

Nr. 176

CLAUS DÖRR

**PERSPEKTIVEN DES
GEMEINSCHAFTSRECHTLICHEN
STAATSHAFTUNGSANSPRUCHES**

2010

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 176

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Claus Dörr

Richter am Bundesgerichtshof

Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches

Referat im Rahmen der Vortragsreihe
„Rechtsfragen der Europäischen Integration“

Bonn, den 25.01.2010

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

I. Einführung	1
II. Grundlagen, Voraussetzungen und Folgen des Staatshaftungsanspruches	3
III. Das dem Einzelnen verliehene Recht	5
1. Rechte aus Richtlinien	5
2. Rechte aus dem Primärrecht	7
3. Das Verhältnis von Primärrecht zu Sekundärrecht	9
a. Prüfung eines Verstoßes gegen Art.249 Abs.3 EG am Maßstab der Richtlinie	9
b. Berufung auf Rechte aus Grundfreiheiten ?	12
c. Stellungnahme im Verfahren vor dem Gerichtshof	12
d. Antwort des Gerichtshofs	15
IV. Der hinreichend qualifizierte Verstoß	17
V. Ergänzende Anwendung des nationalen Haftungsrechts	27
1. Recht der Verjährung	28
2. Bedeutung des Primärrechtsschutzes	29
a. Pflicht zur Verhinderung des Schadenseintritts und Begrenzung des Schadensumfanges	30
b. Vertragsverletzungsverfahren und Primärrechtsschutz	31

I. Einführung

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat bereits in seinem Urteil vom 2. Dezember 2004¹ die Wendung gebraucht, der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch habe auf Grund der Judikatur des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften selbstverständlichen Einzug in die innerstaatliche Rechtspraxis gehalten. Löst man diesen Satz aus dem konkreten Zusammenhang dieser Entscheidung, könnte man darin die Überzeugung und Gewissheit sehen, dass wir uns auf sicherem Grund befinden und alles geklärt sei. Das gilt aber im Prinzip nur für die allgemeinen Voraussetzungen dieses Anspruchs und die Grundlagen, die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften – seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon der Gerichtshof der Europäischen Union – für ihn gelegt hat. Die Gerichte der Mitgliedstaaten haben diese Rechtsprechung aufzunehmen und den Anspruch, dessen nähere Ausgestaltung weiterhin dem nationalen Recht vorbehalten bleibt, unter Berücksichtigung der Grundsätze der Effektivität und der Gleichwertigkeit in das nationale Haftungssystem einzubauen. Hier steckt der Teufel oft im Detail, und die Fälle, mit denen wir es zu tun haben – insbesondere im legislativen Bereich -, zeichnen sich oft durch eine hohe Komplexität aus, die nicht nur die anzuwendenden Rechtsnormen, sondern auch die zu ermittelnden Tatsachen und deren Würdigung betrifft. Wenn ich daher über „Perspektiven“ des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs sprechen soll, so möchte ich mir die Mehr-

¹ III ZR 358/03 - BGHZ 161, 224, 236 = DVBl 2005, 371, 372.

deutigkeit dieses Begriffs zunutze machen. Über Aussichten für die Zukunft werde ich, zumal dem Gerichtshof der Europäischen Union insoweit die Vorhand zukommt, aus richterlicher Vorsicht lieber nur wenig sagen. Gerne werde ich mit Ihnen aber einen Blick, eine Ansicht auf diesen Anspruch werfen. Ich möchte mit einem kurzen Rückblick über die Grundlagen, Voraussetzungen und Folgen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs beginnen. Im Anschluss möchte ich Ihre Aufmerksamkeit vor allem auf zwei Senatsentscheidungen aus dem vergangenen Jahr richten. Die eine vom 22. Januar 2009² betraf die Inkraftsetzung der Pfanderhebungs- und Rücknahmepflicht von Einweggetränkeverpackungen zum 1. Januar 2003, bei der die Frage im Mittelpunkt stand, ob die Bundesrepublik hinreichend qualifiziert gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hatte. Die andere, auf ein Vorabentscheidungsersuchen ergangene vom 4. Juni 2009³ (Danske Slagterier) betraf die unzureichende Umsetzung der Frischfleischrichtlinie⁴ und der Veterinärkontrollrichtlinie,⁵ bei der es zum einen um die Frage ging, ob sich die Produzenten von Schweinefleisch bei der Verletzung harmonisierender Richtlinien auf das Primärrecht berufen können, zum anderen aber auch um wichtige Fragen des zur Ausfüllung des Staatshaftungsanspruchs anzuwendenden nationalen Rechts.

² III ZR 233/07 – NJW 2009, 2534.

³ III ZR 144/05 – EuZW 2009, 865 = BGHZ 181, 199.

⁴ Richtlinie 91/497/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Änderung und Kodifizierung der Richtlinie 64/433/EWG zur Regelung gesundheitlicher Fragen beim innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit frischem Fleisch zwecks Ausdehnung ihrer Bestimmungen auf die Gewinnung und das Inverkehrbringen von frischem Fleisch (ABl. EG Nr. L 268 S. 69).

⁵ Richtlinie 89/662/EWG des Rates vom 11. Dezember 1989 zur Regelung der veterinärrechtlichen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel (ABl. EG Nr. L 395 S. 13).

II. Grundlagen, Voraussetzungen und Folgen des Staatshaftungsanspruchs

Lassen Sie mich kurz mit dem Rückblick zu den Grundlagen, den allgemeinen Voraussetzungen und den Folgen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs beginnen:

Der Gerichtshof hat entschieden, dass der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, untrennbar zu der durch den EG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung gehört⁶. Dabei hat er den Grundsatz einer Staatshaftung wesentlich mit der Überlegung begründet, den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen die ihnen nach dem Vertrag zukommende volle Wirksamkeit zu verschaffen und die dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte zu schützen. Er hat in diesem Zusammenhang auch auf die in Art. 10 EG umschriebene Pflicht der Mitgliedstaaten hingewiesen, alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner und besonderer Art zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu treffen. Durch den Vertrag von Lissabon findet sich jetzt eine entsprechende Pflicht der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 3 EUV.

⁶ Vgl. Urteile vom 19. November 1991, Rs.C-6/90 und C-9/90 – Francovich – Slg. 1991, I-5403, 5413 f = NJW 1992, 165, 166 f Rn. 31 ff, 35; vom 5. März 1996, Rs.C-46/93 und C-48/93 – Brasserie du Pêcheur und Factortame – Slg. 1996, I-1131, 1141 = NJW 1996, 1267, 1268 Rn. 17.

Vor diesem Hintergrund erkennt das Recht der Europäischen Union einen Entschädigungsanspruch unter drei Voraussetzungen an:

- Die Rechtsnorm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen,
- der Verstoß ist hinreichend qualifiziert
- und zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem entstandenen Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang⁷.

Unter diesen einheitlichen Voraussetzungen greift die Ersatzpflicht des Staates unabhängig davon ein, ob der zur Last gelegte Verstoß dem Gesetzgeber, seiner Verwaltung oder seinen letztinstanzlich entscheidenden Gerichten zuzuschreiben ist.

