# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
## vom 28. November 1995 *


Die Sachverhalte, die nationalen Regelungen und die Vorabentscheidungsfragen .... I - 1067

a) Rechtssache C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1068

b) Rechtssache C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1070

Abgrenzung des Problems und Schema der Schlußanträge ..... I - 1074

I — Zum Grundsatz der Staatshaftung im Gemeinschaftsrecht: Grundlage und Tragweite ..... I - 1076

a) Die Bejahung der Entschädigungspflicht der säumigen Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung des Gerichtshofes: das Urteil Francovich und seine Vorläufer ..... I - 1078

b) Der „gemeinschaftliche" Grundsatz der Haftung: nur ein Mittel, um eine Lücke im Rechtsschutz zu füllen, oder ein Grundsatz von weitergehender Bedeutung? ..... I - 1082

c) Die Entschädigungspflicht des Staates für Handlungen des Gesetzgebers .... I - 1088

II — Zu den Voraussetzungen für die Entschädigungspflicht des Staates ..... I - 1095

1. Die Lösung des Urteils Francovich ..... I - 1097

2. Die Rechtsprechung zu Artikel 215 Absatz 2 ..... I - 1100

3. Die „gemeinschaftlichen" Kriterien für die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen ..... I - 1104

a) Die schadensverursachende Handlung: Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften ..... I -1105

— Offenkundiger und qualifizierter Charakter des Verstoßes ..... I - 1106

— Das Verschulden: ein unbedingt notwendiger Faktor? ..... I - 1111

b) Das Vorliegen des Schadens ..... I - 1114


* Originalsprache: Italienisch.

c) Der Kausalzusammenhang ..... I - 1116

— Das Verhalten des Geschädigten ..... I - 1117

— Schadensersatzforderungen und verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe: Selbständigkeit oder Subsidiarität? ..... I - 1117

4. Die übrigen Voraussetzungen ..... I - 1120

5. Der Zeitpunkt, in dem die Entschädigungspflicht entsteht ..... I - 1123

III — Die Antworten auf die Fragen der vorlegenden Gerichte ..... I - 1124

a) Rechtssache C-46/93 (Brasserie du pêcheur) ..... I - 1124

b) Rechtssache C-48/93 (Factortame III) ..... I - 1126

Ergebnis ..... I - 1128

1. Die Frage der Staatshaftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und der daraus folgenden Entschädigungspflicht zugunsten einzelner, die auch Gegenstand des bekannten Urteils Francovich [1] war, ruft weiterhin großes Interesse hervor. Das betreffende Urteil hat allerdings nicht alle Gesichtspunkte geklärt; viele Fragen, auch zu bedeutenden Gesichtspunkten, sind weiterhin offen.

Aufgrund der vom Bundesgerichtshof (Rechtssache C-46/93) und vom High Court of Justice (Rechtssache C-48/93) vorgelegten Fragen, die erneut die Frage in bezug auf — in früheren Entscheidungen des Gerichtshofes bereits festgestellte — Verstöße gegen Vorschriften des Vertrages aufwerfen, besteht somit die Gelegenheit, wenn auch nicht alle verbliebenen Probleme der komplexen Frage zu lösen, so doch zumindest weitere Klarstellungen in dieser Hinsicht vorzunehmen, insbesondere bezüglich des Bestehens der Staatshaftung in verschiedenen Fällen der Nichtumsetzung von Richtlinien und bezüglich der *gemeinschaftsrechtlichen* Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs einzelner.

Die Überlegungen, die der Gerichtshof anzustellen hat, betreffen auch einige bedeutende institutionelle Gesichtspunkte, insbesondere das Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und den nationalen Rechtsordnungen. Es handelt sich daher um ein Gebiet, auf dem das ordnungsgemäße Funktionieren der Gemeinschaftsrechtsordnung insgesamt betrachtet beurteilt wird.

## Die Sachverhalte, die nationalen Regelungen und die Vorabentscheidungsfragen

2. Für eine detaillierte Darstellung des rechtlichen Rahmens und der Sachverhalte, auf die

1 — Urteil vom 19.November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Slg. 1991, I-5357).

das vorliegende Verfahren zurückgeht, verweise ich auf den Sitzungsbericht; ich beschränke mich darauf, die Punkte anzuführen, die für unsere Zwecke mehr von unmittelbarer Bedeutung sind.

a) *Rechtssache C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

3. Die Brasserie du pêcheur SA, eine französische Brauerei mit Sitz in Schiltigheim (Elsaß), trägt vor, sie habe Ende 1981 die Ausfuhren von Bier nach Deutschland einstellen müssen, weil das von ihr hergestellte Bier nicht dem Reinheitsgebot der §§ 9 und 10 des Biersteuergesetzes [2] (BierStG) entsprochen habe. Genauer waren es, wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, die von deutschen Behörden fortwährend bei den Einzelhändlern durchgeführten Kontrollen und die nachfolgenden Beanstandungen des betreffenden Bieres als nicht den Vorschriften entsprechend, die bewirkten, daß der deutsche Alleinimporteur der Brasserie die Verlängerung des Vertriebsvertrags ablehnte.

Nach dem Urteil vom 12. März 1987 [3], in dem der Gerichtshof das Verbot des Inverkehrbringens von aus anderen Mitgliedstaaten eingeführtem, nicht dem BierStG entsprechendem Bier für unvereinbar mit Artikel 30 des Vertrages erklärt hatte, verklagte die Brasserie du pêcheur die Bundesrepublik Deutschland auf Ersatz des ihr durch diese Einfuhrbeschränkung in den Jahren 1981 bis 1987 entstandenen Schadens in Höhe eines Teilbetrags von 1 800 000 DM. Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab. Mit der Revision beim Bundesgerichtshof verfolgte die Brasserie du pêcheur ihren Anspruch weiter.

4. Der Bundesgerichtshof sieht in dem in Rede stehenden Verstoß ein Unterlassen des Gesetzgebers, der das BierStG nicht an das Gemeinschaftsrecht angepaßt habe, und weist darauf hin, daß sich der Ersatz der Schäden in Deutschland nach § 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in Verbindung mit Artikel 34 des Grundgesetzes richte. Dessen Artikel 34 Satz 1 lautet: „Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht." Nach § 839 Absatz 1 BGB hat dagegen, wenn ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, dieser den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt ihm nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

2 — Gesetz vom 14. März 1952 (BGBl. I S. 149) in der Fassung vom 14. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3341). Es sei kurz darauf hingewiesen, daß nach § 10 die Bezeichnung „Bier" den Bieren vorbehalten ist, die nach dem Reinheitsgebot, dessen Anforderungen in § 9 BStG abschließend aufgezählt sind, gebraut werden.

3 — Rechtssache 178/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1987, 1227).

Außer vom hoheitlichen Handeln und von der Amtspflichtverletzung ist die Anwendung der fraglichen Regelung somit von der weiteren Voraussetzung der Drittbezogenheit der verletzten Amtspflicht abhängig, was zur Folge hat, daß der Staat nur für die Verletzung derjenigen Amtspflichten haftet, die ausdrücklich drittgerichtet sind, also den Schutz eines Rechtes Dritter bezwecken. Gerade dieses letztgenannte Erfordernis liegt aber normalerweise nicht vor, wenn es sich um legislatives Unrecht handelt, was vorliegend der Fall ist [4]. Denn wie das vorlegende Gericht ausführt, hat der Gesetzgeber mit dem BierStG Verpflichtungen aufgestellt, die die Allgemeinheit und nicht bestimmte Personen oder Personenkreise betreffen, die als Dritte im Sinne der genannten Vorschriften angesehen werden könnten [5].

Sodann weist das vorlegende Gericht darauf hin, daß ebensowenig eine Staatshaftung unter dem Gesichtspunkt des enteignungsgleichen Eingriffs, eines in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entwickelten Grundsatzes [6], in Betracht komme. Dies folge daraus, daß der betreffende Grundsatz nach dieser Rechtsprechung nicht den Ausgleich von Nachteilen erlaube, die sich aus verfassungswidrigen Gesetzen ergäben, womit der Ausgleich von Nachteilen, die sich aus einem Verstoß gegen eine gemeinschaftliche Verpflichtung ergäben, vergleichbar sei. Außerdem habe im vorliegenden Fall ein Eingriff in eine eigentumsmäßig geschützte Rechtsposition der Klägerin auch tatbestandlich nicht vorgelegen.

5. Da das deutsche Recht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs für die Schadensersatzforderung keine Anspruchsgrundlage bietet, hat er den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht, um klären zu lassen, ob der dem bereits genannten Urteil Francovich zu entnehmende Grundsatz der Staatshaftung für Schäden, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind, auf den bei ihm anhängigen Fall anwendbar ist. Genauer stellt der Bundesgerichtshof dem Gerichtshof folgende Fragen:

1) Gilt der Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, daß die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind, auch dann, wenn ein solcher Verstoß darin besteht, daß ein formelles innerstaatliches Parlamentsgesetz nicht an die höherrangigen Normen des Gemeinschaftsrechts angepaßt wird (hier: Nichtanpassung der

4 — Für legislatives Unrecht gilt nämlich dieselbe Regelung wie für die Amtshaftung. Gerade deshalb wird die Ersatzfähigkeit von Schäden, die auf legislativem Unrecht beruhen — eine in Deutschland immer noch sehr umstrittene Frage —, einhellig bejaht, wenn es sich um Einzelfallgesetze oder um einen Rechtsetzungsakt wie einen Bebauungsplan handelt.

5 — Das sich daraus ergebende Bild unterscheidet sich aber nicht wesentlich von dem — angeblich nur für das italienische System typischen —, das sich in bezug auf die Unterscheidung zwischen subjektivem Recht und berechtigtem Interesse darstellt.

6 — Vgl. BGHZ 90, 17, 29 ff.

§§ 9 und 10 des deutschen Biersteuergesetzes an Artikel 30 EWG-Vertrag)?

2) Kann durch die nationale Rechtsordnung bestimmt werden, daß ein etwaiger Entschädigungsanspruch den gleichen Beschränkungen unterliegt wie bei einem Verstoß eines innerstaatlichen Gesetzes gegen höherrangiges innerstaatliches Recht, beispielsweise einem Verstoß eines einfachen deutschen Bundesgesetzes gegen das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland?

3) Kann die nationale Rechtsordnung einen Entschädigungsanspruch davon abhängig machen, daß die für die Nichtanpassung verantwortlichen staatlichen Amtsträger ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft?

4) Falls die Frage 1 zu bejahen und die Frage 2 zu verneinen ist:

a) Kann die Entschädigungspflicht nach Maßgabe der nationalen Rechtsordnung auf den Ersatz von Schäden an bestimmten individuellen Rechtsgütern, beispielsweise dem Eigentum, beschränkt werden, oder gebietet sie einen umfassenden Schadensausgleich für sämtliche Vermögenseinbußen, einschließlich des entgangenen Gewinns?

b) Gebietet die Entschädigungspflicht auch die Wiedergutmachung von solchen Schäden, die bereits entstanden waren, bevor durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 12. März 1987 (Rechtssache 178/84) festgestellt worden war, daß § 10 des deutschen Biersteuergesetzes gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht verstieß?

b) *Rechtssache C-48/93 (Factortame III)*

6. Die Klage auf Ersatz der aus der Anwendung des Merchant Shipping Act 1988 (Seehandelsgesetz von 1988) folgenden Schäden, die von den 97 Klägern im Ausgangsverfahren erhoben wurde, stellt die Fortsetzung des bekannten Falles Factortame dar; ich beschränke mich daher darauf, die wesentlichen Stationen wiederzugeben.

Zunächst erinnere ich daran, daß das fragliche Gesetz die Errichtung eines neuen Schiffsregisters für alle britischen Fischereifahrzeuge und damit auch für die bereits im vorherigen Register eingetragenen vorsah. Insbesondere schrieb die Neuregelung der Registrierung, die vom 1. April 1989 an

verbindlich war, strengere Voraussetzungen in bezug auf Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsort und Domizil der juristischen und natürlichen Personen vor, in deren Eigentum das Schiff tatsächlich stand. Bei Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen konnten die betreffenden Fischereifahrzeuge nicht in das neue Register eingetragen werden, und es war ihnen demzufolge nicht gestattet, unter der Flagge des Vereinigten Königreichs Fischerei zu betreiben.

Die Neuregelung der Registrierung wurde vor dem Divisional Court angefochten, der mit Beschluß vom 10. März 1989 die Anwendung der Neuregelung im Wege der einstweiligen Anordnung aussetzte; die einstweilige Anordnung wurde sodann vom Court of Appeal aufgehoben [7]. Unmittelbar danach legte der Divisional Court ein Vorabentscheidungsersuchen zu den von den Klägern aufgeworfenen gemeinschaftsrechtlichen Fragen vor, über die der Gerichtshof mit Urteil vom 25. Juli 1991 entschieden hat [8]. Dabei hat er ausgeführt, daß die Erfordernisse in bezug auf Staatsangehörigkeit, Aufenthaltsort und Domizil der Eigentümer von Fischereifahrzeugen, wie sie nach der Neuregelung der Registrierung im Vereinigten Königreich vorgesehen waren, mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere Artikel 52 EWG-Vertrag, unvereinbar seien.

7 — Der Vollständigkeit halber sei insoweit erwähnt, daß das House of Lords, nachdem die Kläger Rechtsmittel eingelegt hatten, dem Gerichtshof durch Urteil vom 18. Mai 1989 zwei Vorabentscheidungsfragen vorlegte, die das Bestehen und den Umfang der Befugnis der nationalen Gerichte zum Erlaß einstweiliger Anordnungen in Fällen, in denen es um vom Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte geht, betrafen. Im Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Factortame I, Slg. 1990, 2433) hat der Gerichtshof entschieden: „Das Gemeinschaftsrecht ist dahin auszulegen, daß ein nationales Gericht, das in einem bei ihm anhängigen, das Gemeinschaftsrecht betreffenden Rechtsstreit zu der Auffassung gelangt, dem Erlaß einstweiliger Anordnungen stehe nur eine Vorschrift des nationalen Rechts entgegen, diese Vorschrift nicht anwenden darf." Demzufolge bestätigte das House of Lords am 11. Oktober 1990 die einstweilige Anordnung des Divisional Court bis zur Entscheidung über die Begründetheit der Klage.

8 — Rechtssache C-221/89 (Factortame II, Slg. 1991, I-3905).

Inzwischen hatte die Kommission unter Berufung auf die Unvereinbarkeit eben dieses Gesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht, jedoch beschränkt auf den Gesichtspunkt der Staatsangehörigkeit, eine Klage nach Artikel 169 gegen das Vereinigte Königreich erhoben. Außerdem hatte die Kommission die vorläufige Aussetzung der Anwendung des Gesetzes im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt; diesem Antrag gab der Gerichtshof mit Beschluß vom 10. Oktober 1989 statt [9]. Im Anschluß an diese einstweilige Anordnung nahm das Vereinigte Königreich eine teilweise Änderung des betreffenden Gesetzes mit Wirkung vom 2. November 1989 vor. Mit Urteil vom 4. Oktober 1991 [10] hat der Gerichtshof sodann entschieden, daß das Vereinigte Königreich gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 7, 52 und 221 EWG-Vertrag verstoßen hat, indem es die genannten Staatsangehörigkeitserfordernisse für die Eigentümer der Fischereifahrzeuge aufgestellt hat.

Bereits am 2. Oktober 1991 hatte der Divisional Court in Durchführung des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache C-221/89 (Factortame II) einen Beschluß erlassen, in dem die Registrierung der Fischereifahrzeuge von 79 Klägern angeordnet wurde und diese Kläger aufgefordert wurden, ihren jeweiligen Schadensersatzanspruch gegen den Secretary of State for Transport zu präzisieren. Mit Beschluß vom 18. November 1992 gestattete der Divisional Court sodann verschiedenen Gesellschaften und anderen Rechtssubjekten, sich am Verfahren zu beteiligen und/oder Schadensersatzanträge zu stellen; außerdem gestattete er es Rawlings (der 37. Klägerin), ihren Klageantrag zu ändern und um einen Antrag auf Schadensersatz „mit Strafzweck" für verfassungswidriges Verhalten der öffentlichen

9 — Rechtssache 246/89 R (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1989, 3125).

10 — Rechtssache C-246/89 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1991, I-4585).

Gewalt (*exemplary damages for unconstitutional behaviour*) zu erweitern.

Der von den Klägern beantragte Schadensersatz wird auf verschiedene Rechtsansprüche gestützt, die insbesondere die Unkosten und den entgangenen Gewinn vom Inkrafttreten der beanstandeten Neuregelung (1. April 1989) bis zu dem Zeitpunkt, in dem sie die Fischerei wiederaufnehmen konnten [11], umfassen.

7. Im englischen Recht ist die vermögensmäßige Haftung des Staates in der Rechtsprechung anerkannt. Im einzelnen kommen die gleichen Deliktstatbestände (die einzelnen *torts*), die für die zivilrechtliche Haftung vorgesehen sind, zur Anwendung, soweit sie durch Verhaltensweisen der öffentlichen Verwaltung verwirklicht werden können.

Zunächst kann Schadensersatz verlangt werden, wenn der Schaden durch eine fahrlässige Verletzung (*tort of negligence*) in Ausübung der Verwaltungstätigkeit, auch normativer Art [12], verursacht wurde. Da Voraussetzung dafür jedoch das Bestehen einer „Sorgfaltspflicht" (*duty of care*) seitens der öffentlichen Verwaltung ist und in der einschlägigen Rechtsprechung das Vorliegen dieser Voraussetzung im Falle rein wirtschaftlicher Schäden verneint wird [13], wodurch die Ersatzfähigkeit dieser Schadensart ausgeschlossen wird, ergibt sich, daß ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht nur schwer zur Haftung führen kann. Begriff und Umfang der Sorgfaltspflicht sind gegenwärtig in der Rechtsprechung des Vereinigten Königreichs Gegenstand genauer Überlegung [14].

Sodann kann die Haftung der öffentlichen Verwaltung geltend gemacht werden, wenn ein Verstoß gegen eine gesetzliche Verpflichtung vorliegt (*breach of statutory duty*). In diesem Fall verringert sich jedoch die tatsächliche Möglichkeit, Schadensersatz zu erhalten, beträchtlich, da die herrschende Meinung dahin geht, daß die Möglichkeit, unmittelbar verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe einzulegen, um die Einhaltung des Gesetzes zu gewährleisten, die Schadensersatzklage ausschließt [15]. Zwar ist die Entschädigungspflicht für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht gerade in diesem Rahmen bejaht worden, aber nur, wenn es sich um „privatrechtliche Klagen" handelt [16].

11 — Das vorlegende Gericht nimmt zwar nur auf den 2. November 1989 Bezug, den Tag der teilweisen Aufhebung der fraglichen Regelung, doch ist insoweit darauf hinzuweisen, daß diese Aufhebung entsprechend dem Beschluß des Gerichtshofes in der Rechtssache 246/89 R nur die unter dem Gesichtspunkt der Staatsangehörigkeit diskriminierenden Vorschriften betraf. Dies bedeutet, wie die Kläger in den von ihnen im vorliegenden Verfahren eingereichten schriftlichen Erklärungen ausgeführt haben, daß die fragliche Regelung hinsichtlich der anderen für diskriminierend erklärten Erfordernisse (Aufenthaltsort, Domizil), die Gegenstand der Rechtssache C-221/89 (Factortame II) waren, ihre schädigenden Wirkungen erst am 11. Oktober 1990 verlor, als das House of Lords gemäß dem Urteil des Gerichtshofes vom 19. Juni 1990 (Factortame I) die beantragte einstweilige Anordnung bestätigte. Siehe hierzu Fußnote 7.

12 — Vgl. z. B. Urteil Wallace Edward Rowling, 1988, 2 W. L. R., S. 473.

13 — Die Sorgfaltspflicht wird auf bestimmte Fallgruppen beschränkt, so daß nicht jede fahrlässige Schädigungshandlung eine Haftung auslöst. In der älteren Rechtsprechung gibt es jedoch auch Entscheidungen, in denen die Aufsichtspflicht mit dem *neighbourhood principle* gleichgesetzt wurde, das in Anbetracht dessen, daß es ein Verbot enthält, jeden zu schädigen, der bei vernünftiger Voraussicht geschädigt werden könnte, im wesentlichen dem neminem laedere entspricht (vgl. z. B. Urteil Donoghue v. Stevenson, 1932, A. C. 562).

14 — Vgl. z. B. Urteil Lonhro v. Tebbit, 1992, A All ER, S. 280.

15 — Siehe z. B. Thornton, 1979, Q. B., 626.

16 — Vgl. Urteil Garden Cottage Foods, 1984, 1 A. C. 130 HL., in dem das House of Lords die Entschädigungspflicht im wesentlichen, wenn auch in einem Obiter dictum (im konkreten Fall war nämlich eine einstweilige Anordnung beantragt), gegenüber demjenigen bejaht hat, der infolge von gegen die Artikel 85 und 86 des Vertrages verstoßenden Verhaltensweisen einen Schaden erlitten hat, und zwar bei Verhaltensweisen von Privaten oder auch der öffentlichen Verwaltung, jedoch in dem Fall, in dem diese wie ein Privater handelt.

Handelt es sich dagegen um einen Verstoß, der ausschließlich öffentlich-rechtlich relevant ist, kann die Haftung nur im Falle eines Amtsmißbrauchs in Ausübung einer hoheitlichen Befugnis (*misfeasance in public office*) geltend gemacht werden. Es handelt sich um den einzigen *tort*, der nicht privatrechtliche Beziehungen betrifft, sondern speziell die öffentliche Verwaltung. Das Erfordernis eines vorsätzlichen rechtswidrigen Verhaltens schränkt jedoch die Möglichkeit, die Schäden ersetzt zu erhalten, ein, auch wenn sie Folge von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht sind. So hat der Court of Appeal, wie das vorlegende Gericht im Vorlageurteil ausführt, im Fall Bourgoin [17] entschieden, daß der Staat weder nach englischem Recht noch nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet sei, die Opfer eines für gemeinschaftsrechtswidrig erklärten Verhaltens zu entschädigen, es sei denn, es stehe fest, daß der Minister im Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des fraglichen Rechtsakts und in der Absicht, den Klägern einen Schaden zuzufügen, gehandelt habe. Nach dem Urteil Francovich hat sich das House of Lords jedoch gefragt, ob die im Urteil Bourgoin dargelegte Lösung immer noch richtig sei [18].

8. Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, daß die Anwendung der nationalen Rechtsprechung zur Abweisung der Schadensersatzanträge der Kläger führen würde. Da außerdem nicht sicher sei, daß die dem Urteil Francovich zu entnehmende Entschädigungspflicht des Staates für Schäden, die einzelnen durch ihm zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zugefügt worden seien, auch bei dem bei ihm anhängigen Sachverhalt anwendbar sei, hat es den Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht und folgende Fragen vorgelegt:

1) Wenn

a) Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats Voraussetzungen in bezug auf Staatsangehörigkeit, Domizil und Aufenthaltsort der Eigentümer und Manager von Fischereifahrzeugen sowie der Anteilseigner und Geschäftsführer von Gesellschaften, die Eigentümer oder Manager dieser Fahrzeuge sind, enthalten und

b) diese Voraussetzungen nach den Urteilen des Gerichtshofes in den Rechtssachen C-221/89 und C-246/89 gegen die Artikel 5, 7, 52 und 221 EWG-Vertrag verstoßen,

haben dann diese Personen, die Eigentümer oder Manager solcher Fahrzeuge waren oder Geschäftsführer und/oder Anteilseigner von Gesellschaften, die Eigentümer oder Manager dieser Fahrzeuge waren, unter den Umständen des

17 — Urteil Bourgoin SA v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, 1986, 1 Q. B., S. 716 A. C.

