

La protection de l'acquéreur dans la vente d'immeuble à construire*

Philippe Malinvaud**

1. En France, plus de la moitié des constructions concerne des immeubles collectifs, divisés par appartements. Ces immeubles sont généralement construits par de grands promoteurs qui sont soit des filiales d'établissements financiers, soit soutenus par des banques.

En pratique, tout promoteur qui lance une opération de construction constitue à cet effet une société spéciale, réunissant plusieurs financiers intéressés par ce programme déterminé, et qui sera dissoute une fois l'immeuble achevé et commercialisé. Cette société, qui est tout à la fois le maître de l'ouvrage et le vendeur, commercialisera les appartements par le contrat de vente d'immeuble à construire. La protection des acquéreurs se situe pour l'essentiel au stade de la commercialisation, par la réglementation du contrat de vente d'immeuble à construire.

A la vérité, le droit français connaît deux types de vente d'immeuble à construire, qui l'une et l'autre datent de la loi du 3 janvier 1967, et qui sont historiquement une création de la pratique. Il s'agit de la vente en état futur d'achèvement et de la vente à terme, qui diffèrent à deux points de vue, la date du transfert de propriété et le paiement du prix.

Pour la vente en état futur d'achèvement, les règles sont les suivantes :

- Il y a transfert de propriété immédiat des droits sur le sol et des constructions existantes lors de la vente, et transfert progressif et automatique des constructions à venir, par le jeu de l'accession.
- Corrélativement, le paiement du prix s'opère au fur et à mesure de l'avancement des travaux, le solde étant payé à la livraison.

Pour la vente à terme, les règles sont inverses :

- Le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'achèvement (et même jusqu'à la constatation de cet achèvement par acte authentique), étant précisé que ce transfert s'opérera rétroactivement au jour de la vente.
- Le paiement du prix s'effectue à la livraison, étant précisé que des dépôts de garantie peuvent être prévus en cours d'exécution.

* Le texte turc de cet article a été publié dans les "Mélanges offerts à Reha Poroy".

** Professeur à l'Université Pantheon-Assas (Paris II).

2. En pratique, la vente à terme, qui est plus protectrice de l'accédant mais dont les coûts financiers sont aussi plus élevés, n'est pas utilisée, sauf par les organismes publics d'Habitations à Loyers Modérés (HLM), et avec des dérogations si importantes qu'elle s'en trouve dénaturée.

Seule la vente en état futur d'achèvement est réellement utilisée, soit pour des immeubles, soit pour des ensembles de maisons individuelles, soit même pour des maisons individuelles isolées lorsque le constructeur procure directement le terrain.

3. La vente en état futur d'achèvement comporte de très nombreuses règles de protection de l'acquéreur. La quasi-totalité des ces règles ne s'appliquent que dans le domaine du logement où, précisément, l'accédant a besoin de protection; on est dans ce secteur protégé lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- La vente envisagée porte sur un local d'habitation, ou professionnel et d'habitation, par opposition aux locaux purement professionnels (commerciaux, industriels ou de bureau).
- L'acquéreur est invité à faire une avance de fonds avant l'achèvement des locaux, si bien qu'il court alors le risque du financement de la construction.

I. LA PROTECTION DE L'ACCEDANT LORS DE LA CONCLUSION DU CONTRAT

A. La protection lors de l'avant contrat

L'avant contrat ne peut être que le "contrat préliminaire" à la vente d'immeuble à construire (art. L.261-15 CCH). En droit français, la terminologie de "contrat préliminaire" est réservée à l'avant contrat dans la vente d'immeuble à construire; pour les autres ventes on parle de promesse de vente, promesse unilatérale le plus souvent, ou synallagmatique.

Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire est réglementé par la loi sur de nombreux points. Par cet avant contrat, le vendeur souscrit l'obligation de "réserver" tels locaux en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué par l'acheteur.

1. Formes

Cet avant contrat n'est pas soumis à des formes particulières, et notamment il n'a pas à être établi par acte notarié. Il n'a pas non plus à être enregistré. Ainsi, en pratique, c'est un acte sous seing privé, qui est prérédigé par le promoteur. Cette liberté est toutefois limitée en ce que le rédacteur doit respecter, à pei-

ne de nullité, diverses règles et notamment faire figurer diverses mentions obligatoires.

De plus, dans un souci de protection du "consommateur" de logement, la loi accorde à l'acquéreur un délai de repentir de 7 jours à compter de la réception de l'avant-contrat, lequel doit lui être adressé par le vendeur par lettre recommandée avec accusé de réception.

2. Mentions obligatoires

Cet avant contrat comporte de nombreuses mentions obligatoires dont le but est d'informer clairement l'acquéreur. C'est ainsi que doivent être indiqués:

- la description du local réservé, et de l'immeuble dans son entier (consistance et qualité),
- les délais d'exécution des travaux (art. L. 261-15, al.2),
- le prix prévisionnel de vente, et ses modalités éventuelles de révision (art. R. 261-15 et 26),
- la date à laquelle le contrat définitif, c'est à dire la vente, pourra être conclu,
- les prêts que le vendeur envisage de procurer à l'acquéreur (art. R. 261-26).
- la reproduction des articles R.261-28 à 31 relatifs au régime du dépôt de garantie, notamment de sa restitution.

3. Dépôt de garantie

En contrepartie de l'obligation de réserver qui pèse sur le vendeur, l'acquéreur a l'obligation de faire un dépôt de garantie à un compte bloqué, qui est indisponible, incessible et insaisissable, dans une banque ou chez un notaire.

Le montant en est réglementé. Il peut être au maximum de 5% du prix prévisionnel si la vente doit être signée à moins d'un an, et de 2% si elle doit être signée à moins de 2 ans; en revanche, il ne peut ni ne doit être fait de dépôt de garantie si la vente doit intervenir au delà de 2 ans. Cette disposition, qui est d'ordre public, est sanctionnée civilement en ce que toute clause contraire est réputée non écrite; elle est également sanctionnée au plan pénal (art. L. 161-17).

Le sort du dépôt de garantie varie suivant que la vente se réalise ou non. En cas de réalisation de la vente, il est imputé sur les premiers versements à faire.

En cas de non réalisation de la vente il faut distinguer suivant la cause de celle-ci; si la vente ne se réalise pas du fait du vendeur, le dépôt est restitué à l'acquéreur; à l'inverse, si la vente ne se réalise pas du fait de l'acquéreur, ce dépôt est acquis au vendeur.

Toutefois, si le contrat définitif manifeste des distorsions trop importantes par rapport à certains éléments stipulés dans le contrat préliminaire, l'acquéreur a la liberté de ne pas conclure la vente, tout en conservant son dépôt de garantie. La loi établit elle-même le niveau de distorsion au delà duquel l'acquéreur peut se retirer de l'opération tout en récupérant son dépôt de garantie. Tel est le cas lorsque :

- le prix de vente est supérieur de 5% au prix prévisionnel, même s'il y a une augmentation corrélative de qualité,
- les prêts prévus au contrat préliminaire ne sont pas obtenus, ou sont inférieurs de 10% à ce prévu,
- un élément d'équipement prévu n'a pas été réalisé,
- il y a une réduction de valeur de plus de 10% dans la consistance ou la qualité des ouvrages.

On observera que, si le vendeur manque à son obligation de réserver, il ne peut pas y être contraint par voie d'exécution forcée. En revanche, il engage sa responsabilité et il peut être condamné à des dommages-intérêts; tel sera le cas si, par exemple, en violation de son engagement il vend à un tiers.

B. La protection lors du contrat lui-même

1. Formes

A la différence du contrat préliminaire, le contrat de vente doit être établi par acte notarié. L'intervention du notaire a pour but d'assurer la régularité de l'acte et de lui permettre de jouer son rôle de conseil, notamment à l'égard de l'accédant (art. L. 261-11, al.2).

2. Mentions obligatoires

Là encore de nombreuses mentions obligatoires sont prescrites à peine de nullité. C'est ainsi que le contrat doit préciser :

- la description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu,
- son prix et ses modalités de paiement, et le cas échéant les clauses de révision,

- le délai de livraison,
- pour les ventes en état futur d'achèvement, la garantie d'achèvement ou de remboursement fournie par le vendeur,
- l'indication des prêts et la condition relative à leur obtention, ou bien renonciation manuscrite au bénéfice des prêts.

La loi prévoit également des annexes obligatoires au contrat, relatives à la consistance de l'immeuble et au local vendu, et à ses caractéristiques techniques. Ces annexes, d'un volume généralement important, sont le plus souvent simplement déposées chez le notaire, où elles pourront être consultées par les acquéreurs qui le désireraient.

Enfin, il est fait obligation au vendeur de communiquer, puis de remettre, à l'acquéreur le règlement de copropriété de l'immeuble dans lequel se trouve le local vendu.

Toutes ces règles sont imposées à peine de nullité, seul l'acquéreur pouvant exercer l'action en nullité, et avant l'achèvement de l'immeuble.

3. La condition suspensive de l'obtention des prêts

C'est là un élément de protection très important de l'accédant, qui très souvent recourra à des prêts. Cette protection, qui existait à l'origine dans la loi du 3 janvier 1967, a été réformée et généralisée par la loi du 13 juillet 1979 sur la protection en matière de crédit immobilier.

Elle ne vise que les prêts accordés par des professionnels à un acquéreur personne privée (ou les prêts au vendeur transférables à l'acquéreur) et elle impose des règles très strictes au notaire rédacteur de l'acte. Ces règles sont les suivantes :

- S'il est mentionné qu'il est recouru à de tels prêts, le contrat doit être conclu sous la condition suspensive de l'obtention des prêts; si le prêt n'est pas accordé dans le délai d'un mois (ou tout autre délai choisi par les parties), la vente est caduque.
- S'il est mentionné qu'il n'est pas recouru à de tels prêts, cela doit faire l'objet d'une mention manuscrite de l'acquéreur reconnaissant avoir été informé que, s'il recourt néanmoins à un prêt, la loi de 1979 ne sera pas applicable; à défaut de cette mention manuscrite, la condition suspensive est réputée inscrite.
- Si rien n'est mentionné, la condition suspensive est également réputée inscrite.

II. LA PROTECTION DE L'ACCEDANT DANS L'EXECUTION DU CONTRAT

L'exécution du contrat doit intervenir dans le délai précisé au contrat, délai qui doit être indiqué à peine de nullité (art. L. 261.11 CCH.).

Le non respect de ce délai n'est pas réglementé spécialement par la loi. Il relève donc du droit commun, c'est à dire de l'article 1184 du code civil qui permet à l'acquéreur de demander soit l'exécution forcée, soit la résolution du contrat. En pratique, la question est toujours réglée par le contrat lui-même sous la forme de pénalités de retard.

Outre cela, la loi confère à l'acquéreur des garanties spécifiques sur deux plans différents, les unes de caractère financier, les autres pour les vices et défauts de conformité du bien immobilier acquis.

A. Les garanties de caractère financier

Au plan financier, la protection de l'accédant repose fondamentalement sur deux séries de règles, les unes qui réglementent de manière limitative les obligations financières de l'acquéreur, les autres qui imposent au vendeur en état futur d'achèvement la fourniture d'une garantie d'achèvement ou de remboursement.

1. Les règles relatives aux obligations financières de l'acquéreur

a) La règle de l'échelonnement des paiements

1. **Le principe** en est posé dans l'article 1601-3 du code civil pour la vente en état futur d'achèvement : "..., l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux".

C'est là une règle essentielle pour l'acquéreur qui, grâce à cet échelonnement des paiements, devrait avoir à tout moment l'exacte contrepartie, ou presque, des sommes qu'il a avancées pour assurer le financement de la construction. Il se trouve ainsi protégé contre le risque de faillite de son vendeur puisque, à la différence des créanciers ordinaires, il devient propriétaire de la construction au fur et à mesure de son exécution.

La jurisprudence oblige au respect de cette règle même en cas de rénovation d'un immeuble ancien, qui est assimilée à une opération de construction lorsqu'elle revêt une certaine importance (Crim. 23 Octobre 1978, JCP. 1979 ed.NI..II.45 et note Stemmer).

2. **Les modalités** d'application de la règle ont été précisées par le décret d'application de la loi; elles se trouvent aujourd'hui dans l'article R. 261-14 CCH. Suivant cet article, les paiements ne peuvent excéder au total :

- 35 % du prix à l'achèvement des fondations,
- 70% à la mise hors d'eau,
- 95% à l'achèvement,
- le solde à la livraison, étant précisé que ces 5% peuvent être consignés en cas de contestation sur la conformité.

Condamnant une pratique qui s'était instaurée, la Cour de cassation a jugé qu'il était contraire à la loi d'introduire dans un contrat des paiements intermédiaires entre ceux prévus par les textes, car ce serait accélérer les paiements par rapport à la grille normale.

L'achèvement au sens de ce texte, correspondant au paiement de 95% du prix, est un achèvement relatif, qui doit être compris en ce sens que l'immeuble, en dépit de certains défauts de conformité ou de vices non substantiels, est apte à remplir sa destination.

Ainsi, grâce à cette règle, l'acquéreur a l'assurance de ne payer à son vendeur que les montants correspondants, ou presque, à ce qui a été effectivement construit. Il s'ensuit que, si le vendeur tombe en faillite avant d'avoir mené la construction à son terme, l'acquéreur a de bonnes chances de pouvoir faire achever la construction avec le montant des sommes restant dues. Ces chances se trouvent d'ailleurs sérieusement confortées par la garantie d'achèvement imposée par la loi au vendeur (voir infra 2).

3. Les sanctions : Cette obligation, étant fondamentale pour la protection de l'acquéreur, est sanctionnée civilement et pénalement.

Civilement, toute clause contraire est réputée non écrite.

