

## Schlussbetrachtung und Ausblick

Die in dieser Arbeit angestellten Überlegungen haben im Wesentlichen drei denkbare Anknüpfungspunkte für mitgliedstaatliche Gerichte ergeben, wenn sie eine Begrenzung der mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs einhergehenden unionsrechtlichen Vorgaben in zeitlicher Hinsicht in Erwägung ziehen.

Zum einen ist die Winner Wetten-Rechtsprechung mit ihrer Überlegung einer vorübergehenden Suspendierung der Verdrängungswirkung unmittelbar anwendbarer unionsrechtlicher Normen zu nennen. Der Gerichtshof verfährt hier verständlicherweise sehr restriktiv. Erwägungen wie haushalts- und verwaltungstechnische Schwierigkeiten, denen bereits im Rahmen der Defrenne-Rechtsprechung keine Bedeutung beizumessen ist, können auch auf diesem Weg keine Berücksichtigung finden. Ebenso scheidet eine Begrenzung der Durchsetzungsdimension unmittelbar anwendbaren Unionsrechts durch auf das Vertrauen in nationales Recht gestützte Erwägungen aus, da insoweit nur die Maßstäbe der Defrenne-Rechtsprechung heranzuziehen sind, für deren Anwendung dem Gerichtshof eine ausschließliche Zuständigkeit zusteht. Eine Berücksichtigung auf einen Mitgliedstaat bezogener Erwägungen, die zur Rechtfertigung einer vorübergehenden Aufrechterhaltung einer unionsrechtswidrigen Rechtslage herangezogen werden sollen, ist aber nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie kommt in Betracht, wenn diese Erwägungen wie etwa die Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaats in Art. 194 I lit. b AEUV eine unionsrechtliche Anerkennung gefunden haben. Hierbei ist allerdings den im Rahmen des Unionsrechts eröffneten Möglichkeiten, die etwa der Binnenmarkt zur Verfügung stellt, Rechnung zu tragen. Bislang hat der Gerichtshof den mitgliedstaatlichen Gerichten nur hinsichtlich des Umweltschutzes und der Stromversorgungssicherheit eines Mitgliedstaates eine Befugnis zur Aufrechterhaltung bestimmter Wirkungen unionsrechtswidrigen nationalen Rechts zugesprochen, wenn ihnen dies nach ihrem nationalen Recht möglich ist und sie die vom EuGH zum Gebrauch machen von dieser Befugnis aufgestellten Bedingungen beachten. Im Übrigen ist es dem Gerichtshof vorbehalten, eine vorübergehende Aussetzung der Verdrängungswirkung herbeizuführen, wenn dies aus spezifischen Risiken für die unionsrechtliche Rechtssicherheit erforderlich erscheint. Eine tem-

poräre Suspendierung kommt daher nur im Rahmen vom EuGH festgelegter Bedingungen in Betracht.<sup>2462</sup>

Im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung nationalen Rechts lassen sich die dieser Verpflichtung gesetzten Grenzen nur sehr eingeschränkt fruchtbar machen. So hat sich eine Verankerung der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände in der *contra legem*-Grenze als wenig ergiebig erwiesen. Ebenso ist die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände im Rahmen der Grenze der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Unionsrechts auf Ausnahmefälle begrenzt. Angedeutet hat der Gerichtshof zwar, dass der Vertrauensschutzgrundsatz als Grenze Bedeutung erlangen kann. Begrenzt war dies aber auf den Sonderfall der Anwendbarkeit einer Richtlinie auf die künftigen Auswirkungen in der Vergangenheit begonnenener Sachverhalte. Nur für straf- und verwaltungsrechtliche Fallgestaltungen ist eine eigenständige Ausgestaltung der der richtlinienkonformen Auslegung durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gezogenen Grenze festzustellen. Dass der Gerichtshof die richtlinienkonforme Auslegung im Hinblick auf die Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände anders als den Anwendungsvorrang behandeln möchte, hat er bislang nicht erkennen lassen. Vor dem Hintergrund im Ergebnis gleichartiger Wirkungen von Anwendungsvorrang und richtlinienkonformer Auslegung wäre dies auch nicht überzeugend. Neben Vertrauensschutz als Reflex der Begrenzung auf das methodisch Mögliche genießt daher lediglich eine „Zusicherung“ der nationalen Rechtsprechung in dem Sinne, dass das nationale Recht nicht richtlinienkonform auslegbar sei, Schutz.<sup>2463</sup>

Die im Taricco II-Urteil durch den EuGH ermöglichte Berücksichtigung des italienischen Verständnisses des Legalitätsgrundsatzes betrifft eine Sonderkonstellation. Sie hat zwar eine temporäre Differenzierung hinsichtlich der Verpflichtung zur Nichtanwendung nationalen Rechts ermöglicht. Trotz ihrer Anknüpfung an allgemeine Rechtsgrundsätze ist diese Entscheidung aber nicht verallgemeinerungsfähig und damit auch nicht auf den Fall der Berücksichtigung nationaler Vertrauensumstände übertragbar. Die Taricco-Konstellation zeigt jedoch, dass in unionsrechtlich nicht harmonisierten Bereichen größerer Spielraum der Mitgliedstaaten besteht, der es mitgliedstaatlichen Gerichten gestattet, auf das nationale Recht ge-