Die Mitgliedstaaten haben die Folgen eines verursachten Schadens, für den sie nach dem Gemeinschaftsrecht einzustehen haben, im Rahmen ihres nationalen Haftungsrechts zu beheben. Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ist es daher Sache der nationalen Rechtsordnung, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen aus-

⁷ Vgl. EuGH, Urteile vom 5. März 1996, Slg. I-1131, 1149 = NJW 1996, 1267, 1269 f Rn. 51; vom 26. März 1996, Rs.C-392/93 – British Telecommunications – Slg. 1996, I-1654, 1668 = EuZW 1996, 274, 276 Rn. 39 f; vom 23. Mai 1996, Rs.C-5/94 – Hedley Lomas – Slg. 1996, I-2604, 2613 = EuZW 1996, 435, 437 Rn. 25; vom 8. Oktober 1996, Rs.C-178/94 u.a. – Dillenkofer – Slg. 1996, I-4867, 4878 f = NJW 1996, 3141, 3142 Rn. 21; vom 30. September 2003 - Rs. C-224/01 – Köbler – Slg. 2003, I-10290, 10305 = NJW 2003, 3539 zu Rn. 30, 31; vom 24. März 2009 - Rs. C-445/06 – Danske Slagterier – EuZW 2009, 334, 336 Rn. 20; aus der Rechtsprechung des Senats BGHZ 134, 30, 37; 146, 153, 158 f; 161, 224, 233; 162, 49, 51 f; Urteile vom 22. Januar 2009 – III ZR 233/07 – NJW 2009, 2534, 2535 Rn. 12 = WM 2009, 621, 622; vom 4. Juni 2009 – III ZR 144/05 – EuZW 2009, 865, 866 f. Rn 13 = BGHZ 181, 199, 206.

zugestalten, die den vollen Schutz der dem Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenen Rechte gewährleisten sollen. Dabei dürfen die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen (Grundsatz der Gleichwertigkeit), und nicht so ausgestaltet sein, dass sie die Erlangung einer Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).⁸

III. Das dem Einzelnen verliehene Recht

Erste Voraussetzung des Staatshaftungsanspruchs ist die Verletzung einer Rechtsnorm, die es bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

1. Rechte aus Richtlinien

Die Verleihung von Rechten, in der die individualschützende Funktion des Staatshaftungsanspruchs zum Ausdruck kommt, ist erfüllt, wenn die fragliche Gemeinschaftsnorm darauf abzielt, einem hinreichend bestimmten Personenkreis ein Recht einzuräumen, dessen Inhalt sich anhand der verletzten Norm ermitteln lässt. Dabei handelt es sich übrigens um eine Fragestellung, die dem nationalen Richter nicht fremd ist, da auch er im Rahmen des § 839 BGB zu prüfen hat, ob eine Amtspflicht

⁸ Vgl. EuGH, Urteile vom 19. November 1991 – Rs. C-6/90 und C-9/90 – Francovich – Slg. 1991, I-5403, 5415 f Rn. 42, 43; vom 5. März 1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 – Brasserie du Pêcheur und Factortame – Slg. 1996, I-1131, 1153, 1155, 1157 Rn. 67, 74, 83; vom 10. Juli 1997 – Rs. C-261/95 – Palmisani – Slg. 1997, I-4037, 4046 Rn. 27.

verletzt worden ist, die neben der Erfüllung allgemeiner Interessen und öffentlicher Zwecke auch den Zweck verfolgt, die Interessen Einzelner wahrzunehmen. Die Frage ist relativ einfach zu beantworten, wenn die betreffende Norm, etwa eine Richtlinie, zum Ziel hat, einem festgelegten Personenkreis ein Recht zu gewähren, das ihm in dieser Form vorher noch nicht zustand. Zwar sind Adressaten der Richtlinien gemäß Art. 249 Abs. 3 EG (jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV) die Mitgliedstaaten. Dennoch können Richtlinien drittschützenden Charakter besitzen, sofern sie die Mitgliedstaaten ausdrücklich dazu verpflichten, individuelle Rechte zu begründen. Das ist im Wege der Auslegung zu ermitteln, wobei der Wortlaut, Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmungen und die Erwägungen des Gemeinschaftsgesetzgebers, die sich im Allgemeinen den Begründungserwägungen entnehmen lassen, maßgebend sind. Als Beispiele für die Gewährung individueller Rechte durch Richtlinien, deren verspätete Umsetzung durch die jeweiligen Mitgliedstaaten zu einem gemeinschaftsrechtlichen Staatshafungsanspruch führten, ist zum Konkursausfallgeld auf die berühmte Rechtssache Francovich,⁹ zur Pauschalreise-Richtlinie¹⁰ auf die Rechtssache Dillenkofer und auf die Einlagensicherungsrichtlinie hinzuweisen, bei der die klare Rechtslage in Bezug auf die Höhe der vorgeschriebenen Einlagensicherung zu Entschädigungsansprüchen führte, ohne dass inso-

⁹ Vgl. Urteil vom 19. November 1991 – Rs.C-6/90 und C-9/90 – Francovich – Slg. 1991, I-5403, 5413 f = NJW 1992, 165, 166 f Rn. 33.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 8. Oktober 1996 – Rs.C-178/94 u.a. – Dillenkofer – Slg. 1996, I-4867, 4878 f = NJW 1996, 3141, 3142 Rn. 21.

weit der Gerichtshof eingeschaltet werden musste.¹¹ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass eine Richtlinienbestimmung nach Ablauf der Umsetzungsfrist Rechte des Bürgers gegen den Staat begründen und auch unmittelbar anwendbar sein kann, wenn sie ihm Rechte verleiht, hinreichend klar, vollständig und unbedingt abgefasst ist und – das ist für die unmittelbare Anwendbarkeit zusätzlich erforderlich – wenn sie geeignet ist, von den nationalen Behörden und Gerichten ohne weitere staatliche Maßnahmen angewendet zu werden. Fehlt es von den genannten Voraussetzungen allerdings an letzterem, weil dem Mitgliedstaat bei der Ausgestaltung ein weiter Spielraum verbleibt, ist die unmittelbare Anwendung der Richtlinie zu verneinen, so dass der Einzelne auf den Staatshaftungsanspruch verwiesen ist, mit dem die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wiederherzustellen ist.

2. Rechte aus dem Primärrecht

Es ist daran zu erinnern, dass Rechte des Einzelnen selbstverständlich auch aus dem Primärrecht der Gemeinschaft folgen können. Das hat der Gerichtshof, unter anderem auf einen Vorlagebeschluss des III. Zivilsenats,¹² in den verbundenen Rechtssachen „Brasserie du Pêcheur“ und „Factortame“ entschieden. Im Fall der „Brasserie du Pêcheur“ musste eine französische Brauerei ihre Ausfuhr von Bier nach Deutschland ein-

¹¹ Vgl. LG Bonn, Urteil vom 31. März 2000 – 1 O 159/99 als Vorinstanz zu BGHZ 162, 49, 50.

¹² Beschluss vom 28. Januar 1993 – III ZR 127/91 – EuZW 1993, 226 = NVwZ 1993, 601 = WM 1993, 707.

stellen, weil das von ihr hergestellte Bier nicht dem im Biersteuergesetz verlangten „Reinheitsgebot“ entsprach. Nachdem der Gerichtshof befunden hatte, das Verbot des Inverkehrbringens von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestelltem Bier unter der Bezeichnung „Bier“ und das Verbot der Einfuhr von Bier mit Zusatzstoffen verstoße gegen die Freiheit des Warenverkehrs in Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV),¹³ verklagte die Brauerei die Bundesrepublik auf Schadensersatz. Hierbei ging es um einen Fall legislativen Unrechts, weil es der Gesetzgeber versäumt hatte, die Vorschriften des Biersteuergesetzes dem Gemeinschaftsrecht anzupassen. Auf den Vorlagebeschluss des III. Zivilsenats übertrug der Gerichtshof seine Rechtsprechung zur Nichtumsetzung von Richtlinien auch auf den Fall einer dem nationalen Gesetzgeber zuzuschreibenden Verletzung dem Einzelnen verliehener Rechte aus dem primären Gemeinschaftsrecht, gewissermaßen – wie es der Gerichtshof ausdrückte – als „notwendige Ergänzung“ zu dessen unmittelbarer Wirkung. Er erblickte auch in der Freiheit des Warenverkehrs ein solches Recht des Einzelnen.¹⁴

¹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 12. März 1987 – Rs. 178/84 – Slg. 1987, 1227 = NJW 1987, 1133.

