SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 23. Januar 1991 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Klägerinnen, auf dem Gebiet der Ausfuhrkreditversicherung tätige Versicherungsgesellschaften, fordern Ersatz des Schadens, der ihnen durch das Inkrafttreten der Richtlinie 87/343/EWG des Rates vom 22. Juni 1987 (ABl. L 185, S. 72) entstanden sei.

Sie sind, kurz zusammengefaßt, der Auffassung, diese Richtlinie sei insofern diskriminierend und deshalb rechtswidrig, als sie im Rahmen der Harmonisierung der von den Versicherungsgesellschaften zum Schutz Dritter geforderten finanziellen Garantien die Anwendung dieser Garantien — und somit die entsprechenden Belastungen — auf die Gesellschaften des privaten Sektors beschränkt, die zum öffentlichen Sektor gehörenden, mit Ausfuhrkreditversicherungen befaßten Gesellschaften und Einrichtungen dagegen hiervon ausnimmt. Die Richtlinie sei somit eine Quelle diskriminierender Belastungen (für den privaten Sektor), die in den Kosten von Schaffung und Verwaltung der vorgeschriebenen finanziellen Instrumente bestünden. Der Ersatz des sich aus diesem Sachverhalt ergebenden wirtschaftlichen Schadens bildet den Gegenstand der vorliegenden Schadensersatzklage.

Es liegt auf der Hand, daß die Klage Anlaß gibt, eine heikle Materie von erheblicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung in Angriff zu nehmen. Über die sich auf das allgemeine Interesse beziehenden Gründe hinaus ist von vornherein darauf hinzuweisen, daß die Klage zwei wichtige Grundsatzfragen aufwirft: bei der ersten, die die Zulässigkeit betrifft, geht es um das Verhältnis zwischen der Inanspruchnahme der Klage aus außervertraglicher Haftung nach Artikel 215 EWG-Vertrag einerseits und der internen Rechtsschutzbehelfe andererseits; bei der zweiten, die die Begründetheit betrifft, handelt es sich um die Grenzen, innerhalb deren der Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten ist, wenn das handelnde Organ die Harmonisierung der Bedingungen für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit nur für eine Gruppe von Unternehmen vornimmt, eine mit diesen (mindestens teilweise) in Wettbewerb stehende andere Gruppe dagegen vom Anwendungsbereich der harmonisierten Normen ausnimmt.

Der größere Teil der folgenden Ausführungen wird sich mit diesen beiden Fragen befassen. Vor deren Prüfung ist es jedoch unerläßlich, den Inhalt und vor allem die Entstehungsgeschichte der streitigen Regelung zu beschreiben. Es muß nämlich betont werden, daß der Vorgeschichte der Richtlinie, namentlich den Äußerungen, mit denen die Gemeinschaftsorgane im Laufe des Rechtsetzungsverfahrens Stellung bezogen haben, große Bedeutung insbesondere im Hinblick auf die Feststellung zukommt, ob die streitigen Rechtsvorschriften diskriminierender Natur sind.

Rechtlicher Rahmen und Entstehungsgeschichte der Richtlinie 87/343

2. Mit der Richtlinie 73/239/EWG des Rates vom 24. Juli 1973 (ABl. L 228, S. 3)

* Originalsprache: Italienisch.

nahm die Gemeinschaft eine erste Koordinierung der versicherungsrechtlichen Vorschriften mit Ausnahme der Lebensversicherung vor. Um auf diesem Sektor eine größere Freiheit der Niederlassung und der Erbringung von Dienstleistungen zu ermöglichen, sah die insbesondere auf Artikel 57 Absatz 2 EWG-Vertrag gestützte Richtlinie die Beseitigung bestimmter Unterschiede zwischen den innerstaatlichen Kontrollvorschriften sowie die Harmonisierung der Bestimmungen über die von den Versicherungsunternehmen zum Schutz von Versicherten und Dritten geforderten finanziellen Garantien vor. Insbesondere verpflichten die Artikel 15, 16 und 17 der Richtlinie die Mitgliedstaaten, von den in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Unternehmen jeweils die Bildung „technischer Reserven", einer „Solvabilitätsspanne" und eines „Garantiefonds" zu verlangen. Diese Bestimmungen bilden in ihrer Gesamtheit die sogenannten gemeinsamen „*Vorsichtsregeln*" (regole prudenziali), die die Zahlungsfähigkeit der Unternehmen in der gesamten Gemeinschaft gewährleisten sollen.

Hervorzuheben ist, daß — wie die Kommission in ihrem Schriftsatz darlegt — der dem Rat unterbreitete Vorschlag vorsah, daß diese Vorsichtsregeln auf dem Sektor der Ausfuhrkreditversicherung für *alle* betroffenen Unternehmen ohne Unterscheidung zwischen Unternehmen des privaten und solchen des öffentlichen Sektors gelten sollten.

Der Rat übernahm diese Lösung nicht. Wie aus der vierten Begründungserwägung hervorgeht, war er der Ansicht, es empfehle sich, „einige Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, die aufgrund ihrer rechtlichen Verfassung besondere Sicherheitsvoraussetzungen erfüllen und besondere finanzielle Garantien bieten, vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen". So wurde beschlossen, den Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf „Ausfuhrkreditversicherungsgeschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Unterstützung" zu erstrecken (siehe Artikel 2 Ziffer 2 Buchstabe d); dieser Ausschluß war jedoch als strikt *provisorisch* gedacht, da er ausdrücklich unter dem Vorbehalt einer „späteren Koordinierung" erfolgte, „die innerhalb von vier Jahren nach Bekanntgabe dieser Richtlinie erfolgen muß".

3. Wie sich faktisch erwies, war die spätere Koordinierung schwieriger als vorhergesehen. In ihrem am 13. September 1979 vorgelegten Vorschlag zur Änderung der Richtlinie von 1973 schloß die Kommission wiederum Geschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Unterstützung aus und unterließ überdies jeden Hinweis auf eine spätere Koordinierung in diesem Punkt.

Diese Haltung stieß jedoch auf den entschiedenen Widerstand sowohl des Wirtschafts- und Sozialausschusses als auch des Europäischen Parlaments. Jener drückte in seiner Stellungnahme vom 27. Februar 1980 sein Bedauern darüber aus, „daß die Kommission aufgrund des vorwiegend politischen Charakters der Probleme der Ausfuhrkreditversicherung auf eine Koordinierung ... verzichtet hat". Das Europäische Parlament gab in seiner Entschließung vom 17. Oktober 1980 die nachstehende Beurteilung ab (die ich wegen ihrer Bedeutung für die Prüfung der vorliegenden Rechtssache in extenso wiedergebe):

„[Das Europäische Parlament]

...

in bezug auf die Kreditversicherung

stellt fest, daß die Kommission vorschlägt, die Ausfuhrkreditversicherungsgeschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Garantie endgültig von dem Anwendungsbereich der ersten Richtlinie auszuschließen;

bemerkt, daß durch diesen Ausschluß in der von der Kommission vorgeschlagenen Form die unterschiedliche Behandlung zwischen den staatlichen und dem privaten Sektor festgeschrieben wird;

weist darauf hin, daß eine solche unterschiedliche Behandlung mit dem zufriedenstellenden Funktionieren des Gemeinsamen Marktes unvereinbar ist, und zwar sowohl hinsichtlich

— der Ausfuhren in einen anderen Mitgliedstaat, da die staatliche Garantie eine unzulässige Hilfe im innergemeinschaftlichen Handel darstellt, als auch hinsichtlich

— der Ausfuhren in Drittländer, insofern für die vom Staat gewährte Garantie noch nicht im Rahmen der gemeinschaftlichen Handelspolitik festgelegte Grundsätze maßgebend sind;

vertritt angesichts der Erklärungen, die das zuständige Kommissionsmitglied vor dem Rechtsausschuß abgegeben hat[1], die Auffassung, daß der Ausschluß der Kreditversicherungsgeschäfte von dem Anwendungsbereich der Richtlinie auf die Handelsgeschäfte mit Drittländern beschränkt werden muß, und zwar bis eine spätere Koordinierung erfolgt;

ist der Ansicht, daß nur eine dahin gehende Änderung des vorliegenden Textes einen nennenswerten Fortschritt für die Niederlassungsfreiheit in dem betreffenden Sektor bedeuten würde, wobei jedoch weiterhin die Notwendigkeit besteht,

— in der Frage der Hilfen für Ausfuhren in Drittländer, für die die staatliche Garantie für Ausfuhrkreditversicherungsgeschäfte ein Beispiel darstellt[2], einen gemeinschaftlichen Standpunkt festzulegen;

— die vollständige Gleichstellung in den Wettbewerbsbedingungen für die privaten und die öffentlichen Unternehmen zu gewährleisten[3];

..."

Auf dieser Grundlage schlug das Parlament vor, die Begründungserwägungen der Richtlinie durch die Einfügung einer wie folgt lautenden Erwägung zu ändern:

„Bei den Ausfuhrkreditversicherungsgeschäften ist der uneingeschränkte Wettbewerb zwischen den Unternehmen auf dem staatlichen und dem privaten Sektor zu gewährleisten. Im Rahmen der innergemeinschaftlichen Beziehungen unterscheiden sich die durch die Ausfuhrkreditversicherung gedeckten Risiken in wirtschaftlicher Hinsicht nicht von den Risiken, die bei auf dem Binnenmarkt eines Mitgliedstaats abgewickelten Transaktionen von der Kreditversicherung gedeckt werden. Daher fallen die Kreditversicherungsgeschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Garantie unter die Bestimmungen der Richtlinie. Hinsichtlich der Ausfuhrkreditversicherungsgeschäfte im Rahmen der Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern ist später eine Koordinierung der einzelstaatlichen Bestimmungen vorzusehen, damit eine gemeinsame Ausfuhrpolitik als Kernstück der gemeinsamen Handelspolitik verwirklicht werden kann."

1 — Vergleiche Anlage II im Bericht des Rechtsausschusses (Dok. 1-457/80).

2 — Vergleiche die vom Europäischen Parlament am 15. Juni 1977 angenommene Entschließung zu der Harmonisierung der Systeme der Ausfuhrförderung (ABl. C 163 vom 11. 7. 1977, S. 42) und den Bericht von Herrn Couste (Dok. 129/77).

3 — Vergleiche die vom Europäischen Parlament am 13. Oktober 1978 angenommene Entschließung zum Siebenten Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik (ABl. C 261 vom 6. 11. 1978, S. 48) und den Bericht von Herrn Damseaux (Dok. 334/78).

Letzten Endes wurde vorgeschlagen, Artikel 2 Ziffer 2 Buchstabe d der Richtlinie dahin gehend zu ändern, daß aus deren Anwendungsbereich bis zu einer späteren Koordinierung *lediglich* die Versicherung von Krediten für Ausfuhrgeschäfte nach Drittländern ausgeschlossen sein würde, während im übrigen eine einheitliche Regelung für öffentliche und private Unternehmer geltend sollte.

4. Im Hinblick auf diese Stellungnahmen sah sich die Kommission veranlaßt, ihre Haltung zu überdenken und dem Rat eine neue Fassung der Richtlinie vorzuschlagen, in die die Anregungen des Parlaments übernommen wurden. Diesem Text wurde ein Memorandum beigegeben, in dem die Kommission auf den in Rede stehenden Markt Bezug nahm und in bezeichnender Weise erklärte, daß sie

„fully accepts that everything possible must be done to ensure that competition between the public and private sectors takes place in conditions of neutrality and transparency".

Anschließend führte sie folgendes aus:

„After consultation with those concerned, it accepts that the application of the present Directive to public sector bodies acting in this area is *practicable* and *will make a useful contribution* to the achievement of these conditions."

Weiterhin unterstrich die Kommission die Wichtigkeit des Ziels der Wettbewerbsneutralität und -transparenz auch bei Ausfuhren in Drittländer; sie erklärte jedoch in Übereinstimmung mit den Bemerkungen des Parlaments, das in derartigen Fällen versicherte Risiko sei durch einen hohen politischen Gehalt gekennzeichnet, dem nur Einrichtungen gerecht werden könnten, hinter denen der Staat stehe.

Der neue Vorschlag der Kommission sah somit die unterschiedslose Geltung der „Vorsichtsregeln" für den öffentlichen wie für den privaten Sektor vor, mit der alleinigen Ausnahme der Kreditversicherung für Ausfuhren in Drittländer, bei der man es angesichts der hochpolitischen Natur des abgesicherten Risikos für angezeigt hielt, die Anwendung der gemeinsamen Regeln bis zu einer späteren rechtlichen Koordinierung hinauszuschieben.

5. Der Rat wich jedoch erneut von der ihm vorgeschlagenen Konzeption ab. Die schließlich am 22. Juni 1987 erlassene Richtlinie 87/343 änderte Artikel 2 Ziffer 2 Buchstabe d der früheren Richtlinie 73/239 dahin ab, daß die Anwendung der gemeinsamen Normen auf Ausfuhrkreditversicherungsgeschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Unterstützung bis zu einer späteren, nunmehr unbefristeten Koordinierung hinausgeschoben wurde.

Soviel zum Anwendungsbereich der Richtlinie. Was dagegen den Inhalt der Maßnahme betrifft, so behält die Richtlinie 87/343 die bereits durch die Richtlinie 73/239 eingeführten „Vorsichtsregeln" bei, ergänzt sie jedoch um ein neues Instrument, die „Schwankungsrückstellung", die dazu bestimmt ist, das System der finanziellen Garantien zugunsten Dritter noch weiter zu verstärken.

Zur Zulässigkeit

6. Die beklagten Organe erheben zwei Unzulässigkeitseinreden. Die erste betrifft die

Klage in ihrer Gesamtheit; die zweite zielt speziell auf einen bestimmten Klageantrag.

Zur ersten Unzulässigkeitseinrede

Die erste Unzulässigkeitseinrede stützt sich auf die Auffassung, die Klage ziele in Wahrheit eher darauf ab, die Richtlinie 87/343 jeglicher Wirkung zu berauben, als darauf, für einen erlittenen Schaden Ersatz zu erlangen. Es handele sich also um eine getarnte („déguisé") Nichtigkeitsklage; würde sie für zulässig erklärt, so würde dies zur Umgehung der gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensvorschriften führen.

