PROF. DR. MARTIN NETTESHEIM

Die Unionsrechtswidrigkeit der Begrenzung in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB

- Vorgaben des EU-Rechts, Umsetzungsverstoß des deutschen Gesetzgebers und unionsrechtliche Haftung der Bundesrepublik Deutschland -

Rechtsgutachten im Auftrag der

Zurich Insurance plc Niederlassung für Deutschland

Tübingen, den 21. November 2019

PROF. DR. MARTIN NETTESHEIM – UNIVERSITÄT TÜBINGEN
JURISTISCHE FAKULTÄT
GESCHWISTER SCHOLL PLATZ 1 – 72074 TÜBINGEN
TEL. +49-(0)70712978101 – NETTESHEIM@UNI-TUEBINGEN.DE

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Vorgaben der RL (EU) 2015/2302

1. Nach Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 über Pauschalreisen muss die Insolvenzabsicherung der Zahlungen von Pauschalreisenden für den Fall der Insolvenz des Reiseveranstalters „wirksam“ sein und „die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten“ abdecken.

2. Die unionsrechtlich gebotene *Wirksamkeit* der Absicherung leidet, wenn der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber dem Kundengeldabsicherer die Erhebung von Einwendungen oder Einreden ermöglicht, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind. Die Richtlinie sieht nicht vor, dass ein Absicherer sein Haftungsrisiko auf eine bestimmte Höchstsumme im Geschäftsjahr begrenzen kann.

3. In den Begründungserwägungen der Richtlinie ist davon die Rede, dass die Haftung für „sehr unwahrscheinliche Risiken“ ausgeschlossen werden kann. Es ist zweifelhaft, ob sich aus einer Begründungserwägung unmittelbare Befugnisse des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers ableiten lassen. Jedenfalls würde ein mitgliedstaatlicher Gesetzgeber nur dann unionsrechtskonform handeln, wenn er konkret festlegte, welche „sehr unwahrscheinlichen Risiken“ zu einem Haftungsausschluss führen sollen. Abstrakte Haftungshöchstgrenzen erfüllen dieses Erfordernis nicht. Die Insolvenz eines großen Reiseveranstalters ist kein „sehr unwahrscheinliches Risiko“.

4. Die Insolvenzabsicherung muss nach Wortlaut, Genese und Normzweck *in vollem Umfang* erfolgen. Die Richtlinie verlangt eine *umfassende* Absicherung der „nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten“. Der Unionsgesetzgeber lässt es dabei zu, dass sich die Absicherung auf einen „ausreichend hohen Prozentsatz des Umsatzes“ beschränkt. Er sieht vor, dass für jeden Reiseveranstalter ein *Risikoprofil* ermitteln werden muss, dessen Eigenart die konkrete Höhe der Absicherung determiniert. Dieses Profil muss dynamisch fortgeschrieben werden.

5. Der staatliche Umsetzungsgesetzgeber muss daher vorsehen, dass die Insolvenzabsicherung (und etwaige Begrenzungen) am Risikoprofil des Reiseveranstalters ansetzen. Begrenzungen, die am Geschäftsprofil des Absicherers anknüpfen, sind danach unzulässig. Der Regelungsansatz der RL (EU) 2015/2302 unterscheidet sich in diesem Punkt von der offeneren Vorgängerregelung in Art. 7 der RL 90/314/EWG.

6. Selbst wenn man Art. 17 der RL so verstünde, dass allgemeine Höchstgrenzen zulässig wären, müssten diese so hoch angesetzt werden, dass alle bei der Insolvenz eines großen Reiseveranstalters anfallenden Ansprüche abgedeckt sind. Der EuGH hatte schon zur RL 90/314/EWG festgestellt, dass die Absicherung „vollständig“ sein müsse, „unabhängig von den Modalitäten“. Der mitglied-

staatliche Gesetzgeber müsste Höchstgrenzen auch rechtzeitig so anpassen, dass sie der Marktentwicklung gerecht werden.

II. Unionsrechtswidrigkeit des § 651r Abs. 3 S. 3-4 BGB

7. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat bei der Umsetzung des Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 einen Ansatz der Haftungsbegrenzung gewählt, der sich von den Vorgaben der RL unterscheidet.

8. Schon die Unionsrechtskonformität von § 651k Abs. 2 BGB a.F. stand in Zweifel. Im Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 machte der Bundesrat geltend, dass die Anforderungen des Unionsrechts durch die geplante Übernahme der bisherigen Regelung verletzt würden. Gleichwohl entschied sich der Gesetzgeber mit zweifelhafter Begründung, das deutsche Recht nicht den neuen Anforderungen der RL (EU) 2015/2302 anzupassen. Auch eine Anhebung der seit über zwei Jahrzehnten weitgehend unveränderten Höchstgrenze wurde abgelehnt.

9. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum war man einhellig der Auffassung, dass § 651k Abs. 2 BGB a.F. unionsrechtswidrig war. Nach überwiegender Auffassung ist auch die Neuregelung des § 651r Abs. 3 S. 3 BGB unionsrechtswidrig.

10. Der deutsche Gesetzgeber hat mit dem Erlass und der unveränderten Beibehaltung von § 651r Abs. 3 BGB einen vierfachen Rechtsverstoß begangen:

11. Der Umsetzungsgesetzgeber hat in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB eine Einwendung geschaffen, die die Wirksamkeit der Ansprüche der Reisenden beeinträchtigt, ohne hierzu von der Richtlinie ermächtigt zu sein. Die in § 651r Abs. 3 S. 2 BGB vorgesehene Einwendung erstreckt sich nicht auf „sehr unwahrscheinliche Risiken“ und kann daher auch nicht durch Verweis auf die Begründungserwägung 40 der RL gerechtfertigt werden.

12. Der Umsetzungsgesetzgeber hat eine Haftungshöchstgrenze der Absicherer geschaffen, die der Art und der Höhe nach mit Art. 17 der RL unvereinbar ist. § 651r Abs. 3 S. 3 BGB widerspricht dem Leitbild der RL, wonach sich die Höhe der Absicherung (und ihre Begrenzung) am Risikoprofil des Reiseveranstalters orientieren muss. Die Höchstgrenze, die mehrere Jahrzehnte nicht angepasst wurde, ist so niedrig angesetzt, dass es schon bei der Insolvenz eines großen Reiseveranstalters zu Beeinträchtigungen unionsrechtlich garantierter Ansprüche kommen kann. Das bewirkt einen Umsetzungsverstoß.

13. Die in § 651r Abs. 3 S. 4 BGB vorgesehene anteilige Kürzung unionsrechtlich garantierter Ansprüche führt zu einer weiteren, so in der RL nicht vorgesehenen Beeinträchtigung. Auch hierin liegt dann ein Umsetzungsverstoß.

14. Der Gesetzgeber hat auch seine Beobachtungs- und Anpassungspflicht nicht erfüllt, die ihn dazu verpflichtete, etwaige Haftungshöchstgrenzen der Marktentwicklung anzupassen.

15. § 651r Abs. 3 S. 3 BGB ist wirksam und anwendbar. Eine Nichtanwendung *contra legem* ist weder unionsrechtlich geboten noch rechtsstaatlich zulässig.

16. Die Bestimmungen der RL (EU) 2015/2302 können im horizontalen Verhältnis zwischen Privaten keine Rechte begründen oder beeinträchtigen.

III. Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch

17. Der EuGH hat schon mehrfach darauf hingewiesen, dass mitgliedstaatliche Umsetzungsverstöße im Bereich der Insolvenzabsicherung von Reisenden zur Staatshaftung führen können.

18. Die beschriebenen Umsetzungsverstöße des deutschen Gesetzgebers betreffen Bestimmungen des Unionsrechts, die auf eine Individualbegünstigung einzelner Reisenden abzielen und hinreichend konkret formuliert sind, um die Feststellung zu ermöglichen, wie Reisende rechtlich gestellt werden sollen.

19. Die Umsetzungsverstöße des deutschen Gesetzgebers sind offenkundig und „qualifiziert". Der Gesetzgeber hat nicht zur Kenntnis genommen, dass der EU-Normgeber in Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 einen Regelungsansatz verfolgt, der sich von der viel unbestimmteren Vorgängerregelung unterscheidet. Er hat Einwendungen geschaffen, die so in der Richtlinie nicht vorgesehen sind. Er hat Höchstgrenzen festgelegt, die im Lichte der Marktentwicklung erkennbar und offenkundig zu niedrig angesetzt waren. Ihm stand vor Augen, dass die Regelungen des deutschen Umsetzungsrechts die Insolvenz eines großen Reiseveranstalters nicht absichern würden.

20. Der Umsetzungsverstoß bewirkt bei Reisenden in adäquat-kausaler Weise einen Schaden. Reisende sind so zu stellen, wie sie stünden, wenn der Gesetzgeber die Richtlinie unionsrechtskonform umgesetzt hätte. Den Reisenden können Haftungsbegrenzungen, die der Gesetzgeber *hätte* einrichten können, von der Bundesregierung, die nicht die Rolle des hypothetischen Gesetzgebers spielen kann, nicht entgegengehalten werden.

21. Reisende, die einen nach § 651r Abs. 4 S. 1 BGB entstandenen Anspruch wegen einer auf § 651r Abs. 3 S. 3-4 BGB gestützten Einwendung nicht durchsetzen können, steht damit gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Schadensersatzanspruch zu.

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt und Fragestellung 7

B. Die unionsrechtlichen Vorgaben 10

I. Unionsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Sicherung 10

II. Art und Umfang der unionsrechtlich vorgesehenen Insolvenzabsicherung 12

1. Wirksamkeit der Absicherung 12

a) Beeinträchtigung der Wirksamkeit durch Begründung von Einwendungen und Einreden 13

b) Möglichkeit der Begrenzung in Fällen eines „sehr unwahrscheinlichen Risikos“ 14

c) Notwendigkeit der klaren Benennung der auszuschließenden Risiken – Insolvenz eines großen Veranstalters kein „sehr unwahrscheinliches Ereignis“ 16

2. Umfang und Höhe der Absicherung 18

a) Abdeckung der nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten 18

b) Systematik: Erläuterung durch Begründungserwägung 40 der Richtlinie 20

c) Genese 21

aa) Rechtslage nach der Vorgängerbestimmung: Art. 7 der RL 90/314/EWG 22

bb) Rechtsprechung zu Art. 7 der RL 90/314/EWG: Gebot der vollständigen Absicherung „unabhängig von den Modalitäten“ 23

cc) Legislative Vorgeschichte der RL (EU) 2015/2302: Spezifizierung der Anforderungen an die Absicherung 26

d) Sinn und Zweck 28

aa) Notwendigkeit der umfassenden Absicherung aller Risiken 28

bb) Maßstab der „nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten“ 30

cc) Verpflichtendes Leitbild: Etwaige Deckelung muss im Zusammenhang mit dem konkreten Umsatz eines spezifischen Unternehmens stehen 32

dd) Hilfsweise: Bei Festlegung einer allgemeinen Höchstgrenze muss jedenfalls die Absicherung der „vorhersehbaren Kosten“ beim größten Unternehmen gewährleistet sein 33

ee) Gebot der Beobachtung der Marktentwicklung – Pflicht zur rechtzeitigen Anpassung 34

III. Zwischenfazit: Umfassender und risikoadäquater Schutz vor Insolvenzrisiken 35

C. Die Umsetzung in deutsches Recht 37

I. Insolvenzabsicherung in § 651r BGB: Überblick 37

II. Grundsätzliche Abweichung vom Regelungsansatz der RL (EU) 2015/2302 39

III. Gesetzgebungsgeschichte: Zunehmende Bedenken hinsichtlich der Richtlinienkonformität 40

1. Argumentation 1993: Unmöglichkeit und Vertrauen auf eine ausreichende Absicherung 40

2. Argumentation 2001: Vertrauen auf eine ausreichende Absicherung und „Nichtdarstellbarkeit“ der Rückversicherung 42

3. Argumentation 2016: Zurückweisung der Zweifel an der Richtlinienkonformität der Begrenzung 44

4. Fazit: Erkennbare und offene Zweifel des Gesetzgebers an der Unionsrechtskonformität der Umsetzung 47

IV. Rechtswissenschaftliche Kritik an der Umsetzung 48

V. Vorliegen eines vierfachen Unionsrechtsverstoßes 52

1. Umsetzungsverstoß dadurch, dass die Durchsetzbarkeit des Sicherungsanspruchs unspezifisch von der Geschäftsentwicklung des Absicherers abhängig gemacht wird 53

a) Grundsätzliche Unzulässigkeit der Begründung von Einwendungen und Einreden gegen berechtige Ansprüche 53

b) Keine Beschränkung der Begrenzung auf „sehr unwahrscheinliche Ereignisse“ 54

c) Erleichterung der Rückversicherbarkeit berechtigt nicht zur Begrenzung garantierter Ansprüche ... 55
d) Fazit: Richtlinienwidrige Begrenzung der nach der RL bestehenden Ansprüche ... 56
2. Umsetzungsverstoß dadurch, dass § 651r Abs. 3 S. 3 BGB den gebotenen Umfang der Absicherung mittelbar beeinträchtigt ... 56
a) Wahl eines Regelungsansatzes, der mit den Vorgaben der neuen Richtlinie unvereinbar ist ... 57
b) Keine unionsrechtskonforme „Absicherung eines ausreichend hohen Prozentsatzes des Umsatzes des Veranstalters“ ... 58
c) Fazit: Insolvenzabsicherung in Höhe eines untergeordneten Umsatzanteils großer Reiseveranstalter unionsrechtswidrig ... 60
3. Umsetzungsverstoß dadurch, dass § 651r Abs. 3 S. 4 BGB weitergehende Einschränkungen vorsieht ... 60
4. Keine angemessene Überwachung und Fortschreibung der Höchstgrenze ... 61
5. Hohe Wahrscheinlichkeit der Feststellung von Vertragsverstößen durch den EuGH ... 61
VI. Unionsrechtswidrigkeit, aber Wirksamkeit der Begrenzungsmöglichkeit ... 62
1. Unzulässigkeit einer gesetzeskorrigierenden Rechtsfortbildung ... 62
a) Reichweite und Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung – kein Gebot der Auslegung „contra legem“ ... 62
b) Rechtsfortbildung „contra legem“ würde Art. 20 Abs. 3 GG verletzen ... 65
c) Nichtanwendung von § 651r Abs. 3 S. 3 BGB wäre unzulässige Rechtsfortbildung „contra legem“ ... 66
2. Keine unmittelbare horizontale Wirkung der Richtlinie ... 68

D. Rechtsfolgen des Umsetzungsverstoßes: Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland ... 71
I. Voraussetzungen und Umfang des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ... 71
1. Vorliegen eines zurechenbaren mitgliedstaatlichen Rechtsverstoßes ... 72
2. Nichtumsetzung bzw. fehlerhafte Umsetzung einer individualbegünstigen Vorschrift ... 73
3. Bestimmbarkeit des Inhalts der Begünstigung ... 73
4. Bei unionsrechtswidriger Rechtsetzung: Vorliegen eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ ... 74
5. Kausaler Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und einem dem Geschädigten entstandenen Schaden ... 76
6. Rechtsfolgen ... 76
II. Fehlerhafte Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 RL (EU) 2015/2302 begründet Staatshaftungsanspruch ... 77
1. Fehlerhafte Umsetzung einer Unionsbestimmung, die auf eine Individualbegünstigung abzielt ... 78
2. Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes ... 78
a) In Hinblick auf die Wirksamkeit des Schutzes ... 79
b) Im Hinblick auf den Umfang des Schutzes ... 81
3. Adäquat-kausaler Schaden ... 83
III. Fazit: Bestehen eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs ... 84

A. Sachverhalt und Fragestellung

Am 25. September 2019 meldeten wichtige Gesellschaften der deutschen *Thomas Cook-Gruppe* Insolvenz an (Thomas Cook GmbH, Thomas Cook Touristik GmbH, Bucher & Öger Tours GmbH). Das Amtsgericht Bad Homburg ordnete in der Folge die Eröffnung weiterer Insolvenzverfahren über das Vermögen der Thomas Cook Vertriebs GmbH, der Sentido Hotels & Resorts GmbH, der Thomas Cook Airport Service GmbH, der Thomas Cook Destinations GmbH, der Thomas Cook Eurocenter Beteiligungs- und Reisevermittlungs GmbH und der Neckermann Urlaubswelt GmbH an.

Die Absicherung der von der Insolvenz betroffenen Unternehmen hatte die *Zurich Insurance plc Niederlassung für Deutschland* übernommen. Dieser Kundengeldabsicherer hatte die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Deckelung von 110 Mio. pro Geschäftsjahr in dem mit *Thomas Cook* geschlossenen Versicherungsvertrag vereinbart. Auch in den Sicherungsscheinen, die den Kunden von Thomas Cook ausgehändigt wurden, wird auf die besagte Haftungsobergrenze Bezug genommen. Nach § 651r Abs. 3 S. 4 BGB verringern sich die Erstattungsansprüche der Reisenden (§ 651r Abs. 4 S. 1 BGB) gegen den Kundengeldabsicherer, wenn die gesetzlich zu erstattenden Beträge in einem Geschäftsjahr den Höchstbetrag von EUR 110 Mio. überschreiten. Die Verringerung erfolgt in dem Verhältnis, in dem der Gesamtbetrag zum Höchstbetrag steht.

Wie die *Zurich* angekündigt hat, liegt der Gesamtschadensumfang der Insolvenz der deutschen Thomas Cook-Unternehmen aller Voraussicht nach weit über dem in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB festgelegten Deckelungsbetrag von EUR 110 Mio.. Auch wenn die endgültige Bestimmung der Schadenshöhe noch aussteht, sprechen daher schon heute gewichtige Gründe für die Annahme, dass die Erstattungsansprüche der von der Insolvenz der Thomas Cook-Unternehmen betroffenen Reisenden nach den gesetzlichen Vorgaben des § 651r Abs. 3 BGB nur anteilig und nicht im vollen Umfang erstattet werden.

Die dem Kundengeldabsicherer gesetzlich gewährte Befugnis, die Erfüllung der Ansprüche nach § 651r Abs. 4 S. 1 BGB durch einen Höchstbetrag zu begrenzen, bezieht sich auf alle Ansprüche der Reisenden aus § 651r Abs. 1, Abs. 4 BGB. Dies ergibt sich nicht nur eindeutig aus dem Gesetz („die ... insgesamt nach diesem Gesetz zu erstattenden Beträge …"), sondern auch aus dem vom Gesetzgeber entworfenen Musterformular für den Sicherungsschein („Er haftet für alle ... insgesamt zu erstattenden Beträge ... ."). [1] § 651r BGB sieht nicht vor, dass der Kundengeldabsicherer den Reisenden gegenüber Leistungen erbringen muss, die nicht in die Höchstgrenze nach § 651r Abs. 3 S. 3 BGB einbezogen werden. [2] Andernfalls drohte jene unbegrenzte Haftung, die der deutsche Gesetzgeber hat ausschließen wollen. Funktional sind auch Sachleistungen, die der Kundengeldabsicherer für Reisende organisiert, letztlich Leistungen, die zur Befriedigung von Ansprüchen der Reisenden nach EU-Pauschalreiserecht erbracht werden; die hierbei anfallenden Kosten sind „Beträge" im Sinne von § 651r BGB. Im Folgenden wird diese – allerdings nicht unstrittige [3] – Beurteilung der bürgerlich-rechtlichen Rechtslage der Analyse der Unionsrechtskonformität der in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB zugrunde gelegt.

Seit Bekanntwerden der Insolvenz von Unternehmen der *Thomas Cook-Gruppe* wird über die Frage diskutiert, ob die betroffenen Reisenden in dem Umfang, in dem ihr Erstattungsanspruch aus § 651r Abs. 4 S. 1 BGB wegen der Deckelung nach § 651r Abs. 3 S. 3 BGB gekürzt werden wird, Schadensersatz von der Bundesrepublik Deutschland verlangen können. Der Europäische Gerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung von aus, dass ein Mitgliedsstaat den vom Unionsrecht begünstigten Bürgerinnen und Bürgern unter bestimmten Voraussetzungen zum Schadensersatz verpflichtet ist, wenn er eine EU-Richtlinie nicht oder nicht richtig umsetzt. Mit Blick darauf, dass § 651r Abs. 3 BGB der Umsetzung der

[1] Drittes Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 17. Juli 2017, BGBl. 2017 I S. 2394 (2420); Anl. 18 zu Art. 252 I EGBGB.
[2] Blankenburg, in: BeckOGK, § 651r BGB, 1.8.2019, Rn. 96.
[3] Staudinger, NJW-aktuell 2019 (41) S.15 (print).

Bestimmungen der RL (EU) 2015/2302 dient, ist die Annahme einer Schadensersatzpflicht naheliegend.

Die hiermit vorgelegte rechtswissenschaftliche Untersuchung analysiert zunächst die Vorgaben, die sich aus Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Insolvenzabsicherungsregimes für Reiseveranstalter ergeben (nachfolgend B.). Sie führt vor Augen, dass den Vorgaben der Richtlinie nur durch die Schaffung eines umfassenden und risikoadäquaten Erstattungsregimes Rechnung getragen wird. Im folgenden Teil wird dann dargelegt, dass die Bundesrepublik Deutschland einen dreifachen Umsetzungsverstoß begangen hat, indem sie den Kundengeldabsicherern die Befugnis eingeräumt hat, die Befriedigung der Erstattungsansprüche der Reisenden nach § 651r Abs. 1, Abs. 4 S. 1 BGB in Höhe von EUR 110 Mio. zu deckeln (nachfolgend C.). Die Untersuchung wird insbesondere aufzeigen, dass eine richtlinienkonforme „Auslegung“, vermittels derer die Begrenzung des § 651r Abs. 3 S. 3 BGB ausgehebelt wird, weder unionsrechtlich verlangt wird noch nach rechtsstaatlichen Vorgaben zulässig wäre. Im abschließenden Teil wird ausgeführt, dass die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs gegeben sind (nachfolgend D.).

B. Die unionsrechtlichen Vorgaben

Die unionsrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Reisevertragsrechts und für die Absicherung geschlossener Pauschalreiseverträge findet sich in der Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen.[4] Nach den Bestimmungen dieser Richtlinie[5] mussten die Umsetzungsbestimmungen zur Durchführung der Richtlinie von den EU-Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 2018 erlassen werden (Art. 28 Abs. 1 RL (EU) 2015/2302). Die Anwendung dieser Umsetzungsbestimmungen hatte dann ab dem 1. Juli 2018 zu erfolgen (Art. 28 Abs. 1 RL (EU) 2015/2302). Im Gegensatz vor Vorgängerrichtlinie 90/314/EWG erfolgt durch die RL (EU) 2015/2302 eine Vollharmonisierung. Die Vorgaben der RL (EU) 2015/2302 sind damit nicht nur Mindestvorgaben, von denen die Mitgliedstaaten in eine bestimmte Richtung abweichen können. Die geltende Richtlinie lässt, wie im Folgenden noch darzustellen sein wird, den Mitgliedstaaten allerdings in einzelnen Fragen einen unionsrechtlich definierten und begrenzten Ausgestaltungsspielraum.

I. Unionsrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Sicherung

Die RL (EU) 2015/2302 sieht in Art. 17 vor, dass die EU-Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, dass die in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Reiseveranstalter „Sicherheit für die Erstattung aller von Reisenden oder in deren Namen geleisteten Zahlungen leisten“ müssen (Art. 17 Abs. 1 S. 1 RL (EU) 2015/2302). Der den Versicherungsfall auslösende Umstand ist, dass „die betreffenden Leis-

---

[4] ABl. 2015 L 326/1; inhaltliche Darstellungen etwa bei Stefanie Bergmann, Die EU-Richtlinie über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen – eine lange Reise zum neuen Recht, VuR 2016, 43; Ernst Führich, Die neue Pauschalreiserichtlinie, NJW 2016, 1204; Gabriele Scheuer, Die neue Pauschalreiserichtlinie, RRa 2015, 277; Klaus Tonner, Die neue Pauschalreiserichtlinie, EuZW 2016, 95.

