SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ

vom 9. Februar 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Einführung

1. Das Vorabentscheidungsersuchen des Giudice conciliatore Florenz wirft Fragen auf nach Auslegung und Anwendung der Richtlinie 85/577/EWG [1] betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen. Für den Fall der positiven Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der Richtlinie fragt das vorlegende Gericht nach den Rechtsfolgen ihrer Anwendung für den Zeitraum zwischen Ablauf der Umsetzungsfrist (dem 23. Dezember 1987) und der tatsächlichen Umsetzung in italienisches Recht (dem 2. März 1992), und zwar sowohl für das Verhältnis des einzelnen gegenüber dem Staat als auch für das Verhältnis einzelner untereinander. Während die Frage nach den Wirkungen der Richtlinie im Verhältnis des einzelnen gegenüber dem Staat für die Entscheidung des Ausgangsrechtsstreits offenbar hypothetischer Natur ist, rührt die Frage nach der Wirkung einer nicht umgesetzten Richtlinie im Verhältnis Privater untereinander an das kontrovers diskutierte Problem der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien.

2. Der Rechtsstreit nahm seinen Ursprung im Abschluß eines Vertrags über einen Fernlehrgang in englischer Sprache, der in der Nähe des Hauptbahnhofs von Mailand getätigt wurde. Die Widerspruchsführerin des Ausgangsverfahrens berief sich auf das Rücktrittsrecht aus Artikel 5 der Richtlinie 85/577, um sich vom Vertrag zu lösen.

3. Das vorlegende Gericht macht keine näheren Ausführungen zum Sachverhalt, noch zum materiellen Inhalt der Richtlinie, sondern stellt lediglich fest, „daß der Abschluß des Vertrags außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmens, das die Dienstleistung erbringt und die erfolgte Ausübung der Befugnis zur Meinungsänderung ... nachgewiesen worden sind".

4. Das vorlegende Gericht hält es für erforderlich, die Ansicht der Widerspruchsführerin zu prüfen, daß der Richtlinie 85/577 im italienischen Staatsgebiet volle Wirksamkeit zuzuerkennen sei. Zwar hegt es Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht, die es u. a. aus dem Wortlaut des Artikels 189 EWG-Vertrag [2] und der Abwesenheit einer Publikationsverpflichtung für Richtlinien [3] herlei-

* Originalsprache: Deutsch.

1 — Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 (ABl. L 372, S. 31).

2 — Seit dem 1. November 1993 EG-Vertrag gemäß Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (ABl. C 224 vom 31.8.1992).

3 — Anders seit 1. November 1993, Artikel 191 EG-Vertrag.

tet. Angesichts des genauen Inhalts mancher Richtlinien, die materiell den Inhalt einer Verordnung hätten, stelle sich jedoch die Frage, ob in solchen Fällen eine Richtlinie „größere normative Kraft" erlangen könne als die ihr „eigenen Wirkungen" erzeugen. Das vorlegende Gericht rekurriert auf die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes, hält deren Ergebnisse jedoch teilweise für unbefriedigend, wenn beispielsweise eine Norm zwischen bestimmten Rechtssubjekten normativ wirke, im Verhältnis zu anderen jedoch nicht. Es hält das Vorabentscheidungsersuchen für geboten, weil die „einzige Gewißheit die Ungewißheit über die Wirkungen der Richtlinie" sei.

5. Die Vorabentscheidungsfragen lauten:

Ist die Richtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985 als hinreichend genau und detailliert anzusehen? Wenn ja, konnte sie in der Zeit zwischen dem Ablauf der 24-Monatsfrist, die den Mitgliedstaaten gesetzt worden war, um ihr nachzukommen, und dem Tag, an dem der italienische Staat ihr nachgekommen ist, Wirkungen im Verhältnis zwischen einzelnen und dem italienischen Staat und im Verhältnis einzelner untereinander entfalten?

6. An dem Verfahren haben sich zunächst die Parteien des Ausgangsverfahrens, die Kommission und die Regierungen Deutschlands, Griechenlands und Italiens beteiligt. Auf eine an alle Mitgliedstaaten gerichtete Frage des Gerichtshofes nach der von ihnen vertretenen Auffassung zu der vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Frage, „ob sich ein einzelner im Rahmen eines Rechtsstreits gegen einen anderen einzelnen unmittelbar auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann, die nicht innerhalb der gesetzlichen Frist umgesetzt worden ist", hat überdies die französische Regierung schriftlich Stellung genommen. In der mündlichen Verhandlung schließlich haben sich die Vertreter der Regierungen Dänemarks, Deutschlands, Griechenlands, Frankreichs, Italiens, der Niederlande und des Vereinigten Königreichs zu Wort gemeldet. Alle Vertreter der mitgliedstaatlichen Regierungen bis auf den der griechischen Regierung haben, wie auch der Vertreter der Kommission, für eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes plädiert. Die mündliche Verhandlung hat gezeigt, daß es sich um ein komplexes Problem handelt, wobei sich jedoch die Argumente pro und contra im wesentlichen wiederholen. Auf die einzelnen Argumente wird im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurückzukommen sein.

B — Stellungnahme

I. *Zur genauen und unbedingten Beschaffenheit der Richtlinie 85/577*

1. *Ganzheitliche Betrachtung der Richtlinie 85/577*

7. Die erste Frage des vorlegenden Gerichts zielt auf die Prüfung der Richtlinienbestim-

mungen im Hinblick auf ihre Genauigkeit und Unbedingtheit, einer unverzichtbaren Voraussetzung für deren möglicherweise unmittelbare Anwendbarkeit [4]. Das vorlegende Gericht hat diese Frage nicht in bezug auf einzelne Vorschriften der Richtlinie spezifiziert, wenngleich nicht alle für die Anwendung im vorliegenden Fall in Betracht kommen.

8. Hinsichtlich des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie 85/577 ist vorab davon auszugehen, daß sich einem Mitgliedstaat im Rahmen seiner Freiheit zur „Wahl der Form und der Mittel" [5] verschiedene Möglichkeiten bieten. Sei es, daß die Richtlinienvorschriften in einen bestehenden Gesetzeskodex inkorporiert werden, sei es, daß ein selbständiges Gesetz geschaffen oder aber im Rahmen eines selbständigen Gesetzes auf Normen des allgemeinen Zivilrechts verwiesen wird.

9. Der Inhalt der Richtlinie 85/577 läßt den Mitgliedstaaten überdies an mehreren Stellen Raum für eine Durchführung in der einen oder anderen Weise. Beispielsweise bietet *Artikel 3* die Möglichkeit, einen Mindestbetrag für die in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Verträge vorzusehen. Der letzte Satz des *Artikels 4*, der die Pflicht des Gewerbetreibenden zur schriftlichen Belehrung konstituiert, räumt dem Mitgliedstaat ein relativ weites Ermessen ein, „geeignete Maßnahmen" vorzusehen, „wenn die in diesem Artikel vorgesehene Belehrung nicht erfolgt."

