hatte der EuGH festgestellt, bei der Anwendung der für den Durchschnittsverbraucher geltenden Kriterien sei vor allem zu prüfen, ob soziale, kulturelle

157 GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 24.

158 EuGH, Urteil vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 *Kommission gegen Schweden*, Slg. 2002, I-4147, Tz. 22 ff. Ebenso GA Sharpston, Schlussanträge vom 18.5.2006, Rs. C-32/05 *Kommission gegen Luxemburg*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 60.

159 EuGH, Urteil vom 27.11.2003, Rs. C-185/00 *Kommission gegen Finnland*, Slg. 2003, I-14189, Tz. 102 ff.

160 EuGH, Urteil vom 26.4.2005, Rs. C-494/01 *Kommission gegen Irland*, Slg. 2005, I-3331.

161 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 23.9.2004, Rs. C-494/01 *Kommission gegen Irland*, Slg. 2005, I-3331, Tz. 81.

oder sprachliche Eigenheiten es rechtfertigen könnten, dass das für eine Hautstraffungscreme verwendete Wort "Lifting" von den deutschen Verbrauchern anders verstanden wird als von den Verbrauchern in anderen Mitgliedstaaten.¹⁶² Allerdings handelte es sich dabei in Bezug auf das Werberecht um eine Ausnahmeentscheidung. In der Rechtssache *Kommission gegen Spanien* erkannte der EuGH, dass die Tatsache, dass die Verbraucher eines Mitgliedstaats ganz bestimmte Vorstellungen von der Zusammensetzung oder den Merkmalen eines bestimmten Erzeugnisses haben, grundsätzlich Beschränkungen des freien Warenverkehrs nicht rechtfertigen könne.¹⁶³

In der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Kommission gegen Schweden* kam allerdings zum Ausdruck, dass im Bereich des Rechtsschutzes gleichartige Maßnahmen je nach Mitgliedstaat unterschiedlich beurteilt werden können.¹⁶⁴ Hinsichtlich der mit dem Anhang zur AGB-Richtlinie 93/13/EWG bezweckten Information der Betroffenen bezog sich der EuGH auf die Stellungnahme der schwedischen Regierung, wonach nach einer in Schweden und den anderen nordischen Ländern fest begründeten Rechtstradition die Gesetzgebungsmaterialien, in denen der Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG vollständig abgedruckt war, ein wichtiges Hilfsmittel für die Auslegung von Gesetzen darstellten. Diese Materialien könnten auch leicht konsultiert werden, und darüber hinaus werde die Unterrichtung der Allgemeinheit über die Klauseln, die als missbräuchlich angesehen würden oder werden könnten, auf unterschiedliche Weise – im Internet und durch Broschüren der Verbraucherbehörde – sichergestellt. Da die Kommission als Klägerin diese Aussagen nicht bestritt, wies der EuGH die Klage ab.¹⁶⁵

Allerdings unterschied insbesondere GA Geelhoed in seinen Schlussanträgen in *Kommission gegen Schweden* deutlich zwischen dem normativen Teil der AGB-Richtlinie und deren indikativ-illustrativem Teil, dem Anhang. Für den normativen Teil einer Richtlinie, und die meisten in Richtlinien enthaltenen Regelungen sind normativer Natur, dürften nach der Rechtsprechung des EuGH¹⁶⁶ jedenfalls dann, wenn Einzelnen Rechte übertragen werden sollen, strengere Anforderungen an die Klarheit der Umsetzung gelten.¹⁶⁷

Viel deutlicher noch sprach GA Ruiz-Jarabo Colomer die kulturellen Unterschiede in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Kommission gegen Rat* zum Umweltstrafrecht an:

"Das Strafrecht bietet die einzige 'wirksame, angemessene und abschreckende' Lösung bei Verhaltensweisen, die wie die in Artikel 2 des Rahmenbeschlusses genannten die Umwelt schwer beeinträchtigen, doch sind diese einmal unter Strafe gestellt, so kann die konkrete Sanktion nur in der nationalen Rechtsordnung bestimmt werden, die die für diese Aufgabe unerlässlichen Parameter enthält, da die Gemeinschaft gegenwärtig nicht über die erforderlichen Instrumente verfügt, um beurteilen zu können, wie die Umweltbelange in jedem Mitgliedstaat am besten

162 EuGH, Urteil vom 13.1.2000, Rs. C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. KG gegen Lancaster Group GmbH*, Slg. 2000, I-117, Tz. 29.

163 EuGH, Urteil vom 6.11.2003, Rs. C-358/01 *Kommission gegen Spanien*, Slg. 2003, I-13145, Tz. 52.

164 Vgl. dazu ausf. Rott, *Effective Enforcement and Different Enforcement Cultures in Europe*, in: Wilhelmsson (Hrsg.), erscheint 2007.

165 EuGH, Urteil vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 *Kommission gegen Schweden*, Slg. 2002, I-4147, Tz. 23 ff.

166 Vgl. insb. EuGH, Urteil vom 30.1.1985, Rs. 143/83 *Kommission gegen Dänemark*, Slg. 1985, 427, Tz. 11.

167 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 31.1.2002, Rs. C-478/99 *Kommission gegen Schweden*, Slg. 2002, I-4147, Tz. 46 f.

verteidigt werden, ob durch Freiheitsentzug oder durch die Beschränkung von Rechten oder durch eine finanzielle Sanktion."¹⁶⁸

F. Das Verbraucherleitbild

Da der Grundsatz der Effektivität sicherstellen soll, dass demjenigen, dem das Gemeinschaftsrecht Rechte übertragen will, die Ausübung dieser Rechte nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird, muss die Ausfüllung dieses Grundsatzes die Eigenarten des Berechtigten berücksichtigen. Für die Rolle des Effektivitätsgrundsatzes im EG-Verbraucherrecht ist daher von Bedeutung, welches Verbraucherleitbild der EuGH verfolgt.

I. Der sog. Durchschnittsverbraucher

Bekanntlich verwendet der EuGH in ständiger Rechtsprechung das Leitbild des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbrauchers.¹⁶⁹ Dies gilt allerdings im Wesentlichen in Bezug auf das Verständnis von Werbeaussagen, Etiketten oder Produktbezeichnungen. So erwartet der EuGH, dass ein Verbraucher zwischen der Größe eines Aufdrucks "+ 10 %" und der tatsächlichen Vergrößerung eines Eis-Riegels unterscheiden kann.¹⁷⁰

II. Die Rechtskenntnis des Durchschnittsverbrauchers

Die Wertungen, die der EuGH in Bezug auf die durchschnittliche Rechtskenntnis von Verbrauchern getroffen hat, sind dagegen andere. In *Océano Grupo* stellte der spanische Juzgado de Primera Instancia Nr. 35 Barcelona die Frage, ob das nationale Gericht befugt sei, die Missbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen zu prüfen. Der EuGH führte u.a. aus, dass insbesondere bei Verbrauchern, die nicht anwaltlich vertreten seien, weil dies im Vergleich zum Streitwert zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde, die nicht zu unterschätzende Gefahr bestehe, dass der Verbraucher die Missbräuchlichkeit der ihm entgegengehaltenen Klausel vor allem aus Unkenntnis nicht geltend mache.¹⁷¹ Auf diese Bewertung bezog sich der EuGH auch in *Cofidis*.¹⁷² In *Heininger* erklärte der EuGH die Regelung des Art. 5 der Richtlinie 85/577/EWG über den Beginn der Widerrufsfrist damit,

168 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 26.5.2005, Rs. C-176/03 *Kommission gegen Rat*, Slg. 2005, I-7879, Tz. 86.

169 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 6.7.1995, Rs. C-470/93 *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. gegen Mars GmbH*, Slg. 1995, I-1923, Tz. 24; EuGH, Urteil vom 16.7.1998, Rs. C-210/96 *Gut Springenheide GmbH u. Rudolf Tusky gegen Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, Slg. 1998, I-4657, Tz. 31; EuGH, Urteil vom 13.1.2000, Rs. C-220/98 *Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG gegen Lancaster Group GmbH*, Slg. 2000, I-117, Tz. 30; EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-112/99 *Toshiba Europe GmbH gegen Katun Germany GmbH*, Slg. 2001, I-7945, Tz. 52; EuGH, Urteil vom 8.4.2003, Rs. C-44/01 *Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG gegen Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, Slg. 2003, I-3095, Tz. 55. Vgl. umfassend Niemöller, Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung, 1999, 109 ff.

170 EuGH, Urteil vom 6.7.1995, Rs. C-470/93 *Verein gegen Unwesen im Handel und Gewerbe Köln e.V. gegen Mars GmbH*, Slg. 1995, I-1923.

171 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 26. Vgl. auch Schwartz, JZ 2001, 246, 247 f.

172 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 31.

dass der Verbraucher das Widerrufsrecht nicht ausüben könne, wenn es ihm nicht bekannt sei. Im weiteren Verlauf der Entscheidung wird deutlich, dass der EuGH davon ausgeht, dass man nicht erwarten darf, dass das Widerrufsrecht dem Verbraucher bekannt ist, wenn er nicht vom Gewerbetreibenden entsprechend belehrt wird.¹⁷³ In besonderem Maße gilt dies dort, wo eine Richtlinie den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten Rechte verleihen will.¹⁷⁴

Ähnliche Wertungen lassen sich im Sozialrecht finden. In *Camarotto und Vignone* erklärte der EuGH, bei der Beurteilung der Frage, ob die formalen Voraussetzungen an einen Antrag mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind, sei zu berücksichtigen, dass der Betroffene über die Pflicht zur Stellung des Antrags und die formalen Voraussetzungen nicht aufgeklärt worden sei und im Regelfall nicht von einem Rechtsanwalt oder einem Rechtsbeistand unterstützt werde.¹⁷⁵ Auch im Beihilfenrecht kommt der Unterschied zwischen einem großen Wirtschaftsunternehmen und einem Landwirt zum Tragen. In der Rechtssache *Huber* stellte GA Alber fest, dass bei einem Landwirt nicht dieselben Ansprüche an seine Pflicht zur eigenständigen Information gestellt werden können wie bei großen Wirtschaftsunternehmen im Rahmen des Wettbewerbsrechts.¹⁷⁶ Der EuGH stellte im Anschluss auf den Maßstab des "sorgfältigen Landwirts" ab.¹⁷⁷ In der Rechtssache *Housieaux* stellte GA Kokott mit Blick auf die Geltendmachung eines Rechtsbehelfs gegen das Nichtergehen eines Bescheids nach Ablauf der dafür vorgesehenen Frist fest, dass von einem Bürger, insbesondere von einem rechtsunkundigen Bürger, nicht das gleiche verlangt werden könne wie von einem Beamten der Gemeinschaften, der im Regelfall schon bei seiner Einstellung über die wichtigsten Aspekte des Dienstrechts informiert werde und überdies mit dem Behördenalltag vertraut sei. Im Normalfall werde der Antragsteller, der Zugang zu Umweltinformationen begehre, gar nicht wissen, ob und wann die Frist für eine Beantwortung seines Antrags abläuft und wann gegebenenfalls für ihn die Frist zur Einreichung etwaiger Rechtsbehelfe zu laufen beginnt.¹⁷⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der EuGH dem Leitbild des rechtsunkundigen Verbrauchers folgt, der entweder von staatlicher Seite oder aber von seinem Vertragspartner, dem Unternehmer, über seine Rechte aufgeklärt werden muss, um diese wahrnehmen zu können, und der des Schutzes durch das erkennende Gericht bedarf, insbesondere wenn er wegen der Kosten anwaltlicher Vertretung vernünftigerweise auf diese verzichtet.¹⁷⁹

Allerdings kontrastiert diese Rechtsprechung in interessanter Weise mit den Ausführungen des EuGH in den Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Niederlande und gegen Schweden, in denen der EuGH auf die Notwendigkeit hingewiesen hat, dem Verbraucher – gerade auch in grenzüberschreitenden Fällen – die Auffindung seiner Rechte in der relevanten nationalen Rechtsordnung zu ermöglichen.¹⁸⁰ Hier geht der EuGH offen-

173 Vgl. EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Georg Heiningler und Helga Heiningler gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, Tz. 45 ff.

174 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 23.5.1985 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1985, 1661, Tz. 23.

175 EuGH, Urteil vom 22.1.2001, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395, Tz. 36.

176 GA Alber, Schlussanträge vom 14.3.2002, Rs. C-336/00 *Österreich gegen Martin Huber*, Slg. 2002, I-7699, Tz. 119.

177 EuGH, Urteil vom 19.9.2002, Rs. C-336/00 *Österreich gegen Martin Huber*, Slg. 2002, I-7699, Tz. 58.

178 GA Kokott, Schlussanträge vom 27.1.2005, Rs. C-186/04 *Pierre Housieaux*, Slg. 2005, I-3299, Tz. 47.

179 Zust. Kröll, EWIR 2003, 339, 340.

180 EuGH, Urteil vom 10.5.2001, Rs. C-144/99 *Kommission gegen Niederlande*, Slg. 2001, I-3541, Tz. 18; EuGH, Urteil vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 *Kommission gegen Schweden*, Slg. 2002, I-4147, Tz. 22. Ebenso schon früher EuGH, Urteil vom 23.5.1985 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1985, 1661, Tz. 20, zur

sichtlich von einem aktiven Verbraucher aus, der nicht nur die Vorteile anderer Märkte nutzen, sondern zudem noch die dann möglicherweise einschlägigen Rechtsregeln eruieren will.¹⁸¹ Die Entscheidungen wurden in der Literatur kritisch aufgenommen.¹⁸² Allerdings war die Grundkonstellation auch eine andere als in *Grupo Océano*, *Heininger* oder *Cofidis*, denn es ging nicht um die Beschneidung oder Gewährleistung der Rechte des Verbrauchers im konkreten Verfahren, sondern um die Transparenz der Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG. Der Schutz des rechtsunkundigen Verbrauchers und die Transparenz des Rechts für den Verbraucher, der sich informieren möchte, sind voneinander zu unterscheiden.

III. Der verwundbare Verbraucher

Die obigen Ausführungen dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Gemeinschaftsrecht keinen einheitlichen Verbraucherbegriff verwendet. Vielmehr erkannte der EuGH schon in seinem Urteil in der Rechtssache *Buet* im Jahre 1989 an, dass es weniger gebildete Verbraucher gibt, die gerade dann erhöhten Schutzes bedürfen, wenn ihnen Produkte verkauft werden sollen, die ihren Bildung betreffen.¹⁸³ Auch im Recht der unlauteren Geschäftspraktiken der Richtlinie 2005/29/EG gilt, dass Geschäftspraktiken, die sich an besonders verwundbare Verbrauchergruppen richten, am Maßstab eines durchschnittlichen Vertreters dieser Gruppe zu messen sind. Erwägungsgrund (19) dieser Richtlinie lautet: "Sind Verbraucher aufgrund bestimmter Eigenschaften wie Alter, geistige oder körperliche Gebrechen oder Leichtgläubigkeit besonders für eine Geschäftspraxis oder das ihr zugrunde liegende Produkt anfällig und wird durch diese Praxis voraussichtlich das wirtschaftliche Verhalten nur dieser Verbraucher in einer für den Gewerbetreibenden vernünftigerweise vorhersehbaren Art und Weise wesentlich beeinflusst, muss sichergestellt werden, dass diese entsprechend geschützt werden, indem die Praxis aus der Sicht eines Durchschnittsmitglieds dieser Gruppe beurteilt wird." Schließlich zeigte auch der erste Vorschlag für eine neue Verbraucherkredit-Richtlinie¹⁸⁴ mit seiner damals geplanten Regelung für eine verantwortungsvolle Kreditvergabe, dass die Kommission den Schutz von Verbrauchern beabsichtigte, die nicht in aufmerksamer und verständiger Weise mit ihren finanziellen Angelegenheiten umzugehen vermögen.¹⁸⁵

G. Keine Belohnung für Rechtsbruch

Ein Thema, das in vielerlei Facetten in der Rechtsprechung des EuGH immer wieder eine Rolle gespielt hat, ist die Sanktionierung der Verletzung von Gemeinschaftsrecht in der Form, dass der Verletzer nicht noch durch für ihn günstige Verfahrensregeln privilegiert werden soll. Dabei ging es zunächst um Verletzungen des Gemeinschaftsrechts durch die Mitgliedstaaten selbst. Diese Erwägung brachte etwa GA Mancini in der Rechtssache *San Giorgio* zum Ausdruck. Dort heißt es: "Ich will lediglich hervorheben, dass es nicht gerechtfertigt ist, den

Intransparenz der nicht ausdrücklichen Umsetzung der Richtlinien 77/452/EWG und 77/453/EWG über die gegenseitige Anerkennung der Diplome etc. von Krankenschwestern und Krankenpflegern.

181 Vgl. auch die Anmerkung von Micklitz, EWS 2001, 486, 488.

182 Vgl. insb. Pfeiffer, EuZW 2002, 467 f.

183 EuGH, Urteil vom 16.5.1989, Rs. 382/87 R. *Buet und SARL Educational Business Services gegen Ministère Public*, Slg. 1989, 1235, Tz. 13.

184 KOM(2002) 443 endg.

185 Vgl. dazu Rott, BKR 2003, 851 ff.

zu belohnen, der das Recht verletzt, und dementsprechend den zu bestrafen, der wohl oder übel Opfer dieser Rechtsverletzung ist".¹⁸⁶ Auch in *Emmott* machte der EuGH deutlich, dass sich ein säumiger Mitgliedstaat, der eine Richtlinie verspätet umgesetzt hat, bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Umsetzung nicht auf die Verspätung einer Klage berufen könne, die ein einzelner zum Schutz der ihm durch die Bestimmungen dieser Richtlinie verliehenen Rechte gegen diesen Mitgliedstaat erhoben hat.¹⁸⁷ Dieselbe Erwägung liegt dem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch i.S.d. Urteils in der Rechtssache *Francovich* zugrunde.¹⁸⁸

Der EuGH hat diesen Gedanken später auf die Verletzung von Pflichten durch Gewerbetreibende übertragen. Ein Anwendungsbeispiel bietet grundsätzlich die Beteiligung eines Gewerbetreibenden an einem Kartell.¹⁸⁹ Der Gedanke findet aber auch im Verbraucherrecht Anwendung. Dies wird in *Heininger* deutlich, wenn der EuGH mit Blick auf das Bedürfnis nach Rechtssicherheit argumentiert, dass Kreditinstitute diesem Bedürfnis ohne Schwierigkeit dadurch Rechnung tragen könnten, dass sie ihrer Obliegenheit zur Belehrung des Verbrauchers nachkommen.¹⁹⁰ Noch deutlicher wurde GA Léger: "Eine Befristung zuzulassen, wäre eine Lösung, die den Gewerbetreibenden in seinem nachlässigen Verhalten gegenüber dem Verbraucher bestärken könnte".¹⁹¹ Auch in *Crailsheimer Volksbank* spielte der Sanktionsgedanke eine Rolle, wenn GA Léger die Auffassung vertrat, dass der Verbraucher nicht für Darlehenszinsen einzustehen habe, die nach Ablauf der regulären Widerrufsfrist angefallen sind und ausschließlich darauf beruhen, dass die Bank den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht belehrt hat.¹⁹²

In der Rechtsprechung des EuGH kommt auch zum Ausdruck, dass derjenige keinen Vertrauensschutz genießt, der sich zwar im Recht glaubt, sich aber auch darüber im Klaren ist, dass dies nicht unstrittig ist. Dies gilt sowohl für Mitgliedstaaten¹⁹³ als auch für Private. In der Rechtssache *Peter* hatte ein Milchbauer die ihm zugeteilte Quote in der Hoffnung überschritten, dass eine Klage gegen die seiner Auffassung nach zu geringe Zuteilung Erfolg haben würde. Als es anders kam, beantragte er den Erlass der mit der unzulässigen Überschreitung verbundenen Abgabe. Der EuGH stellte fest, dass in einem solchen Fall ein Erlass nicht in Betracht komme, denn der Erzeuger sei dadurch, dass er über die ihm zugeteilte Menge hinaus Milch geliefert hat, ein Risiko eingegangen, das er von Anfang an kannte und dessen Folgen er zu tragen habe.¹⁹⁴

186 GA Mancini, Schlussanträge vom 27.9.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, 3627 f. Zust. Waelbroeck, Cah. dr. eur. 1985, 37, 46.

187 EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 23.

188 EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357.

189 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 31.

190 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Georg Heininger und Helga Heininger gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, Tz. 47.

191 GA Léger, Schlussanträge vom 12.7.2001, Rs. C-481/99 *Georg Heininger und Helga Heininger gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, Tz. 64.

192 GA Léger, Schlussanträge vom 2.6.2005, Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Franz Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 76.

193 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 12.10.2000, Rs. C-372/98 *The Queen gegen Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte J. H. Cooke & Sons*, Slg. 2000, I-8683, Tz. 44 f.

194 EuGH, Urteil vom 27.5.1993, Rs. C-290/91 *Johannes Peter gegen Hauptzollamt Regensburg*, Slg. 1993, I-2981, Tz. 15.

Noch weiter geht vielleicht die Rechtsprechung des EuGH zur Rückforderung nicht angezeigter Beihilfen. Hier ging es regelmäßig darum, ob Unternehmen, die eine Beihilfe erhalten hatten, die der entsprechende Mitgliedstaat nicht, wie von Art. 93 (3) EWGV a.F. verlangt, zuvor der Kommission angezeigt hatte, Vertrauensschutz genossen, so dass die zu Unrecht gezahlte Beihilfe nicht zurückerstattet werden musste. Dies lehnte der EuGH ab.¹⁹⁵ GA Darmon erläuterte, dass jedes Unternehmen, das staatliche Beihilfen erhält, sich darüber im Klaren sein müsse, dass eine solche Beihilfe der Kommission vorher angezeigt werden muss und dass in Ermangelung einer Anzeige die Rückerstattung der Beihilfe verlangt werden kann. Somit könne bei dem Empfänger einer nicht angezeigten Beihilfe kein berechtigtes Vertrauen entstehen. Er sei zur Vorsicht, Wachsamkeit und Zurückhaltung verpflichtet. Unterlasse der Empfänger jegliche Prüfung hinsichtlich der Anzeige der streitigen Beihilfe, könne er sich nicht wirksam auf sein berechtigtes Vertrauen berufen.¹⁹⁶ Aus demselben Grund könne sich der Begünstigte, der die empfangene Beihilfe bereits verbraucht habe, auch nicht auf den Wegfall der Bereicherung gem. § 818 Abs. 3 BGB berufen.¹⁹⁷ Im Ergebnis wird hier ein Einstehen für den Rechtsbruch Dritter, von dem der Unternehmer profitiert, entwickelt, um das gemeinschaftsrechtliche System der Kontrolle von Beihilfen zu gewährleisten.

Ähnliche Grundsätze entwickelte der EuGH in *Oelmühle Hamburg* im Zusammenhang mit dem Vertrauen eines Händlers auf falsche Handelsdokumente, die einen bestimmten Warenursprung bescheinigen. Hier kommt nach der Rechtsprechung des EuGH – im ausdrücklichen Gegensatz zu den Beihilfefällen – ein Wegfall der Bereicherung in Betracht, wenn keinerlei Regressmöglichkeit gegenüber den Letztempfängern der Beihilfe bestehe.¹⁹⁸ Der EuGH urteilte aber in der Rechtssache *Faroe Seafood*, dass ein Verzicht auf Nachforderungen nur in Betracht komme, wenn der Antragsteller den Irrtum nicht hätte erkennen können. Dabei müsse sich dieser bei Zweifeln über die richtige Bestimmung des Warenursprungs informieren und weitestgehend Aufschluss darüber verschaffen, ob die Zweifel berechtigt sind.¹⁹⁹ Der Unterschied zwischen dem Beihilferecht und dem unberechtigten Erhalt von Beihilfen aus Gemeinschaftsmitteln besteht nach Auffassung des EuGH insbesondere darin, dass das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im letzteren Fall ausscheidet.²⁰⁰

195 EuGH, Urteil vom 2.2.1989, Rs. 94/87 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1989, 175. Ebenso EuGH, Urteil vom 20.9.1990, Rs. C-5/89 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Tz. 14 f.; EuG, Urteil vom 13.9.1995, verb. Rs. T-244/93 und T-486/93 *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH gegen Kommission*, Slg. 1995, II-2265, Tz. 69.

196 GA Darmon, Schlussanträge vom 29.11.1988, Rs. 94/87 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1989, 175, Tz. 18.

197 Vgl. EuGH, Urteil vom 20.3.1997, Rs. C-24/95 *Land Rheinland-Pfalz gegen Alcan Deutschland GmbH*, Slg. 1997, I-1591, Tz. 50.

198 Vgl. EuGH, Urteil vom 16.7.1998, Rs. C-298/96 *Oelmühle Hamburg AG und Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG gegen Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, Slg. 1998, I-4767, Tz. 31 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 19.9.2002, Rs. C-336/00 *Österreich gegen Martin Huber*, Slg. 2002, I-7699, Tz. 58.

199 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 14.5.1996, verb. Rs. C-153/94 und C-204/94 *The Queen gegen Customs & Excise, ex parte Faroe Seafood Co., Føroya Fiskasøla L/F und Commissioners of Customs & Excise, ex parte John Smith und Celia Smith, handelnd unter der Firma Arthur Smith*, Slg. 1996, I-2465, Rdnr. 99 f. Ähnlich EuGH, Urteil vom 16.7.1998, Rs. C-298/96 *Oelmühle Hamburg AG und Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG gegen Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, Slg. 1998, I-4767, Tz. 29 f.

200 EuGH, Urteil vom 16.7.1998, Rs. C-298/96 *Oelmühle Hamburg AG und Jb. Schmidt Söhne GmbH & Co. KG gegen Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, Slg. 1998, I-4767, Tz. 37.

Teil 3: Einzelheiten zum Effektivitätsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH

In diesem Teil wird die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz im Detail aufgearbeitet. Parallele Fragestellungen, die vom EuGH noch nicht angesprochen wurden, aber in der Literatur diskutiert werden, bleiben hier noch ausgespart. Diese werden erst bei der Anwendung der Rechtsprechung des EuGH auf das deutsche Verbraucherrecht thematisiert.

Die Studie bemüht sich um eine Systematisierung von Fragestellungen aus sehr unterschiedlichen Rechtsgebieten. Die Einteilung folgt dabei eher der Rechtsprechung des EuGH als der deutschen Klassifizierung von Rechtsfragen.

A. Ausschluss- und Verjährungsfristen sowie Präklusionsvorschriften

Obwohl Verjährungs- und Ausschlussfristen praktisch zum vollständigen Verlust vom Gemeinschaftsrecht gewährter Rechte führen, sind diese selbstverständlich nicht generell unzulässig.

I. Fristdauer

Schon in *Rewe* und *Comet* formulierte der EuGH, von der Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung lasse sich nicht sagen, dass sie die Rechtsverfolgung praktisch unmöglich machten. Die Festsetzung solcher Fristen für die Rechtsverfolgung im abgabenrechtlichen Bereich sei ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit, das zugleich den Abgabepflichtigen und die Behörde schütze.²⁰¹ Die konkreten Fristen finden im Urteil nicht einmal Erwähnung.

In der Folge erging eine Reihe von Entscheidungen, in denen sich Aussagen zu konkreten Fristen finden,²⁰² allerdings meist ohne nähere Begründung.²⁰³

Eine dänische Ausschlussfrist von fünf Jahren in Steuerangelegenheiten akzeptierte der EuGH in der Rechtssache *Haahr Petroleum*.²⁰⁴

Auch eine Frist von mindestens vier Jahren nach französischem Abgabenrecht sah er in *Roquette Frères* als angemessen an.²⁰⁵

201 EuGH, Urteile vom 16.12.1976, Rs. 33/76 *Rewe-Zentralfinanz eG und Rewe-Zentral AG gegen Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Slg. 1976, 1989, Tz. 5, und Rs. 45/76 *Comet BV gegen Produktschap voor Siergewassen*, Slg. 1976, 2043, Tz. 11-18. Vgl. auch GA Reischl, Schlussanträge vom 16.2.1978, Rs. 106/77 *Staatliche Finanzverwaltung gegen Simmenthal SpA*, Slg. 1978, 647, 657.

202 Vgl. dazu auch die Zusammenfassung in den Schlussanträgen von GA Ruiz-Jarabo Colomer vom 11.5.2000, Rs. C-88/99 *Roquette Frères SA gegen Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, Slg. 2000, I-10465, Tz. 30.

203 Vgl. dazu die Kritik von GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.12.2003, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 24 f. Krit. auch Metzger, ZEuP 2004, 154, 163.

204 EuGH, Urteil vom 17.7.1997, Rs. C-90/94 *Haahr Petroleum Ltd. gegen Åbenrå Havn u.a.*, Slg. 1997, I-4085, Tz. 49. Vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge vom 27.2.1997, Tz. 152 ff. Bestätigt durch EuGH, Urteil vom 2.12.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 48.

In *Besson et Salson* akzeptierte der EuGH ausdrücklich eine Drei-Jahres-Frist des französischen Rechts für die Erstattung von Eingangs- und Ausfuhrabgaben.²⁰⁶ Diese Rechtsprechung bestätigte der EuGH im September 1998 in den Urteilen *Edis, Spac* und *Ansaldo Energia*.²⁰⁷

In den verbundenen Rechtssachen *Fingruth und Retter* ging es u.a. um eine Ausschlussfrist von einem Jahr, innerhalb derer eine auf Lebenszeit ernannte Beamtin der EG nach luxemburgischen Recht entscheiden musste, ob ihre im nationalen Verwaltungsdienst erworbenen Pensionsansprüche auf die EG übertragen werden sollten. GA Darmon betonte, dass es darauf ankomme, dass die für die Ausübung des Rechts auf Übertragung festgelegte Frist so ausreichend bemessen sei, dass der Beamte die Möglichkeit hat, sich eine Meinung zu bilden und seine Entscheidung in voller Kenntnis der Sachlage zu treffen.²⁰⁸ Die konkrete Frist von einem Jahr sah er dazu als grundsätzlich ausreichend an.

Ein Jahr betrug auch die Frist in *Palmisani*, in der Personen, deren Unternehmen in Konkurs gegangen war und die aufgrund des Urteils in *Francovich* einen Schadensersatzanspruch gegen die Republik Italien hatten, diesen Anspruch nach Inkrafttreten des entsprechenden Umsetzungsgesetzes geltend machen mussten. Der EuGH konnte nicht erkennen, dass diese Frist die Einreichung einer Schadensersatzklage besonders schwierig oder gar in der Praxis unmöglich mache.²⁰⁹ GA Cosmas meinte, nach der allgemeinen Erfahrung sei ein Zeitraum von zwölf Monaten angemessen und ausreichend, damit eine sorgfältig handelnde Partei ihre Rechte wahrnehmen kann.²¹⁰

In der Rechtssache *Cash & Carry* vertrat GA Ruiz-Jarabo Colomer die Auffassung, eine nach Jahren bemessene Frist ermögliche offenkundig die tatsächliche Ausübung der von der gemeinschaftlichen Rechtsordnung anerkannten Rechte, so dass dies keine weiteren Begründung bedürfe. Dagegen sei die Beurteilung der Sachdienlichkeit bei kürzeren, in

205 Urteil vom 28.11.2000, Rs. C-88/99 *Roquette Frères SA gegen Direction des services fiscaux du Pas-de-Calais*, Slg. 2000, I-10465, Tz. 24.

206 EuGH, Urteil vom 9.11.1989, Rs. 386/87 *Société Bessin et Salson gegen Administration des Douanes et Droits Indirects*, Slg. 1989, 3551, Tz. 17.

207 EuGH, Urteile vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 1998, I-4951, Tz. 35; Rs. C-260/96 *Ministero delle Finanze gegen Spac SpA*, Slg. 1998, I-4997, Tz. 19; und verb. Rs. C-279/96, C-280/96 und C-281/96 *Ansaldo Energia SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato u.a.*, Slg. 1998, I-5025, Tz. 18. Ebenso EuGH, Urteil vom 17.11.1998, Rs. C-228/96 *Aprile Srl in liquidazione gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1998, I-7141, Tz. 19; EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 26; EuGH, Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-62/00 *Marks & Spencer plc gegen Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2002, I-6325, Tz. 35; EuGH, Urteil vom 10.9.2002, verb. Rs. C-216/99 und C-222/99 *Riccardo Prisco Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato und Ministero delle Finanze gegen CASER SpA*, Slg. 2002, I-6761, Tz. 69; EuGH, Urteil vom 24.9.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 34. Ebenso GA Jacobs, Schlussanträge vom 9.3.1995, Rs. C-62/93 *BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki Kai Antioprossopeion gegen Griechenland*, Slg. 1995, I-1883, Tz. 54.

208 GA Darmon, Schlussanträge vom 5.7.1988, verb. Rs. 129/87 und 130/87 *Eva Fingruth gegen Caisse de pension des employés privés und Caisse de pension des employés privés gegen François Retter*, Slg. 1988, 6121, Tz. 12.

209 EuGH, Urteil vom 10.7.1997, Rs. C-261/95 *Rosalba Palmisani gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 1997, I-4025, Tz. 29.

210 GA Cosmas, Schlussanträge vom 23.1.1997, Rs. C-261/95 *Rosalba Palmisani gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 1997, I-4025, Tz. 32.

Monaten oder Tagen bemessenen Frist weniger eindeutig, was eine Begründung erforderlich mache.²¹¹

Eine Ausschlussfrist von sechs Monaten sah der EuGH in der Rechtssache *Shirley Preston* als ausreichend für die Geltendmachung des Anspruchs auf Anschluss an ein Betriebsrentensystem an.²¹²

Um eine Frist von 90 Tagen ging es in der Rechtssache *Cash & Carry*. Diese war allerdings von dem Zeitpunkt an zu rechnen, an dem die Zahlungsfrist aus dem Abgabenbescheid ablief, so dass die Frist letztlich doch ca. 5 ½ Monate von der Zustellung des Abgabenbescheids.²¹³ Die so berechnete Frist beanstandete der EuGH nicht.²¹⁴

Auch eine Frist von 60 Tagen ab Klageeinreichung für das Vorbringen eines neuen rechtlichen Gesichtspunkts hielt der EuGH in der Rechtssache *Peterbroeck* grundsätzlich für unbedenklich.²¹⁵ Dasselbe gilt nach dem Urteil des EuGH in *Santex* grundsätzlich für eine nationale Frist zur Anfechtung vergaberechtlicher Entscheidungen.²¹⁶

Auch in der Rechtssache *Pflücke* stand eine Frist von zwei Monaten nach deutschem Recht für den Antrag auf Zahlung von Konkursausfallgeld in Rede. Der EuGH hielt diese Frist nur deshalb für mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar, weil eine Verlängerung für den Fall vorgesehen war, dass der Arbeitnehmer aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen an der Antragstellung gehindert war. In diesem Fall musste das Konkursausfallgeld binnen zwei Monaten nach Wegfall des Hindernisses beantragt werden. Auch insoweit verlangte der EuGH aber, dass die zuständigen Stellen "nicht übermäßig streng" beurteilen dürften, ob der Betroffene sich mit der erforderlichen Sorgfalt um die Durchsetzung seiner Ansprüche bemüht hat.²¹⁷

In *Pearle u.a.* erachtete GA Ruiz-Jarabo Colomer eine Frist von einem Monat, während der eine Satzung, mit der eine umstrittene Beihilferegelung eingeführt worden war, für ausreichend. Er fügte allerdings hinzu, dass die Kläger vermutlich über die Erarbeitung der Satzung informiert gewesen seien, da sie seinerzeit Mitglied der Vereinigung waren, die sich für die Satzung einsetzte.²¹⁸

In der vergaberechtlichen Rechtssache *Universale-Bau* akzeptierte der EuGH sogar eine Ausschlussfrist von zwei Wochen als mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar. Art. 1 (1) der relevanten Richtlinie 89/665/EWG verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch überprüft werden

211 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.12.2003, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 28.

212 EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 34.

213 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.12.2003, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 39.

214 *Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 21.

215 EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 16.

216 EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 55.

217 EuGH, Urteil vom 18.9.2003, Rs. C-125/01 *Peter Pflücke gegen Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 2003, I-9375, Tz. 42 ff.

218 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.3.2004, Rs. C-345/02 *Pearle BV u.a. gegen Hoofbedrijf-schap Ambachten*, Slg. 2004, I-7139, Tz. 51 f.

können.²¹⁹ Wie die Schlussanträge von GA Alber verdeutlichen, spielte dieser letzte Aspekt der möglichst raschen Überprüfung eine wichtige Rolle. Auch GA Alber hielt eine Ausschlussfrist von zwei Wochen für vertretbar, stellte diese aber in einen Zusammenhang mit der zu wählenden Form, insbesondere damit, ob die Anfechtung der behördlichen Entscheidung auch per Fax oder E-Mail eingereicht werden konnte.²²⁰ Ebenso akzeptierte der EuGH in *Universale-Bau* eine Vorschrift des österreichischen Vergaberechts, nach der ein Bieter nach Ablauf einer Frist von zwei Wochen mit seinem Vorbringen präkludiert war. Auch insoweit berief sich der EuGH auf das in der Richtlinie 89/665/EWG selbst verankerte Gebot der raschen Überprüfung der Entscheidung der Vergabebehörde.²²¹ Gerade im Vergaberecht ist nach den Schlussanträgen von GA Alber in *Santex* auch der Schutz des Vertrauens der Konkurrenten in den regelgerechten Ablauf bereits durchlaufener Verfahrensabschnitte zu berücksichtigen.²²²

Ein für das Verbraucherrecht bedeutsames Gegenbeispiel stellt die Rechtssache *Cofidis* dar. Hier urteilte der EuGH, eine Ausschlussfrist von zwei Jahren, nach der ein Verbraucher sich nicht mehr auf die Missbräuchlichkeit einer Klausel berufen und ein Gericht diese nicht mehr von Amts wegen feststellen dürfe, verstoße gegen den Effektivitätsgrundsatz. Dabei grenzte er den vorliegenden Fall klar von den oben genannten Rechtssachen, insbesondere den Rechtssachen *Rewe* und *Palmisani* ab, die lediglich das Ergebnis von Einzelfallbeurteilungen seien, die unter Berücksichtigung des gesamten tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs der jeweiligen Rechtssache vorgenommen worden seien und nicht automatisch auf andere Bereiche als die übertragen werden könnten, in deren Rahmen sie getroffen wurden.²²³ Maßgeblich in *Cofidis* war insbesondere die Erwägung, dass missbräuchliche Klauseln erst dann praktisch relevant werden, wenn ein Gewerbetreibender ein Verfahren gegen einen Verbraucher anstrengt. Gälte eine Ausschlussfrist der beschriebenen Art, so bräuchte ein Gewerbetreibender, um dem Verbraucher den Schutz der AGB-Richtlinie 93/13/EWG zu nehmen, nur den Ablauf der vom nationalen Gesetzgeber festgelegten Frist abzuwarten, um sodann Klage zur Durchsetzung der weiter in ihren Vorträgen verwendeten missbräuchlichen Klauseln zu erheben.²²⁴ Dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, der bei den oben angesprochenen Fristen des Abgabenrechts oder auch des Sozialrechts eine entscheidende Rolle spielte, maß insbesondere GA Tizzano wenig Bedeutung bei, allerdings mit der etwas schiefen Erwägung, die Richtlinie solle doch den Verbraucher und nicht den Gewerbetreibenden schützen.²²⁵ Eher tragend ist wohl die Begründung, dass der Verbraucher nach den insbesondere in *Heininger* und in *Océano Grupo*

219 EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG u.a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, Slg. 2002, I-11617, Tz. 76 f.

220 GA Alber, Schlussanträge vom 8.11.2001, Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG u.a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, Slg. 2002, I-11617, Tz. 71 f.

221 EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG u.a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, Slg. 2002, I-11617, Tz. 78.

222 GA Alber, Schlussanträge vom 7.2.2002, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 101.

223 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 37. Dieselbe Frage tauchte in der Rs. C-264/02 *Cofinoga Mérignac SA gegen Sylvain Sachithanathan*, Slg. 2004, I-2157, auf, musste aber vom EuGH nicht beantwortet werden.

224 *Ibid.*, Tz. 35. Vgl. zu ähnlichen Erwägungen, denen der EuGH allerdings nicht folgte, auch GA Léger, Schlussanträge vom 14.1.2003, Rs. C-78/01 *Bundesverband Güterkraftverkehr und Logistik eV (BGL) gegen Deutschland*, Slg. 2003, I-9543, Tz. 56.

225 GA Tizzano, Schlussanträge vom 18.4.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 62.

deutlich gewordenen Wertungen des EG-Verbraucherrechts²²⁶ das rechtliche Problem nicht kennt oder erkennt, bevor es durch eine vom Gewerbetreibenden erhobene Klage offenbar wird.²²⁷

II. Fristbeginn

Der Fristbeginn war implizit Gegenstand von Verfahren, in denen Mitgliedstaaten nach Erlass eines für sie ungünstigen Urteils des EuGH durch die rückwirkende Einführung von Verjährungsfristen versucht hatten, Ansprüchen von Geschädigten, von denen zu Unrecht Abgaben erhoben waren, zu entgehen.²²⁸ Dass ein solches Vorgehen bei echter Rückwirkung gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt, ist offensichtlich. Hingegen kann eine bloße Verkürzung, die noch hinreichend Zeit für die Geltendmachung von Ansprüchen belässt, zulässig sein.²²⁹ Eine Übergangsvorschrift von 90 Tagen vor der rückwirkenden Anwendung einer Antragsfrist von drei Jahren, die an die Stelle einer Antragsfrist von zehn oder fünf Jahren tritt, beurteilte der EuGH in *Grundig Italiana* allerdings als "offenkundig unzureichend". Den Abgabepflichtigen, die die gewöhnliche Sorgfalt anwenden, müsse erlaubt werden, Kenntnis von der neuen Regelung zu nehmen und ihren Antrag unter Voraussetzungen vorzubereiten und zu stellen, die ihre Erfolgschancen nicht beeinträchtigten. Bei vernünftiger Betrachtungsweise sei die notwendige Mindestübergangszeit bei vernünftiger Betrachtung mit sechs Monaten anzusetzen.²³⁰ GA Ruiz-Jarabo Colomer hatte in seinen Schlussanträgen kein konkretes Ergebnis vorgeschlagen²³¹ und wollte auch später in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Cash & Carry* dem Urteil des EuGH in *Grundig Italiana* keine allgemeine und objektive Leitlinie entnehmen.²³²

Etwas weniger offensichtlich, aber immer noch hinreichend deutlich war die Konstellation in der Rechtssache *Emmott*. Hier hatte die Republik Irland eine Richtlinie verspätet umgesetzt, sich anschließend aber gegenüber Theresa Emmott darauf berufen, sie hätte spätestens nach Klärung der Rechtslage durch den EuGH aufgrund der unmittelbaren Wirkung dieser Richtlinie schon vor ihrer Umsetzung ihre Rechte einklagen können. Mittlerweile sei ihre Klage deshalb verjährt. Dieser Sichtweise trat der EuGH mit deutlichen Worten entgegen:

"Solange nämlich eine Richtlinie nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt wurde, sind die einzelnen nicht in die Lage versetzt worden, in vollem Umfang von ihren Rechten Kenntnis zu erlangen. Dieser Zustand der Unsicherheit für die einzelnen dauert auch nach dem Erlass eines Urteils an, in dem der Gerichtshof die Ansicht vertreten hat, daß der betroffene Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen aus der Richtlinie nicht nachgekommen ist, selbst wenn der Gerichtshof

226 Vgl. supra, Teil 2, F. II.

227 Vgl. auch Metzger, ZEuP 2004, 154, 161.

228 Vgl. dazu auch Micklitz, WM 2005, 536, 542.

229 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 11.7.2002, Rs. C-62/00 *Marks & Spencer plc gegen Commissioners of Customs & Excise*, Slg. 2002, I-6325, Tz. 35 ff.; EuGH, Urteil vom 24.9.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 37.

230 EuGH, Urteil vom 24.9.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 40 f.

231 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 14.3.2002, Rs. C-255/00 *Grundig Italiana SpA gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 2002, I-8003, Tz. 31.

232 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.12.2003, Rs. C-30/02 *Recheio Cash & Carry SA gegen Fazenda Pública/Registro Nacional de Pessoas Colectivas*, Slg. 2004, I-6051, Tz. 31.

festgestellt hat, daß die eine oder andere Bestimmung der Richtlinie hinreichend genau und unbedingt ist, um vor den nationalen Gerichten in Anspruch genommen werden zu können.

Nur die ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie beendet diesen Zustand der Unsicherheit, und erst mit dieser Umsetzung wird die Rechtssicherheit geschaffen, die erforderlich ist, um von den einzelnen verlangen zu können, daß sie ihre Rechte geltend machen.

Hieraus folgt, daß sich der säumige Mitgliedstaat bis zum Zeitpunkt der ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie nicht auf die Verspätung einer Klage berufen kann, die ein einzelner zum Schutz der ihm durch die Bestimmungen dieser Richtlinie verliehenen Rechte gegen ihn erhoben hat, und daß eine Klagefrist des nationalen Rechts erst zu diesem Zeitpunkt beginnen kann."²³³

Erschwerend kam in *Emmott* dazu, dass die irischen Behörden ihr gegenüber geäußert hatten, sie könnten keine Entscheidung treffen, bevor nicht der irische High Court über die Zulässigkeit der Klage entschieden habe. Dass ein derartiges, die Klageerhebung verzögerndes Verhalten der Gegenseite eine Rolle spielt, betonte insbesondere GA Mischo in seinen Schlussanträgen.²³⁴

Aufgrund dieser Besonderheiten blieb das Urteil in *Emmott* auch zunächst ein Einzelfall. In späteren Urteilen, beginnend mit der Rechtssache *Steenhorst-Neerings*, in denen es um eine Beschränkung der Rückwirkung einer Entscheidung und damit um eine Beschränkung der rückwirkenden Zahlungen ging, akzeptierte der EuGH die entsprechenden nationalen Regelungen.²³⁵ Auch für den Fall der zu späten Aufhebung einer dem EG-Vertrag widersprechenden nationalen Vorschrift lehnte der EuGH in *Haahr Petroleum* die Übertragung der in *Emmott* aufgestellten Grundsätze ausdrücklich ab.²³⁶ GA Jacobs erläuterte in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache *Fantask* die Besonderheiten der Rechtssache *Emmott* noch einmal und stellte mit Blick auf die Grundsätze der Billigkeit und des guten Glaubens das kumulative Erfordernis der verspäteten Umsetzung der Richtlinie und der Erschwerung der Ausübung eines auf die Richtlinie gestützten Rechtsbehelfs, insbesondere

233 EuGH, Urteil vom 25.7.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 21 bis 23 (Hervorhebung durch den Verf.). Vgl. auch GA Jacobs, Schlussanträge vom 9.3.1995, Rs. C-62/93 *BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki Kai Antioprossopeion gegen Griechenland*, Slg. 1995, I-1883, Tz. 59 f. Zur umgekehrten Konstellation der Rückforderung einer Beihilfe vgl. insb. GA Darmon, Schlussanträge vom 8.5.1990, Rs. C-5/89 *Kommission gegen Deutschland*, Slg. 1990, I-3437, Tz. 29 ff.

234 GA Mischo, Schlussanträge vom 23.4.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 34. Vgl. im Kontext der Rückforderung von Beihilfen auch EuGH, Urteil vom 21.3.1991, Rs. C-303/88 *Italien gegen Kommission*, Slg. 1991, I-1433, Tz. 43.

235 Grundlegend EuGH, Urteil vom 27.10.1993, Rs. C-338/91 *H. Steenhorst-Neerings gegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Husivrouwen*, Slg. 1993, I-5475, m. krit. Anm. Sohrab, CMLRev. 31 (1994), 875, 881 ff. Ebenso EuGH, Urteil vom 6.12.1994, Rs. C-410/92 *Elsie Rita Johnson gegen Chief Adjudication Officer*, Slg. 1994, I-5483; EuGH, Urteil vom 23.11.1995, Rs. C-394/93 *Gabriel Alonso-Perez gegen Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 1995, I-4101, Tz. 30 (gegen die Schlussanträge von GA Léger vom 13.12.1994, *ibid.*, Tz. 58 ff.). Vgl. zur zweifelhaften Differenzierung zwischen Ausschluss- und Verjährungsfristen einerseits und der Beschränkung der Rückwirkung andererseits GA Jacobs, Schlussanträge vom 26.6.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 74.

236 EuGH, Urteil vom 17.7.1997, Rs. C-90/94 *Haahr Petroleum Ltd. gegen Åbenrå Havn u.a.*, Slg. 1997, I-4085, Tz. 52 f.; ebenso Urteil vom 17.7.1997, verb. Rs. C-144/95 und C-115/95 *Texaco A/S gegen Middelfart Havn u.a. und Olieselskabet Danmark amba gegen Trafikministeriet u.a.*, Slg. 1997, I-4263, Tz. 48 f.; EuGH, Urteil vom 2.12.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 49 f.

durch Verhalten der nationalen Behörden, auf.²³⁷ In *Edis, Spac* und *Ansaldo Energia* akzeptierte der EuGH dann, dass eine dreijährige Ausschlussfrist des italienischen Abgaberechts zu laufen begann, obwohl die entsprechende EG-Richtlinie zu diesem Zeitpunkt noch nicht ordnungsgemäß in nationales Recht umgesetzt war.²³⁸

Hingegen lag in *Levez* wieder eine Situation vor, in der aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine Begrenzung des Anspruchs auf Zahlung eines rückständigen Arbeitsentgelts als unzulässig zu werten war. Hier hatte die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmerin über das Gehalt ihrer männlichen Kollegen getäuscht und sie dadurch daran gehindert, ihr Recht auf gleiches Entgelt geltend zu machen. Der EuGH erklärte, dass die Anwendung einer Verjährungsvorschrift in diesem Fall die Erlangung von rückständigem Arbeitsentgelt praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren könne, das wegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht gezahlt wurde. Sie laufe darauf hinaus, die Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch einen Arbeitgeber, der durch eine Täuschung die Verspätung der Klage seines Beschäftigten zur Durchsetzung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts verursacht hat, zu begünstigen.²³⁹ Aus ähnlichen Gründen lehnte der EuGH in der Rechtssache *Santex* die Vereinbarkeit einer an sich zulässigen vergaberechtlichen Ausschlussfrist von 60 Tagen mit dem Effektivitätsgrundsatz ab. Die Vergabebehörde hatte nämlich die streitige Klausel den Betroffenen im für den Fristbeginn maßgeblichen Zeitpunkt der Ausschreibung zur Kenntnis gebracht, durch ihr Verhalten aber eine Ungewissheit hinsichtlich der Auslegung dieser Klausel geschaffen und diese Ungewissheit erst durch die Ausschlussentscheidung beseitigt. Zu diesem Zeitpunkt war die Frist zur Klage gegen die Ausschreibung bereits abgelaufen, so dass dem Bieter jede Möglichkeit genommen war, die Unvereinbarkeit dieser Auslegung mit dem Gemeinschaftsrecht gerichtlich geltend zu machen.²⁴⁰ GA Alber zog hier die Hemmung oder Unterbrechung der Ausschlussfrist in Betracht,²⁴¹ worauf der EuGH aber nicht einging.

Für nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar erklärte der EuGH in *Magorrian* auch eine Regelung, nach der nur die letzten beiden Jahre vor Klageerhebung als Dienstzeiten für die Berechnung von Leistungen berücksichtigt wurden, so dass sich auch die noch geschuldeten und künftigen Leistungen entgegen Art. 119 EGV erheblich verringerten. Durch eine solche Regelung würde nämlich eine Klage des einzelnen, der sich auf die gemeinschaftsrechtlich geschuldeten Leistungen berufe, praktisch unmöglich gemacht.²⁴²

237 GA Jacobs, Schlussanträge vom 26.6.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 85 ff.

238 EuGH, Urteile vom 15.9.1998, Rs. C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) gegen Ministero delle Finanze*, Slg. 1998, I-4951, Tz. 49; Rs. C-260/96 *Ministero delle Finanze gegen Spac SpA*, Slg. 1998, I-4997, Tz. 32; und verb. Rs. C-279/96, C-280/96 und C-281/96 *Ansaldo Energia SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato u.a.*, Slg. 1998, I-5025, Tz. 23. Ebenso EuGH, Urteil vom 17.11.1998, Rs. C-228/96 *Aprile Srl in liquidazione gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1998, I-7141, Tz. 28; EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 42.

239 EuGH, Urteil vom 1.12.1998, Rs. C-326/96 *B. S. Levez gegen T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Slg. 1998, I-7835, Tz. 32.

240 EuGH, Urteil vom 27.2.2003, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 59 f.

241 GA Alber, Schlussanträge vom 7.2.2002, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 111.

242 EuGH, Urteil vom 11.12.1997, Rs. C-246/96 *Mary Teresa Magorrian und Irene Patricia Cunningham gegen Eastern Health and Social Services Board und Department of Health and Social Services*, Slg. 1997, I-7153, Tz. 43 f. Ebenso EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen*

Allgemein formulierte der EuGH in *Shirley Preston*, der Grundsatz der Rechtssicherheit gebiete es, dass der Beginn einer Ausschlussfrist genau bestimmbar ist.²⁴³ Dieser Gedanke findet sich auch in den Schlussanträgen von GA Kokott vom Januar 2005 in der Rechtssache *Housieaux*, in der sie feststellte, dass nationale Verfahrensbestimmungen (im Bereich des Umweltinformationsrechts), nach denen Rechtsbehelfe gegen das Schweigen einer Behörde nur innerhalb einer bestimmten Frist offenstehen, im Hinblick auf den Effektivitätsgrundsatz problematisch sein könnten. Im Normalfall werde nämlich der Antragsteller gar nicht wissen, ob und wann die Frist für eine Beantwortung seines Antrags abläuft und wann gegebenenfalls für ihn die Frist zur Einlegung etwaiger Rechtsbehelfe zu laufen beginnt. Ließe man vor diesem Hintergrund die Einführung zwingender Klagefristen zu, innerhalb derer sich ein Bürger gegen die Untätigkeit einer Behörde zur Wehr setzen muss, so könnte die Fiktion des Schweigens als Ablehnung zu einer Falle für den Bürger werden. Das Recht des Bürgers auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt würde auf diese Weise deutlich erschwert.²⁴⁴

Letztlich ist es die den Rechtssachen *Emmott* und *Levez* zugrunde liegende Erwägung, die auch in der *Heininger*-Entscheidung zum Tragen kam. Zwar lag hier eine Situation vor, in der Verbraucher ihr Widerrufsrecht durch einen Blick ins Gesetz²⁴⁵ möglicherweise hätten erkennen können. Die Richtlinie 85/577/EWG selbst macht aber deutlich, dass genau dies vom Verbraucher nicht erwartet wird, wenn sie vom Gewerbetreibenden verlangt, den Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren. Geschieht dies nicht, so darf die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnen. Gründe der Rechtssicherheit müssen hier nach Auffassung des EuGH zurückstehen. Zum einen würden sie eine Einschränkung der Rechte implizieren, die dem Verbraucher mit der Richtlinie 85/577/EWG verliehen worden sind, um ihn vor den Gefahren von Haustürgeschäften zu schützen. Im Übrigen könnten die Gewerbetreibenden selbst ihrem Bedürfnis nach Rechtssicherheit dadurch Rechnung tragen, dass sie ihrer Belehrungspflicht nachkommen und damit die reguläre Widerrufsfrist in Gang setzen.²⁴⁶

Aus den Schlussanträgen von GA Léger in der Rechtssache *BGL* lässt sich schließlich herauslesen, dass effektiver Rechtsschutz voraussetzt, dass die relevanten Tatsachen bekannt sind. In *BGL* ging es um den Schutz eines Verbands, der für Zölle und Einfuhrabgaben gebürgt hatte, die aufgrund der Unregelmäßigkeit eines internationalen Transports fällig werden. Der bürgende Verband kann u.a. von dem Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden, in dessen Gebiet die Zuwiderhandlung begangen wurde. Daher ist der Ort der Zuwiderhandlung von entscheidender Bedeutung. Insoweit gilt eine Vermutung zugunsten des Mitgliedstaats, in dem die Zuwiderhandlung festgestellt worden ist. Diese Vermutung kann in einer Ausschlussfrist, deren Dauer selbst im Verfahren streitig war, widerlegt werden. Daraus, dass das Gemeinschaftsrecht – hier: das ins Gemeinschaftsrecht übernommene TIR-

Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc, Slg. 2000, I-3201, Tz. 40 ff.

243 EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 68.

244 GA Kokott, Schlussanträge vom 27.1.2005, Rs. C-186/04 *Pierre Housieaux*, Slg. 2005, I-3299, Tz. 47 f.

245 Die Möglichkeit der Kenntnisnahme von Gesetzen hält etwa GA Mischo in seinen Schlussanträgen vom 23.4.1991, Rs. C-208/90 *Theresa Emmott gegen Minister for Social Welfare und Attorney General*, Slg. 1991, I-4269, Tz. 26 ff., für grundsätzlich relevant.

246 EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-481/99 *Georg Heininger und Helga Heininger gegen Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG*, Slg. 2001, I-9945, Tz. 45. Vgl. auch Rott, VuR 2002, 49 ff.