18 — Urteil Kirklees Metropolitan Borough Council v. Wickes Building Supplies Ltd., 1992, 3 WLR, S. 170, insbes. S. 188.

vorliegenden Falles einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch auf Entschädigung durch diesen Mitgliedstaat für Verluste, die sie aufgrund aller oder eines der genannten Verstöße gegen den EWG-Vertrag erlitten haben?

2) Für den Fall, daß Frage 1 bejaht wird, welche Erwägungen hat das nationale Gericht nach Gemeinschaftsrecht bei der Entscheidung über folgende Schadensersatzansprüche anzustellen:

a) Ausgaben und/oder Gewinneinbußen und/oder Einkommensverluste im Zeitraum nach dem Inkrafttreten der genannten Voraussetzungen, in dem die Schiffe stillgelegt werden, andere Möglichkeiten zum Fischen finden und/oder sich andernorts um Registrierung bemühen mußten;

b) Verluste aufgrund des Verkaufs der Schiffe oder von Anteilen daran oder von Anteilen an Gesellschaften, denen Schiffe gehörten, unter Wert;

c) Verluste aufgrund des Erfordernisses, wegen angeblicher Verstöße im Zusammenhang mit dem Ausschluß der Schiffe aus dem nationalen Register Kautionen, Bußgelder sowie Anwalts- und Gerichtskosten zu erbringen;

d) Verluste, weil es den Anspruchstellern unmöglich war, weitere Schiffe zu besitzen und zu betreiben;

e) Verlust von Verwaltungsgebühren;

f) beim Versuch der Minderung der genannten Verluste entstandene Ausgaben;

g) erhöhter Schadensersatz in der geltend gemachten Form?

**Abgrenzung des Problems und Schema der Schlußanträge**

9. Die Frage der Staatshaftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht, die von nicht geringer Bedeutung ist sowohl in grundsätzlicher Hinsicht als auch wegen der Folgen, die sich für die Mitgliedstaaten aus ihrer umfassenden und verallgemeinerten Bejahung ergeben könnten, ist komplex und gewiß nicht ohne Reiz, wie dies die umfangreiche Debatte zeigt, die sich dazu in den letzten Jahren in der Lehre entwickelt hat.

Im vorliegenden Verfahren hat der Gerichtshof festzustellen, ob, unter welchen Voraussetzungen und hinsichtlich welcher Schadenskategorien eine Entschädigungspflicht des Staates gegenüber einzelnen besteht, die infolge der Anwendung von im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehenden nationalen Gesetzen Schäden erlitten haben [19].

10. Zunächst ist daher festzustellen, ob die Entschädigungspflicht auf die bereits im Urteil Francovich beurteilten Fälle der Nichtumsetzung von Richtlinien zu beschränken ist, auf deren Vorschriften sich die einzelnen auch bei Vorliegen einiger besonderer Voraussetzungen nicht unmittelbar berufen können, um die in der Richtlinie zu ihren Gunsten vorgesehene Leistung zu erhalten, oder ob sie auch auf die Fälle zu erstrecken ist, in denen, wie im vorliegenden Fall, der dem einzelnen entstandene Schaden aus der Anwendung eines nationalen Gesetzes folgt, das im Widerspruch zu Gemeinschaftsvorschriften steht, auf die sich die einzelnen vor dem nationalen Gericht unmittelbar berufen können. Zu diesem Zweck halte ich es für angebracht, auf die Grenzen hinzuweisen, innerhalb deren bislang die Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht bejaht wird, und auch dadurch die Grundlage der Haftung im Gemeinschaftsrecht zurückzuverfolgen. Es erscheint mir zweckmäßig, außerdem auf die angeblich nicht bestehende Staatshaftung für Handlungen des Gesetzgebers einzugehen, die (wenngleich mit einiger Vorsicht) im Laufe des vorliegenden Verfahrens auch geltend gemacht worden ist, um die Staatshaftung in den in Rede stehenden Fällen abstrakt und grundsätzlich zu verneinen.

Sodann ist festzustellen, ob die Haftungsvoraussetzungen, wenn auch in den bekannten, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes mehrfach festgelegten Grenzen, diejenigen der jeweiligen nationalen Rechtsordnung sind oder ob vielmehr das Gemeinschaftsrecht selbst wenigstens die *wesentlichen Voraussetzungen* vorschreibt, die ausreichen, damit der säumige Mitgliedstaat zum Ersatz der verursachten Schäden verpflichtet ist. Im zweiten Fall wäre natürlich zu klären, ob ein Verstoß, der dem einzelnen einen Schaden zufügt, ausreicht oder ob ein weiteres Element hinzutreten muß, wie die Mehrzahl der Mitgliedstaaten im Laufe des vorliegenden Verfahrens vorgetragen hat. Außerdem wäre zu klären, ob dieses weitere Element mit dem Erfordernis des Verschuldens gleichgesetzt werden kann oder ob es andere Voraussetzungen verlangt, z. B. gerade die, die der Gerichtshof in bezug auf die außervertragliche Haftung der Gemeinschaftsorgane bestimmt hat (Rechtsprechung zu Artikel 215). Ferner wird unter dem Gesichtspunkt des Kausalzusammenhangs z. B. zu beurteilen sein, ob der Umstand von Bedeutung ist, daß die Natur der verletzten Gemeinschaftsvorschrift es dem einzelnen ermöglicht, die eigenen Rechte unmittelbar zu schützen, um bereits materiell die Rechtswidrigkeit zu beseitigen; zu beurteilen ist außerdem jedenfalls, von welchem Zeitpunkt an die Entschädigungspflicht besteht. Schließlich sind die *prozessualen Voraussetzungen* zu betrachten, die für den Entschädigungsanspruch gelten, und ferner die Kriterien für die Schadensbemessung.

19 — Für den davon zu unterscheidenden Fall der mutmaßlichen Haftung des Staates für Schäden, die durch ein gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßendes Verhalten der Verwaltung verursacht werden, siehe die noch anhängige Rechtssache C-5/94 (Lomas). In den Schlußanträgen des Generalanwalts Léger vom 20. Juni 1995 werden allerdings auch einige der Gesichtspunkte untersucht, die im vorliegenden Verfahren von Bedeutung sind.

11. Dies sind also die Aspekte, auf die ich eingehen werde, und die Fragen, die ich versuchen werde zu beantworten. Die folgende Untersuchung ist in drei Teile unterteilt. Der erste Teil beschäftigt sich mit dem Grundsatz der Staatshaftung im Gemeinschaftsrecht und hat zum Ziel, deren Grundlage und Tragweite auch im Hinblick auf unerlaubte Handlungen des Gesetzgebers herauszustellen und insbesondere zu beurteilen, ob die Haftungsklage subsidiär in dem Sinne ist, daß sie nur erhoben werden kann, wenn der einzelne nicht über andere Mittel verfügt, um die ihm durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte geltend zu machen, oder ob sie von allgemeinerer Tragweite ist.

Bezüglich der Haftungsvoraussetzungen schicke ich voraus, daß die wesentlichen Mindestvoraussetzungen, im Unterschied zu den prozessualen, nur gemeinsame und damit gemeinschaftliche Voraussetzungen sein können. Allein auf diese Weise läßt sich meiner Ansicht nach vermeiden, daß hinsichtlich eines und desselben Verstoßes diese Möglichkeit der Entschädigung in den verschiedenen Mitgliedstaaten nicht gleichermaßen gewährleistet ist und daß damit jene Diskriminierung zwischen einzelnen entsteht, die eine Rechtsgemeinschaft nicht tolerieren sollte. Der zweite Teil setzt sich daher mit den Voraussetzungen auseinander, unter denen der einzelne Schadensersatz erhalten kann, also mit den gemeinschaftlichen Voraussetzungen der Haftung, und mit den Grenzen, die das Gemeinschaftsrecht den prozessualen Voraussetzungen setzt. Diese letztgenannten richten sich meiner Ansicht nach aber, wie die Kriterien der Schadensbemessung, weiterhin nach dem nationalen Recht.

Schließlich folgt eine Prüfung der beiden uns vorliegenden Fälle und somit die Antwort auf die Fragen, auf die das vorliegende Verfahren zurückgeht.

## I — Zum Grundsatz der Staatshaftung im Gemeinschaftsrecht: Grundlage und Tragweite

12. Der Gedanke der Staatshaftung für Schäden, die durch eine Rechtsetzungstätigkeit verursacht werden, erscheint keineswegs überraschend. Der Grundsatz, auf den die Mehrzahl der *zivilrechtlichen* Regelungen der außervertraglichen Haftung zurückgeht, ist, in unterschiedlicher Auslegung und Beschränkung, der des neminem laedere, wonach jeder den Schaden zu ersetzen hat, der durch das eigene, gegen eine Rechtspflicht verstoßende Betragen verursacht wird [20]. Und es läßt sich nicht bestreiten, daß sich auf einen solchen Grundsatz die verschiedenen, zum Großteil das Ergebnis von Konstruktionen der Rechtsprechung darstellenden Regelungen über die Haftung der *öffentlichen Stellen* berufen, die nur wegen der Natur der von diesen ausgeübten Tätigkeit, insbesondere im Fall der Rechtsetzung, spezifische und eigentümliche Züge aufweist. Auch die Haftung der öffentlichen Stellen ist nämlich eng, wenn nicht sogar zwangsläufig, mit dem ungerechten, weil durch ein rechtswidriges Verhalten verursachten Schaden verbunden; sie ist praktisch die Kehrseite der Medaille.

20 — Zwar kommt einem solchen Grundsatz nicht in allen Rechtsordnungen die gleiche allgemeine Tragweite zu — man denke nur an das britische System, in dem er eine Grenze in dem (beschränkten) Umfang der *duty of care* findet —, doch ändert dies nichts daran, daß er insoweit, als in ihm der Gedanke des ungerechten Schadens zum Ausdruck kommt, als Ausgangspunkt jeder Überlegung über die Haftung angesehen werden kann.

Es trifft zu, daß im Fall der öffentlichen Stellen, gerade mit Rücksicht auf die Natur der verrichteten Tätigkeit und der Folgen, die sich aus einer etwaigen generalisierenden Bejahung der Haftung und der Entschädigungspflicht ergeben, schon immer die Tendenz bestand, den Bereich der Haftung in verschiedener Weise zu beschränken. Der Umfang dieser Beschränkung, der sich in einer ersten Annäherung in der bekannten Formel zusammenfassen läßt, wonach es sich um eine „weder allgemeine noch absolute" Haftung handele [21], steht folglich in Zusammenhang mit dem Erfordernis, die in Betracht kommenden gegensätzlichen und konkurrierenden Interessen auszugleichen, auf der einen Seite das Interesse des Verletzten, wenigstens vermögensmäßig Ersatz des durch eine, insbesondere rechtsetzende, Tätigkeit des Staates erlittenen Schadens zu erhalten, und auf der anderen Seite das des Staates daran, nicht immer und auf jeden Fall für den Schaden einstehen zu müssen, der durch die Tätigkeit seiner Organe in Erfüllung der diesen übertragenen institutionellen Aufgaben verursacht wird.

Die Beschränkung des Haftungsbereichs hat im Laufe der Zeit in den verschiedenen Rechtsordnungen offensichtlich bedeutende Entwicklungen erfahren. Insbesondere brachte es das Aufkommen des *Rechtsstaats* mit sich, daß sich der Akzent zumindest in den weiter entwickelten Rechtsordnungen immer mehr vom Verhalten des Schadensverursachers auf die Rechte des Verletzten verschob, was auch für die Haftung im allgemeinen gilt. Unter diesem Blickwinkel stellten die Staatshaftung und die daraus folgende Entschädigungspflicht am Ende ein Mittel zur Verhängung von Sanktionen für rechtswidriges und/oder jedenfalls schädigendes Verhalten und dadurch ein Mittel dar, um den Schutz der Rechte der einzelnen effektiv zu gestalten.

21 — Urteil Blanco des französischen Tribunal des Conflits, 8. Februar 1873, D. 1873, II, 20.

13. Die soeben geschilderte Denkweise führt zu einer ersten einfachen Bemerkung in bezug auf die Staatshaftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht. Der Umstand, daß die Mitgliedstaaten, wenn auch bei Vorliegen von Voraussetzungen, die den Haftungsbereich auf verschiedene Weise beschränken, für die Schäden in Anspruch genommen werden können, die durch eine Rechtsetzungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung hervorgerufen werden, legt bereits die Annahme nahe, daß es nicht vernünftig ist, daß die gleichen Staaten nie und keinesfalls für die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht haften sollten, die sich im Vermögen der einzelnen niederschlagen, die die Folgen dieser Verstöße zu tragen haben.

Kurz gesagt, soweit zumindest der Grundsatz der Staatshaftung zur Tradition aller Rechtsordnungen gehört [22], muß er auch dann Anwendung finden können, wenn das unerlaubte Verhalten im Verstoß gegen eine Gemeinschaftsnorm besteht.

14. Doch sollte sogleich darauf hingewiesen werden, daß es zwar im wesentlichen Sache des Staates und damit seiner Organe ist, die ordnungsgemäße Anwendung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen und insbesondere den einzelnen die Effektivität der ihnen verliehenen Rechte zu gewährleisten, daß es aber auch außer Zweifel steht, daß der Gerichtshof bei Rechten, die der einzelne

22 — Für einen Überblick über die in den verschiedenen Mitgliedstaaten in diesem Bereich bestehenden Regelungen siehe Schockweiler-Wivenes-Godart: „Le régime de la responsabilité extra-contractuelle du faits d'actes juridiques dans la Communauté européenne", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, S. 27 ff., 54.

aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften geltend macht, zu prüfen hat, ob das Niveau des durch die nationale Rechtsordnung gewährten Schutzes angemessen ist. Die Prüfung hat mehrfach dazu geführt, daß von dem betreffenden Staat verlangt wurde, einen in seiner Rechtsordnung nicht vorgesehenen gerichtlichen Rechtsbehelf zu schaffen [23].

Daher wäre es im Hinblick auf die einschlägige Rechtsprechung und die charakteristischen Merkmale des Rechtssystems insgesamt, insbesondere im Hinblick auf die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten, inkohärent, wenn sich das Gemeinschaftsrecht überhaupt nicht für den Schadensersatz interessieren und sich insoweit ohne jede Prüfung auf die einzelnen nationalen Rechtsordnungen verlassen würde.

a) *Die Bejahung der Entschädigungspflicht der säumigen Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung des Gerichtshofes: das Urteil Francovich und seine Vorläufer*

15. Das Urteil Francovich, das unausweichlich Ausgangspunkt für eine Betrachtung der Frage der vermögensmäßigen Haftung des Staates für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht ist, stellt bis heute lediglich die genaueste Antwort auf diese Frage dar. Der Fall betraf bekanntlich die Nichtumsetzung der Richtlinie über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, nach der die Mitgliedstaaten einen Mindestgarantiemechanismus für die fälligen Ansprüche auf Arbeitsentgelt zu schaffen hatten. Ein italienisches Gericht hatte dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob sich der einzelne angesichts der Nichtumsetzung dieser Richtlinie durch einen Mitgliedstaat vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf die Gemeinschaftsvorschriften berufen könne, um in den Genuß der darin vorgesehenen Vorteile zu gelangen, und ob er jedenfalls von dem Mitgliedstaat Schadensersatz verlangen könne, wenn es sich um eine Richtlinie ohne unmittelbare Wirkung handele. Dem Gerichtshof wurde somit über die Frage nach der unmittelbaren Wirkung bestimmter Vorschriften einer Richtlinie hinaus auch die Frage nach dem Ersatz des Schadens gestellt, der sich aus der Nichtumsetzung der Richtlinie ergibt [24].

Obgleich der Gerichtshof darauf hingewiesen hat, daß die streitigen Vorschriften der Richtlinie in bezug auf die Bestimmung des Personenkreises, dem die Garantie zugute kommen soll, und den Inhalt dieser Garantie hinreichend genau und unbedingt seien, ist er

23 — Siehe hierzu unten, Nrn. 43 bis 47.

24 — Ich erinnere daran, daß im Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 380/87 (Enichem Base, Slg. 1989, 2491) ein italienischer Richter den Gerichtshof bereits gebeten hatte, festzustellen, ob die öffentliche Verwaltung aufgrund des Gemeinschaftsrechts „zum Schadensersatz verpflichtet [ist], wenn sie durch einen rechtswidrigen Verwaltungsakt ein gemeinschaftsrechtliches subjektives Recht (rechtswidrig) verletzt, das sich nach seiner Umsetzung in die italienische Rechtsordnung — auch wenn es seinen gemeinschaftsrechtlichen Charakter beibehält — als berechtigtes Interesse darstellt" (vgl. Sitzungsbericht, a. a. O., 2494 ff.). Weder der Generalanwalt noch der Gerichtshof hat diese Frage beantwortet, da sie sich nach den Antworten auf die anderen Fragen erübrigt hatte. Allerdings hatten sowohl das Vereinigte Königreich als auch die italienische Regierung in ihren Erklärungen den etwaigen Schadensersatzanspruch allein nach den sowohl materiell-rechtlichen als auch prozessualen Möglichkeiten bestimmt, die nach den nationalen Rechtsordnungen bestehen.

zu dem Schluß gekommen, daß diese Vorschriften vor dem nationalen Gericht nicht unmittelbar geltend gemacht werden könnten, um die in der Richtlinie zu ihren Gunsten vorgesehene Leistung zu verlangen. Insbesondere war nicht geregelt, wer der „Schuldner" war, und der Staat konnte nicht allein deshalb als Schuldner angesehen werden, weil er diese Richtlinie nicht fristgemäß durchgeführt hatte.

16. Folglich ist der Gerichtshof zur Prüfung der Frage übergegangen, ob der einzelne mit Erfolg Ersatz für die ihm gegebenenfalls entstandenen Schäden verlangen könne, und hat zunächst auf die wesentlichen Merkmale des Gemeinschaftssystems und insbesondere auf die den nationalen Gerichten zugewiesenen Aufgaben hingewiesen. Daraus hat er den lapidaren, aber unbestreitbaren Schluß gezogen, daß „der Grundsatz einer Staatshaftung für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, ... aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung [folgt]" (Randnr. 35).

Genauer gesagt, der Gerichtshof hat diesen Grundsatz aus zwei wesentlichen Elementen der Gemeinschaftsrechtsordnung abgeleitet. Erstens hat er auf den Umstand hingewiesen, daß „die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen ... beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert [wäre], wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist" (Randnr. 33). Auch sei die Möglichkeit einer Entschädigung durch den Mitgliedstaat „vor allem dann unerläßlich, wenn die volle Wirkung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen wie im vorliegenden Fall davon abhängt, daß der Staat tätig wird, und der einzelne deshalb im Falle einer Untätigkeit des Staates die ihm durch das Gemeinschaftsrecht zuerkannten Rechte vor den nationalen Gerichten nicht geltend machen kann" (Randnr. 34).

Zweitens hat er diese Entschädigungspflicht, wie bereits im Urteil Humblet [25], auf Artikel 5 EG-Vertrag zurückgeführt und daraus abgeleitet, nach dem „die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht zu treffen haben"; zu diesen Verpflichtungen gehöre gerade „diejenige, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht zu beheben" (Randnr. 36).

17. Die Betrachtungsweise war somit eine solche der Mittel, die dazu bestimmt sind, durch die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes, der den durch die gemeinschaftlichen Vorschriften begründeten Rechtspositionen gewährt wird, die Wirksamkeit dieser Vorschriften zu stärken, und die außerdem dazu dienen, die Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten nicht ohne, auch spürbare Folgen zu lassen.

25 — Urteil vom 16. Dezember 1960 in der Rechtssache 6/60 (Slg. 1960, 1165, insbes. 1185). In dieser Rechtssache hat sich der Gerichtshof auf Artikel 86 EGKS-Vertrag bezogen, der dem Artikel 5 EG-Vertrag entspricht.

Genau zu diesen Zwecken wird also die Position des einzelnen benutzt und zu ihrer rechten Bedeutung erhoben. Die vermögensmäßige Haftung des Staates gegenüber den einzelnen in Höhe des durch gesetzgeberische Untätigkeit verursachten Schadens ist vom Gerichtshof letzten Endes als ein Instrument geschaffen worden, das den Schutz der einzelnen und dadurch auch eine ordnungsgemäße Durchführung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten soll. In dieser Hinsicht hat sie weit zurückreichende Wurzeln, sowohl in bezug auf spezielle Präzedenzfälle für die Haftung und Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten [26] als auch im allgemeineren Zusammenhang des effektiven Schutzes der Rechte, die die einzelnen aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften geltend machen [27].

18. Man darf nämlich nicht vergessen, daß Feststellungen zur Entschädigungspflicht in bezug auf verschiedenartige Fälle des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht seit Anfang der sechziger Jahre in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wenn auch nur beiläufig, vorhanden sind. Ich beziehe mich zunächst auf das bereits genannte Urteil Humblet, in dem der Gerichtshof insbesondere ausgeführt hat, daß, wenn er „feststellt, daß ein Akt der Gesetzgebungs- oder der Verwaltungsorgane eines Mitgliedstaates dem Gemeinschaftsrecht zuwiderläuft, ... dieser Staat nach Artikel 86 EGKS-Vertrag verpflichtet [ist], sowohl diesen Akt rückgängig zu machen als auch die möglicherweise durch ihn verursachten rechtswidrigen Folgen zu beheben“ [28].

19. Außerdem hat der Gerichtshof gerade in der Annahme, daß die Vertragsverletzung des Mitgliedstaats zum Entschädigungsanspruch des einzelnen führen kann, mehrfach die Einrede der Unzulässigkeit der Klage zurückgewiesen, obwohl der in einem Vertragsverletzungsverfahren beklagte Mitgliedstaat in der Zeit zwischen der mit Gründen versehenen Stellungnahme und dem Verfahren vor dem Gerichtshof der streitigen Verpflichtung nachgekommen war [29].

26 — Auch in der Lehre fehlte es nicht an Stimmen in diesem Sinne: Pescatore, „Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires“, in: *Foro Padano*, 1972, S. 10 ff.; Kovar, „Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire“, in: *Les recours des individus devant les instances en cas de violation du droit européen*, Brüssel, 1978, S. 245 ff., 272 ff.; Barav, „Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community Law by National Public Authorities“, in: *Non Contractual Liability of the European Communities*, Europa Instituut University of Leiden, 1988, S. 149 ff.

27 — Zu diesem Gesichtspunkt siehe unten, Nrn. 27 bis 32.

28 — Urteil vom 16. Dezember 1960 (zitiert in Fußnote 25). In diesem Fall ging es, genauer gesagt, darum, daß die belgische Regierung einen Rechtsakt aufheben sollte, und um die Erstattung von entrichteten, nicht geschuldeten Beträgen; aber die vom Gerichtshof verwendete allgemeine Formel — „die ... rechtswidrigen Folgen zu beheben“ — vermag mit hinreichender Deutlichkeit auch den Fall des Ersatzes des gegebenenfalls erlittenen Schadens zu umfassen.