10. Das in *Artikel 5* begründete Rücktrittsrecht des Verbrauchers, das Kernstück der Richtlinie, ist auszuüben „entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind." Bei dieser Formulierung sind Zweifel berechtigt, ob es sich um einen Verweis auf das allgemeine Zivilrecht — etwa die Regel über den Zugang von Willenserklärungen — handelt oder auf selbständige, im Rahmen des Durchführungsrechtsakts zu erstellende Regeln.

11. *Artikel 7* stellt die Regelung des Rückabwicklungsverhältnisses unter die Regie des mitgliedstaatlichen Rechts. Bereits die gewählte Terminologie, indem einmal von Rücktritt und sodann von Widerruf die Rede ist, verdeutlicht, daß durchaus unterschiedliche Rechtsfolgen an die Ausübung des Rechts zur Vertragsauflösung geknüpft werden können. Je nachdem, in welches Stadium die Vertragsabwicklung getreten ist, ist das Eingreifen der jeweils unterschiedlichen Rechtsfolgen für Widerruf, Rücktritt oder Wandelung denkbar.

4 — Grundlegend Urteil vom 5. April 1979 in der Rechtssache 148/78 (Ratti, Slg. 1979, 1629, Randnr. 23); Urteil vom 19. Januar 1982 in der Rechtssache 8/81 (Becker/Finanzamt Münster-Innenstadt, Slg. 1982, 53, Randnr. 25).

5 — Vgl. Artikel 189 EWG-Vertrag.

12. Die Richtlinie bietet folglich den Mitgliedstaaten an mehreren Stellen Raum, ihr gesetzgeberisches Ermessen auszuüben. Für die Zwecke des vorliegenden Falles könnte es allerdings ausreichen, sich auf die Auslegung und Anwendung der Vorschriften zu beschränken, die eine *Mindestgarantie* [6] für die zu schützenden Verbraucher enthalten.

13. Auch wenn sich das vorlegende Gericht einer Subsumption des Falles enthalten hat, scheint die Anwendung der Artikel 1 und 5 der Richtlinie unverzichtbar. Artikel 1 umschreibt den materiellen Anwendungsbereich der Richtlinie und Artikel 5 begründet das Rücktrittsrecht des Verbrauchers. Beide Artikel müßten daher den von der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Anforderungen der Unbedingtheit und Genauigkeit für eine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung genügen.

2. *Zu Artikel 1 der Richtlinie 85/577*

14. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie lautet:

„Diese Richtlinie gilt für Verträge, die zwischen einem Gewerbetreibenden, der Waren liefert oder Dienstleistungen erbringt, und einem Verbraucher geschlossen werden:

— während eines vom Gewerbetreibenden außerhalb von dessen Geschäftsräumen organisierten Ausflugs, oder

— anläßlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden

i) beim Verbraucher in seiner oder in der Wohnung eines anderen Verbrauchers,

ii) beim Verbraucher an seinem Arbeitsplatz,

sofern der Besuch nicht auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt."

15. Für sich genommen ist dieser Absatz genau und unbedingt, da er an klar abgrenzbare Tatbestandsmerkmale wie einen vom

6 — Urteil vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, Randnr. 20).

Gewerbetreibenden organisierten Ausflug oder den Besuch des Gewerbetreibenden in der Wohnung oder am Arbeitsplatz des Verbrauchers anknüpft. Andererseits bietet Artikel 1 Absatz 1 meines Erachtens keine Möglichkeit einer erweiternden Auslegung, da ansonsten auf die Anwendung dieser konstitutiven Tatbestandsmerkmale verzichtet werden müßte.

16. Absatz 2, der den Anwendungsbereich der Richtlinie auf bestimmte anläßlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden beim Verbraucher geschlossene Verträge erstreckt, kann für die Beurteilung des vorliegenden Falles soweit erkennbar außer Betracht bleiben, da keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, daß der Vertrag bei einem von der Widerspruchsführerin erbetenen Besuch ihres Vertragspartners in ihrer Wohnung oder an ihrem Arbeitsplatz zustande kam [7].

17. Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten, daß Artikel 1 Absatz 1 die für seine unmittelbare Anwendung erforderliche Genauigkeit aufweist.

18. Als problematisch könnte sich hingegen die Anwendung der Absätze 3 und 4 erweisen, die jeweils an „ähnliche wie in Absatz 1 oder Absatz 2 genannte(n) Bedingungen" anknüpfen. Fraglich ist, ob durch Artikel 1 Absätze 3 und 4 der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie dergestalt gegenüber den Absätzen 1 und 2 ausgedehnt wird, daß auch andere Verbraucherverträge, die nicht in den Geschäftsräumen des Gewerbetreibenden abgeschlossen werden — etwa auf öffentlichen Straßen und Plätzen — erfaßt oder ob nicht vielmehr Umgehungsgeschäfte, die unter räumlichen und sachlichen Verhältnissen der Absätze 1 und 2 geschlossen werden, in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen werden.

19. Diese Frage könnte für die Beurteilung des vorliegenden Falles von praktischer Bedeutung sein, denn es sind — wie schon mit Blick auf Absatz 2 erwähnt — keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, daß der angefochtene Vertrag — wie in Absatz 1 vorausgesetzt — während eines vom Gewerbetreibenden organisierten Ausflugs oder anläßlich eines Besuchs des Gewerbetreibenden in der Wohnung oder am Arbeitsplatz der Widerspruchsführerin abgeschlossen worden wäre.

20. Es kommt also darauf an, ob die Absätze 3 und 4 des Artikels 1 so ausgelegt werden können, daß auch unter anderen räumlichen und sachlichen Verhältnissen abgegebene Vertragsangebote in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Die Vorschriften lauten:

„(3) Diese Richtlinie gilt auch für Verträge, bei denen der Verbraucher unter ähnlichen wie in Absatz 1 oder Absatz 2 genannten Bedingungen ein Angebot gemacht hat, obwohl der Verbraucher durch sein Angebot

7 — Der Vertrag wurde in der „Nähe des Bahnhofs von Mailand" geschlossen, während die Widerspruchsführerin in Monza lebt.

vor dessen Annahme durch den Gewerbetreibenden nicht gebunden war.

(4) Diese Richtlinie gilt auch für vertragliche Angebote, die ein Verbraucher unter ähnlichen wie in Absatz 1 oder Absatz 2 gemeinten Bedingungen macht, sofern der Verbraucher durch sein Angebot gebunden ist."