Abkommen – keine den Bürgen betreffenden Ausschlussfristen festlegt, folgerte GA Léger, die Mitgliedstaaten seien für die Regelung dieser Frage zuständig, allerdings in den durch den Effektivitätsgrundsatz gesetzten Grenzen. Insofern ging GA Léger davon aus, dass demjenigen, gegen den eine ihn beschwerende Maßnahme ergehen kann, Gelegenheit gegeben werden muss, in sachdienlicher Weise Stellung zu nehmen. Das sei aber naturgemäß erst dann möglich, wenn er von der an ihn gerichteten Zahlungsaufforderung tatsächliche Kenntnis erlangt hat und wenn zu diesem Zeitpunkt die für die Geltendmachung vorgesehene Frist noch nicht abgelaufen ist.²⁴⁷ Der EuGH bestimmte, dass dem Bürgen eine Ausschlussfrist von zwei Jahren ab dem Tag der an ihn gerichteten Zahlungsaufforderung verfügte.²⁴⁸

In der Rechtssache *Manfredi u.a.* fragte das vorliegende Gericht, ob hinsichtlich der Verjährung von Schadensersatzklagen wegen wettbewerbswidriger Absprachen auf den Zeitpunkt ankommt, an dem die Absprache getroffen wurde, oder auf den Zeitpunkt, an dem sie beendet wurde. Der EuGH stellte fest, dass eine nationale Vorschrift, nach der die Verjährungsfrist bei einer Schadensersatzklage an dem Tag zu laufen beginnt, an dem das Kartell oder abgestimmte Verhalten verwirklicht wird, die Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des durch dieses verbotene Kartell oder Verhalten entstandenen Schadens praktisch unmöglich machen könnte, insbesondere wenn diese innerstaatliche Vorschrift außerdem eine kurze Verjährungsfrist vorsieht, die nicht unterbrochen werden kann. Unter solchen Umständen sei nämlich bei fortgesetzten oder wiederholten Zuwiderhandlungen nicht ausgeschlossen, dass die Verjährungsfrist sogar vor Beendigung der Zuwiderhandlung abgelaufen ist, so dass ein nach Ablauf dieser Frist Geschädigter keine Klage mehr erheben könnte.²⁴⁹ Ob dies nach italienischem Recht der Fall sei, überließ er der Prüfung des vorliegenden Gerichts.

III. Fristüberschreitung aufgrund höherer Gewalt

Auch die Überschreitung einer Ausschlussfrist aufgrund höherer Gewalt war Gegenstand der Erörterungen von GA Darmon in *Fingruth und Retter*. Frau Fingruth hatte nämlich den Antrag fristgerecht bei ihrem neuen Dienstherrn, dem Europäischen Parlament, eingereicht, das diesen aber nicht rechtzeitig an die luxemburgischen Behörden weiterleitete. Das Verfahren der Einreichung beim Europäischen Parlament war zwingend vorgesehen, maßgeblich für die Fristwahrung war aber der Eingang bei den luxemburgischen Behörden. GA Darmon betrachtete dies als einen Fall höherer Gewalt und empfahl dem Gericht, in die Schranken, innerhalb deren der innerstaatliche Gesetzgeber eine Frist für die Ausübung eines durch Gemeinschaftsverordnung begründeten Rechts festsetzen kann, die Berücksichtigung von Umständen, die für die betreffenden Beamten einen Fall höherer Gewalt darstellen, einzubeziehen.²⁵⁰

247 GA Léger, Schlussanträge vom 14.1.2003, Rs. C-78/01 *Bundesverband Güterkraftverkehr und Logistik eV (BGL) gegen Deutschland*, Slg. 2003, I-9543, Tz. 54 f.

248 EuGH, Urteil vom 23.9.2003, Rs. C-78/01 *Bundesverband Güterkraftverkehr und Logistik eV (BGL) gegen Deutschland*, Slg. 2003, I-9543, Tz. 73.

249 EuGH, Urteil vom 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 78 f.

250 GA Darmon, Schlussanträge vom 5.7.1988, verb. Rs. 129/87 und 130/87 *Eva Fingruth gegen Caisse de pension des employés privés* und *Caisse de pension des employés privés gegen François Retter*, Slg. 1988, 6121, Tz. 30.

Im Gegensatz dazu akzeptierte der EuGH im Einklang mit GA Jacobs in der Rechtssache *Besson et Salson* eine Ausschlussfrist von drei Jahren, bei der jede Möglichkeit einer Verlängerung wegen höherer Gewalt ausgeschlossen war, und dies in einem Fall, in dem der Importeur allein deshalb die Unterlagen nicht fristgerecht einreichen konnte, weil die zuständige Behörde des Drittstaats untätig blieb und die für seinen Antrag erforderliche Bescheinigung erst nach zehn Jahren ausstellte.²⁵¹ Die Verordnung (EWG) Nr. 3665/87 über Ausfuhrerstattungen bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen²⁵² hingegen sieht eine Fristverlängerung im Bereich der Ausfuhrerstattungen in Fällen höherer Gewalt, zu denen auch die Untätigkeit der zuständigen Behörde des Drittstaats gehört, ausdrücklich vor.²⁵³

In der Rechtssache *Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau* stellte sich die Frage in umkehrter Weise, nämlich dahin gehend, ob ein Mitgliedstaat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vorsehen dürfe, wenn damit das Überschreiten einer vom Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Ausschlussfrist – hier: für einen Registrierungsantrag im Bereich der Gemeinsamen Marktorganisation für Milch – geheilt werde. Der EuGH hielt dies grundsätzlich für zulässig – unter der Voraussetzung, dass damit die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung nicht praktisch unmöglich werde.²⁵⁴ GA Cosmas erläuterte in seinen Schlussanträgen die Anforderungen an einen entschuldbaren Irrtum. Insbesondere sei eine vermeintliche Aussichtslosigkeit eines Antrags, die auf einer fehlerhaften Behördenpraxis beruhe, kein Grund für eine "hinnehmbare Verwirrung", denn es bleibe einem Erzeuger unbenommen, einen Antrag einzureichen und nach der Ablehnung dieses Antrags den betreffenden gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.²⁵⁵

IV. Verwirkung

Auch die Verwirkung führt zum totalen Rechtsverlust. Im Gemeinschaftsrecht wurde sie, soweit ersichtlich, erstmals von GA van Gerven in seinen Schlussanträgen in *Vroege* und *Fisscher* erwähnt und dem Effektivitätsgrundsatz unterstellt.²⁵⁶ Konkrete Anforderungen an die Verwirkung leitete er aber nicht ab.

B. Beweisrecht

I. Allgemeines

Auch die Nichtbeweisbarkeit anspruchsbegründender Tatsachen führt in der Regel dazu, dass derjenige, dessen gemeinschaftsrechtlich gewährte Rechte verletzt wurden, diese nicht

251 EuGH, Urteil vom 9.11.1989, Rs. 386/87 *Société Bessin et Salson gegen Administration des Douanes et Droits Indirects*, Slg. 1989, 3551, Tz. 17.

252 ABl. EG 1987 Nr. L 351/1.

253 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 19.6.2003, Rs. C-467/01 *Ministero delle Finanze gegen Eribrand SpA*, Slg. 2003, I-6471.

254 EuGH, Urteil vom 23.11.1995, Rs. C-285/93 *Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau gegen Hauptzollamt Rosenheim*, Slg. 1995, I-4069, Tz. 26 ff.

255 GA Cosmas, Schlussanträge vom 15.6.1995, Rs. C-285/93 *Dominikanerinnen-Kloster Altenhohenau gegen Hauptzollamt Rosenheim*, Slg. 1995, I-4069, Tz. 27.

256 GA van Gerven, Schlussanträge vom 7.6.1994, Rs. C-57/93 *Anna Adriaantje Vroege gegen Instituut voor Volkshuisvesting BV und Stichting Pensioenfonds NCIV* und Rs. C-128/93 *Geertruida Catharina Fisscher gegen Voorhuis Hengelo BV und Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel*, Slg. 1994, I-4583, Tz. 31.

durchsetzen kann.²⁵⁷ Nationale Beweisregeln erfuhren in den 80er Jahren erhebliche Aufmerksamkeit, wiederum im Zusammenhang mit der Rückforderung zu Unrecht erhobener Abgaben. In einer Reihe von Vorlageverfahren wurde thematisiert, wie die Tatsache zu werten sei, dass Verluste aus solchen Abgaben an Kunden weitergereicht und damit kompensiert werden. In einer Reihe von Fällen erkannte der EuGH, dass der Schutz der einschlägigen von der Gemeinschaftsordnung gewährleisteten Rechte keine Erstattung von ohne rechtlichen Grund erhobenen Abgaben verlange, die zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führen würde. Deshalb dürften Mitgliedstaaten den Umstand berücksichtigen, dass ohne rechtlichen Grund erhobene Abgaben in die Preise des abgabepflichtigen Unternehmens einfließen und auf die Abnehmer abgewälzt werden könnten.²⁵⁸ Problematisch war hierbei allerdings, dass die nationalen Vorschriften regelmäßig vom Unternehmer den Nachweis verlangten, dass er seine Verluste *nicht* weitergereicht habe und daher tatsächlich einen Schaden erlitten habe. Abgesehen von der dogmatischen Fehlkonstruktion, dass hier Bereicherungsrecht und Haftungsrecht vermischt wurden, indem derjenige, zu dessen Lasten sich der Fiskus bereichert hatte, einen Schaden nachweisen musste,²⁵⁹ wurde es den Unternehmen damit auferlegt, eine negative Tatsache zu beweisen, was ausgesprochen schwierig ist und regelmäßig zur Niederlage vor Gericht führte.²⁶⁰

Erst in seinem Urteil in der Rechtssache *San Giorgio* im Jahre 1983²⁶¹ erkannte der EuGH, dass nationale Beweisvorschriften die Erstattung von unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen Abgaben nicht praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen dürften. Dies gelte insbesondere für Vermutungen oder Beweislastregeln, die dem Abgabepflichtigen die Beweislast dafür auferlegen, dass die ohne Rechtsgrund bezahlten Abgaben nicht auf andere abgewälzt worden sind, allgemeiner gesprochen: Beweislastregeln, die dem Beweisbelasteten den Beweis einer negativen Tatsache auferlegen.²⁶² Gesetzliche

257 Vgl. dazu bereits Wyatt, E.L.Rev. 1977, 122, 124.

258 EuGH, Urteil vom 27.2.1980, Rs. 68/79 *Hans Just I/S gegen Ministerium für das Steuerwesen*, Slg. 1980, 501, Tz. 26; EuGH, Urteil vom 27.3.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denkavit Italiana S.r.l.*, Slg. 1980, 1205, Tz. 26; EuGH, Urteile vom 10.7.1980, Rs. 811/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Ariete s.p.a.*, Slg. 1980, 2545, Tz. 17, und Rs. 826/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen S.A.S. Mediterranea Importazione, Rappresentanze, Esportazione, Commercio (MIRECO)*, Slg. 1980, 2559, Tz. 14; EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc u.a. gegen Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 74.

259 Vgl. dazu Hubeau, CMLRev. 1985, 96, 102.

260 Kritisch insb. Hubeau, CMLRev. 1985, 96 ff.; Waelbroeck, Cah. dr. eur. 1985, 37, 45 f., m.w.N. Vgl. auch Easson, E.L.Rev. 1980, 318, 327.

261 Vgl. allerdings schon die Erwägungen von GA Reischl, Schlussanträge vom 9.1.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denkavit Italiana*, Slg. 1980, 1230, 1234.

262 EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Societa San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 14. Zust., wenn auch noch immer kritisch wegen der Vermischung von Bereicherungs- und Haftungsrecht, auch Hubeau, CMLRev. 1985, 96 ff. Vgl. auch später EuGH, Urteil vom 25.2.1988, verb. Rs. 331/85, 376785 und 378/85 *S.A. Les fils de Jules Bianco und S.A. J. Girard Fils gegen Directeur Général des Douanes et Droits Indirects*, Slg. 1988, 1099, Tz. 11 f.; EuGH, Urteil vom 24.3.1988, Rs. 104/86 *Kommission gegen Italien*, Slg. 1988, 1799, Tz. 11; EuGH, Urteil vom 11.8.1995, verb. Rs. C-367/93 bis C-377/93 *F. G. Roders BV u.a. gegen Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, Slg. 1995, I-2229, Tz. 49; EuGH, Urteil vom 14.1.1997, verb. Rs. C-192/95 bis C-218/95 *Société Comateb u.a. gegen Directeur général des douanes et droits indirects*, Slg. 1997, I-165, Tz. 25 ff.; EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 52; EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-147/01 *Weber's Wine World Handels-GmbH u.a. gegen Abgabenberufungskommission Wien*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 110 f.; EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-129/00 *Kommission gegen Italien*, Slg. 2003, I-14637, Tz. 35; EuGH, Urteil vom 14.7.2005, Rs. C-435/03 *British American Tobacco International Ltd. u.a. gegen Belgien*, Slg. 2005, I-7077, Tz. 28; GA Lenz,

Vermutungen und eine feststehende Verwaltungspraxis sind nach der Rechtsprechung des EuGH insoweit gleich zu beurteilen.²⁶³ Und selbst wenn tatsächlich die Abwälzung der Abgaben auf den Abnehmer erfolgt sei, so führe dies nicht notwendig zu einer Bereicherung des Abgabepflichtigen, denn dieser könne immer noch Nachteile dadurch erlitten haben, dass er aufgrund des erhöhten Abgabepreises Marktanteile eingebüßt habe. Solche Nachteile könne der Abgabepflichtige daher geltend machen, und es sei Sache des nationalen Gerichts, dem Rechnung zu tragen.²⁶⁴ Umgekehrt bedeutete das in den beschriebenen Fällen, dass der Fiskus kaum noch eine reelle Möglichkeit hatte, die Rückzahlung von Abgaben mit dem Argument der Abwälzung auf Dritte zu verweigern.²⁶⁵

Der EuGH stellte allerdings in der Rechtssache *Weber's Wine World* eine Mitwirkungspflicht des Abgabebelasteten fest, die diesen zur Vorlage sachdienlicher Unterlagen verpflichten könne, wobei auch insoweit wieder der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sei.²⁶⁶ Dieser erlaubt es nach der Auffassung des EuGH nicht, negative Schlussfolgerungen aus der Nichtvorlage von Unterlagen zu ziehen, zu deren Aufbewahrung das betroffene Unternehmen nach Ablauf einer dafür vorgesehenen gesetzlichen Frist nicht mehr verpflichtet war.²⁶⁷

Der Vorbehalt des Effektivitätsgrundsatzes gilt mittlerweile uneingeschränkt für alle Fragen des Beweisrechts.²⁶⁸

II. Beweislast

Allgemein besteht wohl in allen Rechtsordnungen der Grundsatz, dass jeder die Tatbestandsvoraussetzungen beweisen muss, die für ihn günstig sind. Von diesem Grundsatz gibt es aber auch zahlreiche Ausnahmen in Form von Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.

Eine Beweislastumkehr forderte der EuGH bereits im Jahre 1989 in der Rechtssache *Danfoss*.²⁶⁹ Es ging dort um die Anwendung der Richtlinie 75/117/EWG über die Anwendung

Schlussanträge vom 14.6.1988, Rs. 207/87 *Gerd Weissgerber gegen Finanzamt Neustadt/Weinstraße*, Slg. 1988, 4433, Tz. 41 ff.; GA Alber, Schlussanträge vom 9.9.2003, Rs. C-157/02 *Rieser Internationale Transporte GmbH gegen ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft*, Slg. 2004, I-1477, Tz. 90.

263 EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-147/01 *Weber's Wine World Handels-GmbH u.a. gegen Abgabenberufungskommission Wien*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 113 f.

264 EuGH, Urteil vom 14.1.1997, verb. Rs. C-192/95 bis C-218/95 *Société Comateb u.a. gegen Directeur général des douanes et droits indirects*, Slg. 1997, I-165, Tz. 30 ff.; EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-147/01 *Weber's Wine World Handels-GmbH u.a. gegen Abgabenberufungskommission Wien*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 98 ff.

265 Vgl. GA Geelhoed, Schlussanträge vom 3.6.2003, Rs. C-129/00 *Kommission gegen Italien*, Slg. 2003, I-14637, Tz. 78; Hubeau, CMLRev. 1985, 96, 103. Vgl. aber auch Waelbroeck, Cah. dr. eur. 1985, 37, 46, der Konstellationen beschreibt, in denen dem Fiskus dieser Nachweis gelingen kann.

266 EuGH, Urteil vom 2.10.2003, Rs. C-147/01 *Weber's Wine World Handels-GmbH u.a. gegen Abgabenberufungskommission Wien*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 115 f.

267 EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-129/00 *Kommission gegen Italien*, Slg. 2003, I-14637, Tz. 38.

268 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc u.a. gegen Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 53. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 17.7.1997, Rs. C-242/95 *GT-Link A/S gegen De Danske Statsbaner (DSB)*, Slg. 1997, I-4449, Tz. 23 ff., zum Beweis des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung nach Art. 86 EWGV sowie EuGH, Urteil vom 17.5.2001, Rs. C-340/99 *TNT Traco SpA gegen Poste Italiane SpA u.a.*, Slg. 2001, I-4109, Tz. 60 ff., zur Rechtfertigung von Beiträgen zur Finanzierung des Universaldienstes im Postwesen.

269 EuGH, Urteil vom 17.10.1989, Rs. 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark gegen Dansk Arbejds giverforening für Danfoss*, Slg. 1989, 3199.

des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Nach Art. 6 der Richtlinie 75/117/EWG treffen die Mitgliedstaaten die Maßnahmen, die erforderlich sind, um die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu gewährleisten. Der EuGH stellte fest, dass in Fällen, in denen ein System individueller Lohnzulagen streitig ist, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, weiblichen Arbeitnehmern kein wirksames Mittel zur Verfügung stünde, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn nicht dem Arbeitgeber die Beweislast dafür auferlegt werde, dass seine Lohnpolitik in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist. Der EuGH betonte, dass insbesondere das Bemühen um Effektivität, das in Art. 6 der Richtlinie zum Ausdruck komme, dazu führen müsse, dass Änderungen der nationalen Beweislastregeln in den Sonderfällen impliziert sind, in denen solche Änderungen für die wirksame Durchführung des Gleichheitsgrundsatzes unerlässlich sind.²⁷⁰

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Diskriminierung nach dem Geschlecht, diesmal beim Zugang zur Beschäftigung, musste der EuGH in *Draehmpaehl* über die Beweislast dafür entscheiden, dass ein diskriminierter Bewerber ohnehin die angestrebte Stelle nicht bekommen hätte, weil ein Mitbewerber besser qualifiziert war. Der EuGH erlegte die Beweislast dem Arbeitgeber auf, der über sämtliche eingereichten Bewerbungsunterlagen verfügte.²⁷¹

In *van Doren + Q* ging es um eine Beweislastfrage in Zusammenhang mit dem Markenrecht. Art. 5 der Markenrechts-Richtlinie 89/104/EWG gewährt dem Inhaber einer eingetragenen Marke ein ausschließliches Recht, das es ihm u.a. gestattet, Dritten zu verbieten, Waren unter dem Zeichen anzubieten, in den Verkehr zu bringen, einzuführen oder auszuführen. Nach Art. 7 der Richtlinie gilt das nicht, wenn Waren unter dieser Marke vom Markeninhaber oder mit seiner Zustimmung in der Gemeinschaft in den Verkehr gebracht worden sind (Erschöpfungsgrundsatz), während beim Inverkehrbringen in Drittstaaten keine Erschöpfung eintritt. Letzteres muss nach deutschem Recht im Rahmen einer Einwendung geltend machen, so dass nach allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung derjenige, der sich auf das Bestehen der Zustimmung beruft, diese beweisen müsse. Zu diesem Zweck muss der Beweisbelastete allerdings seine Quelle aufdecken, so dass im Falle eines ausschließlichen Vertriebssystems die tatsächliche Gefahr der Abschottung des Markts in der Weise besteht, dass derjenige Händler, der an Dritte verkauft, aus dem Vertriebssystem ausgeschlossen werden kann. Aufgrund dieser Gefahr urteilte der EuGH, dass eine Beweisregel, die dem Dritten die Beweislast für die Voraussetzungen der Erschöpfung der Marke auferlegt, zwar grundsätzlich mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei, dass aber eine Modifizierung der Beweisregel geboten sei, wenn der Dritte nachweisen kann, dass eine tatsächliche Gefahr für die Abschottung der nationalen Märkte besteht, falls er den genannten Beweis zu erbringen hat.²⁷² Eine mögliche Lösung des Problems sah GA Stix-Hackl, die den Effektivitätsgrundsatz ins Spiel gebracht hatte, darin, dass die Markeninhaber selbst ihre Möglichkeiten ausschöpfen sollten, um die von ihnen selbst oder mit ihrer Zustimmung im EWR in den Verkehr

270 Ibid., Tz. 13 f. GA Lenz hatte in seinen Schlussanträgen lediglich dafür plädiert, die Anforderungen an den Beweis der mittelbaren Diskriminierung abzusenken, vgl. *ibid.*, Tz. 39.

271 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95 *Nils Draehmpaehl gegen Urania Immobilienservice OHG*, Slg. 1997, I-2195, Tz. 36.

272 EuGH, Urteil vom 8.4.2003, Rs. C-244/00 *Van Doren + Q. GmbH gegen Lifestyle sports + sporswear Handelsgesellschaft mbH und Michael Orth*, Slg. 2003, I-3051, Tz. 36 ff. In den entsprechenden Einlassungen der Mitgliedstaaten und der Kommission hatte der Effektivitätsgrundsatz eine wichtige Rolle gespielt.

gebrachten Waren von denen zu unterscheiden, die außerhalb dieses Gebiets vertrieben würden.²⁷³

Auch subjektive Elemente, insbesondere eine betrügerische Absicht, sind schwer nachzuweisen. Der EuGH hielt daher in *Abbink* im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit eine nationale Regelung für verhältnismäßig, die die Benutzung eines Kfz ohne Entrichtung der dafür anfallenden Mehrwertsteuer auch ohne Nachweis einer Steuerhinterziehungsabsicht unter Strafe stellte. Der EuGH begründete dieses Ergebnis damit, dass eine Regelung, mit der Steuerhinterziehungen unterbunden werden sollen, sich zwangsläufig auf objektive und nachprüfbar Kriterien stützen müsse.²⁷⁴

Verallgemeinernd lässt sich folgern, dass der Effektivitätsgrundsatz immer dann, wenn der Verbraucher oder allgemein der nach Gemeinschaftsrecht Berechtigte in Beweisnot ist, weil die relevanten Informationen für ihn nicht erreichbar sind, zu Beweiserleichterungen führt.²⁷⁵ GA Lenz formulierte in der Rechtssache *Danfoss*, die Beweisanforderungen könnten nicht schärfer sein, als es die objektive Erreichbarkeit des Beweises zulässt, da ansonsten der Gleichbehandlungsgrundsatz schon auf verfahrensrechtlicher Ebene leer liefe.²⁷⁶ In neueren Rechtsakten wie den Antidiskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG,²⁷⁷ 2000/78/EG,²⁷⁸ 2004/113/EG²⁷⁹ und 2006/54/EG²⁸⁰ ist diese Beweislastumkehr aus genau diesem Grund bereits gesetzlich verankert.²⁸¹

Eine Grenze der Verlagerung der Beweislast dürfte dort zu ziehen sein, wo das EG-Recht diese Frage abschließend regelt. So besagt Art. 4 der Produkthaftungs-Richtlinie 85/374/EWG, dass der Geschädigte den Schaden, den Fehler und den ursächlichen Zusammenhang zwischen Fehler und Schaden zu beweisen hat. Da der EuGH entschieden hat, dass die Produkthaftungs-Richtlinie eine Vollharmonisierungsmaßnahme darstellt, die verbraucherfreundlichere Regelungen im nationalen Recht ausschließt, sofern die Richtlinie selbst

273 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 18.6.2002, Rs. C-244/00 *Van Doren + Q. GmbH gegen Lifestyle sports + sporswear Handelsgesellschaft mbH und Michael Orth*, Slg. 2003, I-3051, Tz. 86 u. 94. Dies kann etwa durch die Einführung eines Kontrollnummernsystems erfolgen, vgl. Schlappa, JA 2004, 118, 121.

274 Vgl. EuGH, Urteil vom 11.12.1984, Rs. 134/83 *Strafverfahren gegen J. G. Abbink*, Slg. 1984, 4097, Tz. 14.

275 Vgl. dazu auch EuGH, Urteil vom 12.6.1990, Rs. 8/88 *Deutschland gegen Kommission*, Slg. 1990, I-2321, Tz. 20 ff., zur Nichtanerkennung von Angaben, die mangels eines funktionierenden Kontrollsystems nicht nachprüfbar waren. Ebenso EuGH, Urteil vom 6.10.1993, Rs. C-55/91 *Italien gegen Kommission*, Slg. 1993, I-4813, Tz. 55. In EuGH, Urteil vom 13.6.2002, Rs. C-382/99 *Niederlande gegen Kommission*, Slg. 2002, I-5163, urteilte der EuGH mit Blick auf die Rückforderung von Beihilfen, der betreffende Mitgliedstaat sei verpflichtet, den genauen Betrag der zurückzufordernden Beihilfen zu berechnen, wenn dies Berechnung von Auskünften abhängt, die der Mitgliedstaat der Kommission nicht übermittelt habe.

276 GA Lenz, Schlussanträge vom 31.5.1989, Rs. 109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark gegen Dansk Arbejdsiverforening für Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Tz. 35.

277 Art. 8 der Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG 2000 Nr. L 180/22.

278 Art. 10 der Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG 2000 Nr. L 303/16.

279 Art. 9 der Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG 2004 Nr. L 373/37.

280 Art. 19 der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG 2006 Nr. L 204/23.

281 Vgl. auch GA Léger, Schlussanträge vom 11.10.2005, Rs. C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA gegen Italien*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 86. Krit. etwa Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529, 532.

nicht ausdrücklich dazu ermächtigt,²⁸² muss diese Regelung dahingehend verstanden werden, dass dem Verbraucher Beweiserleichterungen nicht zugebilligt werden dürfen.

III. Beweismittel

Die grundsätzliche Auferlegung der Beweislast auf denjenigen, der einen Anspruch geltend machen will, impliziert, dass er geeignete Vorkehrungen treffen muss, um sich die Beweise zu beschaffen, mit denen er seinen Anspruch nachweisen kann. Dies stellte der EuGH etwa in der Rechtssache *FMC* fest.²⁸³ Allerdings ging es in diesem Fall um Händler, die einen gesetzlich geregelten Ausgleichsanspruch geltend machen konnten. Dieselbe Aussage traf der EuGH in der Rechtssache *Norbrook Laboratories*, in der es um die Vorlage von Unterlagen im Rahmen eines Arzneimittelzulassungsverfahrens ging. Der EuGH ging sogar noch einen Schritt weiter und verlangte die Vorlage dieser Unterlagen selbst dann, wenn dies dem Antragsteller praktisch unmöglich sei, und begründete dies mit dem vorrangigen Ziel der Volksgesundheit.²⁸⁴ Einschränkungen gelten insoweit bei rückwirkender Änderung von Vorschriften. Wenn nämlich ein Nachweiserfordernis, das zu der Zeit, zu dem Beweismittel hätten erlangt werden können, nicht bestand, so kann es dem Wirtschaftsteilnehmer unmöglich gemacht werden, seine Ansprüche später durchzusetzen.²⁸⁵ Dasselbe gilt, wenn die Frist, während der der Betroffene zur Aufbewahrung von Unterlagen verpflichtet war, schon abgelaufen ist.²⁸⁶

1. Beschränkung von Beweismitteln

Auch die Nichtverfügbarkeit von Beweismitteln kann die Position desjenigen, dessen Rechte verletzt wurden, verschlechtern. So beanstandete der EuGH in *San Giorgio*, dass der Società San Giorgio zum Beweis der Tatsache, dass sie zu Unrecht erhobene Abgaben nicht auf ihre Kunden abgewälzt hat, was ihren Anspruch gegen den italienischen Fiskus verhindert hätte, nur der Urkundsbeweis zur Verfügung stand.²⁸⁷ Eine Beschränkung auf den Urkundsbeweis lehnte jüngst auch GA Léger in der Rechtssache *Schulze* ab.²⁸⁸

Auch in der Rechtssache *Kommission gegen Spanien* ging es um die Beschränkung von Beweismitteln. Spanien gewährte Entlastung von der Mehrwertsteuer nur gegen Vorlage eines als "besondere Rechnung" bezeichneten, einem amtlichen Muster entsprechenden Formblatts, während die zugrunde liegende Richtlinie lediglich die "Vorlage eines Exemplars der Rechnung oder eines statt dessen ausgestellten Belegs" verlangt. Der EuGH stellte fest, das von

282 Grundlegend EuGH, Urteile vom 25.4.2002, Rs. C-52/00 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2002, I-3827, Tz. 24; und Rs. C-154/00 *Kommission gegen Griechenland*, Slg. 2002, I-3879, Tz. 20.

283 EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc u.a. gegen Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 36. Ebenso EuG, Urteil vom 9.7.1997, Rs. T-455/93 *Hedley Lomas (Ireland) Ltd. u.a. gegen Kommission*, Slg. 1997, II-1095, Tz. 64.

284 EuGH, Urteil vom 2.4.1998, Rs. C-127/95 *Norbrook Laboratories Ltd gegen Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1998, I-1531, Tz. 84.

285 Vgl. GA Jacobs, Schlussanträge vom 20.3.2003, Rs. C-147/01 *Weber's Wine World Handels-GmbH u.a. gegen Abgabenberufungskommission Wien*, Slg. 2003, I-11365, Tz. 70 ff.

286 EuGH, Urteil vom 9.12.2003, Rs. C-129/00 *Kommission gegen Italien*, Slg. 2003, I-14637, Tz. 38.

287 EuGH, Urteil vom 9.11.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Società San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595, Tz. 14.

288 GA Léger, Schlussanträge vom 1.6.2006, Rs. C-120/05 *Heinrich Schulze GmbH & Co. KG i.L. gegen Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, noch anhängig, Tz. 57.

Spanien aufgestellte Erfordernis sei geeignet, die Ausübung des Rechts auf steuerliche Entlastung durch den Reisenden entgegen der Zielsetzung der Richtlinie unmöglich zu machen,²⁸⁹ wobei GA Gulmann verdeutlichte, dass dies aufgrund der Beschränkung auf nur ein zulässiges Beweismittel der Fall sei.²⁹⁰

In der Rechtssache *Dafeki* wollte die die Griechin Eftalia Dafeki gegenüber der Landesversicherungsanstalt Württemberg ihr Alter mittels einer von einem griechischen Gericht berichtigten Personenstandsurkunde nachweisen. Die LVA verwies hingegen auf ihre alte Personenstandsurkunde, nach der sie vier Jahre jünger war, und legte dieser höhere Beweiskraft bei. Der EuGH entschied, dass es mangels Harmonisierung der entsprechenden nationalen Verfahren zwar nicht ausgeschlossen sei, dass nachträgliche Berichtigungen durch die zuständigen Behörden eines anderen Mitgliedstaats anders behandelt würden als inländische nachträgliche Berichtigungen. Andererseits sei aber die Geltendmachung von Ansprüchen, die sich aus der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ergebe, ohne die Vorlage von Personenstandsurkunden, die im allgemeinen vom Heimatstaat des Arbeitnehmers ausgestellt werden, nicht möglich, so dass diese grundsätzlich zu beachten seien, sofern deren Richtigkeit nicht durch konkrete, auf den jeweiligen Einzelfall bezogene Anhaltspunkte ernstlich in Frage gestellt sei.²⁹¹ GA La Pergola hatte dies in seinen Schlussanträgen ausdrücklich mit dem Effektivitätsgrundsatz begründet.²⁹²

In der Rechtssache *Dounias* ging es um eine Regelung des griechischen Zollrechts, nach der der Zeugenbeweis nur aufgrund einer ausnahmsweisen Anordnung durch das Gericht zulässig war. Während der EuGH nur allgemein auf den Effektivitätsgrundsatz rekurrierte,²⁹³ sah GA Jacobs in dieser Vorschrift bei restriktiver Anwendung der Ausnahmeregelung durch die griechischen Gerichte einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht.²⁹⁴

In *Banks* schließlich rekurrierte GA van Gerven auf die Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten in Bezug auf außervertragliche Haftung, die allgemein dadurch gekennzeichnet seien, dass das Gericht in der Würdigung aller ihm vorgelegten Beweise frei sei.²⁹⁵

Im Einzelfall kann der Effektivitätsgrundsatz auch die Zulassung eines bestimmten Beweismittels erfordern. So sagte GA Jacobs in *Schmidberger*, dass dann, wenn ein entgangener Gewinn zu einem bestimmten Zeitpunkt nur durch das Testat eines Buchhalters nachgewiesen werden könne, eine Vorschrift, die die Führung eines solchen Beweises verbietet, als ein Ausschluss jeder Anspruchsverfolgung erschiene. Das wäre aber nur dann der Fall,

289 EuGH, Urteil vom 9.6.1992, Rs. C-96/91 *Kommission gegen Spanien*, Slg. 1992, I-3789, Tz. 12 ff.

290 GA Gulmann, Schlussanträge vom 12.5.1992, Rs. C-96/91 *Kommission gegen Spanien*, Slg. 1992, I-3789, Tz. 9 ff.

291 EuGH, Urteil vom 2.12.1997, Rs. C-336/94 *Eftalia Dafeki gegen Landesversicherungsanstalt Württemberg*, Slg. 1997, I-6761, Tz. 18 f.

292 GA La Pergola, Schlussanträge vom 3.12.1996, Rs. C-336/94 *Eftalia Dafeki gegen Landesversicherungsanstalt Württemberg*, Slg. 1997, I-6761, Tz. 5.

293 EuGH, Urteil vom 3.2.2000, Rs. C-228/98 *Charalampos Dounias gegen Ypourgos Oikonomikon*, Slg. 2000, I-577, Tz. 71.

294 GA Jacobs, Schlussanträge vom 23.9.1999, Rs. C-228/98 *Charalampos Dounias gegen Ypourgos Oikonomikon*, Slg. 2000, I-577, Tz. 50.

295 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 51.

wenn es keinen anderen zulässigen und nicht übermäßig schwierigen Weg gäbe, den gleichen Sachverhalt zu beweisen.²⁹⁶

2. *Recht auf ein Gegengutachten*

Die Frage, ob in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren, das auf ein Gutachten gestützt wird, das eine Behörde eingeholt hat, ein Recht auf ein Gegengutachten besteht, war Gegenstand der Rechtssache *Steffensen*. Im konkreten Fall sah Art. 7 (1) der Richtlinie 89/397/EWG über die amtliche Lebensmittelüberwachung²⁹⁷ vor, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Vorkehrungen treffen, damit die von einer Lebensmittelkontrolle gegebenenfalls ein Gegengutachten einholen können. Der EuGH stellte fest, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet seien, die Modalitäten der Ausübung des Rechts auf ein Gegengutachten zu regeln, dass diese Modalitäten aber jedenfalls die volle Anwendung der Richtlinie, d.h. die Gewährleistung des Rechts auf Gegengutachten, sicherstellen müssten.²⁹⁸ Daher sei insbesondere die Unterrichtung des Herstellers von der Entnahme von Proben ihrer Erzeugnisse bei Einzelhändlern eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass dem Hersteller die effektive Ausübung seines Rechts auf Gegengutachten gewährleistet werde, und nicht eine bloße Modalität dieser Ausübung, die in das Ermessen der Mitgliedstaaten fiele.²⁹⁹

Eine Erwägung des EuGH in *Steffensen* reicht allerdings über den konkreten Fall der Richtlinie über die amtliche Lebensmittelüberwachung hinaus. Der EuGH nahm Bezug auf das Urteil des EGMR im Fall *Mantovanelli gegen Frankreich*, in dem der EGMR betonte, dass die Anforderungen des Art. 6 (1) EMRK an ein faires Verfahren nur dann erfüllt seien, wenn die Parteien eine echte Möglichkeit wirksamer Stellungnahme zu dem Beweismittel hätten. Dies sei insbesondere dann wichtig, wenn das Beweismittel aus einem technischen Bereich stamme, in dem das Gericht nicht über Sachkenntnis verfüge, und geeignet sei, die Würdigung der Tatsachen durch das Gericht maßgeblich zu beeinflussen.³⁰⁰ Diese Rechtsprechung machte sich der EuGH in *Steffensen* zu Eigen.³⁰¹

3. *Mündlichkeit des Zeugenbeweises*

Das Erfordernis der Mündlichkeit des Zeugenbeweises diskutierte GA Jacobs in *Schmidberger*. Dieses Erfordernis scheine die Geltendmachung eines Anspruchs nicht übermäßig zu erschweren, sondern erscheine als völlig normale Verfahrensweise bei vielen Gerichten.³⁰²

4. *Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel?*

Auch die Frage, ob rechtswidrig erlangte Beweismittel in einem Gerichtsverfahren verwertet werden dürfen, unterstellte der EuGH in *Steffensen* dem Effektivitätsgrundsatz. Die

296 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 43.

297 ABl. EG 1989 Nr. L 186/23.

298 EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 46.

299 EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 50.

300 EGMR, Urteil vom 18.3.1997 *Mantovanelli gegen Frankreich*, Recueil des arrêts et décisions 1997-II, § 36.

301 EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 78.

302 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 43.

Beantwortung dieser Frage machte er von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Stellung der entsprechenden Vorschrift im gesamten Verfahren, dem Verfahrensablauf und den Besonderheiten des Verfahrens vor den verschiedenen nationalen Stellen abhängig. Im konkreten Fall sah der EuGH den Effektivitätsgrundsatz durch bestimmte Grundprinzipien des deutschen Rechts, namentlich den Prinzipien der Amtsermittlung und der freien Beweiswürdigung, anhand derer rechtswidrig erlangte Beweismittel im Einzelfall in Zweifel gezogen werden können, gewahrt.³⁰³ GA Stix-Hackl hatte demgegenüber betont, dass der Effektivitätsgrundsatz zumindest dann der Verwertung eines Gutachtens, gegen die der Hersteller kein Gegengutachten einholen konnte, entgegensteht, wenn ein Gegengutachten das einzige geeignete Mittel für den Rechtssuchenden wäre, um sich wirksam gegen die Beanstandung der Behörden zu verteidigen bzw. den Gegenbeweis erbringen zu können.³⁰⁴

C. Formvorschriften und Kompliziertheit von Verfahren

I. Formvorschriften

Auch Formvorschriften, etwa die formellen Voraussetzungen an einen Antrag, werden im Gemeinschaftsrecht häufig nicht geregelt. Ein Beispiel bietet die Form für die Ausübung des Widerrufsrechts nach Art. 5 der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG.³⁰⁵ Die Regelungskompetenz verbleibt dann bei den Mitgliedstaaten, wird aber durch den Effektivitätsgrundsatz beschränkt. Der EuGH stellte dies erstmals in den verbundenen Rechtssachen *Camarotto und Vignone* fest.³⁰⁶ In der Sache traf der EuGH zwar keine Entscheidung, er machte aber deutlich, dass bei der Beurteilung der Frage, ob die formalen Voraussetzungen an einen Antrag mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sind, zu berücksichtigen sei, ob der Betroffene über die Pflicht zur Stellung des Antrags und die formalen Voraussetzungen aufgeklärt worden ist und ob er im Regelfall von einem Rechtsanwalt oder einem Rechtsbeistand unterstützt wird.³⁰⁷

II. Kompliziertheit von Verfahren

Verfahren können so kompliziert sein, dass sie entweder zu Fehlern verleiten oder gar ganz von der Inanspruchnahme von Rechten abschrecken. Ein Beispiel stellte das belgische Steuerrecht dar, das die Ausübung des Rechts zum Vorsteuerabzug von der Vorlage einer Rechnung abhängig machte, die eine Fülle von Angaben enthalten musste. Der EuGH stellte in einer Reihe von Urteilen, beginnend mit der Rechtssache *Jeunehomme und EGI* klar, dass es den Mitgliedstaaten selbstverständlich gestattet sei, die Vorlage von Rechnungen zu verlangen, die bestimmte Angaben enthielten, die erforderlich seien, die Erhebung der Mehrwertsteuer zu sichern und ihre Überprüfung durch die Finanzverwaltung zu ermöglichen. Jedoch dürften

303 EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 66 ff.

304 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 22.10.2002, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 63 f.

305 Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 22.4.1999, Rs. C-423/97 *Travel Vac SL gegen Manuel José Antelm Sanchis*, Slg. 1999, I-2195, Tz. 50 ff.

306 EuGH, Urteil vom 22.1.2001, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395, Tz. 30.

307 EuGH, Urteil vom 22.1.2001, verb. Rs. C-52/99 und C-53/99 *Office national des pensions (ONP) gegen Gioconda Camarotto und Giuseppina Vignone*, Slg. 2001, I-1395, Tz. 36.

diese Angabe nicht durch ihre Zahl oder ihre technische Kompliziertheit die Ausübung des Rechts zum Vorsteuerabzug praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.³⁰⁸ Ob dies im Fall *Jeunehomme und EGI* der Fall war, überließ der EuGH der Entscheidung des vorlegenden Gerichts,³⁰⁹ während GA Slynn die belgischen Vorschriften im allgemeinen für nicht unverhältnismäßig hielt, spezielle Regelungen für den Kfz-Handel hingegen als zu weit gehend ansah.³¹⁰

Einige Jahre später wandte der EuGH in der bereits erwähnten Rechtssache *Kommission gegen Spanien* diesen Grundsatz dann erstmals selbst an. Unter Zitierung der Rechtssache *Jeunehomme und EGI* stellte der EuGH fest, das von Spanien aufgestellte Erfordernis verstoße gegen das Gemeinschaftsrecht,³¹¹ wobei es sich allerdings nicht um eine potentielle praktische Unmöglichkeit aufgrund der Kompliziertheit des Verfahrens, sondern aufgrund der Beschränkung auf nur ein zulässiges Beweismittel handelte.³¹² In der Rechtssache *HE* hielt der EuGH die zusätzlichen Voraussetzungen des deutschen Umsatzsteuergesetzes mit Blick auf Ehegatten, die eine nicht rechtsfähige Miteigentümergeinschaft bildeten, für nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar, weil keine Gefahr von Steuerhinterziehung oder Missbrauch bestünde.³¹³

Die Undurchschaubarkeit und Komplexität nationaler Vorschriften, mit denen eine Richtlinie umgesetzt wurde, wurde vom EuGH auch in anderen Fällen als Verstoß gegen die entsprechende Richtlinie beurteilt.³¹⁴

Nicht als unzumutbaren Aufwand sah der EuGH es in *Dilexport* an, die Zulässigkeit eines Antrags auf Erstattung gemeinschaftsrechtswidriger Zölle und Abgaben davon abhängig zu machen, dass dieser Antrag auch dem Finanzamt mitgeteilt wird, bei dem die Einkommensteuererklärung des Betroffenen für das entsprechende Geschäftsjahr eingegangen ist.³¹⁵ GA Ruiz-Jarabo Colomer erläuterte, dass ihm dieses Erfordernis zwar etwas überflüssig erscheine, machte aber deutlich, dass die mangelnde Zweckmäßigkeit einer Maßnahme als solche noch keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz ausmache.³¹⁶

308 EuGH, Urteil vom 14.7.1988, verb. Rs. 123 und 330/87 *Lea Jeunehomme und SA d'Etude et de Gestion immobilière (EGI) gegen Belgien*, Slg. 1988, 4517, Tz. 18. Ebenso EuGH, Urteil vom 6.12.1996, Rs. C-85/95 *John Reisdorf gegen Finanzamt Köln-West*, Slg. 1996, I-6257, Tz. 24; EuGH, Urteil vom 1.4.2004, Rs. C-90/02 *Finanzamt Gummersbach gegen Gerhard Bockemühl*, Slg. 2004, I-3303, Tz. 49; EuGH, Urteil vom 21.4.2005, Rs. C-25/03 *Finanzamt Bergisch Gladbach gegen HE*, Slg. 2005, I-3123, Tz. 80.

309 EuGH, Urteil vom 14.7.1988, verb. Rs. 123 und 330/87 *Lea Jeunehomme und SA d'Etude et de Gestion immobilière (EGI) gegen Belgien*, Slg. 1988, 4517, Tz. 19.

310 GA Slynn, Schlussanträge vom 31.5.1988, verb. Rs. 123 und 330/87 *Lea Jeunehomme und SA d'Etude et de Gestion immobilière (EGI) gegen Belgien*, Slg. 1988, 4517. Vgl. zur Problematik auch GA Mischo, Schlussanträge vom 14.3.1989, Rs. 342/87 *Genius Holding BV gegen Staatssecretaris van Financien*, Slg. 1989, 4227, Tz. 38 ff.

311 EuGH, Urteil vom 9.6.1992, Rs. C-96/91 *Kommission gegen Spanien*, Slg. 1992, I-3789, Tz. 12 ff.

312 Vgl. supra, Teil 3, B. III. 1.

313 EuGH, Urteil vom 21.4.2005, Rs. C-25/03 *Finanzamt Bergisch Gladbach gegen HE*, Slg. 2005, I-3123, Tz. 81.

314 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 12.6.2003, Rs. C-97/01 *Kommission gegen Luxemburg*, Slg. 2003, I-5797.

315 EuGH, Urteil vom 9.2.1999, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 60.

316 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 28.4.1998, Rs. C-343/96 *Dilexport Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1999, I-579, Tz. 55 ff.

D. Zugang zum Recht

I. Allgemeines

Das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz wurde vom EuGH bereits in den Rechtssachen *Johnston*³¹⁷ und *Heylens*³¹⁸ festgestellt. In *Verholen* ergänzte der EuGH, dass es zwar grundsätzlich Sache des nationalen Rechts sei, die Klagebefugnis und das Rechtsschutzinteresse des einzelnen zu bestimmen, dass aber die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften nicht dazu führen dürfe, dass sie die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich macht.³¹⁹ Noch weiter gehend formulierte GA Tesauro in der Rechtssache *Factortame*, es stehe fest, dass die nationalen Gerichte verpflichtet seien, den Einzelnen, denen aufgrund unmittelbar geltender gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen subjektive Rechte zustehen, einen vollständigen und effektiven gerichtlichen Schutz zu gewähren. Daraus ergebe sich, dass alle nationalen Vorschriften oder Praktiken, die das Gericht daran hindern, den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen "volle Wirksamkeit" zu geben, mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar seien.³²⁰ GA Kokott unterstellte dies in der Rechtssache *Waddenvereniging and Vogelsbeschermingvereniging* ausdrücklich dem Effektivitätsgrundsatz.³²¹ In einer Reihe von Richtlinien wurde das Recht, gegen eine Entscheidung ein Gericht anzurufen, ausdrücklich verankert.³²²

Hinsichtlich der Ausgestaltung des Verfahrens für die Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltsgenehmigung folgte der EuGH in *Panayotova u.a.* aus dem Effektivitätsgrundsatz, dass die geltende Regelung auf einem Verfahrenssystem beruhen müsse, das leicht zugänglich ist und das geeignet ist, den Betroffenen zu gewährleisten, dass ihr Antrag innerhalb angemessener Frist und objektiv bearbeitet wird.³²³ GA Geelhoed war in einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Frankreich mit der Frage der Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens für die Einfuhr von Arzneimitteln durch Privatpersonen befasst und leitete aus Art. 10 EG die folgenden Grundsätze ab: Erstens müssten Privatpersonen einfachen Zugang zum Verfahren haben und schnell eine Entscheidung erhalten können. Zweitens müsse Klarheit in Bezug auf die inhaltlichen Kriterien bestehen, die die nationale Behörde anwendet.³²⁴

317 EuGH, Urteil vom 15.5.1986, Rs. 222/84 *Marguerite Johnston gegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651.

318 EuGH, Urteil vom 15.10.1987, Rs. 222/86 *Unectef gegen Georges Heylens u.a.*, Slg. 1987, 4097.

319 EuGH, Urteil vom 11.7.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90 A. *Verholen u.a. gegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Slg. 1991, 3757, Tz. 24.

320 GA Tesauro, Schlussanträge vom 17.5.1990, Rs. 213/89 *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd u.a.*, Slg. 1990, I-2433, Tz. 15.

321 GA Kokott, Schlussanträge vom 29.1.2004, Rs. C-127/02 *Waddenvereniging and Vogelsbeschermingvereniging u.a. gegen Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Slg. 2004, I-7405, Tz. 142.

322 Vgl. etwa Art. 7 (1) der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 9 (1) der Richtlinie 2000/78/EG; Art. 8 (1) der Richtlinie 2004/113/EG; Art. 14 der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung, ABl. EG 2003 Nr. L 9/3.

323 EuGH, Urteil vom 16.11.2004, Rs. C-327/02 *Lili Georgieva Panayotova u.a. gegen Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, Slg. 2004, I-11055, Tz. 27.

324 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 21.10.2004, Rs. C-212/03 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2005, I-4213, Tz. 66.

II. Rechtsweg und Art des Anspruchs

1. Rechtsweg

Zum effektiven Schutz von Rechten gehört selbstverständlich die Verfügbarkeit von Rechtsmitteln. Welcher Gerichtsbarkeit ein Mitgliedstaat eine Rechtsfrage zuweist, ist dabei nach der Rechtsprechung des EuGH unbeachtlich,³²⁵ wobei die Mitgliedstaaten für den wirksamen Rechtsschutz in jedem Einzelfall verantwortlich sind.³²⁶ Eine nationale Vorschrift, die die Zuständigkeit der einzigen Gerichtsbarkeit, die effektiven Rechtsschutz gewähren könnte, ausschließt, muss notfalls im Einzelfall unangewendet bleiben.³²⁷

2. Bestehen und Art des Anspruchs

Grundsätzlich ist es nach der Rechtsprechung des EuGH in *Metallgesellschaft* mit Blick auf die Rechtsfolgen der unrechtmäßigen Erhebung von Abgaben auch Sache des nationalen Gerichts zu entscheiden, wie Klagen nach nationalem Recht einzuordnen sind (Erstattungsklagen oder Schadensersatzklagen), solange der Kläger über einen effektiven Rechtsbehelf verfügt.³²⁸ Auch eine Neuqualifizierung von Rechtsbeziehungen aufgrund der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Abgabe von einer abgabenrechtlichen Angelegenheit hin zu einer privatrechtlichen Angelegenheit kommt in Betracht, wenn dadurch der Anspruch auf Erstattung der zu Unrecht gezahlten Abgabe nicht praktisch unmöglich gemacht oder erheblich erschwert wird.³²⁹

Von größter Bedeutung für das Verbraucherrecht ist hier die Rechtssache *Schulte*, in der der EuGH Art. 4 (3) der Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG auslegte. Dieser lautet: "Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass ihre innerstaatlichen Rechtsvorschriften Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers vorsehen, wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung (über das Widerrufsrecht) nicht erfolgt", erwähnt also die Erforderlichkeit individuellen Rechtsschutzes nicht ausdrücklich. Der EuGH machte sich zunächst darüber Gedanken, was passiert wäre, wenn die Bausparkasse Badenia die Eheleute Schulte rechtzeitig über deren Widerrufsrecht nach dem deutschen Haustürwiderrufsgesetz (HausTWG) belehrt hätte. Dann hätten diese sieben Tage Zeit gehabt, um ihre Entscheidung, den Darlehensvertrag zu schließen, rückgängig zu machen. Hätten sie sich zu diesem Zeitpunkt zum Widerruf entschlossen, so stehe fest, dass in Anbetracht des Verhältnisses zwischen dem Darlehens-

325 Grundlegend EuGH, Urteil vom 19.12.1968, Rs. 13/68 *Firma Salgoil gegen Außenhandelsministerium der Italienischen Republik*, Slg. 1968, 680. Vgl. auch EuGH, Urteil vom 27.3.1980, Rs. 61/79 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Denkavit Italiana S.r.l.*, Slg. 1980, 1205, Tz. 23 f.; EuGH, Urteil vom 12.12.2002, Rs. C-470/99 *Universale-Bau AG u.a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, Slg. 2002, I-11617, Tz. 42.

326 Vgl. EuGH, Urteil vom 9.7.1985, Rs. 179/94 *Piercarlo Bozzetti gegen SpA Invernizzi und Ministero del Tesoro*, Slg. 1985, 2301, Tz. 17; EuGH, Urteil vom 22.5.2003, Rs. C-462/99 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH gegen Telekom-Control-Kommission*, Slg. 2003, I-5197, Tz. 35.

327 EuGH, Urteil vom 22.5.2003, Rs. C-462/99 *Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH gegen Telekom-Control-Kommission*, Slg. 2003, I-5197, Tz. 40.

328 EuGH, Urteil vom 8.3.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd. u.a. gegen Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727, Tz. 96. Ebenso GA Geelhoed, Schlussanträge vom 6.4.2006, Rs. C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 127 ff.

329 EuGH, Urteil vom 22.10.1998, verb. Rs. C-10/97 bis C-22/97 *Ministero delle Finanze gegen IN.CO.GE.'90 Srl u.a.*, Slg. 1998, I-6307, Tz. 27 ff.

vertrag und dem Kaufvertrag Letzterer nicht zustande gekommen wäre. Unter solchen Umständen verpflichtete die Richtlinie die Mitgliedstaaten, "geeignete Maßnahmen" zu treffen, damit der Verbraucher nicht die Folgen der Verwirklichung der Risiken, die aus der nicht erfolgten Belehrung resultierten, zu tragen hat. Die Mitgliedstaaten müssten also dafür sorgen, dass unter diesen Umständen das Kreditinstitut, das seiner Belehrungspflicht nicht nachgekommen ist, die Folgen der Verwirklichung dieser Risiken trägt, damit der Pflicht, die Verbraucher zu schützen, genügt werde.³³⁰ Der EuGH interpretiert also den Begriff "Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers" in der Weise, dass dem Verbraucher zivilrechtliche Ansprüche gegen das Kreditinstitut, das gegen seine Belehrungspflicht verstößt, zustehen müssen. Ein öffentlich-rechtlicher "Verbraucherschutz" etwa durch Androhung einer Geldbuße, wie er in einigen Mitgliedstaaten vorgesehen ist,³³¹ genügt demnach nicht. Von weit reichender Bedeutung ist diese Rechtsprechung insbesondere deshalb, weil die Pflicht, "Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers" vorzusehen, sich in dieser oder ähnlicher Formulierung in einer ganzen Reihe verbraucherrechtlicher Rechtsakte findet. So heißt es in Art. 11 (1) der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG: "Die Mitgliedstaaten sorgen im Interesse der Verbraucher für geeignete und wirksame Mittel, die die Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie gewährleisten".

Einschränkend wird man sagen müssen, dass es in *Schulte* darum ging, dass der Verstoß gegen Art. 4 (3) der Richtlinie 85/577/EWG dazu führte, dass ein Verbraucher ein Recht – sein Widerrufsrecht – nicht ausüben konnte und dadurch einen Schaden erlitt, was voraussetzt, dass ein solches Recht überhaupt besteht. Ob sich diese Rechtsprechung auf andere Verstöße bzw. auf entsprechende "Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers" erstrecken lässt, muss wohl im Einzelfall entschieden werden.

Umgekehrt scheint die Rechtslage im Lauterkeitsrecht zu sein. Als Beispiel mag Art. 11 (2) der Richtlinie 2005/29/EG dienen, wonach die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften vorsehen müssen, die es Personen oder Organisationen, die nach dem nationalen Recht ein berechtigtes Interesse an der Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken haben, einschließlich Mitbewerbern, gestatten, gerichtlich gegen solche unlauteren Geschäftspraktiken vorzugehen. Zu den klagebefugten Personen gehören demnach zwar zwingend Mitbewerber, aber nicht auch Verbraucher. In Erwägungsgrund (9) heißt es dazu, dass die Richtlinie nicht individuelle Klagen von Personen berühre, die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt worden seien. Die Richtlinie will also Ansprüche von Verbrauchern, die sich auf Delikts- oder Vertragsrecht stützen, nicht ausschließen. Sie schreibt aber nicht vor, dass Verbrauchern, die von unlauteren Geschäftspraktiken betroffen sind, Individualansprüche eingeräumt werden müssen.³³²

3. Erforderlichkeit des Vorsehens von Schadensersatzansprüchen

Selbstverständlich können gemeinschaftsrechtliche Rechtsakte die von den Mitgliedstaaten vorzusehenden Sanktionen ausdrücklich oder implizit auch noch präziser bestimmen. Von besonderer Bedeutung ist insoweit, ob im Einzelfall eine Schadensersatzpflicht als Sanktion zwingend notwendig sein kann. Hierfür könnte zunächst die wegweisende Entscheidung in

330 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 97 ff.

331 Vgl. dazu Rott, Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten, 2000, 138.

332 So auch Köhler, GRUR 2005, 793, 801; Alexander, GRUR Int. 2005, 809, 813.

der Rechtssache *Francovich* sprechen, die dann insbesondere in der Rechtssache *Brasserie de Pêcheur* weiterentwickelt wurde. In *Francovich* stellte der EuGH folgenden Grundsatz auf:

"Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte wäre gemindert, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist."³³³

Allerdings scheint weniger der Staatshaftungsanspruch selbst aus dem Effektivitätsgrundsatz entwickelt als vielmehr seine Konkretisierung diesem Grundsatz zu unterliegen.³³⁴ Obwohl er zur Stütze des Staatshaftungsanspruchs auch Art. 5 EWGV heranzog, bezeichnete der EuGH den Staatshaftungsanspruch selbst als einen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts.³³⁵ Im weiteren Verlauf des Urteils formulierte der EuGH dann, der Staat habe die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben. Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung sei es nämlich Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollen. Dabei dürften die im nationalen Recht festgelegten formellen und materiellen Voraussetzungen es dem Kläger nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die begehrte Entschädigung zu erlangen.³³⁶ Auch die Ausführungen von GA Mischo deuten in diese Richtung. Dieser unterschied ausdrücklich die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz in *Rewe* von der in *Francovich* primär zu entscheidenden Frage eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs.³³⁷

Dennoch kommt in den Schlussanträgen von GA Mischo auch zum Ausdruck, dass Mitgliedstaaten in den Fällen, in denen die Zahlung von Schadensersatz im konkreten Einzelfall die einzige Möglichkeit ist, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet sein können. Wenn hingegen andere Mittel als Schadensersatzansprüche zur Verfügung stehen, die die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts gewährleisten, bleibe den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht.³³⁸ Ähnlich argumentierte GA van Gerven in *Banks*, dass in privatrechtlichen

333 EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 33; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 20.

334 So explizit auch Craig, 109 L.Q.R. (1993), 595, 597.

335 EuGH, Urteil vom 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 36 f. Vgl. auch GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 42.