29 — Eine sehr klare Feststellung in diesem Sinne ist die, daß „ein sachliches Interesse an einem Urteil des Gerichtshofes nach den Artikeln 169 und 171 des Vertrages deshalb bestehen [kann], weil dieses die Grundlage für eine Haftung abgeben kann, die möglicherweise einen Mitgliedstaat infolge seiner Pflichtverletzung gegenüber anderen Mitgliedstaaten, der Gemeinschaft oder einzelnen trifft“ (Urteil vom 7. Februar 1973 in der Rechtssache 39/72, Kommission/Italien, Slg. 1973, 101, Randnr. 11). In die gleiche Richtung geht auch die Feststellung, daß das Rechtsschutzinteresse auch nach Beseitigung der beanstandeten Vertragsverletzung darin bestehen kann, „die Grundlage für eine Haftung zu schaffen, die einen Mitgliedstaat infolge seiner Vertragsverletzung gegenüber einzelnen treffen kann“ (Urteil vom 20. Februar 1986 in der Rechtssache 309/84, Kommission/Italien, Slg. 1986, 599, Randnr. 18). Diese Feststellung trifft der Gerichtshof recht häufig: Urteil vom 5. Juni 1986 in der Rechtssache 103/84 (Kommission/Italien, Slg. 1986, 1759, Randnr. 9); Urteil vom 17. Juni 1987 in der Rechtssache 154/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2717, Randnr. 6); Urteil vom 18. Januar 1990 in der Rechtssache C-287/87 (Kommission/Griechenland, Slg. 1990, I-125, abgekürzte Veröffentlichung). Und weiter in dem Sinne, daß das Rechtsschutzinteresse „darin bestehen [kann], die Grundlage für eine Haftung zu schaffen, die möglicherweise einen Mitgliedstaat ... gegenüber denjenigen trifft, die aus dieser Pflichtverletzung Rechte herleiten“, vgl. Urteil vom 24. März 1988 in der Rechtssache 240/86 (Kommission/Griechenland, Slg. 1988, 1835, Randnr. 14); Urteil vom 30. Mai 1991 in der Rechtssache C-361/88 (Kommission/Deutschland, Slg. 1991, I-2567, Randnr. 31); Urteil vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-249/88 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-1275, Randnr. 41). Es steht außer Zweifel, daß aus derartigen Feststellungen nicht die Gewährung eines Anspruchs des einzelnen auf Ersatz des infolge des Vertragsverstoßes erlittenen Schadens, sondern nur die Möglichkeit abgeleitet werden kann, daß der einzelne in bezug auf diesen Verstoß den Entschädigungsanspruch in den Grenzen, in denen das nationale Recht ihn vorsieht, geltend machen kann.

20. Noch direkter und ausdrücklicher ist die Feststellung der Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber den einzelnen im Urteil Russo [30], in dem der Gerichtshof ausgeführt hat: „Ist ein solcher Schaden infolge der Verletzung des Gemeinschaftsrechts entstanden, so ist der betreffende Staat verpflichtet, gegenüber dem Geschädigten im Rahmen der Bestimmungen des nationalen Rechts über die Staatshaftung die Folgen zu tragen."

21. Aus den soeben angeführten Feststellungen ergibt sich also ohne weiteres, daß von einem Mitgliedstaat sehr wohl Ersatz der Schäden verlangt werden kann, die einzelne wegen einer unerlaubten Handlung erleiden, die in einem Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften besteht oder dessen Folge ist.

Nach dieser Rechtsprechung hat jedoch das nationale Gericht die Haftung „im Rahmen der Bestimmungen des nationalen Rechts über die Staatshaftung" festzustellen [31]. Somit ist die Feststellung, ob der Staat auf Ersatz der Schäden in Anspruch genommen werden kann, die dadurch verursacht wurden, daß er Gemeinschaftsvorschriften nicht beachtet hat, grundsätzlich dem Bereich des jeweiligen nationalen Rechts zugewiesen worden [32].

22. Die genannte Rechtsprechung scheint in diesem spezifischen Punkt durch das Urteil Francovich überholt, in dem die Entschädigungspflicht der säumigen Mitgliedstaaten auch in bezug auf die Voraussetzungen dieser Pflicht im Gemeinschaftsrecht verankert wird.

Im wesentlichen hat sich der Gerichtshof im Urteil Francovich nicht darauf beschränkt, es dem nationalen Recht zu überlassen, *alle* sich aus dem Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschrift ergebenden rechtlichen Konsequenzen zu ziehen, sondern entschieden, daß das Gemeinschaftsrecht selbst dem Staat eine Entschädigungspflicht gegenüber dem einzelnen auferlege, und auch zumindest für *diesen* Haftungsfall die „gemeinschaftlichen" Voraussetzungen umrissen, nach denen sich die Haftung bestimmt.

30 — Urteil vom 22. Januar 1976 in der Rechtssache 60/75 (Slg. 1976, 45, Randnr. 9).

31 — Urteil Russo (zitiert in Fußnote 30, Randnr. 9).

32 — Diese Auffassung hat der Gerichtshof später im Urteil Granaria bekräftigt: „Artikel 215 Absatz 2 EWG-Vertrag erfaßt nicht den Ersatz derjenigen Schäden durch eine nationale Stelle, die Stellen oder Bedienstete der Mitgliedstaaten einzelnen entweder aufgrund einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts oder anläßlich der Durchführung von Gemeinschaftsrecht durch ein gegen nationales Recht verstoßendes Tun oder Unterlassen zugefügt haben; diese Frage haben die nationalen Gerichte nach dem nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaats zu klären" (Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 101/78, Slg. 1979, 623, Randnr. 14).

b) *Der „gemeinschaftliche" Grundsatz der Haftung: nur ein Mittel, um eine Lücke im Rechtsschutz zu füllen, oder ein Grundsatz von weitergehender Bedeutung?*

23. Nun ist zu prüfen, ob gerade die in der Rechtsprechung vor dem Urteil Francovich anzutreffende Auffassung (noch) eine Grundlage hat oder ob eine auf das Gemeinschaftsrecht gegründete Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten auch in anderen Fällen als dem der Nichtumsetzung von Richtlinien bestehen kann oder muß.

Insbesondere ist zu prüfen, ob das Gemeinschaftsrecht auch im Fall des Verstoßes gegen Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung einen Schutz durch Schadensersatz verlangt oder ob der Umstand, daß sich der einzelne in diesen Fällen unmittelbar auf die betreffende Vorschrift berufen und somit dadurch den Schutz des geltend gemachten Rechts durchsetzen kann, zum Ausschluß dieser Möglichkeit führt.

24. In diesem zweitgenannten Sinne haben sich im Laufe des vorliegenden Verfahrens die deutsche, die niederländische und die irische Regierung ausgesprochen. Sie haben ihre Ansicht damit begründet, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht beabsichtigt habe, ein allgemeines System der Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht aufzustellen. Dies werde auch dadurch bestätigt, daß die Mitgliedstaaten anläßlich des Vertrages von Maastricht keine dahin gehende Regelung getroffen hätten. Außerdem wäre nach Ansicht der deutschen Regierung eine Ergänzung des Gemeinschaftsrechts durch die Rechtsprechung, die über die Grenzen der zulässigen Lückenausfüllung hinausginge, mit der nach dem Vertrag vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Organen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten sowie mit dem Grundsatz der Wahrung des institutionellen Gleichgewichts nicht vereinbar.

Schließlich hat der Entschädigungsanspruch nach Ansicht der vorgenannten Regierungen nur die Funktion eines Reserveschutzes in dem Sinne, daß ihm nur im Fall von Vorschriften, die sonst vor den nationalen Gerichten nicht geltend gemacht werden könnten, Bedeutung zukomme. Mit dem Urteil Francovich habe der Gerichtshof im wesentlichen eine Lücke im Rechtsschutzsystem schließen wollen, indem er durch Anordnung einer Entschädigungspflicht den säumigen Mitgliedstaat bestrafe. Sei es dem einzelnen dagegen, wie in den Fällen, die dem vorliegenden Verfahren zugrunde lägen, bereits möglich, unmittelbar zu handeln, um sich auf die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu berufen, so bestehe kein Bedürfnis dafür, daß das Gemeinschaftssystem die Zuerkennung einer Entschädigung gebiete; eine solche Annahme hätte auch keine Grundlage. Der Entschädigungsanspruch könne dem einzelnen daher nur zuerkannt werden, wenn und soweit das nationale Recht dies gestatte.

25. Eine derartige Auffassung kann meiner Ansicht nach nicht geteilt werden. Zunächst ergibt sich aus der Rechtsprechung des

Gerichtshofes, in der sich die vermögensmäßige Haftung des Staates für Verstöße gegen Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung mehrfach abgezeichnet hat, daß die Möglichkeit des materiell-rechtlichen Schutzes die des Vermögensschutzes nicht ausschließt [33]. Zwar hat sich der Gerichtshof in diesen Fällen auf die Feststellung beschränkt, daß die Verpflichtung zum Ersatz des von einem Mitgliedstaat verursachten Schadens diesem Mitgliedstaat gemäß den Vorschriften des nationalen Rechts obliege, doch trifft es u. a. ebenfalls zu, daß es sich um Fälle handelte, in denen sich die Fragen des vorlegenden Gerichts nicht auf das spezielle Thema des Entschädigungsanspruchs bezogen hatten.

Als speziell diese Frage in der Rechtssache Francovich gestellt wurde, hat es der Gerichtshof nicht versäumt, klarzustellen, daß der Grundsatz der Haftung ein aus dem Wesen des Gemeinschaftsrechts folgender Grundsatz sei; diese allgemeine und grundsätzliche Feststellung gilt für jeden Fall des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht, nicht nur für den der Nichtumsetzung von Richtlinien [34]. Bezüglich des letztgenannten Falles hat der Gerichtshof nur klargestellt, daß der Entschädigungsanspruch „vor allem dann unerläßlich" ist, wenn der einzelne sonst trotz der ihm durch die Richtlinie verliehenen Rechte ohne jeden Schutz wäre. Eine solche Klarstellung schließt jedoch die Ersatzfähigkeit von Schäden, die aus einer anderen Art von Verstößen folgen, nicht aus; dafür spricht, daß der Gerichtshof weiter ausgeführt hat, daß die *Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs von der Art des Verstoßes* gegen das Gemeinschaftsrecht abhängen, der dem verursachten Schaden zugrunde liegt (Randnr. 38).

26. Ich meine auch nicht, daß der Grundsatz der Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsvorschriften mit unmittelbarer Wirkung in irgendeiner Weise der nach dem Vertrag vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung zwischen den Gemeinschaftsorganen und den Mitgliedstaaten zuwiderläuft. Insoweit beschränke ich mich auf die Bemerkung, daß es gerade der Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist, der ein Ungleichgewicht in der von den Staaten aus freien Stükken akzeptierten und gutgeheißenen Zuständigkeitsverteilung schafft. Das nach dem Gemeinschaftsrecht gegebenenfalls bestehende Erfordernis, die sich aus einem solchen Verstoß ergebenden Schäden zu ersetzen, stellt nur ein Mittel dar, um das gestörte Gleichgewicht wiederherzustellen.

Die Staatshaftung für Rechtsetzungstätigkeiten (des Gesetzgebers oder der Verwaltung) stellt auch unter diesem Aspekt einen natürlichen und notwendigen Bestandteil der von den Mitgliedstaaten durch den Vertrag geschaffenen Gemeinschaftsrechtsordnung dar. Ich kann nämlich nicht umhin, mir zu vergegenwärtigen, daß es die Mitgliedstaaten sind, die in völliger Freiheit die Vertragsbestimmungen vereinbaren, die dem ganzen System zugrunde liegen, und daß ebenfalls

33 — Ich verweise sowohl auf das bereits genannte Urteil Russo, in dem es um eine Verordnung über die gemeinsame Agrarmarktorganisation ging, als auch auf das Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster, Slg. 1990, I-3313, Randnr. 22), in dem der Gerichtshof festgestellt hat, daß Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen „zur Erlangung von Schadensersatz gegenüber einer Einrichtung ... in Anspruch genommen werden kann", die eine öffentliche Dienstleistung zu erbringen hat. Siehe auch, in bezug auf einen Verstoß gegen Artikel 30, Urteil vom 5. Juni 1986 (Kommission/Italien, zitiert in Fußnote 29, Randnr. 9).

34 — Siehe insbes. die Randnrn. 33, 35 und 37 des Urteils.

die Mitgliedstaaten die zentralen Figuren des Verfahrens zur Ausarbeitung der Rechtsakte der Gemeinschaft sind. Die Bejahung der Haftung wegen Vertragsverletzung ist daher nur gleichbedeutend mit einer Erhöhung des Grades der Effektivität des Systems und läuft in bezug auf den Gesetzgeber nicht auf eine ergänzende oder gar ersetzende Tätigkeit hinaus.

27. Dies gilt um so mehr, wenn man bedenkt, daß die vermögensmäßige Haftung des Staates gegenüber den einzelnen in Höhe des Schadens, der durch eine normative Tätigkeit oder Untätigkeit verursacht wurde, vom Gerichtshof, ich wiederhole es, als ein Instrument zur Gewährleistung des Schutzes der einzelnen und dadurch auch der ordnungsgemäßen Durchführung des Gemeinschaftsrechts in sämtlichen Mitgliedstaaten geschaffen worden ist.

Kurz und gut, die Betrachtungsweise ist also eigentlich die gleiche wie in der nunmehr gefestigten Rechtsprechung, in der die unmittelbare Wirkung in dem Sinne bejaht worden ist, daß sich der einzelne vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf Bestimmungen des Vertrages wie auf Akte des abgeleiteten Rechts berufen kann, vorausgesetzt natürlich, daß es sich um hinreichend klare, genaue und unbedingte Vorschriften handelt.

28. Nun, mit der Identifizierung der unmittelbaren Wirkung in der an die Mitgliedstaaten gerichteten Vorschrift des Vertrages, die eine Verpflichtung dieser Staaten, z. B. bestimmte Hindernisse abzuschaffen und sie nicht wiedereinzuführen, enthält, wird das darauf beruhende Recht des einzelnen auf Beseitigung dieser Hindernisse festgestellt und ihm Bedeutung zugemessen mit der weiteren Folge, daß ein solches Recht vor dem nationalen Gericht klageweise geltend gemacht werden kann, um einen angemessenen Schutz dieses Rechts zu erhalten. Auf diese Weise wird somit das aus der Verpflichtung des Staates folgende Recht, das dem einzelnen zugestanden hätte, wenn diese Verpflichtung ordnungsgemäß und pünktlich durchgeführt worden wäre, bestimmt und hervorgehoben.

Dies gilt nicht nur in materieller, sondern auch in prozessualer Hinsicht. Man denke daran, daß der Gerichtshof ausgeführt hat, daß „jeder unmittelbare gerichtliche Schutz der individuellen Rechte der Einzelnen ausgeschlossen [wäre]", wenn davon auszugehen wäre, daß die Garantien gegen Verletzungen von Vertragsbestimmungen, die den Staaten Verpflichtungen auferlegen, auf das in Artikel 169 vorgesehene Verfahren beschränkt wären [35]. Die Rechtsstellung des einzelnen, die unmittelbar von der Vertragsbestimmung abhängt, wird also auch bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Anwendung dieser Bestimmung benutzt, um den vollen und effektiven Schutz der Rechte zu gewährleisten, den die Beachtung der betreffenden Bestimmung durch den Staat sicherstellen sollte.

29. Die gleiche Betrachtungsweise läßt sich noch deutlicher in der Rechtsprechung

35 — Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (Van Gend en Loos, Slg. 1963, 3, insbes. 26).

erkennen, mit der von einem bestimmten Zeitpunkt an die unterbliebene oder verspätete Umsetzung von Richtlinien bestraft wurde, indem auch diesen Richtlinien, natürlich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen, unmittelbare Wirkung beigemessen wurde [36]. Dies bestätigt die Feststellung, daß das Gemeinschaftssystem somit auch im Fall von Richtlinien in der Rechtsposition des einzelnen einen wirksamen Hebel gefunden hat, um deren Durchführung in Ermangelung der gebotenen Umsetzung zu gewährleisten.

30. Sodann ist bezeichnend, daß der Gerichtshof die Entschädigungspflicht des Staates unter den bereits im Urteil Francovich aufgestellten Bedingungen in einem Fall bestätigt hat, in dem es gerade um die Möglichkeit ging, sich im Verhältnis zwischen Privaten auf die unmittelbare Wirkung von Vorschriften einer nicht fristgerecht umgesetzten Richtlinie zu berufen [37].

Die Bejahung der Entschädigungspflicht für den Fall, daß eine Richtlinie sowohl wegen Fehlens einer unmittelbaren Wirkung aller Vorschriften, die erforderlich sind, um in den Genuß des durch sie dem einzelnen verliehenen Rechts zu kommen, als auch wegen Fehlens einer unmittelbaren „horizontalen" Wirkung bei genauen und unbedingten Richtlinien vor dem nationalen Gericht nicht unmittelbar herangezogen werden kann, stellt somit ebenfalls ein Mittel dar, um die Stellung des einzelnen zu stärken, indem die Möglichkeit gewährleistet wird, zumindest in vermögensmäßiger Hinsicht das durch die Säumnis des Staates entstandene Ungleichgewicht auszugleichen.

31. Zur Gewährleistung des vollen und effektiven Schutzes der Rechte, die durch eine den Staat verpflichtende Vorschrift mit unmittelbarer Wirkung verliehen werden,

36 — So viel ist sicher, daß die unmittelbare Wirkung von Anfang an sogenannten vertikalen Charakter hatte und behalten hat, gleichsam um den Gedanken zu bekräftigen, daß es sich nicht nur um eine innere Eigenschaft der Vorschrift, sondern um ein Mittel handelt, um zu verhindern, daß die Staaten aus ihrer Säumnis einen Vorteil ziehen. Bedeutsam ist auch, daß sich die Würdigung des Gerichtshofes in bezug auf Richtlinien schrittweise verfeinert und erweitert hat. So wurde z. B. die Kategorie der öffentlichen Körperschaften, gegenüber denen die Richtlinie geltend gemacht werden kann, ausgeweitet (vgl. Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88, Costanzo, Slg. 1989, 1839, und Urteil vom 12. Juli 1990 (Foster, zitiert in Fußnote 33), wie auch darauf hingewiesen wurde, daß die Gerichte und die Verwaltung der Mitgliedstaaten die nationalen Rechtsvorschriften in Übereinstimmung mit Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszulegen haben (vgl. Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83, von Colson, Slg. 1984, 1891, und Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89, Marleasing, Slg. 1990, I-4135, Randnr. 8). Insoweit muß man nur daran denken, daß das Kriterium der konformen Auslegung für die Richtlinien als solche gilt, unabhängig von ihrer etwaigen unmittelbaren Wirkung und von dem Rechtssubjekt, dem gegenüber die nationalen Bestimmungen geltend gemacht werden, so daß man nicht so sehr weit von den praktischen Wirkungen entfernt ist, die sich mit der bloßen horizontalen Wirkung der genauen und unbedingten Richtlinien einstellen würden.

37 — Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 27). Der Gerichtshof hat zunächst darauf hingewiesen, daß die Betreffenden eine nicht durchgeführte Richtlinie geltend machen können, indem sie sich vor dem nationalen Gericht unmittelbar auf deren Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung berufen, oder, wenn dies nicht möglich sein sollte, über eine Auslegung der entsprechenden nationalen Normen, die so weit wie möglich mit dieser Richtlinie in Einklang steht; sodann hat er ausgeführt: „Für den Fall, daß das von der Richtlinie vorgeschriebene Ziel nicht im Wege der Auslegung erreicht werden kann, ... [verpflichtet] das Gemeinschaftsrecht ... die Mitgliedstaaten zum Ersatz der den Bürgern durch die Nichtumsetzung einer Richtlinie verursachten Schäden." In diesem Sinne auch Urteil vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnr. 23). In diesem Fall stellte sich, obwohl es sich um eine Richtlinie — dieselbe wie in der Rechtssache Francovich — handelte, die bereits in die nationale Rechtsordnung umgesetzt worden war, das Problem, weil in den entsprechenden nationalen Normen eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern nicht berücksichtigt worden war, bezüglich deren die Richtlinie daher noch nicht durchgeführt war.

wird also die unmittelbar durch diese Vorschrift geschaffene Stellung des einzelnen benutzt. In der gleichen Weise wird zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte, die durch eine Vorschrift verliehen werden, die in dem Sinne ohne unmittelbare Wirkung ist, daß sie vor dem nationalen Gericht nicht unmittelbar klageweise geltend gemacht werden kann, gleichwohl aber ebenfalls eine Verpflichtung des Staates begründet, im Fall des Verstoßes des Staates gegen diese Verpflichtung der Anspruch des einzelnen auf Schadensersatz benutzt.

Das Schema bleibt somit das gleiche: Für die Durchführung einer den Staat verpflichtenden Vorschrift wird die Rechtsposition des einzelnen benutzt, das eine Mal mit ihrem *vollen materiellen Inhalt*, das andere Mal mit ihrem *vermögenswerten Inhalt*. Auch das Ergebnis ist das gleiche: Einerseits wird das vertragswidrige Verhalten des betreffenden Mitgliedstaats beseitigt, andererseits wird dem einzelnen ein effektiver Schutz der aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften geltend gemachten Rechte gewährleistet. Dadurch wird die Wirksamkeit der Vorschrift und somit die Wirksamkeit des Systems im ganzen gestärkt.

32. Die vorstehenden Bemerkungen machen mit hinreichender Klarheit deutlich, daß das Urteil Francovich keineswegs ein exzentrisches Moment in der Rechtsprechung des Gerichtshofes gewesen ist, sondern ein Übergang, der im Hinblick auf einen in Luxemburg mehrfach einmütig bekräftigten Wert, nämlich die Wirksamkeit der Gemeinschaftsvorschriften und somit die Vollständigkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes, völlig kohärent und konsequent ist [38].

Es ist unbestreitbar, daß es sich um einen grundlegenden Wert einer jeden, gemeinschaftlichen oder nationalen, Rechtsordnung handelt. Und es ist auch unbestreitbar, daß es die Beachtung dieses Wertes erfordern kann, daß den einzelnen, falls erforderlich, der Anspruch auf Ersatz der Schäden gewährleistet wird, die sie aufgrund der normativen Tätigkeit oder Untätigkeit der öffentlichen Stellen erlitten haben, unabhängig davon, ob der einzelne außer diesem Entschädigungsanspruch noch andere Mittel hat, um eine Verletzung der Rechtsposition, die er nach dem Gemeinschaftsrecht innehat, geltend zu machen.

33. Andererseits bedeutet die — nunmehr unstreitige — Bejahung der Entschädigungspflicht des Staates gegenüber dem einzelnen im Fall der Nichtdurchführung einer Richtlinie, also in einem Fall eines Verstoßes gegen die Verpflichtung des Staates (Verstoß gegen die Artikel 189 und 5 des Vertrages), der sich nur mittelbar mit einer Verletzung eines entsprechenden Rechts des einzelnen in Zusammenhang bringen läßt, erst recht, daß es

38 — In dem Sinne, daß „the decision in Francovich is undoubtedly consistent with, and a natural and logical extension of, the Court's case law" und daß nach der Anerkennung der unmittelbaren Wirkung und der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, den Gemeinschaftsvorschriften volle Wirksamkeit zu verleihen, „it was but a small step to guarantee their full effect by holding states liable in damages for infringements of those rights for which they were responsible", siehe Steiner: „From direct effects to Francovich: shifting means of enforcement of Community Law", in: *European Law Review*, 1993, S. 3 ff., insbes. S. 9. Die Literatur zum Urteil Francovich ist bekanntlich mittlerweile beträchtlich. Unter den jüngsten Beiträgen siehe Zenner: „Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen", München, 1995.

möglich sein muß, gerade diesen Schutz in den Fällen zu gewähren, in denen *unmittelbar* Vorschriften verletzt sind, die dem einzelnen eine subjektive Rechtsposition einräumen und daher vor den nationalen Gerichten unmittelbar herangezogen werden können.