[5] Überblick bei: Klaus Tonner, Die neue Pauschalreiserichtlinie, EuZW 2016, 95.

tungen infolge der Insolvenz des Reiseveranstalters nicht erbracht werden.“ (Art. 17 Abs. 1 S. 2 RL (EU) 2015/2302).

Die Richtlinie enthält konkretisierende Regelungen hinsichtlich der *Reichweite* der zu begründenden Insolvenzabsicherung. Sie bestimmt in Art. 17 Abs. 1 S. 2, dass die Sicherung in Fällen, in denen der Pauschalreisevertrag die Beförderung von Personen umfasst, auch die Rückbeförderung der Reisenden umfassen muss. Eine entsprechende Regelung findet sich für verbundene Reiseleistungen auch in Art. 19 Abs. 1 der RL (EU) 2015/2302.

Die Richtlinie regelt ferner den *Umfang* und die *Effektivität* der unionsrechtlich vorgegebenen Sicherung. Nach Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 gilt:

> „Die Sicherheit gemäß Absatz 1 muss wirksam sein und die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten abdecken. Sie muss die Beträge der Zahlungen abdecken, die von Reisenden oder in ihrem Namen in Bezug auf Pauschalreisen geleistet wurden, unter Berücksichtigung der Dauer des Zeitraums zwischen den Anzahlungen und endgültigen Zahlungen und der Beendigung der Pauschalreisen sowie der geschätzten Kosten einer Rückbeförderung im Fall der Insolvenz des Veranstalters.“

Im Übrigen finden sich ergänzende Regelungen für den Eintritt einer Insolvenz. Nach Art. 17 Abs. 4 der RL (EU) 2015/2302 muss die Sicherheit *kostenlos* zur Verfügung stehen, wenn es in der Folge einer Insolvenz eines Reiseveranstalters zu Beeinträchtigungen bei der Erbringung der vertraglichen Pauschalreiseleistung kommt, um die Rückbeförderung (und – bei Erforderlichkeit – die Finanzierung von Unterkünften vor der Rückbeförderung) zu gewährleisten.

II. Art und Umfang der unionsrechtlich vorgesehenen Insolvenzabsicherung

Der europäische Gesetzgeber legt - wie schon gesagt - die Anforderungen an die Art und Weise der Absicherung von Kundengeldern in Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 fest. Nach dessen Satz 1 muss die Sicherheit „wirksam sein“ und „die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten abdecken.“ In der Bestimmung wird damit zwischen Anforderungen an die *Qualität der Absicherung* und Aussagen hinsichtlich der *Höhe der Absicherung* differenziert. Nach den allgemeinen Regeln der Auslegung des Unionsrechts müssen diese Vorgaben nach Wortlaut, Systematik, Genese und Zweck interpretiert werden. Etwaige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ist von zentraler Bedeutung (Präjudizienorientierung der Auslegung).

Die nachfolgenden Ausführungen zur Interpretation und Konkretisierung des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 gehen zunächst auf die Wirksamkeit (nachfolgend 1.), im Folgenden dann auf den Umfang der unionsrechtlich gebotenen Insolvenzabsicherung (nachfolgend 2.) ein.

1. Wirksamkeit der Absicherung

Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 betont zunächst, dass die Sicherheit gemäß Absatz 1 „wirksam“ (englisch: „effective“; französisch: „effective“[6]) sein *muss*. Diese Festlegung ist deshalb von erheblicher Bedeutung, weil der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten die Entscheidung überlässt, in welcher Form die Sicherheit gestellt werden soll (Versicherungslösung, Bankbürgschaft, staatliche Absicherung etc.).[7] Auch im Übrigen versucht die Richtlinie nicht, das

[6] Der Vergleich der verschiedenen Amtssprachen ergibt keine Formulierungsunterschiede.

[7] Vgl. Commission Staff Working Papier, S. 83: „Nevertheless, the CJEU has outlined in numerous the insolvency protection must be effective, i.e. it must guarantee the consumers' repatriation and the refund of money that they have paid. As a result, there are numerous diverging methods for providing insolvency

von dem Mitgliedstaaten einzurichtende Sicherungssystem bis in die letzten Einzelheiten abschließend zu regulieren. Ungeachtet des Umstandes, dass die Richtlinie eine Vollharmonisierung beansprucht, bleibt den Mitgliedstaaten hier ein gewisser Gestaltungsspielraum – ein Gestaltungsspielraum, der von dem normativen Kriterium der „Wirksamkeit“ begrenzt wird.

a) Beeinträchtigung der Wirksamkeit durch Begründung von Einwendungen und Einreden

Wirksamkeit bedeutet, dass die Erfüllung der sich aus Art 17 der RL ergebenden Ansprüche nicht gefährdet sein darf. Die Wirksamkeit wäre zunächst dann beeinträchtigt, wenn es das mitgliedstaatliche Umsetzungsrecht zuließe, dass die Kundengeldabsicherung von Institutionen übernommen wird, die nicht die nach allgemeinen Anschauungen erforderliche Stabilität und Solvenz aufweisen (institutionell-ökonomische Beeinträchtigung der Wirksamkeit).

Die Wirksamkeit der Absicherung wäre aber auch dann beeinträchtigt, wenn das Kundengeldabsicherungsunternehmen die Möglichkeit hätte, aus Gründen, die nicht vom EU-Recht vorgesehen sind, etwaige aus der Insolvenz eines Reiseveranstalters erwachsende Ansprüche ganz oder teilweise zurückzuweisen. Ein mitgliedstaatliches Absicherungsregime, das die Geltung und Durchsetzbarkeit eigentlich entstandener Ansprüche aufgrund von *Einwendungen oder Einreden des Kundengeldabsicherungsunternehmens* beeinträchtigt, ist nicht wirksam im Sinne von Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 (rechtliche Beeinträchtigung der Wirksamkeit). Die Vorgaben des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 werden daher nicht richtig umgesetzt, wenn das mitgliedstaatliche Umsetzungsrecht einem Absicherer die Möglichkeit einräumt, die Erfüllung der von der Richtlinie vorgesehenen und entstandenen Ansprüche zu verweigern, ohne dass dies

---

protection in the Member States, e.g. insurances, bank guarantees, national insolvency funds or a combination of these methods. Some Member States have a wider scope of protection than merely insolvency protection for services included in the package. Consequently, there seems to be significant differences in the level of consumer protection in the Member, the vague wording of Article 7 has led to several court cases, with subsequent referrals to the ECJ.“

so in der Richtlinie vorgesehen ist. Die Entscheidung eines EU-Mitgliedstaats, dem Kundengeldabsicherungsunternehmen Einwendungen und Einreden zu gewähren, die von der Richtlinie nicht vorgesehen sind, würde deren „effet utile“ verletzen und würde einen Umsetzungsverstoß verursachen.

In dieser Studie muss nicht abschließend geklärt werden, welche Einwendungen und Einreden von den Bestimmungen der Richtlinie getragen werden. Beispielsweise sind mitgliedstaatliche Regelungen, die eine Verjährung der Absicherungsansprüche von Reisenden vorsehen, nicht per se unzulässig. Für diese Studie kommt es allein darauf an, dass die Richtlinie eine Einrede, die an der Gesamtbelastung des Absicherers ansetzt, in den rechtlich verbindlichen Bestimmungen eindeutig *nicht* vorsieht. Im Ausgangspunkt lässt sich damit festhalten, dass mitgliedstaatliche Regelungen, die einem Kundengeldabsicherer die Befugnis verleihen, die Erfüllung von Ansprüchen ab einer bestimmten Höhe zurückweisen zu können, mit dem Wirksamkeitserfordernis des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 unvereinbar sind.

b) Möglichkeit der Begrenzung in Fällen eines „sehr unwahrscheinlichen Risikos“

Rechtlich nicht ausgeschlossen erscheint es allerdings, eine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Begrenzung der Haftung von Absicherern über einen Rückgriff auf die Begründungserwägungen der Richtlinie zu postulieren. Relevanz hat in diesem Zusammenhang die Begründungserwägung 40 der RL (EU) 2015/2302. Der europäische Gesetzgeber legt hier fest, dass für die Beurteilung der „Wirksamkeit des Insolvenzschutzes“ „sehr unwahrscheinliche Risiken“ nicht berücksichtigt werden müssen.

In den Sätzen 4 und 5 dieser Erwägung wird im Einzelnen festgestellt: „Ein wirksamer Insolvenzschutz sollte jedoch nicht bedeuten, dass sehr unwahrscheinliche Risiken berücksichtigt werden müssen, wie beispielsweise die gleichzeitige Insolvenz mehrerer der größten Reiseveranstalter, wenn dies unverhältnismäßige Auswirkungen auf die Kosten des Schutzes haben und somit seine Wirksamkeit

beeinträchtigen würde. In solchen Fällen kann die garantierte Erstattung begrenzt sein."

Grundsätzlich gehören Richtlinienerwägungen nicht zu den operativen Teilen einer Richtlinie. Sie können einem Mitgliedstaat daher keine Befugnis verleihen, die nicht in den *Artikeln* der Richtlinie selbst bereits angelegt ist. Zweck der Richtlinienerwägungen ist es nämlich, die wichtigsten Bestimmungen des operativen Richtlinientextes in knapper Form zu begründen, ohne deren Wortlaut wiederzugeben oder zu paraphrasieren; sie dürfen keine Bestimmungen mit normativem Gehalt enthalten[8]. Im operativen Teil der RL (EU) 2015/2302 ist - wie schon gesagt - an keiner Stelle vorgesehen, dass die Insolvenzabsicherung der Reisenden durch Haftungsbegrenzungen zugunsten der Kundengeldabsicherungsunternehmen vorgenommen werden kann. Mit guten Gründen könnte man daher die Position einnehmen, dass jede mitgliedstaatliche Festlegung einer Höchstgrenze der Belastung eines Absicherers mit der Richtlinie unvereinbar ist.

Zwingend erscheint diese Sichtweise aber nicht. Es erscheint nicht ausgeschlossen, den Begriff der „Wirksamkeit" als auslegungsfähig ansehen und hier eine implizite Möglichkeit einer Begrenzung verorten. Die Begründungserwägungen der Richtlinie würden dann der Ausfüllung dieser Vorgabe dienen. Bislang hat der EuGH zu der Frage, ob die Begründungserwägung 40 tatsächlich eine Begrenzungsmöglichkeit für die Haftung der Absicherer vorsieht, noch nicht Stellung bezogen.

Im Ergebnis kommt es auf die vorstehend beschriebenen Fragen im hier interessierenden Kontext nicht an. Denn auch Begründungserwägung 40 eröffnet den Mitgliedstaaten keinen unbegrenzten Spielraum zur Haftungsbegrenzung der Absicherer. Vor allem kann sich ein EU-Mitgliedstaat auf diese Begründungser-

---

[8] Siehe auch Leitlinie 10 des Gemeinsamen Leitfadens des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken

wägung nur stützen, wenn er diese auch wortgetreu und unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dem staatlichen Umsetzungsrecht zugrunde legt.

c) Notwendigkeit der klaren Benennung der auszuschließenden Risiken – Insolvenz eines großen Veranstalters kein „sehr unwahrscheinliches Ereignis“

Ein auf Begründungserwägung 40 gestützter Haftungsausschluss kann daher (selbst bei extensivem Verständnis der Entscheidungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten) nur dann Bestand haben, wenn er die Vorgaben dieser Begründungserwägung inhaltlich abbildet. Den EU-Mitgliedstaaten wird in Begründungerwägung 40 (nur) die Möglichkeit eingeräumt, im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung *bestimmte Risiken* („sehr unwahrscheinliche Risiken“) bei der Ausgestaltung der Insolvenzabsicherung zu berücksichtigen. Der eindeutigen Formulierung nach geht es um den Ausschluss spezifischer Risiken, nicht allein um die Begrenzung der Haftungshöhe. Ein EU-Mitgliedstaat kann sich daher auf Begründungserwägung 40 nur stützen, wenn er die auszuschließenden Risiken in der Umsetzungsgesetzgebung *klar und eindeutig* benennt. Wenn er einem Absicherer die Befugnis einräumen will (es handelt sich nicht um eine Pflicht), von dieser Ausschlussmöglichkeit Gebrauch zu machen, muss auch dieser dann gegenüber den Reisenden das ausgeschlossene „sehr unwahrscheinliche Risiko“ benennen.

Es wäre insofern nach den Festlegungen der Begründungserwägung 40[9] tatsächlich denkbar, im mitgliedstaatlichen Umsetzungsrecht vorzusehen, dass ein Absicherer die Erfüllung von bestehenden Ansprüchen von Reisenden für den Fall begrenzen kann, dass eine konkret benannte besonders unwahrscheinliche Konstellation (etwa die gleichzeitige Insolvenz mehrerer Reiseveranstalter einer bestimmten Größe) eintritt. Dem mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgeber stünde hier ein Gestaltungsspielraum zu – solange er sich darauf beschränkt, eine Begrenzung des Erfüllungsversprechens für zu benennende „sehr unwahrscheinliche Risiken“ zu erlauben. Ohne irgendeine *Benennung* von *konkreten*

[9] Die Fähigkeit einer Begründungserwägung, derartige „operative“ Aussagen zu treffen, wird hier unterstellt (zu den Zweifeln vorstehend a)).

Risiken kann sich ein Mitgliedstaat für die Rechtfertigung einer Haftungsbegrenzung aber nicht auf Begründungserwägung 40 berufen.

Zudem muss es sich bei dem ausgeschlossenen Risiko um ein „sehr unwahrscheinliches Risiko“ handeln. Auch hierzu findet sich in der Rechtsprechung des EuGH bislang noch nichts. Im Lichte der Zielsetzungen der RL (EU) 2015/2302, die auf eine umfassende Absicherung der Reisenden hinauslaufen,[10] lässt sich schlechterdings nicht begründen, dass die Insolvenz schon *eines* großen Reiseveranstalters ein „sehr unwahrscheinliches Risiko“ darstellen soll. Damit würde Begründungserwägung 40 eine Bedeutung zugeschrieben, die die praktische Wirksamkeit der Richtlinie gänzlich aushebeln und die Realisierung des Zwecks des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 in wesentlichen Fällen gefährden würde. Würde ein mitgliedstaatlicher Gesetzgeber in der Umsetzungsgesetzgebung vorsehen, dass die Haftung im Falle der Unternehmenssolvenz bereits *eines* Veranstalters nicht mehr greifen solle, würde er sich sicherlich außerhalb des von Begründungserwägung 40 gezogenen Rahmens bewegen.

Die Richtlinie muss daher dahingehend verstanden werden, dass ein Mitgliedstaat von Begründungserwägung 40 nur dadurch Gebrauch machen kann, dass er die haftungsausschließenden „sehr unwahrscheinlichen Ereignisse“ benennt und den Ausschluss hierauf begrenzt. Im Umkehrschluss würde er seine unionsrechtlichen Vorgaben verletzen, wenn er im Rahmen des staatlichen Umsetzungsrechts eine Regelung erließe, die es Kundengeldabsicherern ermöglichte, eine Kürzung von berechtigten Ansprüchen vorzunehmen, ohne dass eine Beschränkung auf genau umschriebene „sehr unwahrscheinliche Ereignisse“ vorgegeben wäre. Der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber würde seine Umsetzungspflicht auch verletzen, wenn er nicht verlangte, dass diese Ereignisse vom Absicherer gegenüber den Reisenden im Absicherungsvertrag benannt werden. Begründungserwägung 40 gibt kein Recht, Kürzungen in nicht unionsrechtlich

[10] Ausführlich hierzu noch unten B. II. 2. d).

spezifizierten Fällen vorzunehmen.[11] Schließlich ist festzuhalten: Ein „sehr unwahrscheinliches Ereignis“ liegt im Falle der Insolvenz *eines* großen Veranstalters sicherlich nicht vor; die Wirksamkeit der Absicherung würde daher unzulässig beeinträchtigt, wenn allein dieses Ereignis zum (auch nur teilweisen) Haftungsausschluss führen kann.

2. Umfang und Höhe der Absicherung

a) Abdeckung der nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten

Darüber hinaus formuliert die Richtlinie in Art. 17 Abs. 2 Anforderungen an den *Umfang der abzusichernden Risiken*.

Die Bestimmungen der Richtlinie machen deutlich, dass eine *umfassende* Absicherung *in vollem Umfang* erfolgen soll. Sie soll nicht nur jene „geleisteten Zahlungen“ umfassen, für die in der Folge der Insolvenz keine Gegenleistung erbracht wird, sondern auch die Absicherung weiterer Kosten zum Gegenstand haben (ggf. verlängerter Aufenthalt, Rückbeförderung). Dieses Gebot des umfassenden und vollständigen Schutzes wird vor allem in Begründungserwägung 39 der RL (EU) 2015/2302 betont. Die Richtlinie enthält dort die folgende Feststellung: „Die Mitgliedstaaten sollten gewährleisten, dass Reisende, die eine Pauschalreise erwerben, vor der Insolvenz des Reiseveranstalters in vollem Umfang geschützt sind. Die Mitgliedstaaten, in denen Reiseveranstalter niedergelassen sind, sollten gewährleisten, dass diese Sicherheit für die Erstattung aller im Namen von Reisenden geleisteten Zahlungen und — sofern die Pauschalreise die Beförderung von Personen umfasst — für die Rückbeförderung des Reisenden im Falle der Insolvenz des Reiseveranstalters leisten.“

[11] Zur Subsumtion unten C. V. 1.

Der Richtliniengeber spricht dann allerdings konkretisierend davon, dass (nur) „die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten“ abgedeckt werden müssen. In diesem Gesamtrahmen müssen einfließen: die Beträge der Zahlungen, die von Reisenden oder in ihrem Namen in Bezug auf Pauschalreisen geleistet wurden, und die geschätzten Kosten einer Rückbeförderung im Fall der Insolvenz des Veranstalters. Für die Höhe der Sicherung soll zudem von Belang sein, wie groß die Zeitspanne ist, die zwischen der Aufnahme von Zahlungen seitens der Reisenden und der Beendigung der Pauschalreise liegt.

Der Unionsgesetzgeber geht daher erkennbar davon aus, dass für jeden Reiseveranstalter ein *Risikoprofil* ermitteln werden muss, das in der von ihm vertraglich vereinbarten Insolvenzabsicherung durch den Absicherer abgebildet sein muss.

Die Bestimmung dieses Risikoprofils muss dabei *ex ante* erfolgen. Die Richtlinienbestimmung macht deutlich, dass ein Reiseveranstalter hierbei unionsrechtlichen Bindungen unterliegt. Im Text von Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 ist davon die Rede, dass der Reiseveranstalter eine Vorausschau vornehmen muss, die sich am *Kriterium des „vernünftigen Ermessens“* orientiert. Mit dieser Formulierung bringt der unionsrechtliche Gesetzgeber zum Ausdruck, dass sich das Risikoprofil nicht im Wege naturwissenschaftlich-mathematischer Deduktionen ermitteln lässt – es bleibt vielmehr ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum. Allerdings besagt die Richtlinie zugleich, dass dieser Spielraum nach Maßstäben der Vernunft auszuüben ist. Offenkundig muss es einem Reiseveranstalter daher im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgebung untersagt werden, sein Risikoprofil willkürlich festzulegen. Ebenfalls würde ein Mitgliedstaat seine Umsetzungspflicht verletzen, wenn er im staatlichen Recht eine Regelung vorsähe, die den Reiseveranstalter davon befreit, eine umfängliche und vernünftige Risikoabschätzung vorzunehmen. Hierauf wird zurückzukommen sein.[12]

[12] Unten C. V. 2.

b) Systematik: Erläuterung durch Begründungserwägung 40 der Richtlinie

Die Aussagen im operativen Teil der Richtlinie (Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302) werden von den Begründungserwägungen weiter konkretisiert. In Begründungserwägung 40 finden sich diesbezüglich drei wichtige Aussagen:

- Erstens bestimmt der Unionsgesetzgeber, dass der sich die Höhe der Insolvenzabsicherung auf die „vorhersehbaren Zahlungsbeträge“ erstrecken „sollte“ (Begründungserwägung 40 Satz 1). Es findet sich dann die Feststellung, dass es ausreicht, wenn „ein ausreichend hoher Prozentsatz des Umsatzes“ abgesichert wird: „Das wird in der Regel bedeuten, dass die Absicherung einen ausreichend hohen Prozentsatz des Umsatzes des Veranstalters in Bezug auf Pauschalreisen abdecken muss und von Faktoren wie der Art der verkauften Pauschalreisen einschließlich des Verkehrsmittels, dem Reiseziel und gesetzlichen Beschränkungen oder den Verpflichtungen des Reiseveranstalters im Hinblick auf die zulässigen Anzahlungsbeträge und deren Zeitpunkt vor Beginn der Pauschalreise abhängen kann.“ (Begründungserwägung 40 Satz 3). Die Richtlinie legt nicht fest, wie hoch der Prozentsatz sein muss.[13] Die Begründungserwägung beschreibt lediglich die Faktoren, die bei der Bestimmung, ob eine „ausreichende“ Absicherung gegeben ist, berücksichtigt werden müssen. Die Formulierung „ausreichend“ kann sich damit nur auf das Ziel der Richtlinie beziehen, eine umfassende Absicherung herbeizuführen.[14]

- Zweitens bringt der Unionsgesetzgeber in Begründungserwägung 40 zum Ausdruck, dass die Ermittlung und Absicherung des Risikoprofils dynamisch und im Lichte der jeweiligen Geschäftsentwicklung zu erfolgen hat. Er stellt fest: „Die erforderliche Abdeckung kann zwar anhand der aktuellen Geschäftszahlen wie etwa des Umsatzes im vorhergehenden Geschäftsjahr berechnet werden, doch sollten die Veranstalter verpflichtet werden, den Insolvenzschutz im Falle eines

[13] Hierzu und zur Rechtsprechung des EuGH noch unten B. II. 2. c) bb).
[14] Hierzu unten B. II. 2. d) aa).

erhöhten Risikos einschließlich eines erheblichen Anstiegs des Verkaufs von Pauschalreisen anzupassen.“ (Begründungserwägung 40 Satz 4). Dieser Vorgabe lässt sich eindeutig entnehmen, dass eine starre, von der Entwicklung des Geschäfts und der Umsätze eines Reiseveranstalters unabhängige Ermittlung und Absicherung des Risikoprofils mit den Vorgaben der Richtlinie unvereinbar wäre.

- Drittens beschreibt der Unionsgesetzgeber in Begründungserwägung 40 im Einzelnen, wie bei der Prognose des Risikoprofils vorzugehen ist. Bei der Ausübung des „vernünftigen Ermessens“ (Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302) sind alle „vorhersehbaren“ Zahlungsbeträge und die „vorhersehbaren“ Kosten der Rückbeförderung in Rechnung zu stellen. Erforderlich ist insofern eine realistische Prognose, die es nicht zulässt, dass die Augen vor bestimmten Lasten verschlossen werden, dass sie kleingerechnet werden oder in anderer Weise nicht dem abzusichernden Risikoprofil zugeordnet werden.