Es ist klarzustellen, daß Rat und Kommission sich bei der Geltendmachung der Unzulässigkeit der Klage ausschließlich auf die Auffassung stützen, eine Klage aus außervertraglicher Haftung könne nicht als Alternative zu einer Klage nach Artikel 173 erhoben werden. Es liegt jedoch auf der Hand, daß die Einrede in dieser Formulierung unbegründet erscheint, und zwar aus dem einfachen Grund, daß, wie bereits bemerkt, die Gemeinschaftshandlung, um die es sich vorliegend handelt, eine Richtlinie ist, also ein Akt, von dem sich nicht einmal vorstellen läßt, daß ihn die Klägerinnen nach Artikel 173 Absatz 2 anfechten könnten.

Meiner Meinung nach ist jedoch offensichtlich, daß sich die Prüfung der Zulässigkeitsfrage nicht auf eine Untersuchung des Verhältnisses zwischen der actio Aquiliana nach Artikel 215 und der Nichtigkeitsklage beschränken kann. Das Problem, das die beklagten Organe aufwerfen, hat bei genauerem Zusehen eine größere Tragweite. Es betrifft nämlich allgemein die Grenzen der Autonomie der Schadensersatzklage in solchen Fällen, in denen der angeblich erlittene Schaden seine Ursache nicht in einer Tatsache oder einem Verhalten hat, die oder das der Gemeinschaft zuzurechnen wäre, sondern in einem von dieser erlassenen angeblich rechtswidrigen *Rechtsakt.*

Nun ist aber darauf hinzuweisen, daß der die Klägerinnen unmittelbar beschwerende Akt nicht die Richtlinie ist; es sind vielmehr die nationalen Durchführungsmaßnahmen, also innerstaatliche Rechtsakte individueller Natur, die aufgrund der Durchführungsbestimmungen zu eben dieser Richtlinie erlassen wurden.

Zu prüfen ist daher nicht, ob die Klägerinnen anstatt der Schadensersatzklage eine Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 hätten erheben müssen, sondern ob sie nicht im Gegenteil vor den zuständigen nationalen Gerichten, die zur Durchführung der Richtlinie erlassenen innerstaatlichen Maßnahmen hätten angreifen und im Rahmen dieser Klage die Frage nach der Ungültigkeit des Gemeinschaftsrechtsakts — der Richtlinie — aufwerfen müssen, die die Rechtsgrundlage jener Maßnahmen bildete.

Wie bereits ausgeführt, scheint mir, daß die von den Beklagten gestellte Frage nach der Zulässigkeit unter diesem Gesichtspunkt gesehen und geprüft werden muß. In jedem Fall möchte ich klarstellen, daß die Frage, ob eine Klage aus außervertraglicher Haftung wegen ihres gegenüber den innerstaatlichen Rechtsbehelfen subsidiären Charakters unzulässig ist, ohne Rücksicht auf die Tragweite der von den Beklagten erhobenen Einrede von Amts wegen aufgegriffen werden kann und daher geprüft werden muß, wie der Gerichtshof in seinem letzten Roquette-Urteil (Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 20/88, Roquette Frères/Kommission, Slg. 1989, 1553, Randnr. 14) bestätigt hat.

Klage aus außervertraglicher Haftung und innerstaatliche Rechtsbehelfe

7. Allgemein gesehen stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen beiden Klagearten im wesentlichen dann, wenn eine innerstaatliche Behörde auf der Grundlage eines Gemeinschaftsakts ihrerseits eine Maßnahme trifft, aus der sich für ein bestimmtes Rechtssubjekt nachteilige wirtschaftliche Folgen ergeben.

Wie aber der Gerichtshof entschieden hat, „[kann] ... ein einzelner, [der sich] durch einen gemeinschaftlichen Rechtsetzungsakt verletzt [glaubt], weil dieser rechtswidrig sei, ... dessen Gültigkeit, wenn seine Durchführung nationalen Behörden obliegt, anläßlich dieser Durchführung vor einem nationalen Gericht im Rahmen eines Rechtsstreits gegen die nationale Behörde bestreiten", selbstverständlich mit der Maßgabe, daß „dieses Gericht ... dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 eine Frage zur Gültigkeit der fraglichen Gemeinschaftshandlung vorlegen [kann oder sogar muß]" (Urteil vom 12. April 1984 in der Rechtssache 281/82, Unifrex/Kommission und Rat, Slg. 1984, 1969, Randnr. 11); infolgedessen „[ist] diese Klagemöglichkeit ... bereits geeignet, den Schutz der einzelnen wirksam sicherzustellen" (Urteil vom 5. Dezember 1979 in den verbundenen Rechtssachen 116/77 und 124/77, Amylum/Rat und Kommission, Slg. 1979, 3497, Randnr. 14).

In der gleichen Perspektive und mit noch allgemeineren Wendungen hat der Gerichtshof entschieden, daß „die Schadensersatzklage ... im Hinblick auf das gesamte vom Vertrag geschaffene System des Rechtsschutzes für den einzelnen zu beurteilen [ist]" und daß „ihre Zulässigkeit ... in bestimmten Fällen von der Erschöpfung der innerstaatlichen Klagemöglichkeiten abhängig sein [kann], mit denen die Aufhebung der Entscheidung der nationalen Behörde betrieben werden kann"; hierzu ist allerdings erforderlich, „daß diese nationalen Klagemöglichkeiten den Schutz der betroffenen einzelnen dadurch wirksam sicherstellen, daß sie zum Ersatz des geltend gemachten Schadens führen können" (vgl. Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 175/84, Krohn/Kommission, Slg. 1986, 753, Randnr. 27; sowie zuletzt Urteil vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 20/88, Roquette Frères, a. a. O.).

Diesen Feststellungen läßt sich meines Erachtens — übrigens in Übereinstimmung mit der Rechtslehre[4] — entnehmen, daß, wenn eine innerstaatliche Klage in Betracht kommt, diese Vorrang vor der Klage aus Artikel 215 hat, jedoch mit der Maßgabe, daß die Schadensersatzklage selbständig, das heißt unabhängig von einer vorherigen Erschöpfung des innerstaatlichen Klagewegs erhoben werden kann, wenn dieser Klageweg nicht geeignet ist, die angeblich verletzte Rechtsstellung wirksam gerichtlich zu schützen.

Dennoch meine ich, auch mit Rücksicht auf die Bedeutung der Frage, daß die Tragweite der angeführten Rechtsprechung nicht lediglich aus den vorstehend zitierten allgemeinen Ausführungen abgeleitet werden kann, sondern vielmehr auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Sachverhalte untersucht werden muß, die dieser Rechtsprechung zugrunde lagen. In der Tat glaube ich, daß es nur auf diese Weise ge-

4 — Zur Subsidiarität der Schadensersatzklage im Verhältnis zu den innerstaatlichen Rechtsbehelfen (mindestens) in dem Fall, in dem die Gemeinschaftsrechtshandlung Anlaß zum Erlaß nationaler Durchführungsvorschriften gegeben hat, siehe J. Rideau und J. L. Charrier, *Code des procédures européennes*, Paris 1990, S. 185 f.; R. Joliet, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Lüttich 1986, S. 250 ff.; M. Waelbroeck in: Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Band 10, Buch I, S. 276-281.

lingen kann, die Voraussetzungen zu definieren, unter denen eine Schadensersatzklage unabhängig von der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs zulässig ist.

Die nähere Betrachtung der Rechtsprechung[5] zeigt, daß eine auf Artikel 215 gestützte Klage grundsätzlich zulässig ist (abweichend lediglich das vereinzelte Urteil vom 17. März 1976 in den verbundenen Rechtssachen 67/75 bis 85/75, Lesieur/Kommission, Slg. 1976, 391), und zwar unabhängig von der Inanspruchnahme der innerstaatlichen Rechtsbehelfe, wenn der von der nationalen Behörde aufgrund von (abgeleiteten) gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften erlassene Akt zur Folge hat, daß den Betroffenen Vergünstigungen, Genehmigungen oder andere Vorteile versagt oder wiederentzogen werden. Diese Rechtsprechung beruht im wesentlichen auf der Überlegung, daß in dem soeben beschriebenen Fall die auf innerstaatlicher Ebene erhobene Klage, selbst wenn sie erfolgreich sein sollte, die gerichtlich geltend gemachten Rechte nicht wirksam schützen würde. Auch wenn nämlich der vom staatlichen Gericht gemäß Artikel 177 befaßte Gerichtshof die streitigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften für ungültig erklären und jenes Gericht anschließend aufgrund dieses Spruchs die angefochtene nationale Maßnahme aufheben würde, wäre dieses Ergebnis für den Kläger von keinerlei konkretem Nutzen. Die bloße (negative) Nichtigerklärung der Maßnahme bedeutet noch keine Anerkennung des geltend gemachten Rechts. Hinzukommen muß nämlich die Änderung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften als der Rechtsgrundlage des Handelns der staatlichen Behörde. Es wäre somit Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers, die Konsequenzen aus der Feststellung der Ungültigkeit durch den Gerichtshof zu ziehen und diejenigen positiven Rechtsnormen zu schaffen, ohne die die staatliche Behörde die von dem Betroffenen geforderten Maßnahmen nicht erlassen könnte.

5 — Siehe R. Joliet, a. a. O., S. 255 ff.

Angesichts dieser Sachlage, im wesentlichen also wegen des unbefriedigenden Charakters der innerstaatlichen Gerichtsentscheidung, hat der Gerichtshof die Zulässigkeit einer Klage aus Artikel 215 als Alternative zur Inanspruchnahme des innerstaatlichen Rechtsbehelfs bejaht, und zwar ungeachtet der Tatsache, daß der geforderte Schadensersatz mit der Leistung zusammenfiel, die der Kläger von der staatlichen Behörde verlangte.

Die dieser Rechtsprechung zugrunde liegenden Erwägungen, die in den Schlußanträgen von Generalanwalt Capotorti in der Rechtssache Granaria[6] klar zum Ausdruck kommen, wurden vom Gerichtshof in seinem Unifrex-Urteil (a. a. O., Randnr. 12) und zuletzt in seinem Urteil vom 29. September 1987 in der Rechtssache 81/86 (De Boer Buizen/Rat und Kommission, Slg. 1987, 3677, Randnr. 10) bestätigt, wo es heißt: „Die Aufhebung der Weigerung, einem Vertriebsunternehmen eine solche Lizenz zu erteilen, durch ein nationales Gericht kann also nicht zur Folge haben, daß dieses Unternehmen einen Anspruch auf Erteilung der Lizenz oder auf Ersatz des ihm möglicherweise entstandenen Schadens hat. Das gleiche gilt für die Feststellung der Ungültigkeit der fraglichen Verordnungsbestimmungen [auf die die Verweigerung der Lizenz gestützt worden war], zu der das nationale Gericht gelangen könnte, nachdem es dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag eine dahingehende Frage vorgelegt hat."

Dagegen scheint der Gerichtshof zu einer ganz anderen Lösung hinsichtlich der Zuläs-

6 — Urteil vom 28. März 1979 in der Rechtssache 90/78 (Granaria/Rat und Kommission, Slg. 1979, 1081). Der Generalanwalt zitiert zunächst die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes und macht dann folgende bedeutsame Ausführungen: „In allen diesen Erkenntnissen ließ der Gerichtshof die Klagen zu, ohne hierfür die vorherige Ausschöpfung der nationalen Rechtswege zu fordern. Meines Erachtens liegt der Grund hierfür darin, daß es sich um Fälle handelte, in denen der Kläger auch dann, wenn das nationale Gericht die Rechtswidrigkeit der Gemeinschaftsmaßnahmen, die seinem Schaden zugrunde lagen, festgestellt hätte, von der nationalen Verwaltung ohne vorheriges Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers die von ihm geltend gemachten Leistungen nicht hätte erhalten können. Demgegenüber hat der Gerichtshof in Fällen, in denen der Anspruch im nationalen Rahmen hätte Erfolg haben können, die Schadensersatzklage nach Artikel 215 für unzulässig erklärt."

sigkeit der Schadensersatzklage zu gelangen, wenn der nationale Rechtsweg einen wirksamen Schutz gewährleistet, so daß die Rechtslehre dazu neigt, einen ausgesprochenen Grundsatz der Subsidiarität der Klage aus Artikel 215 im Verhältnis zu den innerstaatlichen Rechtsbehelfen anzuerkennen.

Es muß jedoch darauf hingewiesen werden, daß sich diese Rechtsprechung wesentlich im Zusammenhang mit einem klar umrissenen konkreten Sachverhalt gebildet hat. Ich beziehe mich auf den Fall eines Betroffenen, der aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften eine Steuer oder eine sonstige Abgabe an die staatliche Behörde entrichtet hatte, diese Vorschriften jedoch für rechtswidrig hielt und eine Schadensersatzklage erhob, die eine Summe zum Gegenstand hatte, die sich mit dem von ihm gezahlten, seiner Meinung nach nicht geschuldeten Betrag deckte. Angesichts eines derartigen Sachverhalts hat der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 25. Oktober 1972 in der Rechtssache 96/71 (Haegemann/Kommission, Slg. 1972, 1005) entschieden, Rechtsstreitigkeiten über die Belastung von Privatpersonen mit Abgaben und Abschöpfungen seien „in den Formen, die das Recht der Mitgliedstaaten vorsieht, ... von den innerstaatlichen Behörden nach Gemeinschaftsrecht zu entscheiden", und anschließend festgestellt: „Daher sind in einem solchen Verfahren entstehende Auseinandersetzungen über die Auslegung und Geltung von Vorschriften der Verordnungen, welche die Festsetzung der Mittel der Gemeinschaft regeln, den innerstaatlichen Gerichten vorzulegen, denen das Verfahren nach Artikel 177 des Vertrages zur Verfügung steht." Dementsprechend wurde die Schadensersatzklage, die auf die Zahlung einer mit den zu Unrecht erhobenen Beträgen zusammenfallende Summe gerichtet war, für unzulässig erklärt.