336 Ibid., Tz. 42 f. Ebenso EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 67; EuGH, Urteil vom 23.5.1996, Rs. C-5/94 *The Queen gegen Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedly Lomas (Ireland) Ltd.*, Slg. 1996, I-2553, Rdnr. 31; EuGH, Urteil vom 10.7.1997, Rs. C-261/95 *Rosalba Palmisani gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 1997, I-4025, Tz. 27; EuGH, Urteil vom 4.7.2000, Rs. C-424/97 *Salomone Haim gegen Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, Slg. 2000, I-5123, Tz. 33; EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-224/01 *Gerhard Köbler gegen Österreich*, Slg. 2003, I-10239, Tz. 58; GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 23.

337 GA Mischo, Schlussanträge vom 28.5.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 46.

338 GA Mischo, Schlussanträge vom 28.5.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90 *Andrea Francovich und Danila Bonifaci und andere gegen Italien*, Slg. 1991, I-5357, Tz. 42 f.

Situationen, in denen ein oder mehrere Unternehmen wettbewerbswidrig agierten und dadurch einem Dritten ein Schaden verursacht wird, allein ein Schadensersatzanspruch die Rechte der geschädigten Partei wiederherstellen könne.³³⁹ Dieser Auffassung schloss sich der EuGH in der Rechtssache *Courage*, in der es um einen wettbewerbswidrigen Alleinbezugsvertrag für Bier ging, an, wobei sich GA Mischo auf die Schlussanträge von GA van Gerven in *Banks* bezog.³⁴⁰ Der EuGH stellte fest, die praktische Wirksamkeit des in Art. 85 (1) EGV a.F. ausgesprochenen Verbots wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen beeinträchtigt wäre, wenn nicht jedermann Ersatz des Schadens verlangen könnte, der ihm durch eine solche Vereinbarung oder durch ein entsprechendes Verhalten entstanden ist. Der EuGH begründete seine Rechtsansicht mit der Bedeutung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln und damit, dass Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten wesentlich zur Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der Gemeinschaft beitragen könnten.³⁴¹ GA Mischo erläuterte, dass die in Art. 85 (2) EGV a.F. angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht immer ausreiche, um den verursachten Schaden wieder gut zu machen.³⁴² Auch in diesen Fällen obliegt die Regelung der Verfahrensmodalitäten den Mitgliedstaaten, wobei wiederum der Äquivalenzgrundsatz und der Effektivitätsgrundsatz zu beachten sind.³⁴³

Einzelne Richtlinien sehen mittlerweile den Schadensersatzanspruch ausdrücklich vor. So lautet Art. 6 (2) der Richtlinie 76/207/EWG i.d.F. der Richtlinie 2002/73/EG in Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGH auszugsweise: "Die Mitgliedstaaten treffen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung die erforderlichen Maßnahmen um sicherzustellen, dass der einer Person durch eine Diskriminierung in Form eines Verstoßes gegen Artikel 3 entstandene Schaden — je nach den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten — tatsächlich und wirksam ausgeglichen oder ersetzt wird, wobei dies auf eine abschreckende und dem erlittenen Schaden angemessene Art und Weise geschehen muss". Dasselbe gilt für die Neufassung dieser Richtlinie durch die Richtlinie 2006/54/EG, dort Art. 18, sowie nach Art. 8 (2) der Richtlinie 2004/113/EG hinsichtlich der Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Mit Art. 2 (1) lit. c) der Richtlinie 89/665/EWG wurde im Bereich des Vergaberechts ein Schadensersatzanspruch desjenigen, der durch einen Rechtsverstoß geschädigt worden ist, eingeführt.

III. Internationale und örtliche Zuständigkeit

Mit der internationalen Zuständigkeit befasste sich der EuGH in Bezug auf die AGB-Verbandsklage in der Rechtssache *Henkel*. Es ging dort um die Frage, ob unter der Geltung des EuGVÜ ein Unternehmer nur nach Art. 2 EuGVÜ in dem Mitgliedstaat, in dem er seine

339 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 44.

340 GA Mischo, Schlussanträge vom 22.3.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 38.

341 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 25 ff. Dazu auch Reich, CMLRev. 42 (2005), 35 ff.

342 GA Mischo, Schlussanträge vom 22.3.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 54.

343 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 29. Ebenso EuGH, Urteil vom 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 62.

Niederlassung hat, oder auch nach Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ in dem Mitgliedstaat, in dem die betroffenen Verbraucher und der Verbraucherverband, der sich deren Schutz verschrieben hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. ihren Sitz haben, verklagt werden kann. Der EuGH erkannte, dass nur die letztere Auslegung sich mit der Zielsetzung von Art. 7 der Richtlinie 93/13/EWG in Einklang bringen lasse. Die Wirksamkeit der dort vorgesehenen Klagen auf Unterlassung der Verwendung unzulässiger Klauseln wäre erheblich beeinträchtigt, wenn diese Klagen nur im Staat der Niederlassung des Gewerbetreibenden erhoben werden könnten.³⁴⁴

Die innerstaatliche örtliche Zuständigkeit aufgrund gesetzlicher Vorgaben war, soweit ersichtlich, noch nicht Gegenstand der Überprüfung durch den EuGH. Dieser hat sich aber zur Verlagerung der örtlichen Zuständigkeit durch Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Rechtssache *Océano Grupo* geäußert. Der EuGH qualifizierte eine solche Gerichtsstandsvereinbarung als missbräuchlich i.S.d. Richtlinie 93/13/EWG.³⁴⁵

IV. Klagebefugnis

1. Rechtsschutz für Betroffene

Dass der nach Gemeinschaftsrecht Berechtigte Rechtsschutz genießen muss, ergibt sich bereits aus dem soeben Gesagten. Fraglich kann in diesem Zusammenhang aber sein, wer Berechtigter ist.

In der Rechtssache *MRAX* ging es um die Frage von Rechtsmitteln, die mit Staatsangehörigen von EG-Mitgliedstaaten verheiratete Staatsangehörige von Drittstaaten nach der belgischen Umsetzung der Richtlinie 64/221/EWG über Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern³⁴⁶ geltend machen konnten. Hier nahm der EuGH unter Berufung auf die praktische Wirksamkeit dieser Richtlinie eine weite Auslegung vor, nach der solchen Ehegatten ein Antragsrecht zustand.³⁴⁷ GA Stix-Hackl hatte sich in ihren Schlussanträgen ausdrücklich auf den Effektivitätsgrundsatz berufen.³⁴⁸

Auch in der Rechtssache *Makedoniko Metro und Michaniki* war die Klagebefugnis streitig. Es ging um eine Vergabesache, in der eine Bietergemeinschaft unter Verstoß gegen griechisches Recht ihre Zusammensetzung geändert hatte. Das Gemeinschaftsrecht hielt keine Regelungen über die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft vor, so dass GA Stix-Hackl den Effektivitätsgrundsatz für anwendbar hielt, aber keinen Verstoß erkennen konnte.³⁴⁹ Auch den Ausschluss der Klage einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft sah der EuGH im Anschluss an die Schlussanträge GA Stix-Hackl in der Rechtssache *Espace Trianon und Sofibail* als zulässig an, solange die Aktivlegitimation der Bietergemeinschaft als

344 EuGH, Urteil vom 1.10.2002, Rs. C-167/00 *Verein für Konsumenteninformation gegen Karl-Heinz Henkel*, Slg. 2002, I-8111, Tz. 43.

345 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941.

346 ABl. EG 1964 Nr. L 56.

347 EuGH, Urteil vom 25.7.2002, Rs. C-459/99 *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) gegen Belgien*, Slg. 2002, I-6591, Tz. 103.

348 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 13.9.2001, Rs. C-459/99 *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) gegen Belgien*, Slg. 2002, I-6591, Tz. 144.

349 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-57/01 *Makedoniki Metro und Michaniki AE gegen Elliniko Dimosio*, Slg. 2003, I-1091, Tz. 69 u. 80 f.

solcher gegeben sei.³⁵⁰ GA Stix-Hackl hatte dies anhand des Effektivitätsgrundsatzes bewertet.³⁵¹ Bei anderen Vergaberechtsstreitigkeiten wurde die Frage, ob die Klagebefugnis dadurch entfallen war, dass ohnehin aufgrund eines anderen, bis dahin nicht problematisierten Verstoßes dem Betroffenen kein Schaden entstanden sein konnte, dem Effektivitätsgrundsatz unterstellt.³⁵²

In der Rechtssache *Steffensen* wurde die Frage aufgeworfen, wer nach Art. 7 (1) der Richtlinie 89/397/EWG über die amtliche Lebensmittelüberwachung befugt war, ein Gegengutachten einzuholen. Die dänische Regierung vertrat die Ansicht, dieses Recht stehe nur den Wirtschaftsteilnehmern zu, bei denen im Rahmen der Lebensmittelüberwachung Proben entnommen werden, d.h. den Einzelhändlern. Dies verneinte der EuGH mit der Begründung, dass die Rechtsfolgen insbesondere in Form von Geldbußen die Hersteller trafen. Diese müssten daher als "Betroffene" i.S.d. Art. 7 (1) der Richtlinie angesehen werden. Andernfalls wäre die Ausübung des ihnen in der Richtlinie ausdrücklich zuerkannten Rechts auf Einlegung eines Rechtsbehelfs hierdurch unmittelbar beeinträchtigt.³⁵³

2. Rechtsschutz mittelbar betroffener Dritter

Der Rechtsschutz mittelbar betroffener Dritter war Gegenstand der Rechtssache *Verholen*. Hier war nicht der Kläger selbst, sondern seine nicht am Verfahren beteiligte Ehefrau entgegen der Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen³⁵⁴ diskriminiert worden. Dem Kläger war aber aufgrund dieser Diskriminierung der Zuschlag zu seiner Altersrente gekürzt worden. Der EuGH entschied, dass die Richtlinie verlange, dass der einzelne sich vor einem nationalen Gericht auf sie berufen könne, wenn ihn die Folgen einer nationalen Bestimmung treffen, durch die seine nicht am Verfahren beteiligte Ehefrau diskriminiert wird.³⁵⁵

Auch in der Rechtssache *Safalero* ging es um den Rechtsschutz eines Dritten. Die Safalero Srl verkaufte Funkfernsteuerungen an das italienische Unternehmen Vitale. Dort wurden die Fernsteuerungen beschlagnahmt, weil sie nicht mit einem bestimmten Zulassungszeichen versehen waren. Die italienischen Verwaltungsbehörden verweigerten der Safalero Srl jeglichen Rechtsschutz gegen die Beschlagnahme, weil sie nicht deren Adressat war. GA Stix-Hackl war der Auffassung, die pauschale Verweigerung von Rechtsschutz gegenüber Nichtadressaten verletze das Recht auf effektiven Rechtsschutz. Im konkreten Fall wirkten gerade die Beschlagnahme und möglicherweise Zerstörung von Waren bei Einzelhändlern

350 EuGH, Urteil vom 8.9.2005, Rs. C-129/04 *Espace Trianon SA und Société wallone de location-financement SA (Sofibail) gegen Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM)*, Slg. 2005, I-7805, Tz. 22 f.

351 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 15.3.2005, Rs. C-129/04 *Espace Trianon SA und Société wallone de location-financement SA (Sofibail) gegen Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*, Slg. 2005, I-7805, Tz. 53 ff.

352 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 19.6.2003, Rs. C-249/01 *Werner Hackermüller gegen Bundesimmobilien-gesellschaft mbH (BIG) und Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donaauraum AG (WED)*, Slg. 2003, I-6319.

353 EuGH, Urteil vom 10.4.2003, Rs. C-276/01 *Joachim Steffensen*, Slg. 2003, I-3735, Tz. 40.

354 ABl. EG 1979 Nr. L 6.

355 EuGH, Urteil vom 11.7.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90 A. *Verholen u.a. gegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Slg. 1991, 3757, Tz. 26. Ebenso GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.7.1996, Rs. C-77/95 *Bruna-Alessandra Züchner gegen Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen*, Slg. 1996, I-5689, Tz. 62 (dort scheiterte der Anspruch aus anderen Gründen).

abschreckend und könnten dazu führen, dass Waren nur noch in verringertem Maße oder gar nicht mehr abgesetzt werden könnten. Außerdem könnte sich die Safalero Srl vertraglichen Schadensersatzansprüchen der Einzelhändler ausgesetzt sehen. Aufgrund dieses Näheverhältnisses müsse der Safalero Srl das Recht auf effektiven Rechtsschutz zugestanden werden, zumal sie sonst vom Wohlwollen des unmittelbaren Adressaten der Maßnahme abhängig wäre, also davon, ob dieser ein Rechtsmittel ergreife oder nicht.³⁵⁶ Der EuGH folgte dieser Auffassung im Grundsatz, meinte aber, das Recht auf effektiven Rechtsschutz sei dann nicht verletzt, wenn der Drittbetroffene aufgrund einer anderen Maßnahme, etwa einer Geldbuße, die Rechtmäßigkeit der Entscheidung überprüfen lassen könnte.³⁵⁷

3. Klagebefugnis sonstiger "Drittbetroffener"

Die Klagebefugnis von "Drittbetroffenen" wurde in der Rechtsprechung des EuGH zunächst in Bezug auf die Auslegung von Art. 230 (4) EG erörtert. Zusammengefasst kennt die Gemeinschaftsrechtsprechung weder die Popularklage noch eine *class action*. Einer Vereinigung, die zur Wahrnehmung kollektiver Interessen einer Gruppe von Bürgern gegründet wurde, verweigerte der EuGH in der Rechtssache *Greenpeace* die Berufung auf Art. 173 (4) EG (jetzt Art. 230 (4) EG), weil sie nicht individuell betroffen sein könne.³⁵⁸

Diese Grundsätze übertrug GA Geelhoed in der Rechtssache *Muñoz und Superior Fruiticola* auf den individuellen Rechtsschutz im Lauterkeitsrecht.³⁵⁹ Der EuGH nahm dies allerdings in seinem Urteil nicht auf und verlangte ein (eigenes) konkretes wirtschaftliches Interesse.

Etwas anderes gilt selbstverständlich dort, wo ein Gemeinschaftsrechtsakt ausdrücklich Verbände in die Rechtsdurchsetzung einschließt, wie dies gerade im EG-Verbraucherrecht häufig der Fall ist. Echte *class actions* wurden bislang hingegen nicht eingeführt.³⁶⁰

4. Zivilrechtlicher Rechtsschutz neben öffentlicher Kontrolle

a) Kein öffentlich-rechtliches Durchsetzungsmonopol

Eine auch für das Verbraucherrecht bedeutsame Frage lag der Rechtssache *Muñoz und Superior Fruiticola* zu Grunde. Hier ging es um die Einhaltung von Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 2200/96 über Qualitätsnormen für Tafeltraubensorten.³⁶¹ Art. 3 (1) der Verordnung sieht vor, dass der Besitzer der Erzeugnisse, für die Qualitätsnormen festgelegt sind, diese in der Gemeinschaft nur dann feilhalten, anbieten, verkaufen, liefern oder anderweitig in den Verkehr bringen darf, wenn sie diesen Normen entsprechen. Art. 7 sieht die Einrichtung von Kontrollstellen vor, Art. 38 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Durchführung von Kontrollen. Art. 50 schließlich verpflichtet die Mitgliedstaaten, alle geeigneten

356 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 20.3.2003, Rs. C-13/01 *Safalero Srl gegen Prefetto di Genova*, Slg. 2003, I-8679, Tz. 66 ff.

357 EuGH, Urteil vom 11.9.2003, Rs. C-13/01 *Safalero Srl gegen Prefetto di Genova*, Slg. 2003, I-8679, Tz. 54 ff.

358 EuGH, Urteil vom 2.4.1998, Rs. C-321/95 P *Greenpeace u.a. gegen Kommission*, Slg. 1998, I-1651, Tz. 14.

359 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruiticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 68 ff.

360 Vgl. auch Schiek, NZA 2004, 873, 877.

361 Verordnung (EG) Nr. 2200/96 über die gemeinsame Marktorganisation für Obst und Gemüse, ABl. EG 1996 Nr. L 297/1. Diese löste die Verordnung (EWG) Nr. 1035/72, ABl. EG 1972 Nr. L 118/1, ab.

Maßnahmen zu erlassen, um Verstöße gegen die Bestimmungen der Verordnung zu ahnden und Betrugshandlungen vorzubeugen und diese zu ahnden. Nachdem die zuständige nationale Behörde, das Horticultural Marketing Inspectorate, trotz mehrerer Beschwerden untätig geblieben war, machte ein Wettbewerber im Wege des Zivilprozesses einen Verstoß gegen Qualitätsnormen für Trauben der Sorte Superior Seedless, einer der teuersten weißen kernlosen Traubensorten, geltend. Der englische High Court war der Auffassung, den Unternehmen Muñoz und Superior Fruiticola stünde insofern kein Klagerecht zu. Der EuGH bezog sich darauf, dass die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit das Gemeinschaftsrecht anzuwenden haben, die volle Wirkung seiner Bestimmungen zu gewährleisten hätten. Mit der Anwendung gemeinsamer Qualitätsnormen werde nach den Erwägungsgründen der Verordnung (EG) Nr. 2200/96 der Zweck verfolgt, Erzeugnisse unzureichender Qualität vom Markt fern zu halten, die Erzeugung so auszurichten, dass den Anforderungen der Verbraucher entsprochen werde, sowie die Handelsbeziehungen auf der Grundlage eines lautereren Wettbewerbs zu erleichtern. Daher setze die volle Wirksamkeit der Regelung der Qualitätsnormen und insbesondere die praktische Wirksamkeit der Verpflichtung nach Art. 3 (1) der Verordnung (EG) Nr. 2200/96 voraus, dass deren Beachtung im Wege eines Zivilprozesses durchgesetzt werden kann, den ein Wirtschaftsteilnehmer gegen einen Konkurrenten anstrengt. Eine solche Klagebefugnis verstärke nämlich die Durchsetzungskraft der gemeinschaftlichen Regelung der Qualitätsnormen. Sie ergänze die Tätigkeit der Stellen, die in den Mitgliedstaaten für die Durchführung der vorgesehenen Kontrollen zuständig sind, und trage damit dazu bei, oft nur schwer aufzudeckende Praktiken zu unterbinden, die den Wettbewerb verfälschen könnten. So gesehen seien Klagen von Konkurrenten vor nationalen Gerichten besonders geeignet, wesentlich zur Sicherung eines lautereren Handels und der Markttransparenz in der Gemeinschaft beizutragen.³⁶²

Noch deutlicher wird die Bedeutung der Rechtssache *Muñoz und Superior Fruiticola* in den Schlussanträgen von GA Geelhoed. Dieser stellte ausgangs fest, dass es sich um eine Rechtsfrage grundsätzlicher Art handle, die über den Rahmen der Marktorganisation für Obst und Gemüse hinausgehe. Im Kern gehe es darum festzustellen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Einzelner berechtigt ist, vor Zivilgerichten die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts durch einen anderen zu erzwingen, wenn eine öffentlich-rechtliche Kontrollstelle eingerichtet ist, die gegen die Verletzung des Gemeinschaftsrechts nicht einschreitet,³⁶³ wobei eine notwendige Voraussetzungen für einen solchen Rechtsschutz sei, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften den Schutz von Konkurrenzunternehmen bezweckten.³⁶⁴ Einen automatischen Ausschluss privater Rechtsdurchsetzung in Fällen, in denen in einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift lediglich die öffentlich-rechtliche Rechtsdurchsetzung ausdrücklich genannt ist, lehnte GA Geelhoed ausdrücklich ab. Insbesondere in Fällen, in denen ein Rechtsverstoß zur Schädigung eines Dritten führen kann, liege dies nahe. GA Geelhoed verwies in seiner Argumentation auf die Rechtslage im Kartellrecht, wo ein geschädigter Mitbewerber nach der Rechtsprechung des EuGH Schadensersatz verlangen kann und dies als notwendige Ergänzung staatlicher Durchsetzungsmaßnahmen angesehen wird. Im Lauterkeitsrecht könne nichts anderes gelten, damit eine Privatperson bei

362 EuGH, Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruiticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 28 ff.

363 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruiticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 2.

364 *Ibid.*, Tz. 26.

der Verwirklichung der ihr aus einer Verordnung zustehenden Rechte nicht allein vom guten Willen einer Kontrollstelle zur Durchsetzung dieser Rechte abhängig sei. Die zivilgerichtliche Durchsetzung stelle daher eine notwendige und nützliche Ergänzung der Durchsetzung durch den Mitgliedstaat dar.³⁶⁵ In der Konsequenz verlange der *effet utile* des Gemeinschaftsrechts eine effektive Klagemöglichkeit der Parteien.³⁶⁶

b) *Vorrang der öffentlich-rechtlichen Rechtsdurchsetzung?*

Zur möglichen Subsidiarität des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der öffentlichen Rechtsdurchsetzung äußerte sich der EuGH in *Muñoz und Superior Fruticola* nicht. GA Geelhoed ging allerdings davon aus, dass das nationale Recht vorsehen dürfe, dass ein Betroffener zunächst von anderen Rechtsschutzmöglichkeiten, z.B. einem etwa gegebenen Beschwerderecht, Gebrauch machen muss.³⁶⁷

5. *Vertretungsregeln bei Gesellschaften*

Im Zusammenhang mit dem vergaberechtlichen Rechtsschutz trat in der Rechtssache *Espace Trianon und Sofibail* auch die Frage auf, ob gesellschaftsrechtliche Vertretungsregelungen gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen können. Das belgische Recht sah vor, dass Bietergemeinschaften grundsätzlich nur einstimmig gegen vergaberechtliche Entscheidungen vorgehen konnten, wobei die Vorschrift dispositiv war und Bietergemeinschaften intern etwas anderes vereinbaren konnten. Nach Auffassung von GA Stix-Hackl ist eine solche Regelung mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar. Der vom Gemeinschaftsgesetzgeber beabsichtigte leichtere Zugang zu einem wirksamen Rechtsschutz wäre jedoch etwa dann verletzt, wenn das nationale Recht Vertretungsregeln enthielte, deren Erfüllung praktisch unmöglich sei.³⁶⁸

V. **Einstweiliger Rechtsschutz**

Als notwendigen Bestandteil des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz erkannte der EuGH in der Rechtssache *Factortame* den einstweiligen Rechtsschutz. Danach würde die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts abgeschwächt, wenn ein mit einem nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes Gericht durch eine Vorschrift des nationalen Rechts daran gehindert werden könnte, einstweilige Anordnungen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Gemeinschaftsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen.³⁶⁹ Noch deutlicher formulierte GA Tesauo: Der einstweilige Rechtsschutz erweise sich als grundlegendes und unverzichtbares Element eines jeden Rechtsschutzsystems. Dieses Instrument solle im Einzelfall effektiv die Feststellung des Rechts und ganz allgemein die Anwendung der Rechtsnorm in all den Fällen

365 Ibid., Tz. 55 ff.

366 Ibid., Tz. 67.

367 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 76.

368 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 15.3.2005, Rs. C-129/04 *Espace Trianon SA und Société wallone de location-financement SA (Sofibail) gegen Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*, Slg. 2005, I-7805, Tz. 59 ff.

369 EuGH, Urteil vom 19.6.1990, Rs. 213/89 *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd u.a.*, Slg. 1990, I-2433, Tz. 21.

gewährleisten, in denen die Verfahrensdauer dazu angetan ist, die Erreichung dieses Ziels zu gefährden und somit das Urteil praktisch wirkungslos zu machen.³⁷⁰

Auch hinsichtlich der Voraussetzungen für den einstweiligen Rechtsschutz verwies GA Tesauo auf den Effektivitätsgrundsatz und insbesondere auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Comet*. Die Verfahrensregeln und Fristen seien mangels einer Harmonisierung nach wie vor in den nationalen Rechtsordnungen geregelt, vorausgesetzt, dass sie nicht die Verfolgung von Rechten, die die innerstaatlichen Gerichte zu schützen verpflichtet sind, praktisch unmöglich machten. Dabei hielt GA Tesauo den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten allerdings für gering, denn die Rechtslehre und das positive Recht hätten schon seit langem den *fumus boni juris* (den mehr oder weniger großen Anschein der Rechtmäßigkeit der streitigen Bestimmung) sowie das *periculum in mora* (die mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit, dass die einen oder anderen der in Rede stehenden Interessen bis zum endgültigen Abschluss des Verfahrens beeinträchtigt werden) als die beiden grundlegenden Voraussetzungen für den einstweiligen Rechtsschutz identifiziert.³⁷¹

Im EG-Verbraucherrecht sehen einige Richtlinien die Verfügbarkeit beschleunigter Verfahren vor, wobei den Mitgliedstaaten ausdrücklich überlassen wird, ob sie sich für Verfahren mit vorläufiger oder endgültiger Wirkung entscheiden.³⁷² Auch die vergaberechtliche Rechtsmittel-Richtlinie 89/665/EWG führte den einstweiligen Rechtsschutz für dieses Gebiet explizit ein.³⁷³

VI. Verfahrens- und Gerichtskosten

Dass Verfahrens- bzw. Gerichtskosten eine entscheidende Rolle bei der Beurteilung des Zugangs zum Recht spielen, ist offensichtlich. In der Rechtsprechung des EuGH kam dies wohl erstmals in der Rechtssache *Levez* zum Ausdruck. Mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz argumentierte der EuGH, die Verfügbarkeit eines alternativen Rechtsmittels könne die Nichtverfügbarkeit effektiven Rechtsschutzes aufgrund der primär in Betracht kommenden Umsetzungsmaßnahme ausgleichen, wenn dieses alternative Rechtsmittel gleichwertig sei. Bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit sei insbesondere darauf zu achten, dass dem Kläger keine zusätzlichen Kosten oder längeren Fristen in Kauf nehmen müsse.³⁷⁴

GA Ruiz-Jarabo Colomer bezeichnete in der Rechtssache *D.* ein teures Prozesswesen als ebenso unvereinbar mit dem Anspruch auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz wie ein langsames Prozesswesen.³⁷⁵ In der Rechtssache *Manfredi u.a.* bemerkte GA Geelhoed nebenbei – da er zum Ergebnis kam, dass das vorliegende Gericht von falschen Voraussetzungen ausging –, dass die Dauer und die Kosten eines Verfahrens unverhältnismäßig sein

370 GA Tesauo, Schlussanträge vom 17.5.1990, Rs. 213/89 *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd u.a.*, Slg. 1990, I-2433, Tz. 19.

371 GA Tesauo, Schlussanträge vom 17.5.1990, Rs. 213/89 *The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd u.a.*, Slg. 1990, I-2433, Tz. 33.

372 Vgl. nur Art. 4 (2) der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung.

373 Vgl. Art. 2 (1) der Richtlinie 89/665/EWG sowie den fünften Erwägungsgrund der Richtlinie.

374 EuGH, Urteil vom 1.12.1998, Rs. C-326/96 *B. S. Levez gegen T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd*, Slg. 1998, I-7835, Tz. 51. Ebenso EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 60.

375 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 26.10.2004, Rs. C-376/03 *D. gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, Slg. 2005, I-5821, Tz. 110.

müssten, wenn die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte vereitelt werden soll.³⁷⁶

Die Frage, wer die Kosten eines Vorlageverfahrens nach Art. 234 EG zu tragen hat, war Gegenstand der Rechtssache *Clean Car*. Der EuGH bestätigte in Übereinstimmung mit seiner früheren Rechtsprechung die grundsätzliche Kompetenz der Mitgliedstaaten, die Kostentragung zu regeln,³⁷⁷ unterstellte die Zuweisung von Prozesskosten aber dem Effektivitätsgrundsatz. Im konkreten Fall, in dem das österreichische Verwaltungsverfahrensgesetz der obsiegenden Partei einen Anspruch auf Erstattung bestimmter Aufwendungen zubilligte, aber keine Bestimmungen für die Aufwendungen für ein Vorlageverfahren nach Art. 234 EG enthielt, konnte der EuGH keinen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz erkennen.³⁷⁸ Immerhin gab GA Geelhoed zu erkennen, dass das nationale Gericht in Fällen, in denen das nationale Recht einen pauschalen Aufwendungsersatz vorsieht, beachten müsse, dass ein Verfahren vor dem EuGH möglicherweise zusätzliche Kosten, z.B. höhere Reise- und Aufenthaltskosten, mit sich bringen könne.³⁷⁹ Im Übrigen könnten natürlich angefallene und nicht ersetzbare Prozesskosten Teil eines umfassenden Schadensersatzanspruchs sein.³⁸⁰

Rechtsanwaltskosten spielten indirekt eine Rolle in *Océano Grupo*, wo der EuGH die Notwendigkeit der Prüfung des Missbräuchlichkeit von AGB-Klauseln von Amts wegen damit begründet hat, dass Verbraucher aufgrund der Unverhältnismäßigkeit zwischen Rechtsanwaltskosten und Streitwert keinen anwaltlichen Beistand in Anspruch nehmen könnten.³⁸¹ GA Saggio verwendete dabei Formulierungen, die dem Effektivitätsgrundsatz entnommen sind. Er sagte, die Pflicht, sich der Rechtsprechung des Gerichts am Sitz des Unternehmens, der möglicherweise weit vom eigenen Wohnsitz entfernt ist, zu unterwerfen, bringe die Gefahr mit sich, dass es dem Verbraucher wegen der hohen Prozessführungskosten, insbesondere wenn man sie zu dem geringen Streitwert des Rechtsstreits in Beziehung setze, "praktisch unmöglich" werde, sich zu verteidigen.³⁸²

Auch in der Rechtssache *Evans* wandte der EuGH den Effektivitätsgrundsatz auf Verfahrenskosten an, nämlich auf die Kosten, die im Zusammenhang mit einem Entschädigungsantrag nach der Kfz-Haftpflichtversicherungs-Richtlinie 84/5/EWG entstehen konnten. Eine konkrete Entscheidung zum britischen Recht traf der EuGH nicht. Er forderte aber das vorliegende Gericht auf zu prüfen, ob es in Anbetracht der Unterlegenheit der Geschädigten gegenüber dem Motor Insurers' Bureau und der Bedingungen, nach denen es diesen Geschädigten möglich ist, sich zu Umständen zu äußern, die zu ihren Lasten berücksichtigt werden können (hier: ein Mitverschulden des Geschädigten), vernünftig oder

376 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 26.1.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 51.

377 Vgl. bereits EuGH, Urteil vom 6.4.1962, Rs. 13/61 *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitgenbogerd gegen Robert Bosch GmbH u.a.*, Slg. 1962, 99; Urteil vom 1.3.1973, Rs. 62/72 *Paul G. Bollmann gegen Hauptzollamt Hamburg-Waltershof*, Slg. 1973, 269, Tz. 6.

378 EuGH, Urteil vom 6.12.2001, Rs. C-472/99 *Clean Car Autoservice GmbH gegen Stadt Wien und Österreich*, Slg. 2001, I-9687, Tz. 27 ff.

379 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 12.7.2001, Rs. C-472/99 *Clean Car Autoservice GmbH gegen Stadt Wien und Österreich*, Slg. 2001, I-9687, Tz. 34.

380 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 12.7.2001, Rs. C-472/99 *Clean Car Autoservice GmbH gegen Stadt Wien und Österreich*, Slg. 2001, I-9687, Tz. 21.

381 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 26.

382 GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 18.

erforderlich erscheine, dass sie rechtlichen Beistand in Anspruch nähmen. Diese Kosten seien zu erstatten, wenn dies erforderlich sei, um die Ansprüche der Geschädigten unter Beachtung des Grundsatzes der Effektivität zu schützen.³⁸³

Die Erstattung von Prozesskosten wurde in der Rechtssache *D.* thematisiert. Während der EuGH die Frage nicht beantworten musste, ging GA Ruiz-Jarabo Colomer darauf ausführlich ein. Er formulierte zunächst allgemein, dass der Grundsatz der Effektivität Vorschriften eines Mitgliedstaats entgegen stehe, die für gegen ihn erhobene Klagen auf Rückzahlung eingezogener Steuern eine Prozesskostenregelung festlegen, die die Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs in der Praxis "extrem erschweren".³⁸⁴ Sei die Rückerlangung von unrechtmäßig eingezogenen Steuern für den Steuerpflichtigen mit hohen Ausgaben verbunden, so könne er in unzulässiger Weise an der Geltendmachung seiner Rechte gehindert sein. Eine nationale Regelung, nach der nur etwas mehr als 2.000 Euro der aufgewendeten Gesamtkosten von 12.500 Euro für ein gerichtliches Verfahren zur Rückforderung von rechtswidrig eingezogenen Steuern erstattet werden können, könne den Grundsatz der Effektivität des Gemeinschaftsrechts verletzen, da sie geeignet sei, die Klageerhebung fruchtlos werden zu lassen und die Inhaber von Rechten, die sich aus der Gemeinschaftsrechtsordnung ergeben, von deren gerichtlicher Geltendmachung abzuhalten.³⁸⁵

Schließlich sei noch angemerkt, dass sich auch der Gemeinschaftsgesetzgeber der Thematik angenommen hat. Nachdem Prozesskosten im Grünbuch Prozesskosten in Zivilsachen³⁸⁶ als Hindernis für Klagen von Verbrauchern identifiziert worden waren, wurde die Richtlinie 2003/8/EG über grenzüberschreitende Prozesskostenhilfe in Zivilsachen³⁸⁷ erlassen. Gegenstand der Prozesskostenhilfe sind nicht nur die Gerichtskosten, sondern gegebenenfalls auch Übersetzungskosten, Rechtsanwaltskosten und Reisekosten.³⁸⁸

VII. Erfordernis der Durchführung eines Vorverfahrens?

In der Vergaberechtssache *Fritsch, Chiari & Partner u.a.* ging es um die Frage, ob die Klagebefugnis dadurch entfallen war, dass die Kläger vor Klageerhebung kein fakultatives Schlichtungsverfahren vor der österreichischen Bundes-Vergabekontrollkommission (B-VKK) angestrengt hatten. GA Mischo war der Ansicht, es läge mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, derlei Verfahren vorzuschalten und die Klagebefugnis an deren Durchlaufen zu knüpfen, solange diese Maßnahme mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar und deshalb – in Anlehnung an "angemessene Fristen" – "zumutbar" sei.³⁸⁹ Der EuGH lehnte dies im konkreten Fall mit der doppelten Begründung ab, die Richtlinie 89/665/EWG verfolge das Ziel der Schnelligkeit, das durch die Vorschaltung der Anrufung einer Schlichtungsstelle behindert werde, und die B-VKK habe nicht die

383 EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 77 f.

384 Ebenso GA Kokott, Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-470/04 *N. gegen Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 148.

385 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 26.10.2004, Rs. C-376/03 *D. gegen Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, Slg. 2005, I-5821, Tz. 110 ff.

386 KOM(2000) 51 endg.

387 ABl. EG 2003 Nr. L 26/41, berichtigt durch ABl. EG 2003 Nr. L 32/15.

388 Zu Einzelheiten vgl. Jastrow, MDR 2004, 75 ff.; Mankowski, RIW 2004, 587, 589.

389 GA Mischo, Schlussanträge vom 25.2.2003, Rs. C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner u.a. gegen Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, Slg. 2003, I-6413, Tz. 46 ff.

Kompetenzen, die in der Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen zum Schutz des Bieters zu treffen.³⁹⁰

Im Gegensatz dazu gestatten einzelne verbraucherrechtliche Richtlinien es ausdrücklich, vor einer Entscheidung des zuständigen Gerichts oder der zuständigen Verwaltungsbehörde die Durchführung eines Vorverfahrens zu verlangen.³⁹¹

VIII. Erforderlichkeit kollektiven Rechtsschutzes

Den kollektiven Rechtsschutz sprechen einige verbraucherrechtliche Rechtsakte explizit an, nämlich Art. 4 der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, Art. 7 (2) der AGB-Richtlinie 93/13/EWG, Art. 11 (2) der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, Art. 11 (2) der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen und Art. 11 (2) der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken. Auch außerhalb des Verbraucherrechts finden sich entsprechende Vorschriften, z.B. in Art. 3 (5) der Verzugs-Richtlinie 2000/35/EG³⁹² und in den Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG.³⁹³

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Italien stellte der EuGH dazu fest, dass das durch die Richtlinie eingeführte Schutzsystem der AGB-Richtlinie 93/13/EWG davon ausgehe, dass die Ungleichheit zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden nur durch ein positives Eingreifen von dritter Seite, die von den Vertragsparteien unabhängig ist, ausgeglichen werden könne, und dass Art. 7 (2) der Richtlinie deshalb in Ausfüllung des Effektivitätsgrundsatzes des Art. 7 (1) die Möglichkeit anerkannter Verbraucherschutzverbände einschließe, die Gerichte anzurufen, um klären zu lassen, ob Vertragsklauseln missbräuchlich sind, die im Hinblick auf eine allgemeine Verwendung abgefasst wurden, und gegebenenfalls deren Verbot zu erreichen.³⁹⁴

Eine generelle Aussage zum mangelnden Nutzen individuellen Rechtsschutzes gerade im Falle von Bagatellangelegenheiten traf GA Mancini in der Rechtssache *San Giorgio*. Die italienische Regierung hatte dort argumentiert, die Rückzahlung rechtswidrig erhobener Abgaben könnte zu einer ungerechtfertigten Bereicherung eines Unternehmens führen, das diese Abgaben bereits über den Preis seiner Waren auf die Verbraucher abgewälzt habe. Indes könnten die Erwerber der Waren gegen den Staat eine Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung erheben. GA Mancini kommentierte dies wie folgt: "Man denke an die absurde Vorstellung von einer Masse von Verbrauchern, die den Staat in einem System, in dem die 'class action' unbekannt ist, auf Begleichung ganz geringer Forderungen verklagt".³⁹⁵

390 EuGH, Urteil vom 19.6.2003, Rs. C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner u.a. gegen Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag)*, Slg. 2003, I-6413, Tz. 31 ff.

391 Vgl. nur Art. 4 (1) der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung sowie Art. 11 (1) der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken.

392 ABl. EG 2000 Nr. L 200/35.

393 Art. 7 (2) der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 9 (2) der Richtlinie 2000/78/EG; Art. 8 (3) der Richtlinie 2004/113/EG; Art. 17 (2) der Richtlinie 2006/54/EG.

394 EuGH, Urteil vom 24.1.2002, Rs. C-372/99 *Kommission gegen Italien*, Slg. 2001, I-819, Tz. 14. Ebenso zuvor EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 27.

395 GA Mancini, Schlussanträge vom 27.9.1983, Rs. 199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato gegen Società San Giorgio s.p.a.*, Slg. 1983, 3595,

IX. Zusammenfassung von Verstößen in einem Verfahren

Ein Problem der Rechtsdurchsetzung kann auftreten, wenn viele einzelne Verstöße jeweils durch einzelne Klagen angegriffen werden müssen, ohne dass dadurch das dahinter liegende Problem gelöst werden kann. In der Rechtsprechung des EuGH taucht dieses Problem in einem anderen Zusammenhang auf, nämlich der Verfolgung vieler einzelner Verstöße gegen Vorschriften des EG-Umweltrechts durch die Kommission. In der Rechtssache *Kommission gegen Irland* sagte GA Geelhoed dazu Folgendes:

"Die Notwendigkeit, gegen viele Fälle der Nichtbefolgung vorgehen zu müssen, belastet naturgemäß die Rechtsdurchsetzungsmaschinerie der Gemeinschaft und beeinträchtigt deren Wirksamkeit. Dies ist übrigens ein Problem, das nicht auf das Gebiet der Umwelt beschränkt ist. Ich brauche nur auf ein Gebiet wie die öffentliche Vergabe hinzuweisen, in dem aufeinander folgende Fälle der Nichteinhaltung maßgebender Richtlinien durch ein und denselben Mitgliedstaat vor den Gerichtshof gebracht worden sind. In solchen Fällen kann der Gerichtshof nur im Nachhinein feststellen, dass die betreffenden Richtlinien in dem besonderen Fall nicht beachtet worden sind. Diese Vorgehensweise bietet nicht nur keinen effektiven Rechtsbehelf in der gegebenen Situation, sondern spricht, was noch wichtiger ist, auch nicht die elementaren strukturellen Probleme an, die der Nichteinhaltung der betreffenden Richtlinien in einem Mitgliedstaat zugrunde liegen. Die Organe der Gemeinschaft sind auf das beschränkt, was im Deutschen als 'Kurieren am Symptom' bezeichnet wird. Es ist deshalb wichtig, dass aus einer Serie von Sachverhalten abgeleitet werden darf, dass eine systematische Nichteinhaltung seitens eines Mitgliedstaats vorliegt. Eine dahin gehende Entscheidung des Gerichtshofes würde den Weg zu einer effektiveren Durchsetzung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen gegenüber Mitgliedstaaten eröffnen."³⁹⁶

X. Rechtsschutz gegenüber Dritten

Ansprüche gegen Dritte, die nicht Vertragspartner sind, spielten in den Gleichstellungs-Rechtssachen *Fisscher* und *Dietz* eine Rolle. Es ging um Betriebsrenten, die nicht vom Arbeitgeber, sondern von einer Treuhänderin verwaltet, aber vom Arbeitgeber mittelbar gezahlt wurden. Der EuGH urteilte, dass die praktische Wirksamkeit des Art. 119 EGV beträchtlich geschwächt und der für eine wirkliche Gleichstellung notwendige Rechtsschutz stark eingeschränkt würde, wenn sich ein Arbeitnehmer auf diese Bestimmung nur gegenüber dem Arbeitgeber berufen könnte und nicht gegenüber den Verwaltern des Systems, die ausdrücklich mit der Erfüllung der Verpflichtungen des Arbeitgebers betraut sind.³⁹⁷

Umgekehrt wurde aber auch die Verweisung auf Dritte als Anspruchsgegner dem Effektivitätsgrundsatz unterstellt. In der Rechtssache *Texaco* machte der Staat Dänemark, der eine gegen den EWG-Vertrag verstoßende Abgabenregelung erlassen hatte, geltend, die Abgaben seien einer selbständigen Verwaltungsstelle unter kommunaler Aufsicht zugeflossen, so dass Rückerstattungsansprüche an diese gerichtet werden müssten. Der EuGH akzeptierte eine solche Regelung unter der Voraussetzung, dass sie die Erstattung der nicht

³⁹⁶ GA Geelhoed, Schlussanträge vom 23.9.2004, Rs. C-494/01 *Kommission gegen Irland*, Slg. 2005, I-3331, Tz. 4.

³⁹⁷ EuGH, Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-128/93 *Geertruida Catharina Fisscher gegen Voorhuis Hengelo BV und Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel*, Slg. 1994, I-4583, Tz. 31; EuGH, Urteil vom 24.10.1996, Rs. C-435/93 *Francina Johanna Maria Dietz gegen Stichting Thuiszorg Rotterdam*, Slg. 1996, I-5223, Tz. 31.

geschuldeten Abgaben nicht praktisch unmöglich mache oder übermäßig erschwere.³⁹⁸ GA Jacobs erläuterte, Letzteres könne etwa der Fall sein, wenn die abgabenbegünstigte Stelle zahlungsunfähig sei.³⁹⁹

E. Schadensersatz

Detaillierte Anforderungen an den Schadensersatz wurden unter Ausdifferenzierung der Anforderungen, die sich aus dem Effektivitätsgrundsatz ergeben, sowohl hinsichtlich der Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht als auch hinsichtlich von Ansprüchen zwischen Privaten entwickelt.⁴⁰⁰ In einigen Punkten laufen diese parallel. Insbesondere ist zu beachten, dass nationale Gesetzgeber nicht systematisch über ein weites Ermessen verfügen, wenn sie auf einem gemeinschaftsrechtlich geregelten Gebiet handeln, insbesondere bei der Umsetzung von Richtlinien. Dann können sie ebenso präzisen Pflichten unterworfen sein wie Private.⁴⁰¹ Daher ist die Rechtsprechung des EuGH zur Staatshaftung in diesem Rahmen mit zu berücksichtigen.

I. Vorliegen eines Schadens

Zunächst erscheint es selbstverständlich, dass ein Schadensersatzanspruch nur gegeben sein kann, wenn auch ein Schaden vorliegt.⁴⁰² GA van Gerven hat dieses Kriterium in *Banks* wie folgt erläutert: Es müsse ein tatsächlicher Schaden eingetreten sein, ein spekulativer Schaden reiche nicht aus. Das bedeute freilich nicht, dass für die Feststellung der Haftung ein unmittelbar bevorstehender und mit hinreichender Sicherheit vorhersehbarer Schaden nicht ausreiche, auch wenn dieser noch nicht beziffert werden könne. Damit sei in aller Regel auch der entgangene Gewinn zu berücksichtigen.⁴⁰³ Die Anforderungen an den Nachweis des Schadens wiederum dürfen die Erlangung einer Entschädigung nicht unmöglich machen oder übermäßig erschweren.⁴⁰⁴ Ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz ist nach der in der Rechtssache *Schmidberger* geäußerten Ansicht von GA Jacobs jedenfalls dann nicht gegeben, wenn von einem Unternehmer, der sich auf die Stornierung identifizierbarer Aufträge beruft, verlangt wird, diese Aufträge zu belegen.⁴⁰⁵

398 EuGH, Urteil vom 17.7.1996, verb. Rs. C-144/95 und C-115/95 *Texaco A/S gegen Middelfart Havn u.a. und Olieselskabet Danmark amba gegen Trafikministeriet u.a.*, Slg. 1997, I-4263, Tz. 41 ff.

399 GA Jacobs, Schlussanträge vom 27.2.1997, Rs. C-90/94 *Haahr Petroleum Ltd. gegen Åbenrå Havn u.a.*, verb. Rs. C-114/95 und C-115/95 *Texaco A/S gegen Middelfart Havn u.a. und Olieselskabet Danmark amba gegen Trafikministeriet u.a.* und Rs. C-242/95 *GT-Link A/S gegen De Danske Statsbaner (DSB)*, Slg. 1997, I-4085, Tz. 173.

400 Vgl. hierzu die Untersuchung von Wurmnest, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003.

401 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 46.

402 Vgl. etwa GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 34.

403 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 51.

404 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 34.

405 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 39.

Eine bestimmte Methode der Schadensberechnung schreibt das Gemeinschaftsrecht nach der Auffassung von GA Jacobs in *Schmidberger* nicht vor, solange die Entschädigung dem entstandenen Schaden angemessen ist. Der allgemeine Grundsatz für die Berechnung eines Vermögensschadens sei der, dass die Lage des Geschädigten, wie sie durch den Schadensfall entstanden ist, mit seiner (hypothetischen) Lage ohne den fraglichen Schadensfall verglichen werden müsse.⁴⁰⁶ Dabei zitierte GA Jacobs das Werk "Unification of Tort Law: Damages" von Magnus.⁴⁰⁷

II. Kausalität

In Bezug auf den Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden erklärte GA van Gerven in *Banks*, die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Mitgliedstaaten verlangten keine Verpflichtung zum Ersatz für jede auch noch so entfernte nachteilige Folge rechtswidrigen Verhaltens. Eine Haftung trete lediglich ein, wenn zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang nachweisbar sei.⁴⁰⁸ Die Anforderungen an den Nachweis der Kausalität müssen allerdings nach der Auffassung von GA Geelhoed in der Rechtssache *GAT* mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sein. Insbesondere in Vergaberechtsstreitigkeiten dürfe daher die Zuerkennung von Schadensersatz nicht von dem Nachweis abhängig gemacht werden, dass der Bieter im Falle der ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens den Zuschlag erhalten hätte.⁴⁰⁹ Dasselbe gilt nach den Schlussanträgen von GA Léger in der Rechtssache *Köbler* für den Verstoß eines letztinstanzlichen Gerichts gegen die Vorlagepflicht aus Art. 234 EG. Hier würde der Nachweis des Kausalzusammenhangs voraussetzen, dass der angeblich Geschädigte dartut, dass die Entscheidung des Höchstgerichts zu seinen Gunsten ausgefallen wäre, wenn es tatsächlich eine Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hätte. Dass ein solcher Beweis erbracht werden könnte, sei schwer vorstellbar, so dass zu hohe Anforderungen an den Beweis gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen könnten.⁴¹⁰

III. Rechtswidrigkeit und Verschulden

Die Rechtswidrigkeit des Verhaltens ist nach allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs. Mit Blick auf eine Haftung für Diskriminierungen im Arbeitsrecht stellte der EuGH in *Dekker* allerdings fest, dass die praktische Wirksamkeit der in den Antidiskriminierungs-Richtlinien festgelegten Grundsätze erheblich beeinträchtigt wäre, wenn die Haftung eines Arbeitgebers davon abhinge, dass kein durch das nationale Recht anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt.⁴¹¹ Entsprechend führte

406 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 46.

407 Magnus, *Unification of Tort Law: Damages*, Kluwer 2001.

408 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 52.

409 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 10.10.2002, Rs. C-315/01 *GAT Gesellschaft für Abfallentsorgungstechnik GmbH gegen Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG)*, Slg. 2003, I-6351, Tz. 64 ff.

410 GA Léger, Schlussanträge vom 8.4.2003, Rs. C-224/01 *Gerhard Köbler gegen Österreich*, Slg. 2003, I-10239, Tz. 151 ff.

411 EuGH, Urteil vom 8.11.1990, Rs. 177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, Slg. 1990, I-3941, Tz. 24.

GA van Gerven in *Banks* in Bezug auf den Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsbestimmungen aus, sobald objektiv ein Verstoß gegen eine derartige Bestimmung vorliege, sei eine Schadensersatzklage möglich, ohne dass hiergegen dem nationalen Recht entlehnte Rechtfertigungsgründe in Anspruch genommen werden könnten. Insoweit komme es nämlich auf die Wirkung der verbotenen Verhaltensweisen und nicht auf die Absicht der Urheber dieser Verhaltensweisen an.⁴¹²

Dieselbe Regel stellte der EuGH in *Dekker* für das Verschulden auf: Auch ein Verschuldenserfordernis sei für die Haftung des Arbeitgebers für Diskriminierungen unzulässig, weil dies die praktische Wirksamkeit der in den Antidiskriminierungs-Richtlinien festgelegten Grundsätze erheblich beeinträchtigen würde.⁴¹³ Ähnlich argumentierte GA Tesauro in *Brasserie du Pêcheur*.⁴¹⁴

IV. Vollständigkeit des Schadensersatzes und Obergrenzen

In *Marshall II* ergänzte der EuGH die in *von Colson und Kamann* aufgestellten Grundsätze zum Schadensersatz im Falle einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes. Werde als Maßnahme zur Erreichung der Wiedergutmachung einer diskriminierenden Entlassung die finanzielle Wiedergutmachung gewählt, so müsse diese angemessen in dem Sinne sein, dass sie es erlaubt, die durch die diskriminierende Entlassung tatsächlich entstandenen Schäden gemäß den anwendbaren staatlichen Regeln "in vollem Umfang" auszugleichen.⁴¹⁵ Dem entsprechend entschied der EuGH in *Draehmpaehl*, dass eine deutsche Regelung, die eine Obergrenze von drei Monatsgehältern als Entschädigung für eine diskriminierende Nichteinstellung jedenfalls dann unzulässig sei, wenn die Entscheidung aufgrund der Diskriminierung objektiv fehlerhaft war, also die diskriminierte Bewerberin hätte eingestellt werden müssen.⁴¹⁶ Diese Rechtsprechung wurde später durch eine Änderung des Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG kodifiziert⁴¹⁷ und findet sich nunmehr in Art. 18 S. 2 der Richtlinie 2006/54/EG wieder. Auch eine kumulative Obergrenze für Entschädigungen, die mehrere bei der Einstellung aufgrund des Geschlechts diskriminierte Bewerber insgesamt beanspruchen können, lehnte der EuGH in *Draehmpaehl* aus demselben Grund ab.⁴¹⁸ GA van Gerven schlug in *Banks* vor, diese Rechtsprechung auf die Verletzung gemeinschaftsrechtlicher Wettbewerbsverbote anzuwenden.⁴¹⁹

412 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 53.

413 EuGH, Urteil vom 8.11.1990, Rs. 177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, Slg. 1990, I-3941, Tz. 24.

414 GA Tesauro, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 85 ff.

415 EuGH, Urteil vom 2.8.1993, Rs. C-271/91 *M. Helen Marshall gegen Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1993, I-4367, Tz. 26.

416 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95 *Nils Draehmpaehl gegen Urania Immobilienservice OHG*, Slg. 1997, I-2195, Tz. 27 ff.

417 Vgl. Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2002/73/EG.

418 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95 *Nils Draehmpaehl gegen Urania Immobilienservice OHG*, Slg. 1997, I-2195, Tz. 40.

419 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 54.

Aus *Marshall II* ergibt sich gleichzeitig, dass die Festlegung von Obergrenzen grundsätzlich nicht zulässig ist,⁴²⁰ selbstverständlich mit der Ausnahme, dass solche Obergrenzen bereits nach Gemeinschaftsrecht vorgesehen oder gestattet sind, wie dies in Art. 16 (1) der Produkthaftungs-Richtlinie 85/374/EWG der Fall ist.

V. Entgangener Gewinn

In *Brasserie du Pêcheur* hatte der EuGH auch darüber zu entscheiden, ob der entgangene Gewinn Bestandteil des Schadensersatzanspruchs zu sein hat. Er stellte fest, dass jedenfalls ein vollständiger Ausschluss dieses Schadenspostens im nationalen Recht nicht zulässig sei, weil er insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten wirtschaftlicher oder kommerzieller Natur geeignet sei, den Ersatz des Schadens tatsächlich unmöglich zu machen.⁴²¹ Hier stellt sich die besondere Schwierigkeit, dass der entgangene Gewinn häufig nicht exakt zu berechnen ist. Ohne eine bestimmte Methode der Schadensberechnung vorschreiben zu wollen, hielt GA Jacobs in *Schmidberger* in diesen Fällen eine abstrakte pauschale Entschädigung für sinnvoll, solange sie dem entstandenen Schaden angemessen sei.⁴²²

VI. Zinsen und Verzugsschäden

Aus dem Prinzip der vollständigen Wiedergutmachung leitete der EuGH in *Marshall II* zudem die zwingende Zuerkennung von Zinsen ab. Der Zeitablauf zwischen der Verursachung eines Schadens und seiner Wiedergutmachung könne den tatsächlichen Wert der Wiedergutmachung verringern. Die Zuerkennung von Zinsen nach den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften sei daher als unerlässlicher Bestandteil einer Entschädigung anzusehen, die die Wiederherstellung tatsächlicher Gleichbehandlung ermögliche.⁴²³ Allgemeiner sprach der EuGH in der Rechtssache *Maso* aus, dass zu einer "angemessenen" Wiedergutmachung die Entschädigung für zusätzliche Einbußen, die aus der nicht rechtzeitigen Zahlung garantierter Vergünstigungen entstanden sind, gehöre.⁴²⁴ In *Evans* betonte der

420 EuGH, Urteil vom 2.8.1993, Rs. C-271/91 *M. Helen Marshall gegen Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1993, I-4367, Tz. 30.

421 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 87, bestätigt durch EuGH, Urteil vom 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 95 f. Ebenso GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 23.

422 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 46.

423 EuGH, Urteil vom 2.8.1993, Rs. C-271/91 *M. Helen Marshall gegen Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, Slg. 1993, I-4367, Tz. 31; bestätigt durch EuGH, Urteil vom 8.3.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd. u.a. gegen Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727, Tz. 94; EuGH, Urteil vom 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 97. Ebenso GA Tesouro, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 111. Vgl. auch zur ähnlich gelagerten Problematik der Forderung von Zinsen auf zu Unrecht gezahlte Beihilfen EuG, Urteil vom 8.6.1995, Rs. T-459/93 *Siemens SA gegen Kommission*, Slg. 1995, II-1675, Tz. 101 ff.

424 EuGH, Urteile vom 10.7.1997, Rs. C-373/95 *Federica Maso u.a.*, *Graziano Gazzetta u.a. gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, Slg. 1997, I-4051, Tz. 41, und verb. Rs. C-94/95 und C-95/95

EuGH wiederum die Berücksichtigung des Zeitablaufs, akzeptierte aber eine Lösung, nach der dies nicht in Form von Zinsen, sondern dadurch erfolgte, dass die bis zum Zeitpunkt der Auszahlung eingetretenen Geldwertentwicklungen bei der Bemessung des Schadensersatzes einbezogen wurden.⁴²⁵

Diese Rechtsprechung kontrastiert in interessanter Weise mit Entscheidungen, in denen der EuGH die Verzinsung zu Unrecht geleisteter Zahlungen als Nebenfrage, die von den Mitgliedstaaten zu regeln sei, angesehen hat.⁴²⁶ GA Jacobs bezeichnete insofern Schadensersatzansprüche und Rückzahlungsansprüche als wesensverschiedene Ansprüche, die auch ihrem Inhalt nach unterschiedlich sein können. Dies sei insbesondere daraus begründet, dass der Schadensersatzanspruch verschuldensabhängig sei, während dies bei Erstattungsansprüchen in der Regel nicht der Fall sei.⁴²⁷

Auch hinsichtlich der Verzinsung beim Schadensersatzanspruch aus Staatshaftung hielt sich der EuGH zunächst bedeckt und verwies in der Rechtssache *Sutton* lediglich auf die allgemeinen Grundsätze.⁴²⁸

VII. "Exemplarischer" Schadensersatz und Strafschadensersatz

Die Frage, ob ein dem Gemeinschaftsrecht zu entnehmender Schadensersatzanspruch auch "exemplarischen" Schadensersatz (*exemplary damages*) umfassen muss, stellte sich ebenfalls in *Brasserie du Pêcheur*. Der EuGH bejahte diese Frage mit Blick auf das englische Recht, allerdings nicht unter dem Aspekt des Effektivitätsgrundsatzes, sondern aufgrund des Äquivalenzgrundsatzes.⁴²⁹ GA Tesauro ergänzte, dass der Äquivalenzgrundsatz auch dann anwendbar sei, wenn es um sich um einen Entschädigungsanspruch handle, der in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten völlig unbekannt sei.⁴³⁰

In Bezug auf den Effektivitätsgrundsatz wurde die Frage erstmals in der noch anhängigen Rechtssache *Manfredi u.a.* behandelt. GA Geelhoed vertrat in seinen Schlussanträgen die Auffassung, es sei nicht erforderlich, eine Entschädigung zuzuerkennen, die höher ist als der entstandene Schaden. In seinen Erläuterungen bezog er sich u.a. darauf, dass in den meisten Mitgliedstaaten die Auffassung bestehe, dass eine Schadensersatzklage in erster Linie dazu dient, einen infolge eines verbotenen Kartellverhaltens entstandenen Nachteil auszugleichen, und nicht dazu, dem Geschädigten einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen.⁴³¹ Der

Danila Bonficai u.a., Wanda Berto u.a. gegen Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Slg. 1997, I-3969, Tz. 53.