Die Festlegungen des Unionsgesetzgebers in den Begründungserwägungen sind keine operativen, den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgeber verpflichtenden rechtsnormativen Bestimmungen. Sie sind aber für das Verständnis der Umsetzungsvorgaben, die Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 begründet, unmittelbar bedeutsam und müssen interpretativ bei der Ermittlung des Bedeutungsgehalts dieser Bestimmung herangezogen werden.

c) Genese

Für die Bestimmung der Vorgaben, die sich für den mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetzgeber aus Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 ergeben, sind zudem etwaige Erkenntnisse von Bedeutung, die sich aus der Rechtsetzungsgeschichte ableiten lassen.

aa) Rechtslage nach der Vorgängerbestimmung: Art. 7 der RL 90/314/EWG

Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 stellt eine Fortentwicklung einer früheren Regelung in Art. 7 der RL 90/314/EWG[15] dar. Die Bestimmungen dieser Richtlinie aus dem Jahr 1990 legten nicht mehr als ein Mindestschutzniveau fest. Nach Art. 7 der RL 90/314/EWG galt: „Der Veranstalter und/oder Vermittler, der Vertragspartei ist, weist nach, daß im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses die Erstattung gezahlter Beträge und die Rückreise des Verbrauchers sichergestellt sind."

In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird hierzu kurz festgestellt: „Sowohl dem Verbraucher als auch der Pauschalreisebranche wäre damit gedient, wenn der Reiseveranstalter und/oder -vermittler verpflichtet wäre, Sicherheiten für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses nachzuweisen." (Begründungserwägung 21).

Die Knappheit der Formulierungen erklärt sich nicht zuletzt daraus, dass die Richtlinie zu den ganz frühen Harmonisierungsakten des europäischen Verbraucherschutzrechts zählt. Die Bestimmung diente nach der Rechtsprechung des EuGH dem Schutz der Verbraucher vor den Risiken, die mit der Zahlungsunfähigkeit oder dem Konkurs des Reiseveranstalters und Vertragspartners zusammenhängen; es war eine Bestimmung, die Individualinteressen schützte.[16] Der Gerichtshof betonte in diesem Zusammenhang, dass es das Ziel des Unionsgesetzgebers gewesen sei, ein hohes Niveau des Verbraucherschutzes herzustellen.[17]

---

[15] ABl. 1990 L 158/59.
[16] EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1996, Dillenkofer u. a., C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Slg. 1996, I-4845, Rdnr. 34 und 35.
[17] EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1996, Dillenkofer u. a., C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Slg. 1996, I-4845, Rdnr. 39.

bb) Rechtsprechung zu Art. 7 der RL 90/314/EWG: Gebot der vollständigen Absicherung „unabhängig von den Modalitäten“

Der EuGH hatte verschiedentlich Gelegenheit, die Bedeutung des Art. 7 der RL 90/314/EWG zu konkretisieren.[18] Er ging jedenfalls implizit davon aus, dass eine allgemeine und unspezifische *Deckelung der Insolvenzabsicherung* nicht mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar ist.[19]

In der „Rechberger“-Entscheidung vom 15. Juni 1999[20] stellte der EuGH etwa fest, dass ein Mitgliedstaat die Bestimmung nicht richtig und ordnungsgemäß umgesetzt hat, wenn sich die Absicherung des Risikos durch einen Versicherungsvertrag oder eine Bankgarantie lediglich auf einen Betrag von mindesten 5% des Umsatzes aus der Veranstaltertätigkeit im entsprechenden Vierteljahr des vorangegangenen Kalenderjahrs erstrecken muss. Er begründete dies damit, dass Art. 7 der RL 90/314/EWG eine „Erfolgspflicht“ etabliere, aufgrund derer die Pauschalreisenden für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Reiseveranstalters ein Recht auf die Erstattung gezahlter Beträge und auf Rückreise hätten.[21] Er hob zudem heraus, dass diese Garantie speziell dazu bestimmt sei, den Verbraucher gegen die Folgen der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses – unabhängig von den jeweiligen Ursachen – zu schützen.[22] Weder in der Bestimmung selbst noch in den Erwägungsgründen findet sich nach Auffassung

---

[18] EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1996, Dillenkofer u. a., C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Slg. 1996, I-4845 (vgl. auch Bespr. von Reich, EuZW 1996, 709); EuGH, Urt. v. 14. Mai 1998, Rs. C-364/96, Verein für Konsumenteninformation, ECLI:EU:C:1998:226 (mit Anm. Tonner, EuZW 1998, 441); EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499 (mit Anm. Tonner, EuZW 1999, 473); EuGH, Urt. vom 16. Februar 2012, Rs. C-134/11, Blödel-Pawlik, ECLI:EU:C:2012:98.

[19] Die Umsetzung von Art. 7 der RL 90/314/EWG in § 651k BGB wurde deshalb auch allgemein als unionsrechtswidrig angesehen (hierzu unten C. IV.).

[20] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499.

[21] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499, Rdnr. 74.

[22] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499, Rdnr. 74.

des EuGH ein Anhaltspunkt, der es rechtfertigen könnte, die in Art. 7 der RL 90/314/EWG vorgesehene Sicherheit zu beschränken.[23] Der EuGH kam zum Ergebnis, dass die mitgliedstaatliche Umsetzung der Verpflichtungen aus Art. 7 der RL 90/314/EWG nur dann ordnungsgemäß erfolgt sei, „wenn sie *unabhängig von ihren Modalitäten* bewirkt, daß die Erstattung aller vom Verbraucher gezahlten Beträge und seine Rückreise im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Reiseveranstalters für den Verbraucher sichergestellt sind."[24] Eine Pflicht des Mitgliedstaats zur kontinuierlichen Überwachung der notwendigen Sicherungssummen wollte der EuGH in Art. 7 der RL 90/314/EWG allerdings nicht verankern.

Im Jahr 2014 hatte der EuGH dann darüber zu entscheiden, ob eine mitgliedstaatliche Umsetzungsbestimmung mit den Vorgaben von Art. 7 der RL 90/314/EWG vereinbar ist, die eine Absicherung in gestaffelter, vom Nettoumsatz abhängiger Höhe vorsah („Baradics").[25] Der Mitgliedstaat hatte festgelegt, dass die Absicherung, die ein Reiseveranstalter vornehmen musste, einem bestimmten Prozentsatz des erwarteten Nettoumsatzes entsprechen musste, die der Veranstalter aus dem Verkauf von Pauschalreisen erzielte. Zudem sah das mitgliedstaatliche Recht Anforderungen für einen Mindestbetrag vor. Das mitgliedstaatliche Umsetzungsrecht begründete ferner eine jährliche Anpassungspflicht. Es legte zudem fest, dass der Prozentsatz und die Höhe des Mindestbetrags u.a. davon abhängen sollten, welches Reiseziel eine Reise hatte, ob es um Linien- oder Charterflüge ging und ob die Verbindlichkeiten aus den abgesicherten Verträgen mehr als 25% des Unternehmensumsatzes betrugen. Der EuGH stellte in Auslegung von Art. 7 der RL 90/314/EWG fest, dass die Bestimmung „einer nationalen Regelung entgegensteht, deren Ausgestaltung nicht zu dem Ergebnis

---

[23] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499, Rdnr. 63; ähnlich dann EuGH, Beschluss vom 16.1.2014, Rs. C-430/13, Baradicx, ECLI:EU:C:2014:32, Rdnr. 37.

[24] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499, Rdnr. 64 (Hervorhebung nur hier); gleichlautend: EuGH, Beschluss vom 16.1.2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32, Rdnr. 38.

[25] EuGH, Beschluss vom 16. Januar 2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32. Hierzu etwa Staudinger/Röben, NJW 2014, 2839.

führt, dass im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters für den Verbraucher die Erstattung aller von ihm gezahlten Beträge und seine Rückreise tatsächlich sichergestellt sind."[26] Die Entscheidung, ob die mitgliedstaatliche Bestimmung diesem Erfordernis in der Sache entsprach, überließ der EuGH dem vorlegenden Gericht.

Die Entscheidung macht – insbesondere in der Gegenüberstellung mit „Rechberger" – deutlich, dass der EuGH mitgliedstaatliche Regelungen, die eine Absicherung in Abhängigkeit zu den Nettoumsätzen eines Reiseveranstalters vorsehen, nicht grundsätzlich als unionsrechtswidrige Umsetzung ansah.

Der EuGH stellte in „Baradics" aber auch fest, dass die Mitgliedstaaten „über keinen Beurteilungsspielraum hinsichtlich des Umfangs der Risiken verfügen, die die vom Reiseveranstalter oder -vermittler zugunsten der Verbraucher zu stellende Sicherheit abdecken muss". Die Festlegung von „Kriterien, die eine Einschränkung der Reichweite dieser Sicherheit zum Gegenstand oder zur Folge hätten, (wären) offensichtlich mit den Verpflichtungen aus der genannten Richtlinie unvereinbar." Sie würden nach Auffassung des EuGH auch einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht begründen.[27]

Jüngst hatte der EuGH erneut mit der Auslegung von Art. 7 der RL 90/314/EWG zu tun. Er betonte in einer Entscheidung vom 10. Juli 2019, dass „eine nationale Regelung die Verpflichtungen aus dieser Bestimmung nur dann ordnungsgemäß umsetzt, wenn sie unabhängig von ihren Modalitäten bewirkt, dass im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Reiseveranstalters für die Fluggäste die Erstattung aller von ihnen gezahlten Beträge tatsächlich sichergestellt ist."[28]

---

[26] EuGH, Beschluss vom 16. Januar 2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32, Rdnr. 41, ähnlich dann Rdnr. 46.
[27] EuGH, Urt. v. 16.1.2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32, Rdnr. 46.
[28] EuGH, Urt. vom 10. Juli 2019, Rs. C-163/18, HQ u.a., ECLI:EU:C:2019:585, Rdnr. 42.

Jedenfalls für Art. 7 der RL 90/314/EWG lässt sich damit nicht in Zweifel ziehen, dass jede Form der Begrenzung der Insolvenzabsicherung, die die „tatsächliche" Erstattung der gezahlten Beträge durch Festlegung beeinträchtigen kann, einen Umsetzungsverstoß bewirkt hat.

cc) Legislative Vorgeschichte der RL (EU) 2015/2302: Spezifizierung der Anforderungen an die Absicherung

Dieses Rechtsverständnis wird auch durch die Legislativgeschichte der RL (EU) 2015/2302 bestätigt.

Der Kommissionsvorschlag, der zum Erlass der RL (EU) 2015/2302 führte, stammt aus dem Jahr 2013.[29] Rechtspolitischer Anlass waren die Veränderungen, die im Pauschalreisemarkt in den mehr als zwei Jahrzehnten eingetreten waren, seit die RL 90/314/EWG erlassen worden war. In der Begründung des Kommissionsvorschlags ist – soweit es um den Insolvenzschutz geht – davon die Rede, dass „spezifischere Kriterien bezüglich Wirksamkeit und Umfang dieses Schutzes festgelegt" werden sollten.[30]

Der von der Kommission vorgelegte Entwurf sah vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, „dass in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene Reiseveranstalter ... dafür Sorge tragen, dass im Fall ihrer Insolvenz die effektive, prompte Erstattung aller von Reisenden geleisteten Zahlungen und, soweit die Beförderung von Personen eingeschlossen ist, deren effektive, prompte Rückbeförderung gewährleistet sind." (Art. 15 Abs. 1 des Entwurfs). Ferner fand sich die folgende Festlegung: „Der Insolvenzschutz nach Absatz 1 sollte dem tatsächlichen finanziellen Risiko der Tätigkeiten der betreffenden Unternehmer Rechnung tragen." (Art. 15 Abs. 2 S. 1 des Entwurfs).

[29] Europäische Kommission, Vorschlag vom 9.7.2013, COM(2013) 512 final.
[30] COM(2013) 512 final, S. 10.

In der Begründungserwägung des Entwurfs war darüber hinaus davon die Rede, dass der Schutz vor Insolvenz „den vorhersehbaren saisonalen Schwankungen, dem Umfang der Anzahlungen und der Art und Weise, wie diese abgesichert sind“, Rechnung zu tragen habe. Die Kosten der Abdeckung des Insolvenzschutzes werden von der EU-Kommission mit ca. 3 EUR pro Reise angegeben [31]

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens kam es zu leichten Veränderungen der Vorgaben für den Insolvenzschutz. Der Wirtschafts- und Sozialausschuss[32] billigte den Vorschlag weitestgehend. Das Europäische Parlament (Erste Lesung) schlug mit Datum vom 12. März 2014 vor allem redaktionelle Änderungen vor.[33] Dem Rat der Europäischen Union ging es darum, den Umfang des Insolvenzschutzes mit Blick auf die Risiken zu präzisieren, die abgedeckt werden müssen. In seinem Standpunkt (Erste Lesung) stellt er fest: „Wichtige Ziele des Rates waren die Wirksamkeit der Schutzregelung und ein Ermessensspielraum für die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Insolvenzschutzes. Daher ist im Text festgelegt, dass der Insolvenzschutz eine allgemeine Deckung aller wahrscheinlichen Umstände vorsehen und dem Umfang des mit den Tätigkeiten des Unternehmers verbundenen finanziellen Risikos entsprechen sollte, diese Haftung jedoch nicht unbegrenzt sein sollte. Die Haftung im Rahmen einer Insolvenzschutzregelung sollte sich nur auf die Umstände erstrecken, die der normalen Risikobewertung entsprechen. Ein wirksamer Insolvenzschutz sollte jedoch nicht bedeuten, dass sehr unwahrscheinliche Risiken berücksichtigt werden müssen, da nicht erwartet werden kann, dass die Regelungen unvorhersehbare Kosten decken.“[34] Der Rat brachte im Wesentlichen jene Formulierungen in die Verhandlungen ein, die sich heute in Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 finden.

---

[31] Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, 9.7.2013, SWD(2013) 262 final, S. 41.
[32] Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, COM(2013) 512 final, ABl. 2014 C 170/73, Punkt 12.
[33] Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014, COM(2013)512 – 2013/0246(COD), ABl. 2017 C 378/610 (618, 630).
[34] Standpunkt (EU) Nr. 13/2015 des Rates, 2015/C 360/02, ABl. 2015 C 360/37 (38).

In ihrer Stellungnahme zu diesem Vorschlag hob die EU-Kommission hervor, dass „die ausführlichen Kriterien für den Insolvenzschutz gewährleisten dürften, dass der nach den Vorschriften der Mitgliedstaaten garantierte tatsächliche Schutz besser vergleichbar ist und damit die Grundlage für die gegenseitige Anerkennung gefestigt wird."[35] Auf dieser Grundlage erfolgen die Zustimmungen des Europäischem Parlament[36] und (einstimmig) des Rats.[37]

Der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich danach entnehmen vor allem entnehmen, dass die Anforderungen an die Art und Weise der Ausgestaltung des mitgliedstaatlichen Insolvenzschutzes *spezifiziert* werden sollten. Insofern schränkt die Neuregelung den mitgliedstaatlichen Spielraum im Vergleich zur Vorgängerregelung ein. Dem EU-Normgeber ging es darum, die konkreteren und einheitlicheren Vorgaben für die Ausgestaltung der mitgliedstaatlichen Absicherungssysteme zu formulieren. In diesem Rahmen findet sich dann die Feststellung, dass der Insolvenzschutz nach Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 nicht *unbegrenzt* sein muss. Die Materialien geben zugleich zu erkennen, dass im Rahmen der Umsetzung „eine allgemeine Deckung aller wahrscheinlichen Umstände" vorgesehen werden soll und der Insolvenzschutz „dem Umfang des mit den Tätigkeiten des Unternehmers verbundenen finanziellen Risikos" entsprechen muss.

d) Sinn und Zweck

aa) Notwendigkeit der umfassenden Absicherung aller Risiken

Der Sinn und Zweck von Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 erschließt sich aus den Begründungserwägungen der Richtlinie. Die Reisenden, die eine Pauschalreise erwerben, sollen im Falle einer Insolvenz des Reiseveranstalters „in vollem

[35] Europäische Kommission, Mitteilung vom 5. Oktober 2015, COM(2015) 493 final, S. 3.
[36] Europäisches Parlament, Legislative Entschließung vom 27. Oktober 2015, ABl. 2017 C 355/99.
[37] Beschluss des Rats, 29. Oktober 2015, 13335/15.

Umfang“ geschützt werden (Begründungserwägung 39 S. 1). Der europäische Gesetzgeber folgt insofern dem Schutzzweck, wie er bereits unter der Geltung von Art. 7 der RL 90/314/EWG anerkannt war.

Der EuGH hat diesbezüglich in der Entscheidung „Rechberger“ festgestellt, dass „das Ziel des Artikels 7 der Richtlinie im Schutz der Verbraucher gegen Risiken bestehe, die sich aus der Zahlungsunfähigkeit oder dem Konkurs des Veranstalters ergeben. Diese mit dem Vertrag zwischen dem Verbraucher und dem Veranstalter der Pauschalreise verbundenen Risiken folgen aus der Vorauszahlung des Pauschalreisepreises und aus der ungeklärten Aufteilung der Haftung zwischen dem Veranstalter und den verschiedenen Leistungsträgern, aus deren Dienstleistungen sich diese Pauschalreise zusammensetzt. Somit schließt das in Artikel 7 der Richtlinie vorgegebene Ziel das Recht des Pauschalreisenden ein, daß im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Veranstalters die Erstattung der von ihm gezahlten Beträge und seine Rückreise sichergestellt werden.“[38]

Als Risiken, die durch Art. 7 der Richtlinie aufgefangen werden sollen, identifiziert der EuGH das „Risiko des Verlusts“ von Anzahlungen vor Reiseantritt und das Risiko, am Aufenthaltsort festzusitzen, wenn der Beförderer es aufgrund der Insolvenz ablehnt, die für die Rückreise erforderliche Leistung zu erbringen.[39]

Entsprechend hat der EuGH in „Dillenkofer“[40] und „Baradics“[41] festgestellt, dass es der Zweck der Bestimmung sei, „zu garantieren, dass die Rückreise des Verbrauchers und die Erstattung der von diesem gezahlten Beträge für den Fall

---

[38] EuGH, Urteil vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499), Rdnr. 27 unter Verweis auf EuGH, Urt. vom 14. Mai 1998, Rs. C-364/96, Verein für Konsumenteninformation, Slg. 1998, I-2949, Rdnr. 18.
[39] EuGH, Urt. vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., Slg. 1999, I-3499, Rdnr. 28.
[40] EuGH, Urt. vom 8. Oktober 1996, Rs. C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Dillenkofer u. a., Slg. 1996, I-4845, Rdnr. 34 und 35.
[41] EuGH, Beschluss vom 16.1.2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32, Rdnr. 32.

der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Reiseveranstalters sichergestellt sind."

Der EuGH spricht in ständiger Rechtsprechung von einer „Erfolgspflicht",[42] die nicht nur eine allgemeine und unspezifische Erwartung formuliert, sondern Reisenden einen rechtlichen Anspruch verschaffen will, im Falle einer Insolvenz keinen Schaden zu erleiden.

Die Formulierungen des EuGH machen deutlich, dass in den Regelungen des europäischen Reisevertragsrechts hinsichtlich der Insolvenzabsicherung eine zweistufige Schutzkonzeption enthalten ist. Unbedingter Hauptzweck ist es, Reisende umfassend vor den finanziellen und reisetechnischen Risiken zu schützen, die sich mit einer Insolvenz des Reiseveranstalters verbinden. Nur innerhalb dieses Hauptzwecks haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, bei der Formulierung der Vorgaben für den Insolvenzschutz einen Rahmen zu formulieren, der die Interessen der Reisenden und die Interessen der Reiseveranstalter zum Ausgleich bringt. Dem EU-Recht lässt sich entnehmen, dass keine unbegrenzte Absicherung erforderlich ist, wohl aber eine solche, die vollumfänglich dem Risiko entspricht, das mit der wirtschaftlichen Tätigkeit des Anbietens von Pauschalreiseverträgen verbunden ist. Die Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs darf danach nicht in Abhängigkeit von der Geschäftsentwicklung des Absicherungsunternehmens stehen.

bb) Maßstab der „nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten"

Den Maßstab des Umfangs der gebotenen Absicherung bildet nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 die im Insolvenzfall „nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten". Die Richtlinie macht deutlich, dass ein Reiseveranstalter

[42] EuGH, Urt. vom 15. Juni 1999, Rs. C-140/97, Rechberger u. a., EU:C:1999:306, Rdnr. 74, sowie EuGH, Beschluss vom 16. Januar 2014, Rs. C-430/13, Baradics u. a., EU:C:2014:32, Rdnr. 35.

den Umsatz, den er mit Pauschalreisen erwirtschaftet, nicht zu 100% absichern muss. Einer Absicherung in dieser Höhe bedarf es schon deshalb nicht, weil im Insolvenzfall regelmäßig nicht die Gesamtkosten einer Reise zum Insolvenzschaden erwachsen. Der EU-Normgeber konnte daher zulassen, dass eine Absicherung auch unter 100% des Umsatzes erfolgt, ohne dass dadurch die Wirksamkeit des „unbedingten" Absicherungsversprechens leidet.

Der EuGH hat schon vor geraumer Zeit zur Vorgängerrichtlinie entschieden, dass ein Mindestschutzniveau von 5% den Anforderungen nicht genügt.[43] Vor dem Hintergrund des Zieles einer vollumfänglichen Absicherung (vorstehend aa)) wird man davon ausgehen müssen, dass die Insolvenzabsicherung eines Reiseveranstalters zu jeder Zeit jedenfalls so hoch sein muss, dass unter Berücksichtigung sonstiger, im Insolvenzfall zugunsten der Kunden verwertbarer Vermögenswerte mit hoher Sicherheit zu erwarten ist, dass im Insolvenzfall keine Ansprüche nach Art. 17 der RL anfallen, die nicht abgedeckt sind. Sieht der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber eine Deckelungsmöglichkeit oder eine Kappung der Höhe der Insolvenzabsicherung vor, muss er zu deren Rechtfertigung über konkrete und belastbare Nachweise zur Geschäfts- und Vermögenslage von Reiseveranstaltern verfügen. Eine willkürliche oder sachlich nicht begründbare Deckelung ist mit den Anforderungen von Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 nicht vereinbar.[44] Zudem darf eine etwaige Deckelung nicht so niedrig sein, dass das Versprechen einer umfassenden Absicherung praktisch nicht eingelöst wird. Eine Umsetzungskonzeption, bei der schon die Insolvenz eines großen Reiseveranstalters zu einer Haftungslücke führt, genügt dem Erfordernis der Abdeckung der „nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten" offenkundig nicht.

---

[43] Hierzu schon oben B. II. 2. c) bb).

[44] Die Sonderstellung, die Begründungserwägung 44 für kleine Reiseveranstalter ermöglicht, wird hier nicht untersucht. Jedenfalls muss danach „das gleiche Schutzniveau für Reisende" gewährleistet sein.

cc) Verpflichtendes Leitbild: Etwaige Deckelung muss im Zusammenhang mit dem konkreten Umsatz eines spezifischen Unternehmens stehen

Den Bestimmungen der RL (EU) 2015/2302 lässt sich in diesem Zusammenhang entnehmen, dass der europäische Gesetzgeber vom Leitbild einer konkret-spezifischen Insolvenzabsicherung im Lichte des Risikoprofils des jeweiligen Unternehmens ausgeht. Hierin liegt eine der großen und für die Mitgliedstaaten maßgebende Neuerung der RL (EU) 2015/2302. In den Begründungserwägungen ist davon die Rede, dass ein Reiseveranstalter nur einen (allerdings „ausreichend hohen") Prozentsatz seines Umsatzes in Bezug auf Pauschalreisen abdecken muss (Begründungserwägung 40, Sätze 1-4). Die Begründungserwägungen lassen es zu, dass ein Reiseveranstalter die Absicherung auf sein konkretes Risikoprofil zuschneidet und so auch beschränkt. Sie geben in diesem Zusammenhang eindeutig zu erkennen, dass eine Deckelung der Absicherung in konkreter Abhängigkeit von den spezifischen wirtschaftlichen Gegebenheiten des Pauschalreiseanbieters vorgenommen werden *muss*.