In ähnlicher Weise hatte die Klägerin in dem Fall, der dem Urteil vom 27. Januar 1976 in der Rechtssache 46/75 (IBC/Kommission, Slg. 1976, 65) zugrunde lag, Ersatz des Schadens gefordert, der angeblich dadurch entstanden war, daß die italienischen Zollbehörden bestimmte Vorschriften einer Verordnung über die Währungsausgleichsbeträge angewandt hatten; aufgrund dieser Vorschriften, deren Rechtmäßigkeit die Klägerin bestritt, hatte sie Beträge entrichten müssen, die ihrer Ansicht nach höher waren als die tatsächlich geschuldeten Beträge; die Schadensersatzklage zielte genau auf die Erstattung dieser Beträge in Form von Schadensersatz ab.

Der Gerichtshof hat die Klage aus folgenden Gründen als unzulässig abgewiesen:

„Die Klage richtet sich in Wirklichkeit gegen Maßnahmen der italienischen Behörden zur Durchführung von Gemeinschaftsbestimmungen, die die Klägerin für rechtswidrig hält. Sie betrifft also die Frage, ob die Erhebung der umstrittenen Beträge durch die innerstaatliche Verwaltung, der die Anwendung und Durchführung der Vorschriften über die Währungsausgleichsbeträge obliegen, rechtswidrig war. Mit ihr wird angestrebt, die Gemeinschaft zu veranlassen, die angeblich zu Unrecht erhobenen Beträge anstelle der innerstaatlichen Behörde zurückzuzahlen.

Die genannten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften liefern die Kriterien, nach denen die Beträge berechnet werden, die nach erfolgter Verrechnung der Einfuhrbelastung mit dem Ausgleichsbetrag zu zahlen sind. Sie gestatten keinen Zweifel daran, daß es Sache der nationalen Behörden ist, diese Beträge im konkreten Fall zu berechnen und zu erheben. Daher sind die einzelstaatlichen Gerichte zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Durchführungsmaßnahmen zuständig; hierbei haben sie das Gemeinschaftsrecht unter Beachtung der Verfahrensvorschriften des innerstaatlichen Rechts und, insbesondere sofern die Gültigkeit der angewandten Gemeinschaftsbestimmungen in Frage steht, gegebenenfalls unter Rückgriff auf Artikel 177 des Vertrages anzuwenden."

Im Vergleich zu dieser Rechtsprechung stellt das Urteil vom 12. Dezember 1979 in der Rechtssache 12/79 (Wagner/Kommission, Slg. 1979, 3657) eine Weiterentwicklung dar. Lassen Sie mich zunächst den Sachverhalt kurz zusammenfassen. Die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (BALM) hatte der klagenden Firma die Annullierung einer Ausfuhrlizenz für Zucker verweigert. Um den langen Weg und die Risiken eines innerstaatlichen Gerichtsverfahrens unter Einschluß einer Vorlage an den Gerichtshof zu vermeiden, hatte die Firma sich entschlossen, die Entscheidung nicht anzufechten. Ferner hatte sie beschlossen, die Ausfuhr in jedem Fall vorzunehmen, da der Verfall der Lizenz (der zum Verlust der Kaution geführt hätte) unmittelbar bevorstand. Dieses Geschäft wurde jedoch unter ungünstigeren Bedingungen abgewickelt als denjenigen, die zur Anwendung gekommen wären, wenn die Lizenz antragsgemäß annulliert worden wäre. Infolge des Ausbleibens der Annullierung konnte nämlich eine zuvor erfolgte Änderung der Wechselkurse auf dem landwirtschaftlichen Sektor nicht berücksichtigt werden. Dieser *Verdienstausfall* bildete den Gegenstand der Schadensersatzklage, die wiederum auf die Auffassung gestützt war, die ablehnende Entscheidung der BALM beruhe auf rechtswidrigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften.

In seinem Urteil, mit dem die Klage für unzulässig erklärt wurde, führt der Gerichtshof folgendes aus:

„Die Schadensersatzklage der Artikel 178 und 215 des Vertrages ist als ein selbständiger Rechtsbehelf mit eigener Funktion im System der Klagemöglichkeiten geschaffen und von Voraussetzungen abhängig gemacht worden, die ihrem besonderen Zweck angepaßt sind. Sie bezweckt nicht, es dem Gerichtshof zu ermöglichen, Entscheidungen der einzelstaatlichen Behörden, denen die Durchführung bestimmter Maßnahmen im Rahmen der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik übertragen ist, auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen oder über die finanziellen Folgen zu befinden, die sich aus der eventuellen Unwirksamkeit solcher Entscheidungen ergeben.

Die Klägerin hat sich für ihr gerichtliches Vorgehen der Form der gegen die Gemeinschaft gerichteten Klage wegen außervertraglicher Haftung bedient und geltend gemacht, der streitige ablehnende Bescheid der BALM sei ausschließlich durch das Verhalten der Kommission verursacht. Sie ist der Ansicht, der ihr entstandene Schaden sei auf dieses Verhalten zurückzuführen, denn die einzelstaatlichen Behörden hätten keine andere Wahl gehabt, als das Gemeinschaftsrecht anzuwenden und dabei die Hinweise zu beachten, die ihnen die Kommission gegeben habe.

Wie dem bereits erwähnten Urteil des Gerichtshofes vom 31. März 1977 in der Rechtssache 88/76 zu entnehmen ist, konnte die Verordnung Nr. 1579/76 nicht rechtmäßig auf einen am 1. Juli 1976 gestellten Antrag auf Annullierung angewendet werden. Jedoch waren die einzelstaatlichen Gerichte zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des ablehnenden Bescheids der BALM zuständig; hierbei hatten sie unter Beachtung der Verfahrensvorschriften des innerstaatlichen Rechts, gegebenenfalls unter Rückgriff auf Artikel 177 des Vertrages, das Gemeinschaftsrecht anzuwenden.

In Wirklichkeit verlangt die Klägerin mit der Klage Ersatz für denjenigen Schaden, der ihr entstanden ist, weil es ihr nicht gelungen ist, dem ablehnenden Bescheid der BALM seine Wirkungen zu nehmen. Aus welchen Gründen auch immer die Klägerin davon abgesehen hat, vor den zuständigen einzelstaatlichen Gerichten gegen diesen Bescheid zu klagen, wollte der Gerichtshof eine gegen die Gemeinschaft gerichtete Schadensersatzklage dieser Art zulassen, so würde damit das gesamte System der Klagearten verkannt, das unter anderem dem Schutz der betroffenen Unternehmen gegen eine unrichtige Anwendung von Vorschriften dienen soll, die im Rahmen der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik erlassen worden sind.

Als unerheblich ist infolgedessen das Vorbringen der Klägerin zurückzuweisen, eine Klage gegen den ablehnenden Bescheid hätte bedeutet, daß die Ausfuhrbilanz nicht ausgenutzt worden und die Kaution noch vor der endgültigen Entscheidung verfallen wäre, eine Konsequenz, die ein so schwerwiegendes finanzielles Risiko darstelle, daß ein mittelgroßes Unternehmen wie die Klägerin es vernünftigerweise nicht eingehen könne. Wenn die Klägerin sich nämlich entschlossen hat, dieses Risiko zu vermeiden, so hat sie sich damit auch der ihr eingeräumten Möglichkeit begeben, die Rechtswidrigkeit, auf die sie sich beruft, korrigieren zu lassen."

8. Natürlich läßt sich die vorstehend zitierte Rechtsprechung je nachdem unterschiedlich auslegen, welche ratio decidendi man ihr zuschreibt.

Ist man nämlich der Meinung, der Gerichtshof habe sich im wesentlichen von dem Bestreben leiten lassen, eine Vermengung der gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzklage mit den auf innerstaatlicher Ebene zu betreibenden Verfahren wegen Rückforderung der ungerechtfertigten Bereicherung zu vermeiden, so müßte man hieraus logischerweise folgern, die Schadensersatzklage sei *nur* dann unzulässig, wenn der geltend gemachte Schaden sich genau mit dem Betrag decke, der aufgrund der als rechtswidrig angesehenen innerstaatlichen Durchführungsmaßnahme entrichtet worden sei. In einem solchen Fall wäre die Schadensersatzklage jedoch aus dem einfachen Grund unzulässig, weil ein solches Vorgehen darauf hinausliefe, die Gemeinschaft zum Ausgleich der von dem Betroffenen erlittenen Vermögenseinbuße zu verpflichten, obwohl es offensichtlich Sache der staatlichen Behörde ist, die ohne Rechtsgrundlagen erhobenen Beträge zurückzuerstatten.

Meines Erachtens ist diese Rechtsprechung jedoch einer umfassenderen Auslegung zugänglich. Sie gestattet nämlich, wie ich meine, den Schluß, daß eine auf Artikel 215 gestützte Klage in der Regel unzulässig ist, wenn sie auf ein Ergebnis abzielt, das mit einer auf innerstaatlicher Ebene erhobenen Klage sinnvoll hätte angestrebt werden können. Praktisch bedeutet dies, daß die Schadensersatzklage nicht zu dem Zweck in Anspruch genommen werden kann, die Wirkungen einer beschwerenden Maßnahme zu beseitigen oder jedenfalls zu neutralisieren, wenn dieses Ziel durch eine Klage vor einem innerstaatlichen Gericht (unter Geltendmachung der Unzulässigkeit der zugrundeliegenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften in diesem Stadium) erreicht werden könnte; dies unter dem einzigen — bereits näher ausgeführten — Vorbehalt, daß der innerstaatliche Rechtsweg geeignet ist, einen wirksamen Schutz zu gewährleisten.

Die allgemeinen Ausführungen des Gerichtshofes zu der Notwendigkeit, die spezifische Funktion zu beachten, die den einzelnen vom Vertrag vorgesehenen Klagewegen innerhalb des Rechtsschutzsystems in seiner Gesamtheit jeweils zukommt, insbesondere das vorstehend zitierte Urteil in der Rechtssache Wagner, scheinen mir diese Lösung zu bestätigen.

In der Rechtssache Wagner hatte das betroffene Unternehmen nämlich nicht die Erstattung nicht geschuldeter Zahlungen als Schadensersatz gefordert, sondern den Ersatz des durch die Ablehnung der Annullierung der Lizenz entstandenen Verdienstausfalls eingeklagt. Der Gerichtshof hat in dieser Rechtssache naturgemäß die Tatsache berücksichtigt, daß die Klägerin ein entsprechendes Ergebnis hätte erzielen können, wenn sie die ablehnende Entscheidung auf innerstaatlicher Ebene angefochten hätte. Er wollte also vermeiden, daß eine auf Artikel 215 gestützte Klage als eine Art *Alternative* zu den innerstaatlichen Rechtsbehelfen in Anspruch genommen werden kann, auch wenn der Rückgriff auf diese Rechtsbehelfe — wie gerade in dem Fall Wagner — für den Betroffenen mit größeren Risiken ver-

bunden ist. Der Gerichtshof hat sich mit anderen Worten offenbar von dem Gesichtspunkt leiten lassen, den Generalanwalt Capotorti in der vorerwähnten Rechtssache Granaria klar umrissen hat, nämlich daß eine Schadensersatzklage unzulässig ist, wenn „der Anspruch im nationalen Rahmen hätte Erfolg haben können".

Diese Auslegung scheint mir auch in Übereinstimmung mit der Gewichtsverteilung innerhalb des Rechtsschutzsystems der Gemeinschaft zu stehen. In dieser Hinsicht ist daran zu erinnern, daß es sich vorliegend um den Fall eines Anspruchs aus außervertraglicher Haftung handelt, der nicht aus einer Tatsache oder einem faktischen Verhalten abgeleitet wird, sondern aus einem für illegal gehaltenen Rechtsakt. In einem solchen Fall stellt demgemäß die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Aktes die grundlegende Voraussetzung für eine etwaige Feststellung der Haftung und der sich hieraus ergebenden Schadensersatzpflicht dar. Soweit aber die Rechtsordnung für die Vornahme dieser Prüfung besondere Verfahren vorsieht, wäre es völlig ungerechtfertigt, dies zu ignorieren und als Alternative auf die Schadensersatzklage zurückzugreifen, die nicht für die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Maßnahme vorgesehen und ausgestaltet ist.

In Wirklichkeit zielt die Klage aus Artikel 215, wie der Gerichtshof betont hat, lediglich auf Schadensersatz ab; insbesondere ist es nicht ihr Zweck, die Prüfung der Gültigkeit von Entscheidungen zu ermöglichen, die innerstaatliche Stellen aufgrund rechtswidriger Gemeinschaftshandlungen getroffen haben. Handelt es sich um Rechtsakte, die die Gemeinschaftsorgane in Ausübung ihres Ermessens erlassen haben, so besteht eine Entschädigungspflicht nur, wenn die von der Rechtsprechung in der Rechtssache HNL festgelegten einschränkenden Voraussetzungen vorliegen (Urteil vom 25. Mai 1978 in den verbundenen Rechtssachen 83/76 und 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77, HNL/Rat und Kommission, Slg. 1978, 1209). Hieraus folgt, daß die im Rahmen von Artikel 215 ausgeübte Kontrolle, da sie lediglich auf eine etwaige Schadensersatzpflicht ausgerichtet ist, keine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle sein kann, sondern sich auf die Prüfung zu beschränken hat, ob eine hinreichend schwerwiegende Verletzung einer höherrangigen, dem Schutz der einzelnen dienenden Norm vorliegt: Die Prüfung des Rechtsaktes ist also auf die Feststellung dieser Tatbestände begrenzt; die Klage kann nur Erfolg haben, wenn die genannten materiellen Voraussetzungen gegeben sind.