21. Auf die in der mündlichen Verhandlung an alle Beteiligten gestellte Frage, wie sie die Anwendbarkeit der Richtlinie auf den Ausgangsrechtsstreit beurteilen, wurde sowohl positiv als auch negativ geantwortet. Die Beantwortung der Frage ist also keineswegs eindeutig. Stellt man außerdem in Rechnung, daß die Richtlinie Anlaß zu kontroversen wissenschaftlichen Abhandlungen geboten hat, ist es meines Erachtens kaum möglich, die für die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung erforderliche Genauigkeit des Artikels 1 Absätze 3 und 4 zu bejahen.

22. Andererseits ist es Sache des Gerichtshofes, die Richtlinie verbindlich auszulegen. Der Gerichtshof kann daher mit der Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens dem vorlegenden Gericht die Kriterien an die Hand geben, die es für die Entscheidung des Rechtsstreits braucht.

23. Der Titel der Richtlinie läßt vermuten, daß sie generell auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge Anwendung finden soll. Die Erwägungsgründe bestätigen diesen Eindruck. Der vierte Erwägungsgrund lautet:

„Verträge, die außerhalb der Geschäftsräume eines Gewerbetreibenden abgeschlossen werden, sind dadurch gekennzeichnet, daß die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Vertragsverhandlungen nicht vorbereitet ist. Letzterer hat häufig keine Möglichkeit, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen. *Dieses Überraschungsmoment gibt es nicht nur bei Haustürgeschäften, sondern auch bei anderen Verträgen, die auf Initiative des Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume abgeschlossen werden* [8]."

24. Die Formulierung „unter ähnlichen wie in Absatz 1 oder Absatz 2 genannten Bedingungen" könnte vor dem Hintergrund der in den Erwägungsgründen angesprochenen anderen Verträge, „die auf Initiative des Gewerbetreibenden außerhalb seiner Geschäftsräume abgeschlossen werden", so verstanden werden, daß auch unter von Absatz 1 abweichenden geographischen und sachlichen Bedingungen geschlossene Verträge einzubeziehen sind. Andererseits ist ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal der

8 — Hervorhebung durch den Verfasser.

Absätze 3 und 4 gegenüber den Absätzen 1 und 2 das Abstellen auf das Vertrags*angebot*. Daher halte ich die Ansicht für zutreffend, daß durch die Absätze 3 und 4 die Wirkungen der Richtlinie auf mögliche Umgehungsgeschäfte ausgedehnt werden.

25. Ohne eine verbindliche Auslegung des Artikels 1 Absätze 3 und 4 durch den Gerichtshof sind die Vorschriften meines Erachtens nicht hinreichend genau und unbedingt, um der unmittelbaren Anwendbarkeit fähig zu sein.

26. Die Anwendung der Vorschriften auf die tatsächlichen Verhältnisse des Ausgangsrechtsstreits ist Sache des vorlegenden Gerichts. Dieses ist offenbar davon ausgegangen, daß der Sachverhalt in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Der Gerichtshof überprüft nicht die Erheblichkeit des Vorabentscheidungsersuchens für die Entscheidung des Rechtsstreits. Deshalb ist es dem vorlegenden Gericht anheimgestellt, die Konsequenzen aus den vorstehenden Überlegungen für den konkreten Fall zu ziehen [9].

9 — Urteil vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86 (Pretore di Salò/X, Slg. 1987, 2545, Randnr. 11).

3. *Zu Artikel 5 der Richtlinie 85/577*

27. Die Anwendbarkeit der Richtlinie ist für den Verbraucher nur dann von praktischem Nutzen, wenn er sich auf das Rücktrittsrecht des Artikels 5 der Richtlinie berufen kann, um sich von dem außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden geschlossenen Vertrag zu lösen. Die Widerspruchsführerin berief sich im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits ausdrücklich auf Artikel 5 der Richtlinie.

28. Wie ich schon im Rahmen meiner allgemeinen Überlegungen zu dem Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie 85/577 angemerkt habe [10], ist Artikel 5 Absatz 1 in einer Weise formuliert, die Raum dafür läßt, an welcher Stelle und mit welchem Inhalt die Bedingungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zu regeln sind. Unzweifelhaft geht der Gemeinschaftsgesetzgeber davon aus, daß die Bedingungen für die Ausübung des Rücktrittsrechts von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat differieren können, wenn er einräumt, der Rücktritt sei „entsprechend dem Verfahren und unter Beachtung der Bedingungen, die im einzelstaatlichen Recht festgelegt sind", anzuzeigen. Meines Erachtens eignet sich diese Offenheit für eine variable Durchführung der Richtlinie nicht für deren unmittelbare Anwendbarkeit.

10 — Vgl. Nr. 10.

29. Die hinreichende Genauigkeit der Vorschrift ließe sich allenfalls unter dem begrenzten Blickwinkel des Ausgangsverfahrens annehmen, wo es — soweit es dem Akteninhalt zu entnehmen ist — zu keinerlei Vertragsabwicklung gekommen ist. Die Anzeige der Ausübung des Rücktrittsrechts binnen sieben Tagen wäre dann Mindestvoraussetzung für die Auslösung der in Artikel 5 Absatz 2 umschriebenen Rechtsfolge, die folgendermaßen formuliert wird:

„Die Anzeige bewirkt, daß der Verbraucher aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen entlassen ist."

Das Freiwerden von den Vertragspflichten läßt sich dabei als *Mindestgarantie* [11] für den Verbraucher verstehen. Artikel 5 der Richtlinie 85/577 eignet sich meines Erachtens daher nur unter den angemeldeten Vorbehalten zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit.

II. *Zu den Wirkungen einer noch nicht durchgeführten Richtlinie*

1. *Zum Verhältnis des einzelnen gegenüber dem Staat*

30. Für den Fall einer positiven Beantwortung der Frage nach der hinreichenden Genauigkeit der Richtlinie möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist und vor der tatsächlichen Durchführung Wirkungen zwischen dem einzelnen und dem italienischen Staat entfalten konnte. Auf dem Boden der bisherigen und ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes [12] kann sich ein Rechtssubjekt nach Verstreichen der Umsetzungsfrist unmittelbar gegenüber dem säumigen Mitgliedstaat auf eine ihn begünstigende, unbedingte und genaue Richtlinienvorschrift berufen. Dem Mitgliedstaat ist es in diesem Verhältnis verwehrt, Vorteile aus seinem vertragswidrigen Verhalten zu ziehen [13].

31. Diese Richtlinienwirkung, die man auch als vertikale Direktwirkung von Richtlinien bezeichnen kann, eignet sich zu einem befriedigenden Schutz der Rechtsgüter des einzelnen nur, wo auch die Richtlinie bestimmt und geeignet ist, Wirkungen in diesem vertikalen Rechtsverhältnis zu erzeugen. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie versagt dort, wo nicht der Staat, sondern ein Privater verpflichtet wird.