Die Liste der Faktoren, die in Begründungserwägung 40 (Satz 4 und 5) genannt werden, beschreibt die Situation eines spezifischen Unternehmens. Sie macht auch deutlich, dass die Bestimmung eines „ausreichenden" Schutzniveaus in *konkreter Abhängigkeit* von der Geschäftsentwicklung des jeweiligen Unternehmens stehen muss. Denn in dieser Liste werden Umstände wie „aktuelle Geschäftszahlen", der „Umsatz des vorhergehenden Geschäftsjahres", der „erhebliche Anstieg des Verkaufs von Pauschalreisen" und (allgemein) ein „erhöhtes Risiko" erwähnt.

Ein Mitgliedstaat würde daher richtlinienkonform handeln, wenn er festlegte, dass die Insolvenzabsicherung von jedem Reiseveranstalter individuell in Abhängigkeit zur Umsatz- und Geschäftsentwicklung vorgenommen wird und hinreichend regelmäßig angepasst wird. Die Transaktionskosten, die sich mit einer solchen Lösung verbinden, werden ggf. durch die Ersparnisse ausgeglichen, die sich aus der konkreten Angemessenheit der je individuellen Absicherung ergeben.

dd) Hilfsweise: Bei Festlegung einer allgemeinen Höchstgrenze muss jedenfalls die Absicherung der „vorhersehbaren Kosten“ beim größten Unternehmen gewährleistet sein

Der EU-Normgeber verfolgt in der RL (EU) 2015/2302 einen Regelungsansatz, der für die Insolvenzabsicherung auf das spezifische Risikoprofil des konkreten Reiseveranstalters abstellt. Dieser Regelungsansatz ist für die Mitgliedstaaten verbindlich. Nur innerhalb des Ansatzes haben sie dann Gestaltungsspielräume. Nur hilfsweise soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Anforderungen der Richtlinie zu entnehmen wären, wenn man davon ausginge, dass dass die Mitgliedstaaten im staatlichen Umsetzungsrecht auch andere Grundansätze der Begrenzung der Insolvenzabsicherung wählen könnten.

Selbst wenn man (entgegen der Formulierungen der RL (EU) 2015/2302) davon ausginge, dass auch Höchstgrenzen festgelegt werden können, die nicht auf dem konkreten Risikoprofil des Reiseveranstalters aufbauen, müsste jedenfalls sichergestellt sein, dass der Forderung des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 im Ergebnis entsprochen ist (Absicherung der „nach vernünftigem Ermessen voraussehbaren Kosten“).

Ein Mitgliedstaat könnte danach eine einheitliche Deckelungsmöglichkeit, die für alle Reiseanbieter in allgemeiner Weise greift, nur vorsehen, wenn sie nicht so niedrig angesetzt wird, dass es zu einer Unterdeckung kommt. Den Vorgaben der Richtlinie wird der Mitgliedstaat damit nur dann gerecht, wenn diese Deckelung so vorgenommen wird, dass den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 auch im Falle der Insolvenz des größten Reiseanbieters noch entsprochen wird. Wählt ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 einen allgemeinen Ansatz, muss er jedenfalls sicherstellen, dass dieser Ansatz den Anforderungen eines wirksamen und ausreichenden Schutzes für alle seiner Regulierung unterliegenden Reiseveranstalter zum Zeitpunkt der Richtlinienums-

etzung (aber auch danach durch ggfs. entsprechende andauernden Rechtsprüfungen) genügt. Er kann sich nicht zulässigerweise auf die Position stellen, dass die ganz großen Anbieter von seinem Schutzsystem nicht erfasst würden („too big to fail“).

Selbst wenn man der unter cc) entwickelten Sichtweise nicht folgt und den Mitgliedstaaten bei der Wahl des Ansatzes der Insolvenzabsicherung einen Spielraum einräumt, würden sich Bindungen aus der Richtlinie ergeben. Der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber könnte den Umsetzungsansatz einer allgemeinen Deckelung nur wählen, wenn er sicherstellt, dass keiner der seiner Regelungsbefugnis unterliegenden Reiseveranstalter ein Umsatz- und Geschäftsprofil entwickelt, das Risiken in sich birgt, die durch die gedeckelte Insolvenzabsicherung nicht mehr „ausreichend“ abgesichert sind.

ee) Gebot der Beobachtung der Marktentwicklung – Pflicht zur rechtzeitigen Anpassung

Die vorstehenden Überlegungen zwingen zugleich zu der Schlussfolgerung, dass ein Mitgliedstaat nicht nur zur *beständigen Beobachtung* der Marktentwicklung und der Entwicklung der Geschäftstätigkeit der relevanten Akteure verpflichtet ist. Es trifft ihn auch eine *Pflicht zur rechtzeitigen Anpassung von Haftungshöchstgrenzen*, die sich aufgrund der Entwicklung des Marktes für Pauschalreisen als zu niedrig darstellen. Dies gilt unabhängig davon, ob er den von der Richtlinie vorgesehenen Ansatz der Absicherung nach dem spezifischen Geschäftsrisiko des konkreten Reiseveranstalters wählt oder (entgegen der Richtlinie) einen allgemeinen Haftungsrahmen festlegt. Für die Unionsrechtskonformität der Umsetzung einer Richtlinienbestimmung wie Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 kommt es nicht lediglich auf die Lage an, wie sie sich zum Ablauf des Umsetzungszeitraums darstellt. Vielmehr ist sicherzustellen, dass den Anforderungen einer wirksamen und umfassenden Absicherung dauerhaft für die gesamte Geltungszeit der Bestimmung entsprochen wird.

Selbst wenn die mitgliedstaatliche Ausgestaltung der Insolvenzabsicherung zum Zeitpunkt des Erlasses der mitgliedstaatlichen Umsetzungsbestimmung der Art und Höhe nach den Anforderungen des Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 entsprach, kann ein Umsetzungsverstoß in Folgejahren eintreten, wenn die Ausgestaltung nicht fortgeschrieben und einer dynamischen Geschäftsentwicklung der Reiseveranstalter angepasst wird. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass ein Mitgliedstaat keine relativen umsatzbezogenen Kriterien verwendet, sondern starre Höchstgrenzen festlegt. Hieraus ergibt sich, dass ein Mitgliedstaat seine Umsetzungspflichten auch dadurch verletzen kann, dass er die Insolvenzabsicherung der Reiseveranstalter durch Festlegung abstrakter und allgemeiner Höchstgrenzen deckelt, ohne die Situation zu beobachten und ggf. *rechtzeitige* legislative Anpassungen vorzunehmen.[45]

III. Zwischenfazit: Umfassender und risikoadäquater Schutz vor Insolvenzrisiken

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die EU-Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 einen begrenzten Entscheidungsspielraum haben, der durch die Vorgaben über die Höhe und Wirksamkeit des unionsrechtlich gebotenen Insolvenzschutzes strikt begrenzt ist. Übergeordnetes und unbedingt zu beachtendes Gebot ist es danach, jedem Reisenden einen umfassenden Schutz zu vermitteln, der die im Insolvenzfall eines jeden Reiseveranstalters „nach vernünftigem Ermessen voraussehbaren Kosten“ abdeckt. Beschränkende Vorgaben sind nur zulässig, wenn sie nicht in Frage stellen, dass der Insolvenzschutz (in den Worten des Rats der Europäischen Union) „eine allgemeine Deckung aller wahrscheinlichen Umstände“ vorsieht und „dem Umfang des mit den Tätigkeiten des Unternehmers verbundenen finanziellen Risikos“ entspricht.

---

[45] Die Frage, welche Vorgaben sich der Richtlinie für den Fall entnehmen lassen, dass verschiedene Unternehmen gleichzeitig in Insolvenz geraten, muss hier nicht untersucht werden.

Die Normgebungsmaterialien lassen erkennen, dass sich der Unionsgesetzgeber am Leitbild einer unternehmensspezifischen Risikobemessung orientiert hat. In der Festlegung mitgliedstaatlicher Absicherungssysteme auf diesen Regelungsansatz liegt eine der wesentlichen Neuerungen der RL (EU) 2015/2302. Abweichende Ansätze sind seither nicht mehr zulässig. Folgt man dem nicht und räumt man den Mitgliedstaaten die Freiheit der Wahl des Absicherungsansatzes ein, muss ein Mitgliedstaat, der eine allgemeine Höchstabsicherungsgrenze einführt, jedenfalls sicherstellen, dass sie so hoch angelegt ist, dass für jedes der Regelungszuständigkeit des Mitgliedstaats unterliegendes Unternehmen eine ausreichende Risikoabsicherung besteht. Es wäre ein offensichtlicher Umsetzungsverstoß, wenn sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber auf die Position zurückzöge, dass für besonders große Reiseveranstalter keine ausreichende Insolvenzabsicherung bewirken werden müsse. Es wäre auch ein Umsetzungsverstoß, wenn der mitgliedstaatliche Gesetzgeber nicht die Marktentwicklung beobachten und durch rechtzeitige Anpassung sicherstellen würde, dass eine Höchstabsicherungsgrenze angehoben wird, wenn sich die Geschäftstätigkeit der Reiseveranstalter in einer Weise entwickelt, die Zweifel daran aufkommen lässt, ob die bisherige Absicherung noch „ausreicht“.[46]

[46] Zur Subsumtion unten C. V. 2. und 3.

C. Die Umsetzung in deutsches Recht

Die Regelungen der RL (EU) 2015/2302 waren bis zum 1. Januar 2018 in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen. Die Umsetzung erfolgte in Deutschland mit dem am 17. Juli 2017 verkündeten Dritten Reiserechtsänderungsgesetz[47] und fand in einer Neufassung der §§ 651a ff. BGB ihren Niederschlag.[48] Die Bestimmungen gelten für Pauschalreiseverträge, die ab dem 1. Juli 2018 geschlossen wurden.

I. Insolvenzabsicherung in § 651r BGB: Überblick

Der deutsche Gesetzgeber entschloss sich dazu, die bisherige Regelung über die Insolvenzabsicherung (§ 651k BGB a.F.) in den wesentlichen Gehalten beizubehalten (§ 651r Abs. 2 BGB n.F.). Einem Reiseveranstalter steht es danach (insofern im Einklang mit der Richtlinie) frei, selbst zu entscheiden, in welcher institutionellen Form er die Risikoabsicherung vornimmt. In Abweichung vom – insofern neuen - Regelungsansatz der RL (EU) 2015/2302 verzichtete der deutsche Gesetzgeber darauf, festzulegen, dass die Insolvenzabsicherung in Abhängigkeit vom spezifischen Risikoprofil des konkreten Reiseveranstalters erfolgen muss. Insoweit weicht er von der Umsetzungspraxis der meisten anderen Mitgliedstaaten ab. Vielmehr entschloss sich der deutsche Umsetzungsgesetzgeber dazu, den unter der Vorgängerrichtlinie entwickelten Ansatz fortzuschreiben, wonach es dem Kundengeldabsicherer möglich ist, seine Haftung für die von ihm in einem Geschäftsjahr insgesamt nach den Vorgaben von RL und BGB zu erstattenden Beträge auf EUR 110 Mio. zu begrenzen (§ 651r Abs. 3 S. 3 BGB; gleichlautend: § 651k Abs. 2 S. 1 BGB a.F.). Zudem sieht die deutsche Umsetzungsbestimmung vor, dass sich die Erstattungsansprüche anteilig verringern, wenn die von einem Kundengeldabsicherer in einem Geschäftsjahr insgesamt zu erstattenden Beträge

[47] Drittes Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 17. Juli 2017, BGBl. 2017 I 2394.
[48] Überblick: Michael Sonnentag, Das neue Reisevertragsrecht VersR 2018, 967.

über EUR 110 Mio. liegen würden (§ 651r Abs. 3 S. 4 BGB; gleichlautend: § 651k Abs. 2 S. 2 BGB a.F.).

Der Kundengeldabsicherer muss das Recht der Leistungsbegrenzung explizit im Sicherungsvertrag mit dem Reiseveranstalter ausüben; es gilt nicht unmittelbar von Gesetzes wegen. Die Beschränkung soll dem Reisenden im deklaratorischen Sicherungsschein dokumentiert werden.[49] Sieht der vom Absicherer verwandte Sicherungsvertrag eine Beschränkung vor, dann erstreckt sie sich auf alle bei ihm abgesicherten Reisekunden.

Die Unionsrechtskonformität der Umsetzung von Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 in § 651r BGB lässt sich nur vor dem Hintergrund der Entwicklung des deutschen Pauschalreisemarktes beurteilen. Schätzungen zufolge treten in Deutschland jährlich ca. 25 Mio. Personen eine Pauschalreise an. Der Gesamtumsatz im deutschen Reiseveranstaltermarkt betrug 2018 ca. EUR 36 Mrd. Schätzungen zufolge betrug der Umsatz, der dabei auf Pauschalreisen fiel, mehr als 40 %.[50] Dieser Umsatz war in den Jahren zuvor stark angestiegen: Noch 2004 betrug der Umsatz im Reiseveranstaltermarkt nur ca. EUR 18,6 Mrd. In diesem Markt waren neben acht großen Veranstaltern (TUI Deutschland, Thomas Cook, DER Touristik, FTI, Aida Cruises, Alltours, Schauinsland Reisen, TUI Cruises), die im Jahr 2018 jeweils mehr als EUR 1 Mrd. umsetzten, eine Vielzahl von kleineren Anbietern tätig. Schätzungen belaufen sich auf ca. 2500.[51] Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes wurden in den Jahren 2008-2018 jährlich zwischen 9 (Jahr 2014) und 26 (Jahr 2011) Insolvenzverfahren von Reiseveranstaltern eröffnet.

[49] Das vom Gesetzgeber vorgesehene Muster enthält diesbezüglich einen ausdrücklichen Hinweis (Anl. 18 zu Art. 252 I EGBGB).
[50] Anlage 1.
[51] Anlagen 2 und 3.

II. Grundsätzliche Abweichung vom Regelungsansatz der RL (EU) 2015/2302

Die Haftungsbegrenzung nach § 651r Abs. 3 S. 3 BGB knüpft an der Geschäftstätigkeit das Kundengeldabsicherers an. Die insofern Wortlaut des Gesetzes („*für die von ihm zu insgesamt nach diesem Gesetz zu erstattenden Beträge*“) macht deutlich, dass die Befugnis zur Haftungsbegrenzung gegenüber allen bei dem jeweiligen Versicherer abgesicherten Reisenden gelten soll.[52] Offensichtlich kann sich die Haftungsbegrenzung nicht auf den einzelnen Reisenden beziehen. Unstrittig ist aber auch, dass die Höchstgrenze nicht nur für einen einzelnen Reiseveranstalter gilt.[53] Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat insofern einen Umsetzungsansatz gewählt, der die konkrete Risikodeckung für individuelle Reisende vom Gesamtgeschäft abhängig macht, die der Kundengeldabsicherer in einem Geschäftsjahr tätigt. Je mehr Reiseveranstalter sich für eine Absicherung bei einem Kundengeldabsicherer entscheiden, und je mehr Reisende bei diesen Reiseveranstaltern eine Pauschalreise buchen, desto niedriger ist (bei wirtschaftlicher Betrachtung) die konkrete Absicherung des Reisenden.[54]

Offenkundig wählt die deutsche Gesetzgebung damit schon im Grundansatz einen anderen Weg, als es die RL (EU) 2015/2302 vorsieht:[55] Bezugspunkt der haftungsbeschränkenden Regelung ist nicht das Risikoprofil des Reiseveranstalters, sondern die geschäftliche Stellung und das Risikoprofil des Kundengeldabsicherers. Die Höchstabsicherungsgrenze stellt keine Relation zwischen der unternehmerischen Geschäftstätigkeit des Reiseveranstalters und dem Umfang der von ihm zu erwirkenden Insolvenzabsicherung her, sondern begrenzt das Gesamtrisiko des Kundengeldabsicherers in einem Geschäftsjahr. Ausdrückliche Rege-

---

[52] Vgl. BT-Drs. 12/5354, S. 12 und BT-Drs. 18/10822, S. 89; aus der Literatur: Staudinger in: Führich/Staudinger (Hrsg.), Reiserecht, 8. Aufl. 2019, § 12, Rn. 21; Staudinger in: Staudinger, BGB, 11.Auflage 2016, § 651 k Rn.16;
[53] BT-Drucks. 12/5354, S. 12; Staudinger in: Staudinger, BGB, 11.Auflage 2016, § 651 k Rn.16.
[54] Vgl. Europäische Kommission, Bericht über die Durchführung der Richtlinie 90/314/EWG über Pauschalreisen in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften der EG-Mitgliedstaaten, SEC(1999) 1800 final, Anhang I.
[55] Hierzu oben unter B. II. 2. a).

lungen darüber, in welchem Umfang ein Reiseveranstalter seine Risiken absichern muss, finden sich in § 651r BGB nicht. Man wird dies so verstehen können, dass das deutsche Gesetzesrecht den Reiseveranstalter zu einer 100%igen Absicherung zwingt.

III. Gesetzgebungsgeschichte: Zunehmende Bedenken hinsichtlich der Richtlinienkonformität

Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte macht deutlich, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber ursprünglich einen Regelungsansatz verfolgte, der vor dem Hintergrund der eher unspezifischen Vorgaben des Art. 7 der RL 90/314/EWG nicht *a limine* unzulässig war (nachfolgend 1.). Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH lag dann aber spätestens an Anfang dieses Jahrtausends auf der Hand, dass der gewählte Ansatz unionsrechtswidrig war. Gleichwohl erfolgte keine Anpassung (nachfolgend 2.). Im Verfahren zur Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 nahm der deutsche Gesetzgeber nicht zur Kenntnis, dass die Bestimmungen der neuen Richtlinie die Festlegung auf einen bestimmten Absicherungsansatz enthielten. Stattdessen entschloss man sich trotz drängender Zweifel, die bisherigen Bestimmungen einfach zu übernehmen (nachfolgend 3.). Die nachfolgende Schilderung macht deutlich, dass der Gesetzgeber jedenfalls grob fahrlässig handelte, als er die Augen vor dem Neuansatz in Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 (und den konkretisierenden Begründungserwägungen 39 und 40) verschloss.

1. Argumentation 1993: Unmöglichkeit und Vertrauen auf eine ausreichende Absicherung

Die Gesetzgebungsmaterialen im Verfahren der Umsetzung der RL 90/314/EWG lassen erkennen, dass der deutsche Gesetzgeber sich bei der Entscheidung, dem Kundengeldabsicherer eine Deckelung zu ermöglichen, ursprünglich von Regel-

fallerwartungen hat leiten lassen. In der Begründung zur Umsetzung der RL 90/314/EWG durch Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen vom 24. 6. 1994[56] findet sich die Feststellung: „Der Entwurf geht davon aus, daß der überwiegende Teil der nach § 651k abzudeckenden Risiken von einer Gemeinschaft mehrerer Versicherer und/oder einer von mehreren Reiseveranstaltern gebildeten Versicherung übernommen wird. Der dort jeweils anzusammelnde Deckungsstock wird zur Erstattung der Beträge ausreichen, die nach normalem Schadensverlauf infolge von Insolvenzen von Reiseveranstaltern notleidend werden. Der theoretisch nicht ausschließbare Fall der Insolvenz eines oder mehrerer touristischer Großunternehmen würde jedoch ohne Leistungsbegrenzung ein nicht mehr rückversicherbares Risiko bedeuten, weshalb Versicherungen Versicherungsschutz unter unbegrenztem Einschluß dieses Risikos nicht anbieten könnten. Der Gesetzgeber kann aber keine undurchführbare und unerreichbare Deckungsvorsorge vorschreiben.“[57]

Die Begründung des Gesetzgebungsvorschlags verweist im Übrigen darauf, dass das nach der damaligen Regelung bereitzustellende Deckungskapital von (nach einer schrittweisen Erhöhung) DM 200 Mio. „um ein Vielfaches über den bisherigen jährlichen Insolvenzschäden“ liege und daher „den Anforderungen der Richtlinie“ genüge.[58] Eine Auseinandersetzung mit alternativen Umsetzungsansätzen, wie sie von vielen anderen EWG-Mitgliedstaaten gewählt wurden, findet sich in der Begründung nicht.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der RL 90/314/EWG kam es nicht zu wesentlichen Änderungen des Entwurfs zu § 651k BGB. Im Rahmen der Behandlung im Rechtsausschuss bzw. im Plenum wurde zwar darüber diskutiert, ob in einer Situation, in der das Schadensniveau über der Höchstabsicherungsgrenze liegt, nach dem Prioritätsprinzip oder anteilig erstattet werden soll-

[56] BGBl. I S. 1322.
[57] Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 1. Juli 1993, BT-Drs. 12/5334, S. 12.
[58] Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 1. Juli 1993, BT-Drs. 12/5334, S. 12.

te.[59] Die vom Regierungsentwurf vorgeschlagene Deckelung selbst wurde aber nicht erkennbar in Frage gestellt.

2. Argumentation 2001: Vertrauen auf eine ausreichende Absicherung und „Nichtdarstellbarkeit" der Rückversicherung

Im Gesetzgebungsverfahren, das zum Erlass des Zweiten Gesetzes zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 23. Juli 2001 führte, stand die Frage der Unzulässigkeit der Höchstabsicherungsgrenze von EUR 110 Mio. bereits greifbar im Raum. Die Bundesregierung plante zunächst, die Deckelung in § 651k BGB ersatzlos zu streichen.[60] In der Folge einer Anhörung setzte das Bundeswirtschaftsministerium dann aber die Beibehaltung der Höchstabsicherungsgrenze durch. In der Begründung des in den Bundestag eingebrachten Entwurfs ging die Bundesregierung auf die Zweifel ein, die gegen diese Begrenzung äußert worden waren: „Es ist erwogen worden, die in Absatz 2 bestimmte Haftungshöchstsumme insgesamt zu streichen. Diese Grenze ist mit 110 Mio. Euro je Absicherer und Jahr – insbesondere auch im Vergleich zu den Haftungsbeschränkungen in anderen EU-Staaten – bereits sehr hoch angesetzt und bietet hinreichende Gewähr dafür, dass für den Reisenden ein seine Reiseaufwendungen vollständig deckender Insolvenzschutz vorhanden ist. Aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Rechberger (C-140/97) aus dem Jahre 1999 ist verschiedentlich eine Verpflichtung zur Aufgabe der Haftungshöchstsumme abgeleitet worden (z. B. Brönneke, in: Deutsche Gesellschaft für Reiserecht, Zur Notwendigkeit einer weiteren Reiserechts-Novelle, Baden- Baden 2000, S. 97 ff., 101; Tonner, Die Insolvenzabsicherung im Pauschalreiserecht, unter II 3.3). Diese

[59] Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 12. Wahlperiode, 22. Sitzung am 21.4.1994, Protokoll 12/222, S. 19145.
[60] Erster Gesetzesentwurf abgedruckt in: Deutsche Gesellschaft für Reiserecht (Hrsg.), DGfR-Jahrbuch 2000, 2001, S. 103 ff.