Pénalement la peine est la prison de 2 mois à 2 ans et/ou une amende de 2.000 à 60.000 F. L'infraction est conçue et interprétée de manière très large, elle s'applique à toute personne qui aura exigé ou accepté un versement en violation des articles L. 261-12 et L. 261-15 CCH. La condamnation est automatiquement assortie d'une interdiction d'exercice de la profession de promoteur, qui est tout autant dissuasive que la peine elle-même.

b) La réglementation des clauses d'indexation

Les clauses d'indexation sont permises, mais de manière limitative. Depuis une loi du 13 juillet 1984, on ne peut plus utiliser qu'un seul indice, le BT 01, qui est un indice national du bâtiment tous corps d'état mesurant l'évolution du coût des facteurs de production dans le bâtiment et publié par le ministre chargé de la construction et de l'habitation. En cas d'indexation il faudra prendre comme base le dernier indice publié lors de la signature du contrat.

En outre, pour tenir compte d'un certain nombre de frais fixes pour lesquels l'indexation serait injustifiée, la loi limite le jeu de l'indice à 70%.

c) La réglementation des sanctions en cas de défaut ou retard de paiement

La loi limite la liberté des conventions sur deux points, pour protéger l'acquéreur contre sa propre inexécution.

D'une part, s'il est permis d'insérer une clause de résolution de plein droit, le jeu de celle-ci est réglementé de manière restrictive. Ainsi l'effet résolutoire est reporté 1 mois après sommation de payer, et l'acquéreur peut pendant ce délai demander au juge des délais de grâce qui peuvent aller jusqu'à 2 ans.

D'autre part, s'il est également permis de stipuler des pénalités en cas de retard de paiement du prix, le montant en est limité à 1% par mois. Ce chiffre apparaissait très faible en 1967, date de promulgation de la loi, car l'inflation en France était alors d'un montant supérieur. Tel n'est plus le cas aujourd'hui où l'inflation se situe autour de 2% l'an et où les taux d'intérêt ont très sensiblement baissé; ainsi, ce qui était un avantage à l'époque est effectivement devenu une véritable pénalité de retard.

2. Les garanties d'achèvement ou de remboursement à fournir par le vendeur

Ces garanties sont obligatoires en cas de vente en état futur d'achèvement, et elles constituent alors un élément fondamental de la protection de l'acquéreur qui, en avançant des fonds, participe au financement de l'opération de construction. Elles ont principalement pour objet de protéger l'acquéreur contre les risques de faillite du promoteur constructeur. Elles vont donc jouer même, et surtout, en cas de faillite du promoteur.

La loi prévoit la possibilité d'un choix entre garantie d'achèvement de l'immeuble, et garantie de remboursement des versements effectués; elle prévoit même la possibilité de substituer l'une à l'autre en cours d'opération. En effet, au plan financier, il est moins coûteux de stipuler au départ une garantie de remboursement car les sommes versées sont faibles, cependant que plus on se rapproche de la fin de l'opération, moins il sera onéreux d'en garantir l'achèvement.

A l'origine, en 1961, un premier projet de loi prévoyait seulement une garantie bancaire, et il a précisément échoué sur ce point par suite de l'hostilité des banques qui ne voulaient pas être obligées de garantir tous les promoteurs immobiliers. Ceci explique qu'en 1967 la loi ait prévu deux possibilités, la garantie bancaire, dite encore extrinsèque, et la garantie intrinsèque qui permet de satisfaire à l'exigence de la loi.

En pratique, seule la garantie bancaire est une véritable garantie, qui peut jouer tant pour l'achèvement que pour le remboursement. La garantie intrinsèque, qui tient à ce que l'opération parait en bonne voie, n'est pas une véritable garantie au sens juridique, mais une simple garantie morale qui dispense le vendeur d'avoir à fournir une garantie bancaire.

Le choix appartient en fait au vendeur qui, étant le plus souvent en position de force, est libre de proposer aux acquéreurs la garantie de son choix; compte tenu du coût de la garantie bancaire, il préférera ne fournir qu'une garantie intrinsèque chaque fois que ce sera possible.

a) La garantie bancaire (ou extrinsèque)

A l'origine cette garantie ne pouvait émaner que d'une banque ou d'un établissement financier habilité à faire des opérations de crédit immobilier. La loi a ensuite ajouté les sociétés d'assurance ou de caution mutuelle qui peuvent fournir certains types de garantie (cautionnement) et qui sont moins coûteuses.

La garantie est limitée dans le temps à l'achèvement des travaux (art. R. 261-24 CCH); en revanche, dans cette limite de temps, elle s'applique même en cas de faillite du vendeur, car c'est là où précisément elle présente son véritable intérêt.

1° La garantie d'achèvement

En fait l'obligation du garant n'est pas d'achever matériellement l'immeuble, mais de fournir les fonds nécessaires à cet achèvement. La garantie peut intervenir sous deux formes :

- Soit ouverture de crédit faite au vendeur (art. R. 261-21 a), laquelle emporte obligation du banquier d'avancer au vendeur ou de payer pour son compte les sommes nécessaires à l'achèvement, si bien que l'obligation est indéterminée dans son montant; bien que tiers au contrat, l'acheteur se voit reconnaître par la loi la possibilité d'en exiger l'exécution.
- Soit cautionnement solidaire à l'égard de l'acheteur de payer les sommes nécessaires (art. R. 261-21 b), ce qui permet l'intervention des sociétés d'assurance et de caution mutuelle, lesquelles ne peuvent pratiquer des ouvertures de crédit. Ici, l'opération est à trois personnages.

2° La garantie de remboursement

Cette garantie ne peut revêtir qu'une seule forme, celle d'un cautionnement solidaire de rembourser les acomptes déjà versés par l'acheteur, à l'exclusion de tous dommages-intérêts et pénalités.

La garantie bancaire de remboursement n'a été prévue par la loi que pour le seul cas de résolution de la vente pour défaut d'achèvement; compte tenu de

cet objet limité, elle est assez peu pratiquée car elle est commercialement moins "vendable" que la garantie d'achèvement.

Le coût de ces deux garanties variant de manière inverse à proportion de l'avancement des travaux, la loi permet de substituer l'une à l'autre en cours d'opération, sous réserve d'avoir stipulé cette faculté dans le contrat et de le notifier à l'acquéreur.

La garantie bancaire est de loin la plus sûre. Elle présente en outre l'avantage d'amener les banques à exercer sur le promoteur un contrôle du suivi de l'opération de construction, afin d'éviter dans la mesure du possible les sinistres. Le seul grief qu'on puisse lui faire est son coût.

b) La garantie intrinsèque

Suivant les termes mêmes de la loi, la garantie intrinsèque "résulte de conditions propres à l'opération" qui laissent penser que l'opération devrait être menée à bonne fin sans problème. C'est donc une garantie purement morale, portant seulement sur l'achèvement probable, non sur le remboursement des acomptes versés.

En fait, c'est purement et simplement une dispense de garantie bancaire lorsqu'on se trouve dans certaines circonstances. Ces circonstances peuvent tenir à la qualité particulière du promoteur (ler cas), ou à un certain rapport entre l'avancement des travaux et leur financement.

1° Vente par un organisme d'HLM ou une SEM (Société d'Economie Mixte) dont 35% du capital social est détenu par une collectivité publique (art. R.261-19 b et c).

On voit clairement que la garantie tient ici à la personnalité du vendeur, et au contrôle exercé par la collectivité publique sur ces organismes.

2° L'immeuble est mis hors d'eau et n'est grevé d'aucun privilège ou hypothèque (art. R. 261-18 a)

Cela signifie en pratique que le promoteur a pu mener la construction jusqu'à ce stade avancé soit avec des fonds propres, soit avec des crédits bancaires ordinaires, non assortis de garanties; auquel cas l'opération paraît saine.

Ces conditions sont à apprécier lors de chaque vente, si bien qu'elles peuvent être remplies pour certaines ventes, à une certaine époque, et pas pour d'autres.

3° Les fondations sont achevées et le financement de l'immeuble est assuré à 75% (art. R. 261-18 b).

Ce financement doit être assuré à 75%, indifféremment :

- par les fonds propres du vendeur (c'est à dire sa trésorerie et les dépenses déjà faites),
- par les crédits confirmés, déduction faite des prêts transférables aux acquéreurs des logements déjà vendus,
- par le montant total du prix des ventes déjà conclues (d'où la pratique des ventes sous condition suspensive du financement, ce qui peut donner lieu à des fraudes), même si une partie seulement de ce prix a déjà été versé.

Ce montant de 75% est réduit à 60% si les fonds propres représentent 30% du financement, ce qui est rare, la norme étant plus entre 10 et 20 %.

Les justificatifs du financement doivent être fournis par des attestations émanant,

- du notaire, pour ce qui est du montant des ventes déjà conclues,
- de la banque pour ce qui est des crédits confirmés et des fonds propres,
- de l'architecte de l'opération pour ce qui est de l'état d'avancement de la construction.

4° Garantie spécifique aux maisons individuelles

La loi a également prévu une garantie intrinsèque spécifique pour le cas où la vente d'immeuble à construire porte sur une maison individuelle. L'hypothèse est assez fréquente et elle concerne le plus souvent des ensembles de maisons individuelles constituant en quelque sorte un village. Ici, le risque de faillite du promoteur est moindre que pour les immeubles collectifs puisque, en pratique, ce promoteur n'entreprend la construction que des seules maisons déjà vendues. La loi considère qu'il y a garantie intrinsèque si deux conditions sont réunies (art. R. 261-19 a) :

- les fondations sont achevées,
- la grille d'échelonnement des paiements prévue par le contrat est moins exigeante que la norme, à savoir 20% à l'achèvement des fondations (au lieu de 35%), 45% à la mise hors d'eau (au lieu de 70%), 85% à l'achèvement (au lieu de 95%), et le solde à la livraison.

La garantie résulte ici de cette grille de paiement qui, en cas de faillite du promoteur, donne une assurance raisonnable que la maison pourra être achevée par un autre constructeur sans dépassement de prix.

Lorsque la maison fait partie d'un ensemble de plus de vingt maisons, une garantie supplémentaire est exigée pour la réalisation des équipements communs nécessaires.

En pratique, ce système de garantie d'achèvement ou de remboursement fonctionne assez bien; il n'a pas donné lieu à des sinistres ou à des scandales notables. Cela mérite d'autant plus d'être relevé que la France vient de connaître une très grave crise dans l'immobilier et qu'un nombre important de promoteurs ont disparu à la suite de diverses restructurations. Finalement, le système a tenu parce que les banques françaises étaient très impliquées et qu'elles ont repris à leur compte un grand nombre d'opérations immobilières. En toute hypothèse, à ce jour, les acquéreurs de logement n'ont pas eu à souffrir des conséquences de cette crise.

A ce titre, et sous réserve des inévitables difficultés de transposition dans un autre pays, ce régime de protection peut être considéré comme un assez bon exemple.

B. La garantie des vices et des défauts de conformité

1. La garantie des vices

La loi du 3 janvier 1967, qui a instauré la vente d'immeuble à construire, a institué des règles spécifiques, dérogatoires au droit commun, en ce qui concerne la garantie des vices. Elle a mis en place un système de garantie des vices apparents, laquelle n'existe pas en droit commun, et un système de garantie des vices cachés calqué sur celui dû par les constructeurs.

a) La garantie des vices apparents (art. 1642-1)

En droit commun il n'y a pas de garantie des vices apparents. Bien au contraire, l'article 1642 du code civil édicte que "le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même". Ce texte est inspiré par l'idée qu'un acquéreur ne saurait se plaindre, a posteriori, de vices apparents qu'il a implicitement acceptés en contractant.

La situation se présente en termes différents en matière de vente d'immeuble à construire puisque lors de la vente, l'immeuble n'est pas encore construit; dès lors, les acquéreurs ne sont pas en mesure de connaître les vices apparents puisque ceux-ci n'apparaîtront qu'une fois l'immeuble construit et livré. Il fallait donc organiser une garantie de ces vices qui seront constatés lors de la livraison, par opposition à ceux qui n'apparaîtront que plus tard, au cours de la vie de l'immeuble.

De l'article 1642-1, il résulte que le vice soumis à ce régime particulier de garantie est celui apparent,

- soit lors de la réception des travaux, avec ou sans réserves, entre l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage,
- soit un mois après la prise de possession par l'acquéreur.

Une décharge de cette garantie est possible, mais seulement après les deux dates ci-dessus.

Quant au régime de la garantie, il consiste à conférer à l'acquéreur une action en résolution de la vente ou en diminution du prix, action que le vendeur peut arrêter en s'engageant à réparer le vice. Cette action se prescrit un an après l'expiration des dates ci-dessus.

La loi édicte également une règle spécifique pour la conformité aux exigences réglementaires minimales en matière d'isolation phonique; il s'agit d'une garantie de un an accordée au premier occupant à compter de sa prise de possession (art. L. 111-11 CCH).

b) La garantie des vices cachés

La loi de 1967 a calqué la garantie des vices cachés due par le vendeur d'immeuble à construire sur celle due par les architectes et entrepreneurs; ainsi la responsabilité est la même tout au long de la chaîne de production et de commercialisation de l'immeuble, et le vendeur condamné à l'encontre de l'acquéreur pourra toujours exercer son recours contre les constructeurs.

Renvoyant aux articles 1792 et suivants du code civil relatifs à la responsabilité des constructeurs, l'article 1646-1 édicte à la charge du vendeur une responsabilité de plein droit en cas de dommages aux ouvrages ou aux éléments d'équipement. Plus précisément, l'acquéreur bénéficie d'une garantie de dix ans pour les ouvrages et les éléments d'équipement indissociables, et d'une garantie de deux ans pour les éléments d'équipement dissociables.