Im übrigen stellt die Feststellung der Rechtswidrigkeit, auch wenn die Klage aus Artikel 215 Erfolg hat, lediglich eine Zwischenentscheidung dar und zeigt nicht in absolutem Sinne die einer Ungültigerklärung nach Artikel 177 innewohnenden Wirkungen. Es genügt insofern, sich zu vergegenwärtigen, daß eine solche Erklärung — mindestens — zur Nichtanwendung der für ungültig erklärten Gemeinschaftshandlung im Rahmen des der Vorlage zugrunde liegenden Rechtsstreits führt, was die Nichtigerklärung der innerstaatlichen Durchführungsmaßnahme durch das vorlegende Gericht zur Folge hat. Ferner hat sich der Gerichtshof bei seinen Entscheidungen aufgrund von Artikel 177 nicht darauf beschränkt, die Ungültigkeit festzustellen, sondern hat überdies die Verpflichtung der Gemeinschaftsorgane anerkannt, die zur Beseitigung der festgestellten Unvereinbarkeiten erforderlichen Maßnahmen (Rücknahme oder Änderung) zu treffen (siehe Entscheidungsformeln der Urteile vom 19. Oktober 1977 in den verbundenen Rechtssachen 117/76 und 16/77, Ruckdeschel, Slg. 1977, 1753; und vom 29. Juni 1988 in der Rechtssache 300/86, Van Landschoot, Slg. 1988, 3443); dies ganz abgesehen von dem Fall, in dem der Gerichtshof, nachdem er die Ungültigkeit einer Verordnung — wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes — festgestellt hatte, soweit diese nicht die Befreiung bestimmter Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern von der Mitverantwortungsabgabe vorsah, entschieden hat, daß die *staatlichen Behörden* bis zum Erlaß der zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erforderlichen Maßnahmen nicht nur weiterhin die von der für ungültig erklärten Bestimmung vorgesehene Freistellung anzuwen-

den, sondern überdies diese Vergünstigung auf die von der festgestellten Diskriminierung betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu erstrecken hatte (vergleiche vorgenanntes Urteil in der Rechtssache Van Landschoot).

Sowohl die Tragweite als auch die Wirkungen der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Handlungen weisen also untereinander grundlegende Unterschiede auf, je nachdem ob die Kontrolle in dem hierfür vorgesehenen Rahmen, nämlich im Zuge von Vorlage nach Artikel 177, oder in dem weit beschränkteren Rahmen von Artikel 215 vorgenommen wird. Es scheint mir daher sowohl mit dem allgemeinen Interesse als auch mit dem speziellen Interesse der Betroffenen in Einklang zu stehen, wenn die Rechtmäßigkeit der den nachteiligen innerstaatlichen Maßnahmen zugrunde liegenden Gemeinschaftshandlungen unbegrenzt und mit voller Wirkung überprüft wird: Der angemessene Rahmen für eine solche Beurteilung „innerhalb des vom Vertrag geschaffenen Rechtsschutzsystems" kann nur die Vorlage durch das innerstaatliche Gericht sein, vor dem die nationale Durchführungsmaßnahme angefochten wurde.

Die hier vertretene Auffassung wird selbstverständlich durch die Tatsache bekräftigt und nicht widerlegt, daß der Gerichtshof Schadensersatzklagen ausnahmsweise als zulässig angesehen hat, wenn die innerstaatlichen Rechtsbehelfe nicht geeignet erschienen, einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten (auch wenn im Licht jüngerer Entscheidungen wie des bereits erwähnten Urteils in der Rechtssache Van Landschoot anzunehmen ist, daß die vor dem innerstaatlichen Gericht erhobene Anfechtungsklage mit anschließender Vorlage zur Vorabentscheidung in *fast allen* Fällen das *geeignetste* Mittel ist, einen wirksamen Schutz der Rechte des Klägers zu gewährleisten). In diesem Fall zielt die Klage nämlich nicht darauf ab, ein Ergebnis zu erreichen, das dem der innerstaatlichen Rechtsbehelfe entspricht, sondern eines, das auf nationaler Ebene nicht erzielt werden kann.

Außerdem liegt es auf der Hand, daß, wenn die Beseitigung der angefochtenen innerstaatlichen Maßnahme nicht ausreicht, um alle eingetretenen nachteiligen Folgen aus der Welt zu schaffen, immer noch die Möglichkeit bestehen wird, eine auf die Beseitigung dieser Folgen abzielende Schadensersatzklage zu erheben. So wird es zum Beispiel immer noch möglich sein, aufgrund von Artikel 215 Ersatz etwa für die zwischenzeitlich durch die Lagerung oder Konservierung der Ware, oder wegen deren Verfall, entstandenen Kosten nach Artikel 215 einzuklagen, wenn die von einer staatlichen Behörde in Übereinstimmung mit einer Gemeinschaftsverordnung beschlossene Aussetzung einer Einfuhrlizenz vom innerstaatlichen Gericht im Anschluß an die Ungültigerklärung der Grundverordnung für nichtig erklärt wurde. Die Klage kann aber in dieser Phase, wie betont werden muß, erst erhoben werden, nachdem in dem hierfür angemessenen Verfahren über das Schicksal der beschwerenden Maßnahmen entschieden wurde, so daß sie sich auf einen bereits verwirklichten und liquidierbaren Schaden bezieht.

Es bleibt ein letzter Punkt. Verschiedentlich wurde behauptet, die Forderungen nach der Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs zwinge den Klägern eine mühsame „gerichtliche Rundreise"[7] auf, die sich nur noch verlängern könne, wenn der Richter erster Instanz nicht vorlege.

Diesem Einwand bin ich bereits teilweise entgegengetreten, nämlich mit dem Bemerken, daß es gerade auch im besonderen Interesse des Klägers liegt, die beschwerende Maßnahme unmittelbar auf innerstaatlicher Ebene anzugreifen (unbeschadet der Möglichkeit, nach Artikel 215 den Ersatz des Hauptschadens zu verlangen).

Was die etwaige längere Dauer oder größere Komplexität des innerstaatlichen Verfahrens anbelangt, so scheint es sich mir je-

7 — Siehe M. Waelbroeck, a. a. O., S. 281.

denfalls um ein eher scheinbares als wirkliches Risiko zu handeln. Das auf Artikel 177 gestützte ausgedehnte Kontrollsystem ist trotz seiner Gliederung in verschiedene Ebenen als integriertes und einheitliches System ersonnen worden; diese Charakteristika haben sich fortschreitend verdeutlicht und weiter entwickelt. Es gibt keinerlei Grund dafür, zu unterstellen, eine solche Konstruktion sei nicht in der Lage, den vollständigen Schutz der Betroffenen zu gewährleisten, und diese Unterstellung so weit zu treiben, daß aus der Schadensersatzklage ein (der Wahl der Betroffenen überlassener) im Verhältnis zu dem speziell für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der Akte vorgesehenen Klageweg „alternativer" Rechtsweg wird. Das gilt um so mehr, als die Entscheidung in der Rechtssache Foto-Frost (Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85, Slg. 1987, 4199) den *obligatorischen Charakter* der Vorlage für den Fall bekräftigt hat, daß das staatliche Gericht den der nationalen Maßnahme, die ihm zur Prüfung unterbreitet wurde, zugrunde liegenden Gemeinschaftsrechtsakt für rechtswidrig hält; dies gilt auch angesichts der Tatsache, daß die gleiche Rechtsprechung dem staatlichen Gericht anscheinend die Befugnis zuerkennt, die Wirkungen des Gemeinschaftsrechtsaktes, um dessen Gültigkeit es geht, im Wege von Schutzmaßnahmen auszusetzen, wodurch das Risiko, daß sich der Prozeß in einer für das vom Kläger in Anspruch genommene Recht in schädlicher Weise in die Länge zieht, auf sein richtiges Maß zurückgeführt wird.

9. Soweit zum Grundsätzlichen. Wenn wir uns jetzt dem vorliegenden Fall zuwenden, so muß vor allem hervorgehoben werden, daß die Schadensersatzklage darauf gestützt ist, die Vorschriften der Richtlinie 87/343 über die Schwankungsrückstellung seien wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes rechtswidrig.

Es ist daher zunächst zu prüfen, ob den Klägerinnen innerstaatliche gerichtliche Rechtsbehelfe zur Verfügung standen, in deren Rahmen sie die Frage nach der Gültigkeit des in Rede stehenden Gemeinschaftsrechtsakts hätten aufwerfen können.

Jedenfalls im Vereinigten Königreich, das, wie bereits dargelegt, eines der Länder, in denen die Firma Assurances du crédit ihre Tätigkeit ausübt, und infolgedessen einer von drei Märkten ist, auf denen der den Gegenstand der vorliegenden Klage bildende Schaden entstanden sein soll, hätten die Klägerinnen die Möglichkeit, vor den staatlichen Gerichten eine Klage auf „judicial review" mit dem Ziel zu erheben, vorbeugend feststellen zu lassen, daß die zur Durchführung der Richtlinie erlassenen Vorschriften auf einem mit dem Gleichheitssatz unvereinbaren Gemeinschaftsrechtsakt beruhten und daher rechtswidrig waren, und gleichzeitig das Gericht zu ersuchen, die Frage nach der Gültigkeit der Richtlinie selbst dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen. Ein Beispiel aus jüngster Zeit für ein derartiges Vorgehen liefert uns das Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-331/88 (Fedesa, Slg. 1990, I-4023), das auf einen vor einem britischen Gericht anhängigen Rechtsstreit zurückgeht, in dem die Klägerinnen die Gültigkeit der „Hormonrichtlinie" sowie der hierzu ergangenen staatlichen Durchführungsvorschriften in Zweifel gezogen hatten.

Aber selbst wenn keine Möglichkeit bestünde, die nationalen Durchführungsvorschriften *unmittelbar* anzugreifen (zum Beispiel weil sie Gesetzescharakter hätten und keinerlei andere angreifbare Vorschriften existierten), würde sich die Lage unter dem Gesichtspunkt des innerstaatlichen Rechtsschutzes schwerlich komplexer darstellen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß die Richtlinie 73/239, die den rechtlichen Rahmen der streitigen Richtlinie bildet, in ihren Artikeln 20 ff. eine Reihe von Maßnahmen vorsieht, die die staatlichen Kontrollbehörden treffen können, wenn sich die Versicherungsunternehmen nicht an die Vorsichtsregeln und andere hiermit zusammenhängende Verpflichtungen halten. Namentlich sieht die Richtlinie als „äußerste" Maßnahme den Widerruf der Zulassung vor (Artikel 22) und bestimmt zugleich, daß jeder Mitgliedstaat einen ge-

richtlichen Rechtsbehelf gegen eine solche Entscheidung vorsieht (Artikel 22 Absatz 3). Weiterhin sieht die Richtlinie weniger schwerwiegende Maßnahmen vor, wie die Einschränkung der freien Verfügung über die Vermögenswerte (Artikel 20 Absatz 1) und ganz allgemein „alle Maßnahmen ..., die geeignet sind, die Interessen der Versicherten zu wahren" (Artikel 20 Absatz 4). Es scheint mir aber keinem Zweifel zu unterliegen, daß die Klägerinnen dadurch, daß sie es ganz oder teilweise unterlassen hätten, die in der Richtlinie 87/343 genannte Reserve zu bilden oder jedenfalls in Verbindung mit der Bildung dieser Reserve die erforderlichen administrativen oder buchhalterischen Maßnahmen zu treffen, die Kontrollbehörden dazu hätten veranlassen können, eine der vorerwähnten Maßnahmen zu ergreifen, um dann vor Gericht die Gültigkeit dieser Maßnahme mit der Begründung zu bestreiten, sie stütze sich auf rechtswidrige gemeinschaftsrechtliche Vorschriften. Überdies hätten sie in diesem Stadium die Aussetzung des Vollzugs der ihnen gegenüber getroffenen Maßnahme bis zur endgültigen Entscheidung beantragen können. Ich meine daher, daß die Klägerinnen selbst in diesem Fall über einen Rechtsbehelf verfügten, um ein innerstaatliches Gerichtsverfahren einzuleiten.

Dagegen kann auch nicht eingewendet werden, daß — immer noch in dem genannten Fall — die Klägerinnen gezwungen gewesen wären, gegen die Bestimmungen der Richtlinie zu verstoßen und auf diese Weise das Risiko mehr oder weniger schwerwiegender Konsequenzen auf sich zu nehmen. Es handelt sich hier nämlich um eine Lage, die sich regelmäßig ergibt, wenn jemand die Rechtmäßigkeit von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts oder des innerstaatlichen Rechts zu bestreiten gedenkt, die Lasten, Verpflichtungen oder andere Einschränkungen auferlegen und von dem Betroffenen nicht unmittelbar angefochten werden können. Im übrigen geschieht es sehr häufig, daß Vorlagen, über die der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung zu befinden hat, auf von den staatlichen Behörden gegen Personen, die gegen bestimmte Regelungen verstoßen hatten, eingeleitete Verfahren zurückgehen; da diese Regelungen nicht unmittelbar, beispielsweise mit einer Klage auf „judicial review" angefochten werden können, ist der normale Weg, um eine gerichtliche Entscheidung über die Vereinbarkeit der innerstaatlichen Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht oder — wie vorliegend — über die Gültigkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften, die die Rechtsgrundlage der innerstaatlichen Regelung bilden, zu erreichen, eben der, irgendeine der auferlegten Verpflichtungen nicht zu erfüllen und im Rahmen des hierdurch entstehenden Verfahrens eine Vorlage zur Vorabentscheidung zu erwirken.

Es trifft zu, daß ein solches Vorgehen mit Risiken verbunden sein kann (die allerdings in den schwerwiegendsten Fällen durch die Möglichkeit der Aussetzung des Vollzugs etwaiger Durchführungsvorschriften begrenzt sind), aber es trifft ebenfalls zu, daß diese Risiken — wie die vorstehend angeführte Rechtsprechung im Fall Wagner bestätigt — einen Faktor darstellen, der allen gerichtlichen Verfahren innewohnt, und daß es letztlich Sache des Betroffenen ist, sich darüber schlüssig zu werden, ob er sich den Vorteilen wie den Risiken eines bestimmten gerichtlichen Verfahrens stellen will; dies ganz abgesehen davon, daß im vorliegenden Fall auch diese (begrenzten) Risiken offenbar in der Weise hätten vermieden werden können, daß vor einem britischen Gericht auf „judicial review" geklagt worden wäre.