---

2462 Siehe zu den hier angesprochenen Fragestellungen ausführlich bei Fn. 1375 ff. und Fn. 1564 ff.

2463 Zum Ganzen ausführlich bei Fn. 2034 ff.

stützte Vertrauensschutzerwägungen in größerem Umfang zur Geltung zu bringen.<sup>2464</sup>

Die vorgestellten Anknüpfungspunkte erweisen sich demnach als nur eingeschränkt offen für eine Berücksichtigung nationaler Besonderheiten. Vor diesem Hintergrund sollen abschließend noch einige Ausführungen zum Aspekt der Staatshaftung erfolgen, der dann verstärkt in das Blickfeld des Interesses gerät. Zu unterscheiden sind insoweit verschiedene Konstellationen, da es davon abhängt, ob die mitgliedstaatlichen Gerichte die zeitlichen Vorgaben des Unionsrechts durchgesetzt haben oder nicht, wessen Rechtsposition im Ergebnis auf Primärebene durchgesetzt wurde. Je nachdem, ob dies unter Befolgung oder Missachtung unionsrechtlicher Vorgaben erfolgte, ist die Ausgangslage eine andere. Zu denken ist in diesem Zusammenhang sowohl an einen Staatshaftungsanspruch wegen Verstoßes gegen Unionsrecht als auch an einen Ausgleich der dem Einzelnen dadurch entstandenen Einbußen, dass das Unionsrecht ohne zeitliche Begrenzung zur Anwendung gekommen ist.<sup>2465</sup> Aufgeworfen ist dann auch die Frage, auf welcher Grundlage der jeweilige Anspruch gegebenenfalls begründet werden kann, ob auf einer unionsrechtlichen wie bei der mitgliedstaatlichen Staatshaftung nach den Grundsätzen der Francovich-Rechtsprechung oder einer nationalrechtlichen.<sup>2466</sup>

Auf dieser Sekundärebene ist als Besonderheit in Rechnung zu stellen, dass das Unionsrecht mit dem Merkmal des hinreichend qualifizierten Verstoßes als Voraussetzung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nicht nur nach einem Verstoß gegen Unionsrecht an sich, sondern nach einer besonderen Qualität des unionsrechtwidrigen Verhaltens fragt. So ist ein Verstoß gegen Unionsrecht eindeutig dann hinreichend qualifiziert, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils, in dem der zur Last gelegte Verstoß festgestellt wird, eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren oder einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofs, woraus sich die Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens ergibt, fortbestanden hat.<sup>2467</sup>

Auch wenn die vom EuGH vorgenommene Auslegung auf Primärebene *ex tunc* wirkt, führt dies also nicht zwangsläufig dazu, vor dem Zeitpunkt

---

2464 Näher bei Fn. 1685 ff. und Fn. 2315 ff.

2465 Vgl. Kirschnick, Verstoß, 2015, S. 272 f.

2466 Siehe zu dieser Unterscheidung auch Rosenkranz, Beschränkung der Rückwirkung, 2015, S. 498.

2467 EuGH, Urteil vom 13.3.2007, Rs. C-524/04 (Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation), Rn. 120.

eines klärenden EuGH-Urteils auf Sekundärebene einen hinreichend qualifizierten Verstoß des Mitgliedstaats gegen Unionsrecht anzunehmen. Das Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes kann für die Zeit vor dem Urteil daher anders ausfallen als für die Zeit danach.<sup>2468</sup>

Ist in einem Urteil die Antwort auf eine Frage zwar bereits angedeutet, aber noch nicht gegeben worden, kann vor dem diese Frage eindeutig klärenden nachfolgenden Urteil daher nicht von einem offenkundigen Verkennen der Rechtsprechung des Gerichtshofs und damit auch nicht von einem hinreichend qualifizierten Unionsrechtsverstoß ausgegangen werden.<sup>2469</sup> Ebenso ist die Verneinung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes möglich, wenn eine Richtlinienbestimmung ungenau ist und von einem Mitgliedstaat vertretbar ausgelegt wird, was insbesondere der Fall sein kann, wenn zu der fraglichen Vorschrift EuGH-Rechtsprechung fehlt, aus der sich ergibt, wie diese auszulegen ist und wenn nahezu alle Mitgliedstaaten die gleiche Auslegung zugrunde gelegt haben.<sup>2470</sup> Ergibt sich allerdings aus einer ohne Weiteres auf vergleichbare Sachverhalte übertragbaren gefestigten Rechtsprechung ein bestimmtes Erfordernis, ist der Einwand abgeschnitten, die Rechtsprechung sei noch nicht eindeutig gefestigt gewesen, sodass es an einem hinreichend qualifizierten Verstoß fehle.<sup>2471</sup> Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist in diesem Fall deswegen zu bejahen.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs einer erst allmählich Kontur gewinnenden Rechtslage durch Verneinung eines hinreichend qualifizierten Verstoßes Rechnung trägt. Ein Automatismus zwischen ex tunc-Wirkung und hinreichend qualifiziertem Unionsrechtsverstoß besteht demnach nicht. Von einer genauen Untersuchung der bisherigen Rechtsprechung, die fragt, welche Aussage ihr