425 EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 71.

426 Vgl. infra, Teil 3, H. II.

427 GA Jacobs, Schlussanträge vom 26.6.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 74.

428 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-66/95 *The Queen gegen Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, Slg. 1997, I-2163, Tz. 33 f.

429 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 89.

430 GA Tesauro, Schlussanträge vom 28.11.1995, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 121.

431 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 26.1.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 68 ff.

EuGH folgte dieser Wertung, indem er den nationalen Gerichten das Recht einräumte zu verhindern, dass der Schutz der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Rechte zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führt.⁴³²

Dieser Wertung entspricht auch der Geänderte Vorschlag für eine Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ("Rom II"), nach der ein Recht, das eine "über den Ausgleich des entstandenen Schadens hinausgehende Entschädigung in unverhältnismäßiger Höhe" zur Folge hätte, als mit der öffentlichen Ordnung des Staates des angerufenen Gerichts unvereinbar angesehen werden kann.⁴³³

In der deutschen Lehre wird insbesondere mit Blick auf die bevorstehende Umetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien darauf hingewiesen, dass die dort verlangten Sanktionen die Einführung von Strafschadensersatz nicht vorschrieben.⁴³⁴ Freilich sollte man hier sorgfältig zwischen wirksamem, abschreckendem und verhältnismäßigem immateriellem Schadensersatz und Strafschadensersatz differenzieren. Ersterer ist nämlich jedenfalls nach der Richtlinie 2004/113/EG ausdrücklich zu gewähren.⁴³⁵

VIII. Immaterieller Schadensersatz

Implizit unterwarf der EuGH in *Draehmpaehl* auch den immateriellen Schadensersatz für Diskriminierungen nach dem Geschlecht dem Effektivitätsgrundsatz. Es ging um die Frage, ob die deutsche Obergrenze von drei Monatsgehältern für Entschädigungen wegen Diskriminierung nach dem Geschlecht dann zulässig sei, wenn die diskriminierte Bewerberin die Stelle auch andernfalls nicht erhalten hätte, weil ein Mitbewerber besser qualifiziert war. Der EuGH hielt eine gesetzliche Vermutung dafür, dass der pure Diskriminierungsschaden eine solche Obergrenze nicht überschreitet, für zulässig.⁴³⁶

Die Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG gestattet nach ihrem Art. 5 (2) ausdrücklich, dass Mitgliedstaaten bei Schäden, die nicht Körperschäden sind und auf der Nichterfüllung oder einer mangelhaften Erfüllung der nach dem Vertrag geschuldeten Leistung beruhen, zulassen, dass die Entschädigung vertraglich eingeschränkt wird, wobei diese Einschränkung nicht unangemessen sein darf.

IX. Schadensminderungspflicht

Auch den Grundsatz, wonach sich der Geschädigte in angemessener Form um eine Begrenzung des Schadensumfangs bemühen muss, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen, bezeichnete GA van Gerven in *Banks* unter Berufung auf das Urteil des EuGH in *Mulder*⁴³⁷ als einen gemeinsamen Grundsatz der Rechtssysteme der

432 EuGH, Urteil vom 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04, C-296/04, C-297/04 und C-298/04, *Vincenzo Manfredi gegen Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a.*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 94.

433 Art. 23 Satz 2 des Geänderten Vorschlags, KOM(2006) 83 endg. Vgl. auch Leible/Engel, EuZW 2004, 7, 17, und von Hein, ZvgIRWiss 102 (2003), 528, 549 f., jeweils zum ersten Verordnungsvorschlag, KOM(2003) 427 endg.

434 So Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529, 532; Reich, JbJZivRWiss 2005, 9, 23.

435 Vgl. dazu ausf. Steinbrück, Jura 2004, 439 ff.

436 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95 *Nils Draehmpaehl gegen Urania Immobilienservice OHG*, Slg. 1997, I-2195, Tz. 35.

437 EuGH, Urteil vom 19.5.1992, verb. Rs. C-104/89 und C-37/90 *J.M. Mulder u.a. gegen Rat und Kommission*, Slg. 1992, I-3061, Tz. 33.

Mitgliedstaaten, der deshalb auch für die Staatshaftung der Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht gelten müsse.⁴³⁸ Der EuGH bestätigte diese Sichtweise in *Brasserie du Pêcheur*.⁴³⁹ In *Schmidberger* konkretisierte GA Jacobs dies dahin gehend, dass der Transporteur sich möglicherweise im Hinblick auf die Wahl der zur Verfügung stehenden Ausweichrouten oder anderen Transportmitteln vor Standzeiten, die durch die Blockade der Brenner-Autobahn hervorgerufen wurden, hätte schützen können.⁴⁴⁰

Zu der Schadensminderungspflicht gehört auch, dass der Geschädigte rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat.⁴⁴¹ Allerdings kann dem Geschädigten nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er Rechtsmittel nicht genutzt hat, die ihm das nationale Recht ausdrücklich gar nicht zugestand. Dies war die Konstellation in der Rechtssache *Metallgesellschaft u.a.* Der EuGH urteilte, dem Einzelnen würde die Berufung auf Rechte, die ihm nach Gemeinschaftsrecht zustehen, unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert, wenn seine Erstattungs- oder Schadensersatzklage abgewiesen würde, weil er es unterlassen habe, einen ihm nach nationalem Recht nicht zustehenden Steuervorteil zu beantragen, um mittels Rechtsbehelfen unter Berufung auf den Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts gegen die Ablehnung durch die Steuerbehörden vorzugehen.⁴⁴² Nach Auffassung von GA Fennelly spiegelt sich darin der wichtige Grundsatz wider, dass es einem Mitgliedstaat nicht erlaubt sein darf, aus seinem eigenen Fehlverhalten Vorteile zu ziehen.⁴⁴³ In ähnlicher Weise argumentierte GA Fennelly in *Banks II*, dass der Rechtsschutz vor dem nationalen Gericht nicht deshalb verweigert werden durfte, weil eine Partei einen anderen Rechtsweg nicht beschritten hat, an dessen Zulässigkeit berechnete Zweifel bestanden.⁴⁴⁴

Einen Sonderfall betraf die Rechtssache *Courage*, in der der Schankwirt Bernard Crehan Vertragspartei eines wettbewerbswidrigen Bieralleinbezugsvertrags mit der Brauerei Courage Ltd war. Nach englischem Recht hätte Herrn Crehan als Mitverursacher der Wettbewerbsbeschränkung kein Schadensersatzanspruch aufgrund des ihn knebelnden Vertrags zugestanden. Der EuGH bestätigte zwar im Grundsatz, dass das innerstaatliche Recht einer Partei, die selbst eine erhebliche Verantwortung für die Wettbewerbsverzerrung trägt, das Recht verwehren dürfe, von ihrem Vertragspartner Schadensersatz zu verlangen, lehnte aber eine Regelung ab, die dies automatisch vorsehe. Der Schadensersatzanspruch müsse insbesondere dort bestehen, wo die geschädigte Partei der anderen Partei eindeutig unterlegen war, so dass ihre Freiheit, die Vertragsbedingungen auszuhandeln, und ihre Fähigkeit, insbesondere durch

438 GA van Gerven, Schlussanträge vom 27.10.1993, Rs. C-128/92 *H.J. Banks & Co. Ltd gegen British Coal Corporation*, Slg. 1994, I-1209, Tz. 51.

439 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 84 f.

440 GA Jacobs, Schlussanträge vom 11.7.2002, Rs. C-112/00 *Firma Eugen Schmidberger Internationale Transporte und Planzüge gegen Österreich*, Slg. 2003, I-5659, Tz. 48.

441 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 84 f.

442 EuGH, Urteil vom 8.3.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd. u.a. gegen Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727, Tz. 105 f.

443 GA Fennelly, Schlussanträge vom 12.9.2000, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd. u.a. gegen Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727, Tz. 59.

444 GA Fennelly, Schlussanträge vom 21.9.2000, Rs. C-390/98 *H. J. Banks & Co. Ltd gegen The Coal Authority und Secretary of State for Trade and Industry*, Slg. 2001, I-6117, Tz. 53.

den rechtzeitigen Einsatz aller ihr zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten den Schadenseintritt zu vermeiden oder den Schadensumfang zu begrenzen, ernsthaft beschränkt oder nicht vorhanden gewesen war.⁴⁴⁵

F. Ordnungsmäßigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren

I. Unabhängigkeit des Gerichts und Unabhängigkeit von Sachverständigen

In ständiger Rechtsprechung geht der EuGH davon aus, dass Gerichte unabhängig sein müssen.⁴⁴⁶

Die Unabhängigkeit von Sachverständigen war Gegenstand der Rechtssache *Difesa della Cava*. Nach italienischem Recht musste das zuständige Gericht bei Verfahren über die Entscheidung über den Standort von Abfalldeponien zwingend ein Sachverständigen-gutachten der Verwaltung, die selbst Partei des Rechtsstreits war, einholen. Eine solche Vorschrift hielt GA Darmon in seinen Schlussanträgen für unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht, denn der tatsächliche Schutz der vom Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte erfordere notwendigerweise die Unabhängigkeit der vom Gericht bestellten Sachverständigen, damit die Beweisaufnahme mit der striktesten Unparteilichkeit und Neutralität stattfinden könne. Ergänzend fügte er hinzu, dass die einfache Privatperson gegenüber der Verwaltung über keinerlei Kompetenz verfüge, um den Argumenten der Verwaltung zu widersprechen.⁴⁴⁷

Das Erfordernis der Unparteilichkeit von Entscheidungsträgern findet sich auch in einzelnen Richtlinien zum EG-Verbraucherrecht. So verlangt Art. 4 (3) der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung, dass Verwaltungsbehörden, die über irreführende oder vergleichende Werbung entscheiden, so zusammengesetzt sein müssen, dass ihre Unparteilichkeit nicht in Zweifel gezogen werden kann.

II. Umfang der gerichtlichen Überprüfung

1. Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen

In den verbundenen Rechtssachen *Orfanopoulos* und *Oliveri* ging es um die Ausweisung ausländischer Staatsangehöriger aus Deutschland. Deutschland meinte, es sei ausreichend, wenn das zuständige Gericht die Rechtmäßigkeit der entsprechenden Verwaltungsakte überprüfe. Der EuGH sah darin einen Verstoß gegen den effektiven Rechtsschutz, da auch die Zweckmäßigkeit der Ausweisung überprüft werden müsse.⁴⁴⁸ Im gemeinschaftlichen Verbraucherrecht findet sich eine solche Regelung in Art. 4 (3) Uabs. 2 der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung. Nach dieser Vorschrift sind Verfahren vorzusehen,

445 EuGH, Urteil vom 20.9.2001, Rs. C-453/99 *Courage Ltd gegen Bernard Crehan und Bernard Crehan gegen Courage Ltd u.a.*, Slg. 2001, I-6297, Tz. 31 ff.

446 Vgl. statt vieler EuGH, Urteil vom 30.3.1993, Rs. C-24/92 *Pierre Corbiau gegen Administration de Contributions*, Slg. 1993, I-1277. Vgl. auch GA Darmon, Schlussanträge vom 17.11.1993, Rs. C-236/92 *Comitato di Coordinamento per la Difesa della Cava u.a. gegen Regione Lombardia u.a.*, Slg. 1994, I-483, Tz. 50.

447 GA Darmon, Schlussanträge vom 17.11.1993, Rs. C-236/92 *Comitato di Coordinamento per la Difesa della Cava u.a. gegen Regione Lombardia u.a.*, Slg. 1994, I-483, Tz. 47 ff.

448 EuGH, Urteil vom 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 *Georgios Orfanopoulos u.a. gegen Land Baden-Württemberg und Raffaele Oliveri gegen Land Baden-Württemberg*, Slg. 2004, I-5257, Tz. 110.

in denen eine fehlerhafte *oder unsachgemäße* Ausübung der Befugnisse durch die Verwaltungsbehörde oder eine ungerechtfertigte *oder unsachgemäße* Unterlassung, diese Befugnisse auszuüben, von den Gerichten überprüft werden kann. Auch hier muss also eine Kontrolle der Ermessensausübung stattfinden.

Zwischen einer Gerichtsentscheidung und dem Umstand, der ein Verfahren auslöst, kann ein längerer Zeitraum liegen, in dem sich wesentliche Gesichtspunkte des Sachverhalts ändern können. Im Zusammenhang mit der Ausweisung ausländischer Staatsangehöriger erklärte der EuGH in den verbundenen Rechtssachen *Orfanopoulos* und *Oliveri* eine (deutsche) innerstaatliche Praxis für mit dem Effektivitätsgrundsatz unvereinbar, nach der Gerichte nicht zur Berücksichtigung eines Sachvortrags verpflichtet waren, der nach der letzten Behördenentscheidung erfolgt ist und der den Wegfall oder eine nicht unerhebliche Verminderung der gegenwärtigen Gefährdung mit sich bringen kann, die das Verhalten des Betroffenen für die öffentliche Ordnung darstellen würde.⁴⁴⁹

In *Evans* ging GA Alber davon aus, dass das Gebot effektiven Rechtsschutzes verlange, dass in einem zivilrechtlichen Rechtsstreit zumindest eine Tatsacheninstanz zur Verfügung stehe.⁴⁵⁰

Dass eine Beschwerdestelle Zugang zu den Informationen erhalten muss, die der Entscheidung einer Behörde zu Grunde liegen, selbst wenn diese als vertraulich eingestuft sind, ergibt sich nach der in der Rechtssache *Mobistar* geäußerten Auffassung des EuGH ebenfalls aus dem Effektivitätsgrundsatz.⁴⁵¹

2. Überprüfung von Urteilen

Mit dem Umfang der Überprüfung von Urteilen durch die Revisionsinstanz befasste sich der EuGH im Juni 2006 in der Rechtssache *Traghetti del Mediterraneo*. Dass die obersten nationalen Gerichte andes als die Instanzgerichte nur über Rechtsfragen entscheiden, nicht aber über Tatsachenfragen, hielt bereits GA Léger für "allgemein anerkannt". Sie hätten daher grundsätzlich weder die Richtigkeit der behaupteten Tatsachen noch die Sachdienlichkeit, den Sinn oder die Tragweite der zu deren Nachweis beigebrachten Beweiselemente zu beurteilen.⁴⁵² Gleichwohl argumentierte der EuGH im Anschluss an die Schlussanträge des GA, die von den Instanzgerichten vorgenommene Sachverhalts- und Beweiswürdigung sei der Kontrolle durch die obersten Gerichte nicht völlig entzogen, da diese insbesondere die Beachtung der Beweisregeln (über die Zulässigkeit der Beweisarten oder die Beweislast) überwachten. Dies erfolge im Rahmen der Überprüfung auf Rechtsfehler.⁴⁵³

449 EuGH, Urteil vom 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01 *Georgios Orfanopoulos u.a. gegen Land Baden-Württemberg und Raffaele Oliveri gegen Land Baden-Württemberg*, Slg. 2004, I-5257, Tz. 80 ff.

450 GA Alber, Schlussanträge vom 24.10.2002, Rs. C-63/01 *Samuel Sidney Evans gegen The Secretary of State for Environment, Transport and the Regions und The Motor Insurers' Bureau*, Slg. 2003, I-14447, Tz. 108.

451 EuGH, Urteil vom 13.7.2006, Rs. C-438/04 *Mobistar SA gegen Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT)*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 85.

452 GA Léger, Schlussanträge vom 11.10.2005, Rs. C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA gegen Italien*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 83 ff.

453 EuGH, Urteil vom 13.6.2006, Rs. C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA gegen Italien*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 37 ff.

III. Verpflichtung zur Prüfung von Amts wegen

Eng mit dem Leitbild des rechtsunkundigen Verbrauchers verbunden ist die Frage, ob nationale Gerichte verbraucherrechtliche Vorschriften vom Amts wegen oder nur auf Veranlassung der Verbraucherseite berücksichtigen müssen.

GA Darmon hatte in *Verholen* über die Frage des vorlegenden Gerichts hinaus und soweit ersichtlich erstmalig für eine Verpflichtung der nationalen Gerichte zur Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen plädiert.⁴⁵⁴ Der EuGH lehnte eine solche Verpflichtung mit Blick auf die "grundsätzlich gebotene Passivität" der Gerichte in *van Schijndel und van Veen* grundsätzlich ab, zog aber eine Ausnahme dort in Erwähnung, wo das öffentliche Interesse das Eingreifen des Gerichts von Amts wegen fordere.⁴⁵⁵ Die in *van Schijndel und van Veen* ausgesprochene Zurückhaltung des EuGH bezieht sich dem Wortlaut nach allerdings auf den Streitgegenstand und die dem Gericht vorgetragene(n) Tatsachen, nicht hingegen auf deren rechtliche Würdigung.⁴⁵⁶ Noch vorsichtiger argumentierte GA Jacobs, in dessen Schlussanträgen die Sorge um die richtige Balance zwischen dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts und der verfahrensrechtlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten, nicht zuletzt mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip, zum Ausdruck kommt.⁴⁵⁷ Entscheidend sei letztlich nur, dass nationale Rechtsbehelfe und Verfahrensvorschriften einen angemessenen Rechtsschutz böten. Dass die nationalen Gerichte innerhalb dieses Rahmens in unterschiedlicher Weise agierten, sei mangels harmonisierender Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene unvermeidlich.⁴⁵⁸

Der Ausschluss der Prüfung von Amts wegen nach Ablauf einer vom nationalen Recht gesetzten Frist – in concreto: innerhalb von 60 Tagen nach Klageeinreichung – wurde erstmals in *Peterbroeck* diskutiert. GA Jacobs hielt einen solchen Ausschluss unter der Bedingung für möglich, dass der Schutz der vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Rechte dadurch nicht übermäßig erschwert werden dürfte.⁴⁵⁹ Der EuGH hingegen betonte die Bedeutung der Prüfung von Amts wegen in seiner Gesamtschau der Regelung, wenn es nämlich um die Verwirklichung des Gemeinschaftsrechts gehe.⁴⁶⁰

Im Verbraucherrecht war die Prüfung von Amts wegen Gegenstand der bereits mehrfach angesprochenen Rechtssache *Océano Grupo*. Hier leitete der EuGH aus dem Schutzsystem der AGB-Richtlinie 93/13/EWG und insbesondere aus deren Art. 6, nach dem die Mitgliedstaaten vorsehen, dass missbräuchliche Klauseln für den Verbraucher unverbindlich sind, ab, dass dem nationalen Gericht die Möglichkeit gegeben sein müsse, eine solche Klausel von Amts wegen zu prüfen. Verteidige sich der Verbraucher – wo er dazu befugt ist – selbst, so

454 GA Darmon, Schlussanträge vom 29.5.1991, verb. Rs. C-87/90, C-88/90 und C-89/90 A. *Verholen u.a. gegen Sociale Verzekeringsbank Amsterdam*, Slg. 1991, 3757, Tz. 19.

455 EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-430/93 und 431/93 *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Tz. 21.

456 Vgl. *ibid.*, Tz. 20 und 22.

457 Vgl. GA Jacobs, Schlussanträge vom 15.6.1995, Rs. C-430/93 und 431/93 *Jeroen van Schijndel und Johannes Nicolaas Cornelis van Veen gegen Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Slg. 1995, I-4705, Tz. 24 ff.

458 *Ibid.*, insb. Tz. 37 ff.

459 Vgl. GA Jacobs, Schlussanträge vom 4.5.1994, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 44 ff.

460 EuGH, Urteil vom 14.12.1995, Rs. C-312/93 *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie. SCS gegen Belgien*, Slg. 1995, I-4599, Tz. 18.

bestehe die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass er die Missbräuchlichkeit der ihm entgegen gehaltenen Klausel vor allem aus Unkenntnis nicht geltend mache. Von der Einschaltung eines Rechtsanwalts könne der Verbraucher insbesondere bei Rechtsstreitigkeiten mit niedrigem Streitwert dadurch abgehalten werden, da die Rechtsanwaltsgebühren höher sein könnten als der streitige Betrag.⁴⁶¹ Ergänzend zog der EuGH ausdrücklich Art. 7 der Richtlinie heran, in dessen Absatz 1 die positive Ausprägung des Effektivitätsgrundsatzes verankert ist.⁴⁶² Die Möglichkeit des Gerichts, die Missbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen zu prüfen, sei einerseits als ein Mittel anzusehen zu verhindern, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden ist; andererseits könne eine solche gerichtliche Prüfung abschreckend wirken und damit dazu beitragen, dass der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird. Dafür, dass die Richtlinie 93/13/EWG ein solches Eingreifen eines Dritten als notwendig ansehe, spreche auch die in Art. 7 (2) der Richtlinie vorgesehene Verbandsklage.⁴⁶³ GA Saggio hatte in seinen Schlussanträgen ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz Bezug genommen.⁴⁶⁴ In *Cofidis* bestätigte der EuGH diese Rechtsprechung.⁴⁶⁵

IV. Entscheidungsfristen

Dem Effektivitätsgrundsatz unterworfen wurden auch Konstellationen, in denen ein Antragsteller Anspruch auf Entscheidung einer Behörde innerhalb einer bestimmten Frist hatte. In *Glaxosmithkline* ging es um die Zulassung eines Arzneimittles für den menschlichen Gebrauch. Die Richtlinie 89/105/EWG sah in Art. 6 eine Frist von 90 Tagen mit einer Verlängerungsmöglichkeit um weitere 90 Tage für die Verwaltungsentscheidung über die Zulassung vor. Sie regelte aber nicht die Rechtsfolgen einer in dieser Zeit ergangenen Verwaltungsentscheidung, die anschließend für nichtig erklärt wurde. Der EuGH wies im Anschluss an GA Tizzano darauf hin, dass die Bestimmung des Verfahrens in diesem Fall in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liege, dass deren Freiheit aber zugunsten des effektiven Rechtsschutzes des Antragstellers beschränkt sei. Ohne eine solche Beschränkung würde die Ausübung des dem Antragsteller zustehenden Rechts, innerhalb einer Ausschlussfrist von 90 Tagen, die um weitere 90 Tage verlängert werden kann, eine mit Gründen versehene Entscheidung zu erhalten, übermäßig erschwert. Deshalb dürfe die für die Durchführung des Nichtigkeitsurteils vorgesehene Frist jedenfalls nicht die Frist des Art. 6 der Richtlinie überschreiten.⁴⁶⁶

Auch die Rechtsfolgen der Fristüberschreitung unterliegen nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Merck, Sharp & Dohme* mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung dem Effektivitätsgrundsatz. Allerdings verlange dieser nicht, dass die Fristüberschreitung mit der

461 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 26.

462 Vgl. supra, Teil I, B. II.

463 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 27 f.

464 GA Saggio, Schlussanträge vom 16.12.1999, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 27 mit Fn. 14.

465 EuGH, Urteil vom 21.11.2002, Rs. C-473/00 *Cofidis SA gegen Jean-Louis Fredout*, Slg. 2002, I-10875, Tz. 33 ff.

466 EuGH, Urteil vom 20.1.2005, Rs. C-296/03 *Glaxosmithkline SA gegen Belgien*, Slg. 2005, I-669, Tz. 37 f.

automatischen Bewilligung des Antrags, hier: der Aufnahme des Arzneimittels in die Positivliste, gehandelt wird.⁴⁶⁷

G. Sanktionen

Ein wichtiges Element der Durchsetzbarkeit von Rechten sind Sanktionen. Dass Sanktionsfreiheit einen Negativanreiz hinsichtlich der Befolgung des Gemeinschaftsrechts darstellt, erscheint offensichtlich.⁴⁶⁸ Sanktionen sind im Gemeinschaftsrecht höchst unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise finden sich überhaupt keine Aussagen zu Sanktionen.

I. Sanktionen im allgemeinen

Weit verbreitet ist die Formel, Sanktionen müssten wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Diese Formel geht auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *von Colson und Kamann* zurück,⁴⁶⁹ an der sich jedenfalls für das Zivilrecht bis heute die meisten Autoren orientieren.⁴⁷⁰ In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die deutsche Rechtsprechung zur Gleichstellungsvorschrift des § 611a BGB a.F. das Kriterium der wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktion erfülle. Der EuGH stellte Verschiedenes klar: Zunächst verlange die Gleichstellungsrichtlinie keine bestimmte Sanktion, insbesondere nicht, dass die Mitgliedstaaten einen Kontrahierungszwang für Fälle einführen, in denen eine Bewerberin höher qualifiziert sei als ihre Mitbewerber. Auch ein Anspruch auf eine "angemessene finanzielle Entschädigung" könne eine geeignete Maßnahme sein.⁴⁷¹ Der EuGH betonte aber, dass "wirkliche Chancengleichheit nicht ohne eine geeignete Sanktionsregelung erreicht werden" könne. Deshalb setze die Richtlinie 76/207/EWG voraus, dass die Sanktion geeignet ist, einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten, sie müsse ferner eine "wirklich abschreckende Wirkung gegenüber dem Arbeitgeber haben".⁴⁷²

Diese Kriterien finden sich heute, wie bereits erwähnt,⁴⁷³ in den Richtlinien 2000/31/EG und 2002/65/EG, in der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 und im Vorschlag für eine neue Verbraucherkredit-Richtlinie, weiter in den Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2004/113/EG sowie in der mittlerweile durch die Richtlinie 2002/73/EG⁴⁷⁴ modernisierten Gleichbehandlungs-Richtlinie 76/207/EWG n.F.⁴⁷⁵ und ihrer Neufassung durch die Richtlinie 2006/54/EG. Die Sanktionsvorschrift der Richtlinie 2004/113/EG

467 EuGH, Urteil vom 20.1.2005, Rs. C-245/03 *Merck, Sharp & Dohme BV gegen Belgien*, Slg. 2005, I-637, Tz. 29 ff.

468 Vgl. nur GA Geelhoed, Schlussanträge vom 12.12.2002, Rs. C-148/01 *Griechenland gegen Kommission*, Slg. 2003, I-5883, Tz. 48.

469 EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 23.

470 Vgl. für das Antidiskriminierungsrecht nur Schiess Ruetimann, *JbZivRWiss* 2005, 281, 301.

471 EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 18.

472 *Ibid.*, Tz. 23. Ebenso EuGH, Urteil vom 8.11.1990, Rs. 177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, Slg. 1990, I-3941, Tz. 23; EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-180/95 *Nils Draehmpaehl gegen Urania Immobilienservice OHG*, Slg. 1997, I-2195, Tz. 24 f.

473 Vgl. *supra*, Teil 1, B. II.

474 ABl. EG 2002 Nr. L 269/15.

475 Art. 8 lit. d) der Richtlinie 76/207/EWG n.F.

bezeichnete die Kommission in ihren Erläuterungen des entsprechenden Richtlinienvorschlags als "Standardbestimmung zu den Sanktionen im Falle eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz".⁴⁷⁶

Soweit ältere Richtlinien nur die Kriterien der Wirksamkeit und der Angemessenheit, nicht aber das der Abschreckung benennen, ist in der Rechtsprechung des EuGH kein Unterschied zu erkennen. So heißt es im Urteil des EuGH in der Rechtssache *Océano Grupo*, die Möglichkeit des Gerichts, die Missbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen zu prüfen, sei einerseits als ein Mittel anzusehen zu verhindern, dass der einzelne Verbraucher an eine missbräuchliche Klausel gebunden ist; andererseits könne eine solche gerichtliche Prüfung *abschreckend* wirken und damit dazu beitragen, dass der Verwendung missbräuchlicher Klauseln in Verbraucherverträgen ein Ende gesetzt wird.⁴⁷⁷

Teilweise leitete der EuGH die Notwendigkeit von Sanktionen auch her, ohne dass diese explizit angeordnet wären. Ein Beispiel bietet die Rechtssache *Courage*, in der es um einen Verstoß gegen Art. 85 (1) EGV a.F. ging.⁴⁷⁸ In den verbundenen Rechtssachen *Berlusconi u.a.* ging der EuGH im Jahre 2005 ausdrücklich davon aus, dass Art. 5 EGV "nach ständiger (...) Rechtsprechung bedeutet, dass Sanktionen bei Verstößen gegen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen".⁴⁷⁹

II. Einbezogene Rechtsgebiete

1. Zusammenwirken des gesamten Rechtssystems

Aus der Entscheidung des EuGH in *von Colson und Kamann* und nachfolgenden Entscheidungen lässt sich ableiten, dass dort, wo lediglich eine nicht weiter spezifizierte Sanktion verlangt wird, die Mitgliedstaaten einen Spielraum hinsichtlich der Wahl der Sanktion oder einer Kombination verschiedener Sanktionen behalten. Hier können nach dem Urteil des EuGH in *Berlusconi u.a.* das Strafrecht, das Verwaltungsrecht und das Zivilrecht zusammenwirken.⁴⁸⁰ Die gewählte Sanktion oder die Kombination mehrerer Sanktionen muss aber wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.⁴⁸¹

2. Verhältnis zum Recht auf effektiven Rechtsschutz⁴⁸²

Das Verhältnis des Rechts auf effektiven Rechtsschutz zu Sanktionen war in der frühen Rechtsprechung des EuGH nur undeutlich. Typisch hierfür sind die Aussagen des EuGH in *von Colson und Kamann*:

476 KOM(2003) 657 endg., 20.

477 EuGH, Urteil vom 27.6.2000, verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98 *Océano Grupo gegen Murciano Quintero u.a.*, Slg. 2000, I-4941, Tz. 27.

478 Vgl. dazu sogleich.

479 EuGH, Urteil vom 3.5.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 53.

480 Vgl. EuGH, Urteil vom 3.5.2005, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 65 m.w.N.

481 So ausdrücklich GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 121.

482 Vgl. hierzu Rott, Effective Enforcement and Different Enforcement Cultures in Europe, in: Wilhelmsson (Hrsg.), erscheint 2007.

"Artikel 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlass der innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, "seine Rechte gerichtlich geltend machen kann". Aus dieser Bestimmung folgt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, die hinreichend wirksam sind, um das Ziel der Richtlinie zu erreichen, und dafür Sorge zu tragen, dass die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten tatsächlich auf diese Maßnahmen berufen können. (...) Allerdings schreibt die Richtlinie keine bestimmte Sanktion vor, sondern belässt den Mitgliedstaaten die Freiheit der Wahl unter den verschiedenen, zur Verwirklichung ihrer Zielsetzung geeigneten Lösungen."⁴⁸³

Verlangt eine Richtlinie ausdrücklich oder implizit die Einräumung individuellen Rechtsschutzes, wie es bei Art. 6 der Richtlinie 76/207/EWG und der Nachfolgeregelung in Art. 17 der Richtlinie 2006/54/EG der Fall ist, so können verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen nach der Rechtsprechung des EuGH in *von Colson und Kamann* nur verstärkend wirken.⁴⁸⁴ Umgekehrt schließen in einem Gemeinschaftsrechtsakt vorgesehene öffentlich-rechtliche Durchsetzungsmaßnahmen die (ergänzende) Notwendigkeit privater Rechtsdurchsetzung nicht aus.⁴⁸⁵ Ob Sanktionen wie etwa Schadensersatzansprüche nach nationalem Verständnis öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, ist aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts belanglos.⁴⁸⁶

Dass selbst durch das Vorsehen individueller Schadensersatzansprüche in Kombination mit der Zulassung kollektiven Rechtsschutzes noch nicht automatisch ein Sanktionssystem geschaffen wird, das "wirksam, abschreckend und verhältnismäßig" ist, belegt die Antidiskriminierungs-Richtlinie 2004/113/EG. Neben Art. 8, der in den Absätzen (1) bis (3) individuellen Rechtsschutz einschließlich der Verfügbarkeit von Schadensersatzansprüchen sowie kollektiven Rechtsschutz unter der Überschrift "Rechtsschutz" verlangt, gibt es nämlich noch den bereits angesprochenen Art. 14 über "Sanktionen", nach dem die Mitgliedstaaten wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen verhängen müssen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können. Letzterer wäre obsolet, wenn Art. 8 bereits alle Aspekte wirksamer, abschreckender und verhältnismäßiger Sanktionen abdecken würde. In Betracht kommen insbesondere verwaltungsrechtliche oder strafrechtliche Sanktionen oder aber ein zivilrechtlicher Kontrahierungszwang.⁴⁸⁷

Allgemein formulierte GA Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache *Kommission gegen Rat* zur strafrechtlichen Verfolgung von Verstößen gegen EG-Umweltrecht:

"In einigen Fällen reicht die Wiederherstellung der Lage, die vor dem Verstoß bestanden hat. Diese Folge, die nicht repressiv im engeren Sinne ist und die gewöhnlich als 'zivile Sanktion' bezeichnet wird, benötigt jedoch oft, um diese präventiven Zwecke zu erreichen, eine Ergänzung durch Strafen *stricto sensu*, deren Intensität je nach der Bedeutung des angegriffenen Rechtsguts und der sozialen Ächtung des strafbaren Verhaltens unterschiedlich ausfallen muss."⁴⁸⁸

483 EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 18.

484 Vgl. EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 18.

485 Vgl. GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 55.

486 EuGH, Urteil vom 15.4.2004, Rs. C-230/01 *Intervention Board for Agricultural Produce gegen Penycod Farming Partnership*, Slg. 2004, I-937, Tz. 37, sowie noch deutlicher GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.2.2003, *ibid.*, Tz. 71 und 77.

487 Vgl. auch Riesenhuber/Franck, JZ 2004, 529, 533.

488 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 26.5.2005, Rs. C-176/03 *Kommission gegen Rat*, Slg. 2005, I-7879, Tz. 46.

III. Die Kriterien

EuGH-Rechtsprechung zu den Kriterien der "wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen" Sanktion war lange Zeit nicht verfügbar. Mittlerweile werden nationale Maßnahmen aber häufiger überprüft. Im gemeinschaftlichen Verbraucherrecht ist bisher noch keine Entscheidung des EuGH ersichtlich, es deutet sich aber eine Verschärfung der Kontrollen an. Ein Verfahren, in dem die Kommission ausdrücklich die Nichtumsetzung der Verpflichtung aus der Timesharing-Richtlinie zur Einführung von Sanktionen durch Italien rügte,⁴⁸⁹ erledigte sich, bevor der EuGH entscheiden konnte. Weitere Verfahren sind aber anhängig oder in Vorbereitung.⁴⁹⁰

1. Die Wirksamkeit der Sanktion

Die Wirksamkeit einer Sanktion kann sich nur auf den Sinn und Zweck der Richtlinie beziehen.⁴⁹¹ GA Kokott formulierte in *Berlusconi u.a.*, eine Sanktionsregelung sei wirksam, wenn sie so ausgestaltet sei, dass die Verhängung der vorgesehenen Sanktion (und damit die Verwirklichung der vom Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Ziele) nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werde, und stellte fest, dass sich dies aus dem Effektivitätsgrundsatz ergebe.⁴⁹²

In der Rechtssache *Wells* ging es um die Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Nichtdurchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung durch eine Verwaltungsbehörde. Auch hier machte der EuGH deutlich, dass der Effektivitätsgrundsatz verlange, dass die Wirkungen eines rechtswidrigen Unterlassens beseitigt würden, es aber dem nationalen Recht überlasse, ob es die Rücknahme einer bereits erteilten Genehmigung gestatte oder lediglich den von der Rechtswidrigkeit Betroffenen einen Schadensersatzanspruch zubillige.⁴⁹³

2. Die abschreckende Wirkung der Sanktion

Das Kriterium der abschreckenden Wirkung sollen einige Beispiele erhellen.

In *von Colson und Kamann* stellte der EuGH die folgenden Grundsätze auf: Entscheide sich der Mitgliedstaat, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so müsse diese deshalb jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen.⁴⁹⁴ Letzteres Kriterium war, wie sich aus dem Kontext ergibt, nicht etwa als Begrenzung zugunsten des Schädigers, sondern als Mindestanforderung an den Schadensersatzanspruch zu verstehen. Den Anspruch auf Ersatz der frustrierten Bewerbungskosten, den die deutsche Rechtsprechung einer zu Unrecht

489 Rs. C-124/01 *Kommission gegen Italien*, ABl. EG 2001 Nr. C 161/7.

490 Vgl. Rs. C-235/06 *Kommission gegen Österreich*. Vgl. auch die Pressemeldung der Kommission IP/05/1587 vom 14.12.2005 zur Nichtumsetzung der Sanktionsvorschriften der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 durch Österreich, Belgien, Luxemburg, Schweden und die Slowakei.

491 Dazu supra, Teil 2, A.

492 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 88.

493 EuGH, Urteil vom 7.1.2004, Rs. C-201/02 *The Queen: ex parte Delena Wells gegen Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, Slg. 2004, I-723, Tz. 67 ff. Vgl. auch EuGH, Beschluss vom 19.1.2005, Rs. C-206/03 *Commissioners of Customs & Excise gegen SmithKline Beecham plc*, Slg. 2005, I-415, Tz. 53 ff.

494 *Ibid.*, Tz. 23.

abgewiesenen Bewerberin allein zugestand, bezeichnete der EuGH als "rein symbolische Entschädigung".⁴⁹⁵

In einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Finnland bezeichnete der EuGH die finnischen Sanktionen für die rechtswidrige Verwendung von Heizöl als Kraftstoff – eine Verdreifachung der Steuer, der GA Geelhoed zu Recht Strafcharakter beigemessen hat⁴⁹⁶ – zwar als hoch genug, um eine abschreckende Wirkung zu entfalten. Gleichzeitig kritisierte der EuGH aber die Art und Weise der Durchführung der finnischen Rechtsvorschriften, insbesondere die mangelhaften Kontrollen. Das Fehlen von Beschränkungen oder Kontrollen beim Vertrieb von Heizöl, das an Tankstellen frei verkauft wurde, begünstige faktisch betrügerische Handlungen. Als Beleg bezog sich der EuGH auf statistische Angaben bezüglich der Kontrollen von Privatfahrzeugen und auf das unbestrittene hohe Ausmaß des Steuerbetrugs durch die Verwendung von Heizöl als Kraftstoff.⁴⁹⁷ GA Geelhoed hatte bemerkt, dass die Schärfe der Sanktionen, die Intensität der Kontrollen und die Umsicht, mit der gegen festgestellte Übertretungen vorgegangen werde, mitentscheidend für die Effektivität von Rechtssystemen seien.⁴⁹⁸ Die mangelnde Effektivität mitgliedstaatlicher Kontrollen war auch Gegenstand einer Klage Italiens gegen die Kommission.⁴⁹⁹

In einem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Irland rügte die Kommission erfolgreich die gesamte mangelhafte Organisation des irischen Abfallbewirtschaftungssystems, indem durch Nachweis einer Fülle von Einzelverstößen eine insgesamt gemeinschaftswidrige Verwaltungspraxis nachgewiesen wurde. Bemerkenswert ist dabei, dass die Kommission mit Blick auf die wiederholte rechtswidrige Lagerung von Abfällen auf einem Gelände in Pembrokestown trotz dreier Verurteilungen zu Geldstrafen durch den District Court argumentierte, die wiederholten Zuwiderhandlungen belegten klar, dass die verhängten Sanktionen unangemessen (niedrig) gewesen seien. Der EuGH bestätigte, dass keine Sanktionen mit ausreichender Abschreckungswirkung verhängt worden seien.⁵⁰⁰ Aus vergleichbaren Gründen verurteilte der EuGH Frankreich wegen eines systematischen Verstoßes gegen die Pflicht, im Fischereisektor effektive Kontrollen durchzuführen und Verstöße mit wirksamen, abschreckenden und verhältnismäßigen Sanktionen zu ahnden.⁵⁰¹

Den Begriff "abschreckend" fasste GA Kokott wie folgt zusammen: Abschreckend sei eine Sanktion, "wenn sie den Einzelnen davon abhält, gegen die gemeinschaftlich vorgegebenen Ziele und Regelungen zu verstoßen". Dabei komme es nicht nur auf Art und Höhe der Sanktion an, sondern auch auf die Wahrscheinlichkeit, mit der sie verhängt werden wird: "Wer einen Verstoß begeht, muss befürchten, auch tatsächlich mit der Sanktion belegt zu werden." In dieser Hinsicht überschneide sich das Kriterium der Abschreckung mit jenem

495 EuGH, Urteil vom 10.4.1984, Rs. 14/83 *Sabine von Colson und Elisabeth Kamann gegen Land Nordrhein-Westfalen*, Slg. 1984, 1891, Tz. 24. Entsprechend meint Nickel, NJW 2001, 2668, 2671, der Zwang zur Bereitstellung von wirksamen und abschreckenden Sanktionen in der Richtlinie 2000/43/EG dürfte es erforderlich machen, nach dem Vorbild von § 611a Abs. 3 BGB Mindestzahlungen gesetzlich zu verankern.

496 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 6.12.2002, Rs. C-185/00 *Kommission gegen Finnland*, Slg. 2003, I-14189, Tz. 31.

497 EuGH, Urteil vom 27.11.2003, Rs. C-185/00 *Kommission gegen Finnland*, Slg. 2003, I-14189, Tz. 102 ff., gegen die Schlussanträge von GA Geelhoed vom 6.12.2002, *ibid.*

498 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 6.12.2002, Rs. C-185/00 *Kommission gegen Finnland*, Slg. 2003, I-14189, Tz. 56.

499 EuGH, Urteil vom 23.9.2004, Rs. C-297/02 *Italien gegen Kommission*, unveröffentlicht.

500 EuGH, Urteil vom 26.4.2005, Rs. C-494/01 *Kommission gegen Irland*, Slg. 2005, I-3331, Tz. 61 ff.

501 EuGH, Urteil vom 12.7.2005, Rs. C-304/02 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2005, I-6263, Tz. 37 ff.

der Wirksamkeit.⁵⁰² Nach Ansicht von GA Geelhoed muss "effektiv" (im Kontext des Fischereirechts) so verstanden werden, dass eine glaubhafte Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Fischer bei Nichteinhaltung ein hohes Risiko laufen, entdeckt zu werden und Sanktionen auferlegt zu erhalten, die ihnen zumindest jeden wirtschaftlichen Gewinn aus der Übertretung der Fischereivorschriften entziehen würden. Die Kontrolltätigkeit und die Gefahr repressiver Vorgehensweisen müssten ausreichenden Druck erzeugen, um die Nichtbefolgung wirtschaftlich unattraktiv zu machen und damit zu gewährleisten, dass die mit den einschlägigen Fischereivorschriften angestrebte Situation in der Praxis verwirklicht wird.⁵⁰³

Bei zivilrechtlichen Klage- oder Antragsrechten kommt es danach u.a. auf die Wahrscheinlichkeit und die Erfolgsaussicht an, mit der Geschädigte oder sonstige Klagebefugte überhaupt einen Rechtsbehelf zu den zuständigen nationalen Gerichten anstrengen könnten.⁵⁰⁴

Nationale Verjährungsfristen für Sanktionen sind nach Auffassung von GA Kokott zulässig, denn das Gemeinschaftsrecht gebiete keineswegs, dass es in jedem Einzelfall auch tatsächlich zur Verhängung einer Sanktion kommen müsse. Hingegen müsse sichergestellt sein, dass die anwendbaren Verjährungsvorschriften nicht insgesamt die Wirksamkeit und Abschreckungswirkung der vorgesehenen Sanktion untergraben.⁵⁰⁵ Verlange ein bestimmtes Vergehen häufig aufwendige und langwierige Ermittlungen und könne ein gerichtliches Verfahren, welches sich regelmäßig über drei Instanzen erstrecke, im Normalfall nicht vor Eintritt der Verjährung abgeschlossen werden, so bestünden erhebliche Zweifel, ob eine nationale Regelung als wirksame und abschreckende Sanktion angesehen werden kann.⁵⁰⁶

Eine die Wirksamkeit von Sanktionen einschränkende Wirkung schrieb GA Kokott auch einer Regelung zu, nach der die Fälschung von Jahresabschlüssen nur auf Antrag des geschädigten Gesellschafters oder Gläubigers verfolgt werden kann. Bestimmungen, welche mit einem Strafantragserfordernis einhergingen, seien nicht geeignet, der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Androhung geeigneter Maßregeln nachzukommen, wenn sie nur den Schutz bestimmter Dritter, nicht aber wirksam den Schutz der Interessen *aller* Dritter sicherstellten. Wenn ein solcher qualifizierter Straftatbestand mit einer ihrerseits nicht wirksamen und abschreckenden Sanktion kombiniert werde, so sei das gesamte System als nicht effektiv zu beurteilen.⁵⁰⁷

3. Die Verhältnismäßigkeit der Sanktion

Mit dem Kriterium der "Verhältnismäßigkeit" soll erreicht werden, dass die vorgesehenen Sanktionen nicht unverhältnismäßig hoch ausfallen und dadurch den Markt stören, und die Mitgliedstaaten müssen unter bestimmten Voraussetzungen auch von der Auferlegung von

502 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 89.

503 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 18.11.2004, Rs. C-304/02 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2005, I-6263, Tz. 10.

504 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 124.

505 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 108.

506 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 111.

507 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 115 ff.

Sanktionen absehen können.⁵⁰⁸ GA Kokott bezeichnet eine Sanktion als verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung der mit ihr verfolgten legitimen Zwecke geeignet (also insbesondere wirksam und abschreckend) und außerdem erforderlich ist. Wenn mehrere (gleich) geeignete Sanktionen zur Auswahl stünden, sei die am wenigsten belastende zu wählen. Ferner müssten die Auswirkungen der Sanktion auf den Betroffenen in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.⁵⁰⁹

Toleranzgrenzen, innerhalb derer ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht noch nicht sanktioniert werden muss, hielt GA Kokott im Zusammenhang mit der Richtigkeit von Jahresabschlüssen nur für zulässig, wenn damit das mit der Richtlinie verfolgte Ziel, das Vertrauen in die Richtigkeit der Darstellung von Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage einer Gesellschaft zu schützen, nicht vereitelt wird. Bei vorsätzlichen Verstößen schloss sie derartige Toleranz aus.⁵¹⁰ Wo Verstöße von unterschiedlicher Schwere sind, impliziert das Kriterium der Verhältnismäßigkeit nach den Schlussanträgen von GA Sharpston in der Rechtssache *Boehringer Ingelheim u.a.*, dass auch die entsprechenden Sanktionen unterschiedlich sein müssten.⁵¹¹

4. Der Nachweis der mangelnden Effektivität

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit der deutschen Rechtsprechung zu § 611a BGB a.F. tat sich der EuGH in *von Colson und Kamann* insofern leicht, als diese offensichtlich ungeeignet zur Erreichung des ihr zgedachten Zwecks war. Im oben angesprochenen Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Finnland war erheblicher Steuerbetrug nachweisbar, in den Vertragsverletzungsverfahren gegen Irland und Frankreich war belegt, dass Verstöße nicht abgestellt oder wiederholt wurden, so dass die Sanktionen offensichtlich keine Wirkung gezeigt hatten.

Wo dies nicht offensichtlich ist, scheint nur eine Beobachtung der eingetretenen oder nicht eingetretenen Veränderungen in Betracht zu kommen. Im Bereich des Verbraucherrechts ist die Rechtssache *Kommission gegen Schweden* von Bedeutung. Hier ging es darum, dass Schweden bei der Umsetzung der AGB-Richtlinie 93/13/EWG die indikative Liste im Anhang zur Richtlinie nicht ins schwedische Recht übertragen hat. Der EuGH stellte darauf ab, dass es darauf ankomme, dass das "mit der Richtlinie angestrebte Ergebnis" erreicht werde, das im konkreten Fall in der Information der Begünstigten über ihre Rechte liege. Die Umsetzungsmaßnahme müsse "die hinreichende Sicherheit dafür bieten, dass die Allgemeinheit von dieser Liste Kenntnis erlangen kann".⁵¹²

Fraglich bleibt, ob ein Vergleich mehrerer Mitgliedstaaten erforderlich ist. Immerhin ist es denkbar, dass eine Richtlinie Ziele aufgibt, die schlicht nicht erfüllbar sind. Ist die Lage mit Blick auf das Ziel der Rechtsbefolgung aber in einigen Mitgliedstaaten signifikant besser als

508 GA Geelhoed, Schlussanträge vom 13.12.2001, Rs. C-253/00 *Antonio Muñoz y Cia SA und Superior Fruticola SA gegen Frumar Ltd und Redbridge Produce Marketing Ltd*, Slg. 2002, I-7298, Tz. 54.

509 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 90.

510 GA Kokott, Schlussanträge vom 14.10.2004, verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 *Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi, Marcello Dell'Utri u.a.*, Slg. 2005, I-3565, Tz. 96 ff.

511 GA Sharpston, Schlussanträge vom 6.4.2006, Rs. C-348/04 *Boehringer Ingelheim KG u.a. gegen Swingward Ltd und Boehringer Ingelheim KG u.a. gegen Dowelhurst Ltd*, noch anhängig, Tz. 76.

512 EuGH, Urteil vom 7.5.2002, Rs. C-478/99 *Kommission gegen Schweden*, Slg. 2002, I-4147, Tz. 18 ff.

in anderen, so liegt zumindest nahe, dass in den anderen Mitgliedstaaten die Anreize zur Rechtsbefolgung, sprich: die Sanktionen, fehlen oder zu gering sind.

H. Erstattungsanspruch

Wie bereits im Zusammenhang mit nationalen Beweisvorschriften angesprochen, erkennt der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass aus der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Erhebung bestimmter Abgaben unmittelbar ein gemeinschaftsrechtlicher Erstattungsanspruch folgt.⁵¹³ Auch dieser unterliegt in seiner Ausgestaltung dem Effektivitätsgrundsatz.

I. Subjektive Elemente beim Erstattungsanspruch

Als Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz wertete der EuGH in der Rechtssache *Fantask* eine dänische Regelung, nach der langjährige Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht, deren sich die nationalen Behörden wie auch die Abgabepflichtigen nicht bewusst gewesen seien, die Haftung ausschloss, weil die Erhebung der Abgaben auf einem entschuldbaren Irrtum beruhe. Eine solche Regelung würde es nämlich übermäßig erschweren, die Erstattung gemeinschaftsrechtswidriger Abgaben zu erreichen. Sie würde darüber hinaus Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht begünstigen, die sich über einen langen Zeitraum hingezogen haben.⁵¹⁴

II. Pflicht zur Verzinsung zu Unrecht geleisteter Zahlungen

Zinsansprüche sind grundsätzlich Nebenansprüche, die typischerweise vom Gemeinschaftsrecht nicht geregelt werden. So bezeichnete der EuGH in den Rechtssachen *Express Dairy Foods* und *Fromme* die Verzinsung zu Unrecht geleisteter Zahlungen ausdrücklich als Nebenfrage, die mangels gemeinschaftsrechtlicher Regelung von den Mitgliedstaaten zu regeln sei.⁵¹⁵ Genauso entschied er in *Sutton* in Bezug auf die Verzinsung rückständiger Leistungen der sozialen Sicherheit. Dabei erklärte der EuGH ausdrücklich, dass seine Rechtsprechung zur Vollständigkeit der Wiedergutmachung aus *Marshall II*⁵¹⁶ nicht auf derartige Ansprüche übertragbar sei.⁵¹⁷ GA Kokott stellte in der Rechtssache *N.* fest, dass der Effektivitätsgrundsatz keinen allgemeinen Anspruch auf Folgenbeseitigung verleihe, und begründet dies wie folgt: "Wären die Mitgliedstaaten aufgrund des gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgrundsatzes zum Ausgleich aller Nachteile und Einbußen im Zusammenhang mit einem Gemeinschaftsrechtsverstoß verpflichtet, würden zudem die speziellen Voraussetzungen umgangen, die der Gerichtshof für die Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße

513 Vgl. supra, Teil 3, B. I.

514 EuGH, Urteil vom 2.12.1997, Rs. C-188/95 *Fantask A/S u.a. gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)*, Slg. 1997, I-6783, Tz. 39.

515 EuGH, Urteil vom 12.6.1980, Rs. 130/79 *Express Dairy Foods Limited gegen Intervention Board for Agricultural Produce*, Slg. 1980, 1887, Tz. 14; EuGH, Urteil vom 6.5.1982, Rs. 54/81 *Firma Wilhelm Fromme gegen Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, Slg. 1982, 1449, Tz. 4.

516 Vgl. supra, Teil 3, E. VI.

517 EuGH, Urteil vom 22.4.1997, Rs. C-66/95 *The Queen gegen Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, Slg. 1997, I-2163, Tz. 20 ff. Vgl. dazu auch die Schlussanträge von GA Léger vom 19.9.1996, *ibid.*, Tz. 67 ff.

gegen das Gemeinschaftsrecht aufgestellt hat."⁵¹⁸ In *Ansaldo Energia* wendete der EuGH allerdings den Äquivalenzgrundsatz auf die Frage der Verzinsung zurückzuerstattender Abgaben an, auch wenn er im konkreten Fall keinen Verstoß feststellte.⁵¹⁹

Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Metallgesellschaft u.a.* auch, wenn der Zinsanspruch keine Nebenfrage, sondern der Streitgegenstand des Ausgangsverfahrens ist. In *Metallgesellschaft u.a.* ging es darum, dass Großbritannien von ausländischen Unternehmern unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht Vorauszahlungen auf eine Steuer verlangt hatte, die von inländischen Unternehmern nicht verlangt wurde. Der dadurch entstandene Verlust bestand gerade in der Nichtverfügbarkeit der später ohnehin zu entrichtenden Beträge.⁵²⁰ Diesen Ansatz verfolgte der EuGH auch in *Prisco und CASER*.⁵²¹ GA Stix-Hackl unterwarf in dieser Rechtssache ausdrücklich "die Frage alle(r) mit der Erstattung zu Unrecht erhobener Abgaben zusammenhängenden Nebenfragen wie etwa die Zahlung von Zinsen einschließlich des Zeitpunkts, von dem an die Zinsen zu berechnen sind, und des Zinssatzes" dem Effektivitätsgrundsatz.⁵²²

Eine gegenläufige Tendenz zeigte sich von Anfang an auch bei der Verzinsung rechtswidriger Beihilfen. Auch hier verwies der EuGH zunächst auf die durch den Effektivitätsgrundsatz beschränkte nationale verfahrensrechtliche Kompetenz, ging aber davon aus, dass eine Verzinsung erforderlich sei, weil sonst dem betroffenen Unternehmen im Ergebnis akzessorische finanzielle Vorteile verblieben, die in der Gewährung eines zinslosen Darlehens bestünden.⁵²³ Diese Verpflichtung zur Verzinsung wurde später auch kodifiziert.⁵²⁴ Eine Ausnahme gestand der EuGH im konkreten Fall zu, in dem die Verzinsung nur für die Zeit nach der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ausgeschlossen war und für alle privaten und öffentlichen Gläubiger gleichermaßen galt.⁵²⁵

Eine gewisse Rolle spielte die mangelnde Verzinsung schließlich in der Rechtssache *Dounias*. Dort ging es um eine Regelung des griechischen Zollrechts, nach der importierte Waren im Falle einer Zollrechtsstreitigkeit dem Importeur nur dann ausgehändigt wurden, wenn dieser den geforderten Zoll entrichtete. Gegen die Zahlung konnte er zwar anschließend im Verwaltungsverfahren und dann im verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorgehen, seine eventuell rechtsgrundlos geleisteten Zahlungen wurden dabei aber auch trotz möglicherweise

518 GA Kokott, Schlussanträge vom 30.3.2006, Rs. C-470/04 *N. gegen Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 131 f.

519 EuGH, Urteil vom 15.9.1998, verb. Rs. C-279/96, C-280/96 und C-281/96 *Ansaldo Energia SpA gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato u.a.*, Slg. 1998, I-5025, Tz. 28 ff.

520 EuGH, Urteil vom 8.3.2001, verb. Rs. C-397/98 und C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd. u.a. gegen Commissioners of Inland Revenue, HM Attorney General*, Slg. 2001, I-1727, Tz. 87 ff. Im vorliegenden Fall ging es immerhin um 8 Mio £. Ebenso GA Geelhoed, Schlussanträge vom 6.4.2006, Rs. C-446/04 *Test Claimants in the FII Group Litigation gegen Commissioners of Inland Revenue*, noch anhängig, Tz. 132.

521 EuGH, Urteil vom 10.9.2002, verb. Rs. C-216/99 und C-222/99 *Riccardo Prisco Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato und Ministero delle Finanze gegen CASER SpA*, Slg. 2002, I-6761, Tz. 76 ff.