In diesem Sinne kann die Auffassung, daß man nicht „über" die Bejahung der Haftung im Fall der Nichtumsetzung von Richtlinien „hinausgehen" könne, nicht nur aus den bisher dargelegten Gründen nicht geteilt werden, sondern sie beachtet auch nicht, daß gerade der Fall Francovich allenfalls die letzte (und nicht die erste) Etappe darstellt, die die Rechtsprechung des Gerichtshofes erreichen kann. Denn bei genauem Hinsehen hat das Urteil Francovich ein Mittel des (zumindest vermögensmäßigen) Schutzes gewährt, wo der vorgesehene Schutz der des Artikels 169 war, der kein unmittelbarer Schutz für den einzelnen ist. Dagegen besteht im Fall des Verstoßes gegen Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung der Schutz bereits und kann von dem einzelnen unmittelbar eingeklagt werden, so daß es nur darum geht, ihn um das Minus, das der Vermögensschutz darstellt, zu ergänzen. In diesem Fall braucht man nicht einmal den „ganz kleinen" logischen Sprung, der dagegen erforderlich ist, um vom Verstoß gegen Artikel 189 zur Verletzung des Rechts zu gelangen, das die Richtlinie dem einzelnen potentiell verleiht.

Es darf auch nicht vergessen werden, daß die Rechtsprechung bezüglich der Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung beständig bekräftigt, daß diese „ihre volle Wirkung einheitlich in sämtlichen Mitgliedstaaten vom Zeitpunkt ihres Inkrafttretens an und während der gesamten Dauer ihrer Gültigkeit entfalten müssen" [39] und daß sich „diese Wirkung ... auf jedes Gericht [erstreckt], das, angerufen im Rahmen seiner Zuständigkeit, als Organ eines Mitgliedstaats die Aufgabe hat, die Rechte zu schützen, die das Gemeinschaftsrecht den einzelnen verleiht" [40]. Somit ist klar, daß die Gemeinschaftsvorschrift mit unmittelbarer Wirkung dem einzelnen von ihrem Inkrafttreten an und während ihrer gesamten Geltungsdauer eine subjektive Rechtsposition einräumt, und zwar unabhängig von und auch trotz einer früheren oder späteren nationalen Vorschrift, die dieselbe Rechtsposition gegebenenfalls verneint. Daraus folgt also, daß das nationale Gericht einen vollständigen und effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte, die dem einzelnen durch die betreffende Gemeinschaftsvorschrift verliehen werden, zu gewähren hat.

34. Nun, es ist unbestreitbar, daß der Verstoß gegen eine Vorschrift ein Ungleichgewicht schafft, das in der Reduzierung oder Aufhebung der betroffenen Rechtsstellung, vorliegend eines einzelnen, besteht; es unterliegt außerdem keinem Zweifel, daß jede subjektive Rechtsstellung, jedes „Recht", wenn man so will, einen materiellen und einen normalerweise quantifizierbaren vermögenswerten Inhalt hat. Die Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes im Fall des Verstoßes gegen die Vorschrift, die eine subjektive Rechtsposition einräumt, zu gewährleisten, bedeutet die inhaltliche Wiederherstellung des durch den Verstoß gegen die

39 — Vgl. u. a. Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629, Randnr. 14) und Urteil vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 811/79 (Ariete, Slg. 1980, 2545, Randnr. 5).

40 — Urteil Simmenthal (zitiert in Fußnote 39, Randnr. 16).

Vorschrift beeinträchtigten Rechts. Und wenn die rechtswidrige Beeinträchtigung des Rechts des einzelnen durch einen Hoheitsakt — einen Verwaltungsakt oder ein Gesetz — erfolgt, muß dessen Urheber das Recht des einzelnen oder zumindest seinen vermögenswerten Inhalt wiederherstellen.

Abschließend gesagt, die Wiederherstellung des vermögenswerten Inhalts ist ein Minus, eine Mindestabhilfe, verglichen mit dem Fall der vollständigen materiellen Wiederherstellung, die das beste Schutzmittel bleibt. Die Aufhebung des rechtswidrigen Aktes oder die Nichtanwendung des im Hinblick auf einen höherrangigen Rechtmäßigkeitsparameter unvereinbaren Gesetzes ist in einem Rechtsstaat erforderlich. Bisweilen reicht dies jedoch nicht aus, so daß es erforderlich sein kann, zur Verwirklichung eines realen und effektiven Schutzes auch den vermögenswerten Inhalt des verletzten Rechts wiederauszugleichen und folglich den Ersatz des Schadens zu gewährleisten. Der vermögensmäßige Wiederausgleich des verletzten Rechts ist daher nichts Andersartiges oder Ergänzendes und noch weniger etwas Neues. Und er stellt auch keine gekünstelte und fernliegende „Option" einer Rechtsordnung dar, die effektiv sein will und muß.

Kurz und gut, der Grundsatz der vermögensmäßigen Haftung des Staates muß also gegenüber dem materiell-rechtlichen Schutz sowohl als alternative als auch als zusätzliche Abhilfe Anwendung finden; er muß daher für Verstöße sowohl gegen Vorschriften ohne unmittelbare Wirkung in dem Sinne, daß sie vor den nationalen Gerichten nicht unmittelbar herangezogen werden können, als auch gegen Vorschriften, die eine solche Möglichkeit bieten, gelten.

c) *Die Entschädigungspflicht des Staates für Handlungen des Gesetzgebers*

35. Eine derartige Schlußfolgerung kann meines Erachtens nicht dadurch entkräftet werden, daß die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht mitunter oder häufig dem Gesetzgeber zuzurechnen sind.

Ich weise insoweit darauf hin, daß das Urteil Francovich, das doch keiner der Staaten, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen eingereicht haben, in Frage gestellt hat, nicht danach unterscheidet, ob der Schaden von einem Verstoß herrührt, der auf Versäumnisse der Legislative oder der Exekutive zurückzuführen ist. Und es besteht sicherlich kein Grund zu der Annahme, daß in den hier interessierenden Fällen eine andere Schlußfolgerung geboten wäre.

Jedoch könnte die Möglichkeit, Schadensersatz zu gewähren, wie die vorlegenden Gerichte in ihren Vorlagebeschlüssen ausgeführt haben, bei ihnen durch ihr eigenes nationales Recht ausgeschlossen sein, gerade weil die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegend dem Gesetzgeber zuzurechnen sind, sei es, weil dieser es unterlassen

hat, ein nationales Gesetz so zu ändern, daß es dem Gemeinschaftsrecht entspricht (Rechtssache C-46/93, Brasserie du pêcheur), oder weil er ein mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbares nationales Gesetz erlassen hat (C-48/93, Factortame III). Im wesentlichen würde das nationale Recht somit in Anbetracht der Unmöglichkeit, eine Haftungsklage wegen der Tätigkeit oder Untätigkeit des Gesetzgebers zu erheben, in derartigen Fällen zur Verneinung des Haftungsgrundsatzes selbst führen.

36. Es trifft zu, daß das Nichtbestehen der Staatshaftung für Handlungen des Gesetzgebers in der Vergangenheit ein verbreiteter Gedanke war. Er fand seine Daseinsberechtigung in der Auffassung, daß sich der Souverän nicht rechtswidrig verhalten könne, oder, in der moderneren und demokratischeren Version, in der Souveränität des Parlaments. Mit anderen Worten, der Gesetzgeber wäre als höchster Ausdruck der souveränen Macht und auch in Anbetracht der demokratischen Legitimität, die er genießt, grundsätzlich den allgemeinen Haftungsregeln entzogen.

Für eine solche Konzeption, die sich vor allem in den Rechtssystemen herausgebildet hat, die keine Feststellung der Vereinbarkeit des Gesetzes im Hinblick auf einen höherrangigen Parameter kennen, müßten andere Bedingungen gelten, wenn es eine höherrangige Norm gibt, die es erlaubt, die Rechtmäßigkeit der Tätigkeit des Gesetzgebers zu prüfen und gegebenenfalls zu verneinen. Allerdings ist auch in den Rechtsordnungen, in denen nicht nur eine klare formale Hierarchie zwischen Verfassungs- und Gesetzesnormen, sondern auch ein Ad-hoc-Kontrollmechanismus in bezug auf die permanente Einhaltung dieser Hierarchie besteht (z. B. in Österreich, Italien, Deutschland und Spanien), die Frage der Ersatzfähigkeit der aus einem verfassungswidrigen Gesetz folgenden Schäden alles andere als unstreitig gelöst [41]. Daraus folgt, daß in derartigen Fällen nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, daß der Staat für Schäden in Anspruch genommen wird, die durch für verfassungswidrig erklärte Gesetze verursacht werden.

37. Es trifft zu, daß, wenn der Gesetzgeber bei der Durchführung seiner institutionellen Aufgaben verpflichtet ist, bestimmte, durch höherrangige Normen gesetzte Grenzen einzuhalten, kein Grund der allgemeinen Rechtstheorie dagegen spricht, daß der Staat zum Ersatz der Schäden verpflichtet sein kann, die durch Gesetze verursacht worden sind, die diese Grenzen verletzt haben. Unter diesen Umständen ist die Haftung für Handlungen des Gesetzgebers gedanklich nicht weit entfernt und nicht sehr verschieden von der Haftung der Verwaltung für ihre Rechtsetzungstätigkeit, die heute problemlos in mehr oder weniger allen Breiten bejaht wird.

41 — Z. B. ist eine solche Möglichkeit in Deutschland nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern nur, soweit sich die verletzte Amtspflicht nicht auf einen bestimmten Dritten bezieht, was, wie bereits bemerkt, in der Mehrzahl der Fälle, in denen es um dem Gesetzgeber zuzurechnende unerlaubte Handlungen geht, der Fall ist; dagegen wird diese Möglichkeit gerade aus den angegebenen Gründen unstreitig in bezug auf Einzelfallgesetze zugelassen. Die herrschende Lehre ist allerdings der Meinung, daß ein Schadensersatzanspruch des einzelnen zumindest im Fall der Verletzung von Grundrechten gegeben sein könnte (vgl. insoweit u. a. Haverkate: „Amtshaftung bei legislativem Unrecht und die Grundrechtsbildung des Gesetzgebers", *NJW* 1973, 441). In Italien, wo die Frage noch immer erörtert wird, ist diese Möglichkeit z. B. im Sonderfall der festgestellten Verfassungswidrigkeit der in Durchführung der Bodenreform ergangenen Enteignungsdekrete des Präsidenten bejaht worden, wobei die Entschädigungspflicht allerdings die Agrarreformbehörde traf, der wirklich kein rechtswidriges Verhalten zur Last gelegt werden konnte: Daher die Ansicht, daß sich der Schadensersatz in diesen Fällen eher als Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung darstelle, die ausschließlich auf den Wert des verlorenen Gutes gerichtet sei (vgl. hierzu Zagrebelsky: „Processo costituzionale", in: *Enciclopedia del diritto* XXXVI, 1987, S. 639).

Das ist noch nicht alles. Es ist bekannt, daß in der Mehrzahl der Rechtsordnungen in bestimmten Fällen die Vermögenseinbuße ausgeglichen wird, die ein einzelner infolge einer Tätigkeit des Gesetzgebers erleidet, die völlig rechtmäßig ist, da sie ohne Verstoß gegen eine Handlungsnorm erfolgt ist: Man denke an die Fälle der Verstaatlichung und der Enteignung zu öffentlichen Zwecken. Gesteht man aber zu, daß das für die rechtliche und vermögensmäßige Stellung des einzelnen *rechtmäßig* angeordnete Opfer zugunsten des öffentlichen Interesses mit einer angemessenen Entschädigung verbunden sein muß, wäre es zumindest sonderbar, wenn man annähme, daß, wenn dieser Schaden durch einen Akt verursacht wurde, der wegen Verstoßes gegen eine höherrangige Norm (Verfassungsnorm, Gemeinschaftsnorm, jedenfalls eine dem Akt vorgehende Norm) *rechtswidrig* ist, kein Raum für eine Entschädigung sei.

38. Man braucht sodann kaum daran zu erinnern, daß in den durch das Völkerrecht geregelten Beziehungen die Staatshaftung für Handlungen des Gesetzgebers allgemein und unstreitig anerkannt ist [42]. Als eine der Gelegenheiten, bei denen dies zum Ausdruck kommt, ist auf den vom Ständigen Internationalen Gerichtshof aufgestellten Grundsatz hinzuweisen, wonach die Wiedergutmachungspflicht die unmittelbare Folge eines gegen das Völkerrecht verstoßenden schädigenden Aktes ist, der einem Staat zuzurechnen ist. Genauer: „*Es stellt einen Grundsatz des Völkerrechts dar, daß der Verstoß gegen eine Verpflichtung die Pflicht zur Entschädigung in angemessener Form nach sich zieht. Die Entschädigung ist somit die unerläßliche Ergänzung der Nichtanwendung einer Konvention, ohne daß es erforderlich wäre, dies in der Konvention selbst zu verankern.*“ [43]

39. Gewiß, ich will nicht verschweigen, daß für das Völkerrecht die Verpflichtung des Staates zum Schadensersatz auch dann, wenn die Entschädigung im konkreten Fall darauf gerichtet ist, die vermögensmäßige Stellung einzelner wiederherzustellen, gegenüber einem oder mehreren Staaten besteht und nicht, wie etwa in dem uns vorliegenden Fall, unmittelbar gegenüber den einzelnen.

Mir scheint jedoch nicht, daß man die Besonderheiten und Eigenheiten der Gemeinschaftsrechtsordnung außer acht lassen kann. Diese Ordnung ist ja, soweit hier von Bedeutung, auf einer vertraglichen Grundlage errichtet. Der Vertrag enthält, wie auch andere Abkommen zur Errichtung internationaler Organisationen, eine Reihe von Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in bezug auf die Verwirklichung der aufgestellten, freiwillig vereinbarten Ziele sowie auf das Funktionieren eines institutionellen Gefüges mit Befugnissen, die zum sehr großen Teil, aber nicht vollständig im voraus festgelegt sind. Das besondere und letzte Ziel

42 — Das Völkerrecht kennt tatsächlich nur die Haftung des Staates im ganzen betrachtet, also in seiner Einheit begriffen. Folglich wird nicht danach unterschieden, ob die schadensverursachende Verletzung dem Gesetzgeber, dem Richter oder dem Verwaltungsbeamten zuzurechnen ist. Diese Betrachtungsweise findet sich allerdings auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 169: Der Verstoß gegen eine gemeinschaftliche Verpflichtung wird unabhängig davon, wem konkret die Einhaltung dieser Verpflichtung obliegt, in jedem Fall dem Staat zugerechnet (vgl. u. a. Urteil vom 5. Mai 1970 in der Rechtssache 77/69, Kommission/Belgien, Slg. 1970, 237, Randnr. 15; Urteil vom 18. November 1970 in der Rechtssache 8/70, Kommission/Italien, Slg. 1970, 961, Randnr. 9; Urteil vom 26. Februar 1976 in der Rechtssache 52/75, Kommission/Italien, Slg. 1976, 277, Randnr. 14).

43 — Urteil vom 26. Juli 1927, Factory at Chorzów (CPGI, Serie A, Nr. 8, S. 21, Hervorhebung von mir). Der gleiche Grundsatz wurde vom Internationalen Gerichtshof später im Gutachten vom 30. März 1950 über die Auslegung der Friedensverträge mit Bulgarien, Ungarn und Rumänien bekräftigt (CGI, 1950, S. 228).

der vertraglichen Grundlage ist im Fall der Gemeinschaft jedoch das der Integration und gerade dasjenige, „die Grundlagen für einen immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker zu schaffen" [44], u. a. durch die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes. Daraus folgt, daß sich die traditionellen, sagen wir auch, internationalistischen Instrumente, die vorgesehen sind, um die ordnungsgemäße und pünktliche Erfüllung der Verpflichtungen durch die Mitgliedstaaten zu erreichen, zum größten Teil dahin gewandelt haben und sich weiter dahin wandeln, daß der Rechtsposition des einzelnen höchste und unmittelbare Bedeutung beigemessen wird. Der Grund besteht darin, daß die Verpflichtungen der Staaten und der Gemeinschaftsorgane — in einem System, das ein gemeinschaftliches sein wollte und sein will — vor allem auf die Schaffung von Rechten der einzelnen gerichtet sind. Dies ist der von den Verfassern des Vertrages bestimmte und vom Gemeinschaftsgesetzgeber gefestigte Rahmen.

40. Der Gerichtshof hat sich in einer bestens bekannten Rechtsprechung darauf beschränkt, genau diesen Willen der Verfasser des Vertrages und danach des Gesetzgebers zur Kenntnis zu nehmen, und ausgeführt, daß der EG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen hat, „zu deren Gunsten die Mitgliedstaaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben" [45]. Die Subjekte dieser Rechtsordnung sind nicht nur die Staaten, sondern auch die einzelnen, denen das Gemeinschaftsrecht Rechte verleiht, die Teil ihres rechtlichen Besitzstands werden, Rechte, die nicht nur dann entstehen, wenn sie im Vertrag ausdrücklich erwähnt sind, sondern auch in bezug auf die Verpflichtungen, die der Vertrag den einzelnen, den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen auferlegt.

41. Daher muß man im Hinblick auf — die gemeinschaftlichen — Vorschriften, die die Stellung der einzelnen regeln und deren Vorrang gegenüber den nationalen Vorschriften anerkannt ist, einräumen, daß es für einen angeblich generellen Ausschluß der Haftung des nationalen Gesetzgebers keine Rechtfertigung gäbe. Schon der Gedanke der Haftung des gesetzgebenden Staates in Zusammenhang mit den Verpflichtungen, die durch das Gemeinschaftsrecht aufgestellt und somit von eben diesen Staaten vertraglich vereinbart oder mit den späteren, zu diesem Zweck vorgesehenen Verfahren geschaffen wurden, ist vielmehr völlig kohärent — und damit notwendig verbunden — mit den grundlegenden und typischen Merkmalen der Gemeinschaftsrechtsordnung.

42. Abschließend gesagt, auch im Lichte des Urteils Francovich, aber schon aufgrund der Besonderheit der Gemeinschaftsrechtsordnung insgesamt, ist es also völlig unerheblich, ob die unerlaubte Handlung dem Gesetzgeber oder der Exekutive zuzurechnen ist.

Jedenfalls ist die Frage der Haftung des gesetzgebenden Staates in den Fällen überholt, in denen die unerlaubte Handlung mit unmittelbar wirksamen Vorschriften in Zusammenhang steht. Die Feststellung des Gerichtshofes, daß es „im übrigen widersprüchlich [wäre], zwar zu entscheiden, daß die einzelnen sich vor den nationalen Gerichten auf die Bestimmungen einer Richtlinie, die die oben herausgestellten Voraussetzungen erfüllen, berufen können, um das Verhalten der Verwaltung beanstanden zu lassen, trotzdem aber die Auffassung

44 — Vgl. die Präambel des EG-Vertrags.

45 — Vgl. insbes. Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (Van Gend en Loos, zitiert in Fußnote 35) und Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa/Enel, Slg. 1964, 1127).

zu vertreten, daß die Verwaltung nicht verpflichtet ist, die Bestimmungen der Richtlinie dadurch einzuhalten, daß sie die Vorschriften des nationalen Rechts, die damit nicht im Einklang stehen, unangewendet läßt" [46], bedeutet nämlich, daß auch die öffentliche Verwaltung verpflichtet ist, den Schutz der Rechte zu gewährleisten, auf die sich die einzelnen aufgrund gemeinschaftlicher Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung berufen. Daraus folgt in dieser Hinsicht, daß es gegebenenfalls sehr wohl möglich ist, die Haftung der öffentlichen Verwaltung dafür geltend zu machen, daß sie in Durchführung eines angeblich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Gesetzes schädigende Maßnahmen erlassen hat oder jedenfalls ein derartiges Gesetz angewandt hat.

In diesem Sinne scheint sich z. B. der französische Conseil d'Etat orientiert zu haben, der die Staatshaftung für einen Verstoß (*faute* [47]) der Verwaltungsbehörde zumindest dann angenommen hat, wenn diese von dem Ermessen Gebrauch gemacht hat, das ihr durch ein gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Gesetz eingeräumt worden ist [48]. Es ist wahr, daß in Fällen dieser Art der Grund für die Haftung tatsächlich immer in einer dem Gesetzgeber zuzurechnenden unerlaubten Handlung, d. h. in einem mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Gesetz, liegt. Doch ist es natürlich Sache des nationalen Rechts, zu bestimmen, ob diese Zurechnung des Verstoßes als von der Verwaltung begangen einen „unerläßlichen" prozessualen und/oder materiell-rechtlichen Notbehelf, um zu einer Haftung des Gesetzgebers zu gelangen, oder aber die korrekte Vorgehensweise darstellt.

43. Das Gemeinschaftsrecht verlangt, daß, soweit hier von Bedeutung ist, jedenfalls die nötigen Instrumente vorgesehen sind, damit der einzelne den Ersatz der Schäden, die er infolge von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht erlitten hat, geltend machen und gegebenenfalls erhalten kann. Insoweit ist allerdings klarzustellen, daß das Problem der Bestimmung eines gerichtlichen Rechtsbehelfs, der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht bereits bekannt oder zulässig ist, nicht unüberwindbar ist und auch kein neues Problem darstellt. Es ist weder neu im Verhältnis zu den spezifischen, vorliegend zu prüfenden Gegebenheiten noch deshalb, weil es bereits vom Gerichtshof in einigen denkwürdigen und unangefochtenen Passagen seiner Rechtsprechung überwunden worden ist.

Dies belegen insbesondere Rechtssachen wie Simmenthal [49] und Factortame I [50], in denen dem Gerichtshof jeweils die Frage vorgelegt wurde, ob ein bestimmter gerichtlicher Rechtsbehelf, den das Gericht nach der

46 — Urteil vom 22. Juni 1989 (Fratelli Costanzo, zitiert in Fußnote 36, Randnr. 31).

47 — Es sollte kurz darauf hingewiesen werden, daß in Zusammenhang mit der Rechtsetzungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung der Begriff *faute* von der Lehre und der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (die den Begriff entwikkelt hat) im Sinne eines schlechten Funktionierens des öffentlichen Dienstes begriffen wird, das daher, so sehr dies auch als außergewöhnlich erscheinen mag, vom Verschulden absieht. Der oft angeführte Grundsatz lautet nämlich: „Toute décision illégale est en principe fautive." Kurz gesagt, im französischen System entspricht der Unterschied zwischen *responsabilité pour faute* und *responsabilité sans faute* nicht so sehr dem zwischen Verschuldenshaftung und verschuldensunabhängiger Haftung, sondern, wenn auch nur annäherungsweise, dem zwischen Haftung für rechtswidrige und für rechtmäßige Handlungen.

48 — Urteil vom 28. Februar 1992, Arizona Tobacco Products GmbH, in: AJDA, 1992, S. 210. Dagegen hat sich die Cour administrative d'appel Paris allgemein auf die Haftung des Staates bezogen, um dessen Schadensersatzpflicht für eine im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht rechtswidrige Situation zu begründen, die durch den Gesetzgeber geschaffen wurde, Urteil vom 1. Juli 1992, Société Dangeville, in: AJDA, 1992, S. 728, mit kritischer Anmerkung Prétot.

49 — Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Slg. 1978, 629).

50 — Urteil vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (Slg. 1990, I-2433).

nationalen Verfahrensordnung nicht anerkennen konnte, aufgrund des Gemeinschaftsrechts zuerkannt und eingesetzt werden konnte oder mußte.