¹⁴ Vgl. Urteil vom 5. März 1996 – Rs. C-46/93 und C-48/93 – Brasserie du Pêcheur und Factortame – Slg. 1996, I-1131, 1143, 1150 = NJW 1996, 1267, 1268, 1270 Rn. 22, 54.

3. Das Verhältnis von Primärrecht zu Sekundärrecht

a. Prüfung eines Verstoßes gegen Art.249 Abs.3 EG am Maßstab der Richtlinie

Was das Verhältnis von Richtlinienbestimmungen zu den Grundfreiheiten angeht, hat der Gerichtshof verschiedentlich ausgesprochen, für die Frage, ob ein Mitgliedstaat seine Verpflichtungen aus Art. 249 Abs. 3 EG (früher Art. 189 Abs. 3 EGV, jetzt Art. 288 Abs. 3 AEUV) erfüllt habe, komme es ausschließlich auf den Gehalt der Richtlinie an und nicht auf das Primärrecht.¹⁵ In der Sache *Danske Slagterier* stellte sich für den Bundesgerichtshof daher die Frage, ob ein Verstoß gegen eine Richtlinie, die dem Einzelnen selbst möglicherweise keine Rechte gewähre, sanktionslos bleiben könne, weil ein Rückgriff auf die Grundfreiheiten wegen der Existenz der Richtlinie mit Rücksicht auf diese Rechtsprechung verschlossen sei. Hierzu muss kurz erläutert werden, um welchen Sachverhalt es bei dieser Rechtssache ging. In Dänemark wurden seit Anfang der neunziger Jahre nicht kastrierte männliche Schweine als Schlachttiere gezüchtet. Deren Fleisch kann beim Erhitzen einen strengen Geruch oder Geschmack aufweisen. Um geruchsbelastetes Fleisch feststellen und aussortieren zu können, wurde in Dänemark beim Schlachtvorgang das Skatol, ein im Darm gebildetes Abbauprodukt, gemessen. In Deutschland wurde demgegenüber die Auffassung vertreten, die Geruchs-

¹⁵ Vgl. nur EuGH, Urteile vom 12. Oktober 1993 – Rs. C 37/92 – Vanacker und Lesage – Slg. 1993, I-4975, 4978 Rn. 9; vom 11. Juli 1996 – Rs. C 427/93 u.a. – Bristol-Myers Squibb u.a. – Slg.1996, I-3514, 3527 Rn. 25; allgemein zur Prüfung am Maßstab des harmonisierenden Rechts Urteil vom 13. Dezember 2001 – Rs. C 324/99 – DaimlerChrysler – Slg. 2001, I-9918, 9930, 9933 Rn. 32, 44.

belastung gehe auf das Hormon Androstenon zurück, während die Prüfung des Skatolgehalts zu keinen zuverlässigen Ergebnissen führe. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen sah wie folgt aus: Durch die Veterinärkontrollrichtlinie¹⁶ wurde das bisherige System der Grenzkontrollen zugunsten einer durch den Versandmitgliedstaat durchzuführenden Kontrolle abgelöst; der zuständigen Behörde an den Bestimmungsorten sollte nur eine nicht diskriminierende Kontrolle im Stichprobenverfahren vorbehalten bleiben. In Art. 8 dieser Richtlinie ist ein Verfahren zur Regelung des Falls vorgesehen, dass die Übereinstimmung des Fleisches mit den geltenden gesundheitlichen Vorschriften von den zuständigen Behörden des Bestimmungs- und des Ursprungslands unterschiedlich beurteilt wird. In der Frischfleischrichtlinie¹⁷ heißt es in Art. 5 Abs. 1 Buchst. o, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass der amtliche Tierarzt – und das ist der im Versandmitgliedstaat – Fleisch, das einen starken Geschlechtsgeruch aufweist, für genussuntauglich erklärt. Nach Art. 6 Abs. 1 Buchst. b Ziffer iii sollen die Mitgliedstaaten weiter Sorge dafür tragen, dass Fleisch – unbeschadet der in Art. 5 Abs. 1 Buchst. o vorgesehenen Fälle – von nicht kastrierten männlichen Schweinen mit einem Tierkörpergewicht von mehr als 80 kg ein besonderes Kennzeichen trägt und einer Hitzebehandlung unterzogen wird, es sei denn, dass der Betrieb durch eine nach dem Verfahren des Art. 16 anerkannte bzw. – wenn kein entsprechender Beschluss gefasst worden ist – durch eine von den zuständigen Behörden anerkannte Me-

¹⁶ S.o. Fn. 5.

¹⁷ S.o. Fn. 4.

thode sicherstellen kann, dass Schlachtkörper mit einem starken Geschlechtsgeruch festgestellt werden können. Kurz und knapp zusammengefasst bedeutet das: Der Tierarzt in Dänemark prüft anhand der von den dortigen Behörden anerkannten Methode der Skatolmessung, ob das Fleisch genusstauglich ist. Erteilt er eine entsprechende Genusstauglichkeitsbescheinigung, ist das Bestimmungsland hieran prinzipiell gebunden. Seine Behörden können zwar nicht diskriminierende Stichprobenkontrollen vornehmen, müssen sich aber bei Beanstandungen mit den Behörden des Versandmitgliedstaats in Verbindung setzen, die die erforderlichen Maßnahmen ergreifen. Wie bereits erwähnt, ist schließlich ein Verfahren zur Regelung des Falls vorgesehen, dass die Übereinstimmung des Fleisches mit den geltenden gesundheitlichen Vorschriften von den zuständigen Behörden des Bestimmungs- und des Ursprungslands unterschiedlich beurteilt wird. Ungeachtet dieser Rechtslage teilte die Bundesrepublik den obersten Veterinärbehörden der Mitgliedstaaten mit, die Frischfleischrichtlinie werde in der Weise umgesetzt, dass unabhängig von einer Gewichtsgrenze ein Wert von 0,5 µg/g Androstenon festgesetzt werde, bei dessen Überschreitung das Fleisch genussuntauglich sei, und dass alle Sendungen von Schweinefleisch aus anderen Mitgliedstaaten unabhängig von einer Genusstauglichkeitskennzeichnung auf die Einhaltung des Grenzwerts überprüft würden. Der Gerichtshof hatte auf eine von der Kommission erhobene Klage einen Verstoß gegen die genannten Richtlinienbestimmungen festgestellt.¹⁸

¹⁸ Urteil vom 12. November 1998 – Rs. C-102/96 – Slg. 1998, I-6871, 6890.

b. Berufung auf Rechte aus Grundfreiheiten ?