Forderung geht auf die Feststellung des EuGH in Tz. 63, 64 seines Urteils zurück, dass Haftungsbeschränkungen nicht zulässig seien."[61]

In einer längeren Passage versuchte die Bundesregierung dann, in Form eines „differenciating" die österreichische Rechtslage (mit der oben beschriebenen und sehr eingeschränkten Absicherung von mindestens 5% des Umsatzes aus Veranstaltertätigkeit im vorangegangenen Kalendervierteljahr) von der Regelung des deutschen Rechts zu unterscheiden. In der Begründung wird unter Bezugnahme auf Rdnr. 64 der „Rechberger"-Entscheidung eingeräumt, dass der EuGH von einer ordnungsgemäßen Umsetzung nur ausgehe, wenn „wenn sie unabhängig von ihren Modalitäten bewirkt, dass die Erstattung aller vom Verbraucher gezahlten Beträge und seine Rückreise im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkurses des Reiseveranstalters für den Verbraucher sichergestellt sind." Zugleich wird dann aber festgestellt, dass der EuGH kein System der Kontrolle der Angemessenheit der jeweiligen Deckungssumme verlange (Rdnr. 65 der „Rechberger"-Entscheidung), dass nicht „jedes theoretische Risiko" ausgeschlossen werden müsse und „eine Umsetzungslösung mit Deckungssummen nicht von vorne herein" europarechtswidrig sei.[62] Hieraus wird dann geschlossen, dass die bestehende und fortgeführte Deckelung auf EUR 110 Mio. für einen Absicherer europarechtskonform sei. Diese Argumentation erscheint schon im Grundansatz wenig kohärent.

Besondere Aufmerksamkeit verdienen dann die Ausführungen des Gesetzesentwurfs zur Höhe der Deckelung. Die Bundesregierung verweist zunächst darauf, dass in den Jahren seit 1994 der höchste Versicherungsschaden, der durch die Insolvenz eines Reiseveranstalters eingetreten sei, bei DM 25 Mio. gelegen habe. Sie macht geltend, dass die Haftungshöchstsumme der auf dem Reiseversicherungsmarkt tätigen Kundengeldabsicherungsunternehmen (damals fast DM 1,1 Mrd.) um ein Vielfaches über dieser Summe liege. Die Forderung nach einer Streichung der Haftungshöchstsumme wird mit folgendem Argument zurückge-

[61] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 14/5944, S. 10.
[62] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 14/5944, S. 11.

wiesen: „Eine Streichung der Haftungshöchstsumme würde in Deutschland aber den Versicherungsmarkt überfordern. Das Reisevolumen in Deutschland ist so hoch, dass ohne eine formale Haftungshöchstgrenze ein Rückversicherungsrisiko von rund 5 Mrd. DM abzudecken wäre. Das ist nicht darstellbar.“ [63]

Es bedarf keiner Begründung, dass sich die ordnungsgemäße Umsetzung einer Richtlinie des EU-Rechts mit derartigen Argumenten zur „Darstellbarkeit“ einer Last nicht in Frage stellen lässt. Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung lassen erkennen, dass schon damals gewichtige Zweifel bestanden, ob der gewählte Ansatz und die Höhe der Deckelung mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar waren.

3. Argumentation 2016: Zurückweisung der Zweifel an der Richtlinienkonformität der Begrenzung

Ungeachtet dessen entschloss sich die Bundesregierung fünfzehn Jahre später, trotz geänderter unionsrechtlicher Vorgaben an der Regelung des § 631k Abs. 2 BGB festzuhalten und sie in das neue Regime des Reisevertragsrechts zu überführen. In dem Gesetzesentwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften, den die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag am 11. Januar 2017 vorlegte,[64] wurde vorgeschlagen, die Bestimmung des Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 in einem neuen § 651r BGB umzusetzen, dabei aber die alte Haftungshöchstgrenze beizubehalten.

In dem Gesetzesentwurf wird ausdrücklich ein Bezug zu § 651k Abs. 2 BGB a.F. hergestellt und geltend gemacht: „Die Erwägungen, die den Gesetzgeber bei der Umsetzung der Pauschalreiserichtlinie von 1990 haben leiten lassen, gelten nach wie vor: Versicherungen können Versicherungsschutz nicht unter unbegrenztem Einschluss des Haftungsrisikos anbieten. Der Gesetzgeber kann aber keine undurchführbare und unerreichbare Deckungsvorsorge vorschreiben ... .“ Die

[63] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 14/5944, S. 11.
[64] Deutscher Bundestag, 11.1.2017, BT-Drs. 18/10822.

Gesetzesbegründung verweist dann darauf, dass Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 nunmehr ausdrücklich vorsehe, dass (nur) „die nach vernünftigem Ermessen vorhersehbaren Kosten“ abgedeckt werden müssten und „sehr unwahrscheinliche Risiken“, insbesondere die gleichzeitige Insolvenz mehrerer der größten Reiseveranstalter, unberücksichtigt bleiben könnten.[65] Eine Beschäftigung mit den in der Begründungserwägung der RL (EU) 2015/2302 formulierten Prinzipien einer risikobezogenen Haftungsbegrenzung erfolgt in diesem Zusammenhang aber nicht. Die Verfasser des Entwurfs scheinen nicht zur Kenntnis zu nehmen, dass die RL (EU) 2015/2302 insofern eine über die Vorgängerrichtlinie hinausgehende Spezifizierung der Vorgaben für das mitgliedstaatliche Umsetzungsrecht vornahm.

Die Begründung des Gesetzesentwurfs legt im Übrigen dar, dass auch die seit über 20 Jahren im wesentlichen unveränderte Höhe der Deckungsgrenze nicht angepasst werden müsse. Einerseits seien zwar die Umsätze der Veranstalter angestiegen; allerdings hätten auch die Vorauszahlungen der Reiseveranstalter an die Leistungserbringer stark zugenommen. Das Schadenspotential hätte sich daher sogar reduziert. Empirische Belege für diese Behauptung werden nicht angeführt. Zum anderen veranlasse, so die Begründung, auch die Ausweiterung der haftungsrelevanten Risiken (Ausweitung des Begriffs „Pauschalreise“) nicht zu einer Erhöhung, weil sich die großen Veranstalter „regelmäßig sogar im Hinblick auf einzelne Reiseleistungen gegen Insolvenz“ absicherten. Allerdings schimmern in den Ausführungen der Begründung Zweifel an der Tragfähigkeit dieser Feststellungen durch: Es ist ausdrücklich davon die Rede, dass die Entwicklung des Reise- und Versicherungsmarktes „sehr genau beobachtet“ werden solle und ein Forschungsvorhaben zur Insolvenzsicherung in Auftrag gegeben werden solle.[66]

[65] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 18/10822, S. 89.
[66] Deutscher Bundestag, BT-Dr. 18/10822, S. 89-90.

Diese Begründung überzeugte den Bundesrat nicht. Der Bundesrat bezog am 16. Dezember 2016 zu dem Gesetzesentwurf nach Art. 76 Abs. 2 GG Stellung.[67] Er äußerte dort in mehrfacher Hinsicht Zweifel an der Richtlinienkonformität der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Umsetzung. Vor allem wies er darauf hin, dass die Höhe der Absicherung zu niedrig sei: „Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die für die Haftung von Kundengeldabsicherern bei Insolvenz eines Reiseveranstalters festgelegte Höchstgrenze von 110 Millionen Euro pro Absicherer und Geschäftsjahr zu niedrig bemessen ist." Zur Begründung machte er geltend, dass „allein im Geschäftsjahr 2014/2015 ... die Deutschen 27,4 Milliarden Euro für vorab gebuchte Pauschalreiseleistungen ausgegeben hätten, 2001 waren es laut dem Verbraucherzentrale Bundesverband nur 18,9 Milliarden Euro. Die Höchstgrenze wurde vor über 20 Jahren mit umgerechnet 110 Millionen Euro festgelegt und seither trotz dieser Steigerung und trotz Inflation nicht angepasst. Des Weiteren wird der Anwendungsbereich durch die neue Richtlinie erweitert, so dass dies zu einer Erhöhung des Absicherungsbedarfs führen wird."[68] Der Bundesrat regte deshalb an, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren die Einführung einer flexiblen Höchstgrenze der Insolvenzabsicherung, beispielsweise in Abhängigkeit von dem jeweils abzusichernden Gesamtvolumen, zu prüfen." Für den Fall, dass der starre Höchstbetrag beibehalten werden sollte, vertrat der Bundesrat die Position, dass eine Erhöhung des Höchstbetrags vorgenommen werden solle. [69]

Im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurden diese Bedenken aber nicht weiterverfolgt.[70] Vereinzelte Zweifel an der Höhe der Höchstabsicherungsgrenze in den parlamentarischen Beratungen fanden kein Gehör.[71]

---

[67] Stellungnahme des Bundesrates, 16.12.2016, BT-Drs. 18/10822, S. 118.
[68] Stellungnahme des Bundesrates, 16.12.2016, BT-Drs. 18/10822, S. 118.
[69] Stellungnahme des Bundesrates, 16.12.2016, BT-Drs. 18/10822, S. 118.
[70] Vgl.: Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, Beschlussempfehlung und Bericht vom 31.5.2017, BT-Drs. 18/12600; Deutscher Bundestag, Stenographischer Bericht, 237. Sitzung vom 1.6.2017, Plenarprotokoll 18/237, S. 24184 ff. (zu Protokoll gegebene Reden: S. 24268 ff.).
[71] MdB Karin Binder (Die Linke): „Der Gesetzentwurf weist aber noch mehr Defizite im

4. Fazit: Erkennbare und offene Zweifel des Gesetzgebers an der Unionsrechtskonformität der Umsetzung

Die vorstehend geschildete Entwicklung macht deutlich, dass den deutschen Gesetzgeber jedenfalls seit Anfang des neuen Jahrtausends Zweifel erfasst hatten, ob die von ihm gewählte Umsetzungslösung der Art und der Höhe nach mit den Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts in Einklang stand. Offen traten diese Zweifel schon im Kontext des Gesetzgebungsverfahrens zu Tage, das das Zweite Gesetz zur Änderung reiserechtlicher Vorschriften vom 23. Juli 2001 zum Gegenstand hatte. Der Gesetzgeber hatte nicht nur die EuGH-Entscheidung „Rechberger" vor Augen, sondern auch die Folgerungen, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur hieraus gezogen wurden. Gleichwohl verteidigte er die in den 1990er Jahren gewählte Lösung – mit einer in der Grundanlage wenig kohärenten Begründung, zudem mit inhaltlich kaum überzeugenden Argumenten.

Im Kontext des Gesetzgebungsverfahrens zur Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 waren die Zweifel an der Richtlinienkonformität dann so groß, dass sich der Bundesrat gegen die Einschätzung in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung stellte. Auch die Verfasser dieser Begründung ließen Zweifel erkennen, ob den Anforderungen der Richtlinie mit § 651r Abs. 3 BGB entsprochen würde. Zur Rechtfertigung des gewählten Ansatzes zitierte man jene Passagen in der Richtlinie, die deutlich machten, dass keine Absicherung in unbegrenzter Höhe erforderlich ist, ließ aber jene Passagen, die sich gegen eine allgemeine und generelle Höchstabsicherungsgrenze für die Absicherer anführen

---

Verbraucherschutz auf: Die Höchstgrenze der Absicherung gegen die Insolvenz eines Reiseunternehmens ist mit 110 Millionen Euro viel zu gering. Das sind Werte von vor 20 Jahren. Wenn der Veranstalter pleitegeht, werden viele Kunden ihre Anzahlung nie wiedersehen." (Plenarprotokoll 18/237, S. 24272).

ließen, unerwähnt. Die Betonung einer Beobachtungsnotwendigkeit sollte, so muss man vermuten, Zweifler besänftigen.

IV. Rechtswissenschaftliche Kritik an der Umsetzung

In der Rechtswissenschaft setzte die Diskussion um die Unionsrechtskonformität der Umsetzung des europäischen Pauschalreiserechts früh – schon unter der RL 1990/314/EWG – ein. Gewichtige Stimmen vertraten hier jedenfalls seit der EuGH-Entscheidung „Rechberger" die Auffassung, dass die vom deutschen Gesetzgeber vorgesehene Deckelung der Absicherung nicht mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar sei. Schon unmittelbar nach der Bekanntgabe dieser Entscheidung hatten Autoren wie *Tobias Brönneke*[72] oder *Klaus Tonner*[73] herausgearbeitet, dass die Umsetzung in § 651k BGB a.F. nicht den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers und dem Verständnis des EuGH entsprach. Dieser Vorwurf ist in den Folgejahren noch intensiviert worden.[74] Es war bald die Rede davon, dass die Umsetzung von Art. 7 der RL 90/314/EWG „nach einhelliger Auffassung"[75] unionsrechtswidrig war.[76] *Alex Baumgärtner*[77] steht noch jüngst zur Haftungsbegrenzung nach § 651k BGB a.F. fest: „Dass diese Begründung eine Haftungsbeschränkung im Lichte der alten Pauschalreise-RL ... in der Vergan-

---

[72] Tobias Brönneke, in: Deutsche Gesellschaft für Reiserecht, Zur Notwendigkeit einer weiteren Reiserechts-Novelle, Baden- Baden 2000, S. 97.
[73] Klaus Tonner, Die Insolvenzabsicherung im Pauschalreiserecht und das Zweite Rechtsänderungsgerecht, 2002.
[74] Führich, Reiserecht, 7. Aufl. 2015, § 16 Rz. 22; Staudinger/Staudinger, BGB, Vorbemerkung 83 zu §§ 651a-m und § 651k Rdnr. 4, 5 und 18; Klaus Tonner, in Münch- Komm/BGB, 6. Aufl. 2012, § 651k Rz. 20; Klaus Tonner, Die neue Pauschalreiserichtlinie, EuZW 2016, 95 (100); Ansgar Staudinger, Erste Überlegungen zur Umsetzung der reformierten Pauschalreiserichtlinie mit Bezug auf den Insolvenzschutz, RRa 6 (2015), 281.
[75] Klaus Tonner, Das neue Pauschalreiserecht. Überblick über die wichtigsten Änderungen, MDR 2018, 305.
[76] Siehe die Aufarbeitung der Diskussion in: Susanne Mokhtari, Insolvenzabsicherung von Pauschalreisen, 2014.
[77] Alex Baumgärtner, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition August 2019, BGB § 651r Rdnr. 39.

genheit nicht zu rechtfertigen vermochte, hat die Rspr. des EuGH zweifelsfrei gezeigt."

Mit Blick auf die Neufassung der Regelungen über die Insolvenzabsicherung in der RL (EU) 2015/2302 war dann ein erneutes Aufleben der Diskussion zu beobachten. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass auch die Neuregelung in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB nicht den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 entspreche.[78] Schon in einer Stellungnahme zum Entwurf des Umsetzungsgesetzes zur RL (EU) 2015/2302 legte *Ansgar Staudinger*[79] dar, dass „die in der Vergangenheit ‚gegriffene' Summe von 110 Millionen EUR bei weitem nicht ausreicht." Ungeachtet des Umstandes, dass der Gesetzgeber an einer Versicherungslösung mit fixierter Höchstsumme festhalten könne, „kann die Höchstgrenze von 110 Millionen EUR nicht fortgeschrieben werden. Andernfalls droht, und dies deutete der EuGH in der seiner Vorlageentscheidung vom 16.1.2014 an, die Staatshaftung."

Gleichsinnig wies *Klaus Tonner*[80] in einer wissenschaftlichen Analyse der Änderungen in den §§ 651a ff. BGB zwar darauf hin, dass eine Haftungsbeschränkung nach den Vorgaben der neuen Richtlinie nicht mehr von vornherein unzulässig sei. Der Unionsgesetzgeber hätte die Vorgaben der Richtlinie an die Realität angepasst, „(s)tatt auf der Durchsetzung der uneingeschränkten Insolvenzabsicherung zu bestehen." *Tonner* wies aber auch darauf hin, dass der Haftungsrah-

---

[78] Ansgar Staudinger, in: Führich/Staudinger (Hrsg.), ReiseR-HdB, § 12 Rdnr. 23; ders., Erste Überlegungen zur Umsetzung der reformierten Pauschalreiserichtlinie mit Bezug auf den Insolvenzschutz, RRa 2015 6 (2015), 281 (285 f.); ders., Kundengeldabsicherung bei Pauschalreisen sowie Luftbeförderung de lege lata und ferenda, r+s 2018, 2 (5); Stefanie Bergmann, in: Tonner/Bergmann/ Blankenburg (Hrsg.), Reiserecht. Handbuch, 2018, § 2 Rdnr. 492; berichtend: Staudinger, in: Rainer Schulze (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 210. Aufl. 2018, § 651r Rdnr. 7.

[79] Ansgar Staudinger, Erste Überlegungen zur Umsetzung der reformierten Pauschalreiserichtlinie mit Bezug auf den Insolvenzschutz, RRa 6 (2015), 281.

[80] Klaus Tonner, Das neue Pauschalreiserecht. Überblick über die wichtigsten Änderungen, MDR 2018, 305.

men von EUR 110 Mio. nicht ausreichen würde, um mehrere Großinsolvenzen bei einem Absicherer abzudecken.

Andere Autoren sind zurückhaltender und enthalten sich eines abschließenden Urteils. *Alex Baumgartner* stellt beispielsweise fest: „Die Festlegung einer Haftungshöchstsumme, wie die in Abs. 3 S. 3 getroffene, ist infolge der geänderten Vorgaben in der Pauschalreise-RL damit zwar grds. möglich, aber eben nur dann zulässig, wenn die Höhe so festgelegt ist, dass tatsächlich nur „sehr unwahrscheinliche Risiken" ausgeklammert werden. Die Zulässigkeitsdiskussion verlagert sich damit auf die Frage, welche Szenarien zwar unwahrscheinlich, aber eben nicht „sehr" unwahrscheinlich sind und von der festgelegten Haftungshöchstsumme von 110 Mio. Euro nicht mehr gedeckt sein könnten (vgl. auch MüKoBGB/Tonner § 651k Rn. 22a). Auch die Gesetzesbegründung weist auf das Erfordernis einer genauen Beobachtung der Entwicklung des Reise- und Versicherungsmarktes hin, um sicherzustellen, dass Reisende auch zukünftig richtlinienkonform entschädigt werden (BT-Drs. 18/10822, 89)."[81]

Einige Autoren sind der Auffassung, dass die Neuregelung in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB unionsrechtskonform sei.[82] Analysiert man die in diesem Kontext vorgebrachten Argumente, tauchen aber schnell Zweifel auf. Denn vielfach werden Überlegungen vorgebracht, die so vor dem EuGH mit großer Wahrscheinlichkeit keinen Bestand haben würden. So begründet *Daniel Blankenburg* die Unionsrechtskonformität des § 631r Abs. 3 S. 3 BGB mit dem Argument: „Zutreffend hat der nationale Gesetzgeber auf die bisherigen Schadensereignisse abgestellt. Deren maximale Schadenssumme liegt weit unter der Begrenzung. Die durch § 651r Abs. 2 S. 1 begrenzte Sicherung hätte daher in den letzten 20 Jahren für eine wirksame Sicherung gereicht. Sollte ein Schadensereignis über diese Sum-

---

[81] Alex Baumgärtner, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition August 2019, BGB § 651r Rdnr. 41.
[82] Daniel Blankenburg, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck-Online. Großkommentar, Stand 1. August 2019, BGB § 651r Rdnr. 63-69.2, insb. Rdnr. 68; Hartwig. Sprau, in: Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 651r Rdnr. 12.

me hinausgehen, dürfte es sich um nicht vorhersehbare Risiken handeln.“ [83] Das Argument, in der Vergangenheit sei alles gut gegangen, rechtfertigt eine hinter den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 zurückbleibende Insolvenzabsicherung wohl nicht. *Blankenburg* weist im übrigen wenige Sätze später darauf hin: „Eine starre Grenze muss allerdings so gesetzt sein, dass grundsätzlich vorhersehbare Konstellationen abgedeckt werden.“[84] Er begründet nicht, wie diese Abdeckung angesichts des Umsatzvolumens großer Reiseanbieter bei einer Höchstgrenze von EUR 110 Mio. gewährleistet sein soll.

In der Folge der Insolvenz der Unternehmen der Thomas Cook Gruppe befasste sich auch der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages mit der Rechtskonformität der Umsetzung der RL (EU) 2015/2302. Seine Schlussfolgerungen fallen vorsichtig aus, lassen aber auch erhebliche Zweifel erkennen. Nachdem zunächst festgestellt wird, dass eine Haftungsobergrenze nicht grundsätzlich unzulässig sei, findet sich dann das folgende Ergebnis: „Nicht unproblematisch erscheint allerdings die konkrete Festsetzung der Haftungsgrenze in Höhe EUR 110 Mio in § 651r Abs. 3 Satz 3 BGB. Ob die Haftungsbegrenzung auf einen Betrag in Höhe von EUR 110 Mio. entsprechend der Gesetzesbegründung vom 11.01.2017 angemessen ist, lässt sich seitens des Verfassers nicht abschließend beurteilen. Problematisch erscheint jedoch vor dem Hintergrund der allgemeinen Inflation und des Wachstums des Reisemarktes, dass die Begrenzung seit 1993 der Höhe nach nicht angepasst wurde. Ob die Entwicklung des Reise- und Versicherungsmarktes vom Gesetzgeber – wie beabsichtigt – beobachtet wurde und wird, um sicherzustellen, dass Reisende richtlinienkonform entschädigt wurden, ist dem Verfasser nicht bekannt.”[85] Im Hinblick darauf, dass die institutionellen Interessen der untersuchenden Stelle der Feststellung eines

---

[83] Daniel Blankenburg, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck-Online. Großkommentar, Stand 1. August 2019, BGB § 651r Rdnr. 68.
[84] Daniel Blankenburg, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck-Online. Großkommentar, Stand 1. August 2019, BGB § 651r Rdnr. 68.
[85] Deutscher Bundestag, Unterabteilung Europa, Fachbereich Europa, Unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung der Richtlinie (EU) 2015/2302, P6 – 3000 – 093/19, 18. Oktober 2019, S. 15.

Rechtsverstoßes entgegenstehen, ist schon diese recht freimütige Feststellung bemerkenswert.

Es fällt in diesem Zusammenhang auf, dass sich die Diskussion ganz auf den Umfang der Absicherung konzentriert. Die ebenfalls relevante Frage, ob die *Art der Begrenzung* (Deckelungsgrenze mit Bezug zur Geschäftsentwicklung des Absicherers) überhaupt zulässig ist, wird nicht ausführlich diskutiert. Dies gilt auch für die Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages.

V. Vorliegen eines vierfachen Unionsrechtsverstoßes

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen lässt sich ein vierfacher Rechtsverstoß des deutschen Gesetzgebers gegen die Vorgaben des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 feststellen. Es kann aufgezeigt werden, dass schon die *Wirksamkeit der Absicherung* nicht den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 entspricht (nachfolgend 1.). Zudem entspricht auch *der Umfang der Absicherung* nicht den Vorgaben von Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302. Der gewählte Regelungsansatz entspricht schon von der Grundanlage her nicht den Vorgaben der RL. Zudem deckt die niedrige Höchstabsicherungsgrenze des § 651r Abs. 3 S. 3 BGB nicht die vorhersehbaren Kosten einer Insolvenz eines großen Reiseveranstalters ab; sie bewirkt in der Sache eine Beeinträchtigung legitimer Ansprüche der Reisenden (nachfolgend 2.). Ein dritter Umsetzungsverstoß erfolgt dadurch, dass der Gesetzgeber in § 651r Abs. 3 S. 4 BGB eine Kürzung berechtigter Ansprüche von Reisenden ermöglicht, die so in der Richtlinie nicht vorgesehen ist (nachfolgend 3.). Schließlich hat der Bundesgesetzgeber seine Überwachungs- und Fortschreibungspflicht nicht angemessen eingelöst (nachfolgend 4.).