522 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 31.1.2002, verb. Rs. C-216/99 und C-222/99 *Riccardo Prisco Srl gegen Amministrazione delle Finanze dello Stato und Ministero delle Finanze gegen CASER SpA*, Slg. 2002, I-6761, Tz. 135.

523 Vgl. statt vieler EuGH, Urteil vom 12.10.2000, Rs. C-480/98 *Spanien gegen Kommission*, Slg. 2000, I-8717, Tz. 34 f., m.w.N.

524 Art. 14 (2) der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 EG-Vertrag, ABl. EG 1999 Nr. L 83/1.

525 EuGH, Urteil vom 12.10.2000, Rs. C-480/98 *Spanien gegen Kommission*, Slg. 2000, I-8717, Tz. 36 f.

jahrelanger Verfahrensdauer nicht verzinst. Während der EuGH nur allgemein den Effektivitätsgrundsatz zitierte,⁵²⁶ hielt GA Jacobs es jedenfalls im Falle von Kleinimporteuren sehr wohl für möglich, dass diese Regelung ihnen den Import nach Griechenland praktisch unmöglich machte oder übermäßig erschwerte.⁵²⁷

III. Zinshöhe

Eine Orientierung an im Gemeinschaftsrecht vorkommenden Zinssätzen lehnte GA Verloren van Themaat in der Rechtssache *Fromme* ausdrücklich ab. Die Kommission hatte vorgeschlagen, mitgliedstaatliche Zinssätze für zulässig zu erachten, die sich in einer Spanne von 8 bis 12 % bewegten, die das Gemeinschaftsrecht selbst auf anderen Gebieten kannte.⁵²⁸ GA Verloren van Themaat ließ aber auch erkennen, dass ein Zinssatz, der zu sehr vom allgemeinen Zinsniveau in den Mitgliedstaaten abweiche, Gefahren für den Rechtsfrieden mit sich bringen könnte.⁵²⁹

IV. Erfordernis einer Zahlung unter Vorbehalt

In der Rechtssache *FMC* ging es u.a. um eine Vorschrift des britischen Rechts, nach der eine Erstattung zu Unrecht gezahlter Beträge nur möglich war, wenn die Zahlung unter Vorbehalt erfolgte. Der EuGH urteilte, dass eine derartige Vorschrift dem Effektivitätsgrundsatz offenkundig nicht gerecht werde, da sie den Schutz der den Wirtschaftsteilnehmern durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte beeinträchtigen könne.⁵³⁰

In ähnlicher Weise meinte GA Alber in der Rechtssache *Santex*, eine vorsorgliche Klage gegen Ausschreibungsbedingungen, deren Auslegung durch die Vergabebehörde möglicherweise gemeinschaftswidrig erfolgen würde, sei nicht Voraussetzung für den Erhalt von Rechtsschutz im Zeitpunkt der tatsächlich vorgenommenen gemeinschaftswidrigen Auslegung.⁵³¹

J. Keine ungerechtfertigte Bereicherung des Anspruchsberechtigten

In der geschilderten abgabenrechtlichen Rechtsprechung brachte der EuGH bereits zum Ausdruck, dass der Schutz der einschlägigen von der Gemeinschaftsordnung gewährleisteten Rechte keine Erstattung von ohne rechtllichem Grund erhobenen Abgaben verlange, die zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Anspruchsberechtigten führen würde.⁵³²

526 EuGH, Urteil vom 3.2.2000, Rs. C-228/98 *Charalampos Dounias ggen Ypourgos Oikonomikon*, Slg. 2000, I-577, Tz. 58 ff.

527 GA Jacobs, Schlussanträge vom 23.9.1999, Rs. C-228/98 *Charalampos Dounias ggen Ypourgos Oikonomikon*, Slg. 2000, I-577, Tz. 46.

528 GA Verloren van Themaat, Schlussanträge vom 21.1.1982, Rs. 54/81 *Firma Wilhelm Fromme gegen Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, Slg. 1982, 1466, 1476.

529 *Ibid.*, 1473.

530 EuGH, Urteil vom 8.2.1996, Rs. C-212/94 *FMC plc u.a. gegen Intervention Board for Agricultural Produce and Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, Slg. 1996, I-389, Tz. 72.

531 GA Alber, Schlussanträge vom 7.2.2002, Rs. C-327/00 *Santex SpA gegen Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, Slg. 2003, I-1877, Tz. 110.

532 Vgl. *supra*, Teil 3, B. I.

Diesen Grundsatz übertrug er auch ins Antidiskriminierungsrecht. In *Fisscher* war einer niederländischen Arbeitnehmerin zu Unrecht der Anschluss an ein Betriebsrentensystem verweigert haben. Sie wollte deshalb ihre Rentenberechtigung erstreiten, allerdings ohne die Beiträge zu entrichten, die sie bei regulärem Verlauf der Dinge hätte zahlen müssen. Dies wies der EuGH mit der Begründung zurück, die Herstellung der Gleichbehandlung verlange, dass sie in dieselbe Lage wie die Arbeitnehmer des anderen Geschlechts versetzt werden müsse. Hingegen könne sie nicht verlangen, insbesondere in finanzieller Hinsicht besser behandelt zu werden als bei einem ordnungsgemäßen Anschluss an das System.⁵³³

K. Bestandskraft und Vollstreckbarkeit gemeinschaftswidriger Entscheidungen⁵³⁴

Die Frage der Vollstreckbarkeit einer gemeinschaftswidrigen Entscheidung war Gegenstand der Rechtssache *Ciola*. Es ging dabei um die Verhängung einer Geldstrafe aufgrund der Nichtbeachtung eines Verwaltungsakts der Bezirkshauptmannschaft Bregenz. Die Republik Österreich berief sich auf die nationale Verfahrensautonomie, nach der dieser Verwaltungsakt trotz seiner Gemeinschaftswidrigkeit bestandskräftig geworden sei. Der EuGH hingegen differenzierte zwischen der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts und der Rechtmäßigkeit der Verhängung einer Geldstrafe zu seiner Durchsetzung und erklärte Letztere für nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.⁵³⁵ Auch GA Mischo unterschied ausdrücklich zwischen der Frage einer dem Effektivitätsgrundsatz unterliegenden Klagefrist mit Blick auf die Anfechtung des Verwaltungsakts und der Durchsetzung einer gemeinschaftswidrigen Entscheidung.⁵³⁶

Mit der Bestandskraft eines Verwaltungsakts selbst befasste sich der EuGH in *Kühne & Heitz*. Der EuGH stellte fest, dass das Gemeinschaftsrecht mit Blick auf den allgemein anerkannten Grundsatz der Rechtssicherheit nicht verlange, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet sei, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen. In *Kühne & Heitz* bestand allerdings die Besonderheit darin, dass die niederländischen Behörden nach nationalem Recht die Befugnis hatten, die in Rede stehende bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen. Unter diesen Umständen verlangte der EuGH unter Berufung auf Art. 10 EG, dass die Verwaltungsbehörde ihre Entscheidung überprüfen müsse, um der Rechtsprechung des EuGH Rechnung zu tragen.⁵³⁷ Wenn eine

533 EuGH, Urteil vom 28.9.1994, Rs. C-128/93 *Geertruida Catharina Fisscher gegen Voorhuis Hengelo BV und Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel*, Slg. 1994, I-4583, Tz. 35 f. Noch deutlicher stellte GA van Gerven in seinen Schlussanträgen, *ibid.*, Tz. 30, diesen Zusammenhang her. Ebenso EuGH, Urteil vom 16.5.2000, Rs. C-78/98 *Shirley Preston u.a. gegen Wolverhampton Healthcare NHS Trust u.a. und Dorothy Fletcher u.a. gegen Midland Bank plc*, Slg. 2000, I-3201, Tz. 38 f.

534 Vgl. dazu auch Friedrich/Nagler, DStR 2005, 403 ff.; Finke, IStR 2006, 212 ff.

535 EuGH, Urteil vom 29.4.1999, Rs. C-224/97 *Erich Ciola gegen Land Vorarlberg*, Slg. 1999, I-2517, Tz. 25 ff.

536 GA Mischo, Schlussanträge vom 10.12.1998, Rs. C-224/97 *Erich Ciola gegen Land Vorarlberg*, Slg. 1999, I-2517, Tz. 38 ff.

537 EuGH, Urteil vom 13.1.2004, Rs. C-453/00 *Kühne & Heitz NV gegen Productschap voor Pluimvee en Eieren*, Slg. 2004, I-837, Tz. 24 ff. Vgl. auch GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 11.3.2004, Rs. C-345/02 *Pearle BV u.a. gegen Hoofbedrijfschap Ambachten*, Slg. 2004, I-7139, Tz. 53; GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 7.9.2004, Rs. C-207/03 *Novartis AG u.a. gegen Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks for the United Kingdom* und Rs. C-252/03 *Ministre de l'économie gegen Millenium Pharmaceuticals Inc.*, Slg. 2005, I-3209, Tz. 73.

solche Möglichkeit nach nationalem Recht nicht besteht, muss nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Kapferer* eine bestandskräftige Entscheidung – hier: ein zivilgerichtliches Urteil – nicht beseitigt werden.⁵³⁸ GA Ruiz-Jarabo Colomer betonte aber jüngst in der noch anhängigen Rechtssache *i-21 Germany*, die nationalen Gerichte müssten das nationale Recht – hier: § 48 des deutschen Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) so auslegen, dass trotz Bestandskraft einer Entscheidung die Überprüfung solcher Rechtsakte möglich ist, sofern nicht Rechte Dritter verletzt werden.⁵³⁹

L. Rechtsfolgen des Widerrufs

Die Rückabwicklung widerrufener Verträge steht im Zentrum der aktuellen Betrachtung des Effektivitätsgrundsatzes. Insbesondere ging es um die bereits mehrfach angesprochene Frage, ob die Richtlinie 85/577/EWG verlangt, dass der Widerruf eines Darlehensvertrags automatisch die Rückabwicklung eines damit verbundenen Immobilienkaufvertrags nach sich zieht. Daneben war die Verpflichtung zur sofortigen Rückzahlung umstritten.

I. Verbundene Verträge

Der EuGH hat der Sichtweise, der Widerruf eines im Wege des Haustürgeschäfts abgeschlossenen Darlehensvertrags ziehe automatisch die Rückabwicklung des damit zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenen Kaufvertrags nach sich, eine klare Absage erteilt. In seinem Urteil in der Rechtssache *Schulte* heißt es dazu:

"Während andere Richtlinien der Gemeinschaft, die die Interessen der Verbraucher schützen sollen, u.a. die Richtlinie 87/102, Vorschriften über verbundene Verträge enthalten, enthält die vorliegende Richtlinie keine solche Vorschrift und bietet auch keine Grundlage für die Annahme, dass es stillschweigende derartige Vorschriften gibt. (...) Unter diesen Umständen schließt es die Richtlinie zwar nicht aus, dass das nationale Recht für den Fall, dass die beiden verbundenen Verträge eine wirtschaftliche Einheit bilden, vorsieht, dass sich der Widerruf des Realkreditvertrags auf die Gültigkeit des Kaufvertrags über eine Immobilie auswirkt, doch schreibt sie in einem Fall, wie ihn das vorlegende Gericht schildert, ein solches Ergebnis nicht vor".⁵⁴⁰

Dies entspricht der allgemeinen Regel, dass der EuGH bei seiner Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes – und dieser war zwar nicht ausdrücklich, aber doch implizit Gegenstand der Erörterungen des EuGH in der Rechtssache *Schulte* – nicht eine bestimmte Lösung vorschreibt, sondern die Wahl des richtigen Mittels den Mitgliedstaaten überlässt. Dies kommt insbesondere in seinen Ausführungen in der Parallel-Rechtssache *Crailsheimer Volksbank* zum Ausdruck, in der der EuGH seine Ausführungen zum verbundenen Geschäft wiederholt, gleichzeitig aber anmahnt, die Mitgliedstaaten müssten dafür sorgen, dass ihre Rechtsvorschriften im Falle der nicht erfolgten Belehrung über ihr Widerrufsrecht die Verbraucher schützen, die es nicht vermeiden konnten, sich den Risiken auszusetzen, indem sie Maßnahmen treffen, die verhindern, dass die Verbraucher die Folgen der Verwirklichung

538 EuGH, Urteil vom 16.3.2006, Rs. C-234/04 *Rosmarie Kapferer gegen Schlank & Schick GmbH*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 23.

539 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 16.3.2006, verb. Rs. C-392/04 und C-422/04 *i-21 Germany GmbH und ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG gegen Deutschland*, noch anhängig, Tz. 115 ff.

540 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bausparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 76 und 80.

dieser Risiken tragen.⁵⁴¹ Wenn also die Mitgliedstaaten nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie 85/577/EWG zwar nicht verpflichtet sind, verbundene Verträge, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, gemeinsam rückabzuwickeln, so müssen sie doch irgendeine Lösung für die entsprechende Problematik vorhalten um zu verhindern, dass der Verbraucher nicht schutzlos gestellt ist.⁵⁴²

II. Verpflichtung zur sofortigen Rückzahlung

Die Verpflichtung des Verbrauchers zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens nach Widerruf stellt den Verbraucher dann vor Probleme, wenn er die Darlehenssumme nicht mehr als solche zur Verfügung hat, sondern mit ihr etwas anderes erworben hat. Muss er nämlich die Darlehenssumme sofort nach Widerruf des Darlehensvertrags zurückzahlen, so muss er dazu entweder die mit dem Darlehen erworbene Sache wieder veräußern oder – und sei es zur Überbrückung der aktuellen Illiquidität – einen anderen Kredit aufnehmen. Zugespitzt stellt sich das Problem wiederum beim verbundenen Geschäft, bei dem der Verbraucher die Darlehenssumme gar nicht erst als solche erhält, sondern bei dem diese nach der Gesamtkonzeption der verbundenen Verträge vom Kreditgeber an den Vertragspartner des verbundenen Vertrags ausgezahlt wird.

Auch die Verpflichtung des Verbrauchers zur sofortigen Rückzahlung des Darlehens nach Widerruf hat der EuGH in der Rechtssache *Schulte* für unbedenklich gehalten. Insoweit brauche nur festgestellt zu werden, dass die Umstände, dass das Darlehen ausschließlich zur Finanzierung des Erwerbs der Immobilie dient und unmittelbar an den Verkäufer ausbezahlt wird, einer weithin üblichen Praxis entsprächen. Im Übrigen könne nicht angenommen werden, dass der Darlehensnehmer die Darlehensvaluta nicht erhalten habe, wenn das Kreditinstitut auf Weisung der Verbraucher gehandelt habe.⁵⁴³ Hinsichtlich der Sofortigkeit der Rückzahlung wies der EuGH darauf hin, dass nach Art. 5 (2) der Haustürwiderrufs-Richtlinie 85/577/EWG die Anzeige des Widerrufs bewirke, dass der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenen Verpflichtungen entlassen sei. Ein solcher Wegfall der Verpflichtungen des Verbrauchers bedeute sowohl für ihn selbst als auch für den Darlehensgeber eine Wiederherstellung der ursprünglichen Situation.⁵⁴⁴

III. Verpflichtung zur Verzinsung eines erhaltenen Darlehens während der Widerrufsfrist

Auch die Verpflichtung zur Verzinsung eines erhaltenen Darlehens während der Widerrufsfrist hielt der EuGH in *Schulte* für zulässig. Die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands bedeute, dass der Verbraucher nicht nur die aufgrund des Darlehensvertrags

541 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 49.

542 Vgl. dazu genauer infra, Teil 4, B. III.

543 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 84 f.

544 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 88.

erhaltenen Beträge zurückzahlen, sondern dem Darlehensgeber auch noch die marktüblichen Zinsen zahlen müsse.⁵⁴⁵

M. Sprachvorschriften

Nationale Sprachvorschriften spielten in der Rechtsprechung des EuGH zunächst in der Form von Anforderungen an Mindestkenntnisse der Sprache des Mitgliedstaats, in dem eine berufliche Tätigkeit ausgeübt werden sollte, eine Rolle.⁵⁴⁶ Den Effektivitätsgrundsatz zog der EuGH bei seinen Erwägungen zunächst nicht heran, vielmehr löste er die auftretenden Rechtsfragen über den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Mit der Sprache hat auch die Frage zu tun, welche Folgen die Zustellung eines gerichtlichen Schriftstücks – hier: eines Antrags auf einstweilige Verfügung – in einer Sprache hat, die nicht die Sprache des Empfängerstaats ist und die der Empfänger auch tatsächlich nicht versteht. Die Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen⁵⁴⁷ regelt diese Frage nicht. Der EuGH unterwarf sie deshalb in der Rechtssache *Leffler* dem Effektivitätsgrundsatz. Angesichts des Ziels der Verordnung (EG) Nr. 1348/2000, die Wirksamkeit und Schnelligkeit gerichtlicher Verfahren zu verbessern, hielt der EuGH eine nationale Regelung, die die Heilung durch Nachreichen einer Übersetzung ausschließt, mit dem Effektivitätsgrundsatz für nicht vereinbar.⁵⁴⁸ GA Stix-Hackl hatte allerdings zu Recht darauf hingewiesen, dass man sich den "Umweg" über den Effektivitätsgrundsatz sparen könne, wenn man die Heilungsmöglichkeit unmittelbar aus der Verordnung herleite.⁵⁴⁹

N. Nachweis des Verschuldens bei Unternehmen

Die Voraussetzungen dafür, dass ein Unternehmen schuldhaft gehandelt hat, waren Gegenstand der Wettbewerbssache *Volkswagen*. Volkswagen meinte, das Schuldprinzip, das dem gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht zugrunde liege, verlange, dass gerade die Personen, die die beanstandete Handlung vorgenommen hätten, schuldhaft gehandelt hätten. Der EuGH unterschied hier im Anschluss an die Schlussanträge von GA Ruiz-Jarabo Colomer ausdrücklich zwischen dem strafrechtlichen Schuldprinzip und dem wettbewerbsrechtlichen Schuldprinzip. Letzteres verlange nicht, dass die Personen innerhalb des Unternehmens benannt würden, die schuldhaft gehandelt hätten oder für die möglicherweise fehlerhafte Organisation hätten verantwortlich gemacht werden müssen. Andernfalls wäre die Effektivität des Wettbewerbsrechts ernsthaft gefährdet.⁵⁵⁰ GA Ruiz-Jarabo Colomer hatte darauf hinge-

545 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-350/03 *Elisabeth Schulte, Wolfgang Schulte gegen Deutsche Bau-sparkasse Badenia AG*, Slg. 2005, I-9215, Tz. 92 f.

546 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 4.7.2000, Rs. C-424/97 *Salomone Haim gegen Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, Slg. 2000, I-5123.

547 ABl. EG 2000 Nr. L 160/37.

548 EuGH, Urteil vom 8.11.2005, Rs. C-443/03 *Götz Leffler gegen Berlin Chemie AG*, Slg. 2005, I-9611, Tz. 50 ff.

549 GA Stix-Hackl, Schlussanträge vom 28.6.2005, Rs. C-443/03 *Götz Leffler gegen Berlin Chemie AG*, Slg. 2005, I-9611, Tz. 64.

550 EuGH, Urteil vom 18.9.2003, Rs. C-338/00 P *Volkswagen AG gegen Kommission*, Slg. 2003, I-9189, Tz. 96 ff.

wiesen, dass das strafrechtliche Schuldprinzip das Machtungleichgewicht ausgleichen solle, das zwischen dem strafenden Staat und dem Einzelnen, dem eine Zuwiderhandlung vorgeworfen wird, bestehe. Im Wettbewerbsrecht seien die Parameter verändert, denn die Gemeinschaft der Einzelpersonen, die die Gesellschaft bildeten und aus Verbrauchergruppen bestünden, sollten vor mächtigen Organisationen geschützt werden, die über erhebliche Mittel verfügten. Durch die Übertragung des strafrechtlichen Schuldprinzips würde der Schutz des Einzelnen als hauptsächliches Opfer wettbewerbswidriger Handlungen verkürzt.⁵⁵¹

O. Drittwirkung von Verstößen gegen Informationspflichten

Nach der Richtlinie 83/189/EWG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften⁵⁵² sind Mitgliedstaaten verpflichtet, der Kommission die Entwürfe technischer Vorschriften, die in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallen, zu übermitteln. Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung stellt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH seit der Rechtssache *CIA Security International* einen wesentlichen Verfahrensfehler dar, der zur Unanwendbarkeit der fraglichen technischen Vorschriften auf Einzelne führen kann.⁵⁵³ Diese Unanwendbarkeit kann auch in einem Rechtsstreit zwischen Einzelnen über vertragliche Rechte und Pflichten geltend gemacht werden.⁵⁵⁴

Darüber, welche Rechtsfolgen sich aus der Unanwendbarkeit der technischen Vorschrift allerdings im Einzelfall ergeben, schweigt die Richtlinie 83/189/EWG. In der Rechtssache *Sapod Audic* verwies der EuGH deshalb für die Regeln und Grundsätze des Vertragsrechts, die eine solche Sanktion im Verhältnis zum festgestellten Fehler begrenzen oder anpassen, auf das nationale Recht, wobei er als denkbare Sanktionen die Nichtigkeit oder die Unanwendbarkeit des Vertrags zwischen den Parteien ansprach. Die Regeln und Grundsätze des nationalen Vertragsrechts müssten aber am Effektivitätsgrundsatz gemessen werden. Nähere Angaben machte der EuGH nicht.⁵⁵⁵

P. Teilnichtigkeit

Mit den Folgen teilweiser Nichtigkeit hatte sich der EuGH bislang nur im Verwaltungsrecht zu beschäftigen. In *Faroe Seafood* ging es um einen Bescheid, der sich teilweise auf Abgaben bezog, die aufgrund von Verjährung nicht mehr anforderbar waren. Das vorlegende Gericht wollte wissen, ob ein solcher Bescheid von Gemeinschaftsrechts wegen als vollständig nichtig anzusehen sei. Der EuGH unterstellte diese im zugrunde liegenden Rechtsakt nicht geregelte Frage zwar ausdrücklich dem Effektivitätsgrundsatz, überließ aber die Lösung dem nationalen

551 GA Ruiz-Jarabo Colomer, Schlussanträge vom 17.10.2002, Rs. C-338/00 P *Volkswagen AG gegen Kommission*, Slg. 2003, I-9189, Tz. 66 ff.

552 ABl. EG 1983 Nr. L 109/8.

553 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 30.4.1996, Rs. C-194/94 *CIA Security International SA gegen Signalson SA und Securitel Sprl*, Slg. 1996, I-2201, Tz. 48 und 54.

554 EuGH, Urteil vom 26.9.2000, Rs. C-443/98 *Unilever Italia SpA gegen Central Food SpA*, Slg. 2000, I-7537, Tz. 49.

555 EuGH, Urteil vom 6.6.2002, Rs. C-159/00 *Sapod Audic gegen Eco-Emballages SA*, Slg. 2002, I-5031, Tz. 52.

Gericht.⁵⁵⁶ Für zulässig hielt er jedenfalls eine nationale Regelung, nach der die noch nicht verjährten Forderungen mit einem neuen Bescheid geltend gemacht werden, da auf diese Weise die gemeinschaftsrechtlich gebotene Einforderung der Abgaben nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werde.⁵⁵⁷

Q. Rechtsmissbrauch

Die Verwirklichung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte kann auch dadurch vereitelt werden, dass sie aufgrund einer Vorschrift des nationalen Rechts als rechtsmissbräuchlich untersagt wird. In der Rechtssache *Pafitis* schloss der EuGH die Zulässigkeit des Verbots rechtsmissbräuchlichen Verhaltens nach griechischem Recht auch bei der Geltendmachung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechte nicht aus, stellte aber fest, dass die Anwendung des Verbots des Rechtsmissbrauchs die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten nicht beeinträchtigen dürfe und dass die Angemessenheit des durch die nationalen Rechtsordnungen gewährten Rechtsschutzes durch den EuGH überprüfbar sei. Im konkreten Fall lehnte er die Qualifikation einer Aktionärsklage als rechtsmissbräuchlich als gemeinschaftswidrig ab, weil damit die Tragweite der Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, auf die sich der Aktionär berief, verändert werde.⁵⁵⁸ GA Tesauro hatte die Auffassung, im vorliegenden Fall hätten die Kläger ihr Recht missbraucht, als offensichtlich unbegründet bezeichnet. Er nannte als ein mögliches Beispiel für den Rechtsmissbrauch eines Aktionärs, erst die Kapitalerhöhung durch die Verwaltung zu fordern und anschließend gegen die entsprechende Entscheidung gerichtlich vorzugehen, also eine Form widersprüchlichen Verhaltens.⁵⁵⁹

556 EuGH, Urteil vom 14.5.1996, verb. Rs. C-153/94 und C-204/94 *The Queen gegen Customs & Excise, ex parte Faroe Seafood Co., Føroya Fiskasøla L/F und Commissioners of Customs & Excise, ex parte John Smith und Celia Smith, handelnd unter der Firma Arthur Smith*, Slg. 1996, I-2465, Rdnr. 66.

557 EuGH, *ibid.*, Rdnr. 70.

558 EuGH, Urteil vom 12.3.1996, Rs. C-441/93 *Panagis Pafitis u.a. gegen Trapeza Kentrikis Ellados A.E. u.a.*, Slg. 1996, I-1347, Tz. 68 ff.

559 GA Tesauro, Schlussanträge vom 9.11.1995, Rs. C-441/93 *Panagis Pafitis u.a. gegen Trapeza Kentrikis Ellados A.E. u.a.*, Slg. 1996, I-1347, Tz. 30.

Teil 4: Die Auswirkungen des Effektivitätsgrundsatzes im deutschen Verbraucherrecht

In diesem Teil sollen deutsche Regelungen zum Verbraucherrecht darauf überprüft werden, ob sie mit den in Teil 3 herausgearbeiteten Grundsätzen im Einklang stehen. Höchstrichterliche Rechtsprechung und, soweit solche aufgrund der erst kurze Zeit zurückliegenden Einführung von Vorschriften noch nicht vorhanden ist, instanzgerichtliche Rechtsprechung wird in die Untersuchung einbezogen, da die Verpflichtung zur Wahrung des Effektivitätsgrundsatzes auch die Gerichte trifft und jedenfalls bei einer gefestigten Rechtsprechung auch eine Staatshaftung für judikatives Unrecht in Betracht kommt.⁵⁶⁰

Es geht also ausdrücklich nur um die Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, nicht darum, ob – gegebenenfalls über das Gemeinschaftsrecht hinaus – eine effiziente Regelung geschaffen wurde. Insoweit ist noch einmal daran zu erinnern, dass das Gemeinschaftsrecht selbst Regelungen als Mindest- oder gar Höchststandards vorgeben kann, die ihrerseits nicht effektiv erscheinen mögen. Dabei ist zu beachten, dass die richtlinienkonforme Auslegung in vollem Umfang zu nutzen ist, um dem Effektivitätsgrundsatz Rechnung zu tragen. In vielen Konstellationen wird es daher insbesondere durch die Auslegung von Generalklauseln möglich sein, das deutsche Recht richtlinienkonform auszulegen,⁵⁶¹ was im Einzelfall eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung erfordern kann. Dazu werden im Folgenden Vorschläge unterbreitet.

Schließlich ist zu bedenken, dass ein großer Teil der Rechtsprechung des EuGH zu öffentlich-rechtlichen Konstellationen ergangen ist, in denen entweder Ansprüche des Bürgers gegen den Staat oder Ansprüche oder Sanktionen des Staats gegen den Bürger in Rede standen. Diese Rechtsprechung kann nicht durchgängig auf das Verhältnis zwischen Verbraucher und Unternehmer übertragen werden. Andererseits zeigt aber die beschriebene Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH durchaus, dass eine solche Übertragung stattfindet. Bei aller gebotenen Vorsicht werden deshalb auch Entscheidungen zum öffentlichen Recht in solchen Bereichen verwertet, in denen der EuGH dies noch nicht getan, aber auch noch nicht abgelehnt hat. Daneben werden Teilbereiche des Privatrechts beleuchtet, zu denen der EuGH bislang im Zusammenhang mit dem Effektivitätsgrundsatz noch nicht Stellung genommen hat.

A. Ausschluss- und Verjährungsfristen

I. Ausschlussfristen

Ausschlussfristen kennt das deutsche Verbraucherrecht insbesondere beim Widerrufsrecht, § 355 BGB. Darüber hinaus findet sich eine Ausschlussfrist in § 651g Abs. 1 BGB über den Reisevertrag.

⁵⁶⁰ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-224/01 *Gerhard Köbler gegen Österreich*, Slg. 2003, I-10239.

⁵⁶¹ Vgl. in diesem Zusammenhang nur Thüsing, NJW 2003, 3441, 3444 f., zur richtlinienkonformen Auslegung deutschen Zivilrechts mit Blick auf die verspätete Umsetzung der Antidiskriminierungs-Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG.

1. *Dauer*

Die reguläre Frist des § 355 BGB von zwei Wochen ist vor dem Hintergrund der zugrunde liegenden Richtlinien nicht zu beanstanden, geht über den Mindeststandard der meisten Richtlinien sogar hinaus.⁵⁶² Auch die Monatsfrist des § 651g Abs. 1 BGB erscheint nicht so kurz, dass sie dem Verbraucher die Wahrung seiner Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren würde. Sie wird daher allgemein für zulässig gehalten, zumal sie den Standards der anderen Mitgliedstaaten entspricht.⁵⁶³

2. *Fristbeginn*

Auch der Fristbeginn ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, seit § 355 Abs. 3 BGB in Umsetzung des Urteils des EuGH in der Rechtssache *Heininger* bestimmt, dass die Widerrufsfrist nicht zu laufen beginnt, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.

Kritisiert wurde in der Literatur hingegen die Widerrufsfrist des § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB von einem Monat im Falle der nachträglichen Belehrung des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht.⁵⁶⁴ Die Frage der Frist bei nachträglicher Belehrung ist in den entsprechenden Richtlinien nicht geregelt und wurde vom EuGH, soweit ersichtlich, auch bisher in keinem anderen Zusammenhang diskutiert. Ein vollständiger Ausschluss der Nachbelehrung ist der Richtlinie aber angesichts der sonst eintretenden Folge der Unendlichkeit des Widerrufsrechts nicht zu entnehmen. Deshalb kann nur auf allgemeine Erwägungen hinsichtlich des Fristbeginns zurückgegriffen werden. Dass die Befristung des Widerrufsrechts auf einen Monat es dem Verbraucher praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, dieses Recht auszuüben, scheint angesichts der EuGH-Rechtsprechung kaum vertretbar. Eher problematisch können die Rechtsfolgen der in der Zwischenzeit erfolgten Nutzung oder Verschlechterung der Ware sein. Diese sind aber allein unter diesem Gesichtspunkt zu erörtern.⁵⁶⁵

II. **Verjährungsfristen**

1. *Fristdauer*

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Diese Dauer ist als solche sicher nicht zu beanstanden. Erst recht gilt dies für die längeren Höchstfristen der §§ 196, 197 und 199 Abs. 2, 3 und 4 BGB.

2. *Fristbeginn*

Problematisch kann allenfalls der Fristbeginn sein. Hier sind mit der Rechtsprechung des EuGH zwei Problemkreise zu unterscheiden: die Unkenntnis der Rechtslage und die Unkenntnis der tatsächlichen Grundlagen eines Anspruchs.

562 Vgl. nur Rott, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, 2001, 249, 253 f.

563 Vgl. Grabitz/Hilf/Wolf – Tonner, A 12, Art. 5 Rdnr. 49.

564 Vgl. nur Tonner, BKR 2002, 856, 858.

565 Vgl. infra, Teil 4, B. II. und IV.

a) *Unkenntnis der Rechtslage*

Die Unkenntnis der Rechtslage spielt nach der *Heininger*-Rechtsprechung jedenfalls dann eine Rolle, wenn der Vertragspartner die Verpflichtung hatte, den Verbraucher über die Rechtslage in Kenntnis zu setzen. Diese Problematik wurde bereits im Zusammenhang mit den Ausschlussfristen angesprochen.

Im Übrigen gilt die Unkenntnis der Rechtslage nach der Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich nicht als Umstand, der zugunsten des Unwissenden zu berücksichtigen wäre. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Unkenntnis auf eine unklare Rechtslage zurückzuführen ist.⁵⁶⁶ Etwas anderes gilt allerdings, wenn der andere Teil – hier: der Unternehmer – selbst einen Rechtsirrtum herbeigeführt hat. Dies wäre etwa denkbar im Zusammenhang mit selbständigen Garantien im Kaufrecht, bei denen der Verkäufer bzw. der Hersteller nach § 477 BGB verpflichtet ist, auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden, hinzuweisen. Hier muss die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Emmott*, *Levez* und *Santex* berücksichtigt werden, wonach in den Fällen, in denen der andere Teil – sei es eine Behörde oder ein Arbeitgeber – verhindert hat, dass der Anspruchsberechtigte seine Rechte rechtzeitig geltend machte.⁵⁶⁷ Rechtskonstruktiv lässt sich dies im deutschen Recht über einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB erreichen.

b) *Unkenntnis der relevanten Tatsachen*

Die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB läuft nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst ab dem Ende des Jahres, in dem der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Ausnahmen gelten nach § 200 BGB im Wesentlichen bei den Höchstfristen der §§ 196, 197, 199 Abs. 2, 3 und 4 BGB, aber auch bei der Verjährungsfrist nach § 37a WpHG.

Die Bedeutung der Kenntnis der relevanten Tatsachen kam in der Rechtssache *BLG* zum Ausdruck.⁵⁶⁸ Auch hier wird man aber einen Ausgleich dieses Umstands mit dem ebenfalls vom EuGH stets betonten Grundsatz der Rechtssicherheit zulassen müssen. Soweit die absolute Verjährungsfrist zehn Jahre beträgt, ist daher kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz zu erkennen. Dies zeigt auch die Regelung des Art. 11 der Produkthaftungs-Richtlinie 85/374/EWG, nach der aus dieser Richtlinie erwachsende Ansprüche nach Ablauf einer Frist von zehn Jahren ab dem Zeitpunkt erlöschen, zu dem der Hersteller das Produkt, welches den Schaden verursacht hat, in den Verkehr gebracht hat, es sei denn, der Geschädigte hat in den Zwischenzeit ein gerichtliches Verfahren gegen den Hersteller eingeleitet.

Gemeinschaftsrechtlich unproblematisch trotz ihrer Unabhängigkeit von der Kenntnis relevanter Tatsachen ist auch die zweijährige kaufrechtliche Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, die Art. 5 (1) der Richtlinie 1999/44/EG entspricht.

Bedenklich ist dagegen die absolute Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 37a WpHG. Schon die Regelung des § 199 Abs. 1 BGB zeigt nämlich, dass eine solche absolute Frist nach den Vorstellungen des deutschen Gesetzgebers grundsätzlich zur Wahrung der Rechtssicherheit nicht erforderlich ist. Ausnahmen finden sich regelmäßig nur bei Verjährungsfristen ab

566 Vgl. supra, Teil 3, A. II.

567 Vgl. supra, Teil 3, A. II.

568 Vgl. supra, Teil 3, A. II.

zehn Jahren.⁵⁶⁹ Bei der Verjährungsvorschrift des § 37a WpHG geht es um Ansprüche, deren tatsächliche Grundlagen erst nach Jahren bekannt werden können – wenn sich nämlich ein Beratungsfehler in einem Schaden manifestiert. In einer solchen Konstellation kann § 37a WpHG die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs "praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren". Die Konstellation erinnert nicht zuletzt an diejenige in der Rechtsache *Cofidis*. Dort lag dem Urteil des EuGH, dass eine zweijährige Ausschlussfrist, die Missbräuchlichkeit von AGB geltend zu machen, gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoße, die Erwägung zugrunde, dass dem Verbraucher das tatsächliche und rechtliche Problem erst nach Ablauf dieser Ausschlussfrist bekannt werden könne.⁵⁷⁰ Dass auch das Gemeinschaftsrecht in Fällen, in denen Schäden erst zu einem späten Zeitpunkt auftreten können, längere Fristen vorsieht, demonstriert auch die Zusammenschau von Art. 10 und 11 der Richtlinie 85/374/EWG, die die angesprochene absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren mit einer kenntnisabhängigen Verjährungsfrist von drei Jahren kombinieren. § 37a WpHG dürfte daher gegen den Effektivitätsgrundsatz verstoßen.⁵⁷¹

III. Verwirkung

Das Rechtsinstitut der Verwirkung wurde im Januar 1999 in einem viel kritisierten Urteil vom OLG Hamm eingesetzt, um die noch laufende Widerrufsfrist aus dem Recht der Haustürgeschäfte einzugrenzen.⁵⁷² Hier erscheint das in der Rechtsache *Heininger* ergangene Urteil unmittelbar einschlägig, d.h. die Verwirkung kann grundsätzlich nicht eintreten, bevor der Verbraucher über sein Widerrufsrecht belehrt wurde.⁵⁷³

IV. Verwaltungsrechtliche und gerichtliche Fristen

Ohne insoweit auf Einzelheiten eingehen zu müssen, ist ein Verstoß des deutschen Rechts gegen den Effektivitätsgrundsatz mit Blick auf verbraucherrechtlich relevante Fristen im Verwaltungsrecht oder im Prozessrecht nicht ersichtlich. Auch die Regeln über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Fristüberschreitung erscheinen unbedenklich.

B. Rechtsfolgen des Widerrufs

Die Rechtsfolgen des Widerrufs sind insbesondere mit Blick auf die im Haustürgeschäft abgeschlossenen Schrottimmobilienfälle und auf Fernabsatzverträge intensiv diskutiert worden. Die Diskussion soll hier nur unter dem Gesichtspunkt des Effektivitätsgrundsatzes aufgenommen werden.

569 Auch Metzger, ZEuP 2004, 154, 159, argumentiert, dass die kürzere Verjährungsfrist des § 195 BGB durch die Kenntnis des Gläubigers vom Anspruch gerechtfertigt sei.

570 Vgl. supra, Teil 3, A. I.

571 Ebenso Micklitz, WM 2005, 536, 542 f.

572 OLG Hamm, VuR 1999, 277.

573 Vgl. bereits Rott, VuR 2002, 49, 50 m. Fn. 16. Vgl. jetzt auch BGH, NJW 2006, 497, 498, sowie OLG Karlsruhe, ZIP 2003, 163.

I. Sofortige Rückabwicklung

Die vom BGH im Anschluss an das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Heininger* entwickelte Pflicht des Verbrauchers zur sofortigen Rückerstattung des Empfangenen⁵⁷⁴ ist nach dem Urteil des EuGH in *Schulte* zweifellos mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Das gilt nicht für ein Darlehen, sondern ebenso für erhaltene Ware. Der BGH hält insoweit auch an seiner Rechtsprechung fest.⁵⁷⁵

II. Nutzungersatz und Ersatz für Wertminderung durch Ingebrauchnahme

Gar nicht oder jedenfalls nicht umfassend geregelt sind in den Richtlinien 85/577/EWG, 94/47/EG, 97/7/EG und 2002/65/EG die Rechtsfolgen des Widerrufs. Insbesondere umstritten ist die Frage mit Blick auf Art. 6 (2) der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG, nach dessen Wortlaut die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren sind. Teile der deutschen Lehre hatten daraus geschlossen, Ansprüche der oben bezeichneten Art seien dadurch unzulässig,⁵⁷⁶ wohingegen der deutsche Gesetzgeber sowohl einen Anspruch auf Nutzungersatz in § 357 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB als auch einen Anspruch auf Wertminderung durch Ingebrauchnahme in § 357 Abs. 3 BGB verankert hat. Er ging dabei – ebenso wie übrigens der österreichische Gesetzgeber – unter Berufung auf Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 97/7/EG davon aus, dass diese Fragen in der Richtlinie nicht geregelt seien und deshalb der nationalen Regelungskompetenz unterfielen. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Schulte*, in der der EuGH es für zulässig hielt, dass der Verbraucher marktübliche Zinsen für die Zeit während der Widerrufsfrist entrichten muss, in der er über die Darlehenssumme verfügt, belegt zwar, dass ein Nutzungersatzanspruch grundsätzlich mit der Richtlinie 85/577/EWG vereinbar ist,⁵⁷⁷ lässt aber keinen zwingenden Rückschluss auf die Vereinbarkeit mit der Richtlinie 97/7/EG zu. Dennoch soll hier davon ausgegangen werden, dass ein Nutzungersatzanspruch und ein Anspruch auf Wertersatz für die Ingebrauchnahme zur Nutzung nicht grundsätzlich gegen die Fernabsatz-Richtlinie verstößt.

Dann aber können und müssen die nationalen Regelungen anhand des Effektivitätsgrundsatzes überprüft werden. Insofern ist noch einmal daran zu erinnern, dass auch Erwägungsgrund (14) der Richtlinie 97/7/EG – ebenso wie Art. 7 der Richtlinie 85/577/EWG – dies nicht etwa ausschließt, sondern im Gegenteil sogar impliziert.⁵⁷⁸ Sie wären dann nicht mit der Richtlinie vereinbar, wenn sie die Ausübung des Widerrufsrechts praktisch unmöglich machten oder wesentlich erschwerten. Dies hat auch der österreichische OGH in einem Urteil vom September 2005 gesehen, wenn er auch nicht mit dem Effektivitätsgrundsatz, sondern mit dem Sanktionsverbot des Art. 6 (2) der Richtlinie 97/7/EG argumentierte. Er meinte, dass

574 Vgl. nur BGH, DB 2002, 1262, 1266 f.

575 BGH, BB 2006, 2207.

576 Vgl. insb. Grabitz/Hilf/Wolf – Micklitz, A 3, Rn. 85; ders., in Micklitz/Reich, Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht, 1998, S. 27; ders., ZEuP 1999, 875, 887; Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2095; Micklitz/Tonner, Vertriebsrecht, § 357 Rn. 10; Heinrichs, FS Medicus, 177 (194); Tonner, BB 2000, 1413, 1416; Brüggemeier/Reich, BB 2001, 213, 215; Mankowski, in Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 357, 370 f. Dagegen Gößmann, MMR 1998, 88, 90 f.; Grigoleit, NJW 2002, 1151, 1154 f.

577 Vgl. supra, Teil 3, L. III. Der BGH hielt im Anschluss an *Schulte* an seiner Rechtsprechung fest, vgl. nur BGH, BB 2006, 2207.

578 Vgl. supra, Teil 2, B. III.

die Grundwertungen der Richtlinie insofern zu berücksichtigen seien, als dass die konkrete Ausgestaltung der Ansprüche nicht dazu führen dürfe, dass das von der Richtlinie gewährte Widerrufsrecht umgangen oder dessen Ausübung erschwert würde. Eine nach Art. 6 (2) der Richtlinie unzulässige Sanktion läge danach vor, wenn § 5g KSchG – die österreichische Vorschrift über den Nutzungsersatz – es erlaubte, dem Verbraucher ein derart hohes Nutzungsentgelt aufzuerlegen, dass dieses den Charakter einer Strafzahlung annähme, wodurch dem Verbraucher aus wirtschaftlichen Gründen die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag genommen wäre.⁵⁷⁹

Unabhängig davon ist für den Verbraucher letztlich die Höhe des Anspruchs auf Nutzungsersatz maßgeblich. Hierzu wird in Deutschland gelegentlich vertreten, dieser solle sich am marktüblichen Mietpreis einer Sache orientieren,⁵⁸⁰ wenn auch teilweise gefordert wird, dessen Gewinnanteil herauszurechnen.⁵⁸¹ Der angesprochene Fall des OGH macht deutlich, dass dieser Ansatz verfehlt ist. Dort hatte ein Verbraucher einen Flachbildschirm für zum Preis von 2.179,46 € erworben, diesen 43 ½ Stunden lang genutzt und dann den Vertrag widerrufen. Der Händler erstattete mit 1.499,96 € lediglich knapp 70 % des Kaufpreises zurück und begründete dies mit dem Ergebnis des Deckungsverkaufs.⁵⁸² Anders formuliert sollten die Bestellung, Nutzung und Rückgabe des Bildschirms den Verbraucher 679,49 € kosten. Oder noch anders gewendet: Der Verbraucher stand nach der Nutzung des Bildschirms über 43 ½ Stunden hinweg vor der Alternative, diesen zum Kaufpreis von 2.179,46 € zu behalten oder aber sein gesetzliches Rücktrittsrecht geltend zu machen, dann aber 679,49 € zu bezahlen und *keinen* Flachbildschirm zu haben.

In seinen Entscheidungsgründen bezifferte der OGH das marktübliche Benutzungsentgelt für den Monitor für die zehn Tage, in denen der Verbraucher diesen insgesamt in seinem Besitz hatte, mit 709,89 €. Legte man dieses der Nutzungsersatzanspruch zu Grunde, so müsste der Verbraucher bei Ausschöpfung der Widerrufsfrist rund ein Drittel des Kaufpreises als Nutzungsersatz bezahlen. Eine rationale Entscheidung eines Verbrauchers, sich einen Flachbildschirm für zehn Tage zu diesem Preis zu mieten und ihn in dieser Zeit 43 ½ Stunden lang zu nutzen, ist aber schwerlich vorstellbar. Zu Recht wies daher das Handelsgericht Wien als Berufungsgericht darauf hin, dass dann nicht mehr von einem "angemessenen" Nutzungsersatz gesprochen werden könnte. Schon früher hatte der OGH entschieden, dass bei der Berechnung des Benutzungsentgelts eine Orientierung am ortsüblichen Mietzins jedenfalls bei Sachen ausscheide, die auf lange Zeit üblicherweise nicht gemietet, sondern gekauft werden.⁵⁸³

Das Beispiel belegt, dass es maßgeblich auf die Ausgestaltung des Nutzungsersatzanspruchs ankommt. Wird dieser so hoch angesetzt, dass die Ausübung des Widerrufsrecht ökonomisch nicht mehr tragbar ist, so wird die Ausübung dieses Rechts praktisch unmöglich gemacht oder erheblich erschwert. Entscheidungen deutscher Gerichte zu dieser Thematik sind noch nicht bekannt geworden.

579 OGH, VuR 2006, 242 ff., m. Anm. Rott, VuR 2006, 218 ff.

580 Vgl. Mankowski, WM 2001, 833, 834 m.w.N.

581 So wohl Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1284.

582 Wobei dieses dadurch beeinträchtigt wurde, dass bereits ein Nachfolgemodell angekündigt war.

583 Vgl. nur OGH, JBl. 1986, 186.

III. Verbundene Verträge

Vorschriften über verbundene Verträge kennt das deutsche Recht mittlerweile für alle Verträge, für die ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB besteht, einschließlich der Haustürgeschäfte. Eine Einschränkung besteht lediglich nach § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB für Immobiliendarlehensverträge. Grundsätzlich ist diese Einschränkung nach der Entscheidung des EuGH in *Schulte* gemeinschaftsrechtlich unproblematisch. Dies gilt in jedem Fall, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt wurde. War dies nicht der Fall, so ist wiederum das Urteil des EuGH in *Schulte* maßgeblich. Auch wenn der EuGH hier keine Umsetzung des Art. 4 (3) der Richtlinie 85/577/EWG durch Einführung des verbundenen Geschäfts verlangte, so forderte er doch irgendeine Lösung für den Fall, dass der Verbraucher sein Widerrufsrecht hinsichtlich des Darlehensvertrags nicht ausüben konnte, weil er über dieses nicht belehrt wurde, und in der Folge einen Immobilienkaufvertrag abschloss, den er ohne den Darlehensvertrag nicht abgeschlossen hätte. Die rechtskonstruktive Lösung dieser Problematik bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Neben einer Lösung über das verbundene Geschäft, die das OLG Bremen in Umsetzung des Urteils des EuGH in *Schulte* gewählt hat,⁵⁸⁴ die der BGH aber mittlerweile abgelehnt hat,⁵⁸⁵ kommt insbesondere auch eine Lösung über einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht.⁵⁸⁶ § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB darf insoweit keine Sperrwirkung zugemessen werden, da nach der Entscheidung des EuGH in *Schulte* die gesamte Rechtsordnung heranzuziehen ist, um das richtlinienkonforme Ergebnis zu erzielen.

IV. Wertersatz für den Verlust oder die Verschlechterung der gelieferten Ware

Ein weiterer Problemfall im Zusammenhang mit der Rückabwicklung eines Vertrags nach Widerruf ist der Verlust oder die Verschlechterung der gelieferten Ware. Hier ist zu unterscheiden zwischen den Konstellationen der ordnungsgemäßen und der nicht ordnungsgemäßen Belehrung.

1. Rechtsfolgen bei ordnungsgemäßer Belehrung

Nach § 357 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 346 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB haftet der Verbraucher verschuldensunabhängig für die Verschlechterung oder den Untergang des empfangenen Gegenstands. Die für das gesetzliche Rücktrittsrecht vorgesehene Sonderregelung des § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB wird für das Widerrufsrecht bei ordnungsgemäßer Belehrung durch § 357 Abs. 3 Satz 3 BGB ausdrücklich ausgeschlossen. Der Regierungsentwurf wies darauf hin, dass der Verbraucher "auf Grund des schwebend wirksamen Vertrags gesteigerte Pflichten hat". Der zufällige Untergang der empfangenen Sache kann allerdings kaum als Pflichtverletzung betrachtet werden. Die Gefahr des zufälligen Untergangs beim Verbraucher ist, anders als die Benutzung der gelieferten Ware, unvermeidbar mit der Natur des Fernabsatzes verbunden. Die Haftung für den zufälligen Untergang der Ware stellt den Verbraucher im

584 OLG Bremen, VuR 2006, 147.

585 BGH, Urteil vom 16.5.2006, Az. XI ZR 6/04.

586 Vgl. statt vieler Reich, FS Derleder, 2005, 127, 138 ff.; Rott, GPR 2006, 25, 26. Zu einer ersten Entscheidung allerdings zu der Konstellation, dass der Immobilienkaufvertrag zeitlich vor dem widerrufenen Darlehensvertrag abgeschlossen wurde jetzt BGH, Urteil vom 16.5.2006, Az. XI ZR 6/04.

Fernabsatz schlechter als den Verbraucher, der das Ladengeschäft eines Unternehmers aufsucht, um gegebenenfalls Waren zu erwerben und dort vor dem Erwerb der Ware nicht für deren zufälligen Untergang haftet. Die Regelung erscheint deshalb nicht mit der Zielsetzung der Richtlinie 97/7/EG zu vereinbaren und macht es dem Verbraucher im Falle des zufälligen Untergangs praktisch unmöglich, die mit der Einräumung des Widerrufsrechts bezweckte Rückerstattung geleisteter Zahlung oder Freistellung von Ansprüchen des Unternehmers zu erlangen.

2. *Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung*

Nach § 357 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. § 346 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BGB haftet der Verbraucher, der nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde und auch keine anderweitige Kenntnis erlangt hat, für eigenübliche Sorgfalt i.S.d. § 277 BGB. Im Lichte des Urteils des EuGH in den Rechtssachen *Heininger* und *Schulte* ist es durchaus zweifelhaft, ob dem Verbraucher, der sein Widerrufsrecht nicht kennt, überhaupt die Haftung für den Verlust oder die Beschädigung einer gelieferten Sache auferlegt werden darf. Der EuGH verdeutlicht, dass ein Verbraucher, der seines Widerrufsrechts nicht gewahr ist, eines erhöhten Schutzes bedarf, während der Unternehmer, der gegen seine Verpflichtung zur Belehrung des Verbrauchers verstoßen hat, gerade nicht schutzbedürftig ist. Entsteht ihm aufgrund der fehlenden Belehrung ein Schaden, so muss er so gestellt werden, als hätte er den Vertrag innerhalb der Widerrufsfrist widerrufen. Dies wirkt sich insbesondere beim Fehlkauf aus. Wenn ein Verbraucher, der einen Fehlkauf getätigt hat, die gekaufte Sache wegwirft, darf er nicht für den Verlust haften, wenn er später erfährt, dass er den Vertrag hätte widerrufen können.⁵⁸⁷ Dies ließe sich in Fällen, in denen das Nichtkennen des Widerrufsrechts kausal für die Zerstörung der Sache ist, über einen Anspruch des Verbrauchers auf Freistellung von der Haftung nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB erreichen.

C. **Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts auf Nachlieferung**

Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Ausübung des Rechts auf Nachlieferung ist die Regelung des § 439 Abs. 4 BGB bedenklich, die dem Verkäufer – jedenfalls nach der Begründung des Regierungsentwurfs⁵⁸⁸ – einen Anspruch auf Ersatz der Nutzungen geben soll, die der Verbraucher bis zum Austausch der Kaufsache gezogen hat.⁵⁸⁹ Wiederum kann dahin stehen, ob es sich bereits um einen unmittelbaren Verstoß gegen Art. 3 (2) und (4) der Richtlinie 1999/44/EG handelt, wonach die Ersatzlieferung bzw. die Mängelbeseitigung kostenfrei zu erfolgen hat, oder ob der Nutzungsersatz von dieser Regelung gar nicht erfasst ist, so dass der Effektivitätsgrundsatz zur Anwendung kommt. In beiden Fällen wird aus der maßgeblichen Richtlinie deutlich, dass es um die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Gutes geht. Dem steht eine Regelung entgegen, die die Nacherfüllung von der Zahlung eines weiteren Betrags abhängig macht.⁵⁹⁰

587 Vgl. ausf. Rott, VuR 2001, 78, 82.

588 BT-DrS. 14/6040, 232 f.

589 Vgl. hierzu Rott, BB 2004, 2478 ff., sowie Gsell, NJW 2003, 1969 ff.; Wojtkewitsch, VuR 2005, 1 ff. A.A. Fest, NJW 2005, 2959 ff.

590 So auch W.-H. Roth, JZ 2001, 475, 489.

Konstruktiv ist dieses Problem dadurch zu lösen, dass § 439 Abs. 4 BGB – unter Außerachtlassung der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Rechtsauffassung der Bundesregierung – eng nach seinem Wortlaut ausgelegt wird, der nur von der (nur) "Rückgewähr der mangelhaften Sache nach Maßgabe der §§ 346 bis 348" spricht, nicht aber von dem isoliert zu betrachtenden Anspruch auf Nutzungersatz.⁵⁹¹ Diesen Weg haben das LG Nürnberg-Fürth⁵⁹² und das OLG Nürnberg⁵⁹³ beschritten. Der BGH hat die Frage mittlerweile dem EuGH vorgelegt.⁵⁹⁴

D. Stellvertretungsrecht

I. Einführung

Ein bekanntes Problem im deutschen Verbraucherrecht ist das Verhältnis von Verbraucherrecht und Stellvertretungsrecht. Virulent wurde das Problem insbesondere im Zusammenhang mit dem Verbraucherkreditrecht. Der BGH akzeptierte unter Berufung auf § 167 Abs. 2 BGB, dass ein Verbraucher einem Vermittler eine Vollmacht zum Abschluss eines Verbraucherkreditvertrags erteilen konnte, ohne dass er über die nach § 4 VerbrKrG a.F. (jetzt § 492 Abs. 1 Satz 5 BGB) erforderlichen Informationen verfügte. Wenn der Vermittler dann mit einem Kreditinstitut als Stellvertreter des Verbrauchers den Vertrag schloss, musste das Kreditinstitut nur dem Vermittler/Stellvertreter die notwendigen Informationen erteilen, so dass der Verbraucher letztlich an einen Vertrag gebunden sein konnte, ohne diese Informationen je erhalten zu haben.⁵⁹⁵ Der Gesetzgeber änderte dies im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung durch die Einfügung des neuen § 492 Abs. 4 BGB. Damit wurden aber nicht alle Probleme ausgeräumt. Vielmehr weist das Verhältnis von Verbraucherrecht und Stellvertretungsrecht noch weitere Konfliktlinien auf.⁵⁹⁶

Auf das nationale Stellvertretungsrecht hat der EuGH den Effektivitätsgrundsatz – mangels Gelegenheit – bislang nicht angewendet; es ist aber auch nicht ersichtlich, dass gerade dieses Rechtsgebiet ausgenommen werden sollte. Relevant sind die Konstellationen, in denen unabhängige Vermittler einen Vertragsschluss zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer herbeiführen, sowie die, in denen ein unabhängiger Vermittler als Stellvertreter des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer auftritt. Geklärt scheint demgegenüber die Rechtslage, wo ein Vertreter des Unternehmers handelt.