Der III. Zivilsenat mochte den genannten Richtlinienbestimmungen in seinem Vorlagebeschluss nicht entnehmen, dass sie Produzenten von landwirtschaftlichen Erzeugnissen Rechte verleihen, die darüber hinausgehen, dass man sich selbstverständlich im Verwaltungsvollzug gegen gemeinschaftsrechtswidrige Kontrollen zur Wehr setzen kann. Er hielt es aber für möglich, da die Richtlinien – im Hinblick auf ihre harmonisierenden Regelungen – die Grundfreiheiten konkretisieren und näher ausgestalten, dass sich die Produzenten auf eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit berufen dürfen.¹⁹

c. Stellungnahme im Verfahren vor dem Gerichtshof

Im Verfahren vor dem Gerichtshof sind hierzu ganz unterschiedliche Stellungnahmen abgegeben worden, obwohl der III. Zivilsenat aus seiner Binnensicht der Auffassung war, eigentlich könne man über diese Frage nicht ernsthaft streiten. Das zeigt die Schwierigkeiten einer autonomen Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den nationalen Richter, der im Allgemeinen auf der Grundlage seiner nationalen Rechtsüberzeugungen und Rechtstraditionen an die Sache herangehen wird. Dass den Richtlinien keine Rechte der Produzenten und Vermarkter von landwirtschaftlichen Erzeugnissen zu entnehmen seien, haben neben der deutschen auch die griechische, die polnische, die französische und die italienische Regierung vertreten. Auch die Generalanwältin ist dieser Auffassung gefolgt.

¹⁹ Beschluss vom 12. Oktober 2006 – III ZR 144/05 – NVwZ 2007, 362, 363 f. Rn. 12-15.

Sie haben im Wesentlichen argumentiert, in den Richtlinien würden zwar die wesentlichen Anforderungen zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier sowie die Kontrollen harmonisiert und damit zugleich den Binnenmarkt beeinträchtigende Hindernisse beseitigt, es fehle aber an Regelungen, die für einen abgrenzbaren Personenkreis besondere Rechte begründeten. Die Generalanwältin hat dies dahin ergänzt, die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs sei zu dieser Frage von Fällen geprägt gewesen, in denen ein zivilrechtlicher, so vorher nicht bestehender Anspruch oder ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gewährt worden sei, dessen Inhalt sich hinreichend klar aus dem Wortlaut sowie aus dem Sinn und Zweck der jeweiligen Normen habe bestimmen lassen.²⁰ Hier hingegen seien die Bestimmungen der Veterinärkontrollrichtlinie im Wesentlichen auf die Regelung verfahrensrechtlicher Aspekte der behördlichen Kontrollen beschränkt, wobei den Produzenten und Vermarktern von Schweinefleisch insofern eine passive Rolle zukomme, als sie die Maßnahmen der zuständigen Behörden erdulden müssten. Inhaltlich hinreichend bestimmbar Rechte, die einen Staatshaftungsanspruch dieser Personengruppe begründen würden, gewährten sie nicht.²¹ Gleiches gelte für die Frischfleischrichtlinie, die im Interesse der Harmonisierung bestimmte Handlungspflichten für die Mitgliedstaaten begründe, ohne den Schutz von Rechten der Produzenten zu bezwecken.²² Richtig sei zwar, dass den Mitgliedstaaten verboten sei,

²⁰ Schlussanträge der Generalanwältin Trstenjak in der Rechtssache C-445/06 Rn. 64.

²¹ Schlussanträge Rn. 70.

²² Schlussanträge Rn. 71.

Anforderungen für die Vermarktung aufzustellen, die über die Richtlinienbestimmungen hinausgingen. Der hieraus für den Marktteilnehmer folgende Vorteil begründe jedoch kein subjektives Recht, sondern vermittle lediglich einen günstigen Rechtsreflex.²³ Demgegenüber haben die tschechische Regierung und die Kommission die Auffassung vertreten, den Produzenten und den Vermarktern sei durch die Richtlinien ein Individualrecht verliehen, gegen Kontrollen geschützt zu werden, die über das nach den Richtlinien erlaubte Maß hinausgingen. Es ist sicherlich bemerkenswert, dass von den Regierungen, die den Richtlinien keine Rechte des Einzelnen zu entnehmen vermochten, außer der deutschen auch die französische, die polnische und die italienische einen Rückgriff auf die Grundfreiheit des Art. 28 EG (jetzt Art. 34 AEUV) nicht für zulässig hielten, dass damit aus deren Sicht also ein Staatshaftungsanspruch von vornherein ausscheiden musste. Teilweise wurde hierfür angeführt, wenn die Rechtmäßigkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme nur anhand des Sekundärrechts beurteilt werden könne, müsse dies auch für die Frage gelten, ob die Maßnahme Individualrechtspositionen beeinträchtige. Demgegenüber stellten sich die Kommission und die griechische Regierung auf den Standpunkt, Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) könne zwar durch das Sekundärrecht konkretisiert, nicht aber ausgeschlossen werden. Stimme der Schutzzweck des Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) mit demjenigen der Richtlinien überein, liege in der Verletzung sekundärrechtlicher Normen zugleich eine solche des Primärrechts. Die Generalanwältin betonte, wenn

²³ Schlussanträge Rn. 72.

Richtlinien – wie hier – nur verfahrensrechtliche Bedeutung hätten, könne man nicht davon ausgehen, dass sie die Möglichkeit nehmen wollten, dass sich ein Unionsbürger auf die Warenverkehrsfreiheit berufe. Eine Automatik sei jedoch abzulehnen. Vielmehr müsse der nationale Richter prüfen, ob das subjektive Recht des Unionsbürgers auf Marktzugang verletzt worden sei.

d. Antwort des Gerichtshofs

Der Gerichtshof hat zur Frage, ob die Richtlinien dem Einzelnen Rechte verleihen, nicht isoliert Stellung genommen, sondern sie im Zusammenhang mit der weiteren Frage beantwortet, ob sich die Produzenten und Vermarkter von Schweinefleisch bei einer unzureichenden Umsetzung der Richtlinien auf eine Verletzung von Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) berufen können. Dabei hat er betont, eines der Ziele dieser Richtlinien, die darauf gerichtet seien, den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr durch die Beseitigung der derzeitigen Unterschiede zwischen den Gesundheitsvorschriften der Mitgliedstaaten für frisches Fleisch zu fördern, sei der freie Warenverkehr; das Recht aus Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) werde also durch diese Richtlinien präzisiert und konkretisiert.²⁴ Dass den Mitgliedstaaten - nach Maßgabe der Richtlinien - untersagt sei, die Einfuhr zu verhindern, verleihe dem Einzelnen das Recht, frisches Fleisch, das den Anforderungen der Gemeinschaft entspreche, in einem an-

²⁴ Urteil vom 24. März 2009 – Rs. C-445/06 – EuZW 2009, 334, 336 Rn. 23.

deren Mitgliedstaat zu vermarkten.²⁵ Die in den Richtlinien enthaltene Harmonisierung verwehre es den Mitgliedstaaten, die Behinderung des freien Warenverkehrs aus anderen als den in den Richtlinien vorgesehenen Gründen zu rechtfertigen.²⁶ Das aber bedeutet, dass es dem Mitgliedstaat verwehrt ist, die Einfuhr aus Gründen des Art. 30 EG (Art. 36 AEUV) zu beschränken. Der Gerichtshof kommt daher - in weitgehender Übereinstimmung mit den Überlegungen des III. Zivilsenats zu Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) im Vorlagebeschluss²⁷ - zu dem Ergebnis, dass sich Einzelne, die durch Fehler bei der Umsetzung oder Anwendung der genannten Richtlinien geschädigt wurden, für die Auslösung eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs auf das Recht auf freien Warenverkehr berufen können.²⁸

Welche Folgerungen kann man aus dieser Entscheidung des Gerichtshofs ziehen? Der Gerichtshof nähert sich in seiner Entscheidung weitgehend der von der Kommission vertretenen Auffassung an, so dass man wohl annehmen muss, dass die Unterscheidung zwischen der Gewährung eines subjektiven Rechts auf der einen Seite und einem günstigen Rechtsreflex, der sich hier aus den Richtlinien ergab, kaum eine Rolle spielt. Jedenfalls hat der Gerichtshof die Überlegungen der Generalanwältin zur Rechtsfigur des Rechtsreflexes nicht aufgegriffen und noch einmal besonders betont, dass Art. 28 EG (Art. 34

²⁵ Urteil vom 24. März 2009 aaO Rn. 24.