Dies vorausgeschickt, muß hinzugefügt werden, daß die Klägerinnen mit ihrer Schadensersatzklage ein Ergebnis anstreben, das demjenigen völlig gleicht, das sie mit Hilfe eines der vorerwähnten innerstaatlichen Verfahren hätten erreichen können. Die vorliegende Klage aus Artikel 215 zielt nämlich auf nichts anderes als darauf ab, von der Gemeinschaft als Schadensersatz einen Ausgleich für die finanziellen Belastungen zu erhalten, die mit Bildung und Ver-

waltung der in der Richtlinie 87/343 vorgesehenen Reserve verbunden sind. Die Klage ist mit anderen Worten im wesentlichen darauf gerichtet, die wirtschaftlichen Folgen der Rechtshandlung, in der die Klägerinnen eine Diskriminierung zu ihrem Nachteil erblicken, zu neutralisieren, wenn nicht zu beseitigen. Gerade dieses Ziel hätte aber dadurch erreicht werden können und müssen, daß die Klägerinnen eine Vorlage zur Vorabentscheidung erwirkt hätten, die dazu bestimmt gewesen wäre, die diskriminierenden Wirkungen der Rechtshandlung und damit deren Ungültigkeit festzustellen.

Daß die Klägerinnen nicht so sehr den Ersatz eines Schadens anstreben als wesensmäßig die Neutralisierung der Wirkungen der Rechtshandlung, scheint mir überdies durch die Tatsache belegt zu werden, daß der Gerichtshof, falls er der Klage stattgäbe, ihnen praktisch eine Art ständigen Anspruch auf Ausgleich der mit der Reserve verbundenen finanziellen Belastung einräumen würde. Der Schaden fällt in der Tat mit den Kosten von Bildung und Verwaltung der Reserve zusammen, so daß ein der Klage stattgebendes Urteil in Wahrheit zu einer Art Befreiung der Klägerinnen von der Reserve selbst und nicht zum Ersatz eines bestimmten Schadens führen würde.

Schließlich ist zu bemerken, daß die innerstaatlichen gerichtlichen Rechtsbehelfe im vorliegenden Fall nicht nur die Erreichung des gleichen Ziels wie desjenigen, das mit der Schadensersatzklage angestrebt wird, ermöglicht, sondern außerdem einen wirksameren und ausgedehnteren gerichtlichen Schutz gewährleistet hätten. Wie ich bereits auszuführen Gelegenheit hatte, hat sich der Gerichtshof nämlich schon mehrfach im Rahmen von Artikel 177 zum diskriminierenden Charakter von Regelungen geäußert, die ausschließlich bestimmten Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern Belastungen auferlegten (oder umgekehrt ihnen Vergünstigungen einräumten). Ein die Ungültigkeit aussprechendes Urteil hat die Hinfälligkeit der innerstaatlichen Durchführungsvorschriften sowie die Verpflichtung der Gemeinschaftsorgane zur Folge, der festgestellten Rechtswidrigkeit abzuhelfen (abgesehen von der Möglichkeit, daß der Gerichtshof sogar die Maßnahmen präzisiert, die die nationalen Behörden im Hinblick auf das Urteil und bis zur Änderung der in Rede stehenden Gemeinschaftsregelung zu treffen haben). Es ist daher nicht zweifelhaft, daß eine auf die Frage nach der Gültigkeit der Richtlinie ausgerichtete Vorlage zur Vorabentscheidung den Klägerinnen einen weit gewichtigeren Schutz des Rechtes (nämlich darauf, keinen diskriminierenden Belastungen unterworfen zu werden) geboten hätte, dessen Anerkennung sie auf anderem Wege, nämlich durch die alternative Inanspruchnahme der Klage aus Artikel 215, anstreben.

Abschließend bin ich der Auffassung, daß die vorliegende Klage in Wahrheit darauf abzielt, der streitigen Richtlinie die Wirksamkeit abzusprechen, und somit genau das Ergebnis anstrebt, das im Wege der Inanspruchnahme der innerstaatlichen gerichtlichen Rechtsbehelfe hätte angestrebt werden müssen. Ich schlage daher vor, die Klage als unzulässig abzuweisen.

Zur zweiten Unzulässigkeitseinrede

10. In ihrer Klageschrift beantragen die Klägerinnen unter anderem, den beklagten Organen aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um den beanstandeten rechtswidrigen Zustand zu beenden. Die beklagten Organe machen die Unzulässigkeit dieses Antrags mit der Begründung geltend, dem Gerichtshof fehle die Zuständigkeit für die Erteilung derartiger Anweisungen.

Meines Erachtens ist der Einrede stattzugeben.

Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen verfügt der Gerichtshof auf der Grundlage

von Artikel 178 nicht über eine derartige Zuständigkeit. Diese Vorschrift ermächtigt den Gerichtshof, über Schadensersatzklagen gegen die Gemeinschaft zu befinden, gestattet es ihm aber nicht, Urteile zu erlassen, die die Gemeinschaftsorgane verpflichten, positive Rechtshandlungen mit einem bestimmten Inhalt vorzunehmen. Nach einem in allen Rechtsordnungen anerkannten Grundsatz, der eine klare Trennung zwischen richterlicher und rechtsetzender Tätigkeit fordert, kann sich der Richter nicht in die normativen Entscheidungen einmischen, die in den Ermessensbereich der zu ihrem Erlaß ermächtigten Organe fallen. Überdies bekräftigt eine ständige Rechtsprechung, die sich zwar im Rahmen der dienstrechtlichen Streitigkeiten gebildet hat, aber unzweifelhaft auf die soeben dargelegten Erwägungen zurückgeht, daß der Gerichtshof nicht befugt ist, der Verwaltung Anweisungen zu erteilen, und daß sich eventuelle Verpflichtungen der Verwaltung allein aus der Nichtigerklärung einer ihrer Rechtshandlungen ergeben können (vgl. Urteile vom 26. Januar 1989 in der Rechtssache 224/87 Koutchoumoff/Kommission, Slg. 1989, 99; vom 21. November 1989 in den verbundenen Rechtssachen C-41/88 und C-78/88, Bekker und Starquit/Parlament, Slg. 1989, 3807; und schließlich vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-137/88, Schneemann/Kommission, Slg. 1990, I-369).

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, daß die Klägerinnen in ihrer Erwiderung die Tragweite ihres in der Klageschrift gestellten Antrags mindestens teilweise geändert haben. Es scheint in der Tat, daß sie den Gerichtshof im wesentlichen darum ersuchen, nach vorheriger Feststellung des diskriminierenden Charakters der streitigen Regelung klarzustellen, daß die Organe *verpflichtet* sind, die zur Wiederherstellung der Gleichbehandlung erforderlichen Maßnahmen zu treffen.

Wie ich jedoch bereits dargelegt habe, ergibt sich eine solche Verpflichtung aus der Ungültigerklärung einer Rechtshandlung, nicht aber aus einem einer Schadensersatzklage stattgebenden Urteil, da die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Handlung in einem derartigen Urteil lediglich die Bedeutung einer Zwischenfeststellung hat. Der entsprechende Antrag der Klägerinnen bestätigt allenfalls aufs neue, daß diese sich in dem Sinn in einem unangemessenen prozessualen Rahmen bewegen, daß das von ihnen angestrebte Ziel mittels einer Klage auf innerstaatlicher Ebene hätte verfolgt werden können und müssen, in deren Rahmen es angezeigt gewesen wäre, die Frage nach der Ungültigkeit der angeblich diskriminierenden Regelung aufzuwerfen.

Ebensowenig kann dem anderen von den Klägerinnen in ihrer Erwiderung vorgebrachten Argument gefolgt werden, wonach der Gerichtshof vorliegend jedenfalls aufgrund von Artikel 186 EWG-Vertrag Anordnungen treffen könne. Es fehlt nicht nur jede Bezugnahme auf diese Vorschrift in den Anträgen der Klageschrift, sondern es geht vor allem aus der Klageschrift eindeutig hervor, daß die Klägerinnen nicht den Erlaß einstweiliger Dringlichkeitsmaßnahmen gefordert haben, sondern im Gegenteil *endgültiger* Maßnahmen, die in einer Änderung der Gemeinschaftsregelung über die Ausfuhrkreditversicherung in dem von ihnen gewünschten Sinn bestanden hätten.

Desgleichen ist das — ebenfalls erstmalig in der Erwiderung geäußerte — Vorbringen zurückzuweisen, wonach der Gerichtshof aufgrund von Artikel 176 Absatz 2 EWG-Vertrag Anordnungen treffen könne. Die Auslegung dieser Bestimmung in dem von den Klägerinnen befürworteten Sinn scheint mir deren Tragweite völlig zu verzerren. In Wahrheit beschränkt sich Artikel 176 Absatz 2 darauf, demjenigen, der durch das (bereits) für nichtig erklärte Handeln einen Schaden erlitten hat, das Recht zu bewah-

ren, den Gerichtshof wegen des Ersatzes des später erlittenen Schadens zu befassen; hierdurch ändert sich jedoch nichts an der Befugnis des Gerichtshofes im Rahmen von Schadensersatzklagen, einer Befugnis, die sich, wie mehrfach erwähnt, auf die Verurteilung zur Zahlung einer Geldsumme beschränkt und nicht das Recht umfaßt, den Organen aufzugeben, Maßnahmen eines bestimmten Inhalts zu treffen.

vorgesehenen Reserven vergleichbaren Belastung zu unterwerfen, beruhe auf einer Entscheidung, für die die Mitgliedstaaten selbst, nicht die Gemeinschaft, rechtlich verantwortlich seien. Letzten Endes hindere nichts die Mitgliedstaaten daran, für öffentliche Versicherungen die gleichen Vorsichtsregeln einzuführen, wie sie die Richtlinie für Privatversicherungen vorsehe.

Zur Begründetheit

11. Was die Begründetheit betrifft, so erheben die beklagten Organe zunächst einen grundlegenden Einwand. Sie machen geltend, die Gemeinschaft habe vorliegend keinerlei diskriminierende Regelung getroffen. Man sei sich beim Erlaß der Ersten Richtlinie lediglich darüber klar geworden, daß es noch nicht möglich gewesen sei, die innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die Ausfuhrkreditversicherung für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Garantie zu harmonisieren. Daher habe man sich mit einer teilweisen Harmonisierung begnügt und eine Regelung für den privaten Sektor getroffen (insbesondere die einzelnen dem Schutz Dritter dienenden finanziellen Garantien geregelt), es dagegen den Mitgliedstaaten überlassen, die Tätigkeit der auf diesem Sektor auftretenden öffentlichen Versicherungen zu reglementieren.

Rat und Kommission erkennen andererseits an, daß die Beschränkung der gemeinsamen Vorsichtsregeln auf dem privaten Sektor praktisch bedeutete, daß öffentliche Unternehmen weiterhin keiner finanziellen Garantie unterworfen waren. Die Organe bemerken jedoch, sie hätten diesen Sachverhalt lediglich hingenommen, ohne ihn zu schaffen; daß die Mitgliedstaaten sich entschlossen hätten, die öffentlichen Versicherungen keiner mit den in den Richtlinien

Meines Erachtens ist die Einwendung der Beklagten zurückzuweisen, da sie Gefahr liefe, zu der — unannehmbaren — Konsequenz zu führen, daß, wenn lediglich ein Sektor einer bestimmten Materie harmonisiert würde, der europäische Gesetzgeber der Notwendigkeit enthoben wäre, den Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten.

Hierzu ist daran zu erinnern, daß dieser Grundsatz von fundamentaler Bedeutung ist, nicht nur weil er den Eckstein der Rechtsordnungen unserer Zeit bildet, sondern auch aus einem spezifischeren Grund. Die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts betreffen im wesentlichen wirtschaftliche Vorgänge und Tätigkeiten. Wollte man auf diesem Gebiet für gleichartige Sachverhalte unterschiedliche Regeln aufstellen, so würde dies nicht nur zu einer Ungleichheit vor dem Gesetz führen, sondern überdies zwangsläufig Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben, die mit den grundlegenden Vorstellungen, auf denen der Gemeinsame Markt beruht, völlig unvereinbar wären.

Wenn wir uns jetzt dem uns beschäftigenden Problem zuwenden, so müssen wir feststellen, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber namentlich bei der *Festlegung* des persönlichen Geltungsbereichs der von ihm getroffe-

nen Regelungen für diese Gleichbehandlung Sorge zu tragen hat, vor allem dann, wenn eine solche Regelung die Einführung von Belastungen (oder Vergünstigungen) für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer zum Inhalt hat oder in irgendeiner Weise mit sich bringt. Die Gefahr, daß eine nach dem persönlichen Geltungsbereich differenzierende Regelung ungerechtfertigte und schädliche Wettbewerbsverzerrungen hervorruft, ist in derartigen Fällen offensichtlich, und zwar sowohl unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Marktgleichgewichts als auch vom Standpunkt der unmittelbar beschwerten Beteiligten aus.

Soweit die allgemeinen Überlegungen. Die Beklagten wenden jedoch ein, die Lage sei anders zu beurteilen, wenn der in Rede stehende Gemeinschaftsrechtsakt keine Verordnung sei, sondern eine Richtlinie, die eine teilweise Harmonisierung vornehme. Das Vorbringen der Beklagten läßt sich wie folgt kurz zusammenfassen.

Handele es sich um eine Verordnung, die Belastungen (oder Vergünstigungen) für bestimmte Wirtschaftsteilnehmer einführe, andere dagegen hiervon ausnehme (zum Beispiel indem sie vorsehe, daß bestimmte Gruppen von Getreideerzeugern von der Mitverantwortungsabgabe befreit würden, andere jedoch nicht), so sei eine derartige unterschiedliche Behandlung ohne weiteres dem Gemeinschaftsgesetzgeber zuzurechnen, der hierfür infolgedessen die Verantwortung übernehmen müsse. In einem solchen Fall sei es nämlich die Gemeinschaftsnorm, die die für die verschiedenen belasteten oder nicht belasteten (beziehungsweise begünstigten oder nicht begünstigten) Gruppen geltende Regelung festlege.