32. Gerade so verhält es sich aber im Ausgangsverfahren. Die Verpflichtung, den Vertragspartner aus dem Vertrag zu entlassen, trifft nicht den Staat, sondern die andere Vertragspartei. Die Berufung auf die Richtinie gegenüber dem Staat und all seinen Organen hilft zur Lösung des konkreten Problems in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht

11 — Verbundene Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, a. a. O., Randnrn. 20 bis 22).

12 — Z. B. Rechtssache 148/78 (Ratti, a. a. O.) und Rechtssache 8/81 (Becker, a. a. O.).

13 — Rechtssache 8/81 (Becker, a. a. O., Randnr. 24).

weiter. Um diesem Dilemma Abhilfe zu schaffen, hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung verschiedene Ansätze entwickelt.

a) Weites Verständnis des Staatsbegriffs

34. Meines Erachtens ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes unter der Prämisse eines weitverstandenen Staatsbegriffs [20] durchaus konsequent. Sie bezieht nicht nur die Träger unmittelbarer Staatsgewalt sondern auch mittelbarer Staatsgewalt mit ein [21]. Dennoch ist die Grenze der Ausdehnung des Staatsbegriffs sicherlich erreicht, wenn ein durch öffentliche Einrichtungen beherrschtes Unternehmen dem Staat zugerechnet wird, während eine Änderung der Mehrheitsverhältnisse in den Aufsichtsorganen dasselbe Unternehmen als ein privates auftreten läßt.

33. In dem Bestreben, die Grenzen der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien weit zu stecken, ist der Begriff des Staats in einem weiten Sinne zu verstehen. Dazu zählen Gebietskörperschaften [14], Behörden [15] und staatliche Einrichtungen [16], selbst in der Form eines staatlichen Unternehmens [17]. Vor allem die Einbeziehung staatlich beherrschter Unternehmen in den Staatsbegriff hat Kritik erfahren. Es sind wohl die Fälle, in denen ein staatliches Unternehmen als Arbeitgeber eine Richtlinie gegen sich gelten lassen mußte [18], ein Privatmann dagegen nicht, auf die auch das vorlegende Gericht anspielt, indem es ausführt, „daß eine normative Gegebenheit im Verhältnis zwischen einzelnen Subjekten der Rechtsordnung normativ und im Verhältnis zwischen anderen nicht normativ wirkt". [19]

b) Verpflichtung aller Staatsorgane zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Wege der Rechtsauslegung

35. Eine andere Vorgehensweise, um eine möglichst weitgehende Anwendung zu Unrecht, noch nicht bzw. unzulänglich umgesetzter Richtlinien zu erreichen, ist das an alle Träger öffentlicher Gewalt gerichtete Gebot, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten, alle zur Erfülllung der sich aus einer Richtlinie ergebenden Verpflichtung der Mitgliedstaaten geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen [22]. Aus dieser gemeinschaftsrechtlichen Pflicht staatlicher

14 — Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88 (Fratelli Costanzo/Stadt Mailand, Slg. 1989, 1839, Randnr. 31).

15 — Rechtssache 8/81 (Becker, a. a. O.); Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall/Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, Slg. 1986, 723); Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Slg. 1986, 1651); Rechtssache 103/88 (Costanzo, a. a. O.); Urteil 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-221/88 (Busseni, Slg. 1990, I-495).

16 — Urteil vom 20. September 1988 in der Rechtssache 31/87 (Beentjes/Niederländischen Staat, Slg. 1988, 4635).

17 — Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster u. a., Slg. 1990, I-3313, Randnr. 20).

18 — Rechtssache C-188/89 (Foster, a. a. O.).

19 — Vgl. S. 11 des Vorabentscheidungsersuchens im Original.

20 — Zum funktionellen Staatsbegriff vgl. Rechtssache 31/87 (Beentjes, a. a. O.).

21 — Nur am Rande sei bemerkt, daß es im Arbeitsrecht nicht nur, was die Wirkung von Richtlinien anbelangt, einen Unterschied macht, ob das Arbeitsverhältnis mit einem öffentlich-rechtlichen oder privaten Arbeitgeber geschlossen wird.

22 — Vgl. Rechtssache Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 1984, 1891, Randnr. 26); Rechtssache 31/87 (Beentjes, a. a. O., Randnr. 39); Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135); Urteil vom 16. Januar 1992 in der Rechtssache C-373/90 (X, Slg. 1992, I-131, Randnr. 7).

Organe folgt beispielsweise die Verpflichtung nationaler Gerichte, das mitgliedstaatliche Recht unter voller Ausschöpfung des ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraums in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden [23].

36. Die Pflicht, dem Geltungsanspruch des Gemeinschaftsrechts durch Gesetzesauslegung zur Wirksamkeit zu verhelfen, bezieht sich nicht nur auf das zur Durchführung einer Richtlinie erlassene Recht [24], sondern auf die mitgliedstaatliche Rechtsordnung schlechthin [25]. Auch der öffentlichen Verwaltung obliegt eine der den mitgliedstaatlichen Gerichten vergleichbare Pflicht zur Beachtung von Richtlinien [26].

37. Die Möglichkeit der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts stößt allerdings an natürliche Grenzen. Das klingt an, wenn der Gerichtshof von den gemeinschaftsrechtlichen Pflichten aller Träger öffentlicher Gewalt spricht, geeignete Maßnahmen *„im Rahmen ihrer Zuständigkeiten"* [27] zu ergreifen. Die Grenzen der Gesetzesauslegung bilden somit für den mitgliedstaatlichen Richter auch die Grenzen dafür, nicht durchgeführten Richtlinien die Anwendung im mitgliedstaatlichen Recht zu sichern.

23 — Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, a. a. O., Randnrn. 26 und 28).

24 — Urteil vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 111/75 (Mazzalai/Ferrovia del Renon, Slg. 1976, 657, Randnrn. 7/11).

25 — Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, a. a. O., Randnr. 26); Rechtssache C-106/89 (Marleasing, a. a. O.).

26 — Rechtssache 103/88 (Costanzo, a. a. O.).

27 — Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, a. a. O., Randnr. 26).

c) Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat

38. Ein dritter Lösungsversuch, den Rechtsschutz des einzelnen zu optimieren bei vorangehender Pflichtverletzung des Mitgliedstaats durch das Unterlassen einer fristgerechten Umsetzung, ist ein gemeinschaftsrechtlich begründeter Entschädigungsanspruch [28]. Der einzelne kann sich dann beim Staat für den Rechtsverlust bzw. den nicht eingetretenen Rechtsschutz schadlos halten. Der Staat ist verpflichtet, im Rahmen eines gemeinschaftsrechtlich begründeten Staatshaftungsanspruchs den Privaten zu entschädigen.