Bénéficiaire de cette garantie non seulement l'acquéreur, mais aussi tous les propriétaires successifs de l'immeuble, ou de l'appartement, dès l'instant qu'on est dans le délai de deux ans ou de dix ans indiqué ci-dessus.

Cette garantie des vices, tant apparents que cachés, est une garantie d'ordre public qui exclut toute clause contraire, même de limitation de responsabilité (art. L. 261-16 CCH).

En pratique la mise en oeuvre de cette garantie soulève moins de difficultés aujourd'hui que jadis. En effet, depuis la loi de 1978, les vendeurs, en leur qualité de maître de l'ouvrage, sont obligés de contracter une assurance dommages-ouvrage qui couvre précisément ce risque. Le bénéfice de cette assurance passe aux acquéreurs qui peuvent ainsi financer les travaux de réparation en même temps qu'ils exercent l'action en responsabilité contre les architectes et

entrepreneurs qui sont eux-mêmes astreints à une obligation d'assurance de responsabilité.

2. La garantie des défauts de conformité

L'ouvrage doit être livré tel qu'il était convenu dans le contrat, ou même dans les documents publicitaires si on peut admettre qu'ils sont entrés dans le champ contractuel.

A défaut, l'acquéreur peut d'abord refuser de payer le solde du prix (5%) ou le consigner contre remise des clés. Mais ce n'est qu'une solution d'attente.

Au delà l'acquéreur peut recourir au droit commun de l'article 1184 du code civil, c'est à dire choisir entre la résolution du contrat et l'exécution forcée "si elle est possible"; la jurisprudence y procède même lorsqu'elle est très onéreuse et va jusqu'à condamner à la démolition et à la reconstruction (Civ. 3ème 5 décembre 1979, JCP. 1981, II. 19605 et note Steinmetz).

Conclusion

Telles sont, brièvement exposées, les règles qui assurent la protection de l'acquéreur dans la vente d'immeuble à construire.

Elles n'ont donné lieu qu'à un contentieux très limité, si bien qu'on peut considérer que la loi est à la fois satisfaisante et claire. Elle réalise un juste équilibre des intérêts en présence et, à ce titre, peut être considérée comme un bon modèle pour les pays qui voudraient se doter d'une législation sur la vente d'immeuble à construire.

Die Richtlinie : Ein "wirkungsvolles" Rechtsetzungsinstrument des Gemeinschaftsrechts

Bertil Emrah Oder*

A. Einleitung

Die Rechtsnatur der Richtlinie, die "als das zur Zeit wichtigste Instrument und Gradmesser der europäischen Rechtsetzungskultur"¹ bezeichnet worden ist, ist ein noch immer häufig diskutiertes Thema des Gemeinschaftsrechts, das in einer relativ jungen Rechtsache von dem vorlegenden nationalen Gericht mit der folgenden Feststellung gekennzeichnet war : "Die einzige Gewißheit ist die Ungewißheit der Wirkungen der Richtlinie"². Inwieweit ist diese Feststellung zutreffend? Die nachfolgende Darstellung zielt auf diese Frage, um den heutigen Stand des Richtlinienrechts der Gemeinschaft aufzuzeigen.

B. Die Richtlinie als einer der Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane

Die Richtlinie ist einer der Rechtsakte (Art. 189 Abs. 3 EGV), die dem Rat (bzw. Rat und EP gemeinsam) und der Kommission (Art. 189 b) in ihrer nach außen gerichteten Tätigkeit zur Verfügung stehen. Sie kann sich an alle oder einzelne Mitgliedstaaten richten, für die sie hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist. Jedoch überläßt sie die Wahl der Form und Mittel ihren innerstaatlichen Stellen. Die Gemeinschaftsorgane erlassen Richtlinien nicht nur, wo es um Rechtsangleichungen (Art. 100 ff. EGV) geht, sondern - anstelle von Verordnungen - auch bei der Ausübung der allgemeinen Gemeinschaftskompetenzen wie z.B. in Art. 43, 75 und 87 EGV³. Für die an alle Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinien⁴, die nach dem Inkrafttreten des Maastricht-Vertrags am 1.11.1993 verabschiedet worden sind und werden, schreibt Art. 191 EGV die Veröffentlichung im Amtsblatt der Gemeinschaft vor. Diese Vorschrift

* Assistentin am Lehrstuhl für Verfassungsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Istanbul.

1 Hilf, M., Die Richtlinie der EG-ohne Richtung, ohne Linie?, EuR 1993, S. 1.

2 Zitiert vom GA Lenz in Rs. 91/92, Dori, 1994, 3325 (3329).

3 Siehe dazu Oppermann, T., Europarecht, 1990, München, Rdnr. 457; Daig, H.W./Schmidt, G., Art. 189 in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 1990, Baden-Baden, Rdnr. 35.

4 Vgl. Art 191 Abs. 2: Die anderen Richtlinien (...) werden denjenigen, für die sie bestimmt sind, bekanntgegeben und werden durch diese Bekanntgabe wirksam.

stellt eine bedeutende Entwicklung hinsichtlich der konstitutiven Wirkung der Veröffentlichung dar. Die vor dem Inkrafttreten des Maastricht-Vertrags bestehende Praxis, Richtlinien im Amtsblatt der Gemeinschaft als nicht veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte zu veröffentlichen, deutet auf eine nur deklatorische Wirkung der Veröffentlichung hin; die Richtlinien wurden erst durch die Bekanntgabe an die Mitgliedstaaten wirksam.

Der Richtlinie entspricht keine Rechtsform in den nationalen Rechtsordnungen⁵. Sie ist im Gegensatz zur Verordnung als zweistufiger Rechtsakt konzipiert⁶. Sie enthält erstens einen Umsetzungsbefehl und zweitens ein Umsetzungsprogramm⁷. Der Umsetzungsbefehl richtet sich an den Mitgliedstaat und, "wenn eine Richtlinie ordnungsgemäß durchgeführt ist, treffen ihre Wirkungen den einzelnen auf dem Wege über die von dem betreffenden Mitgliedstaat ergriffenen Durchführungsmaßnahmen"⁸. Der in der Richtlinie enthaltene Umsetzungsbefehl ist unmittelbar geltendes Recht, d.h. wegen der Verbindlichkeit der Zielvorgabe bedarf der Umsetzungsbefehl selbst nicht der Umsetzung in nationales Recht⁹. Eine Richtlinie erzeugt "indirekte"¹⁰ gemeinschaftliche Wirkungen innerhalb der nationalen Rechtsbereiche grundsätzlich nur über die Tätigkeit des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers. Deshalb ist das Umsetzungsprogramm einer Richtlinie bereits mit Ablauf der Umsetzungsfrist innerstaatlich unmittelbar anzuwenden. Im Hintergrund der erheblichen Bedeutung der Richtlinie unter den anderen gemeinschaftlichen Rechtsakten liegt der bislang noch nicht überwundene Widerspruch zwischen Harmonisierungsbestreben bzw. Integrationsziel und mitgliedstaatlichem Souveränitätsanspruch¹¹. Damit stellt sich die Richtlinie als ein bedeutsamer Rechtsakt dar, um die Auswirkungen der Eigenschaften des Gemeinschaftsrechts aufzuzeigen.

C. Umsetzung von Richtlinien

Der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten zur Wahl der Form und

5 Seibert, T.J./Stotz, R., Schlagwort: Richtlinien in von Borries (Hrsg.), *Europarecht von A-Z*, 1993, München, S. 486; Daig/Schmidt, Rdnr. 35; zur Ähnlichkeit zum Rahmengesetz im deutschen Bundesstaat und zur französischen "Loi Cadre" vgl. Oppermann, T., Rdnr. 456.

6 Siehe z.B. Scherzberg, A., Die innerstaatlichen Wirkungen von EG-Richtlinien, *Jura* 1993, S. 225; Classen, C.D., Zur Bedeutung von EWG-Richtlinien für Privatpersonen, *EuZW* 1993, S. 83; Haneklaus, W., Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner? *DVBl.* 1993, S. 129 (130 u. 133); Oppermann, T., Rdnr. 465.

7 Scherzberg, A., S. 225; andere Terminologie z.B. bei Haneklaus (S. 129 (133)): "Umsetzungspflicht" u. "umzusetzende Pflicht".

8 Rs. 207/81, *Felicitas*, 1982, 2771 (2786).

9 GA Lenz in 91/92, 1984, 3325(3342); vgl. Pipkorn, J. in Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil (Hrsg.), *Die Europäische Gemeinschaft-Rechtsordnung und Politik*, 4. Auflage, Baden-Baden, 1993, S. 196; Klein, E., Objektive Wirkungen von Richtlinien, *FS Ulrich Everling*, Band I, Baden-Baden, 1995, S. 641 (643).

10 Oppermann, T., Rdnr. 465.

11 Haneklaus, W., S. 129 (130).

Mittel kann als prozessual, d.h. "procedural discretion", angesehen werden¹². Erstens enthalten die Richtlinien häufig detaillierte Regelungen, die den Mitgliedstaaten keinerlei Umsetzungsspielraum mehr lassen. Die Pflicht der vollständigen Umsetzung reduziert sich mehr oder weniger auf ein "Abschreiben" des Inhalts der Richtlinie¹³. Zweitens zwingt die Rechtsprechung des EuGH die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Umsetzungsmodus, der den Entscheidungsspielraum des nationalen Normgebers noch weiter einengt¹⁴. Deshalb ist übereinstimmend mit GA Jabobs¹⁵ anzunehmen, daß die den Mitgliedstaaten überlassene "Wahl der Form und der Mittel" oft illusorisch ist¹⁶.

Nach der Rechtsprechung des EuGH läßt die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Durchführung der Richtlinie die Verpflichtung der einzelnen Mitgliedstaaten unberührt, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten¹⁷. Die Mindestgarantie, die der EuGH unter besonderen Umständen, d.h. zur Erfüllung der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung, den einzelnen zuerkannt hat, kann nicht rechtfertigen, daß die Mitgliedstaaten versäumen, rechtzeitig zur Erreichung des Zieles der jeweiligen Richtlinie geeignete Durchführungsmaßnahmen zu ergreifen¹⁸. Im übrigen sollen die Mitgliedstaaten ihrer Verpflichtung zur rechtzeitigen Umsetzung nachkommen, selbst wenn die Gemeinschaftsorgane Richtlinien ändern¹⁹.

Solange die Richtlinie besteht, bleibt der Umsetzungsbefehl erhalten, auch wenn die nationale Gesetzgebung ihrer Umsetzungspflicht nachgekommen hat²⁰. Das begründet die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Durchführungsmaßnahmen immer in einem der Richtlinie konformen Sinn auszulegen, damit die einheitliche und zielmäßige Anwendung des Gemeinschaftsrechts sichergestellt wird. Falls die Ziele der Richtlinie durch das nationale Recht nicht gesichert werden, gilt die Richtlinie als Maßstabnorm für die Rechtmäßigkeit des nationalen Rechts. Weil die Richtlinie auch nach der Umsetzung im Hintergrund bleibt, kann jederzeit ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet werden.

12 Lasok, D./Bridge, J.W., *Law and Institutions of the European Communities*, 1987, London, S. 120; Vgl. Toth, A.G., *Legal Protection of Individuals in the European Community*, Vol I, 1978, Oxford, S. 62.

13 Oppermann, T., Rdnr. 461.

14 Langenfeld, C., *Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien*, DÖV 1992, s. 955.

15 316/93, Vaneetfeld, 1994, S. 763 (774).

16 Hier bleibt die Frage offen, inwieweit die Richtlinie als ein europäisches Rahmengesetz angesehen werden kann.

17 Rs. 14/83, von Colson und Kamann, 1984, 1891.

18 Rs. 102/79, Belgien, 1980, 1473 (1486). Durch dieses Versäumnisverbot bleibt auch der Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien erhalten.

19 Rs. 182/94, Italien, 1995, 1465 (1472).

20 Klein, E., S. 641 (643); Hilf, M. S. 1 (15).

Insgesamt wirkt eine Richtlinie von ihrem Erlaß bis zu ihrer Aufhebung auf die nationale Rechtsordnung. Angesichts der Zweistufigkeit der Richtlinie entzieht ihre Aufhebung keinesweges den Durchführungsmaßnahmen ihre normative Basis²¹.

Bei der Umsetzung einer Richtlinie ist es nicht erforderlich, die Richtlinienbestimmung förmlich und wörtlich in eine ausdrückliche, besondere nationale Vorschrift zu übernehmen²². Artikel 189 Abs. 3 EGV läßt erkennen, daß die Umsetzung einer Richtlinie nicht notwendigerweise in jedem Mitgliedstaat ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt²³. Ein allgemeiner rechtlicher Kontext, der die vollständige Anwendung der Richtlinie hinreichend klar und bestimmt gewährleistet, kann als ausreichend angesehen werden²⁴. Dennoch ist es auch wichtig, daß die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und diese vor den nationalen Gerichten geltend zu machen²⁵. In den Fällen, in denen die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates die durch die Richtlinie erforderten Maßnahmen schon bereithält²⁶, deutet der Umsetzungsbefehl an, daß der Mitgliedstaat sich verpflichtet, an der bereits vorliegenden nationalen Regelung festzuhalten.

Bei den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Umsetzung sind die folgenden Punkte mit Nachdruck hervorzuheben :

- Bloße Verwaltungspraktiken, die die Verwaltung naturgemäß ändern kann und die nur unzureichend bekannt sind, sind keine rechtswirksame Erfüllung der Verpflichtung²⁷. Dagegen ist die Umsetzung durch eine gesetzliche Vorschrift erfüllt, wenn die Umsetzung durch eine gesetzliche Vorschrift erfolgt, aufgrund derer amtlich bekanntgemachte Verwaltungsvorschriften erlassen werden, die allgemeine Geltung haben und Rechte und Pflichten der einzelnen begründen können²⁸.