Eine ganz andere Lage sei dagegen — immer nach der Auffassung der Beklagten — bei einer Richtlinie gegeben, die wie die hier streitige eine teilweise Harmonisierung vornehme. In diesem Fall beschränke sich der Gemeinschaftsgesetzgeber darauf, die gemeinsamen Normen festzusetzen, die auf die in den Geltungsbereich der Harmonisierungsrichtlinie fallenden Wirtschaftsteilnehmer anwendbar seien. Dagegen gebe es keine Gemeinschaftsnorm, die auf die nicht zu diesem Bereich gehörenden Personen anwendbar wäre: Diese unterlägen lediglich den innerstaatlichen Rechtsvorschriften. Diese Vorschriften könnten im übrigen den gleichen Inhalt haben wie die harmonisierten Normen oder aber von ihnen abweichen. Im Fall der Abweichung könnte sich sogar eine unterschiedliche Behandlung ergeben, da auf Wirtschaftsteilnehmer, die letztlich miteinander in Wettbewerb stünden, faktisch zwei verschiedene Regelungen Anwendung fänden. Diese unterschiedliche Behandlung, so die Beklagten, hänge aber ausschließlich von den rechtsetzenden Entscheidungen der Mitgliedstaaten ab; eine etwaige Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes sei somit allein diesen Staaten zuzurechnen.

Bei allem Respekt vor den dialektischen Qualitäten dieses Gedankengangs glaube ich doch, daß er auf einer Fiktion beruht. Er berücksichtigt nämlich nicht, daß die Klägerinnen des vorliegenden Rechtsstreits das diskriminierende Moment in dem willkürlichen Charakter der teilweisen Harmonisierung erblicken, nicht aber im Inhalt der innerstaatlichen Normen, die (rechtmäßig) auf (noch) nicht harmonisierte Sektoren angewendet werden. Lassen Sie mich deutlicher werden. Was die Beklagten verschweigen, ist, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber von dem Augenblick an, in dem er die Bedingungen für die Ausübung einer Tätigkeit (wie der Ausfuhrkreditversicherung) harmonisiert und hierbei den Anwendungsbereich der harmonisierten Normen auf eine einzige Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern (die privaten Versicherungen) *beschränkt*, ipso jure die innerstaatlichen Behörden *ermächtigt*, abweichende Vorschriften für die übrigen, von der Harmonisierung ausgeschlossenen Gruppen (die öffentlichen Versicherungen) zu erlassen.

Wenn also eine Doppelregelung geschaffen wurde, die in der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Normen einerseits, innerstaatlicher Normen andererseits besteht, so ist dies einzig und allein auf die Wahl zurückzuführen, die der Gemeinschaftsgesetzgeber hinsichtlich der Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereichs der Richtlinie getroffen hat. Und wenn dann — um es noch klarer zu sagen — diese Doppelregelung darin zum Ausdruck kommt, daß der private Sektor durch die Richtlinie einer Belastung wie der Schwankungsrückstellung unterworfen wird, während den öffentlichen Sektor, der den innerstaatlichen Vorschriften unterliegt, keinerlei finanzielle Zwänge treffen, so kann diese Ungleichbehandlung einzig und allein dem Gemeinschaftsgesetzgeber zugeschrieben und zugerechnet werden, da dieser es dem innerstaatlichen Gesetzgeber *gestattet* hat, von den gemeinsamen Normen abweichende Normen anzuwenden.

Dies ist in unserem Fall besonders dann offensichtlich, wenn man die weiter oben skizzierte Entstehungsgeschichte der streitigen Regelung berücksichtigt. Seit dem Erlaß der Ersten Richtlinie auf diesem Gebiet waren sich die Gemeinschaftsorgane nämlich der Tatsache völlig bewußt, daß die Mitgliedstaaten keinerlei finanzielle Garantien zu Lasten des öffentlichen Sektors vorgesehen hatten. Die Gemeinschaft hat, wie die Kommission klargestellt hat, diese Sachlage *hingenommen*. Indem der Rat also — sei es auch nur zeitweilig — lediglich den privaten Sektor den Vorsichtsregeln unterwarf, hat er es zugelassen, nicht mehr und nicht weniger, daß der öffentliche Sektor von jeglicher Belastung dieser Art freigestellt blieb.

Abschließend bin ich der Auffassung, daß die beklagten Organe sich vorliegend nicht damit verteidigen können, die beanstandete Diskriminierung sei nicht der Gemeinschaft zuzurechnen.

Außerdem würde diese Auffassung zu der absurden Konsequenz führen, daß die Diskriminierung selbst — soweit sie objektiv begründet sein sollte — niemandem zuzurechnen wäre. Nicht den Mitgliedstaaten, da diese angesichts der Tatsache, daß die Richtlinie die Materie nur teilweise harmonisiert hat, ihre eigenen Vorschriften erlassen und aufrechterhalten durften (es sei denn, man nehme an, daß die Mitgliedstaaten selbst bei einer nur teilweisen Harmonisierung verpflichtet wären, auf den in ihrer Zuständigkeit belassenen Sektoren Vorschriften gleichen Inhalts zu erlassen wie diejenigen, die die Richtlinie für die harmonisierten Sektoren festgesetzt habe, was offensichtlich abwegig wäre, da es darauf hinauslaufen würde, die teilweise Harmonisierung unter der Hand in eine vollständige Harmonisierung zu verwandeln), aber auch nicht der Gemeinschaft, da diese behauptet, nicht für die unterschiedlichen Behandlungen verantwortlich zu sein, die sich aus der Begrenzung des persönlichen Geltungsbereichs der Richtlinie ergibt. Kurz gesagt, jene Auffassung würde bedeuten, daß, wenn der Rat die Bedingungen für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit teilweise harmonisiert, und hierbei die Belastung einer bestimmten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern vorsieht, andere, mit jenen in Wettbewerb stehende Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern dagegen von der Harmonisierung — und damit von den Belastungen, um die es geht — ausschließt, ein solcher Sachverhalt *niemals* unter dem Gesichtspunkt der Beachtung des Gleichheitsgrundsatzes beurteilt werden könnte.

Zur Tragweite der behaupteten Diskriminierung

12. Nachdem die von den Beklagten eingangs erhobene Einwendung nunmehr widerlegt ist und bevor geprüft wird, ob die streitige Regelung diskriminierenden Charakter aufweist, müssen wir uns zunächst über die Tragweite der geltend gemachten Diskriminierung verständigen.

Gemäß Artikel 2 Ziffer 2 Buchstabe d der Richtlinie 73/239 gilt diese nicht für Ausfuhrkreditversicherungs*geschäfte* für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Unterstützung. Artikel 1 der Richtlinie 87/343 lautet ebenso. Strenggenommen sind es also die Geschäfte, nicht die sie betreibenden *Personen*, die außerhalb des Geltungsbereichs der harmonisierten Normen verbleiben.

Die Unterscheidung scheint mir jedoch nicht von großer Bedeutung zu sein. Zunächst einmal liegt es auf der Hand, daß Geschäfte für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Unterstützung nur von Einrichtungen und Stellen getätigt werden können, die — wenn auch in unterschiedlicher Form — zum öffentlichen Sektor gehören und sich institutionell mit der Ausfuhrkreditversicherung befassen. Der Ausschluß dieser Geschäfte vom Anwendungsbereich der Richtlinie kommt daher nur den öffentlichen Unternehmen zugute.

Hinzuzufügen ist, daß die in Rede stehenden öffentlichen Unternehmen in bestimmten Mitgliedstaaten — wie gerade im Vereinigten Königreich sowie in Griechenland, Italien und Irland — lediglich *für staatliche Rechnung* tätig werden dürfen, jegliche Tätigkeit *für eigene Rechnung* dagegen ausgeschlossen ist. In diesen Fällen deckt sich daher der von der Richtlinie verfügte Ausschluß der *Geschäfte* schlicht und einfach mit dem Ausschluß der *diese Geschäfte betreibenden Personen*, da diese nur für Rechnung des Staates tätig werden dürfen.

In anderen Ländern ist die Lage nur scheinbar anders. In Belgien führt der öffentliche Unternehmer sämtliche Geschäfte *für eigene Rechnung* durch. Woanders, zum Beispiel in Frankreich, übt der öffentliche Unternehmer einen Teil seiner Tätigkeit *für eigene Rechnung* aus. Wie jedoch aus den Antworten der Kommission auf die Fragen des Gerichtshofes hervorgeht, sind die Vorschriften der Gemeinschaftsrichtlinie auch in diesem Fall nicht anwendbar; allenfalls können — soweit vorgesehen — Vorsichtsregeln Anwendung finden, die in innerstaatlichen Vorschriften niedergelegt sind. Das scheint daran zu liegen, daß die Einrichtungen und Stellen, die auf dem Markt der Auslandskreditversicherung tätig sind, selbst dann in den Genuß einer staatlichen *Garantie* kommen, wenn sie formell *für eigene Rechnung* handeln, da sie — wenn auch nach unterschiedlichen Modalitäten und aufgrund unterschiedlicher Systeme — von der öffentlichen Hand finanziell gedeckt werden (so bestreitet in Frankreich das öffentliche Unternehmen Coface, daß die innerstaatlichen Vorschriften auch bei von dem Unternehmen für eigene Rechnung getätigten Geschäften anwendbar seien, und weist gerade darauf hin, daß in jedem Fall die *Gesamtheit* seiner Verpflichtungen durch die öffentliche Hand garantiert werde). Wollte man ferner annehmen, daß die Richtlinie in Staaten wie Frankreich oder Belgien, in denen der öffentliche Versicherer auch oder ausschließlich *für eigene Rechnung* tätig wird, notwendigerweise auf diese Geschäfte anzuwenden sei, so müßte man hieraus folgern, daß diese Staaten sich seit Jahren rechtswidrig verhalten, da die genannten Geschäfte, wie dargelegt, gegebenenfalls den innerstaatlichen Vorschriften unterliegen, jedoch niemals den Bestimmungen der Richtlinie unterworfen worden sind. Letztlich ist also Artikel 2 Ziffer 2 Buchstabe d der Richtlinie 73/239 in der Fassung der streitigen Richtlinie dahin zu verstehen, daß er den *öffentlichen Sektor* der Ausfuhrkreditversicherung von der Anwendung der für den privaten Sektor vorgesehenen Vorsichtsregeln ausnimmt. Im übrigen stellt die Kommission in Punkt 10 ihrer Klagebeantwortung klar, daß „sie von einer Situation auszugehen hatte, in der die Kontrollbefugnisse der Mitgliedstaaten einschließlich der Vorsichtsregeln auf den *privaten Sektor* anwendbar sein würden, nicht aber auf den *öffentlichen Sektor*"; in Punkt

11 führt sie dann weiter aus, der Rat habe sich wegen der Befürchtungen, die im Kreise seiner Mitglieder zum Ausdruck gekommen seien, entschlossen, „den *öffentlichen Sektor* nicht den gleichen Vorsichtsregeln zu unterwerfen". Ganz ähnlich hat sich das Europäische Parlament in seiner vorerwähnten Entschließung vom 17. Oktober 1980 geäußert.

13. Dies also ist die wirkliche Tragweite der umstrittenen Regelung; von dieser Tragweite ist bei der Prüfung der Frage auszugehen, ob eine rechtswidrige Diskriminierung vorliegt.

Aus Gründen der Klarheit ist es angebracht, die Gliederung der nachfolgenden Untersuchung vorauszuschicken.

In erster Linie ist zu prüfen, ob zwischen den jeweils unterschiedlichen Regelungen unterworfenen Unternehmern ein Wettbewerb besteht, und bejahendenfalls in welchem Umfang.

Steht fest, daß ein Wettbewerb stattfindet, so muß ermittelt werden, ob die den privaten Unternehmern (oder den von ihnen getätigten Geschäften) nachteilige unterschiedliche Behandlung durch objektive Gründe gerechtfertigt ist.

Soweit festzustellen wäre, daß die streitige Regelung objektiv nicht gerechtfertigt (oder aus sonstigen Gründen fehlerhaft) ist, müßte geprüft werden, ob die Voraussetzungen für eine Geltendmachung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft sowie dafür vorliegen, den Klägerinnen den von ihnen geforderten Schadensersatz zu gewähren.

Zum Wettbewerb zwischen privatem und öffentlichem Sektor auf dem Gebiet der Ausfuhrkreditversicherung

14. In einem der Klageschrift beigefügten Sachverständigengutachten behaupten die Klägerinnen, der Wettbewerb zwischen privatem und öffentlichem Sektor sei nur insoweit ausgeschlossen, als es um die Ausfuhrkreditversicherung für langfristige Geschäfte gehe. Dagegen finde ein lebhafter Wettbewerb bei den kurz- und mittelfristigen Handelsrisiken in Verbindung mit den innergemeinschaftlichen Ausfuhren (oder jedenfalls mit den Ausfuhren nach OECD-Ländern) statt. Demgegenüber sei der Wettbewerb unbedeutend, soweit es um politische Risiken oder jedenfalls um Ausfuhren nach Entwicklungsländern gehe. Diese allgemeinen Feststellungen stützen sich auf eingehende Untersuchungen der drei beteiligten Märkte (Vereinigtes Königreich, Frankreich und Belgien), die ich hier nicht wiedergeben werde, um die Erörterungen nicht noch mehr zu belasten.

Die beklagten Organe bestreiten ihrerseits in keiner Weise das Bestehen von Marktsegmenten, in denen ein Wettbewerb zwischen privatem und öffentlichem Sektor stattfindet. Der Gerichtshof hat hierzu eine spezielle Frage gestellt; in ihrer Antwort bekräftigt die Kommission die Richtigkeit der Ausführungen der Klägerinnen.

Sie führt nämlich in Anlage II zu dieser Antwort folgendes aus:

„Von unbedeutenden Ausnahmen abgesehen (so dem ‚Pool de souscription PARIS', der in Frankreich bei politischem Risiko tätig wird), findet ein Wettbewerb zwischen

vom Staat unterstützten Einrichtungen und Privatversicherern im wesentlichen im Bereich der kurzfristigen kommerziellen Risiken statt, die Ausfuhren in die Länder der OECD-Zone. Bisher haben die privaten Unternehmen keine hinreichenden Kapazitäten entwickelt, um ohne staatliche Garantie politische oder langfristige Risiken versichern zu können."