²⁶ Urteil vom 24. März 2009 aaO Rn. 25.

²⁷ Beschluss vom 12. Oktober 2006 aaO S. 364 Rn. 15.

²⁸ Urteil vom 24. März 2009 aaO Rn. 26.

AEUV) in dem Sinne unmittelbare Wirkung hat, dass er dem Einzelnen Rechte verleiht, die er unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend machen kann. Dann läuft das aber in der praktischen Wirkung darauf hinaus, dass ein Recht des Einzelnen anzunehmen ist, wenn eine Grundfreiheit in Rede steht und diese durch eine Richtlinie näher ausgeformt und konkretisiert wird.

IV. Der hinreichend qualifizierte Verstoß

Welche Bedeutung hat das zweite Haftungsmerkmal des „hinreichend qualifizierten Verstoßes“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs und des Bundesgerichtshofs?

Die Grundlagen für dieses Haftungsmerkmal hat der Gerichtshof ebenfalls in der bereits angesprochenen Entscheidung „Brasserie du Pêcheur“ gelegt, weil ihn der III. Zivilsenat – auf dem Boden des nationalen Amtshaftungsrechts – dazu befragt hatte, ob Voraussetzung der Haftung ist, dass die verantwortlichen staatlichen Amtsträger ein Verschulden trifft.²⁹ Der Gerichtshof hat zu dieser Frage seine Rechtsprechung zur außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft nach Art. 288 EG (vgl. jetzt Art. 340 AEUV) herangezogen, die unter Berücksichtigung des weiten Ermessens entwickelt worden ist, über das die Organe bei der Durchführung der Gemeinschaftspolitiken verfügen, insbesondere im Hinblick auf Rechtssetzungsakte, die

²⁹ Vom 28. Januar 1993 – III ZR 127/91 – EuZW 1993, 226 = NVwZ 1993, 601.

wirtschaftspolitische Entscheidungen erfordern. Insoweit wird eine Haftung der Gemeinschaft nur dann ausgelöst, wenn das betreffende Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.³⁰ Diesem betont restriktiven Haftungsmaßstab liegt die Erwägung zugrunde, dass die Wahrnehmung gesetzgeberischer Tätigkeit, insbesondere bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, nicht jedes Mal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, wenn Allgemeininteressen den Erlass von Maßnahmen gebieten, die die Interessen des Einzelnen beeinträchtigen können.³¹ Nur wenn der Mitgliedstaat zum Zeitpunkt der Rechtsverletzung über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügt, kann schon die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts ausreichen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen.³² Dem ist der Bundesgerichtshof gefolgt, der es vor allem für maßgeblich hält, welcher Ermessensspielraum dem nationalen Gesetzgeber auf dem in Frage stehenden Rechtsgebiet noch zusteht.³³ Dieser Spielraum kann bei Richtlinien ohne weiteres auf „Null“ schrumpfen, wenn in ihnen ein klares Ziel formuliert ist, das zu einem bestimmten Zeitpunkt verwirklicht sein soll, so dass insoweit schon ein „einfacher“ Verstoß hinreichend qualifiziert ist. In dem Fall „Danske Slagterier“ konnte man hierüber nicht

³⁰ Vgl. Urteil vom 5. März 1996 – Slg. 1996, I-1131, 1147 f = NJW 1996, 1267, 1269 Rn. 44, 45.

³¹ EuGH, Urteile vom 5. März 1996 aaO S. I-1147 f Rn. 45; vom 26. März 1996 – Rs. C-392/93 – British Telecommunications – Slg. 1996, I-1654, 1668 Rn. 40.

³² EuGH, Urteile vom 8. Oktober 1996 – Rs. C-178/94 – Dillenkofer – Slg. 1996, I-4867, 4879 f Rn. 25; Urteil vom 13. März 2007 – Rs. C-524/04 – Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation – Slg. 2007, I-2157, 2205 Rn. 118.

³³ Vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1996 – III ZR 127/91 – BGHZ 134, 30, 37.

ernsthaft streiten, verdeutlichten doch die beiden Verlautbarungen des Bundesministers für Gesundheit an die obersten Veterinärbehörden der Mitgliedstaaten schon nach ihrem eingestandenem Inhalt, dass die Bundesrepublik die Richtlinien nicht so umsetzen wollte, wie diese es vorsahen: Die Beklagte wollte nicht die Genusstauglichkeitskennzeichnungen der zuständigen Behörden der Herkunftsländer anerkennen und sich auf eine stichprobenartige Prüfung des eingeführten Schweinefleisches beschränken, sondern sie kündigte an, die Genusstauglichkeit männlicher nicht kastrierter Schweine nur auf der Grundlage einer von ihr für richtig gehaltenen Methode am Bestimmungsort zu überprüfen. Klarer konnte der Verstoß gegen die beiden Richtlinien, die die Veterinärkontrollen von den Binnengrenzen in den Versandmitgliedstaat verlagerten und ein harmonisiertes System gesundheitsbehördlicher Kontrollen einführen, nicht sein.³⁴ Ermessensspielräume verbleiben den Mitgliedstaaten demgegenüber auf Gebieten, in denen die Dichte gemeinschaftsrechtlicher Regelungen noch gering ist. Um festzustellen, ob ein hinreichend qualifizierter Verstoß vorliegt, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen, die für den dem nationalen Gericht vorgelegten Sachverhalt kennzeichnend sind. Zu diesen Gesichtspunkten gehören insbesondere das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, die Frage, ob der Verstoß oder der Schaden vorsätzlich begangen bzw. zugefügt wurde oder nicht – also durchaus ein gewisses Ver-

³⁴ Vgl. Senatsurteil vom 4. Juni 2009 – III ZR 144/05 – EuZW 2009, 865, 868 Rn 21 = BGHZ 181, 199, 210 f.

schuldensmoment -, die Frage, ob ein etwaiger Rechtsirrtum entschuldbar ist oder nicht, und die Frage, ob möglicherweise das Verhalten eines Gemeinschaftsorgans dazu beigetragen hat, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise eingeführt oder aufrechterhalten wurden.³⁵ Dabei hat der Gerichtshof betont, dass es grundsätzlich Sache des nationalen Gerichts ist, anhand der genannten Kriterien die erforderlichen Feststellungen zu treffen und damit darüber zu befinden, ob ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht hinreichend qualifiziert ist.³⁶ Das mag es zwar nicht ausschließen, in einem Fall, in dem die Anwendung der vom Gerichtshof angegebenen Kriterien Schwierigkeiten bereitet – etwa wenn es um die Frage geht, ob ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht hinreichend qualifiziert gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, oder wenn die Ermessensspielräume des nationalen Normgebers umstritten sind –, den Gerichtshof im Wege einer Vorlage nach Art. 234 EG (vgl. jetzt Art. 267 AEUV) um eine Antwort zu ersuchen. Eine Pflicht zu einer solchen Vorlage dürfte jedoch mit Rücksicht darauf, dass der Gerichtshof diese Frage ausdrücklich den nationalen Gerichten zuweist und die maßgebenden Kriterien bekannt sind, im Allgemeinen nicht bestehen; allenfalls dann, wenn sich der Gerichtshof im Hinblick auf weitere Fragen ohnehin mit der Sache beschäftigen muss, kann es angebracht sein, ihn auch hinsichtlich der hinreichen-

³⁵ EuGH, Urteile vom 4. Dezember 2003 – Rs. C-63/01 – Evans – Slg. 2003, I-14492, 14524 Rn. 86; vom 25. Januar 2007 – Rs. C-278/05 – Robins – Slg. 2007, I-1081, 1103 Rn. 77; vom 13. März 2007 aaO Rn. 119.