44. In der Rechtssache Simmenthal ging es um die Befugnis des italienischen Gerichts, von sich aus unmittelbar eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende nationale Vorschrift unangewendet zu lassen, ohne zuvor auf das Verfahren vor der Corte costituzionale zurückgreifen zu müssen, in dem ihre Verfassungswidrigkeit festgestellt würde. Indem der Gerichtshof die der nationalen Rechtsordnung unbekannte Befugnis/Pflicht des nationalen Gerichts, die den gemeinschaftlichen Vorschriften widersprechende Vorschrift unangewendet zu lassen, sogar angesichts einer gegenteiligen, ausdrücklichen und wiederholten Rechtsprechung des Verfassungsgerichts im Gemeinschaftsrecht verankert hat, hat er die Autonomie des Mitgliedstaats in bezug auf die Mittel des gerichtlichen Schutzes der Rechte, die dem einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehen werden, teilweise aufgehoben. Und es ist auch für den heutigen Kontext bemerkenswert, daß der Gerichtshof im Urteil Simmenthal nicht das Fehlen eines Schutzes, sondern bereits eine bloße Verzögerung des Schutzes für untragbar gehalten hat, wobei er allerdings diesem Gesichtspunkt gegenüber den Vorteilen in bezug auf Sicherheit und Endgültigkeit den Vorrang gegeben hat, die das auf die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit gegründete System, das bis dahin praktiziert wurde, immerhin unzweifelhaft aufwies.

In der Rechtssache Factortame I stellte sich erneut, wie in der Rechtssache Simmenthal, die Frage, ob dann, wenn dem nationalen Gericht nach seiner Rechtsordnung eine Befugnis fehlt — im konkreten Fall, die Anwendung eines Gesetzes im Wege der einstweiligen Anordnung wegen vermuteter, aber noch nicht festgestellter Unvereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht auszusetzen —, diese Befugnis eine Grundlage im Gemeinschaftsrecht finden kann. Der Gerichtshof hat wie im Urteil Simmenthal geantwortet, daß ein Hindernis für den effektiven gerichtlichen Schutz eines Rechts, das der einzelne aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften geltend macht, vom nationalen Gericht beseitigt werden muß und daß demzufolge die Vorschrift, die das Hindernis gegebenenfalls enthält, unangewendet bleiben muß.

45. Letzten Endes unterliegt die Autonomie der Mitgliedstaaten in bezug auf die gerichtlichen Rechtsbehelfe für den Verstoß gegen Rechte, die durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehen werden, obgleich sie vom Gerichtshof bekräftigt worden ist [51], beachtlichen Ausnahmen, und zwar insbesondere immer dann, wenn dies unerläßlich wird, um eine ordnungsgemäße Durchführung des Gemeinschaftsrechts und einen vollständigen und effektiven Schutz der Rechte zu sichern, die die einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend machen.

So hat der Gerichtshof z. B. im Urteil Salgoil noch auf die Verpflichtung der nationalen Gerichte hingewiesen, den einzelnen einen

51 — Vgl. Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80 (Rewe, Slg. 1981, 1805, Randnr. 44), in dem ausgeführt wird, daß der Vertrag weder zusätzlich zu den in den nationalen Rechtsordnungen bereits bestehenden Verfahren neue Verfahren einführen noch die Wahl der Gerichte bezüglich der geeignetsten Schutzmittel einschränken wollte. In Wahrheit hat diese Feststellung lange nicht die absolute Bedeutung, die auf den ersten Blick zu bestehen scheint.

unmittelbaren und sofortigen Schutz ihrer Interessen zu gewähren, und dabei klargestellt, daß „es jedoch Sache der Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten ist, das hierfür zuständige Gericht zu bestimmen und zu diesem Zweck die genannten Rechte nach den Merkmalen des innerstaatlichen Rechts zu qualifizieren" [52], während im Urteil Bozzetti diese Mehrdeutigkeit verschwindet. Dort wird nämlich die Verpflichtung bekräftigt, „in jedem Einzelfall" den wirksamen Schutz der Rechte der einzelnen zu gewährleisten, und ausgeführt, daß es nur innerhalb dieser genauen Grenzen („con questa riserva" [unter diesem Vorbehalt]) „nicht Aufgabe des Gerichtshofes [ist], bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, die die Qualifizierung bestimmter, auf dem Gemeinschaftsrecht beruhender Rechtslagen im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwerfen kann" [53]. Der Einschub *„con questa riserva"* ist natürlich der wichtigste Schlüssel zum Verständnis, da er die Grenzen der Autonomie der nationalen Rechtsordnungen unterstreicht; nicht von ungefähr, so scheint mir, ist der gleiche Einschub in Randnummer 42 des Urteils Francovich enthalten.

46. Es darf ferner nicht vergessen werden, daß auch der Gemeinschaftsgesetzgeber Ausnahmen von der Autonomie der Mitgliedstaaten eingeführt hat, z. B. bei den gemeinschaftsrechtlich geregelten öffentlichen Aufträgen, gerade unter dem Aspekt des Schadensersatzes. Ich spreche dabei natürlich von der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989, die die Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge koordiniert [54], und der entsprechenden Richtlinie 92/13/EWG vom 25. Februar 1992 über die Nachprüfungsverfahren in bezug auf die sogenannten ausgenommenen Sektoren [55].

Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist in Anbetracht einer großen Lösungsvielfalt in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht nur unter dem Gesichtspunkt des materiellen und damit tatsächlichen Schutzes, sondern auch für den Fall des fehlenden oder unzureichenden tatsächlichen Schutzes dadurch tätig geworden, daß er ein — sicher in nicht wenigen nationalen Rechtsordnungen unbekanntes — System des Ersatzes der Schäden vorgesehen hat, die aus der Rechtswidrigkeit des Ausschreibungsverfahrens folgen [56].

47. Abschließend kann man also sehr wohl behaupten, daß es sich bei der Autonomie der Mitgliedstaaten in bezug auf die gerichtlichen Rechtsbehelfe wegen des Verstoßes gegen Rechte aus Gemeinschaftsvorschriften

52 — Urteil vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 13/68 (Slg. 1968, 680, insbes. 693 f.).

53 — Urteil vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 179/84 (Slg. 1985, 2301, Randnr. 17).

54 — ABl. L 395, S. 33.

55 — ABl. L 76, S. 14.

56 — Dadurch kam es in den Systemen vieler Mitgliedstaaten spürbar zu Neuerungen. Im italienischen System z. B., das sogar zu den Systemen zählt, in denen die Garantie am ausgeprägtesten ist, und das jedenfalls eines der wenigen ist, in dem nach Aufhebung des rechtswidrigen Verwaltungsakts auch die Nichterfüllung der auf seiner Grundlage entstandenen vertraglichen Situation erreicht werden konnte, stellt die Möglichkeit des Schadensersatzes für die Verletzung von Positionen, die herkömmlicherweise der Kategorie der berechtigten Interessen und nicht der der subjektiven Rechte zugerechnet werden, obgleich allein auf die gemeinschaftsrechtlich geregelten Beziehungen beschränkt (vgl. Cassazione, 5. März 1993, Nr. 2667, in: Foro it., 1993, I, 3062), eine regelrechte *Kulturrevolution* dar.

um eine Autonomie handelt, die eng mit dem vom Gemeinschaftsrecht gewollten Ergebnis zusammenhängt [57].

Nun, im Fall des Verstoßes gegen Gemeinschaftsvorschriften durch die Staaten muß das Ergebnis, das erforderlich ist, um, soweit hier von Interesse, ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Gemeinschaftsrechtsordnung im ganzen zu erreichen, so ausgestaltet sein, daß bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die gleiche Rechtslage, die bestünde, wenn der Staat nicht seine Verpflichtung aus dem Gemeinschaftsrecht nicht erfüllt hätte, zumindest ihrem vermögenswerten Inhalt nach wiederhergestellt wird.

**II — Zu den Voraussetzungen für die Entschädigungspflicht des Staates**

48. Die Haftung ist also mit jedem Fall des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht verbunden, auch dann, wenn der Schaden aus Verstößen gegen Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung folgt, unabhängig von dem Staatsorgan, dem der Schaden zuzurechnen ist (auch der Gesetzgeber kommt insoweit in Betracht). Es bleibt die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Haftung und parallel dazu der Anspruch des einzelnen auf Schadensersatz bestehen.

Das Problem liegt in Ermangelung besonderer Gemeinschaftsvorschriften, die diesen Bereich regeln, tatsächlich in der Festlegung der Voraussetzungen, die für die Staatshaftung gelten, und in der konkreten Möglichkeit, deren Vorliegen festzustellen. Außerdem ist auch gerade die Praktikabilität der angebotenen Lösungen gut zu bedenken.

49. Gewiß, das Gemeinschaftsrecht könnte sich, wie von einigen Staaten im Laufe des vorliegenden Verfahrens vorgeschlagen, sehr wohl auf die grundsätzliche Bejahung der Haftung und der Entschädigungspflicht beschränken und dem jeweiligen nationalen Recht die Aufgabe überlassen, ihre Voraussetzungen zu bestimmen und sowohl ihre materiellen als auch ihre formellen Modalitäten zu regeln.

Eine derartige Lösung weist jedoch, wie bereits zu Anfang angedeutet, erhebliche Nachteile auf, vor allem den, daß sie nicht das Ergebnis sichert, das gemeinschaftsrechtlich mit der grundsätzlichen Bejahung der Haftung gewollt ist, d. h. den vollen und effektiven Schutz der Rechte, die der einzelne aufgrund der Gemeinschaftsvorschrift, die als verletzt angesehen wird, geltend macht. Daß darin objektiv eine Gefahr liegt, zeigen die Fragen der vorlegenden Gerichte, die gerade auf dem Umstand beruhen, daß das anwendbare nationale Recht in den

57 — Für eine teilweise andere Betrachtungsweise, vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Jacobs vom 15. Juni 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (van Schijndel und van Veen, Slg. 1995, I-4705, I-4707).

vorliegenden Fällen keinen Schadensersatz gewährt. Jedenfalls ist es aber nur zu offensichtlich, daß eine bloße Verweisung auf das nationale Recht mit der Gefahr verbunden wäre, ein diskriminierendes System aufrechtzuerhalten, da die Gemeinschaftsbürger hinsichtlich des gleichen Verstoßes unterschiedlich gesichert wären und mancher überhaupt nicht gesichert wäre.

50. Damit also der Schutz durch Schadensersatz in allen Mitgliedstaaten zumindest in gleichartiger — wenn auch nicht eigentlich in einheitlicher — Weise sichergestellt ist, ist es unerläßlich, daß das Gemeinschaftsrecht selbst wenigstens die Mindestvoraussetzungen aufstellt, die den Entschädigungsanspruch bestimmen, insbesondere die Kriterien, nach denen diese Voraussetzungen festgestellt werden, und die „gemeinschaftlichen" Grenzen setzt, die für die „nationalen" prozessualen und sonstigen Voraussetzungen für die Entschädigung gelten.

Dies ist auch die Lösung, für die sich der Gerichtshof, obgleich mit einigen Besonderheiten, die mit dem konkreten Fall zusammenhingen, im Urteil Francovich entschieden hat. Und es gibt keinen Grund für die Annahme, daß eine solche Lösung nur im Fall der Nichtumsetzung von Richtlinien und nicht auch für Verstöße gegen Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung gilt.

51. Im Urteil Francovich hat der Gerichtshof, ich erinnere daran, auch wenn er ausgeführt hat, daß der Staat zur Wiedergutmachung der Folgen des verursachten Schadens im Rahmen der Bestimmungen des nationalen Rechts verpflichtet ist, die Voraussetzungen selbst bestimmt und festgelegt, die „[ausreichen], um dem einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben, der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist" (Randnr. 41). Der Mitgliedstaat, dem die Nichtumsetzung einer Richtlinie zuzurechnen ist, ist somit, sofern die vom Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, in jedem Fall verpflichtet, den dem einzelnen entstandenen Schaden zu ersetzen.

Diese Aussage ist jedoch nicht so zu verstehen, daß das Vorliegen dieser Voraussetzungen bei jedem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht für den Schadensersatz ausreichte. Der Gerichtshof hat nämlich klargestellt, daß „die Voraussetzungen, unter denen diese gemeinschaftsrechtlich gebotene Staatshaftung einen Entschädigungsanspruch eröffnet, ... von der Art des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht abhängen, der dem verursachten Schaden zugrunde liegt" (Randnr. 38).

52. Die notwendigen Erfordernisse dafür, daß die Haftung der Mitgliedstaaten entsteht, können somit von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Jedoch wird es sich, wie im Urteil Francovich, um im Gemeinschaftsrecht selbst bestimmte und festgelegte Erfordernisse handeln müssen.

Mit anderen Worten, es trifft zu, daß die im Urteil Francovich aufgeführten

Voraussetzungen im Fall des Verstoßes gegen Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung nicht erforderlich und/oder ausreichend sein können, um einen Entschädigungsanspruch zu eröffnen. Doch müssen auch für diesen Fall die Voraussetzungen bestimmt werden, die ausreichen, damit der einzelne die Entschädigung erhalten kann. Und es muß kaum darauf hingewiesen werden, daß sich die *hinreichenden Voraussetzungen*, wie dem Urteil Francovich zu entnehmen ist, auf die *materiellen* Haftungsvoraussetzungen beziehen.

53. Nun, eine rasche Untersuchung der in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden Staatshaftungssysteme zeigt, daß zumindest der Grundsatz als allgemein anerkannt angesehen werden kann, daß für das schadensverursachende Ereignis das Rechtssubjekt haftet, dem es zuzurechnen ist, sofern zwischen dem Ereignis und dem Schaden ein Kausalzusammenhang besteht.

Die materiellen Haftungsvoraussetzungen sind also in jedem Land mehr oder weniger die gleichen: tatsächlicher Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verhalten des Schadensverursachers, Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens. Die Unterschiede, die manchmal so bedeutend sind, daß sie z. B. sogar die Natur der geschützten subjektiven Rechtspositionen betreffen [58], beziehen sich dagegen auf die Art und Weise, in der diese Voraussetzungen festgelegt werden, und auf die Kriterien für die Feststellung, daß sie vorliegen.

54. Soweit hier von Bedeutung, ist es daher nicht so sehr erforderlich, die allgemeinen Voraussetzungen der Haftung zu bestimmen, die in den verschiedenen Rechtsordnungen praktisch tatsächlich die gleichen sind, als vielmehr die Kriterien für die Feststellung, daß diese vorliegen, aufzustellen oder, wenn man so will, jene Kriterien, die eine gemeinsame Festlegung der betreffenden Voraussetzungen gestatten.

Zu diesem Zweck halte ich es für angebracht, daß ich zunächst bei den Voraussetzungen verweile, die vom Gerichtshof als ausreichend angesehen werden, um im Fall der Nichtumsetzung von Richtlinien einen Entschädigungsanspruch für den einzelnen zu eröffnen.

1. *Die Lösung des Urteils Francovich*

55. Die Entschädigungspflicht des Staates für gesetzgeberisches Unterlassen ist vom Gerichtshof im Fall der nicht fristgerechten Durchführung einer Richtlinie nach vorheriger Prüfung folgender drei Voraussetzungen anerkannt worden: „Ziel der Richtlinie [muß] die Verleihung von Rechten an Bürger sein. Sodann muß der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt

58 — Insoweit genügt der Hinweis auf die Besonderheit (siehe aber Fußnote 5) des italienischen Systems in der Frage der Nichtersatzfähigkeit der Verletzung berechtigter Interessen. Zum „betrübsamen Kapitel des deliktischen Schutzes der berechtigten Interessen" in der italienischen Praxis vgl. Ponzanelli: „L'Europa e la responsabilità civile", in: *Foro it.*, 1992, IV, col. 150. In der in Fußnote 24 genannten Rechtssache Enichem Base betraf die Frage des vorlegenden Gerichts gerade die Verletzung eines berechtigten Interesses.

werden können. Schließlich muß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem entstandenen Schaden bestehen." [59]

Eine erste Frage stellt sich: Sind diese Voraussetzungen auch für den Fall erforderlich und ausreichend, daß der Schaden durch den Verstoß gegen eine Vertragsbestimmung mit unmittelbarer Wirkung verursacht wurde?

56. Ich lasse den Kausalzusammenhang, die klassische Voraussetzung der deliktischen Haftung, einstweilen beiseite und weise zunächst darauf hin, daß die erste Voraussetzung, wonach der durch die Richtlinie vorgegebene Erfolg die Verleihung von Rechten an Bürger einschließen muß, die Feststellung der subjektiven Rechtsposition betrifft, deren Verletzung zur Entschädigung führen kann. Unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß sich der Gerichtshof in dieser Weise allgemein auf alle durch das Gemeinschaftsrecht geschützten individuellen Rechtspositionen beziehen will; folglich handelt es sich um eine Voraussetzung, die im Fall von Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung — naturgemäß — immer erfüllt ist.

Mit der zweiten Voraussetzung, die auf den ersten Blick eine bloße Spezifizierung der ersten darzustellen scheint, wird auf die Notwendigkeit hingewiesen, daß das aus der Richtlinie folgende Recht einen genauen Inhalt hat, also seinem Gegenstand nach bestimmbar ist, mit der Folge, daß diese Voraussetzung wiederum als durch die Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung grundsätzlich erfüllt anzusehen ist [60]. Es ist zweckmäßig, an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß in der Rechtssache Francovich ebenso wie in den verbundenen Rechtssachen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94 (Dillenkofer u. a.), zu denen ich ebenfalls heute meine Schlußanträge vortrage, der Inhalt des den einzelnen verliehenen Rechts ganz genau mit dem vermögenswerten Inhalt dieses Rechts übereinstimmt, den die einzelnen aufgrund der betreffenden Gemeinschaftsvorschriften geltend machen, folglich mit dem ersatzfähigen Schaden [61]. Dies bedeutet natürlich nicht, daß die genannte Voraussetzung so auszulegen ist, daß die Ersatzfähigkeit des den einzelnen entstandenen Schadens von der Möglichkeit abhängt, auf der Grundlage der verletzten Vorschrift den genauen Inhalt der Vermögenseinbuße des einzelnen festzustellen. Es reicht vielmehr aus, daß der Verstoß gegen die betreffende Vorschrift, die dem einzelnen ein gegenständlich genau bestimmbares Recht verleiht, in die Vermögenssphäre des Verletzten eingegriffen hat. Denn andernfalls wäre der Ersatz der Schäden allein auf die Fälle beschränkt, in denen es gerade Zweck der verletzten Vorschrift ist, dem einzelnen ein „Vermögensrecht" zu verleihen.

57. Die vorstehenden Bemerkungen geben Anlaß zu einer ersten Schlußfolgerung: Die

59 — Die betreffenden drei Voraussetzungen, die der Gerichtshof im Urteil Francovich (Randnr. 40) bestimmt hat, sind hier jedoch so wiedergegeben, wie sie vom Gerichtshof im Urteil Faccini Dori (zitiert in Fußnote 37, Randnr. 27) bekräftigt und zusammengefaßt worden sind.

60 — Zu diesem Gesichtspunkt siehe unten, Nr. 75.

61 — In der Rechtssache Francovich geht es, ich erinnere daran, um den Betrag, der dem Arbeitnehmer infolge der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers geschuldet wird, in der Rechtssache Dillenkofer um die Beträge, die von den Käufern von Pauschalreisen für nie durchgeführte Reisen bezahlt wurden.

vom Gerichtshof im Urteil Francovich aufgestellten Voraussetzungen sind, soweit sie sich auf die Rechtsposition beziehen, die der einzelne innehaben muß, um einen Entschädigungsanspruch geltend machen zu können, offensichtlich auch dann erforderlich und gegeben, wenn es sich um Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung handelt. Die hier zu klärende Frage ist die, ob sie stets ausreichend sind.

Hierfür muß man sich fragen, aus welchen Gründen sich der Gerichtshof auf die genannten Voraussetzungen beschränkt hat und nicht auch z. B. die Kriterien genau angegeben hat, die die Feststellung erlauben, daß in dem betreffenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ein rechtswidriges Verhalten liegt, das die Staatshaftung auslösen kann. Bei dieser Gelegenheit hat der Gerichtshof, wie bereits erwähnt, ausdrücklich nur auf eine der klassischen Voraussetzungen der Haftung Bezug genommen: den Kausalzusammenhang. Dagegen hat er keine weitere Klarstellung vorgenommen in bezug auf die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schadensverursachers und das tatsächliche Vorliegen des Schadens, und er hat von dem nationalen Gericht insoweit keine Prüfung verlangt.

58. Diese, vom Gerichtshof im Urteil Francovich getroffene Auswahl beruhte meiner Ansicht nach ganz einfach darauf, daß es im konkreten Fall bereits auf den ersten Blick klar war, daß die beiden soeben genannten Voraussetzungen vorlagen. An der Rechtswidrigkeit der *Unterlassung* des Staates konnte nämlich kein Zweifel bestehen, da der von der Richtlinie gewollte Erfolg, hinsichtlich dessen der Staat — jedenfalls in bezug auf die Frist, innerhalb deren die Richtlinie umgesetzt sein sollte — über keinen Gestaltungsspielraum verfügte, nicht herbeigeführt worden war; kein Zweifel bestand auch an dem tatsächlichen Vorliegen des Schadens, der im wesentlichen mit dem Betrag zusammenfiel, auf den der Kläger Anspruch gehabt hätte, wenn die Richtlinie innerhalb der festgesetzten Frist umgesetzt worden wäre.

Unter diesen Umständen hat sich der Gerichtshof daher im Hinblick darauf, daß er zunächst festgestellt hatte, daß sich der einzelne vor dem nationalen Gericht nicht unmittelbar auf die Richtlinie berufen könne, auf den Hinweis beschränkt, daß es für die Schadensersatzpflicht des säumigen Mitgliedstaats möglich sein müsse, ein ganz genaues Recht für den einzelnen zu bestimmen.

59. Es ist also unbestreitbar, daß sich der Fall Francovich unter dem Aspekt der Staatshaftung und der Entschädigungspflicht gleichsam als ein Schulbeispiel darstellte. Der Umstand, daß der Gerichtshof im konkreten Fall nicht das Erfordernis erwähnt hat, die Grenzen der Staatshaftung zu präzisieren, und insbesondere nicht ausdrücklich die *gemeinschaftsrechtlichen* Kriterien für die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Staates angegeben hat, ist daher bloß als Folge der Besonderheiten des ihm vorgelegten Falles zu sehen. Und es ist insoweit bezeichnend, daß es in der Lehre unterschiedliche und sogar gegensätzliche Reaktionen gegeben hat: Manche Autoren sind der Ansicht, der

Gerichtshof habe auf diese Weise nur die schweren oder schuldhaften Verstöße beanstanden wollen [62], andere meinen dagegen, aus diesem Urteil ergebe sich, daß jeder Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht eine Haftung und Entschädigungspflicht auslöse [63].

60. Das Urteil Francovich anders auszulegen, würde bedeuten, daß jeder Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, der sich auf die Vermögenssphäre eines Rechtssubjekts auswirkt, das eine aufgrund der verletzten Vorschrift geltend gemachte Rechtsposition besitzt, schon für sich allein zwangsläufig einen Entschädigungsanspruch nach sich zieht.

Der Umstand, daß die Kriterien, die nach dem Gemeinschaftsrecht erfüllt sein müssen, damit die Staatshaftung ausgelöst wird, im Urteil Francovich nicht klar festgelegt werden, steht also in engem Zusammenhang mit der besonderen Einfachheit des konkreten Falles. Die Feststellung des Gerichtshofes, daß die Voraussetzungen des Entschädigungsanspruchs von der „Art des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht [abhängen], der dem verursachten Schaden zugrunde liegt", ist daher nicht nur so zu verstehen, daß die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen je nach der Art des Verstoßes unterschiedlich sind, sondern auch in dem Sinne, daß die besonderen charakteristischen Merkmale einer bestimmten Art von Verstößen, wie der nicht fristgerechten Umsetzung einer Richtlinie, so sein können, daß sie keine eingehende Prüfung hinsichtlich des Vorliegens einer oder mehrerer der betreffenden Voraussetzungen erfordern.