Zwischenergebnis

39. *aa)* Wenn das vorlegende Gericht also nach den Wirkungen der Richtlinie 85/577 zwischen dem einzelnen und dem italienischen Staat für die Zeit nach Verstreichen der Umsetzungsfrist und der tatsächlichen Durchführung der Richtlinie fragt, ist es auf das Bestehen des gemeinschaftsrechtlichen Entschädigungsanspruchs zu verweisen.

28 — Vgl. verbundene Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, a. a. O.).

40. *bb)* Eine andere Frage — letztlich auch nicht vom Gerichtshof zu beantworten — ist, inwieweit das vorlegende Gericht im Rahmen seiner unter II.1. b) beschriebenen Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung seines mitgliedstaatlichen Rechts zu einer Entscheidung des Rechtsstreits gelangt.

41. Die Kommission hat sowohl in ihrem Schriftsatz als auch in der mündlichen Verhandlung Ausführungen zum italienischen Zivilrecht gemacht und dabei zwei Vorschriften benannt, die sich für eine Durchführung des Rücktrittsrechts eigneten.

42. Über die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts kann der Gerichtshof nicht entscheiden. Die mit der vorgeschlagenen Auslegung einhergehende mittelbare Belastung Privater hat der Gerichtshof in der Rechtssache Marleasing [29] zwar zugelassen. Wie zu Recht eingewandt wurde, setzt der Rücktritt vom Vertrag das Bestehen des Rücktrittsrechts voraus. Über diese Voraussetzung zu entscheiden, ist der Gerichtshof berufen, wenn er nach den Wirkungen der Richtlinie während der Übergangszeit — zwischen Ende der Durchführungsfrist und tatsächlicher Umsetzung — für das Verhältnis Privater untereinander befragt wird. In diesem Zusammenhang auf die gemeinschaftsrechtlichen Pflichten des vorlegenden Gerichts und dessen alleinige Befugnis zur Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts zu verweisen, hieße, die Augen vor dem eigentlichen Problem zu verschließen.

29 — Rechtssache 106/89, a. a. O.

2. *Zur horizontalen Anwendbarkeit von Richtlinien*

43. Auf die Frage nach den Wirkungen einer nicht umgesetzten Richtlinie auf die Rechtsverhältnisse Privater, auch horizontale Wirkung genannt, gibt es unter Anwendung der bisherigen und ständigen Rechtsprechung nur eine knappe und klare Antwort: Eine Richtlinie kann nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen. [30]

44. Der Gerichtshof begründet dieses Ergebnis folgendermaßen: „... nach Artikel 189 EWG-Vertrag [besteht] der verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit beruht, sich vor einem nationalen Gericht auf die Richtlinie zu berufen, nur für ‚jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird'. Daraus folgt, daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann." [31]

45. Die Betonung liegt somit eindeutig auf der Ablehnung der Belastung eines Privaten. Bindungswirkung tritt entsprechend dem Wortlaut des Vertrags nur für die Mitgliedstaaten, die Adressaten der Richtlinie, ein.

30 — Rechtssache 152/84 (Marshall, a. a. O., Randnr 48); Urteil vom 12. Mai 1987 in den verbundenen Rechtssachen 372/85 bis 374/85 (Traen, Slg. 1987, 2141, Randnr. 24); Rechtssache 14/86 (Pretore di Salò/X, a. a. O., Randnr. 19); Rechtssache C-221/88 (Busseni, a. a. O., Randnr. 23); Rechtssache C-106/89 (Marleasing, a. a. O., Randnr. 6).

31 — Rechtssache 152/84 (Marshall, a. a. O., Randnr. 48).

46. Man könnte die Ausführungen an dieser Stelle beenden und für eine Beibehaltung der bisherigen Rechtsprechung plädieren.

47. Ein derartiges Vorgehen erscheint mir jedoch unbefriedigend. Im Anschluß an die Rechtsprechung Foster [32] und Marleasing [33] haben sich die Stimmen in der Wissenschaft gemehrt, die für eine horizontale Wirkung von Richtlinien eintreten. Aus den Reihen der Mitglieder des Gerichtshofes haben sich bis heute Generalanwalt Van Gerven [34] und jüngst Generalanwalt Jacobs [35] — wenn auch nicht im Rahmen der Beantwortung entscheidungserheblicher Fragen — für die horizontale Anwendbarkeit von Richtlinien ausgesprochen [36].

48. Die Überlegungen für eine horizontale Wirkung von Richtlinien sind getragen von dem Bestreben, dem mit Rechtsbindungswillen des Gemeinschaftsgesetzgebers Begünstigten zu seinem Recht zu verhelfen und dessen Position nicht auf unbestimmte Zeit in das Belieben eines säumigen Mitgliedstaats zu stellen.

49. In einer Zeit der Vollendung des Binnenmarkts, eines Raumes ohne Binnengrenzen [37], in der fortschreitend Harmonisierungsvorschriften zur Regelung der Rechtsverhältnisse Privater erlassen werden, erscheint es mir angezeigt, die Wirkung von Richtlinien zu überdenken. In den Erwägungsgründen der Richtlinie 85/577 hat der Gemeinschaftsgesetzgeber das Bedürfnis zur Rechtsangleichung in einer über jeden Zweifel erhabenen Weise beschrieben:

„Die Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften können sich unmittelbar auf das Funktionieren des Gemeinsamen Markts auswirken. Daher ist es *nötig* [38], die einschlägigen Bestimmungen anzugleichen." [39]

50. In die Reihe der Argumente, die für die horizontale Wirkung von Richtlinien streiten, läßt sich das gleicher Wettbewerbsbedingungen zuvorderst einreihen. Außerdem werden ohne die horizontale Wirkung die Rechtssubjekte des gemeinschaftsrechtskonform handelnden Mitgliedstaats häufig benachteiligt.

51. Für die horizontale Wirkung von Richtlinien spricht auch das im Rang eines Grundrechts stehende *Diskriminierungsverbot*, und

32 — Rechtssache C-188/89, a. a. O.

33 — Rechtssache 106/88, a. a. O.

34 — Rechtssache C-271/91 (Marshall II, Schlußanträge vom 26. Januar 1993, Nr. 12, Urteil vom 2. August 1993, Slg. 1993, I-4367).

35 — Rechtssache C-316/93 (Vaneetveld, Schlußanträge vom 27. Januar 1994, Nrn. 15 f., Urteil vom 3. März 1994, Slg. 1994, I-763, I-765).