- Der Grundsatz der Rechtssicherheit zwingt die betroffenen Mitgliedstaaten auf jeden Fall, Rechts- oder Verwaltungsvorschriften zu erlassen, um eine ordnungsgemäße Umsetzung der Richtlinie sicherzustellen. Das Nichtbestehen einer mit der Richtlinie unvereinbaren Praxis in einem Mitgliedstaat vermag den betroffenen Mitgliedstaat nicht von seiner Umsetzungsverpflichtung zu entbinden²⁹. Die in der Richtlinie niedergelegten Verbote müssen sich aus normativen Bestimmungen ergeben.

21 Klein, E., S. 641 (643).

22 Rs. 252/85, Frankreich, 1988, 2243.

23 Rs. 29/84, Deutschland, 1985, 1661.

24 Rs. 252/85, 1988, 2243; Rs. 339/87, Niederlande, 1990, 851 (880).

25 Rs. 29/84, 1985, 166; Rs. 365/93, Griechenland, 1995, 499 (508).

26 Vgl. Rs. 334/92, Miret, Urt. v. 16.12.1993, NJW 1994, S. 921.

27 Rs. 429/85, Italien, 1988, 843; Rs. 102/79, 1980, 1473 (1486); Rs. 339/87, 1990, 851 (886); 109/94, 207/94 u. 225/94 Griechenland, 1995, 1791 (1801).

28 Rs. 339/87, 1990, 851 (881).

29 Rs. 339/87, 1990, 851 (884).

- Praktische, administrative oder finanzielle Schwierigkeiten oder Bestimmungen einzelstaatlichen Rechts, auch wenn sie Verfassungsvorrang haben, können nicht als Rechtfertigung für die Nichteinhaltung der in der Richtlinien vorgesehenen Verpflichtungen und Fristen gelten³⁰. Weder der gegenwärtige Durchlauf der Durchführungsmaßnahmen beim parlamentarischen Verfahren³¹ noch die vorliegende Ausarbeitung darüber gilt als rechtmäßige Umsetzung³². Die Tatsache, daß beim Ablauf der Frist das den Gesetzentwurf für die Umsetzung der Richtlinie behandelnde Parlament aufgelöst wurde und dadurch der genannte Gesetzentwurf unwirksam wurde, rechtfertigt die Nichteinhaltung der Umsetzungspflicht nicht³³.

D. Sanktionen bei Umsetzungsdefiziten

Der Sanktionsmechanismus gegen den Mitgliedstaat, der eine Richtlinie verspätet, unzureichend oder gar nicht umgesetzt hat, ist das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 oder 170 EGV, das entscheidende Schwächen enthält. Erstens kann das Vertragsverletzungsverfahren nur auf Antrag der Kommission oder eines anderen Vertragsstaates eingeleitet werden. Zweitens kann dieser Mechanismus nicht zu einer Modifizierung des beanstandeten Rechtszustandes durch gestaltendes Urteil im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben führen³⁴. Drittens ist das Urteil des EuGH als eine Feststellung seinem Inhalt nach nicht vollstreckungsfähig, d.h. die Vertragsverletzung hat der betroffene Mitgliedstaat von sich aus zu beenden³⁵. Im Falle der Nichteinhaltung des EuGH-Urteils soll gegen den Mitgliedstaat ein neues Vertragsverletzungsverfahren, in dem ein Verstoß gegen Art. 171 EGV gerügt wird, eingeleitet werden³⁶. Der durch Maastricht-Vertrag angeführte Absatz 2 Satz 4 des Art. 171 EGV sieht die Möglichkeit vor, gegen einen Mitgliedsaat ein Zwangsgeld zu verhängen, der seinen sich aus einem Urteil ergebenden Handlungspflichten nicht nachkommt. Aber diese Lösung erscheint bedenklich, weil der diese Möglichkeit ausdrücklich ausschließende Art. 192 EGV nicht geändert wurde³⁷. Deshalb kann die unmittelbare Wirkung der Richtlinie, die verhindert, daß der

30 Rs. 102/79, 1980, 1473 (1486); Rs. 42/89, Belgien, 1990, 2821 (2841).

31 Rs. 93/94, Niederlande, 1995, 77 (82).

32 Rs. 66/94, Belgien, 1995, 149 (154).

33 Rs. 147/94, Spanien, 1995, 1015 (1020).

34 Haneklaus, W., S. 129 (131).

35 Chwolik-Lanfermann, E., Grundrechtsschutz in der EU, 1994, Frankfurt am Main/Berlin u.a., S. 176.

36 Vgl. Hilf, M., S. 1 (17); er notiert, daß die Kommission den EuGH wiederholt zum zweiten Male hat angerufen müssen: "Dies hat dazu geführt, daß gegen Italien bereits dreimal und gegen Belgien zweimal ein Zweiturteil ergehen mußte."

37 Vgl. Hobe, S., Die Zentralelemente der Europäischen Union nach dem Maastricht Vertrag, JA 1993, S. 229 (233); Chwolik-Lanfermann (S. 176) ist der Ansicht daß auf Art. 171 Abs. 2 Satz 4 nicht berufen werden kann.

vertragsverletzende Mitgliedstaat im Verhältnis zum einzelnen von der Nichterfüllung seiner Umsetzungspflicht profitiert³⁸, gemeinsam mit der mitgliedstaatlichen Schadenersatzpflicht bei defizitärer Richtlinienumsetzung³⁹ als wirksameres Sanktionsinstrument angesehen werden⁴⁰.

I. Die unmittelbare Wirkung

1. Grundlagen der unmittelbaren Wirkung

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH kann sich der einzelne gegenüber dem Staat auf die Richtlinienbestimmungen berufen, wenn dieser die Richtlinie überhaupt nicht, nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in innerstaatliches Recht umsetzt⁴¹. Um diese unmittelbare Wirkung der Richtlinien zu begründen, hat der EuGH sich auf drei Anhaltspunkte gestützt. Erstens werde die Notwendigkeit zur Sicherung des "effect utile" Prinzips, nämlich der funktionsadäquaten/nützlichen Wirkung der Richtlinie⁴² abgeschwächt, wenn die einzelnen sich vor Gericht hierauf nicht berufen und die staatlichen Gerichte sie nicht als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen könnten⁴³. Zweitens hat der EuGH unter Rückgriff auf den Grundsatz von Treu und Glauben⁴⁴ (Estoppel-Prinzip⁴⁵) geltend gemacht, daß ein Mitgliedstaat seinen Angehörigen die Nichterfüllung seiner gemeinschaftlichen Verpflichtungen nicht entgegenhalten dürfe⁴⁶. Damit hat er eine Ausnahme von der in Art. 189 Abs. 3 EGV enthaltenen Regel zugelassen, nach der die Richtlinie nur an die Mitgliedstaaten gerichtet ist⁴⁷. Drittens hat er als normative Rechtsgrundlage die verbindliche Wirkung der Richtlinien hervorgehoben, die sich aus Art. 189 Abs. 2 EGV ergibt. Es wäre mit dieser verbindlichen Wirkung unvereinbar, grundsätzlich auszuschließen, daß betroffene Personen sich auf die durch die Richtlinie auferlegte Verpflichtung berufen können. Überdies wird in der Literatur auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes hingewiesen, das die innerstaatliche

38 Rs. 41/74, Van Duyn, 1974, 1337 (1348); Rs. 148/78, Ratti, 1979, 1629 (1641); Rs. 8/81, Becker, 1982, 53 (71); Rs. 152/84, Marshall I, 1986, 723 (748f.).

39 Rs. 6 u. 9/90, Francovich, 1991, 5337.

40 Haneklaus, W.S. 129 (131); Scherzberg, A., S. 225; Chwolik-Lanfermann, S. 176; vgl. auch BVerfGE 75, 223 (241f.).

41 Rs. 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, 1987, 3969 (3985); vgl. 278/91 u. 279/91 Suffritti, 1992, 6337 (6356).

42 Seidel, M., Direktwirkung von Richtlinien, 1984, Saarbrücken, S. 14.

43 Rs. 41/74, 1974, 1337 (1348); Rs. 188/89, Foster, 1990, 3313 (3347).

44 Langenfeld, C., S. 955 (958); Scherzberg, A., S. 225 (226), aber andere Terminologie, nämlich "Verbot widersprüchlichen Verhaltens".

45 Kapteyn, P.J.G./Verloren van Theemat, P., Introduction to the Law of the European Communities, 1990, Deventer, S. 342; auch "Nemo auditur" oder "venire contra factum proprium".

46 Rs. 148/78, 1979, 1629, 1629 (1642); Rs. 8/81, 1982, 53 (71); Rs. 152/84, 1986, 723 (748f.).

47 Haneklaus, W., S. 129 (133); er spricht hier von einer Wertung, die mit einem Fundamentalprinzip europäischer Rechtstradition übereinstimmt.

Durchsetzbarkeit der dem Bürger in einer Richtlinie zuerkannten subjektiven Rechte erfordert⁴⁸. Wie das BVerfG in seinem diese Entwicklung bejahenden Urteil ausgeführt hat, liegt der Sinn der unmittelbaren Wirkung nicht darin, die Rechtssetzungskompetenz der Gemeinschaft zu erweitern, sondern die durch die Richtlinie begründete Verpflichtung des Mitgliedstaats wirkungsvoll und zumal in rechtsstaatlicher Weise zu sanktionieren⁴⁹.

2. Die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung

Wenn die Umsetzungsfrist der Richtlinie abläuft und die in ihr auferlegte Verpflichtung nicht oder nur unzulänglich in innerstaatliches Recht umgesetzt ist⁵⁰, ist die Berufung der einzelnen auf Richtlinienbestimmungen möglich, aber sie ist abhängig davon, ob die betroffene Bestimmung "inhaltlich unbedingt" und "hinreichend genau" ist.⁵¹ Es ist daher in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob die Bestimmung nach Rechtsnatur, Systematik und Wortlaut geeignet ist, unmittelbare Wirkungen zugunsten der einzelnen zu begründen⁵². Hier ist zu bemerken, daß eine Richtlinie auch lediglich in einem Teil ihres Regelungsprogramms unmittelbare Wirkungen erzeugt⁵³.

a) Die hinreichende Bestimmtheit

Die hinreichende Bestimmtheit einer Richtlinienbestimmung setzt voraus, daß der Inhalt der zu treffenden Regelungen und der von ihr begünstigte Personenkreis "unzweideutig" und "vollständig" umschrieben sind⁵⁴. In den Fällen, in denen die Richtlinienbestimmungen lediglich einen vagen Programmsatz

48 Scherzberg, A., S. 225 (226); Götz, V., Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien-Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat, NJW 1992, S. 1849 (1855).

49 BVerfGE 75, 223 (241); für die damalige Gegenmeinung siehe den Beschluß des Fünften Senats des Bundesfinanzhofs vom 16.7.1981 (EuR 1981, S. 442 m. Anm. Millarg) und die Entscheidung des französischen Staatsrats vom 22.12.1978 (EuR 1979, S. 292 m. Anm. Bieber).

50 In der Rechtsache 316/93 Vaneetveld, 1994, S. 763 (784) waren die Umsetzungsfrist und die Anwendungsfrist auf den unterschiedlichen Zeitpunkt angewiesen. Die Mitgliedstaaten waren verpflichtet, ihre Vorschriften bis zum 31.12.1987 zu ändern, die Richtlinie setzte jedoch den Zeitpunkt, von dem an die geänderten Rechtsvorschriften zur Anwendung gelangen sollen, erst auf den 31.12.1988 fest. Deshalb konnte die Richtlinie keine unmittelbare Wirkungen für die vor diesem Zeitpunkt (31.12.1988) eintretenden Ereignisse entfalten.

51 Vgl. Schlußanträge des GA Mayras in Rs. 41/74, 1974, 1337 (1355); Rs. 8/81, 1982, 53 (71); näher dazu Hartley, T.C. The Foundations of Community Law, 1988, Oxford, S. 204f.

52 Rs. 41/74, 1974, 1337 (1348).

53 Easson, A.J., Can Directives Impose Obligations on Individuals? (1979) ELRev. 4, S. 67 (68); Bach, A., Direkte Wirkungen von EG-Richtlinien, JZ 1990, S. 1108 (1116); Scherzberg, A., S. 225 (226).

54 Haneklaus, W.S., 129 (132); Scherzberg, A., S. 225 (226); außerdem vgl. Schlußanträge des GA Mayras in Rs. 41/74, 1974, 1337 (1355); Rs. 71/85, Niederlande, 1986, 3855 (3875); Rs. 8/81, 1982, 53 (71); Rs. 236/92, Regiona Lombardia, 1994, 483 (502).

enthalten, spricht man nicht von der unmittelbaren Wirkung, weil sie nicht erkennen lassen, ob und welche Rechtsstellung sie dem einzelnen gewähren wollen⁵⁵. Wenn die durch die Richtlinienvorschrift den Mitgliedstaaten auferlegte Verpflichtung klar und eindeutig ist, haben die verschiedenen Umsetzungsvarianten der Richtlinie in nationales Recht keine Bedeutung⁵⁶.

b. Die inhaltliche Unbedingtheit

Inhaltliche Unbedingtheit heißt, daß die Richtlinienbestimmung eine Verpflichtung enthält, die weder mit einem Vorbehalt noch mit einer Bedingung zu versehen ist und ihrem Wesen nach keiner weiteren Maßnahme der Gemeinschaftsorgane oder der Mitgliedstaaten bedarf⁵⁷. Allerdings gefährdet die Zweistufigkeit der Richtlinie, d.h. Verfolgung vom Umsetzungsbefehl durch den Mitgliedstaat durch eine nationale Maßnahme auf jedem Fall, die inhaltliche Unbedingtheit keinesfalls. Hinsichtlich des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ist davon auszugehen, daß ein Mitgliedstaat im Rahmen seiner Freiheit zur "Wahl der Form und Mittel" verschiedene Möglichkeiten hat, wie die Inkorporierung der Richtlinienbestimmungen in einen bestehenden Gesetzeskodex, Erlass eines selbstständigen Gesetzes oder Verweisung auf Normen des allgemeinen bürgerlichen oder öffentlichen Rechts⁵⁸. Die Vielfalt der möglichen Alternativen zur Erreichung der Zielvorgabe gefährdet die unmittelbare Wirkung nicht⁵⁹. Das Kernproblem besteht darin, daß in jedem Fall festzustellen ist, innerhalb welcher Grenzen die Richtlinie auf die mitgliedstaatliche Normsetzung angewiesen ist. In den Fällen, in denen die Richtlinien auf die Begründung subjektiver Rechte zielen, müssen sie abschließende förmliche und sachliche Maßstäbe nicht nur für die Festlegung der begünstigten, sondern auch des verpflichteten Personenkreises sowie des Inhalts der Begünstigung enthalten⁶⁰. Allerdings wird die Unbedingtheit einer Richtlinienbestimmung durch eine punktuelle und eindeutig abgegrenzte Abweichungsbestimmung nicht berührt⁶¹. Die Anknüpfung an klar abgrenzbare Tatbestandsmerkmale bei den Abweichungsbestimmungen steht den Anforderungen der Unbedingtheit und Genauigkeit nicht entgegen.