Ich glaube nicht, daß dies das vom Gerichtshof oder vom Gemeinschaftsrecht gewollte Ergebnis ist. Es würde sich mit Rücksicht darauf, daß die Haftung für die Rechtsetzungstätigkeit der öffentlichen Verwaltung, wie bereits gesagt, nach allen Rechtstraditionen in verschiedener Weise beschränkt ist, um ein nicht gerade vernünftiges Ergebnis handeln. Außerdem geht die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur außervertraglichen Haftung der Gemeinschaftsorgane für Rechtsetzungstätigkeiten in eine andere Richtung.

*2. Die Rechtsprechung zu Artikel 215 Absatz 2*

61. Wenngleich dies nicht der eigentliche Ort ist, um diese Rechtsprechung zu analysieren und zur Diskussion zu stellen, halte ich es doch für angebracht, zumindest die Erforderlichkeit einer klaren und gründlichen Betrachtung insoweit aufzuzeigen. Die Mitgliedstaaten haben sich nämlich im Laufe des vorliegenden Verfahrens ständig auf diese Rechtsprechung bezogen, wobei sie die Anwendung der gleichen, in dieser Rechtsprechung entwickelten Kriterien auch

62 — Darauf, daß die Nichtumsetzung einer Richtlinie einen bewußten, folglich vorsätzlichen und schon deshalb schuldhaften Verstoß darstelle, weist u. a. hin Temple Lang: „New Legal Effects Resulting from the Failure of States to Fulfil Obligations under European Community Law: The Francovich Judgment", in: *Fordham International Law Journal*, 1992-1993, S. 1 ff.

63 — In dem Sinne, daß es sich um eine objektive Haftung handele, bei der dem Verschulden keine Bedeutung zukomme, vgl. z. B. Caranta: „Governmental Liability after Francovich", in: *The Cambridge Law Journal*, 1993, S. 272 ff., und Tatham: „Les recours contre les atteintes portées aux normes communautaires par les pouvoirs publics en Angleterre", in: *Cahiers de droit européen*, 1993, 597 ff.

in bezug auf die Bejahung der Haftung für die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht verlangt haben, die ihnen zuzurechnen sind.

Dieser Standpunkt erscheint nicht völlig unbegründet, wenn man zum einen bedenkt, daß Artikel 215 Absatz 2 für den Ersatz des von den Gemeinschaftsorganen in Ausübung ihrer Amtstätigkeit verursachten Schadens auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze verweist, die in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gewöhnlich anerkannt sind, und demzufolge zum anderen, daß diese Rechtsprechung in Anbetracht des Fehlens einheitlicher Regeln in diesem Bereich einen nützlichen Bezugsrahmen für gemeinsame Regeln für die Staatshaftung darstellen könnte und sollte.

62. Der Gerichtshof scheint — zumindest auf den ersten Blick und anders, als es Generalanwalt Mischo in den Schlußanträgen in der Rechtssache Francovich vorgeschlagen hat — nicht beabsichtigt zu haben, die Staatshaftung den gleichen restriktiven Voraussetzungen, die nach der Rechtsprechung für die Haftung der Gemeinschaft verlangt werden, zu unterwerfen.

Dennoch halte ich es für zweckmäßig, der Prüfung der einzelnen allgemeinen Haftungsvoraussetzungen einige Bemerkungen in bezug auf die Beurteilung der Frage vorauszuschicken, ob und inwieweit der Fall des einem Staat zuzurechnenden Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht mit dem Fall des Verstoßes durch die Gemeinschaftsorgane vergleichbar ist und ob also die von der Rechtsprechung in diesem Bereich entwikkelten Kriterien zumindest bei Vorliegen entsprechender Situationen einen zweckmäßigen Bezugsrahmen darstellen können.

63. Zu diesem Zweck weise ich zunächst darauf hin, daß nach ständiger Rechtsprechung „die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für ihre Rechtsetzungstätigkeit an das Zusammentreffen mehrerer Voraussetzungen geknüpft ist, denn es ist erforderlich, daß eine rechtswidrige Handlung der Organe vorliegt, daß ein tatsächlicher Schaden eingetreten ist und daß zwischen der Handlung und dem behaupteten Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht“ [64]. Die materiellen Voraussetzungen sind also, und es könnte auch nicht anders sein, auch im Fall der Haftung der Gemeinschaftsorgane die gleichen.

Diese Rechtsprechung hat jedoch insbesondere in bezug auf die Rechtswidrigkeit des den Organen zuzurechnenden Verhaltens so restriktive Voraussetzungen aufgestellt, daß sie eine tatsächliche Verurteilung eines Gemeinschaftsorgans zur Gewährung von Schadensersatz außerordentlich erschweren [65].

64. Die in der Rechtsprechung zur Klage nach Artikel 215 des Vertrages gezogenen Grenzen sind in Wirklichkeit in der verbreiteten Einstellung verankert, daß der durch

64 — Vgl. z. B. Urteil vom 8. Dezember 1987 in der Rechtssache 50/86 (Grands Moulins de Paris/Rat und Kommission, Slg. 1987, 4833, Randnr. 7).

65 — Tatsächlich gibt es bis heute kaum acht Verurteilungen von Gemeinschaftsorganen zur Gewährung von Schadensersatz.

den Gesetzgeber verursachte Schaden grundsätzlich nicht ersatzfähig sei. Der Gerichtshof hat seine restriktive Auffassung allerdings damit erklärt, daß „die gesetzgebende Gewalt selbst dann, wenn ihre Handlungen richterlicher Kontrolle unterworfen sind, bei ihrer Willensbildung nicht jedesmal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden darf, wenn sie Anlaß hat, im Allgemeininteresse Rechtsnormen zu erlassen, welche die Interessen der einzelnen berühren können" [66].

Dieser Ansatz hat jedoch nicht wenige Anwendungen gefunden, die verblüffen.

65. Die Grenzen für die Haftung der Gemeinschaft sind nämlich nicht nur in bezug auf Rechtsetzungsakte, die ein weites Ermessen des betreffenden Organs voraussetzen, sondern auch in bezug auf Akte geltend gemacht und angewandt worden, die in den Bereich des Erlasses von Durchführungsbestimmungen fallen (typischer Fall: Durchführungsverordnungen der Kommission) [67]. Im wesentlichen hat der Gerichtshof die restriktiven Kriterien, die bei der Beurteilung der Haftung der Gemeinschaft für Rechtsetzungsakte allgemeinen Charakters entwickelt wurden, auch in den Fällen angewandt, in denen sich der Schaden aus einer Einzelfallmaßnahme ergab, die mit keinerlei wirtschaftspolitischen Entscheidung verbunden war, die eine solche Tragweite hatte, daß sie den größtmöglichen Schutz des Ermessens der Organe verlangt hätte.

Nun, es steht außer Zweifel, daß es korrekter gewesen wäre, je nachdem, ob es sich um eine eigentlich gesetzgeberische oder um eine durchführende Tätigkeit handelt, verschiedene Haftungssysteme anzuwenden, da grundsätzlich das den Gemeinschaftsorganen eingeräumte Ermessen in den beiden Fällen deutlich ein anderes ist [68]. Allgemeiner gesprochen ist der Umstand, daß für die Auslösung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft praktisch ein willkürliches Verhalten verlangt wird, gerechtfertigt, wenn das Gemeinschaftsorgan, wie es im agrarpolitischen Bereich der Fall ist, über ein weites Ermessen verfügt; dagegen ist er nicht gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung der dem Organ zuerkannten Befugnis klar und genau festgelegt sind [69]. Im letztgenannten Fall müßte der Verstoß gegen

66 — Urteil vom 25. Mai 1978 in den Rechtssachen 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77 (HNL/Rat und Kommission, Slg. 1978, 1209, Randnr. 5).

67 — Vgl. z. B. Urteil vom 19. September 1985 in den verbundenen Rechtssachen 194/83 bis 206/83 (Asteris/Kommission, Slg. 1985, 2815, Randnrn. 21 und 22), in dem der Gerichtshof die Haftung der Gemeinschaft dafür abgelehnt hat, daß die Kommission in Anwendung einer Verordnung des Rates eine Gemeinschaftsbeihilfe für Tomatenkonzentrate falsch festgesetzt hatte. Vgl. ferner Urteil vom 26. Juni 1990 in der Rechtssache C-152/88 (Sofrimport/Kommission, Slg. 1990, I-2477), in dem die Haftung der Gemeinschaft bezüglich einer im wesentlichen einen Einzelfall betreffenden Durchführungsverordnung der Kommission zu einer Verordnung der Kommission, die ihrerseits eine Verordnung des Rates durchführte, zwar bejaht worden ist, jedoch nach den gleichen strengen Kriterien, die bei Rechtsetzungsakten angelegt werden, die mit einer wirtschaftspolitischen Entscheidung verbunden sind.

68 — Vgl. hierzu die Schlußanträge des Generalanwalts Biancarelli in der mit Urteil vom 27. Juni 1991 entschiedenen Rechtssache T-120/89 (Stahlwerke Peine-Salzgitter/Kommission, Slg. 1991, II-340), in denen ausgeführt wird, daß für die Haftung „insbesondere der Entscheidungsspielraum, der der Kommission beim Erlaß ihrer Entscheidung zusteht, und der mehr oder weniger komplexe wirtschaftliche Kontext, der diese Entscheidungsfindung charakterisiert", wichtig sind.

69 — Diese Frage ist unlängst vor dem Gericht in einer Antidumpingsache aufgeworfen und erörtert worden, in der die Klägerin die Ansicht vertrat, daß die Haftung der Gemeinschaft je nachdem unterschiedlich beurteilt werden müsse, ob der den Organen zugerechnete Verstoß Vorschriften, die mit der Beurteilung von komplexen wirtschaftlichen Gegebenheiten verbunden sind, oder, wie im konkreten Fall, Verfahrensvorschriften betrifft, zu deren Einhaltung die Organe verpflichtet sind. Das Gericht hat jedoch entschieden, daß es eine derartige Auffassung nicht teilen könne, und sich auf die lapidare Feststellung beschränkt, daß die Verordnungen über Antidumpingmaßnahmen Rechtsetzungsakte seien, die wirtschaftspolitische Entscheidungen einschlössen (Urteil vom 18. September 1995 in der Rechtssache T-167/94, Nölle/Rat und Kommission, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnrn. 44 bis 52).

die betreffende Vorschrift nämlich, wie auch immer, als ein Verstoß angesehen werden, der die Haftung der Gemeinschaft auslöst [70].

66. Wenn also nach der Francovich-Rechtsprechung der Schaden, der sich aus einer mit einer Gemeinschaftsvorschrift unvereinbaren nationalen Gesetzesbestimmung ergibt, als ersatzfähig zu betrachten ist, ist nicht leicht einzusehen, weshalb der Schaden, der sich aus einem *mit derselben Gemeinschaftsvorschrift unvereinbaren* Akt der Gemeinschaft ergibt, nur bei Vorliegen der vom Gerichtshof (bis heute) aufgestellten restriktiven Voraussetzungen ersatzfähig sein sollte [71]. Es müßte jedoch eine Rechtsgemeinschaft, die danach strebt, sich dem Schutz der einzelnen, auch unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, mit immer größerer Aufmerksamkeit und Sensibilität zuzuwenden, wie von mehreren Seiten bemerkt, zumindest die gleiche Aufmerksamkeit auch den Fällen widmen, in denen der den Bürgern entstandene Schaden aus einer den Gemeinschaftsorganen selbst zuzurechnenden unerlaubten Handlung folgt [72].

Unter diesem Blickwinkel kann meiner Meinung nach auch nicht mit gutem Grund die Ansicht vertreten werden, daß die Übertragung der mit der Klage nach Artikel 215 verbundenen Voraussetzungen auf die nationale Deliktsklage einen Rückschritt gegenüber der in einigen Rechtsordnungen bestehenden Situation darstellen könnte. Unter dem Gesichtspunkt der Erfordernisse des Schutzes der Rechte, die dem einzelnen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung zuerkannt werden, ist es nämlich nicht annehmbar, daß der bei der Gemeinschaft erreichbare gerichtliche Rechtsschutz an restriktiveren und letzten Endes weniger liberalen Kriterien ausgerichtet ist, als sie zumindest in einigen Mitgliedstaaten gelten [73].

67. Aufgrund des Vorstehenden gelange ich zu der Auffassung, daß es — selbstverständlich bei vergleichbaren Situationen — keinen Grund für die Anwendung unterschiedlicher Kriterien gibt, je nachdem, ob der betreffende Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht einem Staat oder einem Gemeinschaftsorgan zuzurechnen ist. Umgekehrt können und müssen unterschiedliche Situationen zu unterschiedlichen Schlußfolgerungen in bezug auf die Kriterien führen, die für die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Haftung — sei es der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaftsorgane — angewandt werden.

Insbesondere halte ich es bei einer ersten Betrachtung für absolut vernünftig, daß die Haftung der Staaten immer dann den für die Gemeinschaftsorgane geltenden restriktiven Voraussetzungen unterworfen wird, wenn

70 — Vgl. auch die Schlußanträge des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache C-55/90 (Cato/Kommission, Slg. 1992, I-2561).

71 — Dies ist das Problem, das auch im Fall Bourgoin im Verfahren vor dem Court of Appeal, Civil Division, 29. Juli 1985 (*Common Market Law Report* 1986, S. 267), aufgeworfen wurde; dazu Simon-Barav, „La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire", in: *RMC*, 1987, S. 165, insbes. S. 170 ff.; Oliver, „Enforcing Community Rights in the English Courts", in: *The Modern Law Review*, 1987, S. 881, insbes. S. 899 ff.

72 — Vgl. z. B. Cartabia: „Omissioni del legislatore, diritte sociali e risarcimento dei danni", in: *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, S. 505 ff.

73 — Siehe hierzu die Arbeiten des FIDE-Kongresses 1992: FIDE, „La sanction des infractions au droit communautaire", Band II, Lissabon, 1992.

die Staaten über einen Ermessensspielraum verfügen oder die Grenzen nicht offen zutage liegen, die ihrer Handlung selbst in Bereichen, die (auch) in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, durch Gemeinschaftsvorschriften gesetzt sind, und zwar, damit dies klar ist, unabhängig davon, ob die „verletzte" Vorschrift unmittelbare Wirkung hat.

Umgekehrt müßte die Haftung der Mitgliedstaaten wie die der Gemeinschaftsorgane immer dann leichter bejaht werden, wenn der Verstoß nicht mit der Ausübung eines weiten Ermessens zusammenhängt.

68. Man müßte also zu einem Haftungssystem kommen, das danach differenziert, ob die Gemeinschaftsorgane (und die nationalen Behörden) über ein weites Ermessen verfügen. Dies ist meiner Ansicht nach nämlich der korrekteste und folgerichtigste Weg, um zu einer unbedingt notwendigen Harmonisierung der Haftungsvoraussetzungen zu gelangen, da es zumindest sonderbar wäre, wenn hinsichtlich gleichartiger Sachverhalte die Haftung der Staaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht unter anderen, weniger strengen Voraussetzungen als denen bejaht würde, von denen der Gerichtshof bei der Haftung der Gemeinschaftsorgane ausgeht.

In einer Rechtsgemeinschaft, die anstrebt, daß die Akte und Verhaltensweisen aller Protagonisten des Systems der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, ohne daß es für irgend jemanden Privilegien gibt, kann das Erfordernis eines effektiven Schutzes der Rechte, die die einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend machen, in gleichen Situationen nicht je nachdem unterschiedlich sein, ob der Schaden auf einen Mitgliedstaat oder auf die Gemeinschaft zurückgeht.

69. Die folgende Untersuchung berücksichtigt daher als Bezugspunkt für die Bestimmung der Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten auch die vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Artikel 215 aufgestellten Voraussetzungen. Dies bedeutet selbstverständlich keine „blinde" Übertragung dieser (restriktiven) Voraussetzungen auf die hier interessierenden Bereiche. Ich lasse nämlich nicht außer acht, daß die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts meistens über ein sehr beschränktes Ermessen verfügen, so daß die betreffenden Voraussetzungen im Hinblick auf derartige Fälle viel leichter die Haftung auslösen können. Gleichzeitig kann meiner Meinung nach aber nicht ausgeschlossen werden, daß, weil es der dem Staat obliegenden Verpflichtung an Genauigkeit fehlt, die Anwendung dieser restriktiven Kriterien erforderlich sein kann, auch wenn der Staat — in dem betreffenden Bereich — über kein bedeutendes Ermessen verfügt.

3. *Die „gemeinschaftlichen" Kriterien für die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen*

70. Nach alledem gehe ich zur Prüfung der einzelnen materiellen Haftungsvoraussetzungen über, die mit der schadensverursachenden Handlung, also, soweit hier von

Bedeutung, mit dem Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften mit unmittelbarer Wirkung, beginnt.

a) *Die schadensverursachende Handlung: Verstoß gegen Gemeinschaftsvorschriften*

71. Die Bestimmung der Haftungsgrenzen hängt in erster Linie und im wesentlichen mit der Definition des rechtswidrigen Verhaltens zusammen. Es ist unstreitig, daß das schädigende Verhalten, vorliegend der Rechtsetzungsakt, gegen die Vorschriften der Rechtsordnung verstoßen muß. Dafür, daß ein solcher Rechtsverstoß geeignet ist, die Haftung und mit ihr den Schadensersatz auszulösen, verwenden die einzelnen Staaten jedoch verschiedene Begriffe [74], deren Bedeutung nicht immer genau übereinstimmt und deren konkrete Anwendung daher in bezug auf den Verstoß gegen ein und dieselbe Vorschrift zu unterschiedlichen Lösungen führen kann. Dies bestätigt, falls es hier noch der Bestätigung bedarf, daß es speziell hinsichtlich der schadensverursachenden Handlung erforderlich ist, die Kriterien aufzustellen, die es gestatten, zu einer gemeinsamen Definition dieser Handlung zu gelangen.

Bezüglich der Rechtsetzungstätigkeit der öffentlichen Stellen wurde ein erster Versuch in diesem Sinne im Europarat unternommen, und zwar durch eine Empfehlung, deren Grundsatz I bekräftigt: „Doit être assurée la réparation des dommages causés par un acte dû à un manquement des pouvoirs publics à la conduite à laquelle, selon le droit, on peut raisonnablement s'attendre de leur part à l'égard de la personne lésée. Le manquement est présumé en cas de violation d'une norme juridique établie." [75] Die bloße Rechtswidrigkeit der Handlung reicht also nach dieser Empfehlung nicht aus, um die Staatshaftung auszulösen. Denn abgesehen von den Fällen, in denen die Vorschrift, deren Verletzung angenommen wird, klar ist, ist es außerdem erforderlich, daß das den öffentlichen Stellen zugerechnete Verhalten nicht „vernünftig" ist.

72. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur außervertraglichen Haftung ist ständig in dem Sinne, daß, wenn der geltend gemachte Schaden aus einem Rechtsetzungsakt folgt, der wirtschaftspolitische Entscheidungen voraussetzt, die Ungültigkeit des betreffenden Aktes nicht ausreicht, um die Haftung der Gemeinschaft auszulösen. Im Fall eines derartigen Aktes [76] kann die Haftung der Gemeinschaft nämlich nicht entstehen, wenn keine *hinreichend qualifizierte Verletzung einer höherrangigen, den einzelnen schützenden Rechtsnorm* vorliegt [77].

74 — Um uns auf wenige Rechtsordnungen zu beschränken, genügt es, an das *illecito* des italienischen Rechts, die französische *faute*, das deutsche *Verschulden*, den *breach of duty of care* oder auch an die *misfeasance in public office* des englischen Rechts zu denken.

75 — Empfehlung R (84) 15 vom 18. September 1984.

76 — Wie bereits gesagt, scheint es aber auf der Grundlage der einschlägigen Rechtsprechung so, als ob alle gemeinschaftlichen Rechtsetzungsakte wirtschaftspolitische Entscheidungen einschlössen.

77 — Vgl. insbesondere Urteil vom 25. Mai 1978 (HNL/Rat und Kommission, zitiert in Fußnote 66, Randnr. 4) und Urteil vom 19. Mai 1992 in den verbundenen Rechtssachen C-104/89 und C-37/90 (Mulder u. a./Rat und Kommission, Slg. 1992, I-3061, Randnr. 12).

Wenn es somit zutrifft, daß zumindest die Rechtswidrigkeit der Schädigungshandlung erforderlich ist, um die außervertragliche Haftung zu begründen, so ist sogleich hinzuzufügen, daß diese Haftung für durch Handlungen, die eine wirtschaftspolitische Entscheidung voraussetzen, verursachte Schäden von zwei weiteren Voraussetzungen abhängt, nämlich daß die verletzte Vorschrift eine „höherrangige, dem Schutz des einzelnen dienende Vorschrift" und der Verstoß „hinreichend qualifiziert" („sufficientemente grave", „suffisamment caracterisée", „sufficiently serious breach") ist.

73. Dies vorausgeschickt, erinnere ich daran, daß alle Staaten, die im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben haben, eine vollständige Übereinstimmung zwischen den Gründen für die Ungültigkeit des Aktes und den Haftungsvoraussetzungen unter Hinweis darauf ausgeschlossen haben, daß nicht jeder Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht geeignet sein kann, die Staatshaftung und damit die Ersatzpflicht gegenüber dem einzelnen auszulösen.

Um die Entschädigungspflicht des säumigen Staates zu bejahen, wird daher zum einen auf die gleichen, in der Rechtsprechung zu Artikel 215 entwickelten Kriterien, also im wesentlichen auf den Begriff der qualifizierten und offenkundigen Verletzung, und zum anderen auf das Verschulden abgestellt, das ein erforderliches Element, um den Normverstoß (als qualifiziert) zu „charakterisieren", oder jedenfalls ein unabdingbares und wesensmäßiges Element der Haftung ist.

— Offenkundiger und qualifizierter Charakter des Verstoßes

74. Somit ist, wenn auch mit den erforderlichen Vorbehalten und den Unterscheidungen, die sich in bezug auf den Fall der Haftung der Gemeinschaft als nötig erweisen, zu prüfen, ob auch für die Haftung der Mitgliedstaaten der betreffende Verstoß offenkundig und qualifiziert sein muß und, selbstverständlich, wie der offenkundige und qualifizierte Charakter des Verstoßes zu verstehen ist.

Wie erwähnt, wird dieses Kriterium in der einschlägigen Rechtsprechung so definiert, daß „auf einem Gebiet des Gemeinschaftsrechts, das durch ein für die Durchführung der gemeinsamen Agrarpolitik unerläßliches weites Ermessen gekennzeichnet ist, ... die Haftung der Gemeinschaft nur ausnahmsweise ausgelöst werden [kann], nämlich nur dann, wenn das handelnde Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten haben sollte" [78], vorausgesetzt natürlich, daß der in Rede stehende Verstoß eine höherrangige, dem Schutz des einzelnen dienende Vorschrift betrifft.

75. Dieses letztgenannte Erfordernis scheint, soweit hier von Bedeutung, das am wenigsten umstrittene zu sein. Denn es ist offenkundig, daß die verletzte Vorschrift, damit

78 — Vgl. Urteil vom 8. Dezember 1987 (Grands Moulins de Paris/Rat und Kommission, zitiert in Fußnote 64, Randnr. 8). Vgl. außerdem u. a. Urteil vom 18. April 1991 in der Rechtssache C-63/89 (Assurances du Crédit, Slg. 1991, I-1799, Randnr. 12) und zuletzt Urteil vom 14. September 1995 in der Rechtssache T-571/93 (Lefebvre u. a./Kommission, Slg. 1995, II-2379, Randnr. 32).

der einzelne einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann, so beschaffen sein muß, daß sie ihm eine subjektive Rechtsposition verleiht. In diesem Sinne sind übrigens die ersten beiden Voraussetzungen zu verstehen, die der Gerichtshof im Urteil Francovich aufgestellt hat und deren Vorliegen, wie bereits ausgeführt, auch im Fall von Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung erforderlich und gegeben ist.