In dem gleichen Schriftstück führt die Kommission aus:

— Was das *Vereinigte Königreich* betreffe, so stehe das öffentliche Unternehmen, die ECGD (Export Credit Guarantee Department; eine unmittelbar dem Staatssekretariat für Handel unterstehende selbständige Regierungsstelle), *mit verschiedenen privaten Unternehmen*, darunter Les Assurances du crédit in Namur, *in Wettbewerb*, was das kurz- und eventuell das mittelfristige kommerzielle Risiko sowie — in unbedeutendem Umfang — das politische Risiko anbelange;

— was *Frankreich* betreffe, so stehe das öffentliche Unternehmen, die Coface (eine mittelbar vom Staat kontrollierte Aktiengesellschaft), *mit den privaten Unternehmen*, darunter Les Assurances du crédit in Namur, *in Wettbewerb*, was die kurzfristigen kommerziellen Risiken angehe (von den Privatunternehmen versichere die PARIS-Gruppe politische Risiken ohne staatliche Garantien);

— was *Belgien* betreffe, so stehe das öffentliche Unternehmen, die OND, bei den kommerziellen Risiken ganz allgemein und seit 1986 bei den politischen Risiken *in Wettbewerb mit den privaten Unternehmen*, darunter Les Assurances du crédit in Namur.

Zu diesen Einzelfeststellungen treten als zusätzliche Bestätigung die Bemerkungen hinzu, die der Wirtschafts- und Sozialausschuß sowie das Europäische Parlament im Zuge der Vorbereitung der Richtlinie 87/343 vorgebracht haben, sowie die Feststellungen der Kommission selbst in einem Memorandum, das dem Vorschlag zur Änderung dieser Richtlinie beigefügt war; diese Äußerungen, auf die ich verweise, habe ich im Rahmen der Schilderung der Entstehungsgeschichte der Richtlinie wiedergegeben.

Aufgrund dieser Tatsachen steht es für mich außer Zweifel (ohne daß es überhaupt notwendig wäre, zu prüfen, ob von einem potentiellen Wettbewerbsverhältnis die Rede sein konnte), daß privater und öffentlicher Sektor hinsichtlich der Geschäfte, die auf den vorgenannten Marktsegmenten getätigt wurden, miteinander in Wettbewerb standen.

Ebenso ist erwiesen, daß die Richtlinie 87/343 die finanziellen Zwänge des privaten Sektors mit der Einführung der Schwankungsrückstellung verstärkt hat; der öffentliche Sektor blieb dagegen weiterhin von der gemeinsamen Regelung ausgeschlossen (mit der praktischen Folge, daß er im wesentlichen keiner vergleichbaren tatsächlichen Belastung ausgesetzt war).

Wir haben es also mit einer Doppelregelung zu tun, die geeignet ist, zu einer unterschiedlichen Behandlung von miteinander in Wettbewerb stehenden Wirtschaftsteilnehmern zu führen. Es ist daher zu prüfen, ob diese Unterschiedlichkeit der geltenden Regelungen objektiv gerechtfertigt ist.

Zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung

15. Die beklagten Organe haben im wesentlichen zwei Gründe vorgetragen, um den Ausschluß des öffentlichen Sektors vom Geltungsbereich der Richtlinie zu rechtfertigen.

Der erste — und zugleich der einzige, von dem in der Begründung der Richtlinie 87/343 die Rede ist (siehe die zweite Begründungserwägung) — ist der, daß der öffentliche Sektor keine Schutzvorschriften zugunsten der Versicherten brauche, da er mit der Garantie und infolgedessen mit der finanziellen Deckung des Staates tätig werde.

Der zweite Grund ist der, daß die Einbeziehung des öffentlichen Sektors in den Geltungsbereich der Richtlinie sich als *schwierig* herausgestellt habe, und zwar sowohl wegen der Unterschiedlichkeit des rechtlichen Status und der finanziellen Strukturen der in den einzelnen Mitgliedstaaten tätigen Einrichtungen als auch wegen der Art der von diesen Einrichtungen ausgeübten Tätigkeit, die häufig außenpolitische Entscheidungen erfordere.

Was das erstgenannte Argument betrifft, so ist jedoch von vornherein eine Klarstellung erforderlich. In der Tat steht fest, daß die Staaten die Ausfuhrkreditversicherung in Zusammenhang mit Risiken finanzieren, die normalerweise von den Privatversicherern nicht gedeckt werden (zum Beispiel das politische Risiko). In diesen Fällen stehen die öffentlichen Einrichtungen jedoch nicht mit den privaten Unternehmen in Wettbewerb, sondern werden ergänzend tätig, indem sie für Dienstleistungen sorgen, die der Markt selbst zu erbringen nicht in der Lage ist.

Ganz anders ist dagegen die Situation in den Bereichen, in denen ein Wettbewerb stattfindet. In diesen Bereichen ist es nämlich äußerst zweifelhaft, ob die Staaten den öffentlichen Unternehmern eine finanzielle Deckung bieten dürfen. Ein solcher Eingriff könnte sich in der Tat als unvereinbar mit den Bestimmungen über die öffentlichen Beihilfen und den Regeln über die Haltung erweisen, die der Staat gegenüber den öffentlichen oder jedenfalls seinem Einfluß unterliegenden Unternehmen einzunehmen hat.

Es trifft zu, daß eine solche Unvereinbarkeit bisher nicht Gegenstand einer Entscheidung der Kommission aufgrund von Artikel 90 oder Artikel 93 EWG-Vertrag war. Ebenfalls trifft aber zu, daß das Gegenteil bisher nicht festgestellt wurde, daß das Europäische Parlament in seiner bereits erwähnten Entschließung, nachdem es ausgeführt hat, daß durch den Ausschluß der für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Garantie getätigten Geschäfte vom Geltungsbereich der Richtlinie „die unterschiedliche Behandlung zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor festgeschrieben wird", hinsichtlich der innergemeinschaftlichen Ausfuhren festgestellt hat, daß „die staatliche Garantie eine unzulässige Hilfe im innergemeinschaftlichen Handel darstellt", und daß schließlich die Kommission in der Beantwortung der ihr vom Gerichtshof gestellten Fragen bestätigt hat, daß die Anwendbarkeit der Artikel 90 und 92 auf die finanziellen Beziehungen zwischen den Staaten und den in Rede stehenden Einrichtungen eine „zur Zeit lebhaft debattierte" Frage sei, und überdies zwar ihre Unschlüssigkeit hinsichtlich der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Artikel 90 Absatz 1 zum Ausdruck gebracht, im übrigen jedoch bestätigt hat, daß die finanziellen Garantien der öffentlichen Hand „für die Anwendung von Artikel 92 erheblich sein können".

Meines Erachtens ist generell auszuschließen, daß eine unterschiedliche Behandlung

von Wirtschaftsteilnehmern durch eine unterschiedliche Lage gerechtfertigt werden kann, wenn diese auf Umstände oder Bedingungen zurückgeht, deren Rechtmäßigkeit keineswegs sicher ist.

Bei genauerem Zusehen berücksichtigt die Richtlinie zwar die Tatsache, daß die betroffenen öffentlichen Einrichtungen mit finanzieller Deckung durch den Staat tätig werden, übergeht aber dafür den Umstand, daß den Privatunternehmen keine entsprechende Deckung zugute kommt. Die Richtlinie schweigt also darüber, daß der finanzielle Eingriff des Staates seinerseits diskriminierender Natur ist und den Wettbewerb insofern verzerrt, als er nur für die öffentlichen Unternehmen bestimmt ist; diese Diskriminierung bedürfte ihrerseits einer Rechtfertigung, wird aber ganz im Gegenteil in keiner Weise objektiv erklärt, und dies, obwohl sie anscheinend dem in Artikel 90 EWG-Vertrag niedergelegten Grundsatz der Gleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen zuwiderläuft.

Es scheint mir mit anderen Worten, daß im vorliegenden Falle schlicht und einfach versucht wird, die eine Diskriminierung zwischen miteinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen durch eine andere Diskriminierung zwischen denselben Unternehmen zu rechtfertigen, für die ihrerseits jedoch keinerlei Rechtfertigungsgründe vorgebracht werden.

Ganz abgesehen von rechtlichen Erwägungen meine ich, daß ein derartiges Ergebnis im Widerspruch zum einfachen gesunden Menschenverstand steht, da es faktisch darauf hinausläuft, eine doppelte Verzerrung zum Nachteil der privaten Versicherer zu rechtfertigen: Diese wären erstens dadurch geschädigt, daß sie gezwungen werden, mit Unternehmen zu konkurrieren, die sich einer finanziellen Deckung durch den Staat erfreuen, und zweitens noch dadurch, daß der Rat sich eben diese Situation zunutze macht, um eine Regelung zu rechtfertigen, die dem privaten, nicht aber dem öffentlichen Sektor die für die Bildung der Rückstellungen erforderlichen Belastungen auferlegt.

16. Vielleicht haben die Beklagten gerade wegen dieser Ungereimtheit im Laufe des Verfahrens immer stärker auf dem zweiten Grund bestanden, der ihnen zufolge für den Ausschluß des öffentlichen Sektors vom Geltungsbereich der Richtlinie maßgebend war.

Sie tragen, kurz gesagt, vor, angesichts der Eigentümlichkeiten der für staatliche Rechnung oder mit staatlicher Garantie tätig werdenden Einrichtungen habe es sich als unmöglich erwiesen, mit Hilfe der Richtlinie 87/343 zum Erlaß einer einheitlichen Regelung zu gelangen.

Auch dieses Vorbringen setzt sich jedoch einer Reihe von Einwendungen aus.

Die beklagten Organe behaupten zunächst, was dem Erlaß einer solchen Regelung entgegengestanden habe, sei die Vielfalt der Status und der finanziellen Strukturen der in den einzelnen Ländern tätigen Unternehmen des öffentlichen Sektors. Die Kommission hat namentlich dargelegt, daß diese Unternehmen in sechs Mitgliedstaaten (Belgien, Dänemark, Italien, Vereinigtes Königreich, Luxemburg und Portugal) in Form einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt errichtet seien, während es sich in fünf anderen Mitgliedstaaten (Spanien, Irland, Frankreich, den Niederlanden und Griechenland) um Gesellschaften des Privatrechts handele und in einem weiteren Mitgliedstaat (der Bundesrepublik Deutschland) schließlich um ein öffentlich- und ein privat-rechtlich gemischtes Konsortium. Außerdem hat die Kommission auch ausgeführt, die in Rede stehenden Einrich-

tungen handelten in bestimmten Fällen für eigene Rechnung.

Die Organe lassen jedoch diesen Angaben keinerlei Ausführungen über die Gründe folgen, aus denen jene jeweiligen Eigentümlichkeiten es gerechtfertigt hätten, den öffentlichen Sektor schlichtweg vom Geltungsbereich der Richtlinie auszuschließen.

Sicherlich gibt es von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Situationen. Aber eine solche Unterschiedlichkeit soll durch eine Harmonisierungsrichtlinie doch gerade beseitigt werden; sie kann daher nicht ipso facto als unüberwindliches Hindernis angesehen werden. Wenn der Rat beschlossen hat, die Harmonisierung auf eine einzige Gruppe von Unternehmen zu beschränken, so mußte er diese Begrenzung — die, wie gesagt, zu einer Wettbewerbsverzerrung führt — daher mit *anderen und besonderen* Schwierigkeiten rechtfertigen, also nicht mit denjenigen, auf die man normalerweise stößt, wenn es sich darum handelt, unterschiedliche innerstaatliche Regelungen zu harmonisieren. Es kann nicht hingenommen werden, daß der Rat die Unterlassung der Einführung einer einheitlichen Regelung lediglich mit der schlichten Behauptung rechtfertigt, ein solches Vorgehen hätte bedeutet, daß in voneinander abweichende Regelungen eingegriffen worden wäre; er hätte vielmehr im einzelnen darlegen müssen, *weshalb* ein solches Eingreifen sich als praktisch unmöglich erwiesen habe.

Das ist jedoch noch nicht alles. Es ist nämlich darauf hinzuweisen, daß die Kommission selbst in tempore non suspecto die Auffassung vertreten hatte, nicht nur sei eine einheitliche Regelung notwendig, um Neutralität und Transparenz des Wettbewerbs zu sichern, sondern die Erstreckung der harmonisierten Regelung auf den öffentlichen Sektor sei auch *durchführbar* (siehe das oben zitierte Memorandum). Entsprechende Schlußfolgerungen waren im übrigen — wie schon mehrfach erwähnt — bereits vom Europäischen Parlament und vom Wirtschafts- und Sozialausschuß formuliert worden. Dies scheint mir kategorisch die Ansicht zu widerlegen, der Einführung einer einheitlichen Regelung für alle betroffenen Unternehmen hätten tatsächliche, sei es auch nur technische, Schwierigkeiten entgegengestanden.

Bei dieser Sachlage läßt sich meines Erachtens nicht behaupten, Gründe, die in der Struktur oder dem Status der Einrichtungen des öffentlichen Sektors lägen, gestatteten es, diese von der Anwendung der Richtlinie auszunehmen. Auch wenn man im übrigen einräumt, daß die Einführung einer einheitlichen Regelung auf technische Schwierigkeiten gestoßen wäre, so könnten diese — jedenfalls nicht unüberwindbaren — Schwierigkeiten keinesfalls die unbefristete Verlängerung einer diskriminierenden Regelung rechtfertigen.

Was die Bemerkung angeht, die öffentlichen Einrichtungen hätten bei ihren Entscheidungen außenpolitische Überlegungen zu berücksichtigen, so genügt der Hinweis, daß solche Bewertungen auf denjenigen Teilen des Marktes vorgenommen werden, auf denen die privaten Unternehmen nicht tätig werden (langfristige und politische Risiken), so daß dort kein Wettbewerb besteht. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Erlaß einer einheitlichen Regelung für andere Bereiche, in denen ein Wettbewerb stattfindet und politische Überlegungen nur geringe oder gar keine Rolle spielen, nicht möglich und notwendig wäre.

Im Ergebnis bin ich der Meinung, daß die Richtlinie 87/343 insofern diskriminierenden Charakter aufweist, als sie den öffentlichen Sektor der Ausfuhrkreditversicherung unbefristet vom Anwendungsbereich der gemeinsamen Vorsichtsregeln ausschließt. Soweit die festgestellte Diskriminierung ihren

Ausdruck in einem Nachteil findet, den der private Sektor im Vergleich zum öffentlichen Sektor erleidet, bin ich überdies der Auffassung, daß vorliegend auch eine Verletzung von Artikel 90 Absatz 1 EWG-Vertrag gegeben ist, der den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz dahingehend näher entwickelt, daß er die Mitgliedstaaten sowie die Gemeinschaftsorgane verpflichtet, private und öffentliche Unternehmen gleichzubehandeln.