55 Scherzberg, A., S. 225 (226).

56 Haneklaus, W., S. 129 (132).

57 Rs. 41/74, 1974, 1337 (1349); Rs. 236/92, 1994, 483 (502).

58 Vgl. GA Lenz Rs. 91/90, 1994, 3325 (3330).

59 Vgl. Rs. 286/85, Mc Dermott and Cotter, 1987, 1453.

60 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5412); vgl. auch Haneklaus, W., S. 129 (132).

61 Rs. 19/90 u. 20/90, Karella u. Karellas, 1991, 2691 (2716-17); Rs. 134/91, Kerafina, 1992, 5699 (5718-9).

c) Die Befugnis der nationalen Gerichte beim Vorliegen der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung

Der EuGH hat klar ausgedrückt, ein nationales Gericht sei beim Vorliegen der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung befugt, von Amts wegen eine nicht umgesetzte Richtlinienbestimmung zu berücksichtigen. Hier sei es nicht erforderlich, daß der Betroffene sich ausdrücklich auf diese Bestimmungen berufe⁶².

d) Nationale Modalitäten bei der Geltendmachung der durch die Richtlinie verliehenen Rechte

Falls die Richtlinie den einzelnen Rechte verleiht, ist es Sache der nationalen Rechtsordnung jedes Mitgliedstaates, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und diejenigen Verfahrensmodalitäten der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen zu regeln, die den wirksamen Schutz dieser Rechte sichern sollen. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten zum wirksamen Schutz dieser Rechte beinhaltet, daß diese Verfahrensmodalitäten nicht ungünstiger als die der Geltendmachung gleichartiger innerstaatlicher Ansprüche sein dürfen. Die praktische Unmöglichkeit der Geltendmachung dieser Rechte durch die Ausgestaltung dieser Modalitäten ist keinesfalls erlaubt. Für den unwirksamen Schutz dieser Rechte sind die Mitgliedstaaten in jedem Einzelfall verantwortlich⁶³. Im Fall-Regionen Lombardia⁶⁴ wurde der EuGH befragt, ob die durch die vorliegende Richtlinie verliehenen Rechte nach der für die "berechtigten Interessen" oder für die "subjektiven Rechte" vorgesehenen nationalen Regelung zu schützen sind. Der Unterschied bestand darin, daß der Schutz nach den berechtigten Interessen das nationale Gericht verpflichtet, einen Vertreter der öffentlichen Verwaltung als Sachverständigen zu bestellen, wenn diese Partei des Rechtsstreits ist. Angesichts der Nichterfüllung der Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung befaßte sich der EuGH mit dieser Frage nicht⁶⁵. Allerdings ist die Auffassung vertretbar, daß, falls die betroffene Bestimmung den einzelnen Rechte verleihe, die für die subjektiven Rechte vorgesehene Regelung zum wirksamen Schutz bevorzugt würde⁶⁶.

Zum wirksamen Schutz der durch eine unmittelbare Wirkung erzeugende Richtlinie verliehenen Rechte hat der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung ausgeführt : Die zur Ausübung dieser Rechte festgelegten Modalitäten dürfen die den vor der Antragstellung liegenden Zeitraum begrenzen, für den

62 Rs. 87, 88 und 89/90, Verholen u.a., 1991, 3757 (3789): EuZW 1993, S. 61.

63 Mehr dazu siehe Rs. 179/84, Bonzetti, 1985, 2301; vgl. Rs. 13/68, Salgoil, 1968, 680; Rs. 265/78, Ferwerda, 1980, 617; Rs. 410/92, Johnston, Urt. v. 6.12.1994, EuZW 1995, S. 92.

64 Rs. 236/92, 1994, 483.

65 Rs. 236/92, 1994, 483 (503).

66 auch GA Darmon in Rs. 236/92, 1994, 483 (494).

nachträglich Leistungen bezogen werden können⁶⁷. Das gilt auch, wenn die fragliche Richtlinie nicht ordnungsgemäß innerhalb der Frist umgesetzt worden ist. Dadurch hat der EuGH sich nicht auf die Nichtumsetzung konzentriert. Er nimmt nur zwei Anhaltspunkte als ausschlaggebend an: Erstens, ob die nationale Vorschrift die Klage des einzelnen praktisch unmöglich macht, der sich auf Gemeinschaftsrecht beruft, und zweitens, ob die nationalen Modalitäten für eine auf Gemeinschaftsrecht gestützte Klage nicht ungünstiger als für gleichartige Klagen sind, die das nationale Recht betreffen. Hiermit steht bloße Begrenzung des vor der Antragsstellung liegenden Zeitraums, für den nachträglich Leistungen bezogen werden können, dem Gemeinschaftsrecht nicht entgegen⁶⁸.

3. Umfang der unmittelbaren Wirkung

a) Adressaten der unmittelbaren Wirkung

Nach der Rechtsprechung des EuGH können einzelne sich auf die Richtlinienbestimmungen, die die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung erfüllen, nicht nur vor den Gerichten berufen⁶⁹, sondern auch vor:

- Finanzbehörden⁷⁰;
- Gemeinden und Gebietskörperschaften;⁷¹
- den verfassungsmäßig unabhängigen Hoheitsträgern, die mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betraut sind;⁷²
- den mit der Verwaltung des öffentlichen Gesundheitsdienstes beauftragten Behörden;⁷³
- den Einrichtungen, die unter staatlicher Aufsicht eine Dienstleistung im öffentlichen Interesse zu erbringen haben. Hierzu sollen sie mit besonderen Rechten ausgestaltet werden, die über das hinausgehen, was für die Beziehungen zwischen den Privatpersonen gilt⁷⁴.

Danach können die einzelnen sich unabhängig davon, in welcher Eigenschaft der Staat - als Arbeitsgeber oder als Hoheitsträger - handelt, auf eine Richtlinie berufen⁷⁵. Unter Hinweis auf die Rechtsache Foster ist sowohl der

67 Rs. 410/92, Urt. v. 6.12.1994, EuZW 1995, S. 92 (93).

68 Vgl. anders in Rs. 208/90, Emmot, 1991, 4269.

69 Vor der betreffenden Rechtsprechung des EuGH ist auch die Gegenmeinung vertreten worden, siehe Seidel, M., S. 19.

70 Rs. 8/81, 1982, 53; Rs. 221/88, EGKS, 1990, 495.

71 Rs. 103/88, Costanzo, 1989, 1839.

72 Rs. 222/84, Johnston, 1986, 1651.

73 Rs. 152/84, 1986, 723.

74 Rs. 188/89, 1990, 3343 (3348f.).

75 Rs. 188/89, 1990, 3343 (3348).

privatrechtlich handelnde Staat als auch von ihm beherrschte privatrechtliche Einrichtungen der unmittelbaren Wirkung ausgesetzt, wenn öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden⁷⁶.

b) Umgekehrte vertikale Wirkung

Eine der sich auf die unmittelbare Wirkung beziehenden Fragen ist, ob sich aus Richtlinien Verpflichtungen den einzelnen im Verhältnis Staat-Bürger ergeben können. Nach der Auffassung des EuGH ist die unmittelbare Wirkung mit dem Grundsatz von Treu und Glauben zu begründen. Aber diese Argumentation gilt nicht für die umgekehrte vertikale Wirkung, da der Mitgliedstaat sich nicht zu Lasten des einzelnen auf die eigene Treuwidrigkeit berufen kann⁷⁷. Die Befürwortung der umgekehrten vertikalen Wirkung ist unvereinbar mit der Rechtsnatur der Richtlinie, die eine Umsetzungspflicht der Mitgliedstaaten enthält und damit sich von der Verordnung unterscheidet⁷⁸.

c) Die horizontale unmittelbare Wirkung

Im Rahmen der unmittelbaren Wirkung ist auch zu behandeln, ob sich aus der unmittelbaren Wirkung der Richtlinienbestimmungen Ansprüche Privater untereinander ergeben können. Nach der Rechtsprechung in den Rechtsachen Marshall I und Dori ist die unmittelbare Wirkung für die Beziehungen zwischen Privaten abzulehnen⁷⁹. Danach dürfe der einzelne auf die Umsetzung der Richtlinie durch den Mitgliedsstaat vertrauen. Hier genießt die wortlautgetreue Interpretation von Art. 189 Vorrang : Die Richtlinie sei nur für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, verbindlich. Der Grundsatz von Treu und Glauben rechtfertige die sich direkt aus der Richtlinien für einzelne ergebenden Belastungen keinesfalls. Auch wird die Auffassung vertreten, daß die Ablehnung der horizontalen Wirkung die Gefahr der Verwischung des Unterschieds zwischen Richtlinien und Verordnungen beseitige⁸⁰. Die Befugnis zur horizontalen Wirkung sei der Gemeinschaft in den zum Erlaß von Verordnungen vorgesehenen Bereichen zugewiesen⁸¹. Allerdings begnügte sich der EuGH im Dori-Urteil mit diesen Ausführungen nicht. Hier fällt auch der Hinweis auf die

76 Langenfeld, C., S. 955 (958, Fn. 31).

77 Rs. 152/84, 1986, 723 (748); Langenfeld, C., S. 955 (959); Oppermann, T., Rdnr. 466; Oldenbourg, A., Die unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien im innerstaatlichen Bereich, 1984, München/Florentz, s. 259; Pescatore, P., The Doctrine of Direct Effect : An Infant Disease of Community Law, (1983) ELRev. 8, S. 155 (171); Götz, V., S. 1849 (1855).

78 Zur Bejahung der umgekehrten vertikalen Wirkung vgl. Bleckmann, A., Europarecht, 1990, Köln/Berlin u.a., Rdnr. 848.

79 Rs. 152/84, 1986, 723 (749); Rs. 91/92, 1994, 3325 (3336); vgl. außerdem Rs. 106/89, Marleasing, 1990, 4135 (4158); 91/92, 1994, 3325 (3356).

80 Vgl. GA Slynn in Rs. 152/84, 1986, 723 (734); Rs. 91/92, 1994, 3325 (3356); Classen, C.D., S. 83 (84); Oppermann, T., Rdnr. 467; Haneklaus, W., S. 129 (133).

81 Rs. 91/92, 1994, S. 3325 (3356).

Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung und zum Staatshaftungsanspruch auf, nämlich von Colson und Kamann, Marleasing, Miret und Francovich-Urteile. Damit wird hervorgehoben, daß der Schutz der einzelnen nicht durch horizontale unmittelbare Wirkung, sondern durch Auslegung und Schadenersatzklagen gegen den versäumenden Mitgliedstaat sichergestellt wird. Das Dori-Urteil erweist sich als ein Beispiel für "judicial restraint" im Bereich horizontaler Wirkung. Der Bereich, in dem der Gerichtshof "judicial active" ist, sind die Staatshaftungsanprüche für den Individualrechtsschutz. Der EuGH zieht die enge Auslegung vom Grundsatz von Treu und Glauben vor und lehnt die Auffassung zur erweiterten Auslegung des Begriffs⁸² ab, die es ermöglicht, daß der Beklagte sich auf Nichtumsetzung des Mitgliedstaats nicht berufen darf, um der Klägerin die durch die Richtlinie verliehenen Rechte zu verwehren. Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob sich die Lehre von unmittelbarer Wirkung gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben im engeren Sinne, die am Anfang dynamisch war, statisch auswirkt. In Marshall I hatte der EuGH eine Abstimmung dadurch gefunden, daß sein "judicial activism" in der Lehre von unmittelbarer Wirkung durch "self-restraint" für horizontale Verhältnisse ausgeglichen wird. In Dori wird diese Abstimmung durch Schadenersatzklage gegen den Mitgliedstaat, der die Richtlinie nicht fristgemäß und rechtmäßig umsetzt oder die nationale Vorschriften nicht richtlinienkonform auslegen kann, gewährleistet. Danach erweisen sich Marleasing, Miret und Francovich als die Außengrenzen der unmittelbaren Wirkung der Richtlinien⁸³. Hier ist auch hinzuzufügen, daß in dem Zeitraum zwischen Marshall I und Dori die lebhafte Diskussion⁸⁴ über das Thema nicht aufgehört hat. Mit seinem erstaunlichen und über die Rechtsprechung vom EuGH hinausgehenden Urteil vom 28.8.1990 hat das OLG Celle die hinreichend genaue und inhaltlich unbedingte Bestimmung über das Widerrufsrecht des Verbrauchers der noch nicht umgesetzten Richtlinie 85/577 auf horizontale Verhältnisse angewandt⁸⁵. Der Fall betraf die während einer Freizeitveranstaltung für deutsche Urlauber abgeschlossenen Kaufverträge, für die spanisches Recht maßgeblich sind. Zu diesem Zeitpunkt war Spanien der durch die Richtlinie vorgesehenen und den Verbraucher schützenden Verpflichtung, d.h. die Einräumung eines Widerrufsrechts, nicht nachgekommen. In seinem Urteil hat das OLG Celle unter Hinweis auf den deutschen *ordre public*, d.h., Anerkennung des Widerrufsrechts für den Ver-

82 Robinson, W., Case-law: 91/92 Dori (Annotation), 32 CMLRev. 1995, s. 629 (637).

83 Robinson, W., s. 629 (636).

84 z.B. Bleckmann bejaht die horizontale Wirkung, wo es sich um solche Normen handelt, die eine Konkretisierung der objektiven Wertordnung darstellen, die sich aus den Grundrechten ergibt, z.B. die zivilrechtliche Haftungsnormen, Rdnr. 156.