Bezüglich der Vertragsbestimmungen mit unmittelbarer Wirkung, also des Falles, der uns beschäftigt, sind meines Erachtens einige weitere Klarstellungen angebracht. Insbesondere sollte hier klargestellt werden, daß der Umstand, daß diese Bestimmungen in allgemeinen Fällen bisweilen oder häufig auch dem Schutz anderer Interessen dienen, für sich allein es nicht ausschließen kann, daß es sich um Vorschriften zum Schutz der einzelnen handelt.

76. Was sodann den Umstand angeht, daß die verletzte Vorschrift eine *höherrangige* Vorschrift sein muß, so braucht kaum darauf hingewiesen zu werden, daß die Rechtswidrigkeit eines Rechtsetzungsakts — naturgemäß — voraussetzt, daß dieser gegen eine höherrangige Vorschrift verstößt. Es trifft zu, daß diese Formel der Rechtsprechung zu Artikel 215 nicht schon zur Ahndung jedes Verstoßes gegen Grenzen verwendet wird, die durch höherrangige Vorschriften — selbst wenn diese zum Schutz der einzelnen erlassen wurden — gezogen sind, sondern ausschließlich zur Ahndung des Verstoßes gegen die allgemeinen Grundsätze der Rechtsordnung und somit letzten Endes bereits dazu, den betreffenden Verstoß als erheblich zu qualifizieren.

In dieser Beziehung nehme ich sogleich vorweg, daß es mir nicht zweckmäßig erscheint, diese Lösung auch bezüglich der Haftung der Staaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht anzuraten. Denn wenn die Entschädigungspflicht der Mitgliedstaaten angeordnet ist, um dem einzelnen einen effektiven Schutz der Rechte zu gewährleisten, die er aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften geltend macht, so folgt daraus, daß es nicht leicht fallen würde, die Gründe zu ermitteln, die es rechtfertigen würden, den Schutz auf den Verstoß gegen eine bestimmte Gruppe von Vorschriften — seien sie auch grundlegend für das Gemeinschaftssystem — zu beschränken.

77. In der Tat, versetzt man sich in die Situation des verletzten Rechtssubjekts, so ist es völlig klar, daß jeder Verstoß gegen eine Gemeinschaftsvorschrift, die ihm eine subjektive Rechtsposition verleiht, geeignet sein muß, zu einer Entschädigung zu führen. Der Verstoß gegen die Vorschrift einer Verordnung wird daher für den einzelnen keine anderen Folgen als die haben, die sich aus dem Verstoß gegen eine Vertragsbestimmung ergeben; weniger denn je erscheint es mir dann zweckmäßig, zwischen den Vorschriften des Vertrages zu unterscheiden und z. B. zu entscheiden, daß nur der Verstoß gegen bestimmte, grundlegende Vorschriften und nicht gegen andere geeignet ist, die Haftung des betreffenden Mitgliedstaats auszulösen [79].

79 — Es wäre nämlich noch zu bestimmen, welches die Vorschriften sind, die in Anbetracht ihrer Tragweite und zu dem Zweck, ihre Wirksamkeit zu sichern, auch einen Schutz durch Schadensersatz verdienen: Ist das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Aufenthaltsorts, das zweifellos grundlegend ist, um eine effektive Dienstleistungsfreiheit zu sichern, ebenso oder weniger grundlegend ist als das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit?

Es reicht meiner Ansicht nach unter dem bisher geprüften Gesichtspunkt aus, daß die verletzte Vorschrift dem einzelnen ein Recht verleiht, dessen Inhalt bestimmbar und genau ist. Es braucht kaum hinzugefügt zu werden, daß das gleiche für die Haftung der Gemeinschaftsorgane gelten sollte.

78. Nachdem dies geklärt ist, ist nun der relevante Begriff des qualifizierten und offenkundigen Verstoßes zu präzisieren.

Mir scheint für die Bestimmung der Grenzen der Möglichkeit, die Rechtswidrigkeit in eine Haftung überzuleiten, daß der Gesichtspunkt des Ermessens entscheidend sein könnte und sollte, unabhängig vom Rang der verletzten Vorschrift (Vertrag oder abgeleitetes Recht, jedenfalls mit Vorrang vor dem nationalen Recht) und der Handlung, die gegen sie verstößt (rechtsetzend oder durchführend). Das größere oder geringere Ermessen, über das der Staat verfügt, deckt sich nämlich, zumindest in der Mehrzahl der Fälle, mit der größeren oder geringeren Klarheit und Genauigkeit der ihm obliegenden Verpflichtung. Tatsächlich kann es zwar in Fällen, in denen das den Staaten eingeräumte Ermessen wenig oder gar nicht von Bedeutung ist, sehr wohl Verpflichtungen geben, die keineswegs klar sind oder, besser, unpräzise Konturen haben. Die Folge ist, daß im Hinblick auf solche Fälle die dem Staatshandeln gezogenen Grenzen *gerade aus diesem Grund* nicht genau festgelegt sind, so daß sich die Situation materiell gesehen nicht sehr von der unterscheidet, in der die Staaten über ein bedeutendes Ermessen verfügen.

79. Dies bedeutet, daß der Staat auch im Fall von Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung Verstöße begehen kann, die nicht allein deswegen als *offenkundig und qualifiziert* einzuordnen sind. Ich erläutere dies an einem Beispiel in bezug auf zwei Vorschriften mit unmittelbarer Wirkung. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Artikel 6) bestimmt klar und genau das Recht des einzelnen, das ganz einfach und ohne mögliche Alternativen das Recht ist, nicht diskriminiert zu werden. Dies kann man von der Vorschrift, die das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung enthält (Artikel 30), in Anbetracht der Verschiedenheit der in diesem Bereich denkbaren Fallgestaltungen nicht sagen. In diesem letztgenannten Fall kann nämlich das an sich völlig klare Recht des einzelnen, in seiner Tätigkeit nicht durch Maßnahmen behindert zu werden, die nach dieser Vorschrift verboten sind, eine Grenze in den Bestimmungen des Artikels 36 oder auch, im Fall unterschiedslos anwendbarer Maßnahmen, in den zwingenden Erfordernissen finden, auf die sich ein Staat im Hinblick auf die Verfolgung eines Zweckes beruft, der nach dem Gemeinschaftsrecht als schutzwürdig angesehen wird. Die Folge ist die, daß die betreffende, mit dem Gemeinschaftsrecht grundsätzlich unvereinbare staatliche Maßnahme sehr wohl aus dem Anwendungsbereich von Artikel 30 herausfallen kann oder unter die Ausnahmen des Artikels 36 fällt. Zu diesem Zweck kann, man braucht kaum darauf hinzuweisen, die vorherige Feststellung des nationalen und/oder Gemeinschaftsrichters erforderlich werden.

Hinzu kommt, und dies sollte klargestellt werden, daß für die hier interessierenden Zwecke nicht so sehr der Umstand, daß die Staaten in einem bestimmten Bereich über ein weites Ermessen verfügen, entscheidend

ist, als vielmehr der Umfang des Ermessens, über das sie in bezug auf die einzelne Vorschrift verfügen, die dem Dritten ein Recht verleiht [80]. Genau in diesem Sinne stimmt das Ermessen letztlich mit der größeren oder geringeren Genauigkeit der Verpflichtung überein, die die Vorschrift den Staaten auferlegt.

Die Haftung und die Entschädigungspflicht müssen also in all diesen Bereichen und bezüglich aller Vorschriften, die den Mitgliedstaaten kein bedeutendes Ermessen im vorgenannten Sinne lassen, allein aufgrund des Verstoßes gegen eine Gemeinschaftsvorschrift, die dem einzelnen ein genaues und nach seinem Gegenstand bestimmbares Recht verleiht, anerkannt werden, ohne daß es auf weitere Gesichtspunkte ankommen kann.

80. Bei dieser Formulierung der Frage ist zu erkennen, daß die Staatshaftung grundsätzlich immer dann ausgelöst wird, wenn für den Staat aufgrund des Gemeinschaftsrechts eine Verpflichtung zu einem bestimmten Erfolg besteht. Gerade dies ist, vom Gerichtshof bereits im Urteil Francovich bekräftigt, bei der nicht fristgemäßen Umsetzung einer Richtlinie der Fall, sofern natürlich die anderen vom Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Aber dies ist außerdem der Fall bei all den Vorschriften, auch des Vertrages, die sich darauf beschränken, dem Mitgliedstaat genaue und eindeutig bezeichnete Unterlassungsverpflichtungen aufzuerlegen (man denke nur an das Verbot des Artikels 12 des Vertrages, neue Zölle einzuführen, und allgemeiner an alle Standstill-Klauseln), und aus denen sich gleichzeitig ein Recht für den einzelnen ergibt.

81. Verfügen die Staaten dagegen über ein mehr oder weniger weites Ermessen oder sind die ihnen auferlegten gemeinschaftlichen Verpflichtungen nicht klar und genau festgelegt, so ist die gleiche Lösung nur bei Vorliegen einer offenkundigen und schweren Nichtbeachtung der Grenzen geboten, die dem Staatshandeln gesetzt sind. Dies wird ganz eindeutig dann so sein, wenn die als verletzt angesehene Vorschrift klar ist, sei es in dem im Urteil Cilfit [81] präzisierten Sinne oder weil sie vom Gerichtshof bereits im Hinblick auf gleiche oder jedenfalls entsprechende Sachverhalte ausgelegt worden ist [82], wobei es unerheblich ist, ob dies in einer Vorabentscheidung oder in einem Urteil nach Artikel 169 der Fall war.

Hinsichtlich dieses letzten Gesichtspunkts muß nämlich kaum betont werden, daß es entgegen dem, was bestimmte Mitgliedstaaten im Laufe des vorliegenden Verfahrens

80 — Ich bemerke z. B. unter Hinweis auf das bereits im Text Gesagte, daß, wenngleich Artikel 30 des Vertrages sicher nicht mit der Ausübung eines weiten Ermessens durch die Mitgliedstaaten verbunden ist, man doch anerkennen muß, daß die Grenzen, die er den Staaten setzt, nicht immer klar und genau sind, wie dies übrigens die Entwicklung der einschlägigen Rechtsprechung gut zeigt. Dagegen kann das Ermessen, das den Mitgliedstaaten z. B. gemäß Artikel 129a des Vertrages (Verbraucherschutz) verblieben ist, jedenfalls nicht als geeignet angesehen werden, die Anwendung restriktiverer Haftungsvoraussetzungen zu rechtfertigen, wenn z. B. eine nationale Vorschrift die Bürger der anderen Mitgliedstaaten vom Geltungsbereich der einschlägigen nationalen Vorschriften ausschließen würde.

81 — Urteil vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 283/81 (Slg. 1982, 3415, Randnrn. 16 und 17).

82 — Für eine entsprechende Feststellung, aber im Hinblick auf die Vorlagepflicht nach Artikel 177 Absatz 3 des Vertrages, siehe Urteil vom 27. März 1963 in den verbundenen Rechtssachen 28/62 bis 30/62 (Da Costa & Schaake, Slg. 1963, 60).

vorgetragen haben, keinen Grund gibt, die Haftungsklage von einer vorherigen Feststellung des Verstoßes abhängig zu machen. Denn insoweit ist das Ermessen zu berücksichtigen, über das die Kommission bei ihrer Entscheidung darüber, ob sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten soll, verfügt, mit der Folge, daß die Möglichkeit für den einzelnen, die Entschädigung zu erhalten, ohne Kontrolle verringert würde. Außerdem ergeben sich, wie der Gerichtshof ausgeführt hat, „die den einzelnen zustehenden Rechte nicht aus diesem Urteil [das die Vertragsverletzung feststellt], sondern aus den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die in der innerstaatlichen Rechtsordnung unmittelbare Wirkung haben, selbst" [83].

82. Verfügen die Mitgliedstaaten dagegen über ein weites Ermessen und/oder handelt es sich um einen zweifelhaften rechtlichen Rahmen, der in der Rechtsprechung noch nicht, auch nicht im Hinblick auf ähnliche Sachverhalte, untersucht worden ist, so muß die Betrachtungsweise zwangsläufig eine andere sein. Bereits abstrakt gesehen, muß tatsächlich eingeräumt werden, daß man in diesen Fällen wohl schwerlich eine offenkundige und schwere Nichtbeachtung der Grenzen, die dem Handeln der Staaten gesetzt sind, wird feststellen können, zumindest soweit dafür, wie in der Rechtsprechung zu Artikel 215, ein gleichsam *willkürliches* Verhalten verlangt wird [84].

In diesen Fällen bleibt dem einzelnen somit die Möglichkeit, sich auf den materiellen Schutz der ihm durch die betreffende Vorschrift gegebenenfalls verliehenen Rechtsposition zu berufen. Natürlich wird der Verletzte für den Fall, daß der Mitgliedstaat den inzwischen festgestellten Verstoß nicht in angemessen kurzer Zeit beseitigt, sehr wohl eine Schadensersatzklage erheben können.

83. Demnach kann man nicht sicher ausschließen, daß sich die Auslegung der betreffenden Gemeinschaftsnormen, die von den nationalen Behörden bei der normativen Tätigkeit (oder Untätigkeit) vorgenommen wurde, soweit sie sich als ein praktisch willkürliches Verhalten darstellt, als *offensichtlich falsch* erweisen kann, mit der Folge, daß die Entschädigungspflicht des säumigen Mitgliedstaats — auch in diesem Fall — bejaht werden müßte.

In bezug auf die Fälle der rechtzeitigen, aber nicht ordnungsgemäßen Umsetzung einer Richtlinienbestimmung, ist sodann unter dem gleichen Gesichtspunkt darauf hinzuweisen, daß die Staatshaftung nur ausgelöst wird, wenn sich diese Durchführung durch den betreffenden Mitgliedstaat als offensichtlich falsch erweist [85].

83 — Urteil vom 14. Dezember 1982 in den verbundenen Rechtssachen 314/81 bis 316/81 und 83/82 (Waterkeyn, Slg. 1982, 4337, Randnr. 16).

84 — Für die Zugrundelegung eines derartigen Begriffes vgl. Urteil vom 5. Dezember 1979 in den verbundenen Rechtssachen 116/77 und 124/77 (Amylum/Rat und Kommission, Slg. 1979, 3497, Randnr. 19), in dem der Gerichtshof darauf hingewiesen hat, daß es sich im konkreten Fall „nicht um einen derart schweren Fehler [handelt], daß man sagen könnte, das Verhalten der ... Organe ... grenze als solches an Willkür und sei somit geeignet, die außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auszulösen". Im gleichen Sinne vgl. zuletzt Urteil vom 18. September 1995 in der Rechtssache T-167/94 (zitiert in Fußnote 69).

85 — Für eine genauere Untersuchung dieses Gesichtspunkts vgl. die Schlußanträge in der Rechtssache C-392/93 (British Telecommunications, Slg. 1996, I-1634), die ebenfalls am heutigen Tag vorgetragen werden (insbes. Nrn. 33 bis 35).

84. Abschließend gesagt, bin ich der Ansicht, daß man für unsere Zwecke von einem *offenkundigen und qualifizierten Verstoß* sprechen kann, wenn

a) inhaltlich in jedem Punkt klare und genaue Verpflichtungen nicht beachtet werden;

b) zweifelhafte Rechtslagen, die mit der Rechtslage im betreffenden Fall übereinstimmen oder ihr zumindest entsprechen, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes bereits hinreichend geklärt worden sind, entweder durch Auslegung in Vorabentscheidungsverfahren oder durch Urteil nach Artikel 169;

c) sich die Auslegung der betreffenden Gemeinschaftsvorschriften, wie sie von den nationalen Behörden bei der normativen Tätigkeit (oder Untätigkeit) vorgenommen wurde, als offensichtlich falsch erweist.

— Das Verschulden: ein unbedingt notwendiger Faktor?

85. Es ist nun die Frage zu beurteilen, ob das Verschulden ein unbedingt notwendiger Faktor für die Begründung der Haftung der Mitgliedstaaten ist. Insoweit sollte zunächst klargestellt werden, daß unter Verschulden hier ein subjektives, wenn man so will, psychisches oder psychologisches Element zu verstehen ist, das — im Sinne des Fahrlässigkeits- oder Nachlässigkeitsvorwurfs oder jedenfalls in dem Sinne, der traditionell dem Ausdruck Verschulden beigelegt wird — das Verhalten des Rechtssubjekts, dem der Verstoß zugerechnet wird, und mit ihm die Haftung charakterisiert. So gesehen ist die Schuld also ein Faktor, der als subjektive Sachverhaltskomponente zur Verletzung der Handlungsnorm *hinzukommt* und das Verhalten, das zur Verletzung führt, nicht aber unmittelbar die Verletzung als solche oder den Rechtsetzungsakt, der den Schaden verursacht, qualifiziert.

Die Frage des Verschuldens im subjektiven Sinne — und erst recht die des Vorsatzes — bei der Rechtsetzungstätigkeit wirft aber bereits auf gedanklicher Ebene nicht wenige Probleme auf, denn das Verschuldenselement ist als Voraussetzung für die Staatshaftung schon immer Gegenstand eingehender Überlegungen und gegensätzlicher Beurteilungen gewesen. Insbesondere hat man es nicht versäumt, die Schwierigkeit zu betonen, die damit verbunden ist, ein fahrlässiges Verhalten der öffentlichen Stellen auf der Grundlage der für das Zivilrecht angenommenen Kriterien zu bestimmen, vor allem weil die Mechanismen, die entwickelt wurden, um die Handlung der juristischen Personen zu erklären, indem diesen das gleiche Handeln wie den natürlichen Personen zugeschrieben wird, sich nämlich in dieser Hinsicht als völlig unnütz oder jedenfalls unzureichend erweisen würden. Denn es erscheint bereits abstrakt gesehen problematisch, bei der Rechtsetzungshandlung des Gesetzgebers ein schuldhaftes Verhalten zu erblicken oder sogar die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, daß er sich des Verstoßes bewußt ist. Vielmehr muß man einfach vermuten, daß der Gesetzgeber immer und in jedem Fall ein Allgemeininteresse verfolgt.

86. Dennoch muß man feststellen, daß sich die Mehrzahl der nationalen Rechtsordnungen immer noch auf das Verschulden als Grundlage der Haftung bezieht [86], auch wenn es im Grunde eigentlich mit — der Rechtswidrigkeit der Handlung gleichgesetzt wird. Ich denke insbesondere an das französische System, in dem der Grundsatz gilt, daß „toute illégalité constitue par elle-même une faute" [87], und auch an die Einstellung der italienischen Corte di cassazione, wonach „bezüglich der rechtswidrigen Akte das Verschulden an sich in dem mit dem Erlaß des Aktes und seiner Durchführung begangenen Normenverstoß erkennbar ist" [88].

Mit anderen Worten, das Verschulden, das entweder in Anbetracht des zweifellos freiwilligen Charakters der Akte der öffentlichen Stellen oder in Anbetracht des Verstoßes gegen die Grundsätze der Rechtmäßigkeit, zu deren Einhaltung sie verpflichtet sind, immer dann zumindest vermutet wird, wenn ein rechtswidriger Rechtsetzungsakt erlassen wird, hat am Ende jede subjektive Konnotation verloren [89].

87. Die Frage nach dem Verschulden hat sich mit anderen Worten von dem des Menschen auf das der „Organisation" verlagert, mit der Folge, daß es auch dann, wenn man es nicht ganz einfach mit der Rechtswidrigkeit zusammenfallen läßt, doch mit dem Inhalt der verletzten Vorschrift in dem Sinne verbunden wird, daß den Verhaltensregeln, zu deren Einhaltung die Verwaltung bei der Erfüllung ihrer institutionellen Aufgaben verpflichtet ist, Bedeutung beigemessen wird. Insbesondere wird der Umstand wichtig, daß das Handeln der Verwaltung an die ihr gesetzten Grenzen der Gesetzmäßigkeit gebunden ist.

Stimmt es also, daß die Haftung in der Mehrzahl der nationalen Rechtsordnungen immer noch am Verschulden festgemacht wird, so trifft es doch auch zu, daß das Vorliegen eines Verschuldens, von bestimmten

86 — Eine Ausnahme stellt insoweit sicherlich die spanische Rechtsordnung dar, die eine objektive Haftung für Rechtsetzungsakte kennt (vgl. die Artikel 9 Absatz 3 und 106 Absatz 2 der Verfassung sowie Artikel 139 Absatz 1 des Gesetzes vom 26. November 1992 über die rechtliche Regelung der öffentlichen Verwaltung und des Verwaltungsverfahrens).

87 — Vgl. insoweit u. a. Paillet: „La faute du service public en droit administratif français", 1980, S. 176.

88 — Cassazione civile, Sezioni Unite, Urteil vom 22. Oktober 1984, Nr. 5361 (in: Giustizia civile, 1985, S. 1419), in dem allerdings bekräftigt wird: "Es ist nicht zu erkennen ..., wie die freiwillige Durchführung eines Verwaltungsakts, der wegen Gesetzesverstoßes rechtswidrig ist und ein subjektives Recht beeinträchtigt hat, nicht von sich aus den Tatbestand des Verschuldens auch in unbedeutenden Fällen erfüllen könnte, insbesondere wenn sie unmittelbar auf ein öffentliches Gebilde zurückgeht, das so organisiert und fähig ist, in seiner gebundenen Tätigkeit gemäß dem Recht zu handeln." Außerdem ist auf das Urteil vom 24. Mai 1991, Nr. 5883 (in: Resp. civ. prev., 1992, S. 247 ff.), hinzuweisen, in dem die Corte di cassazione ausgeführt hat, daß der Nachweis des Verschuldens der öffentlichen Verwaltung bestehen kann „entweder in dem Verstoß gegen die Regeln der allgemeinen Vernunft, der zu nachlässigen oder unvorsichtigen Maßnahmen führt, oder in dem Verstoß gegen Gesetze und Verordnungen, an deren Beachtung die öffentliche Gewalt gebunden ist, da sie die in Artikel 97 des Verfassung vorgesehenen Grundsätze der Rechtmäßigkeit, Unparteilichkeit und des guten Geschäftsgangs zu beachten hat".

89 — Dies ist auch in bezug auf Belgien, Luxemburg, Griechenland, Portugal und Dänemark der Fall.

Ausnahmen abgesehen [90], anhand objektiver Kriterien bestimmt wird [91]. In den Mitgliedstaaten wird die Haftung wegen Verschuldens also letzten Endes nur aufgrund einer Reihe von Kunstgriffen bejaht; jedenfalls wird sie immer mehr objektiviert, d. h. immer weniger oder gar nicht mit einer subjektiven Komponente verbunden.

88. Ich meine, daß eine solche in den nationalen Rechtsordnungen vorherrschende und vom Gerichtshof in bezug auf die außervertragliche Haftung der Gemeinschaftsorgane angewandte Lösung [92] dazu führt, die Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht als eine verschuldensunabhängige objektive Haftung auszugestalten.

Auch müßte, wenn man diese Haftung am Verschulden festmachen wollte, zumindest nach meiner ersten Einschätzung die Haftung, soweit hier von Bedeutung, an die Vorschrift, die als verletzt angesehen wird, geknüpft oder unmittelbar mit ihrem Inhalt identifiziert werden.