1. Umsetzungsverstoß dadurch, dass die Durchsetzbarkeit des Sicherungsanspruchs unspezifisch von der Geschäftsentwicklung des Absicherers abhängig gemacht wird

Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hatte sich schon unter der Geltung der RL 90/314/EWG dazu entschlossen, dem Kundengeldabsicherungsunternehmen das Recht einzuräumen, berechtigte Ansprüche der von der Richtlinie geschützten Reisenden zurückweisen zu können, wenn sich in seinem Risikobereich Umstände ergeben, die in einem Geschäftsjahr zu einer Gesamtbelastung über EUR 110 Mio. führen würden. Diesen Regelungsansatz hat der Umsetzungsgesetzgeber auch unter der Geltung der neuen RL (EU) 2015/2302 beim Erlass von § 651r BGB übernommen.

a) Grundsätzliche Unzulässigkeit der Begründung von Einwendungen und Einreden gegen berechtige Ansprüche

Dieser Regelungsansatz verstößt gegen die Vorgaben des Art. 17 der RL (EU) 2015/2302, der verlangt, dass die Absicherung „wirksam“ sein muss. Es ist oben dargelegt worden, dass die mitgliedstaatliche Umsetzung der Richtlinie nicht nur sicherstellen muss, dass der Absicherer institutionell-wirtschaftlich stabil ist. Er muss auch sicherstellen, dass die entstandenen Sicherungsansprüche der von einer Insolvenz betroffenen Reisenden (§ 651r Abs. 4 S. 1 BGB) auch tatsächlich erfüllt werden, ohne dass Einwendungen und Einreden erhoben werden können, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind.[86]

Die gesetzgeberische Schaffung der in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehenen Einwendungsmöglichkeit, die so von der Richtlinie nicht vorgesehen ist, begründet daher einen Verstoß gegen die Umsetzungspflicht aus Art. 288 Abs. 3 AEUV. Die RL (EU) 2015/2302 enthält an keiner Stelle eine Befugnis der Mitgliedstaaten, die Absicherung des Insolvenzrisikos des Reiseveranstalters in der Weise zu

[86] Oben B. II. 1.

kappen, dass dem Kundengeldabsicherungsunternehmen die Einwendung einer absoluten Höchstbelastungsgrenze zuerkannt wird. Es ist auch nicht vorgesehen, dass eine etwaige Deckelung am Risikoprofil des Absicherers festgemacht wird. Die Richtlinie geht offensichtlich und ohne weiteres davon aus, dass die Mitgliedstaaten für die Insolvenzabsicherung nur Gestaltungsformen wählen dürfen, bei denen sichergestellt ist, dass die absichernde Institution die sich aus dem Risikoprofil des Reiseveranstalters ergebenden Risiken grundsätzlich vollumfänglich tragen kann. Die Wahl von Absicherungsunternehmen, die wirtschaftlich zu schwach sind, um die sich aus diesem Risikoprofil ergebenden, ggf. in der Höhe begrenzten Risiken zu tragen, wäre danach schon im Grundansatz nicht zulässig.

Die Höhe der Belastungen, die der Absicherer in einem Insolvenzfall zu tragen hat, ist nach den insofern eindeutigen Bestimmungen der Richtlinie damit *kein* Grund, der es rechtfertigen könnte, dem Absicherer eine Einwendung oder eine Einrede gegen berechtigte Ansprüche zu gewähren. Dementsprechend ist die mitgliedstaatliche Schaffung einer Einwendungsbefugnis, die an der Gesamthöhe der Belastungen in einem Geschäftsjahr des Absicherers anknüpft, nicht von der Richtlinie abgedeckt. Sie begründet einen Umsetzungsverstoß.

b) Keine Beschränkung der Begrenzung auf „sehr unwahrscheinliche Ereignisse“

Dieses Ergebnis lässt sich auch nicht durch einen Verweis auf Begründungserwägung 40 der RL (EU) 2015/2302 in Zweifel ziehen. Oben ist bereits dargelegt worden, dass diese Erwägung davon spricht, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber dem Absicherer das Recht gegeben kann, bei Eintritt eines „sehr unwahrscheinlichen Risikos“ die garantierte Erstattung zu begrenzen (Begründungserwägung 40, Satz 5).[87] Allerdings hat der deutsche Umsetzungsgesetzgeber gerade keine unwahrscheinlichen Risiken benannt, die dem Absicherer dieses Recht geben sollen. Insbesondere hat er auch nicht festgelegt, dass der Gebrauch einer Einwendung auf den Fall der gleichzeitigen Insolvenz mehrerer der

[87] Siehe oben unter B. II. 1. b).

größten Reiseveranstalter begrenzt sein muss. Der vom deutschen Umsetzungsgesetzgeber gewählte Regelungsansatz weist weder einen notwendigen inhaltlichen Bezug zu „sehr unwahrscheinlichen Risiken“ auf, noch stellt er sicher, dass von der Begrenzung kein Gebrauch gemacht wird, wenn kein sehr unwahrscheinliches Risiko eingetreten ist.

Die vom deutschen Umsetzungsgesetzgeber vorgesehene Begrenzung garantierter Ansprüche (so die Formulierung in Begründungserwägung 40 S. 6) steht damit in keinem Zusammenhang mit den Szenarien, die der europäische Gesetzgeber als Fall einer zulässigen Einschränkung des Erfüllungsversprechens des Absicherers angesehen hat. Der unter a) beschriebene Umsetzungsverstoß lässt sich damit nicht mit einem Hinweis auf die Begründungserwägungen der RL rechtfertigen.

c) Erleichterung der Rückversicherbarkeit berechtigt nicht zur Begrenzung garantierter Ansprüche

Die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Möglichkeit, berechtigte Ansprüche eines Reisenden mit Blick auf die Geschäftsentwicklung des Absicherers zurückweisen zu können, lässt sich auch nicht mit Argumenten zur Rückversicherbarkeit rechtfertigen. Die Richtlinie macht in Begründungserwägung 40 (Sätze 5 und 6) deutlich, dass eine Begrenzung der Insolvenzabsicherung nur in Lagen in Betracht kommt, in denen sich „sehr unwahrscheinliche Risiken“ manifestieren. Nur in solchen Lagen können dann Erwägungen zu den Kosten des Schutzes und zur Sicherung der Wirksamkeit der Absicherung zum Tragen kommen. In Fällen, in denen der mitgliedstaatliche Gesetzgeber eine Begrenzung auch für nicht unwahrscheinliche Risiken vorgenommen hat, können die in Begründungserwägung 40 angesprochenen Rechtfertigungsmöglichkeiten gerade nicht zum Tragen kommen. Der Hinweis auf die Kosten einer Rückversicherung ist damit gerade kein Argument, um eine Begrenzung der Erfüllung berechtigter Ansprüche für wahrscheinliche (selbst leicht unwahrscheinliche) Risiken vornehmen zu können.

d) Fazit: Richtlinienwidrige Begrenzung der nach der RL bestehenden Ansprüche

Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat eine unzulässige Wirksamkeitsschmälerung der in Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 vorgesehenen Absicherung ermöglicht, indem er einem Kundengeldabsicherer das Recht gibt, seine Gesamthaftung aus allen von ihm abgesicherten Reiseverträgen auf den Betrag von EUR 110 Mio. zu begrenzen. Die Regelung hat zur Folge, dass Reisende, die einen aus der Richtlinie bzw. dem Umsetzungsrecht ableitbaren Anspruch haben (§ 651r Abs. 4 S. 1 BGB), ein Risiko der Nichterfüllung tragen, das in der Unternehmensführung des Absicherers angelegt ist. Der europäische Gesetzgeber macht in Begründungserwägung 40 der RL (EU) 2015/2302 deutlich, dass es Reisende hinnehmen müssen, wenn das Risiko ihres Reiseveranstalters (!) nicht vollumfänglich, sondern nur in Höhe eines „ausreichenden Prozentsatzes“ abgesichert ist. Er macht auch deutlich, dass sie Begrenzungen für den Fall „sehr unwahrscheinlicher Risiken“ in der Sphäre des Absicherers hinnehmen müssen. Eine pauschale und unspezifische Begrenzungsmöglichkeit für nicht benannte Ereignisse ist in der Richtlinie demgegenüber nicht vorgesehen.

2. Umsetzungsverstoß dadurch, dass § 651r Abs. 3 S. 3 BGB den gebotenen Umfang der Absicherung mittelbar beeinträchtigt

Ein weiterer Umsetzungsverstoß liegt darin, dass die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Beschränkungsmöglichkeit mittelbar dazu führt, dass „die nach vernünftigem Ermessen voraussehbaren Kosten“ einer Insolvenz eines Reiseveranstalters nicht in jedem Fall abgedeckt werden. Die vom Bundesgesetzgeber festgelegte Begrenzungsmöglichkeit von EUR 110 Mio., die sich auf die Gesamtbelastung eines Absicherers in einem Geschäftsjahr bezieht, liegt außerhalb des Gestaltungsrahmens, die der mitgliedstaatliche Gesetzgeber nach den Vorgaben des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 hat.

a) Wahl eines Regelungsansatzes, der mit den Vorgaben der neuen Richtlinie unvereinbar ist

Den vorstehenden Überlegungen lässt sich entnehmen, dass der deutsche Gesetzgeber dem Regelungsansatz der RL (EU) 2015/2302, wonach etwaige Haftungsbegrenzungen am Risikoprofil des Reiseveranstalters festgemacht werden müssen, nicht gefolgt ist. Oben ist herausgearbeitet worden, dass der EU-Gesetzgeber das Leitbild einer spezifischen und konkreten Haftungsbegrenzung in Orientierung am Risikoprofil des Reiseveranstalters entwickelt hat.[88] In § 651r Abs. 3 S. 3 BGB hat dieses Leitbild aber keinen Niederschlag gefunden. Die deutsche Umsetzungsvorschrift stellt gerade keine Relation zwischen dem Risikoprofil eines Veranstalters und der Höhe seiner Absicherung her. Der Gesetzgeber scheint nicht gesehen zu haben, dass der weite Spielraum, den Art. 7 der Vorgängerrichtlinie hinsichtlich des Ansatzpunktes der Festlegung von Höchstgrenzen eröffnete, im Zuge der Neuregelung deutlich beschnitten wurde – auch wenn dann im Gegenzug die Begrenzungsmöglichkeit selbst rechtlich anerkannt wurde. Der deutsche Gesetzgeber behielt einen Regelungsansatz bei, der unter der RL 1990/314/EWG statthaft war, nach den Vorgaben der neuen Richtlinie aber so nicht mehr möglich war. Hierin liegt ein Umsetzungsverstoß.

Es sei an dieser Stelle in Erinnerung gerufen, dass der EuGH in der Entscheidung „Baradics“[89] unter der Vorgängerrichtlinie davon ausging, dass eine umsatzbezogene Bestimmung des abzusichernden Risikos eine unionsrechtskonforme Ausgestaltung der Insolvenzabsicherung sein *kann*. Die nach Erlass der RL (EU) 2015/2302 gelegentlich geäußerte Behauptung, der EU-Richtliniengeber gehe seit 2015 neue Wege und eröffne den Mitgliedstaaten bislang unbekannte Spielräume, erscheint vor diesem Hintergrund wenig plausibel. Die Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2015/2302 lassen klar erkennen, dass den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet werden sollte, eine konkret-spezifische Begrenzung der Insolvenzabsicherung im Lichte des Risikoprofils des individuellen Reiseveran-

[88] Oben unter B. II. 2. d) cc).
[89] EuGH, Beschluss v. 16.1.2014, Rs. C-430/13, Baradics, ECLI:EU:C:2014:32.

stalters vorzunehmen. Die Bestimmungen der Richtlinie als Beleg dafür zu deuten, dass allgemein-generelle Haftungsobergrenzen für einen Kundengeldabsicherer festgelegt werden können, verkehrt den Bedeutungsgehalt der Bestimmungen der Richtlinie ins Gegenteil.

Schon vom Regelungsansatz her bewegt sich der deutsche Gesetzgeber daher außerhalb des vom EU-Normgeber in Begründungserwägung 40 vorgesehenen Rahmens, wenn er geltend macht, § 651r Abs. 3 S. 3 BGB füge sich in das Regelungssystem der Richtlinie ein. Es ist eine Bestimmung, die nicht der Haftungsbegrenzung des Reiseveranstalters dient, sondern jener des Absicherers.

b) Keine unionsrechtskonforme „Absicherung eines ausreichend hohen Prozentsatzes des Umsatzes des Veranstalters“

Den Anforderungen des EU-Rechts wird die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Begrenzung auch insofern nicht gerecht, als die dort festgelegte Höchstgrenze den Anforderungen von Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (einschließlich den Aussagen der Begründungserwägung 40 (Sätze 3 und 4)) nicht entspricht. In der Tat ist in Begründungserwägung 40 (Sätze 3 und 4) die Rede davon, dass die Absicherung auf einen „ausreichend hohen Prozentsatz des Umsatzes des Veranstalters in Bezug auf Pauschalreisen“ begrenzt sein *kann*. Die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB gezogene Höchstgrenze wird aber schon im Fall der Insolvenz eines großen Reiseveranstalters überschritten.

Es sei an dieser Stelle kurz rekapituliert, dass die Richtlinie den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht dazu zwingt, eine unbegrenzte Haftung vorzusehen. Nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL müssen aber die in einem Insolvenzfall „nach vernünftigem Ermessen absehbaren Kosten“ abgedeckt werden.[90] Im Normgebungsverfahren war davon die Rede, dass im Rahmen der Umsetzung „eine allgemeine Deckung aller wahrscheinlichen Umstände“ vorgesehen werden soll

[90] Oben unter B. II. 2. a).

und der Insolvenzschutz „dem Umfang des mit den Tätigkeiten des Unternehmers verbundenen finanziellen Risikos“ entsprechen muss.[91]

Der EuGH hat in seiner „Rechberger“-Entscheidung deutlich gemacht, dass die Absicherung nicht lediglich untergeordnete Teile des Umsatzes eines Reiseveranstalters umfassen darf. In der Neufassung der Richtlinie spricht der europäische Gesetzgeber jetzt von einem „ausreichend hohen Prozentsatz des Umsatzes eines Veranstalters“. Das Kriterium des ausreichenden Schutzes bezieht sich dabei auf das in Art. 17 Abs. 2 der RL formulierte Ziel der vollständigen Absicherung der Reisenden. Ohne dass der EuGH bislang hierzu Stellung bezogen hätte, dürfte doch klar erkennbar sein, dass den Vorgaben nur entsprochen wird, wenn die Insolvenzabsicherung bei jedem Veranstalter gleich welcher Größe eine Höhe erreicht, die die dessen wesentlichen Umsatzanteile erfasst. Diesem Kriterium ist dagegen nicht entsprochen, wenn die vom deutschen Gesetzgeber festgelegte Grenze bei großen Reiseveranstaltern nur einen untergeordneten Anteil des Umsatzes abgedeckt.

Bei der Wahl einer pauschalen Deckelung muss den Orientierungsmaßstab danach der Insolvenzfall des größten Reiseveranstalters bilden, der im Anwendungsbereich der mitgliedstaatlichen Regelung operiert. Es läge offensichtlich (hierauf ist bereits hingewiesen worden[92]) ein Umsetzungsverstoß vor, wenn sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber darauf beschränkte, allein für Reiseveranstalter kleiner und mittlerer Größe eine Insolvenzabsicherung vorzusehen.

Die Entwicklung des deutschen Reisemarktes ist oben unter C. I. kurz geschildert worden. Der Umsatz der großen Reiseveranstalter hat sich in den letzten 15 Jahren verdoppelt. Die größten Reiseveranstalter erzielten jeweils einen Umsatz von mehr als EUR 1 Mrd., davon nach Schätzungen mehr als 40% im Pauschalreisemarkt. Die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Obergrenze führt mittelbar dazu, dass die Umsätze der von einem Absicherer abgesicherten Reisever-

[91] Oben unter B. II. 2. c) cc).
[92] Oben B. II. 2. d) dd).

anstalter nur zu einem Bruchteil die von der Richtlinie vorgesehene Absicherung erfahren. Dem Gebot, dass die vernünftigerweise absehbaren Kosten einer Insolvenz „umfassend“ abgesichert werden sollen, wird damit offenkundig nicht entsprochen.

Die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene Begrenzung liegt damit deutlich außerhalb des Entscheidungsspielraums, der dem deutschen Gesetzgeber nach Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 übertragen ist. Der deutsche Gesetzgeber hat einen Umsetzungsverstoß dadurch begangen, dass die von ihm festgelegte Höchstgrenze nicht einen „ausreichend hohen Prozentsatz des Umsatzes“ großer Reiseveranstalter abdeckt.

c) Fazit: Insolvenzabsicherung in Höhe eines untergeordneten Umsatzanteils großer Reiseveranstalter unionsrechtswidrig

Festzuhalten ist damit, dass die vom deutschen Umsetzungsgesetzgeber in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB festgelegte Deckelung mittelbar dazu führt, dass das unionsrechtliche Gebot der Absicherung aller „nach vernünftigem Ermessen absehbaren Kosten“ verletzt wird.

3. Umsetzungsverstoß dadurch, dass § 651r Abs. 3 S. 4 BGB weitergehende Einschränkungen vorsieht

Ein weiterer Verstoß liegt dann – konsequenterweise – darin, dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber in § 651r Abs. 3 S. 4 BGB eine Regelung trifft, die die Rechtsstellung von Reisenden bei der Absicherung von Insolvenzrisiken eines spezifischen Reiseveranstalters mittelbar zusätzlich beeinträchtigt. Das deutsche umsetzungsrecht hat nicht nur zur Folge, dass der Kundengeldabsicherer den berechtigten Ansprüchen eines Reisenden eine Einwendung entgegenhalten kann, die so von der Richtlinie nicht vorgesehen ist (vorstehend 1. und 2.). Sie bringt es auch mit sich, dass eine Kürzung berechtigter Ansprüche vorgenommen

werden kann. Die berechtigen Ansprüche von Reisenden erfahren hierdurch eine Beeinträchtigung, die in dieser Weise in der Richtlinie nicht vorgesehen ist.

4. Keine angemessene Überwachung und Fortschreibung der Höchstgrenze

Nach den vorstehenden Feststellungen war die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Höchstgrenze schon bei Erlass des Umsetzungsgesetzes europarechtswidrig. Der deutsche Gesetzgeber hatte zwar angekündigt, die Entwicklung zu verfolgen und gegebenenfalls eine Anpassung vorzunehmen, hat diese Ankündigung aber nicht erkennbar eingelöst. Das weitere Anwachsen der Umsätze im deutschen Pauschalreisemarkt in der Zeit nach Erlass des Gesetzes hat den Gesetzgeber nicht dazu veranlasst, die unionsrechtlich gebotene Absicherung der Art und der Höhe nach einzuführen. Vielmehr wurde ein von der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen eingebrachter Antrag auf Erhöhung der Höchstgrenze[93] vom Deutschen Bundestag mit der Mehrheit der regierungstragenden Abgeordneten am 26. September 2019 abgelehnt.[94]

5. Hohe Wahrscheinlichkeit der Feststellung von Vertragsverstößen durch den EuGH

Vor dem Hintergrund der insofern klaren und eindeutigen Vorgaben der RL (EU) 2015/2302 erscheinen vor allem die vorstehend entwickelten Feststellungen (oben 1.-3.) als hochgradig belastbar. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 nicht vom Regelungsansatz und den Wertungen des europäischen Gesetzgebers leiten lassen. Ihm wäre dabei, wie beschrieben, durchaus ein Gestaltungsspielraum eröffnet gewesen. Stattdessen hat er überkommene und überholte Regelungen

[93] Deutscher Bundestag, Antrag vom 20. März 2019, BT-Drs. 19/8565. Der Antrag sah vor, dass die Höchstgrenze auf mindestens EUR 300 Mio. angehoben werden sollte. Für den Fall, dass dies nicht ausreiche, wurden Alternativmaßnahmen angesprochen.
[94] Deutscher Bundestag, BT-Drs. 19/13584.

aus der Vergangenheit fortgeschrieben. Die Begründung des Gesetzesentwurfs macht deutlich, dass dem Gesetzgeber rechtliche Zweifel an der Unionskonformität dieses Vorgehens klar vor Augen standen. Ob man in dem Unterlassen einer Anpassung (oben 4.) einen eigenständigen und gleichgewichtigen Rechtsverstoß erblickt, ist demgegenüber weniger klar, im Ergebnis aber auch ohne Bedeutung.

Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass der EuGH das vom deutschen Gesetzgeber gewählte Vorgehen als unionsrechtskonforme Umsetzung ansehen würde. Die Chance, dass die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB enthaltene Kappung, die nicht auf das Risikoprofil des Reiseveranstalters, sondern auf jenes des Absicherungsunternehmens abstellt und die seit Jahrzehnten nicht angepasst worden ist, vor dem EuGH verteidigt werden kann, ist danach sehr gering.

VI. Unionsrechtswidrigkeit, aber Wirksamkeit der Begrenzungsmöglichkeit

Die Feststellung, dass der deutsche Gesetzgeber Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 fehlerhaft umgesetzt hat, impliziert einen Vertragsverstoß der Bundesrepublik Deutschland. Dieser Vertragsverstoß kann von der EU-Kommission im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens angegriffen werden (Art. 288 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 258 AEUV). Die Feststellung impliziert aber nicht ohne weiteres, dass die mitgliedstaatliche Umsetzungsregelung nichtig oder unanwendbar ist.

1. Unzulässigkeit einer gesetzeskorrigierenden Rechtsfortbildung

a) Reichweite und Grenzen des Gebots der richtlinienkonformen Auslegung – kein Gebot der Auslegung „contra legem“

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Bestimmungen des mitgliedstaatlichen Rechts, die der Umsetzung einer Richtlinie dienen, uni-

onsrechtskonform ausgelegt werden müssen.[95] Eine derartige Pflicht ergibt sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV, aber auch aus der allgemeinen Loyalitätspflicht des Art. 4 Abs. 3 EUV. Der Rechtsprechung des EuGH lässt sich entnehmen, dass das EU-Recht ggf. auch eine *Rechtsfortbildung* des staatlichen Rechts verlangt.[96] Der EuGH betont in diesem Zusammenhang allerdings mit großer Eindeutigkeit, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsanwender keine unionsrechtliche Pflicht trifft, eine Bestimmung des staatlichen Rechts *contra legem* auszulegen.

So hat er jüngst in der Entscheidung „Danks Industri“[97] festgestellt, dass „die mit der Auslegung des nationalen Rechts betrauten nationalen Gerichte bei dessen Anwendung sämtliche nationalen Rechtsnormen berücksichtigen und die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden anwenden, um seine Auslegung so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der fraglichen Richtlinie auszurichten, damit das von ihr festgelegte Ergebnis erreicht und so Art. 288 Abs. 3 AEUV nachgekommen wird. Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, dass der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts bestimmten Schranken unterliegt. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts das Unionsrecht heranzuziehen, ihre Schranken in den

---

[95] Aus der Rechtsprechung: EuGH, Urt. vom 5. Oktober 2004, verb. Rs. C-397/01 u.a., Pfeiffer u. a., EU:C:2004:584, Rdnr. 113 und 114; EuGH, Urt. vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, Kücükdeveci, EU:C:2010:21, Rdnr. 48; EuGH, Urt. vom 15. April 2010, Rs. C-268/06, Impact, EU:C:2008:223, Rdnr. 100; EuGH, Urt. vom 24. Januar 2012, Rs. C-282/10, Dominguez, EU:C:2012:33, Rdnr. 25; EuGH, Urt. vom 15. Januar 2014, Rs. C-176/12, Association de médiation sociale, EU:C:2014:2, Rdnr. 39; aus der Literatur: Martin Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261; Wulf-H. Roth/Christian Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 13.

[96] Martin Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 119 (1994), 261 (286 ff.).