85 OLG Celle, Urt. v. 28.8.1990-20 U 85/89, EuZW 1990, S. 550 (552); zur Auffassung, daß das Urteil wenig überzeugend und diese durch OLG Celle entstehende Entwicklung verhängnisvoll für die Rechtsicherheit sei siehe Herber, R., Direktwirkung sogenannter horizontaler EG-Richtlinien?, EuZW 1991, S. 401 (402 u. 404).

braucherschutz als ein wichtiger Bestandteil des deutschen Recht, eine Vorabentscheidung des EuGH nach Art. 177 Abs. 2 EGWV nicht eingeholt. Damit hat es gegen das Auslegungsmonopol des EuGH nach Art. 164 EGWV verstoßen⁸⁶. Darüberhinaus hat es eigentlich durch eine erweiterte Auslegung der Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung⁸⁷ die horizontale unmittelbare Wirkung der fraglichen Bestimmung bejaht, ohne die die horizontale unmittelbare Wirkung ablehnende Rechtsprechung des EuGH zu berücksichtigen. Im Hintergrund dieses Urteils wird die durch die richtlinienkonforme Auslegung zu erreichenden Ergebnisse der horizontalen Wirkung gleichgestellt.

Zweifellos verursacht die Beschränkung der unmittelbaren Wirkung der Richtlinien auf vertikale Verhältnisse einige Probleme⁸⁸, insbesondere im Bereich der Gleichbehandlungs-Richtlinien⁸⁹. Zum Beispiel können Angestellte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft sich auf die Bestimmungen einer Gleichbehandlungs-Richtlinie berufen, was hingegen für die Angestellten eines privaten Arbeitgebers nicht möglich ist.⁹⁰ Durch Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien wird die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts "innerhalb des einzelnen Mitgliedstaates" aufs Spiel gesetzt. Es ist auch fraglich, inwieweit eine Schadenersatzklage gegen den versäumenden Mitgliedstaat einen Ersatz zur Geltendmachung der durch die Richtlinie verliehenen Rechte darstellen kann⁹¹. Eine Schadenersatzklage oder richtlinienkonforme Auslegung würde in Klägers oft zwingen, zwei getrennte gerichtliche Verfahren einzuleiten, eines gegen den Privaten und das andere gegen den Staat, was kaum den Erfordernissen eines wirksamen Rechtsschutzes entspräche⁹². Um sich diese durch die Differenzierung der normativen Wirkung⁹³ je nach dem Verhältnis hervorgerufte Kritik zu beschäftigen, genügt es, auf die Schlußanträge von GA Lenz und auch das Vorbringen des italienischen Gerichts, in *Dori-Urteil*⁹⁴ hinzuweisen. Hier sind als rechtliche Argumente zugunsten horizontaler Wirkung zu betonen: das im Rang eines Grundrechts stehende Diskriminierungsverbot zur einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts auch im innerstaatlichen Bereich; die große Tragweite

86 Vgl. 166/73, *Rheinmühlen*, 1974, 33.

87 Rs. 14/83, *Von Colson und Kamann*, 1984, 1891; Rs. 79/83 *Harz*, 1984, 1921.

88 Easson, A.J., S. 70f.

89 Freestone, D.A.C./Davidson, J.S., *The Institutional Framework of the European Communities*, 1988, London, S. 43.

90 Freestone/Davidson, S. 43; Langenfeld, C., S. 955 (960).

91 Tridimas, T., *Horizontal effect of directives : a missed opportunity?*, (1994) *ELRev.* 19, S. 621 (634).

92 siehe GA Jacobs in Rs. 316/93, *Vaneetveld*, 1994, 763 (775).

93 Vgl. für die fehlende Homogenität zur Wirkung auch Curtin, D., *Directives : The Effectiveness of Judicial Protection of Individual Rights*, 27 *CMLRev.* 1990, S. 709 (723).

94 Rs. 91/92, 1994, 3325 (3338ff. u. 3355); zur Bejahung der horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien siehe auch GA Jacobs in Rs. 316/93, 1994, 763 (771); GA Van Gerven in Rs. 271/91 *Marshall II*, 1993, 4367 (4388).

dieses Verbots nach dem Maastricht-Vertrag und der im EGV verankerten Unionsbürgerschaft; der "effet utile" des Gemeinschaftsrechts; und die Veröffentlichungspflicht für Richtlinien, die nach dem Inkrafttreten des Maastricht-Vertrags verabschiedet worden sind und werden (Art. 191 EGV). Die angeführten Gegenargumente wie Demokratiedefizit und Vertrauensschutz bzw. Rechtssicherheit können auch in bestimmten Grenzen als nicht überzeugend gelten. Das Demokratiedefizit oder das Problem der Verstärkung der Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments stellt sich nicht anders als für Verordnungen. Beim Vertrauensschutz frage es sich, ob nach erfolgter Veröffentlichung einer Richtlinie und dem Verstreichen der Umsetzungsfrist die Belastung immer noch unvorsehbar sei⁹⁵. Der horizontalen Wirkung sind dadurch die Grenzen gezogen, daß die Belastungen für die einzelnen nicht über das hinausgehen, was ihnen bei gemeinschaftsrechtsmäßigem Verhalten des Mitgliedstaates zugemutet worden wäre⁹⁶. Es scheint aber fraglich, ob eine solche Entwicklung tatsächlich den "effet utile" des Gemeinschaftsrechts verwirklichen oder eine Diskussion über die Grenzen des Souveränitätsverzichts⁹⁷ eröffnen wird. Obschon es zur Zeit nicht vorherzusagen ist, ob diese Argumente auf die künftigen Wirkungen der Richtlinie Einfluß ausüben, verändert eine solche Entwicklung die Natur der Richtlinie, auch wenn die Umsetzungspflicht auch in diesem Fall latent erhalten bleibt. Daraus folgt, daß der in Art. 175 Abs. 3 vorgesehene Rechtsschutz auch für die Richtlinien gelten sollte⁹⁸.

d) Die Richtlinien mit Doppelwirkung

Die sogenannten Richtlinien mit Doppelwirkung haben für eine Person begünstigende (im Verhältnis zum Staat) und für die andere belastende Auswirkungen (auch im Verhältnis zum Staat). In solchen Fällen führt die Berufung der einzelnen auf die unmittelbare Wirkung der Richtlinien gegenüber dem Staat zu einer Drittbelastung, wenn auch nur in Form einer Duldungspflicht⁹⁹.

Bei unmittelbarer Wirkung solcher Richtlinien stellt sich die Frage, welchem Interesse Vorrang einzuräumen ist. Hier wird die Auffassung vertreten, daß im Falle der Auferlegung von Duldungspflichten gegenüber dem Dritten eine unmittelbare Wirkung möglich sein soll, aber für die Auferlegung von konkreten Handlungspflichten hingegen nicht, obwohl der EuGH bislang keine

95 GA Jacobs in Rs. 316/93, 1994, 763 (772).

96 GA Lenz in Rs. 91/92, 1994, 3325 (3345).

97 Ob durch die Ablehnung der horizontalen unmittelbaren Wirkung die Schwäche des Völkerrechts in der Gemeinschaftsordnung auftritt und das Dori-Urteil politische Skepsis und Unsicherheit für die Zukunft spiegelt siehe GA Jacobs in Rs. 316/93, 1994, 763 (773) und Tridimas, T., S. 621 (635).

98 Bei der Bejahung der horizontalen unmittelbaren Wirkung der Richtlinien befürwortet auch GA Lenz diesen erweiterten Rechtsschutz, siehe Rs. 91/92, 1994, 3325 (3344-5).

99 Langenfeld, C., S. 955 (960); vgl. auch Haneklaus, W., S. 129 (133f).

derartige differenzierte Behandlung dieser Konstellationen vorgenommen hat¹⁰⁰. Nach einer anderen Auffassung macht der einzelne hier nämlich keine Rechte gegenüber einer Privatperson geltend, sondern gegenüber dem Staat, und es ergibt sich aus dieser Berufung nur mittelbare Nachteile für die betroffene Privatperson¹⁰¹. Da es sich um die klassische Konstellation der vertikalen unmittelbaren Wirkung handelt, die mit dem Grundsatz von Treu und Glauben Argumentation gerechtfertigt werden kann, ist unmittelbare Wirkung von Richtlinien auch in Doppelwirkungsfällen anzunehmen¹⁰². Nach einer dritten Auffassung ist auch für die Richtlinien davon auszugehen, daß der einzelne nach dem EGV nicht zum Adressaten einer Richtlinie gemacht und ihm damit auch im Rahmen der unmittelbaren Wirkung keine rechtserhebliche Belastungen auferlegt werden dürfen¹⁰³. Insgesamt unterliegt hier die unmittelbare Wirkung der Richtlinie einem generellen (Rechts-) Nachteilsverbot¹⁰⁴.

Der EuGH hat sich dazu noch nicht ausdrücklich geäußert. Aber in diesem Zusammenhang kann man auf das Costanzo-Urteil hinweisen, in dem der EuGH nur auf die Berechtigung der Klägerin auf ein richtliniengemäßes Ausschreibungsverfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge abgestellt hat und sich mit der Rechtsstellung der sich mitbewerbenden Konkurrentin, die nun befürchten muß, den Auftrag zu verlieren, nicht beschäftigt hat¹⁰⁵. Aber angesichts dieses Urteils ist in der Tat nicht auszuschließen, daß der EuGH in seiner weiteren Rechtsprechung die unmittelbare Wirkung der doppelwirkenden Richtlinien anerkennen wird¹⁰⁶.

II. Staatshaftungsansprüche

Nach ständiger Rechtsprechung müssen die nationalen Gerichte, die im Rahmen ihrer Zuständigkeiten die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden haben, die volle Wirkung dieser Bestimmungen gewährleisten und die von der Gemeinschaft dem einzelnen verliehenen Rechte schützen¹⁰⁷. Die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wäre beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der einzelne keine Entschädigungsmöglichkeit gegen den durch Nichteinhaltung des Gemeinschaftsrechts seine Rechte verletzenden Mitgliedstaat

100 Stuyck, J./Wytinck, P., Case-law : 106/89 Marleasing (Annotation), 28 CMLRev. 1991, S. 205 (212 ff.), allerdings nur für horizontale Verhältnisse.

101 Langenfeld, C., S. 955 (961).

102 Langenfeld, C., S. 955 (961).

103 Scherzberg, A., S. 225 (228); vgl. außerdem Haneklaus, W., S. 129 (133).

104 Scherzberg, A., S. 225 (228).

105 Rs. 103/88, 1989, 1839ff.

106 Haneklaus, W., S. 129 (134).

107 Rs. 106/77, Simmental, 1978, 629; Rs. 213/89, Factortame I, 1990, 2433.

hätte¹⁰⁸. Der Grundsatz der mitgliedstaatlichen Haftung zum Ersatz dieser Schäden findet auch im Loyalitätsprinzip (Art. 5 EGV) eine Stütze¹⁰⁹. Im Fall-Francovich hat der EuGH aufgezeigt, daß bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das vorliegende nationale Gericht im Rahmen des nationalen Haftungsrechts das Recht auf Ersatz der Schäden sicherzustellen hat, die durch die Nichtumsetzung einer Richtlinie entstehen¹¹⁰.

Diese Voraussetzungen¹¹¹ sind folgende :

- Das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel muß die Verleihung von Rechten an einzelne beinhalten¹¹². Hierbei genügt aber bereits die Festlegung des Mindestumfangs der gemeinschaftlichen Rechtspositionen¹¹³.

- Der Inhalt dieser Rechte muß auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden können¹¹⁴.

- Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem Schaden muß ein Kausalzusammenhang bestehen¹¹⁵.

Hiervon abgesehen hat der betroffene Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben¹¹⁶. Damit hat der EuGH die Möglichkeit erhalten, seine vorherige Rechtsprechung zu bestätigen¹¹⁷. Hier bleibt die Feststellung der Rahmenbedingungen für die Gel-

108 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5414).

109 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5414); vgl. dazu auch Rs. 33/76, Rewe, 1976, 1989 (1998); Rs. 6/60, Humblet, 1960, 1163 (1185).

110 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5415ff.); auch Rs. 334/92, Urt. v. 6.12.1993, NJW 1994, S. 921 (922).