II. Vertreter des Unternehmers

In der Fallgestaltung, in der ein Vermittler im Namen und für Rechnung des Unternehmers handelt, ist das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Crailsheimer Volksbank* unmittelbar einschlägig. Das OLG Bremen hatte die Frage vorgelegt, ob es Voraussetzung für die Zurechnung der Haustürsituation sei, dass der Kreditgeber als Vertragspartner die Handlung

591 Vgl. dazu Rott, BB 2004, 2478, 2479.

592 LG Nürnberg-Fürth, NJW 2005, 2558.

593 OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000.

594 Vgl. BGH, BB 2006, 2207.

595 Vgl. nur BGH, JZ 2001, 829 m. abl. Anm. Derleder.

596 Vgl. aus nationaler Perspektive Eckardt, Verbraucherschutz und Repräsentationsprinzip, Baden-Baden 2006.

gen des Dritten, der den Vertrag an der Haustür initiierte, kannte oder kennen musste.⁵⁹⁷ Hintergrund war eine Rechtsprechung des BGH, nach der sich die Zurechnung der Haustürsituation nach § 123 BGB richte. Werde der Verbraucher durch eine Person, die im Lager des Unternehmers (nach deutscher Terminologie) steht, zum Vertragsschluss bestimmt, so sei diese Situation dem Unternehmer zuzurechnen. Führe hingegen ein unabhängiger Dritter, insbesondere also ein unabhängiger Vermittler, die Haustürsituation herbei, so sei dies dem Unternehmer nur zuzurechnen, wenn dieser die Handlungen des Dritten gekannt habe oder hätte kennen müssen.⁵⁹⁸ Der EuGH antwortete auf die Frage des OLG Bremen, der Gewerbetreibende habe für das Verhalten "der Personen, die in seinem Namen und für seine Rechnung handeln", einzustehen, gleich ob er vom Vertragsschluss in der Haustürsituation wusste oder nicht. Dabei bezog er sich in einem *argumentum e contrario* zunächst auf den Wortlaut der Art. 1 und 2 der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG. Diese böten über das Vorliegen einer Haustürsituation hinaus keine Grundlage für eine zusätzliche Voraussetzung einer subjektiven Kenntnis oder eines Kennenmüssens. Darüber hinaus argumentierte der EuGH aber auch teleologisch: Eine solche zusätzliche Voraussetzung würde der Zielsetzung der Richtlinie 85/577/EWG zuwiderlaufen, die darin bestehe, den Verbraucher vor dem mit dem Haustürgeschäft verbundenen Überraschungsmoment zu schützen.⁵⁹⁹ Damit ist jedenfalls geklärt, dass der Gewerbetreibende sich im Rahmen der Richtlinie 85/577/EWG nicht hinter seinen Hilfspersonen verstecken kann, sondern sich deren Handeln in vollem Umfang zurechnen lassen muss. Diese Rechtsprechung scheint auf das gesamte Verbraucherrecht verallgemeinerbar.⁶⁰⁰ Die deutsche Rechtsprechung stimmte insoweit bereits mit der Rechtsprechung des EuGH überein, denn in den Fällen, in denen Angestellte des Unternehmers handelten, nahm auch der BGH eine Zurechnung des Vertreterhandelns analog § 123 Abs. 1 BGB vor.⁶⁰¹

III. Selbständige Vermittler

Ob auch die Konstellation, in der ein unabhängiger Vermittler gehandelt hat, von der Entscheidung des EuGH in *Crailsheimer Volksbank* erfasst wird,⁶⁰² kann dahin gestellt bleiben. Der BGH hat nämlich im Anschluss an dieses Urteil seine frühere Rechtsprechung, nach der bei der Einschaltung eines echten Dritten die Haustürsituation nur zugerechnet wurde, wenn die Voraussetzungen des § 123 Abs. 2 BGB vorlagen,⁶⁰³ ausdrücklich aufgegeben. Nunmehr muss ein Vertragspartner, der nicht selbst die Verhandlungen geführt hat, von der in der Person des Verhandlungsführers bestehenden Haustürsituation keine Kenntnis mehr gehabt haben. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob den Vertragspartner an seiner Unkenntnis der Haustürsituation ein Verschulden trifft.⁶⁰⁴

597 OLG Bremen, ZIP 2004, 1253.

598 Vgl. etwa BGH, NJW 2003, 424, 425.

599 EuGH, Urteil vom 25.10.2005, Rs. C-229/04 *Crailsheimer Volksbank eG gegen Klaus Conrads, Frank Schulzke und Petra Schulzke-Lösche, Joachim Nitschke*, Slg. 2005, I-9273, Tz. 42 ff.

600 Vgl. dazu Rott, in: *Liber amicorum Bernd Stauder*, 2006, 405 ff.

601 Vgl. nur BGH, NJW 2003, 424, 425.

602 So etwa Kiethe, DStR 2005, 1904, 1907; Hoppe/Lang, ZfIR 2005, 800, 802. A.A. Rott, GPR 2006, 25, 27.

603 Vgl. BGH, NJW 2006, 497; BGH, NJW 2006, 1340; BGH, ZIP 2006, 940.

604 BGH, NJW 2006, 497.

IV. Stellvertreter des Verbrauchers

Überhaupt keine Aussagen trifft das Gemeinschaftsrecht zur Frage, ob es sich auf die Rechte des Verbrauchers auswirkt, wenn er selbst sich beim Vertragsschluss oder bei der Vertragsanbahnung vertreten lässt. Idealtypisch lassen sich hier zwei Fallgestaltungen unterscheiden: die Stellvertretung durch einen Vertrauten des Verbrauchers, die den nationalen Stellvertretungsrechten ursprünglich zugrunde lag und die modernere Form der Stellvertretung durch professionelle und unabhängige Vermittler, Broker usw.

1. Die Stellvertretung durch einen Vertrauten

Lässt sich der Verbraucher beim Vertragsschluss vertreten, so stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob der Gewerbetreibende die ihm auferlegten Pflichten gegenüber dem Verbraucher oder gegenüber dem Vertreter zu erfüllen hat. Dies soll am Beispiel des Fernabsatzrechts und des Verbraucher kreditrechts diskutiert werden. Im Recht der Haustürgeschäfte dürfte die Konstellation kaum vorkommen.

a) Informationspflichten

Hauptinstrument des EG-rechtlichen Verbraucherschutzes sind Informationspflichten, die dem Gewerbetreibenden auferlegt werden. Sie verfolgen regelmäßig das doppelte Ziel, dem Verbraucher eine verbesserte Entscheidungsgrundlage zu verschaffen und durch diese größere Transparenz den Wettbewerb zwischen den am Markt befindlichen Unternehmen zu erhöhen. Nach allen relevanten Richtlinien sind die entsprechenden Informationen "dem Verbraucher" zu erteilen. Die Konstellation, dass dieser sich beim Vertragsschluss vertreten lässt, findet keine Berücksichtigung. Eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung, wonach der Verbraucher, der Vertragspartner werden soll, stets Adressat aller Informationen sein muss, birgt jedoch die Gefahr, dass dieser nicht die Annehmlichkeiten der Einschaltung eines Stellvertreters nutzen könnte. Deshalb stellt sich die Frage, ob die entsprechenden Richtlinien nicht einer flexiblen Auslegung zugänglich sind. Hierbei soll zwischen vorvertraglichen Informationspflichten, nachvertraglichen Informationspflichten und der Belehrung über das Widerrufsrecht im Besonderen differenziert werden.

aa) Vorvertragliche Informationspflichten

Vorvertragliche Informationspflichten, z.B. im Fernabsatzrecht, sollen dem Verbraucher die Auswahl des Vertragspartners und der zu erwerbenden Ware oder Dienstleistung erleichtern. Hat der Verbraucher diese Auswahl einem Stellvertreter übertragen, so spricht nichts dagegen, dass dieser auch Nutznießer der vorvertraglichen Informationspflichten sein kann, ohne die Informationen vor Vertragsschluss an den zukünftigen Vertragspartner weiterleiten zu müssen.⁶⁰⁵ Sofern letzterem nach Vertragsschluss ein Widerrufsrecht zusteht, ist er durch dieses ohnehin geschützt. Aber selbst wenn dies nicht der Fall ist, wie etwa (derzeit noch) im Verbraucher kreditrecht oder dort, wo das Fernabsatzrecht Ausnahmen vorsieht, überträgt der Verbraucher, der einem Stellvertreter die mehr oder minder freie Entscheidung überlässt, diesem eben gerade auch die Einholung der zur aufgeklärten Entscheidung notwendigen Informationen.

605 Vgl. insb. BGH, JZ 2001, 829.

Etwas anderes muss allerdings gelten, wenn die Informationspflichten mit Formerfordernissen gekoppelt werden, die eine spezielle Warnfunktion haben. Eine solche liegt Art. 4 (1) der Verbraucherkredit-Richtlinie 87/102/EWG zu Grunde und wird durch Art. 9 (2) lit. c) der E-Commerce-Richtlinie 2000/31/EG bestätigt, nach der die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich den Vertragsschluss in elektronischer Form anerkennen müssen, aber im Falle der besonders gefährlichen Bürgschaftsverträge eine Ausnahme vorsehen dürfen.

Zwar verlangt Art. 4 (1) der Richtlinie lediglich, Verbraucherkreditverträge seien schriftlich abzufassen; wie aus den Erwägungsgründen jedoch hervorgeht, erfolgt dies zum Schutz des Verbrauchers, was impliziert, dass dieser erst dann an einen Vertrag gebunden sein sollen, wenn er ihn in Schriftform vorliegen und unterschrieben hat. Dem Schutzzweck der Schriftform ist nicht genügt, wenn nur der Vertreter des Verbrauchers unterzeichnet, da ihn die Folgen des Vertrags, vor denen gewarnt werden soll, nicht treffen.⁶⁰⁶ Allerdings soll nicht unerwähnt bleiben, dass die Schriftform im Verbraucherrecht der Gemeinschaft im Rückgang begriffen ist. So soll sie etwa in der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie nach derzeitigem Stand der Diskussionen durch die elektronische Form ersetzt werden können.⁶⁰⁷

bb) Nachvertragliche Informationspflichten

Die nachvertraglichen Informationspflichten einschließlich der Pflicht zur Verschaffung einer dauerhaften Ausfertigung des Vertrags dienen dazu, Nachweise über den Vertragsinhalt, den Ansprechpartner für Beschwerden usw. zu haben. Diese Informationen benötigt allein der Vertragspartner, der gegebenenfalls seine Rechte geltend machen will. Deshalb ist es unabdingbar, dass die nachvertraglichen Informationspflichten gegenüber dem Vertragspartner erfüllt werden. Ließe man die Übermittlung an den Stellvertreter genügen, ohne dass die Weitergabe der Informationen an den Verbraucher-Vertragspartner gewährleistet wäre, würden die nachvertraglichen Informationspflichten ihren Sinn verlieren – eine Folge, die mit der teleologischen Auslegung oder dem Effektivitätsgrundsatz nicht zu vereinbaren wäre.

cc) Belehrung über das Widerrufsrecht

Gleiches gilt für die Belehrung über das Widerrufsrecht. Das Widerrufsrecht soll es dem Verbraucher ermöglichen, sich ohne Angabe von Gründen vom Vertrag zu lösen. Wie der EuGH in der Rechtsache *Heininger* verdeutlicht hat, kann der Verbraucher dieses Recht nur ausüben, wenn er es kennt. Aus diesem Grund reicht es nicht aus, nur den Stellvertreter – vor oder nach Vertragsschluss – über das Widerrufsrecht zu belehren.⁶⁰⁸ Dieser hat im Regelfall ohnehin nicht die Kompetenz, über dessen Ausübung zu entscheiden. Anders kann es nur sein, wenn der Verbraucher in Kenntnis der Rechtslage, d.h. nach Belehrung, den Stellvertreter ausdrücklich zur Entscheidung über die Ausübung des Widerrufsrechts ermächtigt. Dies mag etwa der Fall sein, wenn der Verbraucher im Ausland weilt und einen Stellvertreter beauftragt, eine im Wege des Fernabsatzes empfangene Lieferung entgegen zu nehmen und zu prüfen. Nicht ausreichend ist dafür allerdings, dass er den Vertreter mit der "Abwicklung des gesamten Geschäfts" beauftragt. Dann ist nämlich gerade nicht gewährleistet, dass der

606 Für das Bürgschaftsrecht hat dies im Übrigen auch der BGH anerkannt, vgl. BGH, NJW 1996, 1467, 1469.

607 Vgl. Art. 5 (2), 6 (1) und 9 (1) des Geänderten Vorschlags, KOM(2005) 483 endg.

608 So auch Stüsser, NJW 1999, 1586, 1599; Masuch, ZIP 2001, 143, 146 ff. A.A. etwa MüKo – Wendehorst, § 312c Rdnr. 100, zum Fernabsatzrecht.

Verbraucher Kenntnis davon hat, dass zu dem "gesamten Geschäft" auch die Entscheidung über die Ausübung des Widerrufsrechts gehört.

b) Isoliertes Schriftformerfordernis

Für ein isoliertes, von der Erteilung bestimmter Informationen unabhängiges Schriftformerfordernis gilt wiederum, dass seine Warnfunktion nur dann erfüllt ist, wenn derjenige, den die Folgen treffen, somit der vertretene Verbraucher, gewarnt wird. Auch hier reicht daher eine Unterschrift des Vertreters nicht aus.

2. *Die Stellvertretung durch einen professionellen und unabhängigen Dritten*

Bei der Stellvertretung durch einen professionellen Dritten stellen sich zusätzliche Fragen nach dem Anwendungsbereich des Verbraucherrechts. Im Übrigen verschärfen sich die Spannungen zwischen Stellvertretungs- und Verbraucherrecht dadurch, dass der professionelle Dritte ein eigenes finanzielles Interesse an Abschluss und Aufrechterhaltung des Vertrags hat.

a) Der persönliche Anwendungsbereich

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs des EG-Verbraucherrechts könnte man auf den Gedanken kommen, dass ein professionell vertretener Verbraucher keines Schutzes mehr bedarf, weil insbesondere kein Informationsgefälle zwischen Anbieter und Verbraucher besteht. Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, mit dieser Konstellation nur im Falle der Vertretung des Verbraucher-Verkäufers durch einen (Gebrauchtwagen-)Händler beim Agenturgeschäft befasst, allerdings unter einem anderen Gesichtspunkt.⁶⁰⁹ Hier ging es gerade nicht um den Schutz des vertretenen Verbrauchers, sondern um die Frage der Umgehung des kaufrechtlichen Schutzes des Verbraucher-Käufers dadurch, dass möglicherweise ein Verbrauchsgüterkauf verschleiert wurde, indem die Parteien ein Privatgeschäft konstruierten.

Für den umgekehrten Fall bietet das EG-Verbraucherrecht keinen Ansatzpunkt, der es erlauben würde, Verträge zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden aus seinem Anwendungsbereich herauszunehmen, wenn der Verbraucher-Käufer sich seinerseits von einem Gewerbetreibenden vertreten lässt. Der persönliche Anwendungsbereich ist stets als Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher definiert, so dass es nur darauf ankommt, wer Vertragspartner ist oder werden soll. Sollte dies anders gewollt sein, so müsste die Vertretung des Verbrauchers durch einen Gewerbetreibenden explizit als Ausnahmetatbestand aufgeführt werden.⁶¹⁰

b) Die Maßgeblichkeit der Haustürsituation

Die Richtlinie 85/577/EWG setzt voraus, dass der Vertragsschluss oder die Abgabe eines bindenden Angebots in der Wohnung des Verbrauchers oder eines anderen Verbrauchers, an

609 Vgl. insb. BGH, NJW 2005, 1039.

610 Auch die Differenzierung zwischen Bürgschaften für einen Verbraucherkredit und Bürgschaften für einen gewerblichen Kredit, die der EuGH in *Dietzinger* getroffen hat, spielt hier keine Rolle. Diese erklärte sich allein aus der Akzessorietät des Bürgschaftsvertrags, die der EuGH heranziehen musste, um überhaupt die Anwendbarkeit der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG auf Bürgschaften zu begründen, siehe EuGH, Urteil vom 17.3.1998, Rs. C-45/96 *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG gegen Edgar Dietzinger*, Slg. 1998, I-1199.

seinem Arbeitsplatz oder auf einer vom Gewerbetreibenden organisierten Freizeitveranstaltung erfolgt. Bevollmächtigt nun der Verbraucher einen Stellvertreter, so gibt dieser das Angebot ab bzw. schließt den Vertrag, etwa in den Geschäftsräumen eines Kreditinstituts. Aus dem insbesondere in § 166 BGB verankerten Repräsentationsprinzip, das sich dort allerdings auf Fehler in der Willensbildung und damit auf das Anfechtungsrecht bezieht, leitet der BGH nun verallgemeinernd ab, es komme maßgeblich darauf an, wo der Stellvertreter des Verbrauchers den Vertrag schließt.⁶¹¹ Das erscheint in den Fällen vertretbar, in denen der Stellvertreter ein Vertrauter des Verbrauchers ist, denn dann wird keine Überrumpelsituation vorliegen. Lässt sich hingegen – wie in den vom BGH entschiedenen Fällen – ein professioneller Vermittler an der Haustür eine Vollmacht erteilen, die ihn zum Abschluss von Anlagegeschäften samt notwendiger Darlehensaufnahme ermächtigt, so beschränkt sich der Schutz des Verbrauchers nach der Rechtsprechung des BGH auf das Innenverhältnis zwischen Verbraucher und Vermittler. Diesen trifft aber nur eine Belehrungspflicht hinsichtlich der Widerruflichkeit des Vermittlungsverhältnisses, so dass eine Schutzlücke verbleibt, selbst wenn man davon ausginge, dass der Vermittler gegebenenfalls geeigneter Adressat von Ansprüchen des Verbrauchers wäre.

In der Tat stellt sich die praktische Frage, wie ein Vertragspartner, der von einem ihm unbekanntem professionellen Vermittler aufgesucht wird, erkennen soll, dass dieser Vermittler die Vollmacht des Verbrauchers in einer Haustürsituation erlangt hat, die die Belehrungspflicht des Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG auslöst.⁶¹² In diesem Zusammenhang sei in Erinnerung gerufen, dass das Schutzkonzept des Gemeinschaftsrechts bislang primär darin besteht, unabhängigen Vermittlern eigene Pflichten aufzuerlegen und sie damit zu Adressaten potentieller Schadensersatzansprüche von Verbrauchern zu machen.⁶¹³

Hier mag nun auch unter gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkten die frühere Wertung des BGH, die Haustürsituation sei dem Vertragspartner nur zuzurechnen, wenn dieser sie kannte oder kennen musste,⁶¹⁴ ihre Berechtigung finden. Allerdings darf man dabei die Anforderungen an die schuldhaft Unkenntnis nicht überspannen. Wenn Banken derart die Augen vor den Vertriebsmethoden von Anlagevermittlern verschließen, wie sie es – euphemistisch ausgedrückt – in den Schrottimmobilienfällen getan haben, sind sie nicht schützenswert.⁶¹⁵ Eine andere Sichtweise ist mit dem von der Richtlinie intendierten Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelung nicht vereinbar, denn der Verbraucher könnte andernfalls Opfer einer Überrumpelung durch den Vermittler werden, ohne das Recht zu haben, sich von dem abgeschlossenen Vertrag über die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung wieder zu lösen. Genau diesen Mechanismus sieht die Richtlinie 85/577/EWG aber vor. Ob man dieses Ergebnis im Wege der Auslegung der Richtlinie oder über den Effektivitätsgrundsatz, nach dem das nationale Stellvertretungsrecht dem Verbraucher die Ausübung des Widerrufsrechts nicht praktisch unmöglich machen dürfe, erreicht, spielt nur eine untergeordnete Rolle.

611 Vgl. BGH, ZIP 2000, 1152, 1154 f.; BGH, ZIP 2000, 1155, 1156 f.; BGH, NJW 2003, 2088, 2090; BGH, NJW 2003, 2091. Ebenso Barnert, WM 2004, 2002, 2009.

612 Vgl. auch Hoffmann, ZIP 2005, 1985, 1988.

613 Vgl. dazu Rott, in: Liber amicorum Bernd Stauder, 405, 406 ff.

614 Vgl. supra, Teil 4, D. II.

615 A.A. wohl Lwowski/Wunderlich, ZInsO 2005, 57 f.

c) *Die Erfüllung von Informationspflichten und das Schriftformerfordernis*

Hinsichtlich der Erfüllung der Informationspflichten und des Schriftformerfordernisses können der Vertraute als Stellvertreter und der (wahrhaft) unabhängige professionelle Vermittler, der mit Vollmacht des Verbrauchers agiert, gleichgestellt werden. Die Einholung von Informationen kann dem Vermittler übertragen werden; auch die dadurch intendierte Förderung des Wettbewerbs wird so erreicht. Vor Pflichtverletzungen durch den Vermittler ist der Verbraucher durch dessen Eigenhaftung geschützt. Nachvertragliche Informationen und die Belehrung über das Widerrufsrecht müssen hingegen grundsätzlich dem Verbraucher selbst erteilt werden.

E. Beweisrecht

Wenig Probleme wirft, soweit ersichtlich, das deutsche Beweisrecht auf.

I. Beweismittel

Eine Beschränkung der Beweismittel ist im deutschen Verbraucherrecht nicht ersichtlich.

II. Beweislast

Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast folgt das deutsche Recht dem allgemein anerkannten und üblichen Grundsatz, dass jeder die Tatbestandsvoraussetzungen beweisen muss, die für ihn günstig sind. Fraglich ist damit lediglich, ob der Effektivitätsgrundsatz an bestimmten Stellen im Verbraucherrecht Beweiserleichterungen bis hin zu einer Umkehr der Beweislast fordert, die das deutsche Recht bislang nicht anerkennt. Im Folgenden sollen die Fälle der Haustürsituation in Vermittlerfällen, der Beweislastverteilung im Verbrauchsgüterkaufrecht und der Beweislastverteilung in Fällen des Missbrauchs von Bankkarten angesprochen werden.

1. Beweislast für Haustürsituation in Vermittlerfällen

Dass der Verbraucher, der geltend macht, in oder aufgrund einer Haustürsituation einen Vertrag geschlossen oder ein Angebot abgegeben zu haben, hierfür beweispflichtig ist, entspricht allgemeinen Grundsätzen der Beweislastverteilung. Komplexer wurden die Rechtsfragen nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wenn in den Vertragsschluss ein Vermittler eingeschaltet ist, der unzweifelhaft den Verbraucher in einer Haustürsituation angesprochen hat. Hier kam es entscheidend darauf an, ob der Vermittler "für Rechnung" des Vertragspartners, z.B. des Kreditinstituts, gehandelt hat. Die gelegentliche Undurchschaubarkeit des Verhältnisses zwischen Vermittler und Geschäftsherrn hat etwa im Rahmen der Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung,⁶¹⁶ bei der es nach Art. 2 Nr. 3 darauf ankommt, ob der Vermittler "angestellt" ist, zu Kritik geführt.⁶¹⁷ Diesen Beweis zu führen fällt dem Verbraucher schwer, und seine Beweisnot wird primär durch die undurchsichtigen

616 ABl. EG 2003 L 9/3.

617 Vgl. nur Micklitz, in: Herrmann (Hrsg.), Reform des Versicherungsvertragsrechts, 2003, 173, 179.

Verhältnisse im Strukturvertrieb verursacht.⁶¹⁸ Insoweit lag es nahe, auf die Rechtsprechung des EuGH in *Danfoss* zurückzugreifen. Dort ließ er es genügen, dass eine Klägerin auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegte, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen. Übertragen auf die Vermittlerfälle muss gerade dort, wo Banken in einer Vielzahl von Fällen mit demselben Anlagevermittler zusammengearbeitet haben, eine Vermutung des Handelns im Namen und im Auftrag der Bank gelten.⁶¹⁹

Mit der oben dargestellten jüngsten Änderung der Rechtsprechung des BGH, der jetzt nicht mehr zwischen dem Vertreter des Unternehmers und unabhängigen Vermittlern unterscheidet,⁶²⁰ hat sich die Problematik erledigt.

2. *Beweislastverteilung im Verbrauchsgüterkaufrecht*

Kritisch zu bewerten ist die deutsche Rechtsprechung mit Blick auf die Verteilung der Beweislast dafür, dass bereits bei Übergabe ein Sachmangel vorlag, so dass der Käufer die kaufrechtlichen Rechtsmittel geltend machen kann. § 476 BGB sieht insoweit – in Umsetzung des Art. 5 (3) der Richtlinie 1999/44/EG – für den Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 BGB vor, dass in den Fällen, in denen ein Mangel binnen sechs Monaten nach Übergabe offenbar wird, die Beweislast dafür, dass dieser nicht schon bei Übergabe vorhanden war, beim Verkäufer liegt. In einem Urteil vom Juni 2004 entschied der BGH, die Beweislastumkehr des § 476 BGB beziehe sich nur auf den Zeitpunkt, in dem der Mangel vorhanden war, nicht aber auf die Existenz des Mangels selbst. Diesen müsse daher der Käufer nachweisen. Im konkreten Fall ging es um einen Motorschaden, der daraus resultierte, dass ein Zahnriemen gerissen war. Ob dies aufgrund eines Mangels des Zahnriemens oder aufgrund eines Fahrfehlers geschehen war, ließ sich nicht beweisen. Der BGH wies deshalb die Klage des Käufers ab.⁶²¹ Mit dieser Sichtweise wird dem Verbraucher allerdings in den Fällen, in denen es darum geht, ob ein Mangel schon bei Übergabe "im Kern" vorhanden war, ein unmöglicher Beweis zugemutet. Der Sinn des Art. 5 (3) der Richtlinie 1999/44/EG wird damit verfehlt.⁶²²

Wenn schon nicht ein unmittelbarer Verstoß gegen Art. 5 (3) vorliegt, so verstößt doch die Auferlegung eines unmöglichen Beweises für das Vorliegen eines Mangels bei einer zerstörten Sache gegen den Effektivitätsgrundsatz.

3. *Beweislast beim Missbrauch von Bankkarten*

Eine verbraucherrechtlich wichtige Problematik ist die des von der Rechtsprechung angenommenen Anscheinsbeweises in Fällen, in denen am Bankautomaten mit der korrekten PIN eine Abhebung vorgenommen wird, nachdem die EC-Karte dem Kontoinhaber gestohlen wurde. Nach § 676h BGB kann ein Kreditinstitut Aufwendungsersatz i.S.d. §§ 675, 670 BGB für die Verwendung von Zahlungskarten oder von deren Daten nur verlangen, wenn diese nicht von einem Dritten missbräuchlich verwendet wurden. Daher kann das Konto eines

618 Vgl. Knops, VuR 2005, 251, 252; Reiter/Methner, VuR 2005, 281, 282.

619 Ähnlich Fischer, VuR 2005, 241, 244; Hoffmann, ZIP 2005, 1985, 1988. Vgl. auch Reiter, VuR 2001, 248, 249.

620 Vgl. supra, Teil 4, D. III.

621 BGH, ZIP 2004, 1368.

622 Vgl. ausf. Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 231 ff.

Karteninhabers, dem die Zahlungskarte gestohlen wurde, nicht belastet werden. Allerdings sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Kreditinstitute vor, dass der Bankkunde Schadensersatz leisten muss, wenn ihm eine grob fahrlässige Pflichtverletzung zur Last fällt.⁶²³ Diese ist insbesondere gegeben, wenn die PIN-Nummer auf der Zahlungskarte notiert oder mit dieser zusammen aufbewahrt wird. Nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen müsste das Kreditinstitut diese grob fahrlässige Pflichtverletzung durch den Kunden beweisen. Allerdings wurde schon bald vertreten, zugunsten der Kreditinstitute müsse ein Anscheinsbeweis dahin gehend eingreifen, dass bei Benutzung einer (gestohlenen) Zahlungskarte mit der korrekten PIN eine solche grobe Pflichtverletzung vorliege, da die Sicherungssysteme der Kreditinstitute im Übrigen sicher seien.⁶²⁴ Die instanzgerichtliche Rechtsprechung ist dem teilweise gefolgt,⁶²⁵ der BGH hat sich dieser Auffassung jüngst angeschlossen und nimmt einen Anscheinsbeweis an, der aber erschüttert werden kann, wenn etwa der Kunde die Möglichkeit des Ausspähens seiner PIN schlüssig darlegt.⁶²⁶

Ihren gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund findet die Frage in Art. 8 der Fernabsatz-Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG, nach denen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass geeignete Vorkehrungen bestehen, damit der Verbraucher im Falle einer betrügerischen Verwendung seiner Zahlungskarte im Rahmen eines unter eine dieser Richtlinien fallenden Vertragsabschlusses im Fernabsatz die Stornierung seiner Zahlung verlangen kann; dem Verbraucher müssen im Falle einer solchen betrügerischen Verwendung die Zahlungen gutgeschrieben oder erstattet werden.⁶²⁷

Allerdings fällt die Abhebung von Bargeld am Bankautomaten, die bislang den Gegenstand der oben angesprochenen Rechtsprechung bildete, nicht in den Anwendungsbereich der Fernabsatz-Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG, denn sie findet nicht im Zusammenhang mit einem Fernabsatzvertrag statt. Das gilt auch dann, wenn die Zahlungskarte beim Einkauf verwendet wird. § 676h BGB hat insoweit einen weiteren Anwendungsbereich als die gemeinschaftsrechtlichen Normen, die ihm zugrunde liegen. Hingegen stellt etwa die Übermittlung von Kundendaten einschließlich der PIN im Internet einen gemeinschaftsrechtlich geregelten Tatbestand dar. Noch umfassender könnte der gemeinschaftsrechtliche Bezug werden, falls die Pläne der Kommission hinsichtlich einer Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt⁶²⁸ Realität würden.⁶²⁹

In der deutschen Literatur wird teilweise davon ausgegangen, dass § 676h BGB nur den Aufwendungsersatzanspruch aus §§ 675, 670 BGB ausschließe, nicht aber Schadensersatzansprüche. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrecht ist dies in dieser Pauschalität nicht haltbar, denn die Art. 8 der Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG stellen nicht auf bestimmte dogmatische Konstruktionen ab, sondern verlangen, dass der Verbraucher bei betrügerischer Verwendung der Zahlungskarte nicht belastet wird.⁶³⁰ Ein Schadensersatzanspruch aufgrund grob fahrlässiger Verletzung der Pflichten aus dem der

623 Vgl. nur Metz, in: Derleder u.a. (Hrsg.), 1033, 1039.

624 So etwa Rüßmann, DuD 1998, 395, 397.

625 Vgl. den Überblick bei Metz, in: Derleder u.a. (Hrsg.), 1033, 1047 ff. Vgl. auch Rott, VuR 1999, 405, 408 f.

626 Vgl. BGHZ 160, 308, m. Anm. Strube, BKR 2004, 497 ff.

627 Vgl. zu dieser Vorschrift ausf. Grabitz/Hilf/Wolf - Micklitz, A 3, Rn. 115 ff.

628 KOM(2005) 603 endg.

629 Vgl. insb. Art. 47 des Vorschlags.

630 Vgl. auch Metz, in: Derleder u.a. (Hrsg.), 1033, 1053.

Kartennutzung zugrundeliegenden Vertrag bleibt dabei zulässig.⁶³¹ Allerdings darf dieser nicht so ausgestaltet sein, dass es dem Verbraucher praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird, den Ausschluss seiner Haftung geltend zu machen. Genau hierin läge das Problem der von Teilen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung und nunmehr auch vom BGH angenommenen Beweislastverteilung, wenn sie auf die vom Gemeinschaftsrecht erfassten Konstellationen erstreckt würde, was bisher noch nicht der Fall zu sein scheint. Der Anscheinsbeweis zugunsten einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung durch den Verbraucher in Fällen der missbräuchlichen Verwendung einer Zahlungskarte würde dazu führen, dass die von den Fernabsatz-Richtlinien aufgestellte Regel zur Ausnahme würde.⁶³² Mit dem Ziel der Richtlinie, das Vertrauen der Verbraucher in die Benutzung von Zahlungskarten zu stärken und deshalb dem Kreditunternehmen das Risiko der betrügerischen Verwendung aufzuerlegen,⁶³³ wäre eine solche Beweislastverteilung, sei sie gesetzlich vorgesehen oder durch die Rechtsprechung eingeführt, nicht vereinbar.⁶³⁴

F. Zugang zum Recht

Wie die Untersuchung in Teil 3 gezeigt hat, ranken sich zahlreiche Fallgestaltungen um die Effektivität des Rechtsschutzes. Diese reichen von der Verfügbarkeit eines effektiven Rechtssystems über individuelle und kollektive Klagerecht bis zu den Bedingungen des Zugangs zum Recht, insbesondere Verfahrenskosten. Da wohl außer Frage steht, dass die Bundesrepublik Deutschland insgesamt über ein funktionierendes Rechtssystem verfügt, soll im Folgenden nur auf ausgewählte Fragen eingegangen werden.

I. Klagebefugnis

Unter dieser Überschrift soll es zunächst nur darum gehen, ob überhaupt eine Klagebefugnis besteht, und noch nicht darum, ob diese auch effektiv genutzt werden kann.

1. Individuelle Klagebefugnis

Die Klagebefugnis eines Einzelnen, der Rechte aus einem Verbrauchervertrag geltend macht, ist unproblematisch. Relevant ist dagegen die Frage, ob aus dem Effektivitätsgrundsatz abzuleiten ist, dass Einzelnen auch hinsichtlich anderer verbraucherrechtlicher Vorschriften, insbesondere derer, die in Deutschland dem Lauterkeitsrecht zuzurechnen sind, eine Klagebefugnis zuerkannt werden muss. Bekanntlich sieht das deutsche UWG eine solche Klagebefugnis nicht vor.⁶³⁵ Isoliert betrachtet ist dies jedenfalls mit der Richtlinie 2005/29/EG zu vereinbaren, da diese nach ihrem Erwägungsgrund (9) nicht individuelle Klagen von Personen berührt, die durch eine unlautere Geschäftspraxis geschädigt worden sind.⁶³⁶ Im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes mag es allerdings erforderlich sein, dass der kollektive Rechtsschutz,

631 So auch Pichler, NJW 1998, 3234, 3236.

632 So z.B. Metz, in: Derleder u.a. (Hrsg.), 1033, 1053.

633 Vgl. Grabitz/Hilf/Wolf - Micklitz, A 3, Rn. 116.

634 So auch Grabitz/Hilf/Wolf - Micklitz, A 3, Rn. 116; Metz, in: Derleder u.a. (Hrsg.), 1033, 1053 f.

635 Vgl. nur den Regierungsentwurf einer UWG-Novelle, BR-DrS. 301/03, 24 f. Vgl. ausf. Weiler, WRP 2003, 423 ff.; Sack, BB 2003, 1073, 1077 f.

636 Vgl. supra, Teil 3, D. II. 2.

den die Richtlinie zwingend verlangt, durch individuellen Rechtsschutz ergänzt wird, wenn seine konkrete Ausgestaltung die Kriterien der wirksamen, abschreckenden und angemessenen Sanktion nicht erfüllt. Dies soll im Zusammenhang mit der Effektivität des Sanktionensystems bei unlauteren Geschäftspraktiken näher beleuchtet werden.⁶³⁷

2. Kollektive Klagebefugnis

Auch die kollektive Klagebefugnis der Verbraucherverbände hat der deutsche Gesetzgeber dort eingeführt, wo es das Gemeinschaftsrecht zwingend verlangt.⁶³⁸ Mit § 2 UKlaG ist er sogar über die Mindestanforderungen hinausgegangen, indem er die Verbandsklage für alle Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze zugelassen hat.⁶³⁹

3. Klagebefugnis Dritter

Eine Klagebefugnis eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten verlangt insbesondere die Pauschalreise-Richtlinie 90/314/EWG, nach deren Art. 2 Nr. 4 nicht nur der Vertragspartner, sondern auch die übrigen Begünstigten "Verbraucher" i.S.d. Richtlinie sind und deren Rechtsschutz genießen. Im deutschen Recht wird dies dogmatisch über den Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB gelöst.

II. Verfahrenskosten

Dass Gerichtsverfahren nicht kostenlos sind, ist in der EG ebenso anerkannt wie die Regel, dass die unterlegene Partei grundsätzlich die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Die Gerichts- und Rechtsanwaltskosten in Deutschland können – gerade auch im Vergleich mit anderen EG-Mitgliedstaaten – nicht als so exorbitant bezeichnet werden, dass sie die Rechtsverfolgung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.

Fraglich ist allerdings, ob das auch für Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes durch Verbraucherverbände gilt. Hier liegt die Besonderheit zunächst darin, dass Verbraucherverbände kein eigenes, sondern ein altruistisches Interesse verfolgen, woran auch die – immer wieder kritisierte⁶⁴⁰ – rechtstechnische Ausgestaltung von deren Ansprüchen als eigene materiellrechtliche Ansprüche⁶⁴¹ nichts ändert. Auch hier verlangt das Gemeinschaftsrecht aber, jedenfalls isoliert betrachtet, keine Ausnahme. Allerdings kann die fehlende Ausnahme im Bereich der Effektivität von Sanktionen zu berücksichtigen sein.⁶⁴²

637 Vgl. *infra*, Teil 4, H. IV.

638 Als Ausreißer muss hier wohl die Auffassung des OLG Nürnberg gesehen werden, die §§ 434 ff. BGB seien auch dann keine Verbrauchervorschriften, wenn ein Verbrauchsgüterkaufvertrag vorliegt, vgl. OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000.

639 Eine andere, hier nicht relevante Frage, ist die, ob die Vorschrift nicht immer noch zu eng ist, weil sie nach Auffassung einiger Oberlandesgerichte z.B. Verstöße gegen § 28 Abs. 4 BDSG nicht erfasst, vgl. OLG Hamburg, OLGR Hamburg 2005, 32; OLG Düsseldorf, DuD 2005, 173.

640 Vgl. nur E. Schmidt, NJW 2002, 25, 27 ff. m.w.N. Zur anderen Sichtweise der EG vgl. nur Grabitz/Hilf/Wolf – Micklitz/Rott, A 25, Art. 4 Rdnr. 6 ff.

641 Dazu etwa Greger, ZJP 113 (2000), 399, 404.

642 Vgl. *infra*, Teil 4, H.

III. Örtliche Zuständigkeit

1. Passivklagen

Verbraucher können nach den allgemeinen Grundsätzen der ZPO nur am Gericht ihres Wohnsitzes verklagt werden, §§ 12, 13 ZPO, wobei Passivklagen ohnehin den größten Teil von Gerichtsverfahren mit Verbraucherbeteiligung ausmachen.⁶⁴³ Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern unterliegen nach § 38 ZPO strengen Voraussetzungen. Da Gerichtsstandsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern auch im Gemeinschaftsrecht, nämlich nach Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen⁶⁴⁴ (EuGVVO), zulässig sind, ist darin kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz zu erblicken.

2. Aktivklagen

Einen ausschließlichen Gerichtsstand für Verbrauchersachen am Wohnsitz des Verbrauchers gibt es außerhalb des Rechts der Haustürgeschäfte (§ 29c ZPO) nicht. Die Notwendigkeit eines solchen ausschließlichen Gerichtsstands lässt sich dem Gemeinschaftsrecht aber auch nicht entnehmen. Insbesondere lässt sich dies nicht aus der Rechtssache *Océano Grupo* schließen, in der den betroffenen Verbrauchern der ihnen eigentlich zustehende Gerichtsstand per AGB entzogen wurde, denn hier stand die einseitige Belastung des Verbrauchers durch die streitige Klausel im Vordergrund.⁶⁴⁵ Allerdings muss die Tatsache, dass Verbraucher Unternehmer in der Regel an deren Wohnsitz bzw. gewerblicher Niederlassung verklagen und dafür die entsprechenden Kosten aufwenden müssen, als ein Element des gesamten Systems des Zugangs zum Recht in Rechnung gestellt werden, wie der EuGH häufig betont hat. Ohne Zweifel mindert diese Gerichtsstandsregelung die Klagefreudigkeit der Verbraucher und begründet daher ein Hindernis beim Zugang zum Recht, das gemeinsam mit anderen Hindernissen jedenfalls bei der Wirksamkeit des Gesamtsystems des Verbraucherschutzes zu berücksichtigen ist.⁶⁴⁶

G. Ordnungsgemäßes Verfahren

Da grundsätzlich keine Zweifel bestehen, dass die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens in Deutschland gewährt ist, und insbesondere auch der Grundsatz *lex novit curia* gilt, soll hier nur der Aspekt der Überprüfung von Urteilen und Zwischenentscheidungen herausgegriffen werden.

Das deutsche Zivilverfahrensrecht kennt – nicht zuletzt zugunsten der Beschleunigung von Verfahren und der Entlastung der Justiz – Grenzen der Überprüfbarkeit von Gerichtsentscheidungen, die im Lichte einiger Urteile des EuGH nicht frei von Bedenken sind.

643 Vgl. Koch, Verbraucherprozessrecht, 20 ff.

644 ABl. EG 2001 Nr. L 12/1.

645 Vgl. supra, Teil 3, D. III.

646 Vgl. genauer infra, Teil 4, H.

So ist nach § 281 Abs. 2 Satz 4 ZPO ein Beschluss, mit dem sich das angegangene Gericht auf Antrag des Klägers für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das vermeintlich zuständige Gericht verweist, für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend. Ist der Beschluss falsch, so besteht also kein Rechtsmittel, es sei denn, der Verweisungsbeschluss beruht offensichtlich auf Willkür.⁶⁴⁷ Angesichts der Relevanz, die der EuGH in *Océano Grupo* der örtlichen Zuständigkeit im Verbraucherrecht zugemessen hat, könnte der grundsätzlich fehlenden Überprüfbarkeit eines Verweisungsbeschlusses jedenfalls im Verbraucherrecht der Effektivitätsgrundsatz entgegenstehen.⁶⁴⁸

Von Bedeutung für das deutsche Zivilverfahrensrecht ist auch das Urteil des EuGH in *Traghetti del Mediterraneo*.⁶⁴⁹ Problematisch ist insofern die Auslegung des § 543 Abs. 2 ZPO über die Nichtzulassungsbeschwerde durch den BGH. In einem Urteil vom Oktober 2002 hatte der BGH in Bezug auf die in *Traghetti del Mediterraneo* relevanten Beweislastregeln erklärt: "Bei einem Rechtsanwendungsfehler – hier: fehlerhafte Anwendung der Beweislastregeln – ist der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung insbesondere dann gegeben, wenn auf Grund konkreter Anhaltspunkte zu besorgen ist, dass dem fehlerhaften Urteil ohne Korrektur durch das Revisionsgericht eine Wiederholungsgefahr oder ein Nachahmungseffekt zukommen könnte. *Hingegen reicht für diesen Zulassungsgrund eine Fehlentscheidung nur in einem Einzelfall selbst dann nicht aus, wenn der Rechtsfehler offensichtlich oder von Gewicht ist.*"⁶⁵⁰ Da aber offensichtliche Verstöße der Rechtsprechung gegen das Gemeinschaftsrecht nach dem Urteil des EuGH in *Köbler*⁶⁵¹ die Staatshaftung nach sich ziehen können, scheint hier jedenfalls dann, wenn es um die Verwirklichung vom Gemeinschaftsrecht gewährter Rechte geht, weniger Großzügigkeit gegenüber den Untergerichten geboten.⁶⁵²

Die angesprochenen möglichen Verstöße lassen sich jeweils durch richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Zivilprozessrechts verhindern.⁶⁵³

H. Sanktionen

Auch die Frage, ob das deutsche Recht hinsichtlich der für Verstöße gegen das EG-Verbraucherrecht bzw. seine nationale Umsetzung vorgesehenen Sanktionen mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist, ist – wie bereits die Untersuchung in Teil 3 demonstriert – außerordentlich vielschichtig. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH scheint in Deutschland bislang nicht unternommen worden zu sein, obwohl von Seiten der Verbraucherverbände durchaus Klagen hinsichtlich der Effektivität des Sanktionensystems vorgebracht werden.⁶⁵⁴ Eine umfassende Untersuchung aller rechtlichen Elemente und ihrer spezifischen Folgen in der Rechtspraxis kann auch im Rahmen dieser Studie nicht geleistet werden. Vielmehr beschränken sich die folgenden Ausführungen auf Hinweise, die

647 So die ständige Rechtsprechung des BGH, vgl. nur BGHZ 1, 341.

648 So mit guten Gründen Möslein, GPR 2003-04, 59 ff.

649 Vgl. supra, Teil 3, F. II. 2.

650 BGH, NJW 2003, 754 (Hervorhebung durch den Verfasser). Vgl. auch BGH, NJW 2003, 831; BGH, NJW 2003, 1943.

651 EuGH, Urteil vom 30.9.2003, Rs. C-224/01 *Gerhard Köbler gegen Österreich*, Slg. 2003, I-10239.

652 Vgl. ausf. Wolf, WM 2005, 1345, 1349 f.

653 Vgl. Möslein, GPR 2003-04, 59, 64 f.; Wolf, WM 2005, 1345, 1350.

654 Vgl. vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006.

einen Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz aufweisen.

I. Vorbemerkung

Wie sich aus der Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt, muss dort, wo unspezifisch "wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen" verlangt werden, das Gesamtsystem aus Strafrecht, Öffentlichem Recht und Zivilrecht in den Blick genommen werden. Im deutschen Verbraucherrecht spielen aber – im Gegensatz zu einigen anderen Mitgliedstaaten⁶⁵⁵ – das Strafrecht⁶⁵⁶ und das Öffentliche Recht (letzteres jedenfalls außerhalb des Produktsicherheitsrechts⁶⁵⁷ und im weiteren Sinne des Lebensmittel- und Arzneimittelrechts) in der Praxis keine Rolle, so dass es nicht zuletzt mit Blick auf das Urteil des EuGH in *Berlusconi u.a.* hinsichtlich der Effektivität von Sanktionen außer Betracht bleiben kann. Vielmehr dürfte unbestritten sein, dass in Deutschland Verbraucherschutz im Wege des Zivilrechts betrieben und durchgesetzt wird.⁶⁵⁸ Dies ist grundsätzlich zulässig, allerdings muss dann das Zivilrecht neben der Kompensationsfunktion auch die Abschreckungsfunktion übernehmen.⁶⁵⁹ Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich deshalb auf die in Deutschland vorgesehenen und in der Rechtswirklichkeit verwendbaren zivilrechtlichen Sanktionsmechanismen.

Weiter ist danach zu unterscheiden, ob Gemeinschaftsrechtsakte nur in der angesprochenen Allgemeinheit wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen verlangen oder ob sie konkrete Vorgaben machen, indem sie etwa festlegen, dass bestimmte Personen oder Vereinigungen Antrags- oder Klagerechte haben, oder sogar bestimmte Rechtsschutzziele wie Unterlassung oder Schadensersatz vorgeben. Zu unterscheiden sind insoweit auch unterschiedliche Bereiche des Verbraucherrechts.

II. Das Zusammenspiel von Individualrechtsschutz und kollektivem Rechtsschutz

Zunächst ist voranzuschicken, dass effektiver Rechtsschutz und ein effektives Sanktionssystem insoweit Überschneidungen aufweisen, als die effektive Durchsetzung von Rechten bei Verstößen gegen das Verbraucherrecht eine sanktionierende Wirkung auf den Rechtsverletzer hat. Aus der Perspektive der Sanktion genügt es dabei, wenn die Kumulation von Individualrechtsschutz und kollektivem Rechtsschutz sanktionierend wirkt. Die folgenden

655 Zum englischen Verbraucherstrafrecht vgl. Cartwright, *Consumer Protection and the Criminal Law*, 2001. Auch in Frankreich und Belgien werden Verstöße gegen das Verbraucherrecht häufig strafrechtlich geahndet, vgl. nur das französische Vorlageverfahren, EuGH, Urteil vom 14.3.1991, Rs. C-361/89 *Strafverfahren gegen Patrice di Pinto*, Slg. 1991, I-1189.

656 In Betracht käme insbesondere § 16 Abs. 1 UWG über strafbare irreführende Werbung. Zur mangelnden Bedeutung des Strafrechts im deutschen Lauterkeitsrecht etwa Schaub, GRUR 2005, 918, 923. Einen Ausnahmefall stellt BGH, WRP 2002, 1432, über strafbare Werbung für Kaffeefahrten dar. Dazu Pluskat, WRP 2003, 18 ff.

657 Zu Letzterem und den Defiziten der Durchsetzung in Deutschland vgl. Schieble, *Produktsicherheitsgesetz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden 2003. Vgl. weiter E. Müller, WiVerw 2004, 65, 74 f.

658 Vgl. nur E. Müller, WiVerw 2004, 65, 73; Koch, in: Micklitz (Hrsg.), *Verbraucherrecht in Deutschland*, 345, 350.

659 So zu Recht mit Blick auf die Antidiskriminierungs-Richtlinien Schiek, NZA 2004, 873, 880.

Ausführungen beziehen sich auf Fallgestaltungen, in denen allgemein ein effektives Sanktionssystem verlangt wird, ohne dass bestimmte Rechtsmittel vorgesehen sind.

Individualrechtsschutz zielt in Deutschland darauf ab, dass der geschädigte Verbraucher seinen Schaden in einem gerichtlichen Verfahren geltend machen kann. Grundsätzlich stellt das deutsche Recht insoweit keine Hürden auf, die es "praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren", seine Rechte geltend zu machen und damit gleichzeitig Rechtsverstöße zu sanktionieren, soweit diese zu einem zurechenbaren Schaden geführt haben. Hier ist insbesondere auch auf die Möglichkeit, Prozesskostenhilfe zu erlangen, zu verweisen.

Gleichzeitig ist aber offensichtlich, und das gilt für jedes Rechtssystem, nicht nur für das deutsche, dass die Sanktionswirkung des Individualrechtsschutzes dort ihre Grenze findet, wo nicht zu erwarten ist, dass jeder Einzelne oder zumindest eine hinreichende Zahl von Verbrauchern ihre Rechte geltend machen, wie es typischerweise bei Bagatellschäden der Fall ist, selbst wenn sie massenhaft auftreten.⁶⁶⁰ Gerade mit Blick auf das AGB-Recht hat der EuGH in *Océano Grupo* sehr deutlich gemacht, dass auch das Gemeinschaftsrecht von dieser Prämisse ausgeht. Weiter gilt es für diejenigen Richtlinien, die kollektiven Rechtsschutz ausdrücklich vorsehen. Es muss aber darüber hinaus auch für Richtlinien wie die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG gelten, die vergleichbare Vorschriften nicht enthalten, denn auch im Falle der Mangelhaftigkeit von Kaufsachen treten bei weniger hochpreisigen Verbrauchsgütern häufig Konstellationen auf, in denen ein Einzelner nicht klagen würde. Insbesondere ist an Fälle zu denken, in denen Unternehmer Verbrauchern mehr oder weniger systematisch die Rechte verweigern, die ihnen die Richtlinie 1999/44/EG und das sie umsetzende nationale Recht gewähren, indem sie die Verbraucher von einer falschen Rechtslage überzeugen – ein Phänomen, das aus der Praxis durchaus bekannt ist. Ein Beleg dafür ist, dass eine Reihe von Richtlinien, die selbst keinen kollektiven Rechtsschutz verlangen, in die Liste derjenigen Richtlinien aufgenommen wurde, bei denen nach der Unterlassungsklagen-Richtlinie 98/27/EG die grenzüberschreitende Unterlassungsklage ermöglicht werden muss.⁶⁶¹ Auch die deutsche Bundesregierung erkannte die Sanktionslücke bei sog. Streuschäden im Zusammenhang mit der Novellierung des UWG ausdrücklich an.⁶⁶²

Ein Sanktionssystem, das auf den Individualrechtsschutz allein vertraut, könnte daher vor dem Kriterium, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass eine Sanktionierung von Rechtsverstößen überhaupt erfolgt,⁶⁶³ keinesfalls bestehen. Es bedarf der Ergänzung durch andere Sanktionen, wobei in Deutschland, wie bereits angesprochen, nur der kollektive zivilrechtliche Rechtsschutz in Betracht kommt. Für einige Teilgebiete des Verbraucherrechts ist diese Erforderlichkeit kollektiven Rechtsschutzes ausdrücklich kodifiziert. Aus dem Urteil in der Rechtssache *Kommission gegen Italien* lässt sich aber schließen, dass der Effektivitätsgrundsatz mit Blick auf die Effektivität von Sanktionen (zusätzlichen) kollektiven Rechtsschutz stets verlangt, wenn ein Ungleichheit zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden nur durch ein positives Eingreifen von dritter Seite, die von den Vertragsparteien unabhängig ist, ausgeglichen werden kann.⁶⁶⁴

660 Vgl. etwa Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559; Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1048.

661 Vgl. dazu ausf. Grabitz/Hilf/Wolf – Micklitz/Rott, A 25, Art. 1 Rdnr. 29 ff.

662 BT-DrS. 15/1487, 23.

663 Vgl. dazu supra, Teil 3, G. III. 2.

664 Vgl. supra, Teil 3, D. VIII. Micklitz, in: Reich/Micklitz, Europäisches Verbraucherrecht, 1160 f., sieht die Verbandsklage deshalb als gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard an.

III. AGB-Recht

Das AGB-Recht war in besonderem Maße Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH und soll deshalb mit Blick auf die Effektivität des Rechtsschutzes gesondert betrachtet werden.

1. *Sanktionswirkung des individuellen Rechtsschutzes*

Wie bereits angesprochen, geht schon das EG-Verbraucherrecht davon aus, dass die Sanktionswirkung individuellen Rechtsschutzes im AGB-Recht gering ist, weshalb Art. 7 (2) der Richtlinie 93/13/EWG die Einräumung kollektiven Rechtsschutzes verlangt. Dies gilt sogar im Bereich des Schutzes kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU), weshalb auch Art. 3 (5) der Verzugs-Richtlinie 2000/35/EG eine Verbandsklage im Interesse der kleinen und mittleren Unternehmen vorsieht.⁶⁶⁵ Nichts anderes gilt in Deutschland, wo die meisten Verbraucher jedenfalls bei geringfügigen finanziellen Nachteilen auf die Einklagung ihrer Rechte verzichten.⁶⁶⁶

2. *Sanktionswirkung des kollektiven Rechtsschutzes*

Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes in Deutschland sind die Unterlassungsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), die Sammelklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG und der Anspruch auf Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG. Wiederum muss die Frage lauten, ob diese in ihrer Gesamtheit geeignet sind, die Defizite des Individualrechtsschutzes auszugleichen, um gemeinsam mit diesem "wirksam, abschreckend und verhältnismäßig" zu sein.

a) Die Unterlassungsklage

Die Unterlassungsklage als solche dient zwar der Rechtsdurchsetzung, ist hinsichtlich ihres Rechtsschutzzieles aber kaum auf Sanktion ausgerichtet, da das primäre Klageziel in der Unterlassung des Verstoßes gegen ein Verbrauchergesetz in der Zukunft liegt. Sanktionswirkung können damit vor allem die Begleitumstände entfalten. Hier wäre z.B. an die negative Werbewirkung einer Verurteilung, an die Rechtsfolgen weiterer Verstöße oder an die Verfahrenskosten im Falle einer Verurteilung zu denken. Dabei muss zwischen den beiden Phasen des Rechtsschutzes gegen den materiellen Rechtsverstoß und des möglichen Vorgehens gegen den Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil differenziert werden. Weiter ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Wahrscheinlichkeit einer Sanktion in die Beurteilung einzubeziehen. In all diesen Hinsichten begegnet die deutsche Ausgestaltung der AGB-rechtlichen Unterlassungsklage im Vergleich mit den Anforderungen, die der EuGH und verschiedene Generalanwälte an Sanktionen gestellt haben, einigen Bedenken.

aa) Der Erstverstoß

(1) Die Abmahnung

Üblicherweise ist einer Klageerhebung ein Abmahnverfahren vorgeschaltet. Dazu führt bereits die Gerichtskostenregelung des § 93 ZPO, denn Verbraucherverbände riskieren andernfalls, bei einer sofortigen Anerkennung des eingeklagten Unterlassungsanspruchs die

665 Vgl. dazu Colombi Ciacchi, EWS 2002, 306, 316 f.

666 Vgl. nur E. Müller, WiVerw 2004, 65, 73.

Gerichtskosten tragen zu müssen.⁶⁶⁷ Im Bereich des UWG findet sich die Abmahnung als "Soll-Vorschrift" in § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG.

Nicht befriedigend gelöst war lange die Frage, ob Verbraucherverbände gegen Unternehmer, gegen die sie tätig werden, einen Kostenerstattungsanspruch haben.⁶⁶⁸ Für zu recht ergangene Abmahnschreiben erkannte die Rechtsprechung einen Anspruch auf Zahlung von ca. € 75 aus Geschäftsführung ohne Auftrag⁶⁶⁹ oder als Schadensersatz⁶⁷⁰ an. Dieser Aufwendungsersatzanspruch wurde jetzt für den Geltungsbereich des UWG in § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG gesetzlich anerkannt. Selbstverständlich besteht der Aufwendungsersatzanspruch aber nur bei berechtigten Abmahnungen. Er umfasst auch nur die erforderlichen Aufwendungen, wozu nach der Begründung der Bundesregierung nicht in jedem Fall die Kosten der Einschaltung eines Rechtsanwalts gehören. Gerade bei den gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 UWG zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten, und dazu zählen die Verbraucherverbände, sei regelmäßig von einer Personal- und Sachausstattung auszugehen, die es ermögliche, bei Fällen mittleren Schwierigkeitsgrades ohne einen Rechtsanwalt die Ansprüche außergerichtlich geltend zu machen.⁶⁷¹ Eine finanzielle Basis verschafft der Aufwendungsersatzanspruch den Verbraucherverbänden nicht. Deshalb sind die meisten Verbraucherverbände von staatlicher Unterstützung abhängig,⁶⁷² die immer weiter zurückgeht.⁶⁷³

Abmahnungen führen nach Auskunft des vzbv in knapp 50 % der Fälle dazu, dass Unterlassungserklärungen abgegeben werden, die mit Vertragsstrafeversprechen bewehrt sind. Zwischen Januar 2000 und Dezember 2005 haben der vzbv und seine Mitgliedorganisationen ca. 5.900 Abmahnungen versandt und erhielten ca. 2.600 Unterlassungserklärungen zurück. Dies zeigt einerseits, dass sich viele Verstöße mittels Abmahnungen abstellen lassen, andererseits aber auch, dass es sehr viele Verstöße gibt, die so eindeutig sind, dass die Unternehmer sofort auf die Abmahnungen reagieren. Es bleiben aber auch ca. 3.300 Verfahren, in denen die Abmahnungen keinen Erfolg hatten.