[97] EuGH, Urt. vom 19. April 2016, Rs. C-441714, Dansk Industi, E-CLI:EU:C:2016:278.

allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen."[98]

In der Entscheidung „Egenberger"[99] äußert sich der EuGH gleichlautend: „Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein nationales Gericht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Privatpersonen verpflichtet ist, eine nationale Rechtsvorschrift, die nicht im Einklang mit ... der Richtlinie ... ausgelegt werden kann, unangewendet zu lassen. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass es den nationalen Gerichten obliegt, unter Berücksichtigung sämtlicher nationaler Rechtsnormen und der im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden zu entscheiden, ob und inwieweit eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9 Abs. 1 AGG im Einklang mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78 ausgelegt werden kann, ohne dass sie *contra legem* ausgelegt wird ... ."[100]

Der EuGH verlangt danach zwar, das mitgliedstaatliche Recht unter Anwendung der „nach diesem anerkannten Auslegungmethoden" zu interpretieren, um den Vorgaben des EU-Rechts Wirksamkeit zu verleihen.[101]Der EuGH besteht in jüngerer Rechtsprechung vor allem darauf, dass einem gesetzlich möglichen Verständnis nicht eine gefestigte Rechtsprechung entgegengehalten werden darf.[102] Zugleich machen die zitierten Entscheidungen aber auch deutlich, dass er

---

[98] EuGH, Urt. vom 19. April 2016, Rs. C-441714, Dansk Industi, E-CLI:EU:C:2016:278, Rdnr. 31-32.
[99] EuGH, Urt.. vom 17. April 2018, Rs. C-414/16, Egenberger, E-CLI:EU:C:2018:257.
[100] EuGH, Urt.. vom 17. April 2018, Rs. C-414/16, Egenberger, E-CLI:EU:C:2018:257, Rdnr. 70-71.
[101] EuGH, Urt. vom 24. Juni 2019, Rs. C-573/17, Paplawski, , Rdnr. 77, unter Verweis auf EuGH, Urt. vom 5. September 2012, Rs. C-42/11, Lopes Da Silva Jorge, EU:C:2012:517, Rdnr. 56; EuGH, Urt. vom 29. Juni 2017, Rs. C-579/15, Popławski, EU:C:2017:503, Rdnr. 34; EuGH, Urt. vom 12. Februar 2019, Rs. C-492/18 PPU, TC, EU:C:2019:108, Rdnr. 68.
[102] EuGH, Urt. vom 19. April 2016, Rs. C-441/14, DI, EU:C:2016:278, Rdnr. 33; EuGH, Urt. vom 8. November 2016, Rs. C-554/14, Ognyanov, EU:C:2016:835, Rdnr. 69; EuGH, Urt. vom 6. November 2018, Rs. C-684/16, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, EU:C:2018:874, Rdnr. 60;

mitgliedstaatlichen Rechtsanwendern nicht abverlangt, sich in offenem Widerspruch zu dem Willen eines demokratischen Gesetzgebers zu setzen. So wichtig es ist, die Geltung und einheitliche Wirksamkeit des EU-Rechts[103] in den Mitgliedstaaten zu sichern, so wenig kann es ein Anliegen der EU sein, demokratische Strukturen in den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Das Unionsrecht verlangt danach gerade nicht die grenzenlose richtlinienkonforme Auslegung („koste sie, was sie wolle"). Wer die jüngere Rechtsprechung des EuGH nicht vor Augen hat, wird diese inhärenten Begrenzungen des Instituts der richtlinienkonformen Auslegung nicht vor Augen haben.

Dieses Rechtsverständnis sichert das unionsrechtliche Prinzip der Rechtsstaatlichkeit ab (Art. 2 EUV) und ist damit den Grundwerten der Europäischen Union zuzurechnen. Das rechtsstaatliche Prinzip zwingt Rechtsanwender zur Beachtung unionsrechtlicher Vorgaben (Legalität); es bekämpft zugleich aber auch die Rechtsunsicherheit, die einträte, wenn jeder Rechtsanwender sich über die eindeutigen Festlegungen des staatlichen Gesetzgebers „korrigierend" hinwegsetzen könnte (Rechtssicherheit).

b) Rechtsfortbildung „contra legem" würde Art. 20 Abs. 3 GG verletzen

Würden eine deutsche Verwaltungsbehörde oder ein deutsches Gericht zur Herstellung der Unionsrechtskonformität des deutschen Rechts eine Rechtsfortbildung *contra legem* betreiben, ohne hierzu durch das EU-Recht veranlasst zu sein, würde dies eine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG bewirken. Dieser Verfassungsverstoß ließe sich vor dem Bundesverfassungsgericht angreifen.

EuGH, Urt. vom 24. Juni 2019, Rs. C-573/17, Paplawski, EU:C:2019:530, Rdnr. 79.

[103] Martin Nettesheim, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: Gedächtnisschrift Grabitz, 1995, S. 447.

c) Nichtanwendung von § 651r Abs. 3 S. 3 BGB wäre unzulässige Rechtsfortbildung „contra legem“

Nach diesen Kriterien würde eine deutsche rechtsanwendende Stelle einen Verfassungsverstoß begehen, wenn sie § 651r Abs. 3 S. 3 BGB für unanwendbar erklärte. Funktional-methodisch lässt sich nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, dass es sich dabei um ein Vorgehen *contra legem* handelte. Die Entscheidung, eine klare und eindeutige Gesetzesbestimmung einfach nicht anzuwenden, ist nicht Bedeutungsermittlung und Konkretisierung innerhalb des denkbaren Wortlautverständnisses. Ebenso wenig würde es sich um eine interpretative „Reduktion“ der Bestimmung handeln. Die Nichtanwendung des § 651r Abs. 3 S. 3 BGB wäre vielmehr eine unmittelbare und offene Korrektur des gesetzgeberischen Willens durch den Rechtsanwender.

Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH (zuletzt: „Egenberger“-Entscheidung) steht in diesem Zusammenhang fest, dass sich eine rechtsanwendende Stelle in Deutschland *nicht* auf ein vermeintliches unionsrechtliches Gebot berufen kann, um den in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB liegenden Umsetzungsverstoß vermittels einer Rechtskorrektur *contra legem* zu „heilen“. Würde eine solche Korrektur vorgenommen, ohne dass dies unionsrechtlich geboten wäre, läge darin nach dem Gesagten ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG.

Im bürgerlich-rechtlichen Schrifttum ist dies vereinzelt in Zweifel gezogen worden. *Alex Staudinger* hat die Auffassung vertreten, dass sich der Umsetzungsverstoß, der im damaligen § 651k BGB lag, durch schlichte Nichtanwendung richtlinienkonform heilen ließe.[104] Die Ausführungen vermögen aber schon deshalb nicht zu überzeugen, weil *Staudinger* nicht zur Kenntnis nimmt, dass das Gebot einer „richtlinienkonformen Auslegung“ unionsrechtlich gerade keine Rechtsfortbildung *contra legem* erzwingt. Die diesbezüglichen unionsrechtlichen *Grenzen* administrativer und richterlicher Korrektur von gesetzgeberischen Umsetzungsverstößen

[104] Axel Staudinger, in: Staudingers Kommentar, 2016, § 651k Rdnr. 5a ff.; Erwähnung dieser Position bei: Alex Baumgärtner, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 51. Edition August 2019, BGB § 651r RdRdnr. 41.

werden von ihm nicht erkennbar berücksichtigt. Zudem wird von *Staudinger* der Versuch unternommen, die Korrektur der gesetzgeberischen Vorgaben im Bereich der Insolvenzabsicherung damit zu begründen, dass „eine planwidrige Unvollständigkeit" des Gesetzes vorliege.[105] Wie eine positive Regelung der Art, wie sie sich in § 651k Abs. 2 BGB a.F. oder § 651r Abs. 3 S. 3 BGB n.F. findet, eine „planwidrige Unvollständigkeit" darstellen soll, ist nicht recht einsichtig. Anders als *Staudinger* behauptet, ist das Gesetz vielmehr „vollständiger", als es nach den Vorgaben des EU-Rechts vorgesehen ist. An anderer Stelle spricht der Autor dann auch zu Recht von einer „Reduktion".

Die Gesetzgebungsmaterialen zu § 651k Abs. 2 BGB a.F. und § 651r Abs. 3 S. 3 BGB n.F. lassen deutlich erkennen, dass der deutsche Gesetzgeber die Haftungsbegrenzung ungeachtet bestehender Zweifel an der Unionsrechtskonformität *mit klarem Willen und entschiedener Absicht realisieren wollte*. Sich über diesen Willen mit dem Argument hinwegsetzen zu wollen, eine *unionsrechtlich gerade nicht* erzwungene Korrektur vornehmen zu wollen, impliziert Gleichgültigkeit gegenüber der Autorität des Gesetzgebers. Im Hinblick auf das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ist dies überaus bedenklich. Die rechtsstaatliche Zulässigkeit derartiger „Reduktion" contra legem lässt sich auch nicht damit begründen, dass der staatliche Gesetzgeber einem grob fahrlässigen Rechtsirrtum unterlegen sei.[106]

Eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* lässt sich schließlich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass behauptet wird, dass die vom Gesetzgeber erlassene Vorschrift noch gewisse Anwendungsfelder im Bereich der überschießenden Richtlinienumsetzung hat.[107] Auch wenn § 651r Abs. 3 S. 3 BGB nicht jede Bedeutung verlöre, würde die Vornahme einer „Reduktion" für den Bereich der Pauschalreisen den wesentlichen Willen des Gesetzgebers korrigieren.

---

[105] Axel Staudinger, in: Staudingers Kommentar, 2016, § 651k Rdnr. 5.
[106] Axel Staudinger, in: Staudingers Kommentar, 2016, § 651k Rdnr. 5.
[107] So zur § 651k Abs. 2 BGB a.F.: Axel Staudinger, in: Staudingers Kommentar, 2016, § 651k Rdnr. 5. Nach der neuen Rechtslage würde dies etwa für Gastschulaufenthalte (§ 651u BGB) gelten.

Es ist damit festzuhalten, dass sich der Umsetzungsverstoß des deutschen Gesetzgebers nicht dadurch aus der Welt räumen lässt, dass § 651r Abs. 3 S. 3 BGB *contra legem* nicht angewandt wird. Ein derartiger Schritt lässt sich nicht als unionsrechtlich geforderter Schritt darstellen; er wäre mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar. Wer die bereits geschilderte Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Reisevertragsrecht vor Augen hat, weiß im übrigen, dass auch der EuGH niemals eine richtlinienkonforme „Reduktion" oder „Korrektur" des mitgliedstaatlichen Rechts gefordert, sondern bei Umsetzungsverstößen immer auf die Staatshaftung verwiesen hat.

2. Keine unmittelbare horizontale Wirkung der Richtlinie

Das Unionsrecht ermöglicht es auch nicht, die Folgen des Umsetzungsverstoßes dadurch zu beseitigen, dass Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 unmittelbar angewandt wird.

Zwar sieht das EU-Recht schon seit langem die Möglichkeit vor, dass Richtlinienbestimmungen im Falle der Nichtumsetzung oder fehlerhaften Umsetzung unmittelbare Wirkung beanspruchen können.[108] Eine unmittelbare Anwendung von Art. 17 der Richtlinie (EU) 2015/2302 zugunsten der Reisenden kommt aber schon deshalb nicht in Betracht, weil die Bestimmung nicht vorbehaltslos und ohne Umsetzungsbedarf („bedingungslos") zur Anwendung gebracht werden kann. Insbesondere lässt die Bestimmung offen, in welcher Weise die Insolvenzabsicherung in einem Mitgliedstaat verwirklicht werden soll. Zudem macht die Bestimmung deutlich, dass auch in der Höhe ein (gewisser) Gestaltungsspielraum möglich ist. Die Ableitung von (unbegrenzten) Ansprüchen der Reisenden gegen einen Kundengeldabsicherer aus Art. 17 der Richtlinie kommt damit schon im Ansatz nicht in Betracht.

[108] Thomas Oppermann/Claus D. Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018, § 9.

Zudem geht der EuGH in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass eine unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinienbestimmungen im Verhältnis zweier Privater ausgeschlossen ist. Er hat etwa in der Entscheidung „Dori" festgestellt: „Wie der Gerichtshof seit dem Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 48) in ständiger Rechtsprechung ausgeführt hat, kann eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Bürger begründen, so daß ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist."[109] Der EuGH geht in diesem Zusammenhang nicht nur davon aus, dass eine Richtlinienbestimmung im horizontalen Rechtsverhältnis zwischen Privaten keine *unmittelbaren Ansprüche* begründen kann. Sie kann auch nicht die Stellung des Anspruchsverpflichteten unmittelbar verändern, indem *Einwendungen oder Einreden* gewährt oder vernichtet werden.

In den letzten Jahren ist der EuGH dazu übergegangen, diese Rechtsprechung für den Fall zu modifizieren, dass die in Frage stehende Richtlinienbestimmung von grundrechtlichen Wertungen getragen wird. In der Folge ging der EuGH in Entscheidungen wie „Mangold",[110] „Bartsch"[111] und „Kücükdeveci"[112] dazu über, die Vorgaben der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien im Verhältnis Privater unmittelbar anzuwenden.

Für die hier interessierende Problemlage ergibt sich hieraus Folgendes: Die Vorgaben in Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH, wie sie insbesondere in der „Dori"-Entscheidung ihren Niederschlag gefunden hat, im horizontalen Verhältnis zwischen privaten Rechtssubjek-

---

[109] EuGH, Urt. vom 14. Juli 1994, RS. C-91/92, Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Rdnr. 20.
[110] EuGH, Urt. vom 22. November 2005, Rs. C-144/04, Mangold, Slg. 2005, I-9981; ähnlich nunmehr: EuGH, Urt. vom 19. April 2016, Rs. C-441714, Dansk Industi, ECLI:EU:C:2016:278.
[111] EuGH, Urt. vom 23. September 2008, Rs. C-427/06, Barsch, Slg. 2008, I-7245.
[112] EuGH, Urt. vom 19. Januar 2010, Rs. C-555/07, Kücükdeveci, EU:C:2010:21, Rdnr. 48

ten *nicht* unmittelbar anwendbar. Eine unmittelbare horizontale Anwendung kommt auch nach der neueren Rechtsprechung nicht in Betracht. Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 dient nicht der grundrechtlichen Gleichstellung; die Bestimmung hat auch keinen unmittelbaren grundrechtlichen Freiheitsgehalt.

Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinienbestimmung, aufgrund derer das entgegenstehende staatliche Recht überlagert würde, ist damit ausgeschlossen. Zu diesem Schluss zwingt im Übrigen auch die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Reisevertragsrecht. Inzwischen hatte der EuGH mehrfach mit Fällen zu tun, in denen die Vorgaben der RL 90/314/EWG bezüglich der Insolvenzabsicherung nicht richtig umgesetzt waren. In keiner dieser Entscheidungen hat er auch nur erwogen, die einschlägigen Richtlinienbestimmungen unmittelbar in Verhältnis Privater anzuwenden. Vielmehr stellte sich regelmäßig die Frage einer mitgliedstaatlichen Staatshaftung.

Es ist damit festzuhalten, dass die Haftungsbegrenzung in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB nicht durch vorrangige Anwendung einer unmittelbaren Richtlinienbestimmung überlagert werden kann. In horizontalen Rechtsbeziehungen der hier vorliegenden Art lassen sich Richtlinienbestimmungen nicht unmittelbar anwenden, und zwar weder zur Begründung von Ansprüchen noch zur Begründung von Einwendungen und Einreden auf Seiten des Anspruchsgegners.

D. Rechtsfolgen des Umsetzungsverstoßes: Staatshaftung der Bundesrepublik Deutschland

Der Europäische Gerichtshof entschied erstmalig 1991, dass ein Mitgliedstaat im Falle des Verstoßes gegen die Pflicht zur Umsetzung von EG-Richtlinien staatshaftungsrechtlich verantwortlich sein kann. Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses sog. unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs werden im Folgenden beschrieben (nachfolgend I.). Im Anschluss wird dann dargelegt, dass der durch § 651r Abs. 3 S. 3 BGB bewirkte Umsetzungsverstoß derartige Staatshaftungsansprüche zugunsten der Anspruchsinhaber nach § 651r Abs. 4 S. 1 BGB auszulösen geeignet ist (nachfolgend II.).

I. Voraussetzungen und Umfang des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch existiert seit nunmehr knapp dreißig Jahren.[113] Er wurde vom EuGH inzwischen in einer Vielzahl von Entscheidungen angewandt und hat sich zu einem anerkannten Institut des EU-Rechts entwickelt. Die dogmatischen Grundlagen des Anspruchs sind geklärt und häufig beschrieben worden. Einzelne Unklarheiten bleiben, sind hier aber ohne Bedeutung.[114] Die Frage, ob der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch neben dem Scha-

---

[113] Leitentscheidungen: EuGH, Urt. vom 19. November 1991, Rs. C-6/90, Frankovich, Slg. 1991, I-5357, Rdnr. 29 ff.; EuGH, Urt. vom 5. März 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029.

[114] Umstritten ist etwa weiterhin, ob es sich um einen unionsrechtlichen Anspruch handelt, der neben die mitgliedstaatlichen Ansprüche tritt (vgl. etwa BGHZ 134, 30 (33 ff.); BGHZ 146, 153; BGHZ 156, 294; BGHZ 181, 199; BVerwG, NVwZ 2017, 1627; ähnlich: Stelkens, Staatshaftungsreform im Mehrebenensystem, DÖV 2006, 770 (777)) oder Ausdruck einer unionsrechtskonformen Interpretation des nationalen Recht ist (Martin Nettesheim, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, DÖV 1992, 999; Rudolf Streinz, Auswirkungen des vom EuGH ‚ausgelegten' Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Recht, Jura 1995, 6 (10 ff.); Winfried Kluth, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen, DVBl. 2004, 393 (401).

densausgleich auch als „Sanktion“ für die Nichtbeachtung des Unionsrechts seitens eines Mitgliedstaats begriffen werden muss, ist umstritten, im Ergebnis aber zu bejahen.[115] Auch wenn die Rechtsanwendung im Ergebnis Aufgabe der mitgliedstaatlichen Stellen ist,[116] macht der EuGH in Vorlageverfahren teilweise so weitgehende (Subsumtions-)Aussagen, dass den staatlichen Stellen kein Entscheidungsspielraum mehr bleibt.[117] Zur Vermeidung von Längen seien hier die Grundlagen des Anspruchs nur kurz zusammengefasst.

1. Vorliegen eines zurechenbaren mitgliedstaatlichen Rechtsverstoßes

Der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch kann nur in Situationen entstehen, in denen ein Mitgliedstaat eine Bestimmung des EU-Rechts verletzt hat. Im hier interessierenden Kontext muss die Pflicht zur rechtzeitigen[118] und richtigen[119] Umsetzung der Bestimmungen einer Richtlinie (Art. 288 Abs. 3 AEUV) verletzt worden sein. Ein derartiger Staatshaftungsanspruch kann solange nicht zur Entstehung gelangen, wie die Umsetzungsfrist zur Umsetzung einer Richtlinie noch läuft.

---

[115] Thomas von Danwitz, Die gemeinschaftliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl. 1997, 1 (3); Thomas Griegerich, Europarechtskonträre Staatshaftung?, EuR 2012, 373 (375 f.); Tobias Lock, Is private enforcement of EU law through State liability a myth? An assessment 20 years after Francovich, CMLRev. 49 (2012), 1675 (1701 f.); Fritz Ossenbühl/Matthias Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl. 2013, S. 596 ff.

[116] EugH, Urt. vom 12. Dezember 2006, Rs. C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Slg. 2006, I-11753, Rdnr. 210 und die dort angeführte Rechtsprechung.

[117] Beispiel in: EuGH, Urt. vom 25. November 2010, Rs. C-429/09, Fuß, ECLI:EU:C:2010:717, Rdnr. 53 ff.

[118] Beispiel der Haftung für verspätete Umsetzung: EuGH, Urt. vom 8.10.1996, Rs. C-178/94 u.a., Dillenkofer u.a., Slg. 1996, I-4845.

[119] Beispiel einer Haftung für fehlerhafte Umsetzung: EuGH, Urt. vom 26. März 1996, Rs. C-392/93, British Telecom; EuGH, Urt. vom 17. Oktober 1996, Rs. C-283/94, Denkavit, Slg. 1996, I-5063.

Der EuGH betont, dass es sich um einen Verstoß gegen das Unionsrecht handeln muss, der dem Mitgliedstaat „zugerechnet“ werden kann. Den Verstoß können damit nicht nur Organe der Legislative, sondern auch solche der Verwaltung und der Rechtsprechung begehen.[120] Im Falle einer fehlerhaften Umsetzung einer Richtlinie ist dies immer der Fall.

2. Nichtumsetzung bzw. fehlerhafte Umsetzung einer individualbegünstigen Vorschrift

Der EuGH geht in ständiger Rechtsprechung ferner davon aus, dass sich der mitgliedstaatliche Umsetzungsverstoß auf eine Bestimmung beziehen muss, deren Ziel „die Verleihung von Rechten an einzelne“ ist.[121]

3. Bestimmbarkeit des Inhalts der Begünstigung

In der Rechtsprechung des EuGH ist weiter die Rede davon, dass der verletzten Bestimmung mit hinreichender Klarheit zu entnehmen sein muss, welche Rechtsposition bzw. Rechtsstellung dem einzelnen zuerkannt werden soll. Bei einem Verstoß gegen die Umsetzungspflicht nach Art. 288 Abs.. 3 AEUV muss den Vorgaben der Richtlinie zu entnehmen sein, in welcher Form die Begünstigung (Anspruchsträgerschaft, Anspruchsadressat, Anspruchsinhalt) erfolgen soll.

---

[120] EuGH, Urt. vom 5. März 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 32; EuGH, Urt. vom 1. Juni 1999, Rs. C-302/97, Konle, ECLI:EU:C:1999:271, Rdnr. 62, EuGH, Urt. vom 4. Juli 2000, Rs. C-424/97, Haim, Slg. 2000, I-5123, Rdnr. 27; EuGH, Urt. vom 30. September 2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239, Rdnr. 31.
[121] EuGH, Urt. vom 19. November 1991, Rs. C-6/90, Frankovich, Slg. 1991, I-5357, Rdnr. 40.

4. Bei unionsrechtswidriger Rechtsetzung: Vorliegen eines „hinreichend qualifizierten Verstoßes“

Der EuGH geht davon aus, dass der mitgliedstaatliche Gesetzgeber einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch nur dann auslöst, wenn er einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“ gegen die Vorgaben des EU-Rechts begeht.[122] Angesichts des Umstandes, dass die Bedeutung des EU-Rechts nicht immer eindeutig feststeht, und angesichts der Existenz von Gestaltungs- und Ermessensspielräumen reicht die bloße Feststellung eines Rechtsverstoßes *ex post* für die Begründung von Haftungsansprüchen nicht aus.

Der Rechtsprechung des Gerichtshofs[123] lässt sich entnehmen, dass die Beurteilung des Vorliegens eines *hinreichend qualifizierten Verstoßes* mit Blick auf die spezifischen Gegebenheiten der konkreten Lage im Einzelfall erfolgen muss. Bei der Anwendung dieses Kriteriums sind insbesondere die folgenden Faktoren zu berücksichtigen: Grad der Klarheit und Genauigkeit der unionsrechtlichen Vorgaben; Art und Umfang eines Beurteilungs- oder Gestaltungsspielraums, den die verletzte Bestimmung den staatlichen Institutionen lässt; Motivation und Wissen bei der Begehung des Umsetzungsverstoßes (Vorsätzlichkeit, Wissentlichkeit, Fahrlässigkeit); Gründe für die Zufügung des Schadens; Entschuldbarkeit eines möglichen Rechtsirrtums; Veranlassung zum Rechtsverstoß durch Vorverhalten eines Unionsorgans.