111 Zur Auffassung, daß hier auch die Rechtsprechung zur Voraussetzungen für die Haftung der Gemeinschaft nach Art. 215 II EGV, z.B. "die Komplexität der von dem Organ zu regelnden Sachlagen, die Schwierigkeiten bei der Auslegung von Vorschriften und den Beurteilungsspielraum (Pine-Salzgitter, EuZW 1993, S. 545), gelten soll, Everling, U., Francovich-Zweite-runde, EuZW 1995, S. 33; zur Auffassung, daß Differenzierung des Schutzniveaus bei den Haftungsansprüchen angesichts der unterschiedlichen Voraussetzungen je nach dem Verhältnis, d.h. Gemeinschaft-der einzelne und Mitgliedstaat-der einzelne, andeutet, der wirk-same Schutz sei nur eine von Auswirkungen des Prinzips der Vollwirkung des Gemeinschafts-rechts, d.h. nur eine Sanktion gegen den Mitgliedstaat, kein Instrument zum Schutz der ein-zelnen, siehe Caranta, R., Judicial Protection Against Member States : A New Jus Commune Takes Shape, 32 CMLRev. 1995, S. 703 (724-725). Kritik zu diesen Auffassungen siehe Huff, M.W., Francovich oder was hat der Bürger von der Gemeinschaft?, EuZW 1995, S. 161.

112 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5415); Rs. 91/92, 1994, 3325 (3357).

113 Langenfeld, C., S. 955 (961); vgl. auch Geiger, J., Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts, DVBl. 1993, S. 465 (469f.); Schockweiler, F., Die Haftung der EG-Mit-gliedstaaten gegenüber dem einzelnen bei Verletzung des Gemeinschaftsrechts, EuR 1993, S. 107 (115).

114 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5415); Rs. 91/92, 1994, S. 3325 (3357).

115 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5415); Rs. 91/92, 1994, 3325 (3357).

116 Für die Frage, ob der EuGH die mitgliedstaatliche Haftung wegen gemeinschaftswidrigen Handelns nicht ganz allgemein auf gemeinschaftsrechtliche Füße stellen wollte, siehe Langen-feld, C., S. 955 (961).

117 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5416).

tendmachung des Anspruchs, etwa die Frage des Rechtsweges, der Gerichtszuständigkeit oder der Verjährung, der nationalen Rechtsordnung überlassen¹¹⁸. Dabei dürften die dort festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger als bei ähnlichen nur das nationale Recht betreffenden Klagen sein. Unter Hinweis auf den vollen Schutz der dem einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte¹¹⁹ dürfen sie nicht so ausgestaltet sein, daß sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen¹²⁰. Allerdings besteht angesichts des den nationalen Rechten überlassenen Spielraums die Gefahr, daß die unterschiedlichen Bedingungen in den Mitgliedstaaten zur Staatshaftung zur unterschiedlichen Entschädigung von einzelnen führen, die durch gleiche Verletzung des Gemeinschaftsrechts den Schaden erlitten haben. Hier tritt die Frage auf, ob dieses Ergebnis mit der uniformen Anwendung des Gemeinschaftsrechts und auch dem Gleichbehandlungsprinzip vereinbar ist. Dieses Problem ist durch die Ersetzung der nationalen Vorschriften durch einheitliche Gemeinschaftsvorschriften zu lösen. Für die abschließende Regelung ist eine gesetzgeberische Betätigung des Rates wünschenswert. Dennoch besteht bis zu diesem Zeitpunkt kein Hindernis für den EuGH, um unter Hinweis auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze und mit Hilfe der wertenden Rechtsvergleichung gemeinschaftliche Regeln aufzustellen¹²¹. Falls der EuGH in den Rechtsachen 48/93 (Factortame III)¹²² und 46/93 (Brasserie du Pêcheur SA/Deutschland)¹²³ die Staatshaftung auch für Nichteinhaltung der Vertragsbestimmungen befürworten und die Voraussetzungen dafür ausführlich behandeln wird, wird die Harmonisierung der elementaren Begriffe und Regeln zur Haftung an Bedeutung gewinnen. Dadurch soll die Frage beantwortet werden, ob die Rechtsprechung zur Staatshaftung und zu Art. 215 zu koordinieren ist¹²⁴.

Die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, für Schaden zu haften, stellt eine Erweiterung des durch die Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung begründeten Individualrechtsschutzes dar¹²⁵. Im Fall- *Francovich* hat die vorliegende Richtlinie die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung nicht erfüllt. Der EuGH sah die Richtlinienbestimmungen über den Personenkreis, dem die vor-

118 Langenfeld, C., S. 955 (961, Fn. 56).

119 Vgl. Rs. 60/75, Russo, 1976, 45ff.; Rs. 33/76, 1976, 1989ff.; Rs. 158/80, Rewe, 1981, 1805ff.

120 Rs. 6 u. 9/90, 1991, 5357 (5416).

121 Unter Hinweis auf Ipsen *staat vieler*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, Tübingen, S. 373.

122 ABl. 1993, C 94/13.

123 ABl. 193, C 92/4.

124 Van Gerven, W., *Bridging The Gap Between Community And National Laws : Towards A Principle Of Homogeneity In The Field Of Legal Remedies?*, 32 CMLRev. 1995, S. 679 (699); vgl. oben Fn. 112.

125 Geiger, J., S. 465; Huff, M.W., S. 161; Schockweiler sieht den Ursprung dieses Urteils in *Van Gend & Loos* (Rs. 26/62, 1963, 3) und *Simmenthal* (Rs. 106/77, 1978, 629), S. 107 (125).

gesehene Garantie zugute kommen soll, und den Inhalt dieser Garantie als unbedingt und hinreichend bestimmt an. Aber er verneinte die hinreichende Bestimmtheit der Regelung, weil der Schuldner der Garantieansprüche nicht bestimmt war. Da der Staat auch nicht allein wegen der nicht fristgemäßen Umsetzung der Richtlinie als Schuldner angesehen werden könnte, könnten die einzelnen die von der Richtlinie verliehenen Rechte nicht vor den nationalen Gerichten geltend machen. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung zur Staatshaftung ist eine präventive Wirkung erhofft, die die Mitgliedstaaten zu einer beschleunigten Umsetzung veranlassen könnte¹²⁶.

Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob auch in den Fällen, in denen die nationalen Behörden bei der Anwendung und Durchführung von Richtlinien dem Gebot der gemeinschaftskonformen Auslegung nicht gefolgt sind, eine Sanktionierung von Staatshaftung anerkannt wird. Weil eine Kontrolle der Anwendung und Durchführung vom Gemeinschaftsrecht durch die Kommission noch schwieriger als eine Kontrolle der ausreichenden Umsetzung ist, erscheint eine Sanktionierung durch Haftungstatbestand hier sogar noch wichtiger¹²⁷. In der Rechtsache Miret¹²⁸ befaßte sich der EuGH mit der Haftung Spaniens bei der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts. Die fraglichen Richtlinienbestimmungen wie im Fall-Francovich hatten keine unmittelbare Wirkung und Spanien war der Ansicht, daß die bereits geltenden Vorschriften seines nationalen Rechts den Anforderungen der betroffenen Richtlinie genügten. Deshalb hatten nationale Gerichte bei der Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts davon auszugehen, daß der Staat die Absicht hatte, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen im vollen Umfang nachzukommen. Hierzu hat der EuGH festgestellt, daß die nationale Vorschriften nicht in einem der Richtlinie konformen Sinn ausgelegt wurden und daher nicht sicherstellen konnten, daß dem Kläger die in der Richtlinie vorgesehenen Garantien zugute kommen. Danach sollte die Nichteinhaltung des Grundsatzes der richtlinienkonformen Auslegung durch den Schadenersatz kompensiert werden. Obwohl die Voraussetzungen für einen solchen Haftungsanspruch im Urteil nicht aufgezählt sind, wird die im Fall-Francovich entwickelten Voraussetzungen auch hier anwendbar¹²⁹.

In einem anderem Punkt stellt sich die Frage, ob der einzelne ein Recht auf Entschädigung geltend machen kann, wenn im nationalen Recht keine Möglichkeit gegeben ist, um die aus einer unmittelbaren Wirkungen erzeugenden

126 Hilf, S. 11.

127 Jarass, H.D., Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amsträger, NJW 1994, S. 881 (884).

128 Rs. 334/92, Urt. v. 16.12.1993, NJW 1994, S. 921.

129 Für die Notwendigkeit der Einschränkung der Haftung durch das Merkmal der qualifizierten Rechtsverletzung in diesem Bereich siehe Jarass, H.D., NJW 1994, S. 881 (885).

Richtlinie sich ergebenden Rechte durch eine direkte Klage zu verlangen. Auch in diesem Fall gilt die Feststellung aus dem Francovich-Urteil. Die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Geltendmachung der gemeinschaftlichen Rechte nicht praktisch unmöglich zu machen, gilt hier gleichfalls¹³⁰.

E. Wirkung als Maßstabsnorm

Die Wirkung als Maßstabsnorm entspricht der Verpflichtung der Gerichte und Behörden¹³¹ bei der Rechtsanwendung das nationale Recht auf Vereinbarkeit mit der Richtlinienbestimmungen zu überprüfen, d.h. "legal review", und bei Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben außer Anwendung zu lassen¹³². Damit steht "ein überaus wirkungsvolles Drunckmittel"¹³³ zur konkreten Umsetzung der Richtlinie zur Verfügung, die gleichzeitig die praktische Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Rechtsaktes verstärkt¹³⁴.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist anzunehmen, daß sich der einzelne vor dem nationalen Gericht auf eine Richtlinienbestimmung beruft, um nachprüfen zu lassen, ob die nationale Umsetzungsnorm innerhalb der von der Richtlinie gezogenen Ermessensgrenzen erlassen ist.¹³⁵

In den Rechtsachen Verbond und Enka hat der EuGH die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung bei den betroffenen Richtlinienbestimmungen nicht in Betracht gezogen, obwohl er auf das Van Duyn-Urteil in Rechtsache Verbond hingewiesen hat¹³⁶. In diesen beiden Urteilen, auch in Delkvist, hat der EuGH nur von der Verpflichtung der Mitgliedstaaten durch die Richtlinie "zu einem bestimmten Verhalten" gesprochen und ist auf die Grenzen oder wie im Enka-Urteil auf das Vorliegen des Ermessensspielraums eingegangen¹³⁷. Im Falle der Überschreitung der Ermessensgrenzen geht der Wortlaut der Richtlinie den

130 Schockweiler, F., S. 107 (120).

131 Rs. 103/88, 1989, 1839 (1871), wenn auch hier für den Fall der unmittelbaren Wirkung entschieden worden ist.

132 Timmermans, C.W., Directives : Their Effect within the National Legal Systems, 16 CMLRev. 1979, S. 533 (544ff.); Bleckmann, Rdnr. 835; Scherzberg, A., S. (225) 229. Es ist darauf hinzuweisen, daß Timmermans diese Verpflichtung unabhängig davon befürwortet, ob den betreffenden Bestimmungen unmittelbare Wirkung zukommt. Dagegen Scherzberg lehnt diese Auffassung aus dogmatischen Gründen ab.

133 Scherzberg, A., S. 225 (229).

134 Timmermans, C.W., S. 533 (544).

135 Rs. 51/76, Verbond, 1977, 113 (127); Rs. 38/77, Enka, 1977, 2203 (2211); Rs. 21/78, Delkvist, 1978, 2327 (2339).

136 Rs. 51/76, 1977, 113 (126); außerdem vgl. Schlußanträge des GA Warner in Rs. 38/77, 1977, 2203 (2226).

137 Rs. 51/76, 1977, 113 (127); Rs. 38/77, 1977, 2203 (2211); Rs. 21/78, 1978, 2327 (2339).

Vorschriften der Mitgliedstaaten vor, die mit ihr unvereinbar sind¹³⁸. Allerdings kann der EuGH bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts dem nationalen Gericht die Kriterien an die Hand geben, die es diesem ermöglichen, den bei ihm anhängigen Rechtstreit, insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Unvereinbarkeit zwischen den innerstaatlichen und Gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen, zu entscheiden¹³⁹.

F. Wirkung als Auslegungsnorm

Der EuGH bejaht die richtlinienkonforme Auslegung aufgrund der Verpflichtung zur Umsetzung und des Loyalitätsprinzip gemäß Art. 5 EGV¹⁴⁰. Die richtlinienkonforme Auslegung obliegt allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten, und zwar im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten¹⁴¹. Sie ist ein Gebot, das sowohl bei der Umsetzung als auch nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist, abgesehen davon, ob die erwünschte Umsetzung erfolgt ist, beachtet wird.

Das nationale Gericht hat bei der Anwendung des nationalen Rechts, insbesondere auch der Vorschriften eines speziell zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen Gesetzes, dieses nationale Recht im Lichte des Wortlauts und Zwecks der Richtlinie auszulegen¹⁴². Hierbei hat der EuGH gebilligt, daß die richtlinienkonforme Auslegung nicht nur die Umsetzungsnormen, sondern auch die anderen Vorschriften des nationalen Rechts¹⁴³, d.h. auch das nationale Verfassungsrecht¹⁴⁴, erfaßt. Es gibt keine Differenzierung danach, ob es sich um vor oder nach der Richtlinie erlassene Vorschriften handelt¹⁴⁵. Mit dieser Auslegungspflicht erhalten die Richtlinien eine das nationale Recht positiv gestaltende Funktion, die über eine bloß "kassatorische Wirkung"¹⁴⁶ deutlich hinausgeht.

138 Rs. 38/77, 1977, 2203 (2212).

139 Als Beispiel vgl. Rs. 38/77, 1977, 2203 (2213).

140 Rs. 14/83, 1984, 1891 (1908); Rs. 79/83, Harz, 1984, 1921 (1943); Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159); Rs. 80/86, 1987, 3969 (3986).

141 Rs. 14/83, 1984, 1891 (1908); Rs. 79/83, 1984, 1921 (1943); Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159); Rs. 80/86, 1987, 3969 (3986).