(2) Die Klage

(a) Die Schärfe der Sanktion

Mit Blick auf die Unterlassungsklage selbst besteht die Mindestanforderung darin, dass sich ein Rechtsverstoß für den Unternehmer nicht lohnen darf. Hier müssen die möglichen Folgen einer Verurteilung in den Blick genommen werden. Diese bestehen erstens in einem Verbot, eine bestimmte Klausel in der Zukunft zu verwenden, zweitens in der Belastung mit den Verfahrenskosten (§ 91 ZPO), drittens möglicherweise in der Veröffentlichung des Urteils auf eigene Kosten im Bundesanzeiger (§§ 7 UKlaG, 12 Abs. 3 UWG) und viertens in der Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Klägers in anderer Weise.⁶⁷⁴ Schließlich kommt fünftens im Recht der AGB nach § 11 UKlaG noch eine Rechtskrafterstreckung in der Weise

667 BGH, NJW 1989, 1675; MüKo – Micklitz, § 15 AGBG, Rdnr. 16.

668 Vgl. ausf. Halfmeier, in: Brönneke (Hrsg.), 137 ff.

669 Vgl. BGH, NJW 1970, 243; dagegen Einsiedler, WRP 2003, 354 ff.

670 Vgl. BGH, NJW 1982, 2774.

671 Vgl. BT-DrS. 15/1487, 25.

672 Vgl. dazu MüKo – Micklitz, vor § 13 AGBG, Rdnr. 42.

673 Vgl. auch E. Müller, WiVerw 2004, 65, 86.

674 Vgl. zur möglichen Verstärkungswirkung der Veröffentlichung auch Reich, JbJZivRWiss 2005, 9, 23.

hinzu, dass einzelne Verbraucher sich in Individualstreitigkeiten auf das Urteil hinsichtlich der Missbräuchlichkeit einer Klausel berufen können. Die auf die Zukunft gerichteten Folgen müssen hier außer Acht bleiben, weil sie gerade noch keine Sanktion für das vergangene Verhalten darstellen.⁶⁷⁵

Die Sanktionswirkung der Kosten für das Verfahren und für die Veröffentlichung im Bundesanzeiger hängt sehr stark von der wirtschaftlichen Bedeutung des Verstoßes ab. Dieser kann gerade im AGB-Recht eine große Zahl von Fällen betreffen, so dass der "Gewinn" aus dem Verstoß die im Falle einer Verurteilung anfallenden Kosten bei weitem übersteigen kann.⁶⁷⁶ Als Beispiel seien die Wertstellungsklauseln der Banken und Sparkassen genannt, die der BGH für nichtig erklärte.⁶⁷⁷ Als aktuelles Beispiel führt der vzbv die Kerosinzuschläge von 15 Euro pro Ticket an.⁶⁷⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass Unterlassungsklagen geraume Zeit in Anspruch nehmen können, in der die fraglichen Klauseln weiter verwendet werden können. Dies gilt auch dann, wenn eine Rechtssache bereits in einer höheren Instanz anhängig ist, denn die Berufung oder Revision eines Unternehmers gegen ein für ihn negatives Urteil verhindert den Eintritt der Rechtskraft, § 705 ZPO.

Die negative Öffentlichkeitswirkung einer Verurteilung hängt maßgeblich von der jeweiligen Rechtskultur und von der Mobilisierungswirkung auf die Verbraucher ab. In der Tat ist die Öffentlichkeitswirkung in einigen EG-Mitgliedstaaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere in den skandinavischen Ländern,⁶⁷⁹ aber auch in Großbritannien. Einschneidend können auch die Maßnahmen französischer oder belgischer Gerichte sein, die etwa den Aushang eines negativen Urteils im Schaufenster verlangen können.⁶⁸⁰ Die Veröffentlichung im Bundesanzeiger spielt insofern überhaupt keine Rolle, da der Bundesanzeiger kein Organ ist, dass von Verbrauchern zur Kenntnis genommen wird.⁶⁸¹ Aber auch im Übrigen scheinen die deutschen Verbraucher und auch die deutschen Unternehmer eher unsensibel auf die (drohende) Veröffentlichung von Verstößen zu reagieren. Verklagt zu werden, schadet dem Ruf eines Unternehmens in Deutschland in aller Regel nicht, und auch eine Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das Verbraucherrecht stellt keine "Brandmarkung" dar. Auch wenn verlässliche Daten insoweit nicht zur Verfügung stehen, wird man wohl feststellen können, dass auch und gerade große Unternehmen in Deutschland immer wieder wegen Verstößen gegen das Verbraucherrecht verurteilt werden, ohne dass dies ihrem Erfolg abträglich wäre. Noch weniger sanktionierend ist die Wirkung, wenn in homogenen Branchen ohnehin die gesamte Branche denselben Verstoß – etwa gegen das AGB-Recht – begangen hat. Auch die mögliche Veröffentlichung eines Urteils, in dem ein Verstoß gegen verbrauchrechtliche Vorschriften festgestellt wird, weist deshalb nicht die erforderliche Sanktionswirkung auf. Überdies wurden die Voraussetzungen der Veröffentlichung durch § 12 Abs. 3 UWG n.F. gegenüber der alten Rechtslage noch verschärft. Die Bundesregierung begründete

675 So wohl auch vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 3. Vgl. auch Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559.

676 Vgl. nur E. Müller, WiVerw 2004, 65, 73. Vgl. auch den Bericht der Kommission, KOM(2000) 248 endg., 22.

677 BGH, NJW 1989, 582, und BGH, NJW 1997, 2042.

678 BGH, NJW 2003, 507, und BGH, NJW 2003, 746.

679 Vgl. Grabitz/Hilf/Wolf – Micklitz/Rott, Nach A 25, Rdnr. 124, zu Schweden.

680 Vgl. Grabitz/Hilf/Wolf – Micklitz/Rott, Nach A 25, Rdnrn. 22 und 47 m.w.N.

681 Vgl. dazu die Kritik bei MüKo – Micklitz, § 18 AGBG, Rdnr. 1.

dies ohne jeden Beleg damit, dass "sich aus der Veröffentlichung erhebliche Nachteile für die unterliegende Partei ergeben können".⁶⁸²

Damit bleibt im Wesentlichen die Signalwirkung, die eine Verurteilung für sich anschließende Individualklagen haben kann. Hier sind mehrere Einschränkungen zu machen. Die erste liegt in der bereits angesprochenen mangelnden Sensibilität der Öffentlichkeit. Vielfach werden die individuell Betroffenen von einem Urteil in einem Verbandsklageverfahren gar keine Kenntnis erlangen, weil eine "effektive" Veröffentlichung unterbleibt. Dabei ist wiederum zu berücksichtigen, dass Unterlassungsklageverfahren geraume Zeit in Anspruch nehmen können, so dass Verluste aus Rechtsverstößen für die Betroffenen schon lange zurückliegen und längst "abgehakt" sein können. Weiter kann die lange Verfahrensdauer dazu führen, dass Individualansprüche zum Zeitpunkt des letztinstanzlichen Urteils im Verbandsklageverfahren bereits verjährt und damit gem. § 214 Abs. 1 BGB nicht mehr durchsetzbar sind.⁶⁸³ Ein aktuelles Beispiel könnten die Klagen von Verbraucherverbänden wegen Gaspreiserhöhungen auf der Grundlage möglicherweise unwirksamer Preiserhöhungsklauseln in AGB bieten.⁶⁸⁴ Hier ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die regelmäßige Verjährungsfrist im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung auf drei Jahre verkürzt wurde, § 195 BGB.

(b) Die Wahrscheinlichkeit einer Klage

Da der kollektive Rechtsschutz im Wesentlichen in den Händen der Verbraucherverbände liegt, geht die Frage dahin, mit welcher Wahrscheinlichkeit diese eine Klage wegen eines Verstoßes gegen Verbraucherschutzgesetze erheben werden. Hier sind wiederum einige Aspekte des Regelungsumfelds zu beachten.

In Deutschland besteht mit § 5 UKlaG (und seiner Parallelregelung in § 12 Abs. 4 UWG) keine Kostenfreiheit für Verbandsklagen, sondern lediglich eine Regelung, nach der der Streitwert gemindert werden kann, wenn die Belastung einer Partei mit den Prozesskosten nach dem vollen Streitwert angesichts ihrer Vermögens- und Einkommensverhältnisse nicht tragbar erscheint. Auf Antrag einer wirtschaftlich schwachen Partei ist eine weitere Herabsetzung des Streitwerts möglich.⁶⁸⁵ Da diese Regelung aber nur in Extremfällen eingesetzt werden kann, hat sie in der Praxis keine Bedeutung erlangt. Vielmehr konzentrierten sich die Verbraucherverbände in der Vergangenheit vielfach auf die Verfolgung eindeutiger Verstöße, bei denen sie kein Kostenrisiko eingehen.⁶⁸⁶

Eine Beschränkung des Kostenrisikos besteht immerhin insoweit, als die Gerichte in AGB-Sachen einen Regelstreitwert von 7.000 € annehmen.

Inwieweit die Ressourcen der Verbraucherverbände sich auf die Klagetätigkeit auswirken, ist letztlich schwer zu beurteilen, da die für die Durchführung der Klagetätigkeit verfügbaren

682 BT-DrS. 15/1487, 25.

683 So auch vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 7.

684 Vgl. dazu LG Bremen, VuR 2006, 279, m. Anm. Rott, sowie Rott, VuR 2006, 1 ff. Bei den Gaspreiserhöhungen, die im Tarifkundenbereich auf der Grundlage des § 4 Abs. 2 AVBGasV vorgenommen wurden und nun von den Gerichten anhand von § 315 BGB überprüft werden, liegt kein gemeinschaftsrechtlicher Hintergrund vor, so dass sich die Frage des Effektivitätsgrundsatzes nicht stellt. Vgl. dazu und zu einer möglichen zukünftigen Relevanz des Gemeinschaftsrecht Derleder/Rott, WuM 2005, 423 ff.

685 Vgl. dazu MüKo – Micklitz § 15 AGBG, Rdnrn. 46 ff.

686 Vgl. Sobich, Die verfahrensrechtliche Kontrolle, 159 ff., m.w.N.

Ressourcen angesichts der heterogenen Struktur der Verbraucherorganisationen kaum zu quantifizieren sind. Die beschäftigten Juristen sind nicht allein mit Verbandsklageverfahren belastet, ihnen obliegt im Falle der Verbraucherzentralen auch die Rechtsberatung Einzelner. Jedenfalls aus Sicht der Verbraucherorganisationen spielen die immer knapperen Ressourcen eine bedeutende Rolle.⁶⁸⁷ Seit der Verschmelzung der Bundesorganisationen zum Verbraucherzentrale Bundesverband haben sich die Gewichte von den Ländern auf die Bundesorganisation verschoben. Während der vzbv sein Budget ausbauen konnte, wurden in den Verbraucherzentralen der Länder die Mittel mit zum Teil dramatischen Effekten gekürzt. Diese schlagen sich in einer verringerten Klagaktivität der Verbraucherzentralen wieder. Dass es in der EG auch Mitgliedstaaten gibt, in denen Verbraucherverbände überhaupt keine öffentlichen Mittel erhalten, spricht insoweit nicht notwendigerweise für die überlegene Effektivität des deutschen Systems. Zum einen muss auch dort das Gesamtsystem, das möglicherweise teilweise oder überwiegend in der Verantwortung von Behörden liegt, berücksichtigt werden. Zum anderen aber ist auch denkbar, dass eben nicht nur Deutschland hinsichtlich der Sanktionen für Verbraucherrechtsverstöße hinter den maßgeblichen Kriterien des Effektivitätsgrundsatzes zurückbleibt. Auch hier gilt daher, dass in einer möglicherweise nicht ausreichenden Finanzierung von Verbraucherverbänden als solcher sicher kein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz zu sehen ist, dass aber die alleinige Übertragung des kollektiven Verbraucherschutzes auf nicht ausreichend ausgestattete private Träger der Wirksamkeit des Verbraucherschutzes entgegen steht.

Ein weiterer Aspekt, der im Rahmen des Anreizes, eine Klage zu erheben, zu beachten ist, liegt darin, dass Verbraucherverbänden nach deutschem Recht – anders als etwa in Frankreich oder in Griechenland – auch im Falle des Obsiegens kein eigener Schadensersatzanspruch zusteht, mit dem sie sich teilweise refinanzieren könnten.

bb) Der Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil

§ 890 ZPO gestattet es den Gerichten, im Urteil ein Ordnungsgeld und ersatzweise Ordnungshaft für jede weitere Zuwiderhandlung des Unternehmers anzudrohen. Wiederum ist mit Blick auf die Effektivität der Regelung danach zu fragen, ob die drohenden Sanktionen bei weiterer Zuwiderhandlung abschreckend im Sinne des Effektivitätsgrundsatzes sind. Dabei liegt das Problem nicht in der Höhe der drohenden Sanktion, sondern in der ebenfalls erforderlichen Wahrscheinlichkeit der Verhängung der Sanktion.

Verstöße gegen ein Unterlassungsurteil werden nur auf Antrag dessen geahndet, der das Unterlassungsurteil erwirkt hat. Das bedeutet, dass auch hier nur eine Sanktionierung erfolgt, wenn der obsiegende Verband die Befolgung des Urteils durch den verurteilten Unternehmer beobachtet und rechtlich bewertet und sich die dazu erforderlichen Informationen – z.B. die in der Folgezeit verwendeten AGB – verschafft. Auch insoweit ist wieder zu beachten, dass dies einen Personaleinsatz erfordert, der auch im Fall des Aufdeckens von Verstößen nicht kompensiert wird, da ein etwa anfallendes Ordnungsgeld nicht an den Verbraucherverband, sondern an die Staatskasse geht. Berücksichtigt man zudem die große Zahl obsiegender Urteile und damit die große Zahl der in der Folge zu beobachtenden Unternehmen, so wird deutlich, dass eine flächendeckende Kontrolle der Befolgung von Urteilen durch Verbraucherverbände nicht erfolgen kann. Vielmehr sind lediglich Stichproben möglich. Mit anderen

687 Vgl. E. Müller, WiVerw 2004, 65, 86. Vgl. auch Hensen, ZIP 2000, 1151.

Worten ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Verstoß gegen ein Unterlassungsurteil nicht aufgedeckt wird, recht hoch.

Eine weitere Schwierigkeit lag gelegentlich in einer zu engen Tenorierung. Dies wurde insbesondere Mitte der 90er Jahre im Zusammenhang mit dem Versicherungsvertragsrecht virulent.⁶⁸⁸ Insgesamt scheint dies aber heute in der Praxis kein Problem mehr zu sein. § 9 Nr. 3 UKlaG bestimmt, dass die Urteilsformel das Gebot, die Verwendung oder Empfehlung inhaltsgleicher Bestimmungen in AGB zu unterlassen, enthalten muss.

cc) Die Beschränkung der Rechtskraft inter partes

Als weiteres Hindernis für einen effektiven Rechtsschutz im Wege der Verbandsklage erweist sich die Beschränkung der Rechtskraft eines Urteils auf die am Verfahren Beteiligten. Jeder Verwender derselben Klausel muss gesondert verklagt werden.⁶⁸⁹ Dies gilt sogar dann, wenn sämtliche Verwender selbständige Tochterunternehmen derselben Obergesellschaft sind, wobei regelmäßig jedes dieser Tochterunternehmen an einem anderen Gerichtsort zu verklagen ist.⁶⁹⁰ Insoweit sei noch einmal an die Schlussanträge von GA Geelhoed in *Kommission gegen Irland* erinnert, in denen er darauf hinwies, dass die Notwendigkeit, gegen viele Fälle der Nichtbefolgung vorgehen zu müssen, naturgemäß die Rechtsdurchsetzungsmaschinerie der Gemeinschaft belastet und deren Wirksamkeit beeinträchtigt.⁶⁹¹ Für die Verbraucherverbandsklage gilt nichts anderes.

Auch wenn etwa Ein-Mann-GmbHs liquidiert werden und dieselbe dahinter stehende natürliche Person eine neue GmbH gründet und diese denselben Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz begeht, ist eine erneute Klage erforderlich. Dies führt nicht nur zu einer Multiplikation der Verfahren, sondern auch zu einer Multiplikation von Urteilen, deren Befolgung überwacht werden muss. Auch der bereits angesprochene § 11 UKlaG sieht bei der AGB-Verbandsklage eine Ausweitung lediglich insoweit vor, als sich ein einzelner auf ein Urteil berufen kann, in dem eine streitige Klausel desselben Verwenders für unwirksam erklärt wurde. Einen Automatismus dahingehend, dass Verbraucher, denen die entsprechende Klausel zu Unrecht entgegen gehalten wurde, ohne nachfolgende eigene Initiative vom Unternehmer zu entschädigen wären, sieht das deutsche Recht nicht vor. Bedeutung hat die Vorschrift bzw. ihre Vorgänger-Regelung in § 21 AGBG a.F. in der Praxis nicht erlangt.⁶⁹²

Dass eine Bündelung von Verfahren die Effektivität des Rechtsschutzes gegen missbräuchliche AGB erhöhen kann, belegt schon Art. 7 (3) der AGB-Richtlinie 93/13/EWG, wonach die in Art. 7 (2) genannten Rechtsmittel sich getrennt oder gemeinsam gegen mehrere Gewerbetreibende desselben Wirtschaftssektors oder ihre Verbände richten, die gleiche allgemeine Vertragsklauseln oder ähnliche Klauseln verwenden oder deren Verwendung empfehlen. Allerdings gilt Letzteres "unter Beachtung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften", so dass den Mitgliedstaaten ein Spielraum verbleibt. Die deutsche Regelung, die nach § 1 UKlaG die Unterlassungsklage gegen die Empfehlung von AGB zulässt, erfüllt damit

688 Vgl. dazu Heidemann-Peuser, VuR 1995, 233 ff.

689 Kritisch auch MüKo – Micklitz, § 21 AGBG, Rdnr. 4.

690 So hat etwa MediaMarkt mehr als 200 rechtlich selbständige Niederlassungen in Deutschland.

691 Supra, Teil 3, D. IX.

692 Vgl. MüKo – Micklitz, § 21 AGBG, Rdnr. 4, der dies als "gemeinschaftrechtlich problematisch" ansieht.

– isoliert betrachtet – die Mindestanforderungen des Art. 7 (3) der Richtlinie 93/13/EWG, trägt aber im Übrigen nicht zur Effektivität des Gesamtsystems bei.⁶⁹³

dd) Sachliche Zuständigkeit

Nur zur Ergänzung soll noch ein Punkt erwähnt werden, der in der Literatur kritisiert wurde: der dreistufige Instanzenzug im Recht der AGB.⁶⁹⁴ Die erstinstanzlich zuständigen Gerichte sind gem. § 6 Abs. 1 UKlaG die Landgerichte, die Oberlandesgerichte sind die Berufungsinstanz, der BGH die Revisionsinstanz. Im Übrigen haben die Länder nach § 6 Abs. 2 UKlaG die Möglichkeit, Verbandsklageverfahren einem Landgericht für die Bezirke mehrerer Landgerichte zuzuweisen.⁶⁹⁵

Die parallele Eingangszuständigkeit der Landgerichte führt dazu, dass zunächst die Gefahr erheblicher Rechtszersplitterung besteht. Die Erfahrung im Bereich der AGB-Verbandsklage hat aber gezeigt, dass die anfänglichen Unterschiede mit der Zeit verschwinden, meist aufgrund obergerichtlicher Entscheidungen, so dass die anfängliche Rechtsunsicherheit nicht als Hindernis angesehen werden kann, das die Effektivität des Gesamtsystems beeinträchtigt.⁶⁹⁶ Hier wirkt sich auch die Konzentration nach § 6 Abs. 2 UKlaG in der Praxis offenbar positiv aus, da sie zu höherer Spezialisierung führt.

Allerdings kann die anfängliche Rechtszersplitterung dann wieder in negativem Sinne relevant werden, wenn eine "gesicherte Rechtsauffassung" wieder zur Voraussetzung weiter gehender Sanktionen, etwa eines Gewinnabschöpfungsanspruchs, gemacht würde, weil damit die Wirksamkeit dieser weiter gehenden Sanktionen beeinträchtigt werden könnte.

ee) Zusammenfassung

Zusammenfassend erscheint offensichtlich, dass das kollektive Rechtsmittel der Unterlassungsklage in vielen Fällen keine Sanktion darstellt, die die Defizite des Individualrechtsschutzes auszugleichen in der Lage wäre. Dieser Befund wird empirisch dadurch gestützt, dass trotz mittlerweile Tausender AGB-Verbandsklageverfahren die marktberreinigende Wirkung, die der EuGH in *Cofidis* forderte, in Deutschland nicht eingetreten ist. Selbst die in der schwarzen und der grauen Liste der §§ 308, 309 BGB aufgeführten Klauseln werden weiterhin von Unternehmern verwendet.⁶⁹⁷

Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung zum irischen Abfallrecht⁶⁹⁸ müsste darin – jedenfalls bei isolierter Betrachtung – ein Verstoß gegen den in Art. 7 (1) der AGB-Richtlinie 93/13/EWG verankerten Effektivitätsgrundsatz gesehen werden. Dieser wird vom Gemeinschaftsrecht auch nicht etwa dadurch legitimiert, dass einige verbraucherrechtliche Richtlinien nur die Unterlassungsklage ausdrücklich fordern. Beispielhaft sei Art. 4 der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung erwähnt. Dieser verlangt in Abs. 1 "geeignete und wirksame Möglichkeiten zur Bekämpfung der irreführenden Werbung". Weiter heißt es: "Diese Möglichkeiten müssen Rechtsvorschriften umfassen, die es den Personen oder

693 Vgl. auch den Bericht der Kommission, KOM(2000) 248 endg., 24, in dem sie auf das brasilianische AGB-Recht verweist, wo Gerichtsentscheidungen Wirkung *erga omnes* haben.

694 Krit. zum dreistufigen Instanzenzug Schmidt, NJW 2002, 30.

695 Vgl. dazu Ulrici, WRP 2002, 402 m. Fn. 61.

696 Vgl. MüKo – Micklitz, § 14 AGBG, Rdnr. 7.

697 Vgl. nur MüKo – Micklitz, vor § 13 AGBG, Rdnr. 22 ff.

698 Vgl. supra, Teil 3, G. III. 2.

Organisationen (...) gestatten, gerichtlich gegen eine solche Werbung vorzugehen und/oder eine solche Werbung vor eine Verwaltungsbehörde zu bringen, die zuständig ist, über Beschwerden zu entscheiden oder geeignete gerichtliche Schritte einzuleiten". Eine Auslegung dahin gehend, dass sich die "geeigneten und wirksamen Möglichkeiten" in der Unterlassungsklage erschöpfen, verbietet schon der Wortsinn des Begriffs "umfassen". Die Unterlassungsklage wird lediglich als *ein* zwingendes Element der "geeigneten und wirksamen Möglichkeiten" vorgegeben. Dasselbe gilt für Art. 7 (2) der Richtlinie 93/13/EWG, wonach die in Art. 7 (1) genannten angemessenen und wirksamen Mittel "auch Rechtsvorschriften einschließen" müssen, wonach Personen und Organisationen (...) die Gerichte oder die zuständigen Verwaltungsbehörden anrufen können.⁶⁹⁹

b) Die Muster- und Sammelklage

Eine Konsequenz, die der deutsche Gesetzgeber im Jahre 2001 aus der Unattraktivität individueller Klagen insbesondere in Bagatellfällen gezogen hat, bestand in der Einführung der Muster- und Sammelklage in Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG.⁷⁰⁰ Nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG ist den Verbraucherverbänden die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbrauchern gestattet, wenn dies im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist. Dieses Einziehungsrecht kann allerdings die mangelnde Sanktionswirkung der Möglichkeit individuellen Rechtsschutzes nur dann kompensieren, wenn sie ihrerseits so ausgestaltet ist, dass sie wirksam, abschreckend und verhältnismäßig ist. Dabei ist auch die Anwendung der Vorschriften über die Sammelklage durch die Rechtsprechung miteinzubeziehen, soweit sich hier bereits ein Bild ergibt.

aa) Das Erfordernis der Einziehung im Interesse des Verbraucherschutzes

Bei empirischer Betrachtung, die der Rechtsprechung des EuGH zum Effektivitätsgrundsatz durchaus nicht fremd ist, ist die erforderliche abschreckende Wirkung der Muster- und Sammelklage bisher nicht evident.⁷⁰¹ Erste Gerichtsentscheidungen beurteilen die Voraussetzungen des neuen Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG eher restriktiv. Zum Stolperstein wurde dabei häufig das Kriterium der Erforderlichkeit der Einziehung im Interesse des Verbraucherschutzes.⁷⁰²

Das OLG Düsseldorf verneinte in einem ersten Urteil im Oktober 2003 die Aktivlegitimation im Falle "bloßer Inkassotätigkeit" und verlangte besondere Umstände, auf Grund derer die gerichtliche Durchsetzung des konkreten Anspruchs durch die Verbraucherzentrale im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich ist. An solchen Umständen fehlte es nach Ansicht des Gerichts. Es gehe vorliegend insbesondere weder um die Geltendmachung einer geringen Forderung, hinsichtlich derer ein Anreiz für eine Individualklage des Verbrauchers nicht besteht, noch bestünden hier für den Verbraucher besondere Schwierigkeiten bei der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs, noch wird vorliegend eine im Ausland ansässige Partei in Anspruch genommen. Auch ginge es hier nicht darum, eine verbraucherschutzwidrige Praktik abzuwenden.⁷⁰³ Die Entscheidung berücksichtigte aber

699 Ebenso Art. 11 der Fernabsatz-Richtlinie 97/7/EG.

700 Vgl. dazu Heidemann-Peuser, VuR 2002, 455 ff.

701 Vgl. vzbv, Rechtliche Verfahren, 9 f.

702 Vgl. dazu bereits Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 561.

703 Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2004, 1532; zust. Heß/Michailidou, ZIP 2004, 1382; krit. Micklitz/Beuchler, NJW 2004, 1502 ff.

nicht, dass es vorliegend um eine Musterklage ging. In der Konsequenz bedeutet diese restriktive Auslegung, dass demonstrativ dargelegte Einzelfälle nicht ausreichend seien, dass Verbraucherverbände für derartige Klagen stets eine Vielzahl von Einzelfällen bündeln müssten. Dies ist Verbraucherverbänden grundsätzlich zwar möglich, erhöht aber die Arbeitsintensität deutlich.⁷⁰⁴

Im Oktober 2005 scheiterte eine Klage wiederum beim OLG Düsseldorf. Diesmal ging es um Schäden, die Inhaber einer ec- oder Kreditkarte erlitten, nachdem ihnen jeweils die Karte abhanden gekommen war, und die die klagende Verbraucherzentrale gemeinsam einklagen wollte. Auch in dieser Kumulation, die es als "irgendeinen verbraucherrechtlichen Sachzusammenhang" bezeichnete, konnte das OLG Düsseldorf keine besonderen Umstände erkennen, die eine Klage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG rechtfertigen könnte.⁷⁰⁵

Ein Gegenbeispiel stellt das derzeit vor dem BGH anhängige Verfahren des vzbv gegen Quelle dar. Auch hier geht es um eine Musterklage, wobei das OLG Nürnberg die Berechtigung des vzbv nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG nicht angezweifelt hat.⁷⁰⁶

Großzügiger hatte sich auch das LG Bonn gezeigt, das lediglich auf ein so genanntes "verbraucherschützendes Gruppeninteresse" abstellte das sich aus tatsächlichen wie rechtlichen Gründen ergeben könne: Bei komplexen Sachverhalten könnten die Verbraucherzentralen gegenüber Einzelklagen von Verbrauchern ein höheres Maß an Effektivität bei der Durchsetzung von Interessen des Verbraucherschutzes erreichen, der ihre Inkassoklagen im Interesse des Verbraucherschutzes geeignet und erforderlich mache. Im Interesse des Verbraucherschutzes erforderlich sei die gerichtliche Einziehung fremder und zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen von Verbrauchern durch Verbraucherzentralen jedenfalls dann, wenn die klagende Verbraucherzentrale mit der gerichtlichen Geltendmachung einer abgetretenen Forderung nicht nur verlängerter Arm von Individualinteressen sei, sondern das Interesse einer unbestimmten Vielzahl von Verbrauchern an der gerichtlichen Klärung einer Grundsatzfrage wahrnehme, sei sie rechtlicher oder tatsächlicher Natur (sogenanntes verbraucherschützendes Gruppeninteresse).⁷⁰⁷

Ein abschließendes Bild ergibt sich aus diesen Urteilen noch nicht. Insoweit wird möglicherweise das für Juli 2006 erwartete Urteil des BGH als Revisionsinstanz im Verfahren gegen Quelle mehr Klärung bringen.

bb) Der mangelnde Klageanreiz

Von den bislang zweifelhaften Erfolgsaussichten der Einziehungsklage einmal abgesehen, macht aber auch der organisatorische Aufwand für die Sammlung der Fälle und die Ausschüttung eingeklagter Entschädigungen die Anwendung des neuen Rechtsinstituts für die Verbraucherverbände unattraktiv.⁷⁰⁸ Auch wenn Letzteres vor allem von Seiten der Verbraucherverbände geäußert wird, so ist diese Meinung doch insofern maßgeblich, als es die Verbraucherverbände sind, von deren Klagetätigkeit die Wirksamkeit der Sammelklage

704 So Metz, BKR 2004, 85, 86.

705 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2006, 127.

706 OLG Nürnberg, NJW 2005, 3000.

707 LG Bonn, NJOZ 2005, 2203 ff., m. Anm. Strube, VuR 2005, 230 ff.

708 So E. Müller, WiVerw 2004, 65, 73. Auch Heidemann-Peuser, VuR 2002, 455, 458, weist auf den erheblichen Personalaufwand hin, mit dem das Sammeln und die Organisation der Klagen verbunden sein kann.

abhängt.⁷⁰⁹ Machen diese von der Sammelklage aufgrund deren – zumindest subjektiv empfundenen – mangelnder Attraktivität keinen Gebrauch, so würde dieses Instrument aufgrund der Unwahrscheinlichkeit seines Einsatzes nach den Kriterien des EuGH nicht zur Erhöhung der Effektivität des Gesamtsanktionssystems führen.

cc) Die Wirkung inter partes

Problematisch insbesondere im Falle der Musterklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG ist wie bei der AGB-Verbandsklage, dass sie keine Wirkung auf die Rechtsverhältnisse von Privaten hat, die nicht Parteien des Verfahrens sind. Für deren vergleichbare Rechtsverhältnisse mit dem beklagten Unternehmer soll die Musterklage ja gerade musterhaft sein. Diese Regelung kann angesichts der vergleichsweise kurzen Verjährungsfrist des § 195 BGB verfehlt werden.

dd) Zusammenfassung

Die Einziehungsklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG ist ein noch junges Instrument kollektiver Rechtsdurchsetzung. Ihr Beitrag zur Erhöhung der Effektivität der Sanktionen für Verstöße gegen Verbraucherschutzgesetze kann noch nicht abschließend bewertet werden. Jedoch hat sich bereits gezeigt, dass es durchaus – möglicherweise in einer zu restriktiven Auslegung durch einzelne Gerichte begründete – Einschränkungen ihrer Nutzbarkeit gibt, die die Wahrscheinlichkeit der Verhängung einer Sanktion zu beeinträchtigen geeignet sind. Hier muss jedenfalls die Entwicklung genau beobachtet und notfalls nachgesteuert werden, wenn die Einziehungsklage einen echten Beitrag zur Effektivität des Gesamtsanktionssystems leisten soll. Eine bedeutende Ausweitung der Sanktionswirkung könnte in jedem Fall erreicht werden, wenn der Musterklage in irgendeiner Weise eine verjährungshemmende Wirkung für gleichartige Ansprüche gegen den beklagten Unternehmer zugewiesen würde.

c) Der Anspruch auf Gewinnabschöpfung

Eine weitere Konsequenz der mangelnden Effektivität des deutschen Sanktionssystems ist in der Einführung des Anspruchs auf Gewinnabschöpfung in § 10 UWG durch die Neufassung des UWG vom Juli 2004 zu sehen. Diese Neuregelung beruht ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich auf dem Gedanken einer "wirksamen Abschreckung".⁷¹⁰ Sie soll insbesondere bei sog. Streuschäden eingreifen, bei denen eine Vielzahl von Abnehmern geschädigt ist, aber die einzelnen Schäden so gering sind, dass es unwahrscheinlich ist, dass in nennenswertem Umfang Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden.⁷¹¹ Insofern könnte der Anspruch aus § 10 UWG auch Vorteile gegenüber der Klage aus Art. 1 § 3 Nr. 8 RBerG, die immer noch eine Aktivität seitens der Geschädigten, und liege diese nur in der Abtretung ihrer Ansprüche an einen Verbraucherverband, voraussetzt.⁷¹² EG-rechtlich relevant kann dies insbesondere bei Verstößen gegen das Verbot irreführender Werbung, aber auch bei Missachtung verbrauchervertragrechtlicher Informationspflichten und bei der Verwendung missbräuchlicher Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

709 Zu Recht weist Heidemann-Peuser, VuR 2002, 455, 456, darauf hin, dass die Entscheidung über die Klageerhebung allein bei den Verbraucherverbänden liegt.

710 BT-DrS. 15/1487, 24.

711 Vgl. etwa Schaub, GRUR 2005, 918.

712 Vgl. auch Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 560 f.

Ob § 10 UWG tatsächlich auf diesen letzten Fall der Verwendung missbräuchlicher AGB anwendbar sein soll, ist unklar. Rechtsprechung liegt insoweit noch nicht vor, die Verbraucherverbände haben noch kein derartiges Verfahren durchgeführt. Es erscheint aber denkbar und soll deshalb – schon unter dem Gesichtspunkt der möglicherweise erforderlichen entsprechenden richtlinienkonformen Auslegung deutschen Rechts im Lichte des Art. 7 der AGB-Richtlinie 93/13/EWG – im Folgenden unterstellt werden. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Verwendung missbräuchlicher AGB in einem ungleich deutlicheren Kausalzusammenhang mit der unrechtmäßigen Erzielung von Gewinnen stehen kann, als dies etwa bei Werbemaßnahmen der Fall ist. Bei wie vielen Flügen etwa aufgrund der unwirksamen Kerosin-Klauseln unrechtmäßig 15 Euro eingenommen wurden, dürfte sich anhand der Unterlagen der Fluggesellschaften recht einfach ermitteln lassen.

Ziel des Gewinnabschöpfungsanspruchs aus § 10 UWG ist nicht primär Kompensation, sondern Sanktion. Wiederum ist danach zu fragen, ob dieser neue Anspruch eine wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktion darstellt. Auf empirische Erfahrungen kann insoweit noch kaum zurückgegriffen werden, so dass hier nur Kriterien entwickelt werden können, an die bei einer späteren Überprüfung der Effektivität in der Praxis angeknüpft werden kann.

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit und Abschreckungswirkung der Sanktion ist erneut auf die Höhe der Sanktion und auf die Wahrscheinlichkeit, mit der sie verhängt wird, einzugehen. Der Anspruch aus § 10 UWG ist an die Voraussetzungen gebunden, dass der Unternehmer vorsätzlich gehandelt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt hat. Der abgeschöpfte Gewinn kommt dem Bundeshaushalt zugute.⁷¹³ Im Einzelnen sind noch viele Rechtsfragen ungeklärt,⁷¹⁴ so dass die Wirksamkeit und Abschreckungswirkung des § 10 UWG allenfalls prognostiziert werden kann. Wenigstens dies soll aber im Folgenden versucht werden.

aa) Die Höhe der Sanktion

Nach § 10 Abs. 1 UWG muss der Unternehmer, der dem § 3 UWG vorsätzlich zuwider gehandelt hat, den Gewinn herausgeben, den er hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt hat. Allerdings sind hierauf gem. § 10 Abs. 2 UWG diejenigen Leistungen anzurechnen, die er auf Grund der Zuwiderhandlung bereits an Dritte oder an den Staat erbracht hat. Dazu zählen auch Zahlungen aufgrund staatlicher Sanktionen.⁷¹⁵ Der Gewinnabschöpfungsanspruch geht also in seiner Höhe nie über das hinaus, was der Unternehmer durch den Verstoß gegen verbraucherrechtliche Elemente des UWG erlangt hat, selbst dann nicht, wenn er mit einer anderen Sanktion zusammenfällt. Natürlich können dies erhebliche Summen sein, deren Herausgabe schmerzlich wäre. Im Verfahren der Verbraucherzentrale Hamburg gegen O₂ um die Aufrundung der Preise bei der Umstellung von DM auf Euro, das bis zum EuGH gelangte,⁷¹⁶ geht es nach Schätzungen des vzbv um einen (abzuschöpfenden) Gewinn von bis zu 50 Millionen Euro.⁷¹⁷ Dennoch wird der Unternehmer

713 Vgl. dazu Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559 ff.; Sack, WRP 2003, 549 ff.; Köhler, GRUR 2003, 265 ff.; vgl. auch Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, 2003.

714 Vgl. nur die Übersicht bei Schaub, GRUR 2005, 918.

715 BT-DrS. 15/1487, 24.

716 EuGH, Urteil vom 14.9.2004, Rs. C-19/03 *Verbraucher-Zentrale Hamburg eV gegen O₂ (Germany) GmbH & Co. KG*, Slg. 2004, I-8183.

717 Vgl. vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 5.

im für ihn ungünstigsten Fall nur gestellt, als habe er sich ordnungsgemäß verhalten. Selbst Geldbußen o.ä. kann er von seinem Gewinn abziehen. Eine Strafe stellt dies nicht dar.⁷¹⁸ Allein mit den Kosten des Gerichtsverfahrens bleibt er belastet, denn sonst hätte der Unternehmer, wie die Bundesregierung erkannt hat, auch noch einen Anreiz, sich auf kostenträchtige Prozesse einzulassen.⁷¹⁹ Dass der Gewinnabschöpfungsanspruch auf den tatsächlichen Gewinn beschränkt ist, scheint für sich gesehen mit der Rechtsprechung des EuGH zur abschreckenden Wirkung vereinbar, verlangte doch GA Geelhoed in dem fischereirechtlichen Verfahren der Kommission gegen Frankreich auch "nur", dass die Fischer bei Nichteinhaltung des Gesetzes ein hohes Risiko laufen, entdeckt zu werden und Sanktionen auferlegt zu erhalten, die ihnen *zumindest jeden wirtschaftlichen Gewinn* aus der Übertretung der Fischereivorschriften entziehen würden.⁷²⁰ Allerdings gibt es auch Entscheidungen des EuGH wie die in der Rechtssache *Kommission gegen Finnland*, in denen eine Verdreifachung der eigentlich geschuldeten Steuer für nicht unverhältnismäßig gehalten wurde.⁷²¹

Schon dieser aus der umgekehrten Perspektive des Verbraucherschutzes günstigste Fall setzt allerdings voraus, dass der abzuschöpfende Gewinn ermittelt werden kann. Hier werden erhebliche praktische Probleme prognostiziert. Insbesondere die Kausalität zwischen etwa einer rechtswidrigen irreführenden Werbung und dem Absatz des entsprechenden Produkts dürfte schwer nachzuweisen sein, selbst wenn den Klageberechtigten ein in § 10 UWG nicht ausdrücklich normierter Auskunftsanspruch gegen den Verletzer zugestanden wird.⁷²² Bleibt der erzielte Gewinn streitig, so muss das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheiden, § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Die Anerkennung eines Regelgewinns, auf den aus dem Gesamtumsatz geschlossen werden kann, wäre hier sicher hilfreich, wenn nicht notwendig.

Zusätzlich verlangt § 10 UWG, dass der Gewinn "zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern" erzielt wurde, also gleichzeitig ein Verlust bei den Abnehmern eingetreten ist. Insofern wird in der Lehre gefordert, die Anforderungen an die Kausalität zwischen Abnehmerschaden und Gewinn nicht allzu hoch anzusetzen.⁷²³

bb) Die Wahrscheinlichkeit der Verhängung der Sanktion

Insbesondere aufgrund der Beschränkung des Anspruchs aus § 10 UWG auf vorsätzliches Handeln wurde aber vor allem die praktische Nutzbarkeit des Gewinnabschöpfungsanspruchs in ersten Stellungnahmen der Verbraucherverbände skeptisch beurteilt.⁷²⁴ Weitere Hindernisse der Verfolgung von Verstößen können hinzutreten.

718 So zu Recht Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 561 f.; Hefermehl/Köhler/Bornkamm – Köhler, § 10 UWG Rdnr. 3.

719 Vgl. BT-DrS. 15/1487, 24.

720 Vgl. supra, Teil 3, G. III. 2.

721 Vgl. supra, Teil 3, G. III. 2.

722 Vgl. LG Würzburg, 29.9.2005, Az. 12 O 2579/04, noch unveröffentlicht.

723 So Schaub, GRUR 2005, 918, 923.

724 Vgl. etwa E. Müller, WiVerw 2004, 65, 82 f.

(1) *Das Vorsatzerfordernis*

Probleme mit dem Nachweis vorsätzlichen Handelns waren von Teilen der Lehre früh prognostiziert worden.⁷²⁵ Erste Urteile deutscher Untergerichte scheinen die Skeptiker zu bestätigen. Bisher konnte § 10 UWG noch kein einziges Mal erfolgreich genutzt werden.⁷²⁶

Das LG Bonn hatte einen Fall zu beurteilen, in dem einem Hersteller von Matratzen bei der Übertragung von Testurteilen zwei Fehler unterlaufen waren: einer zugunsten des Herstellers, einer zu seinem Ungunsten. Das LG Bonn schloss daraus auf fehlenden Vorsatz. Es führte immerhin aus, der Kläger habe schlicht einen ungeeigneten Fall zum Anlass genommen, die neue Regelung des § 10 UWG zur Gewinnabschöpfung, die im Ansatz zweifellos zu begrüßen sei, in der Praxis umzusetzen. Ein Erfahrungssatz, dass die unzutreffende Wiedergabe von Testurteilen nur zumindest bedingt vorsätzlich erfolgt sein kann, sei nicht gegeben. Es sei eine geradezu banale Erkenntnis, dass jeder Mensch Fehler macht – auch Richter und Rechtsanwälte, die immer mal wieder feststellen würden, dass in von ihnen verfassten Schriftstücken, trotz Korrekturlesens, Fehler verblieben sind – d.h., allein der unstrittige Übertragungsfehler rechtfertige noch nicht den Vorwurf "Vorsatz" i.S. von § 10 UWG n.F. Allerdings sei an den Nachweis eines vorsätzlichen Verhaltens kein allzu hoher Maßstab zu setzen, da vorsätzliches Fehlverhalten in wettbewerbsrechtlich relevanten Sachverhalten alles andere als selten sei und es gewiss nicht Aufgabe der Rechtsprechung sei, sich schützend vor diejenigen zu stellen, die zumindest bedingt vorsätzlich die Verhaltensmaßregeln missachteten.⁷²⁷

Noch weniger ermutigend ist ein Urteil des LG Heilbronn vom Februar 2006. Wiederum ging es um die unlautere Verwendung eines veralteten Testurteils für eine Matratze, die noch nicht einmal mit der beworbenen Matratze übereinstimmte. Obwohl der Unternehmer zweimal abgemahnt worden war, verneinte das LG Heilbronn einen vorsätzlichen Verstoß. Vielmehr schloss es gerade daraus, dass der Unternehmer sein Verhalten nicht auf die Abmahnungen hin änderte und sich auch anwaltlich gegen die Abmahnungen zur Wehr setzte, darauf, dass kein vorsätzlicher Rechtsverstoß vorliege.⁷²⁸

Zweifellos ist es auch nach den Wertungen des Gemeinschaftsrechts nicht ausgeschlossen, den schutzwürdigen Interessen der Verwender Rechnung zu tragen. Allerdings betonte der EuGH in *Abbinck* auch die Schwierigkeit, vorsätzliches Handeln nachzuweisen.⁷²⁹ Wenig spräche dagegen, z.B. den Gewinnabschöpfungsanspruch in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung in *Brasserie du Pêcheur*⁷³⁰ auf qualifizierte Verstöße zu beschränken. Insbesondere wäre ein Gewinnabschöpfungsanspruch dort zu gewähren, wo gesetzlich ausdrücklich verbotene und von den Gerichten, zumindest den Obergerichten, bereits für missbräuchlich erklärte Klauseln verwendet werden. Dies würde gleichzeitig die praktische Bedeutung von Gerichtsentscheidungen über die Missbräuchlichkeit von Klauseln erhöhen, aber auch ein funktionierendes Informationssystem über diese Gerichtsentscheidungen

725 Vgl. nur Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 562.

726 Vgl. vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 4.

727 LG Bonn, GRUR-RR 2006, 111.

728 LG Heilbronn, Urteil vom 23.2.2006, Az. 23 O 136/05 KfH, noch unveröffentlicht.

729 Vgl. supra, Teil 3, B. II.

730 EuGH, Urteil vom 5.3.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA gegen Bundesrepublik Deutschland und The Queen gegen Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd und andere*, Slg. 1996, I-1029, Tz. 79.

voraussetzen. Eine Beschränkung auf Vorsatz, wie sie § 10 UWG vorsieht, hat der EuGH allerdings jüngst in der Rechtssache *Traghetti del Mediterraneo* selbst bei der Staatshaftung für Verstöße durch nationale Obergerichte für unzulässig erklärt. Selbst eine grundsätzliche Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit hielt er im Verhältnis zu dem Kriterium des "qualifizierten Verstoßes" nicht für zulässig.⁷³¹ Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass erste Vorentwürfe des § 10 UWG großzügiger waren, bevor die subjektive Seite des Verstoßes immer restriktiver geregelt wurde.⁷³² Noch weiter ging der EuGH in der Rechtssache *Peter*, in der schon das bewusste Risiko, einen Rechtsverstoß zu gehen, als ausreichend angesehen wurde, eine Rückzahlungspflicht auszulösen.⁷³³ Die Bundesregierung hielt ein solches Vorgehen im Zusammenhang mit dem Gewinnabschöpfungsanspruch für nicht gerechtfertigt.⁷³⁴

Noch ist es zu früh, ein abschließendes Urteil darüber zu fällen, ob das Vorsatzerfordernis dem Gewinnabschöpfungsanspruch die praktische Relevanz nimmt. Höchststrichterliche Rechtsprechung ist noch nicht verfügbar. Die Entwicklung der Rechtsprechung muss aber mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz in der näheren Zukunft genau beobachtet werden. Möglicherweise muss auch hier nachgesteuert werden, soll das erklärte Ziel der Erhöhung der Effektivität des Sanktionssystems erreicht werden.

(2) *Der mangelnde Anreiz zur Klage*

Wie im AGB-Recht ist darüber hinaus auch hier das Kostenrisiko des klagenden Verbands zu beachten, das insbesondere aufgrund des angesprochenen Vorsatzerfordernisses unkalkulierbar ist und nach Aussagen des vzbv bisher die Verbraucher-Zentrale Hamburg im angesprochenen Verfahren gegen O₂ davon abgehalten hat, einen Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG geltend zu machen.⁷³⁵ Aus diesem Grund hatte auch der Bundesrat die Einführung des § 10 UWG abgelehnt.⁷³⁶

Zwar billigt § 10 Abs. 4 Satz 2 UWG einen Anspruch gegen die zuständige Stelle des Bundes – das Bundesverwaltungsamt – auf Erstattung der für die Geltendmachung des Gewinnabschöpfungsanspruchs erforderlichen Aufwendungen zu, soweit sie vom Schädiger keinen Ausgleich erlangen können. Der Bund übernimmt also eine Art Ausfallbürgschaft. Allerdings ist diese der Höhe nach auf den an den Bundeshaushalt abgeführten Gewinn beschränkt, greift also ohnehin nur im Erfolgsfall ein, da im Fall des Unterliegens kein Gewinn abgeführt wird. Das Risiko eines verlorenen Verfahrens verbleibt also auch hier beim klagenden Verband. Immerhin erfolgt die Rückabwicklung von Zahlungen in den Fällen, in denen der Unternehmer erst nach Abführung des Gewinns an das Bundesverwaltungsamt Leistungen an Dritte oder den Staat erbringt, gam. § 10 Abs. 2 Satz 2 UWG unmittelbar zwischen dem Bundesverwaltungsamt und dem Unternehmer, so dass hier nicht noch weitere Kosten entstehen.⁷³⁷

731 EuGH, Urteil vom 13.6.2006, Rs. C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA gegen Italien*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 46.

732 Vgl. Schaub, GRUR 2005, 918, 922.

733 Vgl. supra, Teil 2, G.

734 BT-DrS. 15/1487, 24.

735 Vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 5.

736 BR-DrS. 301/03, unter Punkt 23 d) zu § 10 RegE.

737 Vgl. zur Kritik am Vorentwurf Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 562.

Dem Kostenrisiko steht auch hier keine Möglichkeit gegenüber, Einnahmen zu generieren, da der abgeschöpfte Gewinn dem Bundeshaushalt zufließt. Der Gesetzgeber rechtfertigt dies mit der Erwägung, dass die Verbraucherverbände aus dem Bundeshaushalt finanziert werden.⁷³⁸ Da die Finanzierung der Arbeit der Verbraucherverbände aber unspezifisch erfolgt, also nicht etwa ein bestimmter Betrag für die Klagen auf Gewinnabschöpfung vorgesehen ist, besteht dadurch für die Verbraucherverbände nicht unbedingt ein Anreiz, dieses Mittel wahrzunehmen.⁷³⁹

cc) Zusammenfassung

Die Einschätzungen der Lehre zu § 10 UWG gehen weit auseinander. Während eine Seite die Vorschrift als praktisch kaum relevant bezeichnet,⁷⁴⁰ sieht die andere darin – je nach rechtspolitischer Einstellung – eine wichtige zusätzliche Handhabe gegenüber dem Schädiger⁷⁴¹ oder eine übertriebene Sanktionierung.⁷⁴² Die ersten Erfahrungen mit der Rechtsprechung und die konkrete Ausgestaltung des Gewinnabschöpfungsanspruchs, die mangelnden Anreize zu seiner Nutzung und lassen aber deutliche Zweifel daran aufkommen, dass der noch junge Gewinnabschöpfungsanspruch seinen Beitrag zu einem System insgesamt wirksamer, abschreckender und verhältnismäßiger Sanktionen leisten kann.

d) Ergebnis

Insgesamt erscheint noch nicht gesichert, dass das derzeitige deutsche System des Verbraucherschutzes im AGB-Recht trotz einiger Verbesserungen in der jüngeren Vergangenheit nicht hinter den Vorgaben des EuGH hinsichtlich der Effektivität von Sanktionen für Verstöße zurückbleibt.⁷⁴³ Schon die Schärfe möglicher Sanktionen, vor allem aber die Wahrscheinlichkeit, mit der es zur Sanktionierung von Verstößen kommen wird, tragen – jedenfalls nach den ersten Urteilen der Instanzgerichte zu den noch jungen Rechtsinstrumenten der Einziehungsklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG und des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG – nicht genug zur abschreckenden Wirkung des Systems als Ganzes bei. Hinsichtlich dieser letzten beiden Elemente wird möglicherweise ein Nachsteuern erforderlich sein. Insbesondere sollte sichergestellt werden, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch nach § 10 UWG auf die Verwendung missbräuchlicher AGB anwendbar ist oder ein entsprechender Gewinnabschöpfungsanspruch in das UKlaG aufgenommen werden, da er für diese Form von Verbraucherrechtsverstößen geradezu prädestiniert ist und andernfalls die Sanktionen für den Verstoß gegen das AGB-Recht nicht hinreichend effektiv wären.

IV. Lauterkeitsrecht

I. Vorbemerkung

Der Ansatz im Lauterkeitsrecht des UWG ist insoweit ein grundsätzlich anderer als im Verbrauchervertragsrecht, als der deutsche Gesetzgeber davon ausgeht, dass Verstöße gegen

738 BT-DrS. 15/1487, 25.

739 Vgl. dazu prononciert Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559, 562.

740 So Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559 ff.

741 So Schaub, GRUR 2005, 918, 921.

742 So Engels/Salomon, WRP 2004, 32, 42 ("Schreckgespenst").

743 So auch E. Müller, WiVerw 2004, 65, 87.

das UWG als solche keine Individualansprüche von Verbrauchern auslösen, sondern nur im Wege des kollektiven Rechtsschutzes und durch Konkurrenten geahndet werden können. Hinzu treten – je nach dem betroffenen Rechtsgebiet – vertragsrechtliche Ansprüche des Einzelnen bzw. Sanktionen aus dem Vertragsrecht, wie etwa im Falle der nicht ordnungsgemäßen Belehrung über ein gesetzliches Widerrufsrecht, die einerseits den Nichtablauf der Widerrufsfrist nach sich zieht, andererseits aber, jedenfalls bei einer Beeinträchtigung der kollektiven Interessen der Verbraucher, gem. § 4 Nr. 11 UWG auch einen Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht darstellt. Besonders hervorgehoben wurde dieser Zusammenhang von UWG und Vertragsrecht im Falle eines Kaufvertrags, der aufgrund einer irreführenden Werbung geschlossen wird. Dort gilt nun § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB, wonach in Umsetzung von Art. 2 (2) lit. d) der Richtlinie 1999/44/EG auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers, des Herstellers oder seines Gehilfen insbesondere in der Werbung oder bei der Kennzeichnung über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, zur Beschaffenheit der Kaufsache gehören. Irreführende Aussagen können demnach auch kaufrechtliche "Sanktionen" nach sich ziehen.⁷⁴⁴

Zusammenfassend gilt es bei der Beurteilung des Sanktionssystems für Verstöße gegen das gemeinschaftliche Lauterkeitsrecht zunächst das UWG zu analysieren. Sollten die dort vorgesehenen Sanktionen nicht ausreichen, so ist ergänzend nach der Sanktionswirkung des Verbrauchervertragsrechts zu fragen. Gemeinschaftsrechtlich ist primär auf die Vorgaben der Richtlinie 2005/29/EG abzustellen, die lauterkeitsrechtliche Elemente anderer Richtlinien, insbesondere die Vorschriften über die unerwünschten Einsatz von Telekommunikationstechniken nach Art. 10 der Fernabsatz-Richtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG.

2. Das Sanktionssystem des UWG

Das Sanktionssystem des UWG sieht verschiedene Mittel vor, gegen unlautere Geschäftspraktiken vorzugehen. Neben den Verbraucherverbänden sind – anders als im Bereich der AGB – andere Akteure klagaktiv. Nach § 8 UWG sind insbesondere die Wettbewerber klagebefugt, zudem die Verbände der Gewerbetreibenden und die Industrie- und Handelskammern, wobei die letzteren kaum mit Klagen in Erscheinung treten. Die Einschätzungen der Effektivität dieses Sanktionssystems gehen weit auseinander. Die Bundesregierung meinte in ihrer Begründung des Gesetzentwurfs zum UWG, die zivilrechtliche Verfolgung von Wettbewerbsverstößen habe sich in der Praxis als ausreichend effektiv bewährt.⁷⁴⁵ Die lauterkeitsrechtliche Literatur scheint zu differenzieren. Das frühere System aus Unterlassungsklagen und den Schadensersatzansprüchen der Wettbewerber wurde vielfach als ungenügend bezeichnet.⁷⁴⁶ Hinsichtlich des modernisierten UWG hingegen geht die lauterkeitsrechtliche Literatur ohne nähere Begründung davon aus, dass das deutsche Recht hinsichtlich der Sanktionen mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar sei.⁷⁴⁷ Dagegen bezweifeln die Verbraucherverbände die abschreckende Wirkung des UWG und sagen Händlerkreisen den Slogan "unlauterer Wettbewerb lohnt sich immer" nach.⁷⁴⁸

744 Vgl. dazu etwa Mees, WRP 2002, 135 ff.

745 BT-DrS. 15/1487, 26.

746 So etwa Lettl, GRUR Int. 2004, 85, 93.

747 So ausdrücklich mit Blick auf die – seiner Auffassung nach nicht erforderliche – Umsetzung des Art. 13 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken Köhler, GRUR 2005, 793, 800 f.; Alexander, GRUR Int. 2005, 809, 811.

748 So E. Müller, WiVerw 2004, 65, 82. Vgl. auch Köhler/Lettl, WRP 2003, 1019, 1048.

3. *Das Zusammenspiel der Klagen von Wettbewerbern und Verbänden der Gewerbetreibenden mit den Klagen der Verbraucherverbände*

Die Gewerbetreibenden und die Verbraucherverbände haben ohne Zweifel im Lauterkeitsrecht insofern gemeinsame Interessen, als Wettbewerber, die Verbraucher durch unlautere Geschäftspraktiken für sich gewinnen, damit gleichzeitig ihre redlichen Mitbewerber schädigen. Dies muss aber nicht so sein. Gerade der Bereich der sog. unzumutbaren Belästigungen von Verbrauchern, die jetzt in § 7 UWG geregelt sind (insbesondere belästigende Telefonanrufe), dürfte für die Mitbewerber weniger interessant sein.⁷⁴⁹ Auch dieser Bereich hat aber einen gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund, so dass auch hier wirksame, abschreckende und verhältnismäßige Sanktionen gelten müssen.

In diesem Zusammenhang ist an die Rechtsprechung des EuGH in *Muñoz und Superior Fruiticola* zu denken, in der es allerdings nicht um den Rechtsschutz für Verbraucher, sondern um den für Wettbewerber ging.⁷⁵⁰ Der EuGH war der Auffassung, dass es erforderlich sei, eigene Rechtsschutzmöglichkeiten zu haben. GA Geelhoed ergänzte, ein Wettbewerber dürfe nicht allein vom guten Willen einer Kontrollstelle zur Durchsetzung seiner Rechte abhängig sein. Die zivilgerichtliche Durchsetzung stelle daher eine notwendige und nützliche Ergänzung der Durchsetzung durch den Mitgliedstaat dar. Übertragen auf das deutsche Lauterkeitsrecht muss man davon ausgehen, dass die Verbraucherseite nicht davon abhängig sein darf, dass die Wettbewerber sich gegenseitig zur Einhaltung des Rechts anhalten. Vielmehr muss sie selbst über die Möglichkeit effektiven Rechtsschutzes verfügen.