³⁶ Urteile vom 30. September 2003 – Rs. C-224/01 – Köbler – Slg. 2003, I-10290, 10311 = NJW 2003, 3539, 3541 Rn. 54; vom 25. Januar 2007 – Rs. C-278/05 – Robins – Slg. 2007, I-1081, 1103 Rn. 76.

den Qualifikation eines Verstoßes um eine Antwort zu ersuchen; dieser wird er nicht ausweichen, weil er im Rahmen des Kooperationsverhältnisses mit den nationalen Gerichten in beispielhafter Weise darum bemüht ist, in der Sache hilfreiche Hinweise zu geben. So hat der Gerichtshof bezogen auf den Fall der „Brasserie du Pêcheur“ gemeint, für die Beurteilung könne in Betracht gezogen werden, dass der deutsche Gesetzgeber mit Rücksicht auf frühere Rechtsprechung des Gerichtshofs hätte sehen müssen, dass er das Inverkehrbringen von rechtmäßig hergestelltem Bier unter der Bezeichnung „Bier“ nicht verbieten dürfe, dass das Verbot der Verwendung von Zusatzstoffen aber weniger eindeutig gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen habe. Der III. Zivilsenat ist seinerzeit dieser Wertung gefolgt und hat, weil das Schwergewicht der behördlichen Maßnahmen das Verbot der Verwendung von Zusatzstoffen betraf, einen auf einem qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht beruhenden Schaden verneint.³⁷

Kommt es für die Frage, ob ein Verstoß gegen das Recht der Europäischen Union hinreichend qualifiziert ist, auf eine umfassende Würdigung von Umständen des Einzelfalls an, ist der Tatrichter in besonderem Maße angesprochen. Um das zu betonen, hat der III. Zivilsenat dies in seinem Urteil vom 22. Januar 2009 zur Pfanderhebungs- und Rücknahmepflicht zum Gegenstand eines eigenen Leitsatzes gemacht³⁸ und im

³⁷ Vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1996 – III ZR 127/91 – BGHZ 134, 30, 39 f.

³⁸ III ZR 233/07 – NJW 2009, 2534, 2536 Rn. 22 f.

Weiteren eine revisionsrechtliche Überprüfung vorgenommen, die prinzipiell nur dann zur Korrektur der angefochtenen Entscheidung führt, wenn sich der Tatrichter nicht mit den für seinen Streitfall maßgebenden Gesichtspunkten auseinandergesetzt hat. Der Bundesgerichtshof hat den Berufungsgerichten damit den Raum geben wollen, in geeigneten Fällen von einer Zulassung der Revision abzusehen.

In der Sache hat der Bundesgerichtshof die Würdigung der Vorinstanz, mit der Inkraftsetzung der Pfanderhebungs- und Rücknahmepflicht von Einweggetränkeverpackungen zum 1. Januar 2003 sei der Bundesrepublik kein qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht unterlaufen, gebilligt. Sachverhalt, rechtlicher Hintergrund und die maßgebenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs sollen hier nur knapp und sehr zusammengefasst angerissen werden. Es ging um die Umsetzung der Verpackungsrichtlinie,³⁹ nach deren Art. 1 bezweckt wurde, die Vorschriften der Mitgliedstaaten im Bereich der Verpackungs- und der Verpackungsabfallwirtschaft zu harmonisieren, um einerseits ein hohes Umweltschutzniveau sicherzustellen, andererseits das Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten und zu verhindern, dass es in der Gemeinschaft zu Handelshemmnissen und Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen kommt. Art. 7 der Richtlinie befasst sich mit Rücknahme-, Sammel- und Verwertungssystemen, die die Mitgliedstaaten einrichten sollen, und bestimmt,

³⁹ Richtlinie 94/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle (ABl. EG Nr. L 365 S. 10).

dass sich alle Marktteilnehmer der betreffenden Wirtschaftszweige und die zuständigen Behörden beteiligen können und dass sie auch für Importprodukte gelten, die dabei keine Benachteiligung erfahren dürfen, und dass sie schließlich so beschaffen sein müssen, dass gemäß dem Vertrag keine Handelshemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Es war im Verfahren vor dem Bundesgerichtshof nicht weiter streitig, dass sich aus dieser Bestimmung Rechte für die Klägerinnen - zwei Hersteller und Abfüller von Erfrischungsgetränken mit Sitz in Österreich - ergeben, die ihre Produkte nach Deutschland einfuhrten, und dass auch Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) als Prüfungsmaßstab herangezogen werden durfte, weil die Verpackungsrichtlinie die Organisation der nationalen Systeme nicht abschließend harmonisiert hatte.⁴⁰ Die Verpackungsverordnung 1998⁴¹ verpflichtete Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen in § 6 Abs. 1 und 2, gebrauchte Verpackungen zurückzunehmen und ordnungsgemäß zu verwerten und sah in § 8 Abs. 1 grundsätzlich eine Pfanderhebungspflicht für Getränkeverpackungen vor, von der allerdings Unternehmen befreit waren, die sich hinsichtlich ihrer Verpackungen an das Rücknahme- und Entsorgungssystem „Duales System Deutschland“ angeschlossen hatten. Diese Befreiung stand indes nach § 9 Abs. 2 VerpackV 1998 unter dem Vorbehalt, dass der Gesamtanteil der in Mehrwegverpackungen ab-

⁴⁰ Vgl. Senatsurteil vom 22. Januar 2009 aaO S. 2535 Rn. 13 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteile vom 14. Dezember 2004 – Rs. C-309/02 – Radlberger Getränkegesellschaft – Slg. 2004, I-11794, 11814 Rn. 56; Rs. C-463/01 – Kommission/Deutschland – Slg. 2004, I-11734, 11750 Rn. 44 f = NVwZ 2005, 194, 196.

⁴¹ Verordnung über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen vom 21. August 1998 (BGBl. I S. 2379).

gefüllten Getränke im Kalenderjahr bundesweit die Quote von 72 v.H. nicht wiederholt unterschritt. Erhebungen in den Jahren 1997 bis 2001 ergaben, dass der Mehrweganteil des Referenzjahres 1991 in den Getränkebereichen Mineralwasser, Bier und kohlenensäurehaltige Erfrischungsgetränke unterschritten wurde. Entsprechend einem Beschluss des Bundeskabinetts vom 20. März 2002 wurden die Nacherhebungsergebnisse am 2. Juli 2002 im Bundesanzeiger bekannt gegeben, die sofortige Vollziehung der Bekanntmachung angeordnet und die Rechtsmittelbelehrung erteilt, dass innerhalb eines Monats beim Verwaltungsgericht Berlin Klage erhoben werden könne. Mit dieser Bekanntmachung war nach § 9 Abs. 2 VerpackV 1998 die Rechtsfolge verbunden, dass ab 1. Januar 2003 die Berechtigung nach § 6 Abs. 3 VerpackV 1998 als widerrufen galt, die Verpackungen über das Duale System Deutschland zu sammeln und zu entsorgen, und dass die Pfanderhebungspflicht nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 VerpackV 1998 ausgelöst wurde. Ein arbeitsfähiges System stand zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht zur Verfügung. Dies war erst im Mai 2006 der Fall. Seit diesem Zeitpunkt betreibt die von den beteiligten Wirtschaftskreisen gegründete Deutsche Pfandsystem GmbH bundesweit ein einheitliches Pfandclearingsystem für Einweggetränkeverpackungen. Versuche dieser Wirtschaftskreise, bereits zum 1. Januar 2003 und abermals zum 1. Oktober 2003 ein solches System zu installieren, scheiterten trotz entsprechender Zusagen. Bis dahin wurde geduldet, dass eine Pfanderhebung durch Hersteller und Großhandel unterblieb und nur der Einzelhandel gegenüber dem Endverbraucher Pfand erhob.