36 — Auch Richter Schockweiler hat für die horizontale Anwendbarkeit von Richtlinien Stellung bezogen in dem Beitrag *„Effets des directives non transposées en droit national à l'égard des particuliers"* in der Festschrift Díez de Velasco *„Hacia un nuevo orden internacional y europeo"*.

37 — Seit dem 1. Januar 1993 gemäß Artikel 8a EWG-Vertrag, inzwischen Artikel 7a EG-Vertrag.

38 — Hervorhebung durch den Verfasser.

39 — Zweiter Erwägungsgrund der Richtlinie 85/577.

zwar in mehrfacher Hinsicht. Zum einen ist es unbefriedigend, wenn Rechtssubjekte je nachdem, ob sie vergleichbare rechtliche Beziehungen mit einer dem Staat zuzurechnenden Einrichtung oder einem Privaten unterhalten, unterschiedlichen Regeln unterworfen sind. Zum anderen widerspricht es den Anforderungen an einen Binnenmarkt, wenn für die einzelnen unterschiedliches Recht in den verschiedenen Mitgliedstaaten gilt, obwohl Harmonisierungsvorschriften von der Gemeinschaft erlassen worden sind.

52. Die Beibehaltung der Unterschiede liefe dem erklärten Ziel der Rechtsangleichung entgegen. Diese Feststellung kann nicht mit dem Hinweis auf die Natur der Richtlinie entkräftet werden, der zufolge bis zur Umsetzung der Richtlinie zwangsläufig unterschiedliche Bedingungen in den Mitgliedstaaten anzutreffen seien [40], denn die Ungleichheit ist nur bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist hinzunehmen. Es zählt zu den Zielen der Richtlinie, daß danach vergleichbare Bedingungen vorherrschen.

53. Das Diskriminierungsargument gewinnt durch das Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht und der im EG-Vertrag verankerten Unionsbürgerschaft noch an Gewicht. Nach dem Willen der Vertragsstaaten [41] hebt der Vertrag über die Europäische Union „den mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften eingeleiteten Prozeß der Europäischen Integration auf eine neue Stufe." In den Artikeln 3a und 7a EG-Vertrag wird die Bedeutung des Binnenmarkts hervorgehoben. Die Artikel 2, 3 und 3a EG-Vertrag fordern mehr Gemeinsamkeit in der Wirtschaftspolitik. Artikel 3 Buchstabe s verlangt einen Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes. Nähere Bestimmungen dazu finden sich in Artikel 129a. Die Einführung einer Unionsbürgerschaft erweckt die Erwartung, daß die Unionsbürger jedenfalls vor dem Gemeinschaftsrecht gleich behandelt werden.

54. Bei Richtlinien, deren Inhalt darauf angelegt ist, im Verhältnis zwischen Privaten zu wirken und die Vorschriften enthalten, die den Schutz der schwächeren Vertragspartei bezwecken [42], ist augenfällig, daß die Richtlinie durch Nichtumsetzung ihres „effet utile" beraubt wird. Nach verstrichener Umsetzungsfrist müßte daher die Anwendung von Schutznormen mit genauem und unbedingtem Inhalt möglich sein. Der mit Rechtsbindungswillen des Gemeinschaftsgesetzgebers verabschiedeten Richtlinienvorschrift müßte materielle Wirkung zugebilligt werden, ohne daß das vertragswidrige Verhalten eines Mitgliedstaats die Geltendmachung aus sich heraus vollständiger Rechtspositionen verhindern könnte.

40 — Meine Schlußanträge vom 10. Oktober 1989 in der Rechtssache C-38/89 (Blanguernon, Slg. 1990, I-83, 87, Nr. 8).

41 — Ausgedrückt im ersten Erwägungsgrund des Vertrags über die Europäische Union, a. a. O. (Fußnote 2).

42 — Z. B. Richtlinie 80/987/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, vgl. dazu verbundene Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, a. a. O.) oder Richtlinie 85/577, Gegenstand des vorliegenden Falles ebenso wie des Urteils vom 14. März 1991 in der Rechtssache C-361/89 (Di Pinto, Slg. 1991, I-1189).

55. Bei einer Befürwortung der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien ist davon auszugehen, daß Geltungsgrund und Wirkungsweise eine grundsätzlich andere Qualität haben als bei der vertikalen Direktwirkung. Während bei der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien im herkömmlichen Sinne das gemeinschaftsrechtswidrige Verhalten des Mitgliedstaats das Rechtsverhältnis zwischen einzelnem und Staat unmittelbar bestimmt, hat der private Dritte keinen Einfluß auf die Durchführung einer Richtlinie [43]. Die zugunsten der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien gegenüber dem Mitgliedstaat angeführten Argumente und Rechtsgrundsätze [44], der Mitgliedstaat dürfe keine Vorteile aus seinem gemeinschaftsrechtswidrigen Verhalten ziehen [45], greifen im Verhältnis Privater untereinander ebensowenig wie das Abstellen auf den Sanktionscharakter [46] der unmittelbaren Wirkung gegenüber dem Staat.

56. Die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien zwischen Privaten würde den Charakter einer Einrede im Sinne eines „sich berufen" auf die begünstigende Norm verlieren. Der unmittelbar anwendbaren Richtlinienbestimmung würden vielmehr Wirkungen erga omnes zugebilligt. Sie käme dadurch unmittelbar anwendbaren Vertragsvorschriften gleich [47]. Die horizontal wirkende Richtlinienvorschrift würde am Vorrangcharakter des Gemeinschaftsrechts teilnehmen, was im Interesse einer einheitlichen und effizienten Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu begrüßen wäre.

57. Obwohl die horizontale Direktwirkung von Richtlinien aus den angeführten Gründen als wünschenswert erscheint, werden gewichtige Argumente gegen eine dahin gehende Rechtsfortbildung angeführt.

58. Regelmäßig wird im Rahmen der Gegenargumente auf den *Wortlaut des Artikels 189 EWG-Vertrag* und die *Natur der Richtlinie* verwiesen, die nur für die Mitgliedstaaten und auch gegenüber diesen nur in ihren Zielen verbindlich sei.

59. Meines Erachtens lassen sich diese Argumente entkräften. Was zunächst die Freiheit der Mitgliedstaaten zur Wahl der Form und der Mittel für die Durchführung der Richtlinie anbelangt, ist diese völlig unberührt bis zum Ablauf der Übergangszeit. Selbst danach verbleibt den Mitgliedstaaten — auch unter der Voraussetzung der Direktwirkung

43 — Allerdings bedarf es schon im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung zur Richtlinienwirkung nicht der unmittelbaren Verantwortlichkeit für die Vertragsverletzung, wie die von der Rechtssprechung des Gerichtshofes vorgenommene weite Auslegung des Staatsbegriffs zeigt; vgl. im vorigen II.1. a.