---

2468 EuGH, Urteil vom 25.4.2013, Rs. C-398/11 (Hogan u.a.), Rn. 51 f. Seit der Verkündung des klärenden Urteils liegt ein hinreichend qualifizierter Verstoß also vor, vgl. GA *Mengozzi*, Schlussanträge vom 23.1.2017 in der Rs. C-482/16 (Stollwitzer), Rn. 71. Siehe auch EuGH, Urteil vom 19.6.2014, verb. Rs. C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 (Specht u.a.), Rn. 105.

2469 EuGH, Urteil vom 28.7.2016, Rs. C-168/15 (Tomášová), Rn. 29 f., 33.

2470 EuGH, Urteil vom 26.3.1996, Rs. C-392/93 (British Telecommunications), Rn. 43 ff.; EuGH, Urteil vom 17.10.1996, verb. Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Denkavit u.a.), Rn. 51 ff.

2471 Vgl. EuGH, Urteil vom 30.5.2017, Rs. C-45/15 P (Safa Nicu Sepahan), Rn. 34 ff.

mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden kann, entbindet dies aber natürlich nicht.<sup>2472</sup>

Eine Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärebene hat auch das Bundesverfassungsgericht im Blick, wenn es in seinem Honeywell-Beschluss die Auffassung vertritt, in der Rechtsprechung des Gerichtshofs fänden sich keine Anhaltspunkte für einen Ausschluss sekundären Vertrauenschutzes durch Ersatz des Vertrauensschadens. Es erachtet es danach für möglich, zur Sicherung des verfassungsrechtlichen Vertrauenschutzes in Konstellationen der rückwirkenden Nichtanwendbarkeit eines Gesetzes infolge einer Entscheidung des Gerichtshofs innerstaatlich eine Entschädigung dafür zu gewähren, dass ein Betroffener auf die gesetzliche Regelung vertraut und in diesem Vertrauen Dispositionen getroffen hat. Auch das unionsrechtliche Haftungsrecht weise dem Mitgliedstaat die Verantwortung für ein unionsrechtswidriges Gesetz zu und entlaste insoweit den Bürger.<sup>2473</sup>

Das Bundesverfassungsgericht bringt dadurch seinen Wunsch nach erweiterten Möglichkeiten zur Gewährung von Vertrauenschutz auf Primärbene zum Ausdruck.<sup>2474</sup> Auf den Befund der derzeit insoweit nur sehr eingeschränkt bestehenden Möglichkeiten mit dem Vorschlag der Gewährung von Vertrauenschutz auf Sekundärebene mit Hilfe eines sozusagen „europarechtskonträren“ Anspruchs zu reagieren, erscheint aus unionsrechtlicher Perspektive allerdings nicht unproblematisch.<sup>2475</sup> Im Vergleich zu der beim „normalen“ unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch anzutreffenden Ausgangslage ist die diesem Anspruch zugrundeliegende nämlich gewissermaßen „invers“<sup>2476</sup>, da der vom Bundesverfassungsgericht ins Auge gefasste Anspruch letztlich auf die Durchsetzung des unionsrechtswidrigen nationalen Rechts gerichtet ist. Wie ein solcher Ansatz aus dem Blickwinkel unionsrechtlicher Grundsätze zu bewerten ist, bleibt

---

2472 In diesem Zusammenhang ist auch das Urteil des BGH zur Bedeutung der verfassungsgerichtlichen Übergangsfrist im Sportwetten-Urteil (BVerfG, Urteil vom 28.3.2006, 1 BvR 1054/01 – BVerfGE 115, 276) für die Frage des Vorliegens eines hinreichend qualifizierten Verstoßes zu betrachten und kritisch zu würdigen, BGH, Urteil vom 18.10.2012, III ZR 196/11 – EuZW 2013, 194.

2473 BVerfG, Beschluss vom 6.7.2010, 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286 (314 f.). Das Bundesverfassungsgericht lässt offen, ob ein entsprechender Anspruch bereits im bestehenden Staatshaftungssystem angelegt ist.

2474 Zu dieser Einschätzung gelangt auch Giegerich, EuR 2012, 373 (380).

2475 Giegerich, EuR 2012, 373.

2476 Eder, EuR 2015, 746 (759). Von *ZöchlingJud*, in: FS Mayer, 2011, S. 871 (879) als „umgekehrte“ Staatshaftung“ bezeichnet.

### *Schlussbetrachtung und Ausblick*

einer eigenständigen und eingehenden Untersuchung an anderer Stelle vorbehalten.