In der Zwischenzeit etablierten sich verschiedene, zum Teil nur regional tätige und nicht miteinander kompatible Pfand- und Rücknahmesysteme und innerhalb größerer Handelsketten sogenannte Insellösungen, die nur auf die von ihnen vertriebenen Produkte anwendbar waren. Die damit verbundenen Probleme veranlassten viele Händler, bestimmte Getränke in Einwegverpackungen ganz aus ihrem Sortiment zu entnehmen. Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat auf einen Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts und auf eine von der Kommission erhobene Vertragsverletzungsklage (Art. 226 EG, jetzt Art. 258 AEUV) durch Urteile vom 14. Dezember 2004 zum einen einige Fragen zur Auslegung und Anwendung der Verpackungsrichtlinie und des Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) beantwortet⁴² und zum anderen festgestellt, dass die Bundesrepublik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 5 der Verpackungsrichtlinie in Verbindung mit Art. 28 EG (Art. 34 AEUV) verstoßen hat, weil sie ein flächendeckendes System der Sammlung von Verpackungen durch ein Pfand- und Rücknahmesystem ersetzt hat, ohne Herstellern und Vertreibern eine ausreichende Übergangsfrist zu bieten, um sich den Anforderungen des neuen Systems vor seinem Inkrafttreten anpassen zu können.⁴³ Der Bundesgerichtshof hat diesen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nicht in Frage gestellt und auch durchaus gesehen, dass der von den Klägerinnen geltend gemachte Schaden auf dem Umstand beruhte, dass es bei In-

⁴² Rs. C-309/02 – Radlberger Getränkegesellschaft – Slg. 2004, I-11794 = NVwZ 2005, 190.

⁴³ Rs. C-463/01 – Kommission/Deutschland – Slg. 2004, I-11734, 11760 Rn. 79-81 = NVwZ 2005, 194, 198.

kraftsetzung der Pfanderhebungs- und Rücknahmepflicht an einem arbeitsfähigen System fehlte und sie nicht die Möglichkeit hatten, sich gleichzeitig auf mehrere unterschiedliche Rücknahmesysteme einzustellen. Er hat jedoch die Auffassung der Vorinstanz revisionsrechtlich gebilligt, dass hier ein einfacher Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nicht genüge, weil der Beklagten mangels einer abschließenden gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung auf dem Gebiet der Verpackungen und Verpackungsabfälle ein weiter Gestaltungsspielraum verbleibe, und dass nicht von einem erheblichen Verstoß auszugehen sei, weil der Gerichtshof das umweltpolitische Instrument des Pflichtpfands als geeignete Maßnahme für die Erreichung des Zieles Umweltschutz anerkannt und die Bundesrepublik lediglich im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht hinreichend die Notwendigkeit einer angemessenen Übergangsfrist beachtet habe. Dabei hat er auch zugunsten der Beklagten berücksichtigt, dass die betroffenen Wirtschaftskreise sowohl vor der Auslösung der Pfanderhebungspflicht im Frühjahr 2002 als auch im Zusammenhang mit der Duldung einer nur beschränkten Erfüllung der Pfandpflicht zugesagt hatten, innerhalb eines Zeitraums von neun Monaten ein arbeitsfähiges einheitliches System zu etablieren.

Hiergegen ist angeführt worden, ein mitgliedstaatlicher Ermessensspielraum habe nicht in der vorgelagerten Frage bestanden, dass den Anforderungen des Art. 7 der Richtlinie Rechnung zu tragen sei: Die rechtzeitige Sicherstellung eines ar-

beitsfähigen Rücknahmesystems sei Geschäftsgrundlage und notwendige Voraussetzung der Einführung des Pflichtpfands gewesen. Ein Ermessensspielraum habe nur hinsichtlich der nachgelagerten Ausgestaltung dieses Systems bestanden, nicht aber in der Beachtung der aus Art. 7 der Richtlinie folgenden Rahmenbedingungen.⁴⁴ Das ist für sich betrachtet durchaus richtig, zwingt aber nicht dazu, das hier in Rede stehende Verhalten des Verordnungsgebers und der Bundesregierung, die durch den Bekanntmachungsverwaltungsakt den Zug in Richtung „Pflichtpfand“ in Bewegung gesetzt hatte, bei der gebotenen ex ante-Betrachtung nach diesen unterschiedlichen Maßstäben in den Blick zu nehmen, zumal zunächst im Hinblick auf Zusagen der zur Selbstregulierung aufgeforderten Wirtschaftskreise von der rechtzeitigen Installation eines Rücknahmesystems ausgegangen werden durfte. Insoweit war der Bundesgerichtshof auch nicht zu einer Vorlage verpflichtet.

V. Ergänzende Anwendung des nationalen Haftungsrechts

Abschließend sollen noch kurz einige Fragen angesprochen werden, die – im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs in der Sache „Danske Slagterier“ – die ergänzende Anwendung nationalen Haftungsrechts betreffen. Zu beachten sind hierbei insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der Gleichwertigkeit und der Effektivität (s. oben S.5).

⁴⁴ Vgl. Koenig, EWS 2009, 249, 250 f.

1. Recht der Verjährung

Die Verjährung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs richtet sich nach nationalem Recht. Der III. Zivilsenat hatte in seinem Vorlagebeschluss insbesondere auf Stimmen hingewiesen, die es – vielfach wohl aus rechtspolitischen Gründen – für richtig gehalten haben, die Fünfjahresfrist des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs anzuwenden.⁴⁵ Der Gerichtshof hat die Frage dem nationalen Recht vorbehalten und entschieden, dass die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Rechtsverfolgung im Interesse der Rechtssicherheit mit dem Grundsatz der Effektivität vereinbar und eine nationale Verjährungsfrist von drei Jahren angemessen ist.⁴⁶ Das nationale Recht befindet in den Grenzen der Grundsätze der Effektivität und der Gleichwertigkeit auch darüber, ab wann die Verjährung zu laufen beginnt. Während bei der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft die Frist des Art. 46 der Satzung des Gerichtshofs erst zu laufen beginnt, wenn alle Voraussetzungen der Ersatzpflicht erfüllt sind, sich namentlich der zu ersetzende Schaden konkretisiert hat, so dass die Verjährungsfrist für jeden kontinuierlich eingetretenen, täglich neu entstandenen Schaden gesondert zu berechnen ist,⁴⁷ ist im deutschen Recht der Grundsatz der Schadenseinheit zu beachten, nach dem sich der gesamte aus einer unerlaubten Handlung entstehende Schaden hinsichtlich der Er-

⁴⁵ Beschluss vom 12. Oktober 2006 – III ZR 144/05 – NVwZ 2007, 362, 365 Rn. 23.