Der EuGH geht davon aus, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß immer gegeben ist, wenn ein Mitgliedstaat eine Entscheidung des Gerichtshofs missachtet und die staatliche Rechtsordnung trotz eines Urteils im Vertragsverletzungs-

---

[122] EuGH, Urt. vom 5. März 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 37 ff., Rdnr. 56.
[123] Vgl. etwa EuGH, Urt. vom 5. März 1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur und Factortame, Slg. 1996, I-1029, Rdnr. 55 und 56; EuGH, Urt. vom 25. Januar 2007, Rs. C-278/05, Robins u. a., Slg. 2007, I-1053, Rdnr. 70; EuGH, Urt. vom 28. Juni 2001, Rs. C-118/00, Larsy, Slg. 2001, I-5063, Rdnr. 44; EuGH, Urt. vom 30. September 2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239, Rdnr. 56.

oder Vorabentscheidungsverfahrens nicht anpasst. Regelmäßig wird auch ein qualifizierter Verstoß vorliegen, wenn eine gefestigte einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes missachtet wird. Schließlich stellt der EuGH in der „Dillenkofer"-Entscheidung fest, dass „die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts genügen (kann), um einen hinreichend qualifizierten Verstoß zu begründen, wenn der betreffende Mitgliedstaat zum Zeitpunkt dieser Rechtsverletzung nicht zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten zu wählen hatte und über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Ermessensspielraum verfügte ... ."[124] Ebenfalls sei ein Verstoß hinreichend qualifiziert, wenn „ein Mitgliedstaat bei der Rechtsetzung die Grenzen, die der Ausübung seiner Befugnisse gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschritten hat ... ." [125] Das bedeutet konkret, dass zunächst zu klären ist, wie groß der Gestaltungsspielraum des handelnden Mitgliedstaats ist, ggf. unter Berücksichtigung von Präjudizien des EuGH. Je größer der eröffnete Gestaltungsspielraum ist, desto mehr kommt es auf die Offenkundigkeit und Erheblichkeit des Verstoßes an.

Die Behauptung, wonach ein qualifizierter Verstoß bei der Umsetzung einer Richtlinie nur dann vorliege, wenn die fehlerhafte Umsetzung zu einem Schaden geführt hat und „der Gesetzgeber in der Folge keine Anpassung vornimmt", [126] entspricht nicht der Rechtsprechung des EuGH und ist auch inhaltlich nicht plausibel.

---

[124] EuGH, Urt. vom 8.10.1996, Rs. C-178/94 u.a., Dillenkofer u.a., Slg. 1996, I-4845 Rdnr. 25.
[125] EuGH, Urt. vom 8.10.1996, Rs. C-178/94 u.a., Dillenkofer u.a., Slg. 1996, I-4845 Rdnr. 25.
[126] So Daniel Blankenburg, in: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann (Hrsg.), Beck-Online. Großkommentar, Stand 1. August 2019, BGB § 651r Rdnr. 69. 2.

5. Kausaler Zusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und einem dem Geschädigten entstandenen Schaden

Schließlich ist Voraussetzung für die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs, dass die Rechtsverletzung kausal-adäquat einen Schaden zu Lasten der zu begünstigenden Person verursacht.

6. Rechtsfolgen

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch ist von der handelnden juristischen Person des öffentlichen Rechts, ggf. aber auch von einer vom Mitgliedstaat hierfür bestimmten anderen Institution dieses Mitgliedstaats einzulösen.[127] Die geschädigten Personen sind vom Mitgliedstaat so zu stellen, wie sie stünden, wenn die Richtlinie unionsrechtskonform in das staatliche Recht umgesetzt worden wäre. Wenn ein Mitgliedstaat eine unionsrechtswidrige Umsetzung betrieben hat und deshalb Gestaltungsspielräume nicht genutzt hat, die er bei rechtskonformer Umsetzung hätte nutzen könnten, dürfte dies zu seinen Lasten gehen.[128] Es ist zulässig, zunächst auf den Primärrechtsschutz zu verweisen (§ 838 Abs. 3 BGB).[129] Nationale Verjährungsregeln sind anwendbar, wenn sie die praktische Effektivität des Anspruchs nicht beeinträchtigen.[130] Auch materielle Ausschlussfristen für die Durchsetzung des Anspruchs sind zulässig, wenn sie nicht den „effet utile“[131] beeinträchtigt.[132] Aussagen darüber, inwieweit die Träger

[127] EuGH, Urt. vom 1. Juni 1999, Rs. C-302/97, Konle, ECLI:EU:C:1999:271; EuGH, Urt. vom 4. Juli 2000, Rs. C-424/97, Haim (Selbstverwaltungskörperschaft), Slg. 2000, I-5123.
[128] Hierzu lässt sich gefestigte Rechtsprechung allerdings nicht feststellen.
[129] EuGH, Urt. vom 24. März 2009, Rs. C-445/06, Danske Slagterier, ECLI:EU:C:2009:178.
[130] EuGH, Urt. vom 24. März 2009, Rs. C-445/06, Danske Slagterier, ECLI:EU:C:2009:178.
[131] Hierzu etwa: EuGH, Urt. vom 9. September 2015, Rs. C-160/14, Ferreira da Silva u.a., ECLI:EU:C:2015:565.

eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs eine Schadensminderungspflicht tritt, finden sich in der Rechtsprechung des EuGH bislang nicht. Man wird davon ausgehen müssen, dass das EU-Recht insoweit auf das mitgliedstaatliche Recht verweist, soweit dieses die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts nicht beeinträchtigt und gegenüber rein innerstaatlichen Vergleichssachverhalten keine Schlechterstellung bewirkt.[133]

II. Fehlerhafte Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 RL (EU) 2015/2302 begründet Staatshaftungsanspruch

Für den EuGH gehört die Feststellung, dass sich aus der fehlerhaften Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben für die Insolvenzabsicherung von Pauschalreiseverträgen ein Staatshaftungsanspruch ergeben kann, zur ständigen Rechtsprechung. In der Entscheidung „HQ“ vom 10. Juli 2019 stellt er für den Fall, dass die Vorgaben des mitgliedstaatlichen Rechts keine unionsrechtskonforme Insolvenzabsicherung bewirken, fest: „Andernfalls verfügt, wie sich aus der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt, der betroffene Reisende jedenfalls über die Möglichkeit, eine Klage gegen den betreffenden Mitgliedstaat auf Ersatz des Schadens zu erheben, der ihm durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht entstanden ist ... .“[134]

Es lässt sich auf diesem Hintergrund mit vergleichsweise geringem Begründungsaufwand aufzeigen, dass auch der Umsetzungsverstoß in § 651r Abs. 3 S. 3-4 BGB eine derartige Haftung auslöst.

---

[132] EuGH, Urt. vom 10. Juli 1997, Rs. C-261/95, Rosalba Palmisani, E-CLI:EU:C:1997:351, Rdnr. 27 ff.; EuGH, Urt. vom 26. November 2015, Rs. C-166/14, MedEval, ECLI:EU:C:2015:779, Rdnr. 35 ff.

[133] Zur Anwendbarkeit der Kriterien der Effektivitätssicherung und des Diskriminierungsverbots: EuGH, Urt. vom 26. Januar 2010, Rs. C-118/08, Transportes Urbanos, ECLI:EU:C:2010:39.

[134] EuGH, Urt. vom 10. Juli 2019, Rs. C-163/18, HQ u.a., ECLI:EU:C:2019:585, Rdnr. 43 mit Verweis auf EuGH, Urt. vom 25. November 2010, Rs. C-429/09, Fuß, EU:C:2010:717, Rdnr. 45- 48.

1. Fehlerhafte Umsetzung einer Unionsbestimmung, die auf eine Individualbegünstigung abzielt

Der deutsche Gesetzgeber hat, wie vorstehend unter C. beschrieben worden ist, die aus Art. 17 der RL (EU) 2015/2302 folgende Umsetzungspflicht verletzt, indem er dem Absicherer das Recht eingeräumt, vertraglich vorzusehen, die Insolvenzabsicherung in einem Gesamtumfang von EUR 110 Mio. zu begrenzen. Diese Freiheit wirkt zu Lasten der Reisenden, die durch die RL (EU) 2015/2302 umfassend geschützt werden sollen.[135] Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat damit eine Richtlinienbestimmung nicht richtig umgesetzt, die darauf abzielt, Individuen zu begünstigen. Das ist unstrittig.

Der Inhalt der sich aus der Richtlinie ergebenden Individualberechtigung ist auch klar und eindeutig zu erkennen. Schon dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 lässt sich entnehmen, dass die umfassende und vollständige Absicherung bewirkt werden soll. Entsprechende Festlegungen lassen sich auch den Gesetzesmaterialien und der Rechtsprechung des EuGH (zu der insofern gleichsinnigen Vorgängerbestimmung) entnehmen. Zur Vermeidung von Wiederholungen sei hierauf verwiesen.[136] Der EuGH hat in den Entscheidungen, in denen er zur Staatshaftung wegen fehlerhafter Umsetzung des reisevertraglichen Insolvenzabsicherungsrechts Stellung bezog, nie Zweifel daran geäußert, dass es hier um eine inhaltlich klar ermittelbare Individualbegünstigung geht.

2. Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes

Der deutsche Gesetzgeber hat auch einen hinreichend qualifizierten Umsetzungsverstoß gegangen. Dies ergibt sich aus den nachfolgenden Überlegungen.

---

[135] Zu den Schutzzwecken oben B. II. 2. d).
[136] Oben unter B. II. 2 c) bb).

a) In Hinblick auf die Wirksamkeit des Schutzes

Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat gegen klare und inhaltlich genaue Bestimmungen des Unionsrechts verstoßen, die mit Blick auf die hier interessierenden Vorgaben hinsichtlich der Wirksamkeit des Schutzes keine Auslegungsspielräume eröffnen oder inhaltliche Zweifel aufkommen lassen:[137]

Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 schließt es nach jeder denkbaren Lesart und Betrachtung aus, die Wirksamkeit des Schutzes durch die Begründung von Einwendungen des Absicherers zu schmälern, die in der Richtlinie nicht vorgesehen sind. Ferner lässt sich der Richtlinie auch klar entnehmen, dass die Wirksamkeit der Absicherung nicht nur „geworfene“ oder „gewillkürte“ Haftungsbegrenzungen in Frage gestellt werden dürfen, die an einem bestimmten Geschäfts- und Risikoprofil des Absicherers anknüpfen.

Auch wenn davon ausgehen ist, dass Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 dem staatlichen Umsetzungsgesetzgeber insofern einen gewissen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum eröffnet, als eine Haftungsbegrenzung für „sehr unwahrscheinliche Risiken“ vorgesehen werden kann, bewegt sich die deutsche Umsetzungsgesetzgebung *eindeutig und zweifelsfrei* außerhalb dieses Spielraums. Wenn sich der deutsche Gesetzgeber wirklich an Begründungserwägung 40 (Sätze 5 und 6) hätte orientieren wollen, wäre die Umsetzung offenkundig missglückt und fehlerhaft. § 651r Abs. 3 BGB benennt gerade keine „sehr unwahrscheinlichen Ereignisse“, für die die Möglichkeit des Ausschlusses oder der Begrenzung der Insolvenzabsicherung vorgesehen werden soll. Die in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB vorgesehene nummerische Höchstgrenze hat keinen Bezug zur Wahrscheinlichkeit eines Ereignisses.

[137] Zu den maßgeblichen Kriterien: oben B. II. 1. (Wirksamkeit); B. II. 2. (Umfang).

Ferner ist die Höchstabsicherungsgrenze auch der Höhe nach so angesetzt, dass auch überaus wahrscheinliche Ereignisse zu einer Begrenzung der Insolvenzabsicherung führen können. Die Feststellungen zur Entwicklung des deutschen Reisemarktes (oben unter A.) machen deutlich, dass schon die Insolvenz eines der großen Reiseveranstalter zur Folge hat, dass garantierte Ansprüche von Reisenden nicht befriedigt werden. Diese Zusammenhänge waren und sind für Kenner des Marktes und der dort auftretenden Akteure offenkundig, wie die Intervention des Deutschen Bundesrates im Umsetzungsverfahren deutlich machte.[138]

Für die Beurteilung ist schließlich von Bedeutung, dass der Gesetzgeber jedenfalls grob fahrlässig, vielleicht sogar vorsätzlich eine vom Regelungsansatz unstatthafte und der Höhe nach unionsrechtswidrige Begrenzung vorgesehen hat. Die Gesetzesmaterialien zu § 651r BGB lassen erkennen, dass der Gesetzgeber wusste, dass es zu nicht unwahrscheinlichen Schadensfällen einer Größe kommen könnte, die nicht wirksam nach § 651r BGB abgesichert werden. Das Vertrauen darauf, es werde schon alles gut gehen, und die Ankündigung, die Entwicklung zu verfolgen, stellen die Gewichtigkeit des konstatierten Umsetzungsverstoßes nicht in Frage. Man wird nicht sagen können, dass hier ein entschuldbarer Rechtsirrtum vorlag. Vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf mögliche Schäden wissentlich fahrlässig gehandelt. Es ist oben darauf hingewiesen worden, dass der Deutsche Bundestag noch im September 2019 einen Antrag abgelehnt hat, an die Bundesregierung mit der Aufforderung heranzutreten, eine gesetzliche Erhöhung der Haftungsobergrenze herbeizuführen.

In § 651r Abs. 3 S. 3-4 BGB findet sich eine Haftungsbegrenzung, die die Wirksamkeit der Absicherung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 S. 1 der RL (EU) 2015/2302 grundsätzlich in Frage stellt, um die Rückversicherbarkeit des Risikos zu erleichtern. Die Richtlinie sieht dies in dieser Allgemeinheit gerade nicht vor. Schon mit Blick auf den Verstoß gegen Art. 17 Abs. 2 S. 1 (1. Alt.) der RL (EU) 2015/2302

[138] Oben B. III. 3.

liegt danach ein hinreichend qualifizierter Umsetzungsverstoß vor, der offenkundig und erheblich ist.

b) Im Hinblick auf den Umfang des Schutzes

Einen qualifizierten Umsetzungsverstoß hat der deutsche Umsetzungsgesetzgeber auch deshalb begangen, weil die Begrenzungsmöglichkeit in § 651r Abs. 3 S. 3 f. BGB erkennbar mit Art. 17 Abs. 2 S. 1 (2. Alt.) der RL (EU) 2015/2302 unvereinbar ist.

Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber wählt - wie vorstehend beschrieben – erkennbar einen Regelungsansatz, der schon im Ausgangspunkt nicht den Vorgaben des Unionsrechts entspricht.[139] Der deutsche Gesetzgeber geht nicht vom Risikoprofil des Reiseveranstalters aus (so Begründungserwägung 40 der RL), sondern stellt für die Haftungsbegrenzung auf das Risikoprofil des Absicherers ab. Die Neuregelungen in Art. 17 Abs. 2 der RL (EU) 2015/2302 konnten nach dem insofern eindeutigen Wortlaut offensichtlich nicht durch einfache Fortschreibung der bisherigen Regelung nach § 651k Abs. 2 BGB umgesetzt werden – dies machen die Begründungserwägungen (insb. Nr. 39 und 40) überdeutlich. Die Wahl eines Regelungsansatzes, der von den Vorgaben der RL offenkundig abweicht, ist ein qualifizierter Verstoß.

Die Richtlinie legt eindeutig fest, dass die vernünftigerweise zu erwartenden Kosten umfänglich abgedeckt sein müssen. Aufgrund der Entwicklung der Märkte für Pauschalreisen war und ist klar, dass diese Anforderung aufgrund der Regelung in § 651r Abs. 3 S. 3 BGB nicht erfüllt wird. Der Verstoß gegen die unionsrechtlichen Vorgaben ist in diesem Punkt eindeutig, vor allem, wenn man die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 der Vorgängerrichtlinie mit berücksichtigt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich bei der Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 nicht darum bemüht, die „Kosten“ der Insolvenz der großen Reiseveranstalter zu

[139] Ausführlich oben C. II.

bemessen und eine etwaige Haftungsbegrenzung hieran festzumachen. Er hat sich auch nicht erkennbar an den Erwägungen orientiert, die sich in Begründungserwägung 40 (Sätze 3 und 4) hinsichtlich der Beurteilung des abzusichernden Risikos finden. Vielmehr hat er ohne erkennbare Beschäftigung mit dem Regelungsansatz der EU-Regelung eine aus den frühen 1990er Jahren stammende Regelung in das neue Recht übernommen.

Erkennbar standen dem deutschen Gesetzgeber dabei Zweifel vor Augen, ob durch § 651r Abs. 3 S. 3 BGB eine angemessene Absicherung in Frage gestellt würde. Der Gesetzgeber handelte schon unter der RL 90/314/EWG, wie in der zivilrechtlichen Literatur festgestellt wurde, grob fahrlässig.[140] Schon vor knapp 20 Jahren bestanden grundlegende Zweifel, ob die damalige Begrenzung in § 651k BGB a.F. mit den Vorgaben des EU-Rechts vereinbar war. In das Gesetzgebungsverfahren zur Umsetzung der RL (EU) 2015/2302 brachte der Bundesrat die bekannten Bedenken formell ein. Gleichwohl entschied sich der Gesetzgeber zur Fortschreibung der bisherigen Rechtslage, wie die Gesetzesbegründung auch explizit betont. Die bestehenden Zweifel, ob die Absicherung im Falle der Insolvenz eines großen Reiseveranstalters den Anforderungen des Art. 17 Abs. 2 S. 1 (2. Alt.) der RL entsprechen würde, wurden mit pauschalen Argumenten beantwortet. Eine mikro- oder auch makroökonomische Modellrechnung wurde nicht erkennbar angestellt. Hätte man dies gemacht, hätte der Umsetzungsverstoß offenkundig vor Augen gestanden. Man wird insofern nicht von einem entschuldbaren Rechtsirrtum ausgehen können, sondern muss vom bewussten Wegsehen sprechen.

Auch mit Blick auf Art. 17 Abs. 2 S. 1 (2. Alt.) der RL (EU) 2015/2302 liegt damit ein qualifizierter Verstoß vor, der offenkundig und erheblich ist.

[140] So zur Umsetzung von Art. 7 der RL 90/314/EWG: Staudinger, in: Staudingers Kommentar, 2016, § 651k, Rdnr. 5.

3. Adäquat-kausaler Schaden

Die nach der Richtlinie zu schützenden Reisenden erleiden in adäquat-kausaler Weise einen Schaden, wenn ihr Anspruch auf Ersatz (§ 651r Abs. 4 S. 1 BGB) wegen der Inanspruchnahme der Einwendung aus § 651 Abs. 3 S. 3 BGB nicht erfüllt wird. Der den Reisenden entstandene Schaden liegt in der Differenz zwischen der Gesamtsumme der von § 651r Abs. 1, Abs. 4 BGB erfassten „Kosten“[141] und der Summe der vom Absicherer erbrachten Leistungen (unter Einschluss der nach § 651r Abs. 3 S. 4 BGB erfolgten Erstattung).

Die Bundesrepublik Deutschland kann dem so berechneten Schadensanspruch nicht entgegenhalten, dass sie bei (hypothetischer) unionsrechtskonformer Umsetzung der Richtlinie eine Haftungshöchstgrenze hätte vorsehen können. Zum einen ist dem unionsrechtlichen Staatshaftungsrecht in der Fassung, wie es der EuGH entwickelt hat, ein derartiger Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens schon im Ansatz fremd. Zum anderen ist auch gänzlich unklar, wie die diesbezügliche Entscheidung des Gesetzgebers ausgesehen hätte. Aufgrund der Wahl eines (richtlinienwidrigen) Begrenzungsansatzes, der am Risikoprofil des Kundengeldabsicherers ansetzt, hat sich der deutsche Gesetzgeber nie erkennbar mit der Frage befasst, wie er eine Haftungsbegrenzung am Maßstab des Risikoprofils des Reiseveranstalters vornehmen würde. Diese genuin legislative Entscheidung kann nicht im Rahmen der Auseinandersetzung mit Staatshaftungsansprüchen nachgeholt werden. Denn diese Entscheidung kann nur der Gesetzgeber, nicht aber die Bundesregierung treffen. Ausführungen der Bundesregierung dazu, wie der Gesetzgeber alternativ rechtskonform hätte handeln können, haben damit in der Dogmatik des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs keinen Platz und keine Bedeutung.

Nach den oben getroffenen Feststellungen verweist das EU-Recht hinsichtlich einer eventuellen Schadensminderungspflicht auf die Regeln des mitgliedstaatli-

[141] Hierzu zählen auch die vom Kundengeldabsicherer verauslagten und unmittelbar getragenen Repatriierungskosten (oben unter A.).

chen Staatshaftungsrechts, wenn und soweit diese nicht die praktische Wirksamkeit des EU-Rechts beeinträchtigen und nicht zu einer Schlechterstellung des unionsrechtlichen Sachverhalts führen.

III. Fazit: Bestehen eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Reisenden, deren Absicherung wegen § 651r Abs. 3 S. 3-4 BGB hinter den Anforderungen der Richtlinie zurückbleibt, in einem konkreten Insolvenzschadensfall von der Bundesrepublik Deutschland nach den Grundsätzen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs Ausgleich verlangen können.

Anlage 1

Gesamtumsatz der deutschen Reiseveranstalter von 2004 bis 2018 (in Mrd. Euro)

2004	18,6
2005	19,4
2006	19,6
2007	20,3
2008	21,4
2009	20,8
2010	21,3
2011	23,3
2012	24,4
2013	25,3
2014	26,3
2015	27,3
2016	30,2
2017	33,7
2018	36,0

Quelle: GfK

Anlage 2

Umsatz der größten Reiseveranstalter im deutschsprachigen Raum in den Jahren 2016-2018 (in Mrd. Euro)

	2016	2017	2018
TUI	4,40	5,30	5,75
Thomas Cook	3,50	3,82	4,00
DER Touristik	2,80	3,44	3,40
FTI	2,21	2,25	2,90
Aida Cruises	1,50	1,70	1,85
Alltours	1,33	1,39	1,44
Schauinsland R.	1,10	1,18	1,34
TUI Cruises	0,82	1,05	1,34
Phonix Reisen	0,32	0,35	0,37
Vtours	0,20	0,25	0,33
MSC Kreuzfahrten	0,23	0,27	0,33

Quelle: FVW Medien GmbH

Anlage 3

Veranstaltermarkt in Deutschland

Umsätze etc. deutschsprachiger Raum

Quellen:	**fvw Statistik 2017/2018** m€	**Statista** m€	**DRV 2018** m€
TUI*	5,750	6,600	7,300
TC	4,000	3,820	4,000
DER Veranstalter	3,400	3,470	3,400
FTI	2,900	2,550	2,900
Aida	1,850	1,700	1,800
Alltours	1,444	1,390	1,440
Schauinsland	1,340	1,180	1,340

* zu TUI: Schätzdifferenzen Umsatz vermutlich wegen TUI Cruises

Angaben DRV

Mrd. EURO	**Ausgaben der Deutschen für Urlaubsreisen**	**Umsätze deutscher Veranstalter**	**Umsätze DACH Veranstalter**
2017	69.6	33.7	n/a
2018	79.8	36.0	41.2

Umsatz pro Teilnehmer (lt. Fvw Statistik)

	DE	**DACH**
TUI D	774 €	784 €
TUI Cruises	2,329 €	2,344 €
alle VA lt. Fvw Statistik		723 €

DRV-Zahlen aus 2018:

Anzahl Reiseveranstalter in D:	2,500
Anzahl Urlaubsreisen in D:	70 Mio.
davon pauschal:	>40%
Anz. Reisende mit Dauer <5 Tagen:	55 Mio.