4. *Der kollektive Rechtsschutz durch die Verbraucherverbände*

Der kollektive Rechtsschutz durch die Verbraucherverbände vollzieht sich über die beiden bereits angesprochenen möglichen Klagen auf Unterlassung und auf Gewinnabschöpfung. Da diese bereits im Rahmen der AGB-Verbandsklage behandelt wurden, sollen an dieser Stelle nur noch einige spezifische Aspekte der lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsklage beleuchtet werden.

Hinsichtlich des Erstverstößes gilt im Lauterkeitsrecht kaum anderes als im AGB-Recht, vielleicht mit der Ausnahme, dass hier die Verbände der gewerblichen Wirtschaft klagaktiver sind als die Verbraucherverbände, was ihnen die Bezeichnung "Abmahnvereine" eingebracht hat. Besondere Schwierigkeiten bereitet aber auch hier die Durchsetzung von Urteilen.

Ein grundlegendes Problem liegt im UWG darin, dass die Wirkung von Urteilen gegen Unternehmer dadurch verpufft, dass die rechtswidrige Maßnahme, insbesondere bei Werbekampagnen, zum Zeitpunkt des Urteils bereits durch eine neue Maßnahme ersetzt ist, gegen die im Falle eines erneuten Verstößes erneut vorgegangen werden muss.⁷⁵¹ Werbemaßnahmen sind selbstverständlich erheblich kurzlebiger als AGB.

Wenn es zur Verhängung eines Ordnungsgelds kommt, kann dieses im Einzelfall seiner Höhe nach durchaus substantiell und damit abschreckend sein. In diesem Zusammenhang ist allerdings auch die enge Tenorierung der deutschen Gerichte als Hindernis effektiver

749 Krit. zum mangelhaften Rechtsschutz in diesem Bereich auch Schmittmann, K&R 2004, 58, 63. A.A. offenbar Riesenhuber, WM 1999, 1441, 1449.

750 Vgl. supra, Teil 3, E. IV. 4.

751 Vgl. E. Müller, WiVerw 2004, 65, 82.

Rechtsverfolgung anzuführen. Der vzbv berichtet in seiner Verbraucherschutzbilanz 2006 von einem vor dem OLG Düsseldorf verhandelten Fall, in dem es um Werbeaktionen mit Lockvogelangeboten ging, die nach wenigen Stunden verkauft waren. In dem Verfahren, in dem es zu einem Ersturteil gekommen war, hatten sich die Werbeaktionen auf Computermonitore und Dampfbügeleisen bezogen. Als der Discounter Plus nach dieser Verurteilung ähnliche lauterkeitsrechtswidrige Werbeaktionen hinsichtlich 22 anderer Produkte durchführte, wies das OLG Düsseldorf den Antrag des klagenden Verbraucherverbands auf Verhängung eines Ordnungsgelds ab, weil sich die Werbeaktionen nicht auf "identische Fälle" bezogen hätten.⁷⁵² Die enge Tenorierung mag eine mehr oder weniger zwingende Folge der Tatsache sein, dass sich Werbemaßnahmen häufig aus verschiedenen Elementen (Text, Bild, Ton) zusammensetzen und präzise beschrieben werden müssen. Es bleibt aber die Tatsache, dass die Modifikation von Werbemaßnahmen sehr einfach ist und dazu führt, dass Urteile nicht vollstreckt bzw. Ordnungsgelder nicht verhängt werden (können), so dass die Sanktionswirkung nicht eintreten kann.

5. *Kompensation durch wirksamen Individualrechtsschutz?*

Wie bereits eingangs angedeutet, liegen gerade dort, wo ein Unternehmer die kollektiven Interessen der Verbraucher dadurch verletzt, dass er gegen verbrauchervertragsrechtliche Vorschriften verstößt, Tatbestände vor, die auch individualrechtlich sanktioniert werden können. Teilweise ist das dem Gesetz unmittelbar zu entnehmen, wie etwa im Falle des kaufrechtlichen § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB. In anderen Fällen scheint es hingegen ausdrücklich nicht gewollt zu sein, wie etwa im Werkvertragsrecht. Der werkrechtliche Mangelbegriff, der wie der kaufrechtliche Mangelbegriff im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung neu gefasst wurde, sieht gerade keine Berücksichtigung der "öffentlichen Äußerungen" des Werkunternehmers, des Herstellers (soweit ein solcher in Betracht kommt) oder seines Gehilfen vor. Diese angesichts des beschränkten Anwendungsbereichs der Richtlinie 1999/44/EG ohne Zweifel zulässige Differenzierung mag man rechtspolitisch begrüßen oder ablehnen.⁷⁵³ Für die hiesige Untersuchung entscheidend ist allein, dass im Falle irreführender Werbung, die zum Abschluss eines Werkvertrags führt, jedenfalls keine zusätzliche vertragsrechtliche Rechtsschutzmöglichkeit besteht, so dass Mängel im kollektiven Sanktionssystem nicht durch das Vertragsrecht kompensiert werden können.⁷⁵⁴

Kommt man, wie hier, zum Ergebnis, dass das lauterkeitsrechtliche Sanktionssystem jedenfalls in den Bereichen nicht wirksam und abschreckend ist, in denen andere Wettbewerber keine Eigeninteressen im wahrsten Sinne des Wortes verfolgen, so muss sich die Frage anschließen, wie die Sanktionslücke gefüllt werden kann. Hier gelten im Wesentlichen dieselben Erwägungen wie bei der AGB-Verbandsklage. Zusätzlich wäre aber noch daran zu denken, auch hier erweiterten individuellen Rechtsschutz (über die Relevanz öffentlicher Äußerungen im Kaufrecht hinaus) zu gewähren. Der dogmatische Ansatzpunkt wäre der seit Jahren immer wieder diskutierte,⁷⁵⁵ aber gerade auch von der Bundesregierung

752 Vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 3.

753 Krit. etwa Krebs, DB 2000, Beil. 14, 1, 23. Zust. H. Roth, JZ 2001, 543, 547.

754 Darauf weist auch der vzbv, Verbraucherschutzbilanz 2006, 3 f., hin.

755 Vgl. statt vieler Micklitz/Stadler, Unrechtsgewinnabschöpfung, 57 ff.

abgelehnte⁷⁵⁶ Gedanke, die Vorschriften des UWG als Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB zu begreifen.⁷⁵⁷

In Belästigungsfällen (Telefonanrufe, unerbetene Fax-Mitteilungen oder e-mails) kann daneben § 823 Abs. 1 BGB in Form der Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gegebenenfalls i.V.m. § 1004 BGB zur Anwendung gelangen.⁷⁵⁸ Die untergerichtliche Rechtsprechung ist jedenfalls im Bereich der E-mail-Werbung uneinheitlich. Teilweise wird schon der Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB nicht anerkannt,⁷⁵⁹ zum Teil ein Schadensersatzanspruch wegen Geringfügigkeit abgelehnt⁷⁶⁰ oder – bei der Faxwerbung – auf den Verbrauch von Tinte und Papier beschränkt.⁷⁶¹

V. Sanktionen für Verstöße auf anderen Gebieten des Verbraucherrechts

Fragen der Wirksamkeit von Sanktionen stellen sich auch dort, wo Verstöße im Verbrauchervertragsrecht dort jedenfalls nicht ausdrücklich sanktioniert werden. Insofern ist auf den Verstoß gegen vorvertragliche Informationspflichten im Fernabsatz zu verweisen. § 312c Abs. 1 BGB. Hier herrscht die Vorstellung vor, dass eine Sanktion zunächst in Form von Unterlassungsklagen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 UKlaG oder § 13 UWG durch Verbraucherverbände oder Konkurrenten erreicht werden kann.⁷⁶² Dazu kommen mögliche Konkurrentenklagen nach dem UWG⁷⁶³ und seit 2004 der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG, denn der Verstoß gegen aus dem EG-Verbraucherrecht rührende Vorschriften stellt gleichzeitig eine unlautere Geschäftspraxis in der Form des Rechtsbruchs nach § 4 Nr. 11 UWG dar.

Wie bereits gezeigt, ergeben sich hier aber Schutzlücken, die durch Individualansprüche kompensiert werden müssen, im Wege der richtlinienkonformen Auslegung aber auch kompensiert werden können. Im konkreten Fall kann etwa der Verstoß gegen § 312c Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch in Form der Aufhebung des Vertrags nach den §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB auslösen. Dies muss insbesondere gelten, wenn dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zusteht, weil eine der Ausnahmen des § 312d Abs. 4 BGB eingreift, so dass er einen Schaden nicht durch den Widerruf des Vertrags abwenden kann.⁷⁶⁴ Von besonderer Bedeutung dürfte dies im Bereich des Fernabsatzes von Finanzdienstleistungen sein, weil dort die Ausnahme des § 312d Abs. 4 Nr. 6 BGB für Finanz-

756 Vgl. den Regierungsentwurf einer UWG-Novelle, BR-DrS. 301/03 vom 9.5.2003, 24 f. Vgl. ausf. Weiler, WRP 2003, 423 ff; Sack, BB 2003, 1073, 1077 f.

757 Vgl. nur Wimmer-Leonhard, GRUR 2004, 12, 20; Säcker, WRP 2004, 1199, 1219 f.; Kessler, WRP 2005, 264, 273.

758 Vgl. auch Schmittmann, K&R 2004, 58, 63.

759 So AG München, CR 2004, 379, allerdings mit Bezug auf einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. A.A. LG Berlin, K&R 2002, 428; AG Essen-Borbeck, MMR 2001, 261; AG Rostock, CR 2003, 621.

760 So AG Dachau, NJW 2001, 3488.

761 So OLG Hamburg, CR 2004, 376.

762 Zur Klage unter § 22 AGBG vgl. LG Hamburg, CR 2001, 475. Zu Verstößen gegen § 2 Abs. 2 FernAbsG a.F., die als Verstoß gegen § 1 UWG gewertet wurden, vgl. OLG Frankfurt a. M., CR 2001, 782; LG Duisburg, WRP 2001, 981. Vgl. auch LG Itzehoe, CR 2001, 788; LG München II, CR 2001, 788.

763 Vgl. Kruse, WRP 2001, 1132 ff.

764 Vgl. dazu KompaktKom – Rott, § 312c Rdnr. 6. A.A. wohl Härting, CR 2000, 691, 695. Vgl. auch Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1280; Grigoleit, WM 2001, 597 ff.

dienstleistungen, deren Preis auf dem Finanzmarkt Schwankungen unterliegt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat, einen großen Anwendungsbereich hat.

VI. Verbesserungsmöglichkeiten

1. Allgemeines

Verbesserungsmöglichkeiten bieten sich, da das System an vielen einzelnen Punkten effektiver sein könnte ist, in vielfacher Weise. Dabei lässt sich aus dem Effektivitätsgrundsatz natürlich nicht ableiten, welche einzelnen Verbesserungsmöglichkeiten genutzt werden müssten. Allein entscheidend ist, inwieweit die Verbesserungen dazu führen, dass Sanktionen für Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften wirksam, abschreckend und verhältnismäßig gemacht werden, was notwendig eine Prognoseentscheidung darstellt. Da jedenfalls ein verstärkter Rückgriff auf strafrechtliche Sanktionen im deutschen Verbraucherrecht unwahrscheinlich erscheint,⁷⁶⁵ konzentrieren sich die folgenden Vorschläge im Wesentlichen auf das Zivilrecht. Aus diesen Vorschlägen könnten dann diejenigen herausgesucht werden, die sich mit den gewachsenen Strukturen des deutschen Rechts und selbstverständlich auch mit höherrangigem Recht, also dem Gemeinschaftsrecht und dem Grundgesetz, vereinbaren lassen.⁷⁶⁶ Einer "Vorkontrolle" von AGB durch eine Behörde würde das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, nach der Rechtsprechung des EuGH wahrscheinlich entgegenstehen.⁷⁶⁷

2. Verbesserungen im Bereich der Verbraucherverbandsklage

a) Verschärfung der Sanktionen

Die Verschärfung der zivilrechtlichen Sanktionen über die Unterlassung und die Gewinnabschöpfung hinaus stößt auf großen Widerstand der Lehre, die in jedem pönalen Element der Sanktion einen Widerspruch zu elementaren Rechtsgrundsätzen des Zivilrechts sieht.⁷⁶⁸ Deshalb bestehen hier im Grunde nur zwei Alternativen: Entweder man geht von diesen elementaren Rechtsgrundsätzen ab oder man macht doch in verstärktem Maße das Strafrecht oder Verwaltungsrecht nutzbar. Beides ist aber nicht zwingend notwendig, wenn die Effektivität des Gesamtsystems auf der anderen Ebene der Wahrscheinlichkeit, nach der eine Sanktion eintritt, gesteigert wird.

b) Erhöhung der Wahrscheinlichkeit der Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen

Rechtspolitisch eher machbar erscheint es, die Wahrscheinlichkeit der Verfolgung von Verbraucherrechtsverstößen zu erhöhen. Hierzu wäre eine Vielzahl von Maßnahmen denkbar.

⁷⁶⁵ Die Verbraucherverbände fordern allerdings u.a. eine Verbesserung des Sanktionsinstrumentariums durch ein wirksames Strafrecht, vgl. E. Müller, *WiVerw* 2004, 65, 87. Aus der Wissenschaft vgl. etwa Wimmer-Leonhard, *GRUR* 2004, 12, 20.

⁷⁶⁶ So werden Bedenken angemeldet, ob eine Rechtskrafterstreckung *erga omnes* mit Art. 103 Abs. 1 GG zu vereinbaren ist, vgl. dazu MüKo – *Micklitz*, § 21 AGBG Rdnr. 1.

⁷⁶⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 11.5.2000, Rs. C-296/98 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 2002, I-3025, zum Versicherungsrecht, sowie jüngst EuGH, Urteil vom 15.6.2005, Rs. C-255/04 *Kommission gegen Frankreich*, noch nicht in der Sammlung, Tz. 53.

⁷⁶⁸ Vgl. exemplarisch Sack, *BB* 2003, 1073, 1080; Schaub, *GRUR* 2005, 918, 924.

aa) Anwendungsbereich der Sanktion

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Sanktion sind zwei Punkte anzusprechen. Es sollte klar gestellt werden, dass der Gewinnabschöpfungsanspruch auch für Verstöße gegen das AGB-Recht gilt, denn gerade dort könnte er seine größte Wirkung entfalten.

Bei der Einziehungsklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG sollten an die Erforderlichkeit im Interesse des Verbraucherschutzes keine überzogenen Anforderungen gestellt werden. Wie zu hören ist, soll dieses Erfordernis aber im Zuge der Nachfolgeregelung für das RBERG ohnehin entfallen, was im Sinne der Effektivität des Sanktionssystems zu begrüßen wäre.

bb) Geringere Anforderungen an den Eintritt der Sanktion

Hinsichtlich des Gewinnabschöpfungsanspruchs wäre es, wie bereits angesprochen, durchaus denkbar, diesen Anspruch nicht an ein Vorsatzerfordernis, sondern an einen "offensichtlichen" Verstoß zu knüpfen, wie es das Gemeinschaftsrecht im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsanspruch tut. Dies würde den Anspruch vom – wie der EuGH in *Abbinck* erkannt hat – schwierigen Nachweis subjektiver Elemente wie Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit entkoppeln. Gleichzeitig würden Unternehmer nicht unbillig belastet, denn die Rechtsfolge des § 10 UWG besteht ohnehin nur darin, dass sie den Gewinn, den sie zu Unrecht erzielt haben, wieder herausgeben müssten. Insofern besteht ein deutlicher Unterschied etwa zu strafrechtlichen Sanktionen.

cc) Erleichterung der Rechtsverfolgung

Die Rechtsverfolgung würde den Verbraucherverbänden erleichtert, wenn sich nicht oder in geringerem Ausmaß das Risiko der Belastung mit den Gerichtskosten sowie den Kosten für der eigenen und der gegnerischen anwaltliche Vertretung stellen würde.

Effektiver als die Möglichkeit der Streitwertherabsetzung wäre mit Blick auf die Verfolgung von nicht völlig eindeutigen Rechtsverstößen eine Regelung, nach der einem Verbraucherverband, der ja im kollektiven Verbraucherinteresse und damit – mit Blick auf die Marktberreinigung – im öffentlichen Interesse tätig wird, bei nicht missbräuchlichem Vorgehen⁷⁶⁹ die Prozesskosten ganz erlassen würden. In einigen anderen EG-Mitgliedstaaten ist dies in der Tat so geregelt, z.B. in Spanien.⁷⁷⁰ Eine andere, in Österreich verfolgte Lösung geht dahin, dass der Staat die Prozesskosten absichert.⁷⁷¹

Alternativ könnte man das Prozessrisiko über die Gesamttätigkeit hinweg gesehen mindern, indem man Verbraucherverbänden im Obsiegensfall einen eigenen Schadensersatzanspruch gewährt, so dass auch eine gelegentliche Prozessniederlage eher verkraftbar wäre – eine Lösung, die etwa in Frankreich oder Griechenland gewählt wurde.

dd) Erhöhung der Breitenwirkung

Die Erhöhung der Breitenwirkung wäre insbesondere für die AGB-Verbandsklage von größter Bedeutung. Die schärfste Form wäre eine Verpflichtung des Verwenders zur Folgenbeseitigung, also zur Kompensation all derer, denen eine missbräuchliche Klausel

769 Vgl. zur Missbrauchsgrenze etwa die Regelung im südafrikanischen Umweltrecht, dazu Glinski, *Recht in Afrika* 2000, 107, 131 f.

770 Vgl. Docekal/Kolba/Micklitz/Rott, 123.

771 Vgl. Docekal/Kolba/Micklitz/Rott, 93.

bereits entgegen gehalten wurde. Mildere Formen sind aber durchaus möglich. Dazu zählt eine verbesserte Information sowohl der Wirtschaft als auch der Verbraucher jedenfalls über höchstrichterliche Rechtsprechung zum AGB-Recht. Die Breitenwirkung könnte auch ohne die nach deutschem Verständnis problematische Rechtskrafterstreckung über die Parteien des Rechtsstreits dadurch erhöht werden, dass offensichtliche Verstöße gegen das AGB-Recht stärker geahndet werden, z.B. über den Gewinnabschöpfungsanspruch. Dann müsste ein Verstoß spätestens dann als "offensichtlich" eingestuft werden, wenn eine Klausel gegen die schwarze Liste des § 309 BGB oder gegen höchstrichterliche Rechtsprechung verstößt. Dadurch könnten "Musterverfahren" gegen einen von vielen Verwendern identischer Klauselwerke einen mittelbaren Effekt auf die anderen Verwender haben, ohne dass diese gesondert verklagt werden müssten.

Hinsichtlich der Musterklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG wäre es wichtig, die Verjährungsproblematik zu entschärfen, damit die Musterklage ihre eigentliche Wirkung, als Muster für nachfolgende Prozesse zu dienen, überhaupt erreichen kann. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ein – möglicherweise höchstrichterliches – Urteil im Musterverfahren vorliegt, die gleich gelagerten Ansprüche aber aufgrund von Verjährung gar nicht mehr durchgesetzt werden können.

ee) Klarstellung des Individualrechtsschutzes im Lauterkeitsrecht

Individualrechtsschutz kann auch im Lauterkeitsrecht nach einer nicht unbeachtlichen Meinung im Schrifttum über § 823 Abs. 2 BGB schon jetzt gewährt werden. In der Praxis wird dies, wie Erfahrungen aus anderen Mitgliedstaaten zeigen, möglicherweise nicht häufig genutzt werden. Schon die Möglichkeit mag aber eine gewisse Abschreckungswirkung haben, wenn nämlich die Gewissheit ausgeschaltet ist, dass das unmittelbare Opfer eines Verstoßes gegen das Lauterkeitsrecht selbst überhaupt kein Mittel zur Verfügung hat, sich gegen den Verstoß zur Wehr zu setzen.

3. Einbeziehung des Verwaltungs- und des Strafrechts

Noch einmal überdacht werden könnte im Übrigen, ob nicht doch bei offensichtlichen Verstößen gegen Verbraucherschutzvorschriften ein verstärkter Rückgriff auf strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Sanktionen erfolgen könnte.⁷⁷² Dies käme insbesondere da in Betracht, wo individueller Rechtsschutz nicht besteht oder nicht praktikabel ist und auch der kollektive Rechtsschutz kaum Wirkung zeigen kann: bei der belästigenden Werbung, insbesondere der Telefonwerbung. Hier geht es nicht um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher, sondern um den Schutz der Privatsphäre. Das gemeinschaftsrechtliche Gebot wirksamer, abschreckender und verhältnismäßiger Sanktionen scheint jedenfalls für diesen Bereich – ungeachtet aller noch bestehender Ungewissheit hinsichtlich der Wirkung der noch jungen Instrumente kollektiven Rechtsschutzes – im deutschen Recht nicht erfüllt. Effektiver wäre ohne Zweifel die Einführung eines Straftatbestands oder verwaltungsrechtlicher Sanktionen, wie sie z.B. in Italien und Großbritannien erfolgt ist.⁷⁷³ Dort existieren auch von unabhängigen Behörden verwaltete Register, in denen sich Verbraucher, die keine Telefonanrufe o.ä. erhalten wollen, eintragen lassen können, und die

⁷⁷² Dies fordern z.B. die Verbraucherverbände, vgl. E. Müller, WiVerw 2004, 65, 87. Aus der Wissenschaft vgl. etwa Wimmer-Leonhard, GRUR 2004, 12, 20. Dagegen z.B. Lettl, GRUR Int. 2004, 85, 93 f.

⁷⁷³ Vgl. nur Micklitz/Ebers, VersR 2002, 641, 652 f.; Schmittmann, K&R 2004, 58, 63.

Unternehmer unter Androhung von Geldbußen im Falle eines Verstoßes regelmäßig vor derartigen Marketingmaßnahmen einsehen müssen.⁷⁷⁴

J. Rechtsmissbrauch

Ein Thema, das gerade im Zusammenhang mit dem Fernabsatzrecht immer wieder einmal aufgebracht wird, ist das des Rechtsmissbrauchs. Besonders prominent vertreten war unter der Regelung des § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F.⁷⁷⁵ der Verbraucher, der absichtlich Waren im Bestellwert von über 40 Euro bestellte, obwohl er diese zum Teil gar nicht behalten wollte, um es dem Händler zu verunmöglichen, die Kosten der Rücksendung auf ihn abzuwälzen. Der Bundesrat berief sich insoweit auf erheblichen Missbrauch der bisherigen Rechtslage.⁷⁷⁶ Ein anderes Beispiel sind die sog. Hochretournierer, die in großem Umfang im Versandhandel bestellen und auch wieder zurücksenden. Diesen haben einzelne Unternehmer angekündigt, sie in Zukunft nicht mehr beliefern zu wollen, falls sie ihr Bestell- und Rücksendeverhalten nicht ändern.⁷⁷⁷

Insoweit soll der Hinweis auf die Rechtssache *Pafitis* genügen, in der der EuGH deutlich gemacht, dass in der Ausübung von Rechten noch kein Rechtsmissbrauch gesehen werden kann, sondern dies erst der Fall ist, wenn z.B. ein widersprüchliches Verhalten hinzutritt.⁷⁷⁸ Im Fall der sog. Hochretournierer sind daher Versandhändler wohl berechtigt, diese nicht mehr zu beliefern, da insoweit kein Kontrahierungszwang besteht. Ihnen könnte aber bei dennoch stattfindenden Vertragsschlüssen nicht etwa das Widerrufsrecht aufgrund Missbrauchs verweigert werden.

774 Vgl. reg. 22 ff. der The Telecommunications (Data Protection and Privacy) Regulations 1999, S.I. 1999 No. 2003.

775 "(...) Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt bei Widerruf und Rückgabe der Unternehmer. Wenn ein Widerrufsrecht besteht, dürfen dem Verbraucher bei einer Bestellung bis zu einem Betrag von 40 Euro die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht." Die Vorschrift wurde im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen geändert, vgl. dazu Rott, BB 2005, 53, 60 f.

776 Vgl. BR-DrS. 84/1/04, 4 f.

777 Das OLG Hamburg, MMR 2005, 617, hat diese Schreiben nicht als Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG angesehen.

778 Vgl. supra, Teil 3, R.

Teil 5: Zusammenfassung der Ergebnisse und Empfehlungen

A. Leitlinien des Gemeinschaftsrechts

Der Effektivitätsgrundsatz ist fester Bestandteil der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH wendet ihn auf alle Arten von Rechtsfragen an, die nicht oder nicht vollständig durch Gemeinschaftsrechtsakte geregelt werden. Dies betrifft das materielle Recht ebenso wie das Verfahrensrecht, wobei die Bandbreite der so überprüften Rechtsfragen ständig erweitert wird. Seinen Anfang hat der Effektivitätsgrundsatz im Verwaltungsrecht, insbesondere im Abgabenrecht, genommen. Die erste verbraucherrechtliche Entscheidung folgte in der Rechtssache *Océano Grupo* im Jahre 2000. Inzwischen hat er sogar das Strafrecht erreicht. Die folgenden Leitlinien lassen sich zusammenfassend aufstellen:

1. Der Effektivitätsgrundsatz hat eine negative und eine positive Ausprägung. In seiner negativen Ausprägung besagt er, dass nationale Vorschriften die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen. Diese negative Ausprägung betrifft insbesondere Ausschluss-, Verjährungs- und Präklusionsfristen, Beweismittel, Hindernisse beim Zugang zu Recht wie den Ausschluss der Klagebefugnis oder auch Verfahrenskosten, kann aber auch im Verbrauchervertragsrecht Anwendung finden, wenn es etwa um Kosten geht, die aus der Ausübung eines Widerrufsrecht entstehen. In seiner positiven Ausprägung verlangt der Effektivitätsgrundsatz von den Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu ergreifen, um dem Gemeinschaftsrecht zu seiner vollen Wirksamkeit zu verhelfen. Diese positive Ausprägung betrifft insbesondere die Sanktionen für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht, aber auch z.B. Beweislasterleichterungen.
2. Der Effektivitätsgrundsatz legt einen gemeinschaftsrechtlichen Mindeststandard fest. Eine nationale Regelung, die gegen den Effektivitätsgrundsatz verstößt, ist gemeinschaftsrechtswidrig und muss aufgehoben werden. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, dem Effektivitätsgrundsatz in richtlinienkonformer Auslegung nationalen Rechts Geltung zu verschaffen. Einen Staatshaftungsanspruch wird ein Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz als solcher hingegen kaum auszulösen vermögen, wenn der Verstoß nicht "qualifiziert" und im Falle der Rechtsprechung offensichtlich ist.
3. Die Überprüfung nationalen Rechts mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz muss sich am Ziel des Gemeinschaftsrechts bzw. der spezifischen gemeinschaftsrechtlichen Maßnahme orientieren.
4. Dogmatisch setzt der Effektivitätsgrundsatz eine Regelungslücke voraus. Eine solche ist auch da gegeben, wo ein Gemeinschaftsrechtsakt die Kompetenz zur Regelung bestimmter Fragen den Mitgliedstaaten ausdrücklich zuweist. Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt eine solche Zuweisung keinen Freibrief aus, sondern impliziert die Kontrolle der nationalen Regelung anhand des Effektivitätsgrundsatzes.
5. Das Herausarbeiten von Grundsätzen wird dadurch erschwert, dass der EuGH ausdrücklich Einzelfallentscheidungen trifft, die von den Besonderheiten des jeweilig betroffenen Rechtsgebiets und von dem jeweiligen Regelungsumfeld abhängig und deshalb nicht notwendig auf ähnlich wirkende Konstellationen übertragbar sind.

6. Hinsichtlich der Überprüfung des nationalen Rechts durch den EuGH fällt auf, dass dieser häufig zunächst eine Rechtsfrage dem Effektivitätsgrundsatz unterstellt, die Anwendung des Effektivitätsgrundsatzes aber dem nationalen Gericht überlassen hat. Im Laufe der Zeit stellte er dann immer konkretere Vorgaben auf, so dass sich über die vergangenen 30 Jahre eine Rechtsprechung ausgebildet hat, die noch immer ständig weiterentwickelt wird.
7. Bei der Festlegung der Mindeststandards geht der EuGH durchaus nicht einheitlich vor. Neben Vergleichen nationaler Regelungen mit Vorschriften des Gemeinschaftsrechts und rechtsvergleichenden Betrachtungen scheint aber insbesondere die empirische Betrachtung von Bedeutung. Maßgeblich ist vor allem, ob die Ausübung von durch das Gemeinschaftsrecht übertragenen Rechten in der Praxis möglich ist. Diese Betrachtung ermöglicht es dem EuGH auch, Rückschlüsse von gemeinschaftsrechtlich geforderten, aber nicht eingetretenen Veränderungen auf die mangelnde Effektivität des nationalen Rechts zu ziehen. Umgekehrt bedingt diese Orientierung an der praktischen Wirksamkeit aber auch, dass kulturelle Unterschiede insbesondere im Bereich der Rechtsdurchsetzung beachtet werden müssen.
8. Ebenfalls maßgeblich ist die Person des Rechteinhabers. Der EuGH differenziert klar zwischen (großen) Unternehmen und rechtlich vorgebildeten Beamten einerseits und Verbrauchern, Arbeitnehmern, kleinen Landwirten andererseits. Die letztere Gruppe wird als grundsätzlich rechtsunkundig eingestuft, so dass sie davon abhängig ist, entweder von staatlicher Seite, von Rechtsanwälten oder durch Information und Belehrung seitens ihrer Vertragspartner Unterstützung zu erhalten. Hier erfolgt also insbesondere eine Unterscheidung zwischen dem ökonomischen und dem rechtlichen Verständnis, das sich im (kodifizierten) gemeinschaftlichen Verbraucherrecht widerspiegelt.
9. Ein wichtiger Grundsatz, der sich durch das gesamte Gemeinschaftsrecht zieht, aber auch im Zusammenhang mit dem Effektivitätsgrundsatz von erheblicher Bedeutung ist, lautet: Keine Belohnung für Rechtsbruch. Zwar kennt das Gemeinschaftsrecht Grundsätze, die der Ausübung von Rechten entgegen gehalten werden können, wie den Grundsatz der Rechtssicherheit oder den Grundsatz des Vertrauensschutzes, aber diese Grundsätze werden wiederum durch den Grundsatz beschränkt, dass die Verletzung des Gemeinschaftsrechts nicht belohnt werden darf.

B. Wichtige Anwendungsfälle des Effektivitätsgrundsatzes

1. Wichtig erscheint, dass zwischen Einzelfragen und der Effektivität des gesamten Systems zu unterscheiden ist. Das Gemeinschaftsrecht macht hinsichtlich einzelner Elemente des Rechtssystems – z.B. Fristen, Formvorschriften, Verfahrenskosten, bestimmten Typen von Ansprüchen etc. – wenig detaillierte Vorgaben, so dass die einzelne nationale Vorschrift mit der jeweils einzelnen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe in Einklang sein kann. Die Effektivität des Gesamtsystems wird aber häufig erfordern, dass nicht nur alle Einzelvorgaben auf dem Mindestniveau erfüllt werden. Besonders deutlich ist dies bei der Effektivität von Sanktionen.
2. Der notwendige Ausgleich der oben formulierten Leitlinien kommt etwa in der Rechtsprechung des EuGH zu Ausschlussfristen unter den Aspekten der Dauer und des Beginns der Fristen sowie auch in der Rechtsprechung zu Beweislast und Beweismitteln gut zum Ausdruck. In Einklang gebracht werden müssen (1) das Interesse des Einzelnen an der

Ausübung seiner Rechte und seine intellektuellen und finanziellen Mittel, seine Rechte auszuüben, (2) das Interesse der Gemeinschaft daran, dass gemeinschaftsrechtlich übertragene Rechte durch die Einzelnen ausgeübt werden, damit die dahinter stehenden Ziele erreicht werden, (3) das Interesse des anderen an Rechtssicherheit und der Schutz seines Vertrauens und (4) das Interesse der Gemeinschaft an der Sanktionierung von Rechtsbruch.

3. Besonderes Augenmerk legt der EuGH auf den "effektiven Rechtsschutz" unter den Aspekten des Zugangs zum Recht und der Ordnungsmäßigkeit von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren. Zu diesen Punkten ist eine Fülle von Urteilen ergangen. Mit Blick auf das Verbraucherrecht scheinen die Urteile zum kollektiven Rechtsschutz, zu Verfahrens- und Gerichtskosten und zur Verpflichtung der Berücksichtigung verbraucherschützender Vorschriften von Amts wegen besonders wichtig.
4. Das wohl schwierigste, weil komplexeste, Feld ist die Effektivität des Sanktionssystems. Soweit spezielle Gemeinschaftsrechtsakte keine spezifischen Vorgaben machen, gilt die Formel, dass Sanktionen "wirksam, abschreckend und verhältnismäßig" sein müssen. Diese Formel ist auch im EG-Verbraucherrecht verbreitet. In der jüngeren Vergangenheit sind nationale Sanktionssysteme (aufgrund entsprechender Klagen der Kommission) in den Blickpunkt des EuGH gerückt, insbesondere in den Bereichen der Gleichstellung und des Umweltrechts.
5. Spezifischer ist die Rechtsprechung zum Schadensersatz, die sich mittlerweile so weit verdichtet hat, dass bereits die Herausbildung eines gemeinschaftlichen Haftungsrechts prognostiziert wird.

C. Mögliche Konflikte des deutschen Verbraucherrechts mit dem Effektivitätsgrundsatz

Auch hinsichtlich des deutschen Rechts ist zwischen – wenigen – Einzelfragen und der Effektivität des komplexen Gesamtsystems des Rechtsschutzes im Verbraucherrecht zu differenzieren.

1. Die Einzelfragen ergeben sich bei derzeitigem Stand zu einem geringen Teil aus gesetzlichen Regelungen, zu einem größeren aus der Rechtsprechung. An gesetzlichen Regelungen ist lediglich § 37a WpHG als, soweit ersichtlich, einzige "kurze" Verjährungsfrist, die kenntnisunabhängig zu laufen beginnt, unmittelbar zu beanstanden. Hinsichtlich der von der damaligen Bundesregierung gemeinschaftswidrig verstandenen Regelung des § 439 Abs. 4 BGB muss nun die Entscheidung des EuGH abgewartet werden.
2. In anderen Fällen scheint die deutsche Rechtsprechung mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar, da sie bestimmten Prinzipien des deutschen Zivilrechts – insbesondere dem Repräsentationsprinzip im Stellvertretungsrecht – gegenüber der Ausübung von durch das Gemeinschaftsrecht übertragenen Rechten Vorrang einräumt. Gemeinschaftsrechtswidrig erscheint auch die Auslegung der verbrauchsgüterkaufrechtlichen Beweislastregelung des § 476 BGB durch den BGH. Dasselbe gälte für die Rechtsprechung zum Anscheinsbeweis bei missbräuchlicher Verwendung einer Zahlungskarte mit der

korrekten PIN, wenn sie auf Fälle erstreckt würde, die den Fernabsatz-Richtlinien 97/7/EG oder 2002/65/EG unterfallen.

3. Noch offen ist der Umgang der Rechtsprechung mit den Regelungen des § 357 BGB über die Rückabwicklung nach Widerruf insbesondere eines Fernabsatzvertrags. Auch die "Schrottimmobilien"-Rechtsprechung des BGH nach *Schulte* ist noch im Fluss und kann daher noch nicht abschließend bewertet werden.
4. Der eigentliche Problembereich des deutschen Rechts mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz könnte das Sanktionssystem für Verstöße gegen Verbraucherschutzvorschriften darstellen. Klar ist, dass das bis vor kurzem geltende System, das den Individualrechtsschutz mit der Unterlassungsklage kombinierte, den Anforderungen an "wirksame, abschreckende und verhältnismäßige" Sanktionen nicht genügt. Inwieweit die neuen Rechtsinstrumente der Muster- und Sammelklage nach Art. 1 § 3 Nr. 8 RBERG und des Gewinnabschöpfungsanspruchs nach § 10 UWG die abschreckende Wirkung vermitteln, ist angesichts noch fehlender höchstrichterlicher Rechtsprechung noch unklar. Es lässt sich aber feststellen, dass Art. 7 (1) der AGB-Richtlinie jedenfalls dann nicht entsprochen würde, wenn der Gewinnabschöpfungsanspruch des § 10 UWG auf die Verwendung missbräuchlicher AGB nicht anwendbar wäre. Ebenfalls gesichert scheint, dass der Rechtsschutz gegen aggressive Werbepraktiken wie Telefonwerbung durch die neuen Instrumente, die auf den Schutz wirtschaftlicher Interessen abgestimmt sind, nicht verbessert wurde, so dass das deutsche Sanktionssystem jedenfalls insoweit hinter den Vorgaben des Effektivitätsgrundsatzes zurück bleibt.

D. Empfehlungen

1. Auch wenn die genannten Probleme des deutschen Rechts mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz wohl keine Staatshaftung auszulösen vermögen, sollten sie doch gelöst werden. Dies schon deshalb, weil für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer Rechtsunsicherheit bestehen kann, die möglicherweise erst nach Jahren und einer in der Zwischenzeit ergangenen Entscheidung des EuGH durch die deutsche Rechtsprechung beseitigt würde, letzteres gegebenenfalls durch eine richtlinienkonforme Änderung der bisherigen ständigen Rechtsprechung.
2. Gesetzgeberisches Eingreifen scheint hinsichtlich § 37a WpHG sowie hinsichtlich der verfestigten Rechtsprechung des BGH zum Verbraucherschutz bei Tätigwerden eines Stellvertreters des Verbrauchers geboten. In letzterem Fall mag der im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung eingeführte § 492 Abs. 4 BGB über die Stellvertretung beim Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags Modell stehen.
3. Mit Blick auf § 439 Abs. 4 BGB und auf die Rechtsfolgen des Widerrufs muss wohl die Rechtsprechung abgewartet werden, auch wenn die Vorlage des BGH erhebliche zeitliche Verzögerungen mit sich bringen wird. Verbraucherverbände könnten in Bezug auf die Rechtsfolgen des Widerrufs umgehend eine Musterklage bis zum BGH führen, falls in der Praxis Probleme auftauchen, wie sie es auch im Falle des § 439 Abs. 4 BGB getan haben.
4. Gesetzgeberisches Eingreifen scheint ebenfalls mit Blick auf den Schutz des Einzelnen vor aggressiven Marketingmethoden geboten. Hier scheint der am Schutz wirtschaftlicher

Interessen orientierte zivilrechtliche Rechtsschutz tendenziell ungeeignet, wenn man ihn nicht mit pönalen Elementen anreichern will. Deshalb sollte darüber nachgedacht werden, straf- oder verwaltungsrechtliche Sanktionen einzuführen und die Kontrolle durch die Einführung staatlich verwalteter, zwingend zu konsultierender Register ("Robinson-Listen") zu verbessern.

5. Im Übrigen muss die Entwicklung der praktischen Nutzbarkeit der noch jungen Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes sehr genau beobachtet werden. Sollten sich erste Tendenzen der instanzgerichtlichen Rechtsprechung bestätigen, so müsste nachgesteuert werden. In jedem Fall sollte aber, falls es politisch nicht gewollt ist, im Bereich der "Höhe der Sanktion" weiter zu gehen als bisher, der Aspekt der "Wahrscheinlichkeit der Verhängung oder des Eintritts der Sanktion" weiter verfolgt werden. Hier sollten insbesondere Regelungen zur Verbesserung der Breitenwirkung der AGB-Unterlassungsklage und der Musterklage unter Beachtung der durch die Schuldrechtsmodernisierung verschärften Verjährungsproblematik gefunden werden.

Literaturverzeichnis

- Alexander, Christian:* Die Sanktions- und Verfahrensvorschriften der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarkt – Umsetzungsbedarf in Deutschland?, GRUR Int. 2005, 809-815
- Arnall, Anthony:* Of strip cartoonists, vets and gunsmiths, European Law Review 1988, 260-267
- Barnert, Thomas:* Die kreditgebende Bank in der Rechtsprechung des BGH zur Projektbeteiligungs- und Immobilienfinanzierung, WM 2004, 2002-2013
- Borges, Georg:* AGB-Kontrolle durch den EuGH, NJW 2001, 2061-2062
- Cartwright, Peter:* Consumer Protection and the Criminal Law, Cambridge 2001
- Colombi Ciacchi, Aurelia:* Die EG-Richtlinie über den Zahlungsverzug und ihre Umsetzung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, EWS 2002, 306-320
- Craig, Paul P.:* Francovich, Remedies and the Scope of Damages Liability, L.Q.R. 1993, 595-621
- Derleder, Peter/Rott, Peter:* Die rechtlichen Grenzen von Gaspreiserhöhungen – Von der Monopolkontrolle zur Äquivalenzkontrolle bei den Leistungen der Daseinsvorsorge, WuM 2005, 423-430
- Docekal, Ulrike/Kolba, Peter/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter:* Die Umsetzung der Richtlinie 98/27/EG in den Mitgliedstaaten, Wien 2006
- Easson, Alex:* The spirits, wine and beer judgments: a legal Mickey Finn?, European Law Review 1980, 318-330
- Einsiedler, Mark T:* Geschäftsführung ohne Auftrag bildet keine Anspruchsgrundlage für die Erstattung der Kosten wettbewerbsrechtlicher Abmahnschreiben und Abschlusschreiben, WRP 2003, 354-356
- Fest, Timo:* Kein Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsersatz bei Nachlieferung?, NJW 2005, 2959-2961
- Finke, Thorsten:* Rückwirkung und Bestandskraft in der Entwicklung der europäischen Rechtsprechung, IStR 2006, 212-216
- Fischer, Nikolaj:* Direktvertrieb und Rückabwicklung kreditfinanzierter Fondsbeteiligungen und der "Krieg der Senate", VuR 2005, 241-247
- Friedrich, Katja/Nagler, Jürgen:* Bricht EU-Recht die Bestandskraft nach nationalem Verfahrensrecht? – Anmerkung zum BFH-Beschluss I R 83/04 (DStR 2004, 2005) und zum Beitrag von Gosch (DStR 2004, 1988), DStR 2005, 403-412
- Fuchs, Andreas:* Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273-1287
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Wolf, Manfred (Hrsg.):* Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, Loseblatt Sammlung (Stand: 29. EL 2006)
- Greger, Reinhard:* Verbandsklage und Prozeßrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung, ZZP 113 (2000), 399-412
- Grigoleit, Hans Christoph:* Rechtsfolgenspezifische Analyse "besonderer" Informationspflichten am Beispiel der Reformpläne für den E-Commerce, WM 2001, 597-604

- Gsell, Beate*: Nutzungsentschädigung bei kaufrechtlicher Nacherfüllung?, NJW 2003, 1969-1975
- Halfmeier, Axel*: Der Anspruch der Verbraucherverbände auf Kostenerstattung anlässlich der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen nach UWG und AGB-Gesetz, in: Tobias Brönneke (Hrsg.), Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeßrecht: Gruppenklagen, Verbandsmusterklagen, Verbandsklagebefugnis und Kosten des kollektiven Rechtsschutzes, Baden-Baden 2001
- Härting, Niko*: Verbraucherwerbung nach dem Fernabsatzgesetz, CR 2000, 691-696
- Hartley, Trevor*: The effects in national law of judgments of the European Court, European Law Review 1980, 366-373
- Hefermehl, Wolfgang/Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim*: Wettbewerbsrecht: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Preisangabenverordnung, Kommentar, 24. Aufl., München 2006
- Heidemann-Peuser, Helke*: Neues Klagerecht der Verbraucherverbände nach dem Rechtsberatungsgesetz, VuR 2002, 455-458
- Hensen, Horst-Diether*: Das Fernabsatzgesetz oder – Man könnte heulen, ZIP 2000, 1151-1152
- Hess, Burhard/Michailidou, Chrisoula*: Das Gesetz über Musterverfahren zu Schadensersatzklagen von Kapitalanlegern, ZIP 2004, 1381-1387
- Hoffmann, Jochen*: Realkredite im Europäischen Verbraucherschutzrecht, ZIP 2002, 145-152
- ders.*: Die EuGH-Entscheidungen "Schulte" und "Crailsheimer Volksbank" – Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb? – Zugleich Besprechung von EuGH, Urt v 25-10-2005 – Rs C-350/03 und Rs C-229/04, ZIP 2005, 1959, 1965, ZIP 2005, 1985-1994
- Hoppe, Tilmann/Lang, Johannes*: Finanzierter Immobilienkauf als Haustürgeschäft, ZfIR 2005, 800-806
- Hubeau, Francis*: Annotation, Common Market Law Review 1985, 96-108
- Karl, Joachim*: Die Schadensersatzpflicht der Mitgliedstaaten bei Verletzungen des Gemeinschaftsrechts, RIW 1992, 440-448
- Kerameus, Konstantinos D.*: Angleichung des Zivilprozessrechts in Europa, RabelsZ 66 (2002), 1-17
- Keßler, Jürgen*: UWG und Verbraucherschutz – Wege und Umwege zum Recht der Marktkommunikation, WRP 2005, 264-274
- Kieth, Kurt*: Anlegerschädigung bei kreditfinanziertem Beitritt zu Immobilienfonds, DStR 2005, 1904-1910
- Knops, Kai-Oliver*: Die Schlussanträge des Generalanwaltes im EuGH-Verfahren "Crailsheimer Volksbank" Rs 229/04 – ein Missverständnis mit Folgen?, VuR 2005, 251-255
- Koch, Harald*: Verbraucherprozessrecht, Heidelberg 1990
- ders.*: Brauchen wir ein eigenes Verbraucherprozessrecht?, in: Hans-W. Micklitz (Hrsg.), Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven, Baden-Baden 2005, 345-353
- Köhler, Helmut*: UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 2003, 265-272
- ders.*: Zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, GRUR 2005, 793-802

- Köhler, Helmut/Letl, Tobias:* Das geltende europäische Lauterkeitsrecht, der Vorschlag für eine EG-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken und die UWG-Reform, WRP 2003, 1019-1057
- Kothe, Wolfhard/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin:* Das neue Schuldrecht : Kompaktkommentar, 1. Aufl., Neuwied 2003
- Krebs, Peter:* Die EU-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr –Eine Chance zur Korrektur des neuen § 284 Abs. 3 BGB, DB 2000, 1697-1701
- Kovar, Robert:* Droit communautaire et droit procédural national, Cahiers de droit européen 1977, 230-244
- Kröll, Stefan:* Kurzkomentar, EWIR 2003, 339-340
- Kruse, Kevin:* Verletzung verbraucherschutzrechtlicher Belehrungspflichten als Wettbewerbsverstoß – Die Auswirkungen des Fernabsatzgesetzes im deutschen Wettbewerbsrecht, WRP 2001, 1132-1138
- Kulke, Ulrich:* Haustürwiderrufsrecht und Realkreditvertrag, ZBB 2002, 33-50
- Leible, Stefan/Engel, Andreas:* Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung, EuZW 2004, 7-17
- Letl, Tobias:* Der lauterkeitsrechtliche Schutz vor irreführender Werbung in Europa, GRUR Int. 2004, 85-96
- Looschelders, Dirk/Benzenberg, Elke:* Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, VersR 2005, 233-234
- Mankowski, Peter:* Widerrufsrecht und Rückgaberecht, in: Rainer Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 357-377
- Masuch, Andreas:* Vertretereinsatz beim Abschluss von Verbraucherkreditverträgen, ZIP 2001, 143-151
- Mees, Hans-Kurt:* Schuldrechtsmodernisierung und Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 135-137
- Metz, Rainer:* Wirksame Vereinbarung eines variablen Zinssatzes sowie einseitiges Bestimmungsrecht der Bank bei einem Sparvertrag (Zinsanpassungsklausel), BKR 2004, 85-87
- ders.:* EC-Karte/Bank-Karte, in: Peter Derleder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2004, 1033-1054
- Metzger, Axel:* Unanwendbarkeit von Ausschlussfristen bei ihrem Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts, ZEuP 2004, 154-163
- Micklitz, Hans-W.:* EWS-Kommentar, EWS 2001, 486-488
- ders.:* Die Versicherungsvermittlungsrichtlinie, in: Harald Herrmann (Hrsg.), Reform des Versicherungsvertragsrechts, Nürnberg 2003, 173-194
- ders.:* Vereinbarkeit der Verjährungsregelung des § 37a WpHG mit dem Gemeinschaftsrecht, WM 2005, 536-546
- Micklitz, Hans-W./Beuchler, Holger:* Musterklageverfahren – Einziehung einer Forderung im Interesse des Verbraucherschutzes, NJW 2004, 1502-1504
- Micklitz, Hans-W./Ebers, Martin:* Der Abschluss von privaten Versicherungsverträgen im Internet, VersR 2002, 641-660
- Micklitz, Hans-W./Stadler, Astrid:* Unrechtsgewinnabschöpfung: Möglichkeiten und Perspektiven eines kollektiven Schadenersatzanspruches im UWG, Baden-Baden 2003

- Möslein, Florian*: Richtlinienkonforme Auslegung im Zivilverfahrensrecht?, GPR 2003-04, 59-66
- Müller, Edda*: Verbraucherschutz und Deregulierung, WiVerw 2004, 65-88
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1 – 240. AGB-Gesetz, 4. Aufl. München 2001
- Nafilyan, Gérard*: Note, Revue trimestrielle de droit européen 1977, 96-99
- Nickel, Rainer*: Handlungsaufträge zur Bekämpfung der ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, 2668-2672
- Pfeiffer, Thomas*: Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln, EuZW 2002, 467-468
- Pichler, Rufus*: Kreditkartenzahlung im Internet, NJW 1998, 3234-3239
- Pluskat, Sorika*: Die Tücken von "Kaffeefahrten", WRP 2003, 18-29
- Reich, Norbert*: The "Courage" doctrine: Encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?, Common Market Law Review 42 (2005), 35-66
- ders.*: Diskriminierungsverbote im Gemeinschaftsprivatrecht, JbJZivRWiss 2005, 9-32
- ders.*: Heininger und das Europäische Privatrecht, in: Wolf-Rüdiger Bub u.a. (Hrsg.), Zivilrecht im Sozialstaat: Festschrift für Peter Derleder, Baden-Baden 2005, 127-143
- Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W.*: Europäisches Verbraucherrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2003
- Reich, Norbert/Rörig, Ursula*: Realkreditvertrag als Haustürgeschäft widerrufbar, EuZW 2002, 87-89
- Reiter, Julius F/Methner, Olaf*: Perspektiven beim "Immobilienwiderruf" – Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Philippe Leger, Rs C-229/04, VuR 2005, 281-285
- Riesenhuber, Karl*: Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im europäischen Schuldvertragsrecht, WM 1999, 1441-1451
- Riesenhuber, Karl/Domröse, Ronny*: Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 17, 18 KSchG und Rechtsfolgen fehlerhafter Massenentlassungen, NZA 2005, 568-570
- Riesenhuber, Karl/Franck, Jens-Uwe*: Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Europäischen Vertragsrecht, JZ 2004, 529-538
- Rörig, Ursula*: Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaft auf das nationale Zivilprozessrecht, EuZW 2004, 18-20
- Roth, Wulf-Henning*: Sondertagung Schuldrechtsmodernisierung – Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475-490
- Rott, Peter*: Rechtsprechungsüberblick zu Verträgen im Internet, VuR 1999, 405-409
- ders.*: Die Umsetzung der Haustürwiderrufsrichtlinie in den Mitgliedstaaten, Baden-Baden 2000
- ders.*: Widerruf und Rückabwicklung, in: Micklitz, Hans-W. u.a. (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, 2001, 249-292
- ders.*: Heininger und die Folgen für das Widerrufsrecht, VuR 2002, 49-55
- ders.*: Effektiver Rechtsschutz vor missbräuchlichen AGB – Zum Cofidis-Urteil des EuGH, EuZW 2003, 5-9

- ders.*: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Rückabwicklung von Haustürgeschäften, VuR 2003, 409-414
- ders.*: Mitverantwortung des Kreditgebers bei der Kreditaufnahme – Warum eigentlich nicht?, BKR 2003, 851-859
- ders.*: Duldungsvollmacht bei Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz?, NJW 2004, 2794-2796
- ders.*: Austausch der fehlerhaften Kaufsache nur bei Herausgabe von Nutzungen?, BB 2004, 2478-2480
- ders.*: BB-Gesetzgebungsreport: Die Umsetzung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen im deutschen Recht, BB 2005, 53-64
- ders.*: Risikohaftung der Banken für 'Schrottimmobilien': Anmerkung zu EuGH, Rs. C-350/03 – *Schulte* und C-229/04 – *Crailsheimer Volksbank*", GPR 2006, 25-28
- ders.*: Stellvertretung und Verbraucherschutz, in: Luc Thevenoz/Norbert Reich (Hrsg.), *Liber amicorum Bernd Stauder*, 2006, 405-422
- ders.*: Preiserhöhungsklauseln der Gasversorger unter verschärfter AGB-Kontrolle – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21-9-2005, VIII ZR 38/05, VuR 2006, 1-5
- ders.*: Ein teurer Widerruf! – Besprechung von OGH, 27.9.2005, Az. 1 Ob 110/05s, VuR 2006, 18-22
- ders.*: Anmerkung zu LG Bremen, Urteil vom 24.5.2006 (Preiserhöhungsklausel in Gasversorgungsvertrag), VuR 2006, 283-284
- ders.*: Effective Enforcement and Different Enforcement Cultures in Europe, in: Thomas Wilhelmsson (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, erscheint 2007
- Rüßmann, Helmut*: Haftungsfragen und Risikoverteilung beim ec-Kartenmißbrauch, DuD 1998, 395-400
- Sack, Rolf*: Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1071-1083
- ders.*: Der Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden in der geplanten UWG-Novelle, WRP 2003, 549-558
- Schack, Haimo*: Rechtsangleichung mit der Brechstange des EuGH – Vom Fluch eines falsch verstandenen Diskriminierungsverbots, ZZP 108 (1995), 46-58
- Schaub, Renate*: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, GRUR 2005, 918-924
- Schieble, Christoph*: Produktsicherheitsgesetz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 2001
- Schiek, Dagmar*: Gleichbehandlungsrichtlinien der EU – Umsetzung im deutschen Arbeitsrecht, NZA 2004, 873-884
- Schiess Ruetimann, Patricia M.*: Zugang von Ausländerinnen und Ausländern zum Wohnungsmarkt – Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG in Belgien und in der Bundesrepublik Deutschland und Bemerkungen zum Schweizer Recht, JbJZivRWiss 2005, 281-303
- Schlappa, Wolfgang*: Markenrecht-Richtlinie 89/104/EWG: Beweislast für Erschöpfung des Markenrechts und freier Warenverkehr, JA 2004, 118-122
- Schmidt, Eike*: Verbraucherschützende Verbandsklagen, NJW 2002, 25-30
- Schmittmann, Jens M.*: Überblick über die rechtliche Zulässigkeit von SMS-Werbung, K&R 2004, 58-63

- Schwartz, Andreas*: Enforcement of Private Law: The Missing Link in the Process of European Harmonisation, ERPL 2000, 135-146
- ders.*: Zur Mißbräuchlichkeit einer Gerichtsstandsklausel, JZ 2001, 246-249
- Sobich, Christopher*: Die verfahrensrechtliche Kontrolle "unfairer" Allgemeiner Geschäftsbedingungen in England : zur praktischen Wirksamkeit von AGB-Kontrollverfahren im Vergleich zum deutschen Recht, Frankfurt am Main 1997
- Sohrab, Julia Adiba*: Case C-338/91, *Steenhorst-Neerings v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen*, Judgment of 27 October 1993, [1993] ECR I-5475, Common Market Law Review 31 (1994), 875-887
- Stadler, Astrid/Micklitz, Hans-W.*: Der Reformvorschlag der UWG-Novelle für eine Verbandsklage auf Gewinnabschöpfung, WRP 2003, 559-562
- Staudinger, Ansgar*: Der Widerruf bei Haustürgeschäften – eine unendliche Geschichte?, NJW 2002, 653-656
- Steinbrück, Ben*: Geldentschädigung bei ethnischen Diskriminierungen – *Punitive damages* als zivilrechtliche Sanktion?, Jura 2004, 439-446
- Stüsser, Jörg*: Bankenhaftung bei gescheiterten Immobilien-Treuhandmodellen, NJW 1999, 1586-1591
- Thüsing, Gregor*: Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Geltung von EG-Richtlinien im Anti-Diskriminierungsrecht, NJW 2003, 3441-3445
- Traversa, Enrico*: L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité en matière d'accès à l'enseignement, Revue trimestrielle de droit européen 1989, 45-69
- Ulrici, Bernhard*: Einstweilige Verfügung im Kollektiven Verbraucherschutz. WRP 2002, 399-403
- Verbraucherzentrale Bundesverband*: Verbraucherschutzbilanz 2006, www.zbv.de/media-pics/pressemitteilung_verbandsklage_08_05_06.pdf
- ders.*: Rechtliche Verfahren des Verbraucherzentrale Bundesverbands, www.vzbv.de/media-pics/hintergrundpapier_fallbeispiele_verbandsklage_05_2006.pdf
- Von Borries, Reimer*: Anmerkung, RIW/AWD 1977, 232-234
- Von Hein, Jan*: Die Kodifikation des europäischen Internationalen Deliktsrechts, ZvGLRWiss 102 (2003), 528-562
- Waelbroeck, Michel*: La garantie du respect du droit communautaire par les États Membres: Les actions au niveau national, Cahiers de droit européen 1985, 37-48
- Weiler, Frank*: Ein lauterkeitsrechtliches Vertragslösungsrecht des Verbrauchers?, WRP 2003, 423-431
- Wimmer-Leonhard, Susanne*: UWG-Reform und Gewinnabschöpfungsanspruch oder: Die Wiederkehr der Drachen, GRUR 2004, 12-20
- Woitkewitsch Christopher*: Nutzungsersatzanspruch bei Ersatzlieferung?, VuR 2005, 1-6
- Wurmnest, Wolfgang*: Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, Tübingen 2003
- Wyatt, Derrick*: National periods of limitation as a bar to Community rights, European Law Review 1977, 122-125