⁴⁶ Urteil vom 24. März 2009 - Rs. C-445/06 – Danske Slagterier – EuZW 2009, 334, 337 Rn. 32.

⁴⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. Januar 1982 – Rs. C-256/80 u.a. – Birra Wührer SpA u.a. – Slg. 1982, 85, 106 Rn. 8, 10; EuG, Urteile vom 16. April 1997 – Rs. T-20/94 – Hartmann – Slg. 1997, II-598, 626, 631 Rn. 107, 132; vom 25. November 1998 – Rs. T-222/97 – Steffens – Slg. 1998, II-4177, 4186 Rn. 34.

langung der Kenntnis als eine Einheit und nicht als Summe einzelner selbständiger Schadensfolgen darstellt, so dass die Verjährungsfrist auch für Schäden zu laufen beginnt, die im Zeitpunkt der Kenntniserlangung bei verständiger Würdigung voraussehbar sind.⁴⁸ Der Gerichtshof hat hierzu befunden, die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte werde nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert, wenn die Verjährungsfrist bei Eintritt der ersten Schadensfolgen zu laufen beginne, sofern das nationale Recht sicherstelle, dass der Geschädigte vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt habe.⁴⁹ Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es unter solchen Umständen auch nicht, die Verjährungsfrist für einen Staatshaftungsanspruch wegen fehlerhafter Umsetzung einer Richtlinie zu einem Zeitpunkt in Lauf zu setzen, der vor der ordnungsgemäßen Umsetzung dieser Richtlinie liegt.⁵⁰

2. Bedeutung des Primärrechtsschutzes

Eine andere praktisch sehr bedeutsame Frage betrifft den Grundsatz des § 839 Abs. 3 BGB, wonach bei Amtspflichtverletzungen eine Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

⁴⁸ Beschluss vom 12. Oktober 2006 – III ZR 144/05 – NVwZ 2007, 362, 366 f. Rn. 34.

⁴⁹ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 338 Rn. 49, 52.

⁵⁰ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 338 Rn. 56.

a. Pflicht zur Verhinderung des Schadenseintritts und Begrenzung des Schadensumfanges

Der III. Zivilsenat hat bereits in seinem Urteil vom 9. Oktober 2003⁵¹ die Regelung des § 839 Abs. 3 BGB auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch für anwendbar gehalten und sich dabei insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache „Brasserie du Pêcheur“ bezogen;⁵² der Gerichtshof hat in jener Entscheidung befunden, das nationale Gericht dürfe bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens prüfen, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht habe. Mit Rücksicht auf das Urteil des Gerichtshofs vom 8. März 2001 in der Rechtssache Metallgesellschaft,⁵³ in der dieser einen entsprechenden Verweis als nicht zumutbar angesehen hat, war es wegen der weittragenden Bedeutung des § 839 Abs. 3 BGB wichtig für den III. Zivilsenat, in dieser Hinsicht eine Klarstellung oder Präzisierung zu erlangen. Der Senat ist dem Gerichtshof dankbar, dass er die insoweit gestellten Fragen beantwortet hat, obwohl der Senat im Vorlagebeschluss hatte anklingen lassen, dass es im Ausgangsverfahren wegen des Fehlens einer zumutbaren Rechtsmittelmöglichkeit hierauf möglicherweise nicht ankommen würde. Der Gerichtshof hat klargestellt, dass das

⁵¹ BGHZ 156, 294, 297 f.

⁵² Urteil vom 5. März 1996 aaO S. 1157 Rn. 84.

⁵³ Verbundene Rs. C-397/98 und C-410/98 – Slg. 2001, I-1760,1791 Rn. 104.

Gemeinschaftsrecht der Anwendung einer nationalen Regelung wie in § 839 Abs. 3 BGB dann nicht entgegensteht, wenn der Gebrauch des fraglichen Rechtsmittels dem Geschädigten zumutbar ist, wobei es Sache des nationalen Gerichts ist, dies anhand aller Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu prüfen.⁵⁴ In diesem Zusammenhang hat er auch darauf hingewiesen, dass das mit Art. 234 EG (jetzt Art. 267 AEUV) eingerichtete Verfahren ein Instrument der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten darstellt, das darauf abzielt, den nationalen Gerichten die Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu erleichtern, so dass die Inanspruchnahme eines Rechtsmittels nicht deshalb unzumutbar ist, weil es möglicherweise Anlass zu einem Vorabentscheidungsersuchen gibt.⁵⁵

b. Vertragsverletzungsverfahren und Primärrechtsschutz

Die Inanspruchnahme fachgerichtlichen Primärrechtsschutzes im Sinn des § 839 Abs. 3 BGB hat auch verjährungsrechtliche Bedeutung. Sie führt für den Amtshaftungsprozess und entsprechend auch für eine Klage wegen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nach § 204 Abs. 1 Nr. 1, § 209 BGB zu einer Hemmung der Verjährung.⁵⁶ Insoweit wurde im Verfahren „Danske Slagterier“ geltend gemacht, jedenfalls bei Fehlen eines geeigneten innerstaatlichen Rechtsbehelfs gegen

⁵⁴ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 339 Rn. 60-64.

⁵⁵ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 339 Rn. 65.

⁵⁶ Vgl. Senatsurteil vom 4. Juni 2009 – III ZR 144/05 – EuZW 2009, 865, 870 Rn. 35 = BGHZ 181, 199, 217; zur verjährungsunterbrechenden Wirkung nach früherem Recht analog § 209 Abs. 1, § 211 BGB a.F. vgl. Senatsurteile BGHZ 95, 238, 242; BGHZ 122, 317, 323 f.

Unterlassungen der Legislative müsse auch dem von der Kommission geführten Vertragsverletzungsverfahren gegen den betroffenen Mitgliedstaat eine entsprechende Wirkung beigemessen werden. Der Bundesgerichtshof ist dem nicht gefolgt und hat das Vertragsverletzungsverfahren einem Verfahren auf Erlangung von Primärrechtsschutz nicht gleichgestellt, weil es sich um ein objektives Verfahren handelt, das der Einflussnahme möglicher Betroffener entzogen ist und anders als eine vom Betroffenen im Primärrechtsschutz erhobene Klage dem Schädiger nicht vermittelt, mit welchen Schadensersatzansprüchen er nach Abschluss dieses Verfahrens noch zu rechnen hat.⁵⁷ Auch der Gerichtshof hat die Besonderheit dieses Verfahrens herausgestellt, in welchem die Kommission über ein Ermessen verfügt, das ein Recht Einzelner, von ihr eine Stellungnahme in einem bestimmten Sinne zu verlangen, ausschließt und damit außerhalb der Reichweite des Gleichwertigkeitsgrundsatzes liegt.⁵⁸ Einen Verstoß gegen den Effektivitätsgrundsatz hat er verneint, weil ein Geschädigter Schadensersatz verlangen kann, ohne ein Urteil abwarten zu müssen, in dem ein Verstoß des Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht festgestellt wird.⁵⁹

⁵⁷ Senatsurteil vom 4. Juni 2009 aaO Rn. 36.

⁵⁸ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 337 Rn. 40-45.

⁵⁹ Urteil vom 24. März 2009 aaO S. 337 Rn. 39.

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT DER UNIVERSITÄT BONN

CENTER FOR EUROPEAN ECONOMIC LAW, UNIVERSITY OF BONN
CENTRE DE DROIT ECONOMIQUE EUROPEEN DE L'UNIVERSITE DE BONN

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn
Telefon: 0228 / 73 95 59
Telefax: 0228 / 73 70 78
E-Mail: zew@uni-bonn.de
URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007
- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007

- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010