44 — „Nemo auditur", „venire contra factum proprium", „estoppel".

45 — Rechtssache 8/81 (Becker, a. a. O., Randnr. 24).

46 — Meine Schlußanträge vom 25. April 1989 in der Rechtssache 103/88 (Costanzo, a. a. O., S. 1851, Nr. 23).

47 — Z. B. — Artikel 12: Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (Van Gend & Loos, Slg. 1963, 3);
— Artikel 53 und 37 Absatz 2: Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa/ENEL, Slg. 1964, 1253);
— Artikel 9 und 13 Absatz 2: Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 33/70 (S. A. C. E./Finanzministerium Italiens, Slg. 1970, 1213);
— Artikel 48: Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (Van Duyn/Home Office, Slg. 1974, 1337);
— Artikel 119: Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne/Sabena, Slg. 1976, 455).

einzelner Vorschriften — ein Gestaltungsspielraum überall dort, wo die Richtlinie darauf angelegt ist. Nur ein Bruchteil der Richtlinienbestimmungen wird sich zur horizontalen Anwendbarkeit eignen. Im übrigen können sich die Mitgliedstaaten nach Ablauf der Umsetzungsfrist nicht auf Freiheiten berufen, die ihnen nur für die Zwecke der ordnungsgemäßen und fristgerechten Durchführung eingeräumt worden sind.

60. Die Bindung des Mitgliedstaats an die Ziele der Richtlinie besteht unmittelbar bei Wirksamwerden der Richtlinie. Hinsichtlich der Ziele einer Richtlinie besteht regelmäßig kein Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten. Zu den Zielen einer Richtlinie zählt es beispielsweise, Schutznormen spätestens bis zum Ende der Umsetzungsfrist verbindliche Rechtskraft zu verleihen [48]. Die Verbindlichkeit derartiger Normen ist — wie ich bereits bemerkt habe — vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewollt und liegt in der Natur der Richtlinie. Denn Richtlinien sind nicht Rechtsakte minderer Qualität, sondern sind zu ihrer Durchführung an die Mitgliedstaaten gerichtet, denen eine Vertragspflicht zur rechtzeitigen und vollständigen Umsetzung obliegt.

61. Die Natur der Richtlinie steht daher meines Erachtens ihrer horizontalen Wirkung nicht im Wege. Ebensowenig würde die Grenzziehung zwischen Verordnung und Richtlinie verwischt, da die unmittelbaren Wirkungen der Richtlinie erst nach Verstreichen der Durchführungsfrist und nur für klare und unbedingte Vorschriften in Betracht kommen.

62. Als Argument gegen die horizontale Anwendbarkeit von Richtlinien wird die *unter rechtsstaatlichen Aspekten unzulässige Belastung Dritter* ins Feld geführt. Dieses Argument läßt sich in der Tat nicht von der Hand weisen. Es fragt sich, ob ein Privater, der sich im Rahmen der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung rechtmäßig verhält, mit Belastungen überzogen werden darf, die sich aus einer nicht an ihn gerichteten nicht umgesetzten Richtlinie ergeben, für die er sich überdies bei dem säumigen Mitgliedstaat kaum schadlos halten kann [49].

63. Aus Gründen der Rechtssicherheit scheint mir die horizontale Richtlinienwirkung von der Warte des belasteten Dritten aus als äußerst problematisch. Die Erkenntnis, daß auch bisher mittelbare Belastungen Privater durch die Wirkung unmittelbar anwendbarer Richtlinien eingetreten sind — etwa durch Fehler bei einer Ausschreibung, die die Rechtsstellung der anderen Bieter, gegebenenfalls des Zuschlagsempfängers, in Frage stellen [50] oder deren Wirkung im Rahmen der gemeinschaftskonformen Auslegung

48 — Urteil vom 6. Oktober 1970 in der Rechtssache 9/70 (Grad/Finanzamt Traunstein, Slg. 1970, 825, Randnrn. 10 und 13); Rechtssache 33/70 (S. A. C. E., a. a. O., Randnr. 11).

49 — Für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs wird das Moment des Schadens problematisch sein, denn hätte der Mitgliedstaat rechtzeitig umgesetzt, wäre die Belastung des Privaten auch eingetreten.

50 — Rechtssache 103/88 (Costanzo, a. a. O.).

in einem Rechtsstreit zwischen Gesellschaften des Privatrechts [51] — vermag die rechtsstaatlichen Bedenken gegen die horizontale Wirkung nicht auszuräumen.

64. Elementare Voraussetzung für die Belastung des Bürgers durch gesetzgeberische Akte ist die *konstitutive Veröffentlichung* in einem amtlichen Veröffentlichungsorgan [52]. Diese Voraussetzung erfüllen die Richtlinien, die auf der Grundlage des EWG-Vertrags verabschiedet wurden, nicht [53]. Die Übung, Richtlinien im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* als nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte zu veröffentlichen, bietet keine Abhilfe. Die Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* ist rein deklaratorisch und bildet keine Wirksamkeitsvoraussetzung, was gelegentlich dadurch verdeutlicht wird, daß in einer Fußnote auf den Tag der Bekanntgabe der Richtlinie an die Mitgliedstaaten hingewiesen wird [54], da die Bekanntgabe die Richtlinie wirksam werden läßt [55]. Die Möglichkeit, von einem Rechtsakt Kenntnis zu erlangen, ersetzt nicht dessen konstitutive Verkündung.

65. Für Richtlinien, die nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht am 1. November 1993 verabschiedet worden sind und werden, verhält es sich grundsätzlich anders. Artikel 191 *EG-Vertrag* schreibt auch für Richtlinien die Veröffentlichung im *Amtsblatt der Gemeinschaft* vor. Der Einwand fehlender Veröffentlichung könnte daher der horizontalen Wirkung dieser jüngeren Richtlinien nicht mehr entgegengehalten werden.

66. Aus Gründen der *Rechtssicherheit*, einem Grundrecht des belasteten Bürgers, muß schon jetzt die Öffentlichkeit darauf vorbereitet werden, daß Richtlinien zukünftig horizontale Direktwirkung zuzubilligen ist. Auch aus diesen Gründen sind die vorgenannten Stellungnahmen von Mitgliedern des Gerichtshofes zu begrüßen [56].

67. Zugunsten des belasteten Privaten und gegen die horizontale Wirkung von Richtlinien wird der *Vertrauensschutz* angeführt. Ein schutzwürdiges Vertrauen ist sicherlich in der Weise erkennbar, daß der Private nicht mit zusätzlichen Belastungen zu rechnen braucht, soweit er sich rechtmäßig im Rahmen seiner mitgliedstaatlichen Rechtsordnung bewegt. Andererseits ist nach erfolgter Veröffentlichung einer Richtlinie und dem Verstreichen der Umsetzungsfrist die Belastung vorhersehbar. Ich frage mich, ob das Vertrauen, daß sich der nationale Gesetzgeber gemeinschaftsrechtswidrig verhalten werde, schutzwürdig ist?