142 Rs. 14/83, 1984, 1891 (1908); Rs. 79/83, 1984, 1921 (1943); Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159); Rs. 80/86, 1987, 3969 (3986); 334/92, Urt. v. 16.12.1993, NJW 1994, S. 921 (922); 91/92, 1994, 3325 (3357-8).

143 In diesem Punkt hat GA Jacobs die Kritik geäußert, daß durch die extensive Auslegung des nationalen Rechts dem einzelnen Verpflichtungen auferlegt werden, die er nicht hätte, wenn es die Richtlinie nicht gäbe. Das führe zu grösserer Rechtsunsicherheit im Vergleich mit der Anerkennung der unmittelbaren horizontalen Wirkung der Richtlinien. Hier zieht Jacobs die Anerkennung der horizontalen Wirkung unter geeigneten Umständen vor, siehe 316/93, 1994, S. 763 (775).

144 Zum Vorbehalt Art. 79 Abs. 3 GG siehe Jarass, H., Richtlinienkonforme Auslegung bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, S. 211 (220).

145 Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159); 334/92, Urt. v. 16.12.1993, NJW 1994, S. 921 (922).

146 Siehe OLG Celle Urt. v. 28.8.1990, 20 U 85/89, EuZW 1990, S. 550 (552).

Die Wirkung als Auslegungsnorm ist unabhängig von der unmittelbaren Wirkung der betroffenen Richtlinie. In der Rechtsache-von Colson und Kamann begründete die Richtlinie hinsichtlich Sanktionen für eine Diskriminierung eine unbedingte und hinreichend bestimmte Verpflichtung nicht, auf die sich die einzelnen mangels rechtzeitig erlassener Durchführungsmaßnahmen berufen konnten, um aufgrund der Richtlinie eine bestimmte Wiedergutmachung zu erlangen, wenn eine solche Rechtsfolge nach den nationalen Rechtsvorschriften nicht vorgesehen oder zugelassen war¹⁴⁷. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung ist deshalb auch nicht als Sanktion für die unzureichende Befolgung des Umsetzungsbefehls, sondern als eine seiner Ausprägungen zu verstehen.

Hier ist zu bemerken, daß die richtlinienkonforme Auslegung im Gegensatz zur unmittelbaren Wirkung auch zu Lasten des einzelnen gehen kann¹⁴⁸. Dabei ist die Begrenzung der richtlinienkonformen Auslegung durch die nationalen Auslegungsregeln zu betonen¹⁴⁹. Der EuGH spricht von dem nationalen Auslegungsspielraum des nationalen Gerichts. Das nationale Gericht hat das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz "unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraum, den ihm das nationale Recht einräumt", in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden¹⁵⁰. Mit dieser Begrenzung ist eine ähnliche Wirkung wie die unmittelbare Wirkung teilweise vermieden¹⁵¹. Hier wird im Kontrast zur unmittelbaren Wirkung nicht die Richtlinienbestimmung selbst, sondern die nationale Norm durch richtlinienkonforme Auslegung herangezogen¹⁵². Allerdings ist bekannt, daß im Fall-Marleasing die richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts auf eine Nichtanwendung bestimmter nationaler Normen hinauslief¹⁵³. Es ging um die Anwendung der Ersten Gesellschaftsrechts-Richtlinie, die einen abschließenden Katalog der Gründe für die Nichtigkeit einer Gesellschaft enthält. Der EuGH verpflichtete den spanischen Richter, sogar vor erfolgter Umsetzung, die Nichtigkeitsgründe des allgemeinen spanischen Zivilrechts auf die in der Richtlinie abschließend aufgezählten Gründe zu beschränken. Angesichts dieser Nichtanwendungsgefahr haben die Mitgliedstaaten ihre Verpflichtungen fristgemäß

147 Rs. 14/83, 1984, 1891 (1909f.).

148 Götz, V., S. 1849 (1853); Langenfeld, C., S. 955 (964); zum Bedenken hinsichtlich Unvorsehbarkeit und Unerkennbarkeit des Inhalts der Regelung in diesem Fall siehe Classen, C.D., S. 87; GA Darmon spricht hier von mittelbarer horizontalen Wirkung, siehe Rs. 236/92, 1994, 483 (490).

149 Jarass, H., EuR 1991, S. 211 (222).

150 Rs. 14/83, 1984, 1891 (1909).

151 Classen, C.D., S. 83 (86); Jarass, H., EuR 1991, S. 211 (219).

152 Hier ist die Frage aufzuwerfen, ob hier eine Transformation der Richtlinie durch Auslegung des nationalen Gerichts vorliegt. Siehe auch Curtin, D., S. 709 (724); Tridimas, T., S. 621 (624, 626).

153 Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159f.).

wahrzunehmen, um die Einheit ihres nationalen Rechts zu bewahren. Mit dieser Nichtanwendung hat der EuGH auch die mittelbare Belastung Privater zugelassen¹⁵⁴.

Trotz der weitreichenden Auslegung im Fall-Marleasing ist hervorzuheben, daß die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung nicht grenzenlos gilt. Sie findet ihre Grenzen in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Bestandteil des Gemeinschaftsrechts sind, wie im Fall-Kolpinghuis für den Bereich des Strafrechts im Grundsatz der Rechtssicherheit und im Rückwirkungsverbot¹⁵⁵. Eine Richtlinie sollte auch nicht so ausgelegt werden, daß sie für den einzelnen Verpflichtungen entstehen läßt, wenn dies dem säu-migen Mitgliedstaat Rechte verleihen würde¹⁵⁶.

Es ist auch zu berücksichtigen, ob die Richtlinienbestimmung angesichts ihres Erlaßdatums und Wortlauts für eine flexible Auslegung spricht. In diesem Fall kann ein nationales Gericht den Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung nicht wirksam heranziehen¹⁵⁷. Das führt zu dem Ergebnis, daß auch einige Fallkonstellationen denkbar sind, in denen wegen des programmatischen Charakters der Bestimmung die richtlinienkonforme Auslegung niemals ähnliche Wirkungen wie unmittelbare Wirkung erzeugen darf. Hier findet sie ihre Grenzen bei wortlautgetreuer und je nach dem Fall historischer Interpretation.

Unter Hinweis auf das Kolpinghuis-Urteil ist die Frage aufgeworfen, ob die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung bereits mit Erlaß der Richtlinie besteht oder aber erst mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie¹⁵⁸. Nach einer Auffassung scheint der EuGH diese Verpflichtung bereits mit Erlaß der Richtlinie zu gründen¹⁵⁹. Angesichts der undeutlichen Formulierung in dem Urteil scheint aber diese Frage als noch nicht völlig geklärt zu gelten¹⁶⁰.

154 Rs. 106/89, 1990, 4135 (4159f.).

155 Rs. 80/86, 1987, 3969 (3986); vgl. GA Jacobs in Rs. 206/88 u. 207/88, Vessoso und Zanetti, 1990, 1461; GA Van Gerven in Rs. 106/89, 1990, 4135 (4147).

156 Siehe GA Jacobs in Rs. 316/93, 1994, 763 (776).

157 Vgl. GA Darmon in Rs. 236/92, 1994, 483 (492).

158 Götz, V., S. 1849 (1854); Jarass, H., EuR 1991, S. 211 (221); Langenfeld, C., S. 955 (964); Scherzberg, A., S. 225 (232).

159 Scherzberg, A., S. 225 (231); Jarass, H., EuR 1991, S. 211 (221) unter Hinweis auf GA Lenz in der betreffenden Rechtsache [80/86, 3969 (3987)]; für die richtlinienkonforme Auslegung vor dem Ablauf der Frist siehe auch GA Jacobs in Rs. 156/91, Hansa Fleisch, 1992, 5567 (5585-87); auch in Rs. 212/91, Angelopharm, 1994, 171 (196-7).

160 Langenfeld, C., S. 955 (964); vgl. außerdem Götz, V., S. 1849 (1854); zu diesem Thema siehe auch unten "G (2)b".

G. Vorwirkungen der Richtlinie

Zur Vorwirkungen der Richtlinie werden hier zwei Fallkonstellationen behandelt :

(1) Die erste Fallkonstellation bezieht sich auf die Frage, ob der nationale Gesetzgeber bereits vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist völlig frei ist, der Richtlinie inhaltlich entgegenstehende Maßnahmen zu verabschieden. Liegt hier eine Verzichtspflicht der Mitgliedstaaten bei der Gesetzgebung und auch Rechtsanwendung vor, um die der Richtlinie zuwiderlaufenden Maßnahmen zu vermeiden? Die Bejahung einer solchen Sperrwirkung findet Resonanz in der deutschen¹⁶¹ und englischen¹⁶² Literatur. Die Begründung dieser Bejahung besteht in Analogie zum sogenannten Frustrationsverbot, nach dem der einen völkerrechtlichen Vertrag unterzeichnende Staat vor seiner endgültigen Entscheidung für oder gegen seine Ratifikation alle Maßnahmen unterlassen soll, welche Gegenstand und Zweck des Vertrags gefährden¹⁶³. Dieses Verbot spiegelt sich als eine konkrete Verpflichtung in Art. 5 EGV¹⁶⁴. Dennoch wird diese Verpflichtung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen, dadurch daß dem Mitgliedstaat nur das mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine rechtmäßige Durchführung verhindernde Verhalten untersagt würde. Nach dieser Lösung ist entscheidend, ob die Auswirkungen des Verhaltens des Mitgliedstaats nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist spürbar sind. Dementsprechend verliert die Umsetzungsfrist nicht an Bedeutung und die Richtlinie unterscheidet sich noch von der Verordnung. Hier unterliegen solche Auswirkungen mit dem Ablauf dieser Umsetzungsfrist nach ihrer Intensität dem Vertragsverletzungsverfahren.

(2) Die zweite Konstellation bezieht sich auf das die vorzeitige und korrekte Umsetzung intendierte Verhalten des Mitgliedstaats. Hier lassen sich zwei kollidierende Auffassungen vertreten :

(a) Falls die Richtlinie schon vor Ablauf der Frist umgesetzt worden ist, deutet dieses Verhalten des Mitgliedstaats an, daß der Inhalt der Richtlinie auf seine nationale Rechtsordnung von einem früheren Zeitpunkt wirkt. Der Mitgliedstaat, der intendiert, die Richtlinie freiwillig vor Ablauf der Frist umzusetzen, soll die nationalen Durchführungsmaßnahmen und das betreffende nationale Recht bei und nach der Umsetzung richtlinienkonform auslegen. Die vorzeitige freiwillige Umsetzung bringt alle möglichen Wirkungen der Richtlinie mit sich und zwar auch das Vertragsverletzungsverfahren im Falle unvollständiger Umsetzung.

161 Hilf, M., S. 1 (7).

162 Bebr, G., *Development of Judicial Control of the European Community*, 1981, London, S. 588.

163 Klein, E., S. 641 (645).

164 Zur Bejahung der Vorwirkung unter Hinweis auf Art. 5 und in Analogie zur Rechtsache 128/78, ERTA, 1979, 426 siehe Bebr, G., S. 588.

(b) Die oben ausgeführte Auffassung gefährdet den Sinn der Umsetzungsfrist und benachteiligt den Mitgliedstaat, der seine Verpflichtung an einem früheren Zeitpunkt wahrgenommen hat. Neben dem "Estoppel-Prinzip" sollte das Gemeinschaftsrecht berücksichtigen, daß der Mitgliedstaat wegen der vorzeitigen Wahrnehmung seiner Verpflichtungen nicht benachteiligt wird¹⁶⁵. Gleiches gilt auch für das bestehende nationale Recht. Sowohl das bestehende nationale Recht als auch der umsetzende nationale Rechtsakt braucht nicht vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist vollständig richtlinienkonform zu sein. Auch die richtlinienkonforme Auslegung und Wirkung als Maßstabnorm haben grundsätzlich keine absolute Gültigkeit in diesen Fällen¹⁶⁶. Allerdings führt diese Denkweise nicht zu dem Ergebnis, daß der Mitgliedstaat das Ziel der Richtlinie während der Umsetzungsfrist insoweit unterlaufen darf, als ihm eine richtlinienkonforme Umsetzung und Auslegung nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist nicht möglich würde. Hier tritt das im Art. 5 EGV vorgesehene Loyalitätsgebot wieder ein.

H. Schlusswort

Unter Berücksichtigung der durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze ist die Feststellung des italienischen Gerichts über die "Ungewißheit der Wirkungen der Richtlinien" im Fall-Dori nicht stichhaltig. Allerdings bedeutet dieser Standpunkt keinesfalls, daß das Richtlinienrecht der Gemeinschaft lückenlos ist: (1) Bei den Richtlinien mit Doppelwirkungen und den Vorwirkungen der Richtlinien besteht keine Klarheit; (2) Bei der Staashaftung sind die ausführliche Behandlung der Voraussetzungen und die Harmonisierung der nationalen Rechte wünschenswert; (4) Die Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung, insbesondere die weitreichende Auslegung, sind noch zu konkretisieren.

165 Hartley, T.C., S. 205.

166 Vgl. GA Jacobs in Rs. 156/91, 1992, 5567 (5585-7) und Rs. 212/91, 1994, 171 (196-7). Er meint jedoch, daß es Umstände geben kann, unter denen die Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung der "Durchführungsmabnahmen" in der vorliegenden Konstellation absolute Gültigkeit hat. Hier ergebe sich diese Verpflichtung aus der Verpflichtung des nationalen Gerichts mit den übrigen innerstaatlichen Stellen bei deren Bemühen, die Richtlinie durchzuführen, zusammenzuarbeiten (Verpflichtung zur Mitwirkung). Diese Auffassung stützt sich auf die Einheit des innerstaatlichen Rechts. Allerdings hat GA Jacobs den Mindestumfang dieser Verpflichtung erkannt. Mit der Anwendung des nationalen Rechts wird die "Gültigkeit" der Richtlinie nicht in Frage gestellt.