Andere Gründe für die Rechtswidrigkeit der streitigen Richtlinie

17. Angesichts des Ergebnisses, zu dem ich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes gelangt bin, kann ich mich, was die anderen von den Klägerinnen vorgebrachten Rechtswidrigkeitsgründe betrifft, auf einige sehr kurze Bemerkungen beschränken. Dies gilt um so mehr, als aus den Akten klar hervorgeht, daß die wesentliche der Klage zugrunde liegende Kritik diejenige ist, die sich auf den diskriminierenden Charakter der Richtlinie bezieht, während die übrigen Beanstandungen entweder nur knapp ausgeführt werden oder sich letztlich mit dem Vorbringen zur Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes decken.

Was die Verletzung der Artikel 90 Absatz 1 und 52 EWG-Vertrag betrifft, so machen die Klägerinnen geltend, die Diskriminierung des privaten Sektors wirke sich nachteilig auf die Niederlassungsfreiheit der privaten Versicherungsgesellschaften aus. Ohne daß es jedoch nötig wäre, der Frage nachzugehen, ob vorliegend eine Verletzung von Artikel 52 denkbar ist, genügt meiner Meinung nach der Hinweis darauf, daß diese Kritik ihre notwendige Voraussetzung jedenfalls in der Bejahung des diskriminierenden Charakters der streitigen Richtlinie findet, so daß sich der Gerichtshof, wenn er sich über den Schadensersatzanspruch ausspricht, ohne weiteres auf die Feststellung der behaupteten Diskriminierung beschränken kann, ohne sich anschließend nach den Auswirkungen dieser Diskriminierung auf das Niederlassungsrecht im Hinblick auf die in Rede stehenden Tätigkeiten fragen zu müssen.

Weiterhin machen die Klägerinnen geltend, die den öffentlichen Versicherern vom Staat gewährte Garantie sei eine Beihilfe im Sinne von Artikel 92. Ich habe bereits ausgeführt, daß mir die Vereinbarkeit der staatlichen Garantie mit der Beihilferegelung des Gemeinschaftsrechts höchst zweifelhaft erscheint. Dies führt jedoch zu der Überlegung, daß die beanstandete Diskriminierung objektiv nicht gerechtfertigt sein mag, für sich allein die Richtlinie aber noch nicht fehlerhaft macht. Die Frage nach der Zulässigkeit der Beihilfe als solche muß jedenfalls in dem hierfür vorgesehenen Verfahren geprüft werden.

Was ferner das etwaige Vorliegen eines Ermessensmißbrauchs anbelangt, der darin liegen soll, daß die von der Richtlinie 87/343 eingeführten zusätzlichen Garantien nicht auf Erfordernisse des Schutzes Dritter, sondern ausschließlich auf den politischen Druck eines Mitgliedstaats zurückzuführen seien, so genügt der Hinweis, daß es sich um eine bloße Behauptung handelt, die durch keinerlei Beweise belegt wird und daher zurückzuweisen ist.

Was schließlich den Vorwurf betrifft, die Gemeinschaftsorgane hätten sich in rechtswidriger Weise untätig verhalten, indem sie es unterlassen hätten, vor Ablauf der in der Richtlinie 73/239 festgelegten Vierjahresfrist eine einheitliche Regelung für beide Sektoren zu treffen, so genügt der Hinweis, daß diese Frist Programmcharakter hat und somit den Organen keine Pflicht zum Tätigwerden auferlegt. Übrigens räumen die Klägerinnen dies im Ergebnis selbst ein, da sie in der Erwiderung ihr Vorbringen zu diesem Punkt dahin abändern, die Organe hätten sich insofern rechtswidrig verhalten, als

sie auch nach Ablauf der Vierjahresfrist keinerlei Maßnahmen getroffen hätten, um einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ein Ende zu setzen. Immerhin haben die Organe dadurch, daß sie tatsächlich einen Rechtsakt, nämlich die Richtlinie 87/343, erlassen haben, ihre Untätigkeit beendet, auch wenn dieser Akt einen anderen Inhalt hat als den von den Klägerinnen gewünschten. Von diesem Zeitpunkt an muß die gerügte Ungleichbehandlung einzig und allein auf die Richtlinie zurückgeführt werden, die die für die beiden Sektoren geltenden unterschiedlichen Regelungen positiv bekräftigt, nicht dagegen auf die Untätigkeit, die in der Unterlassung einheitlicher Regelungen bestanden hatte. Die Rüge der angeblichen Untätigkeit der Organe fällt also mit dem bereits geprüften Vorwurf zusammen, die Richtlinie 87/343 habe diskriminierenden Charakter, und wird durch ihn absorbiert.

Zur Haftung der Gemeinschaft

18. Seit seinem Urteil vom 2. Dezember 1971 in der Rechtssache 5/71 (Zuckerfabrik Schöppenstedt/Rat, Slg. 1971, 975, Randnr. 11) hat der Gerichtshof entschieden, daß „die Haftung der Gemeinschaft für eine Rechtsvorschrift, deren Erlaß wirtschaftspolitische Entscheidungen voraussetzt, nur durch eine hinreichend qualifizierte Verletzung einer höherrangigen, die einzelnen schützenden Rechtsnorm ausgelöst werden [kann]". [8]

Im vorliegenden Fall kann aber kein Zweifel am Rechtsnormcharakter der Richtlinie 87/343 bestehen, eine Rechtshandlung, die die von der Richtlinie 73/239 eingeführte Regelung vervollständigt und sie somit in die Gemeinschaftsregelung über die Voraussetzungen für den Zugang zum Markt der Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung sowie über die Ausübung dieser Tätigkeit einfügt.

Zu bemerken ist jedoch, daß das Ermessen, über das der Gemeinschaftsgesetzgeber bei der näheren Bestimmung des Anwendungsbereichs dieser Regelung verfügt, seine unübersteigbare Grenze in dem unabdingbaren Erfordernis der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung findet, eines Grundsatzes, dem man — wie sich aus dem vorstehend zitierten Urteil in der Rechtssache HNL ergibt — den Charakter einer „höherrangigen, die einzelnen schützenden Rechtsnorm" zuerkennen muß.

Vorliegend hat sich aber erwiesen, erstens daß der Gleichheitsgrundsatz verletzt wurde, zweitens daß diese Verletzung einen besonders offensichtlichen Charakter hat. In der Tat hat der Rat, indem er durch seine Richtlinie 87/343 den Ausschluß des öffentlichen Sektors von der harmonisierten Regelung ohne zeitliche Begrenzung verlängert hat, sich vollständig über die Meinungsäußerungen der übrigen Organe hinweggesetzt, die übereinstimmend die *Notwendigkeit*, dem Zustand der Doppelregelung wegen des diskriminierenden Charakters und der von ihm verursachten Wettbewerbsverzerrungen ein Ende zu setzen, und die *rechtstechnische Möglichkeit* betont hatten, dieses Ergebnis einfach dadurch zu erreichen, daß die bereits für den privaten Sektor geltenden Vorsichtsregeln auf den öffentlichen Sektor erstreckt würden. Diese Meinungsäußerungen standen übrigens in vollem Einklang mit den bereits in der Richtlinie von 1973 niedergelegten Bestimmungen, die die Doppelregelung als lediglich vorübergehend angesehen und ihre Beseitigung innerhalb von vier Jahren verfügt hatten.

8 — Vergleiche Urteile vom 25. Mai 1978 in den verbundenen Rechtssachen 83/76 und 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77 (HNL, Slg. 1978, 1209); vom 4. Oktober 1979 in der Rechtssache 238/78 (Ireks-Arkady, Slg. 1979, 2955), den verbundenen Rechtssachen 241/78, 242/78, 245/78 bis 250/78 (DGV, Slg. 1979, 3017) und den verbundenen Rechtssachen 261/78 und 262/78 (Interquell-Chemie, Slg. 1979, 3045); vom 5. Dezember 1979 in den verbundenen Rechtssachen 116/77 und 124/77 (Amylum, Slg. 1979, 3497); vom 17. Dezember 1981 in den verbundenen Rechtssachen 197/80 bis 200/80, 243/80, 245/80 und 247/80 (Ludwigshafener Walzmühle, Slg. 1981, 3211); vom 6. Dezember 1984 in der Rechtssache 59/83 (Biovilac, Slg. 1984, 4057); vom 19. September 1985 in den verbundenen Rechtssachen 194/83 bis 206/83 (Asteris, Slg. 1985, 2815); vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 20/88 (Roquette Frères, Slg. 1989, 1553); vom 26. Juni 1990 in der Rechtssache C-152/88 (Sofrimport, Slg. 1990, I-2477).

Es trifft zu, daß man dieser Frist keinen zwingenden Charakter beimessen kann; es trifft aber ebenfalls zu, daß sie deswegen nicht völlig bedeutungslos ist: Mindestens belegt sie, daß der Rat sich bereits 1973 der Gefahr der Wettbewerbsverzerrung bewußt war, die sich aus dem Fehlen einer einheitlichen Regelung ergab, und es deswegen für notwendig erachtet hatte, sich eine kurze Frist für die Vornahme der erforderlichen Koordinierung der Rechtsnormen zu setzen.

Es verdient aber, hervorgehoben zu werden, daß der Rat zehn Jahre nach Ablauf dieser Frist davon abgesehen hat, irgendeine — sei es auch nur partielle und schrittweise — Koordinierung auf diesem Gebiet in Angriff zu nehmen, und sich darauf beschränkt hat, den Ausschluß des öffentlichen Sektors von der Geltung der gemeinsamen Regelung schlicht und einfach — und zum Überfluß noch auf unbestimmte Dauer — zu verlängern.

Ich bin daher der Meinung, daß der Rat eine Regelung diskriminierenden Charakters, die bereits viel zu lange angedauert hat, willkürlich auf unbestimmte Zeit verlängert und hierdurch „die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat" (Urteil HNL, a. a. O., Randnr. 6).

Wie ferner zu bemerken ist, erscheint es im vorliegenden Fall ausgeschlossen, daß der durch die Diskriminierung entstandene Schaden Auswirkungen auf „sehr große Gruppen von Marktteilnehmern" hat (Urteil HNL, Randnr. 7); er betrifft vielmehr eine zahlenmäßig beschränkte und klar abgegrenzte Gruppe von Unternehmen.

Schließlich ist meines Erachtens der Umstand, daß der private Sektor einer Regelung unterworfen wurde, die ihm drückende finanzielle Garantieleistungen auferlegt, während sein Hauptkonkurrent von diesen Belastungen freigestellt wurde, jedenfalls als ein Schaden anzusehen, der „den Umfang der wirtschaftlichen Risiken, die der Tätigkeit auf den betroffenen [Sektoren] innewohnen", überschreitet (a. a. O.).

Abschließend meine ich, daß zum einen keine im allgemeinen Interesse liegenden Gründe gegeben sind, die die Entscheidung des Rates rechtfertigen könnten, die Doppelregelung der Ausfuhrkreditversicherung auf unabsehbare Zeit beizubehalten, und daß zum anderen diese unterschiedliche Behandlung private Interessen beeinträchtigt, die nicht nur vom wirtschaftlichen Standpunkt bedeutend, sondern auch kraft grundlegender Normen des Gemeinsamen Marktes schutzwürdig sind.

Die streitige Richtlinie enthält daher eine „hinreichend qualifizierte Verletzung einer höherrangigen, die einzelnen schützenden Rechtsnorm" und kann somit die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auslösen.

Zum Schaden

19. Wie aus dem der Klageschrift beigefügten Sachverständigengutachten hervorgeht, fordern die Klägerinnen ausdrücklich den Ersatz des durch das Inkrafttreten der Richtlinie 87/343 entstandenen Schadens, das heißt desjenigen Schadens, der dadurch verursacht wurde, daß die in Artikel 1 dieser Richtlinie genannte Schwankungsrückstellung lediglich von den privaten, also nicht von den öffentlichen Unternehmen zu bilden ist.

Der Schadensersatzanspruch ist auf die Überlegung gestützt, daß die privaten Unternehmen, eben weil sie in Wettbewerb mit den öffentlichen Unternehmen stehen, nicht in der Lage sind, die durch Bildung und

Verwaltung der Rückstellung entstehende Belastung auf die Prämien, also auf die Kunden, abzuwälzen. Hieraus folgt, daß diese Unternehmen gezwungen sind, die Belastung in vollem Umfang zu tragen, was infolgedessen zu einer Minderung der Erträge des investierten Kapitals führt.

Natürlich handelt es sich um Überlegungen, die in weitem Umfang auf Vermutungen angewiesen sind; sie beruhen jedoch auf einer durchaus glaubhaften Unterstellung, nämlich der Unmöglichkeit der Abwälzung, da der Beweis dafür erbracht wurde, daß beide Gruppen von Unternehmen miteinander in Wettbewerb stehen; die beklagten Organe haben im übrigen dieses Argument nicht mittels irgendeines Beweisantritts bestritten.

Ich bin daher der Ansicht, daß die Klägerinnen das Vorliegen eines durch das Inkrafttreten der streitigen Richtlinie verursachten wirtschaftlichen Schadens nachgewiesen haben. Was dessen Umfang betrifft, so scheint es mir angebracht, daß der Gerichtshof die Parteien auffordert, sich über den Betrag des Schadens innerhalb einer bestimmten Frist zu verständigen, nach deren Ablauf der Gerichtshof eine Entscheidung zu treffen haben wird.

Ergebnis

20. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

— die Klage als unzulässig abzuweisen;

falls er jedoch die Schadensersatzklage für zulässig hält,

— die Haftung der Gemeinschaft für den durch das Inkrafttreten der Richtlinie 87/343 verursachten Schaden festzustellen und wegen der Bemessung dieses Schadens auf eine Einigung zwischen den Parteien oder, falls sie nicht zustande kommt, auf eine spätere Entscheidung des Gerichtshofes zu verweisen.