68. Gegen die horizontale Wirkung von Richtlinien wird ein Argument angeführt,

51 — Rechtssache C-106/89 (Marleasing, a. a. O.).

52 — Urteil vom 20. September 1990 in der Rechtssache C-192/89 (Sevince, Slg. 1990, I-3461, Randnr. 24).

53 — Der Einwand kann gegenüber der unmittelbaren Anwendbarkeit von Vertragsvorschriften nicht erhoben werden.

54 — So auch als Fußnote zu Artikel 9 der Richtlinie 85/577.

55 — Vgl. Artikel 191 Absatz 2 EWG-Vertrag.

56 — Vgl. im vorigen Nr. 47 und Fußnote 36.

das auf dem *Demokratieprinzip* fußt. Das ohnehin im Rahmen der Gemeinschaftsgesetzgebung beklagte Demokratiedefizit werde verstärkt, wenn die nationalen Parlamente bei der Anwendung von Richtlinien übergangen würden.

69. Was das behauptete Demokratiedefizit anbelangt, möchte ich zum einen bemerken, daß die Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments stufenweise durch die Einheitliche Europäische Akte und den Vertrag von Maastricht verstärkt worden sind. Zum anderen kann meines Erachtens von einem Übergehen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nicht die Rede sein.

70. Der nationale Gesetzgeber hat innerhalb der Umsetzungsfrist alle Freiheiten, die Form und die Mittel zu wählen, um die Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen [57]. Auch nach Ablauf der Durchführungsfrist besteht die Pflicht [58] des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zur Umsetzung weiter und verbleibt ein Spielraum dieser Pflicht in der einen oder anderen Weise nachzukommen, soweit die Richtlinie das zuläßt. Lediglich Richtlinienvorschriften bzw. Schutznormen, die so bestimmt sind, daß sie für ihre Geltendmachung keiner Ausfüllung bedürfen — und insofern auch vom nationalen Gesetzgeber übernommen werden müssen —, würden vorab in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung im Verhältnis der Regelungsadressaten Rechtswirkungen erzeugen. Befürchtungen des Auseinanderklaffens der Rechtslage für den Übergangszeitraum vor der Umsetzung der Richtlinie in mitgliedstaatliches Recht und die Zeit danach halte ich für unberechtigt, da die sich zur horizontalen Anwendbarkeit eignenden Vorschriften auch in den Durchführungsrechtsakt Eingang finden müssen.

71. Der Einwand, die Anerkennung der horizontalen Direktwirkung von Richtlinien würde die Nachlässigkeit der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien erhöhen, überzeugt meines Erachtens nicht, denn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber bleibt für die vollständige Durchführung verantwortlich. Die grundsätzliche Anerkennung der horizontalen Wirkung könnte gegebenenfalls den Mitgliedstaat zu einer fristgerechten Umsetzung anhalten, um der horizontalen Anwendung durch Behörden und Gerichte der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zuvorzukommen. Meines Erachtens halten sich die Argumente um die erzieherische Wirkung der horizontalen Anwendbarkeit die Waage, so daß sie weder für noch gegen sie ins Gewicht fallen.

72. Bevor ich zum Schluß komme, möchte ich noch darauf hinweisen, daß für den Fall der Bejahung horizontaler Wirkungen von Richtlinien entsprechende Konsequenzen

57 — Rechtssache 9/70 (Grad, a. a. O., Randnr. 13).

58 — Urteil vom 6. Mai 1980 in der Rechtssache 102/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 1473, Randnr. 12).

hinsichtlich des *Rechtsschutzes* gezogen werden müßten. So müssen sie ebenso wie Verordnungen und Entscheidungen nach Artikel 173 Absatz 2 anfechtbar sein [59].

73. Im Ergebnis bin ich der Ansicht, daß sich die horizontale Wirkung von Richtlinien für die Vergangenheit aus Gründen der Rechtssicherheit verbietet. Für die Zukunft scheint sie mir jedoch im Interesse der einheitlichen und effizienten Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den bezeichneten Grenzen geboten. Die damit einhergehenden Belastungen für Private scheinen mir vertretbar, da sie nicht über das hinausgehen, was ihnen bei gemeinschaftsrechtsmäßigem Verhalten des Mitgliedstaats zugemutet worden wäre. Das Prozeßrisiko trägt schließlich die Partei, die die unbedingte und hinreichend genaue Richtlinienvorschrift in Anspruch nimmt.

C — Schlußantrag

74. Als Ergebnis meiner vorstehenden Überlegungen schlage ich folgende Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen vor:

1) Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 5 der Richtlinie 85/577/EWG weisen die für ihre unmittelbare Anwendbarkeit erforderliche Genauigkeit auf, soweit ihnen eine Mindestgarantie zum Rücktritt von einem noch nicht durchgeführten Vertrag zu entnehmen ist. Im übrigen läßt die Richtlinie dem Mitgliedstaat an mehreren Stellen einen Spielraum für die Umsetzungen in mitgliedstaatliches Recht.

2) a) Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung kann eine nicht umgesetzte Richtlinie gegenüber dem Staat insofern Wirkungen erzeugen, als alle Träger öffentlicher Gewalt, insbesondere die Gerichte, verpflichtet sind, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen zu treffen.

b) Als Folge von Versäumnissen bei der Durchführung der Richtlinie kann der Mitgliedstaat gegenüber einem von der Richtlinie begünstigten Privaten entschädigungspflichtig sein.

59 — Vgl. meine Schlußanträge vom 29. April 1993 in der Rechtssache C-298/89 (Gibraltar/Rat, Urteil vom 29. Juni 1993, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

3) Auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes kann eine nicht umgesetzte Richtlinie keine unmittelbare Wirkung im Verhältnis zwischen Privaten erlangen. Diese Rechtsprechung sollte aus Gründen der Rechtssicherheit für in der Vergangenheit liegende Fälle aufrecht erhalten werden.

4) Für die Zukunft scheint die Anerkennung der allgemeinen Geltung von genauen und unbedingten Bestimmungen von Richtlinien im Wege der Rechtsfortbildung unter der Geltung des EG-Vertrags im Interesse einer einheitlichen und effizienten Anwendung des Gemeinschaftsrechts notwendig, um die berechtigten Erwartungen zu erfüllen, die die Unionsbürger nach der Verwirklichung des Binnenmarkts und dem Inkrafttreten des Vertrags über die Europäische Union hegen.