89. Es liegt nach meinem Dafürhalten nämlich auf der Hand, daß es, wenn die Handlungsnorm einen bestimmten Erfolg verlangt, keinen Raum dafür gibt, die Auslösung der Haftung vom Vorliegen einer subjektiven Konnotation des Verhaltens des Staates abhängig zu machen, die als Verschulden im zuvor genannten Sinne qualifiziert werden kann. Der Verstoß, also die unerlaubte Handlung, erfolgt in dem Zeitpunkt, in dem es dem Staat nicht gelungen ist, den von der Vorschrift gewollten Erfolg herbeizuführen. Die Haftung des Staates entsteht objektiv, ohne Verschulden oder wie immer man dies auch nennen will.

Ist die Vorschrift, die ein Tun gebietet, dagegen in dem Sinne eine Verhaltensnorm, daß sie im wesentlichen eine Sorgfaltspflicht (eine *duty of care*, damit wir uns richtig verstehen) vorschreibt, so wird das Verschulden ein wesentliches Element des Sachverhalts sein. In diesem Fall ist das Verschulden jedoch nicht mehr ein subjektiver Faktor, der das Verhalten des Staates, der den Verstoß und mit ihm den ungerechtfertigten Schaden herbeigeführt hat, charakterisiert, sondern gerade der Gegenstand des Verstoßes. Denn der Verstoß gegen die Sorgfaltspflicht besteht genau in einem nachlässigen, also schuldhaften Verhalten, so daß das Verschulden der Gegenstand der unerlaubten Handlung und nicht mehr eine subjektive Komponente des Verhaltens ist.

90. Ich bin abschließend der Ansicht, daß für die Darstellung einer Situation, in der der Mitgliedstaat, der gegen seine Gemeinschaftsverpflichtungen verstoßen hat, haftet, einer unmittelbaren Untersuchung zur Feststellung des Vorliegens eines Verschuldens als subjektiver Komponente des rechtswidrigen Verhaltens keine Bedeutung zukommt.

90 — Im englischen System wird die Haftung der Verwaltung für Rechtsetzungstätigkeiten offenbar immer noch (eng) mit dem Verschulden als subjektiver Verhaltenskomponente verknüpft. Daher kann ein Auslegungsfehler des Ministers bezüglich des Umfangs der ihm verliehenen Befugnisse nicht schon für sich allein als schuldhaft bezeichnet werden (vgl. z. B. Rowling v. Takaro Properties Ltd, 1988, 2 W. L. R., S. 433 ff.); ebenso ist das Verschulden und mit ihm die Haftung ausgeschlossen, wenn die betreffende Behörde um einen Rechtsrat über die Materie, in der sie tätig werden mußte, ersucht hatte (vgl. Dunlop v. Woollahra Municipal Council, 1988, 2 W. L. R., S. 418). Im Hinblick darauf, daß rein wirtschaftliche Einbußen (*pure economic loss*) im Rahmen des *tort of negligence* nicht ersatzfähig sind, folgt daraus sodann, daß praktisch nur der rechtswidrige Erlaß von durch Vorsatz gekennzeichneten Maßnahmen eine die Haftung auslösende unerlaubte Handlung, eben die der *misfeasance in public office*, darstellen kann.

91 — Eine solche Entwicklung findet sich auch in den Niederlanden und in Deutschland, wo das Verschulden in einem Verhalten gesehen wird, das nicht den üblichen Sorgfaltspflichten entspricht. Insoweit spricht die deutsche Lehre bereits von einer „Objektivierung des Verschuldens" (vgl. Ossenbühl: „Staatshaftungsrecht", 4. Aufl., München, 1991, S. 61).

92 — Nach einigem anfänglichem Zögern, auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wird das Verschulden nämlich nur noch als Synonym für rechtswidriges Verhalten erwähnt.

Ich gebe daher meiner zuvor geäußerten Überzeugung nochmals Ausdruck, daß das gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende Verhalten des Staates für die Entschädigungspflicht anhand objektiver Elemente beurteilt werden muß.

b) *Das Vorliegen des Schadens*

91. Der Schaden muß tatsächlich, also sicher und gegenwärtig sein. Dies sind allerdings die allgemein auch von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verlangten Erfordernisse, deren Vorliegen im konkreten Fall das nationale Gericht zu prüfen hat.

92. Ich halte es jedoch für zweckmäßig, wenn auch nur kurz, bei bestimmten, die Natur des Schadens betreffenden Voraussetzungen zu verweilen, die im Laufe des vorliegenden Verfahrens insbesondere von der französischen Regierung als Kriterium für die Begrenzung des Haftungsbereichs der Mitgliedstaaten infolge von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht geltend gemacht oder jedenfalls angeführt worden sind. Ich beziehe mich insbesondere auf die Schwere des Schadens in dem Sinne, daß es sich um einen erheblichen Schaden handeln müßte, und auf dessen Spezialität in dem Sinne, daß er nur eine geringe Anzahl von Personen betreffen müßte.

Meiner Ansicht nach kann den genannten Voraussetzungen, die auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur außervertraglichen Haftung oft angewandt werden [93], soweit hier von Interesse, keine Bedeutung beigemessen werden.

93. Zwar finden sich in manchen nationalen Rechtsordnungen Fälle, in denen der Entschädigungsanspruch auch von der Schwere des Schadens, seinem anormal schweren Charakter und von seiner Spezialität in bezug auf die verletzten Rechtssubjekte abhängt, doch bezieht sich diese Orientierung wohlgemerkt auf den Ersatz von Schäden, die aus rechtmäßigen Handlungen folgen [94]. Der Rahmen des Problems ist daher nicht derselbe wie der vorliegende und kann es auch nicht sein.

Es wäre in der Tat übertrieben, von den durch rechtswidrige Handlungen geschädigten Personen zu verlangen, daß der ihnen entstandene Schaden anormal und speziell ist, so daß sie nicht nur die nach ihrem Umfang geringen, sondern auch diejenigen Folgen zu tragen hätten, die sie mit einer nicht wirklich kleinen Gruppe von Personen

93 — Vgl. insbes. Urteil vom 25. Mai 1978 (HNL/Rat und Kommission, zitiert in Fußnote 66, Randnr. 7), Urteil vom 4. Oktober 1979 in den verbundenen Rechtssachen 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 27/79, 28/79 und 45/79 (Dumortier Frères u. a./Rat, Slg. 1979, 3091, Randnr. 11) und Urteil vom 6. Dezember 1984 in der Rechtssache 59/83 (Biovilac/EWG, Slg. 1984, 4057, Randnrn. 27 bis 30).

94 — Vgl. z. B. Conseil d'Etat, Urteil vom 14. Januar 1938, La Fleurette, Recueil Lebon, 1938, S. 25 ff. In genau denselben Zusammenhang ist auch die deutsche Theorie des „Sonderopfers" einzuordnen, die sich im Enteignungsrecht herausgebildet hat und sich somit auch immer auf den Vermögensschaden bezieht, der sich aus rechtmäßigen, im Allgemeininteresse erlassenen Akten ergibt.

teilen. Ich meine daher, daß die Idee einer Befreiung für die kleinen Schäden in unserem Fall eine schlechte Idee wäre.

94. Dazu möchte ich zunächst bemerken, daß der Annahme eines Kriteriums der Schwere des Vermögensschaden die Tatsache entgegensteht, daß eine rechtswidrige, gegen eine Vorschrift des Systems und die durch dieses gewährleisteten subjektiven Rechte verstoßende Maßnahme, die einen offenkundigen und qualifizierten Verstoß enthält, zur Entschädigung führen muß, damit das durch die unerlaubte Handlung gestörte Gleichgewicht wiederhergestellt wird, und zwar unabhängig vom Umfang des Schadens. Wenn sich übrigens aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eine gemeinsame Tendenz zur Haftung für rechtswidrige Akte der öffentlichen Verwaltung ergibt, so geht diese dahin, die Entschädigung nicht vom Umfang des Schadens abhängig zu machen.

Hinzu kommt, daß die Haftung der Staaten offenbar nicht auf die Fälle beschränkt werden kann, in denen Rechtssubjekte oder Gruppen von Rechtssubjekten speziell festgelegt sind, daß sie aber ausgeschlossen werden kann, wenn der Rechtsetzungsakt eine umfangreiche Gruppe von Rechtssubjekten betrifft. Denn man kann zwar mit gutem Grund behaupten, daß im öffentlichen Interesse liegende Erfordernisse zum Ausschluß der Ersatzfähigkeit von Schäden führen müssen, die umfangreiche Gruppen von Rechtssubjekten betreffen, auch um große finanzielle Belastungen zu verhindern, doch ist auch wahr, daß sich eine solche Konstruktion auf bloße Zweckmäßigkeitserwägungen stützt. Man müßte sich aber fragen, mit welcher Begründung sich in Anbetracht der Tatsache, daß die Haftung von dem qualifizierten und offenkundigen Verstoß gegen eine höherrangige Vorschrift abhängt, aus der sich subjektive Rechte ergeben, die Befriedigung des Inhabers des Entschädigungsanspruchs nach der Anzahl der anderen Inhaber des gleichen verletzten Rechts richten sollte [95].

95. Kurz und gut, ich glaube nicht, daß man den Umstand außer acht lassen kann, daß die Haftung für rechtswidrige Akte und die Entschädigung für rechtmäßige Akte zwei völlig verschiedene Rechtsfiguren sind. Und es ist gewiß nicht ohne Bedeutung, daß die Voraussetzung der Schwere und der Spezialität des Schadens in der französischen Rechtsprechung nur für den Ersatz des aus rechtmäßigen Rechtsetzungsakten folgenden Schadens aufgestellt worden ist.

Der Conseil d'Etat hat übrigens, als er im Urteil Alivar die Staatshaftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht in Anbetracht der Tatsache, daß die nationalen Maßnahmen durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt waren, als *responsabilité sans faute* ausgestaltete, die Anormalität und Spezialität des

95 — Vgl. in diesem Sinne bereits die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti in den verbundenen Rechtssachen 83/76, 94/76, 4/77, 15/77 und 40/77 (HNL/Rat und Kommission, Slg. 1978, 1126, insbes. 1234 f.).

Schadens als erwiesen angesehen [96]; jedenfalls hat man in bezug auf die modifizierte *responsabilité sans faute* davon gesprochen, daß es nicht erforderlich sei, daß der Schaden anormalen und speziellen Charakter habe [97].

96. Ich halte es abschließend für völlig klar, daß die Voraussetzungen in bezug auf die Natur des Schadens, die allerdings geradewegs zur Verneinung des Entschädigungsanspruchs führen können, keine Grundlage und auch keinen Sinn haben, wenn der geltend gemachte Schaden nicht etwa mit einer rechtmäßigen, sondern mit einer rechtswidrigen Tätigkeit zusammenhängt [98]. Diese Schlußfolgerung sollte selbstverständlich auch in den Fällen der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft gelten [99].

c) *Der Kausalzusammenhang*

97. Die dritte, im Urteil Francovich ausdrücklich genannte Haftungsvoraussetzung ist die bezüglich des Kausalzusammenhangs, der kanonischen Voraussetzung für die deliktische Haftung, aufgrund deren der geltend gemachte Schaden die unmittelbare Folge der ihrem Urheber zuzurechnenden schädigenden Handlung — soweit hier von Bedeutung, also des rechtswidrigen Rechtsetzungsakts — sein muß.

Es ist klar, daß es Sache des nationalen Gerichts sein wird, das Vorliegen dieser Voraussetzung zu prüfen. Soweit hier von Bedeutung, halte ich jedoch einige Bemerkungen zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs für zweckmäßig, und zwar in doppelter Hinsicht. Zum einen ist es nämlich nicht überflüssig, zu klären, ob das Gemeinschaftsrecht die Ansicht zuläßt, daß der Kausalzusammenhang durch etwaige Mitursachen oder durch fahrlässiges Verhalten des Geschädigten unterbrochen wird; zum anderen wirft dieses Problem, sei es auch in anderem Gewand, die Frage nach der Subsidiarität der Schadensersatzklage im Verhältnis zu anderen nationalen gerichtlichen Rechtsbehelfen auf.

96 — Urteil vom 23. März 1984, Alivar, in: AJDA, 1984, S. 396, mit Anmerkung Genevois. Der Fall betraf einen Antrag auf Entschädigung wegen der Nichterteilung einer Ausfuhrgenehmigung für Kartoffeln, die auf einem allgemeinen Verwaltungsakt beruhte, der später vom Gerichtshof als gegen das Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen des Artikels 34 verstoßend angesehen wurde. Der Conseil d'Etat stellte fest, daß im konkreten Fall ausschließlich eine Haftung *sans faute* in Betracht komme, und bestätigte das erstinstanzliche Urteil, das der Schadensersatzklage stattgegeben und nicht einmal den anormalen und speziellen Charakter des Schadens geprüft hatte, aber weil es eine Haftung aus unerlaubter Handlung (*pour faute*) angenommen hatte. Vgl. ferner die Schlußfolgerungen des Commissaire du gouvernement Laroque im Urteil des Conseil d'Etat vom 28. Februar 1992, Arizona Tobacco Products (zitiert in Fußnote 48), in denen gerade vorweggenommen wird, daß der Fall des Verstoßes gegen Gemeinschaftsvorschriften so wie der des Verstoßes gegen internationale Vorschriften zu einem dritten Haftungssystem führe, das im Unterschied zur *responsabilité sans faute* nicht verlange, daß der Schaden außergewöhnlich sei, um den Schadensersatzanspruch zu begründen.

97 — Siehe hierzu Simon: „Le Conseil d'État et les directives communautaires: du gallicanisme à l'orthodoxie?", in: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1992, S. 265 ff.

98 — Diese Schlußfolgerung wird auch von der bereits genannten Empfehlung des Europarats vom 18. September 1984 bestätigt, in deren Grundsatz II Absatz 1 ausdrücklich der Fall des Ersatzes von Schäden infolge von rechtmäßigen Handlungen vorgesehen ist: „Une réparation doit être assurée au cas où il serait manifestement injuste que la personne lésée supporte seule le dommage, compte tenu des circonstances suivantes: l'acte a été pris dans l'intérêt général, seule une personne ou un nombre limité de personnes subit le dommage et l'acte est exceptionnel ou le dommage est le résultat exceptionnel de l'acte." Anders dagegen die bereits genannten Schlußanträge des Generalanwalts Léger vom 20. Juni 1995 in der noch anhängigen Rechtssache C-5/94 (Lomas).

99 — Tatsächlich könnte sich aus dem Urteil vom 19. Mai 1992 (Mulder u. a., zitiert in Fußnote 77) ergeben, daß der Gerichtshof seine Rechtsprechung in diesem Punkt bereits, und sei es auch stillschweigend, revidiert hat.

— Das Verhalten des Geschädigten

98. Hierzu erinnere ich zunächst daran, daß der Gerichtshof ausgeführt hat, daß es einen „allgemeinen, den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundsatz" gibt, „wonach der Geschädigte sich in angemessener Form um die Begrenzung des Schadensumfangs bemühen muß, wenn er nicht Gefahr laufen will, den Schaden selbst tragen zu müssen" [100].

Der Geschädigten ist daher zu sorgfältigem Verhalten verpflichtet, wobei die Verpflichtung darin besteht, die Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, den Schaden zu verhindern oder jedenfalls seinen Umfang zu verringern [101].

99. In diesem Sinne lautet übrigens auch die bereits genannte Empfehlung des Europarats vom 18. September 1984, in deren Grundsatz III es heißt: „*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée.*"

Aus der Formulierung eines solchen Grundsatzes geht hervor, daß die Unterbrechung des Kausalzusammenhangs von einem schuldhaften Verhalten des Geschädigten abhängen kann und daß ein solches Verhalten seinerseits auch darin bestehen könnte, daß der Geschädigte die ihm zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel nicht eingesetzt hat.

— Schadensersatzforderungen und verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe: Selbständigkeit oder Subsidiarität?

100. Konnte der Schaden von dem Geschädigten durch Einlegung nationaler gerichtlicher Rechtsbehelfe (z. B. durch Anfechtung des mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren schädigenden Aktes oder dadurch, daß gegenüber der öffentlichen Verwaltung ein Recht geltend gemacht wird, das durch eine in einer Richtlinie enthaltene Vorschrift mit unmittelbarer Wirkung anerkannt wird) verhindert werden, so kann man sich in der Tat fragen, ob dadurch, daß von diesen Rechtsbehelfen kein Gebrauch gemacht wird, nicht die notwendige Kausalität zwischen Verletzung und entstandenem Schaden unterbrochen wird.

Mit anderen Worten, es stellt sich die Frage, ob die unterbliebene rechtzeitige Einlegung der Anfechtungsrechtsbehelfe die Möglichkeit einer Berufung auf die Haftung des „säumigen" Staates ausschließt. In diesem Sinne könnte sich die vorherige Einlegung der substantiellen Rechtsbehelfe, außer als Haftungsvoraussetzung, sehr wohl auch — ebenso korrekt — als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Schadensersatzklage darstellen.

100 — Urteil vom 19. Mai 1992 (Mulder u. a., zitiert in Fußnote 77, Randnr. 33).

101 — Für eine Anwendung dieses Grundsatzes in der Rechtsprechung zu Artikel 215 vgl. u. a. Urteil vom 14. Juli 1967 in den verbundenen Rechtssachen 5/66, 7/66 und 13/66 bis 24/66 (Kampffmeyer/Kommission, Slg. 1967, 332, insbes. 355 f.) und Urteil vom 4. Oktober 1979 in der Rechtssache 238/78 (Ireks-Arkady/Rat und Kommission, Slg. 1979, 2955, Randnr. 14).

101. Diese Frage wird in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich beantwortet, wobei man auf drei verschiedene Ansichten stoßen kann. Die erste besteht in der Anerkennung einer absoluten Selbständigkeit der verschiedenen Klagemöglichkeiten, die es somit dem Betroffenen überläßt, diejenige zu wählen, die er für den Schutz seiner Interessen für geeigneter hält [102]. Die zweite macht dagegen die Haftungsklage von der Anfechtungsklage abhängig [103]. Die dritte schließlich ist insoweit enger mit dem Kausalzusammenhang verknüpft, als die Verwaltung für den Schaden nicht einzustehen braucht, den der Betroffene durch Anwendung substantieller Rechtsbehelfe, insbesondere der Anfechtungsklage, hätte abwenden können [104].

Bekanntlich hat sich die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur außervertraglichen Haftung nach einigen anfänglichen Stellungnahmen im Sinne einer Subsidiarität der Schadensersatzklage [105] entschieden für die Selbständigkeit dieser Klage ausgesprochen, deren Zulässigkeit unabhängig von der für den Kläger bestehenden Möglichkeit, andere Instrumente des gerichtlichen Rechtsschutzes einzusetzen, bejaht worden ist. Insbesondere hat der Gerichtshof bekräftigt, daß „die Schadensersatzklage nach Artikel 178 und 215 Absatz 2 EWG-Vertrag als selbständiger Rechtsbehelf mit eigener Funktion im System der Klagemöglichkeiten geschaffen und von Voraussetzungen abhängig gemacht worden ist, die ihrem besonderen Zweck angepaßt sind" [106].

102. Diese Feststellungen machen insbesondere deutlich, wie der autonome Charakter der Schadensersatzklage Garantieerfordernissen entspricht, die mit den verschiedenen Anforderungen an die Befugnis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage im Vergleich zur Schadensersatzklage in Zusammenhang stehen. Der einzelne kann nämlich in dem von den Verträgen entworfenen Schutzsystem nicht die Handlungen allgemeiner Art anfechten und auch nur sehr schwer die Untätigkeit der Gemeinschaftsorgane feststellen lassen. Aufgrund der anerkannten Selbständigkeit der Schadensersatzklage kann daher mit dem Schadensersatz das erreicht werden, was mit der Nichtigkeitsklage nicht erreichbar ist oder jedenfalls nicht erreicht werden konnte.

Daß dies die Ratio der Anerkennung der Selbständigkeit der Schadensersatzklage ist, wird dadurch bekräftigt, daß diese Klage in begrenzten Fällen, in denen Privatpersonen wirksam verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe einlegen können [107], insbesondere in

102 — Dies ist z. B. die Lösung des französischen Rechts.

103 — Diese Art der Lösung gilt z. B. im italienischen und im englischen Recht.

104 — Diese Zwischenlösung gilt gemäß § 839 Absatz 3 BGB im deutschen Recht.

105 — Vgl. Urteil vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62 (Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213, 239 f.).

106 — Urteil vom 17. Dezember 1981 in den verbundenen Rechtssachen 197/80 bis 200/80, 243/80, 245/80 und 247/80 (Ludwigshafener Walzmühle Erling u. a./Rat und Kommission, Slg. 1981, 3211, Randnr. 4). In diesem Urteil hat der Gerichtshof auch klargestellt, daß sich diese Klage (auf Schadensersatz) „von der Nichtigkeitsklage dadurch [unterscheidet], daß sie nicht auf die Beseitigung einer bestimmten Maßnahme, sondern auf den Ersatz des durch ein Organ in Ausübung seiner Amtstätigkeit verursachten Schadens gerichtet ist; die Voraussetzungen der Haftungsklage sind nach Maßgabe dieses Ziels definiert und unterscheiden sich somit von denen der Nichtigkeitsklage".

107 — Vgl. Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 175/84 (Krohn/Kommission, Slg. 1986, 753), in dem der Gerichtshof die Unzulässigkeit der Klage in dem Fall bejaht hat, daß „eine Schadensersatzklage auf Zahlung eines Betrags gerichtet ist, der genau dem Betrag von Abgaben entspricht, die der Kläger in Ausführung einer Einzelfallentscheidung gezahlt hat, weshalb mit der Schadensersatzklage in Wirklichkeit die Aufhebung dieser Einzelfallentscheidung begehrt wird" (Randnr. 33).

den Rechtsstreitigkeiten der Bediensteten der Gemeinschaften [108], nicht zur Verfügung steht.

Die Selbständigkeit der außervertraglichen Haftungsklage besteht somit zugunsten der Privatpersonen, denen für gewöhnlich die substantiellen gerichtlichen Rechtsbehelfe versagt sind, nicht aber auch zugunsten desjenigen, der diese Rechtsbehelfe erfolgreich einlegen kann.

103. Im großen ganzen ist das Kriterium, von dem sich die Rechtsprechung in bezug auf die Regelung der außervertraglichen Haftungsklage hat leiten lassen, über die wieder und wieder verwendeten Formeln hinaus immer gleich geblieben, sei es in bezug auf die nationalen Rechtsbehelfe (Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit im Rahmen der Anfechtungsklage gegen den nationalen Durchführungsakt) oder auf die direkten Klagen (Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage). Der Zweck besteht darin, zu verhindern, daß die Haftungsklage zur Erreichung des gleichen Ergebnisses benutzt wird, das mit einer anderen Klage — selbstverständlich erfolgreich — hätte erreicht werden können. Die Schadensersatzklage kann somit nicht das Mittel sein, um die Wirkungen eines schädigenden Aktes zu beseitigen, wenn dieses Ziel gleichermaßen mit einer normalen Nichtigkeitsklage erreicht werden kann, und zwar mit einer unmittelbaren Nichtigkeitsklage oder mit einer nationalen Anfechtungsklage, verbunden mit einem Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit an den Gerichtshof. Dies ist unter dem einzigen Vorbehalt zu verstehen, daß der gerichtliche Rechtsbehelf, insbesondere der nationale, jedenfalls geeignet ist, einen wirksamen Schutz zu gewährleisten.

104. Dies hat, soweit hier von Bedeutung, zur Folge, daß es den Mitgliedstaaten, wenn und soweit die genannte Voraussetzung auch für gleichartige Rechtsbehelfe, die nur innerstaatliches Recht betreffen, verlangt wird, vernünftigerweise nicht verwehrt sein kann, die Haftungsklage von der vorherigen Anfechtungsklage abhängig zu machen.

Die Annahme der Subsidiarität der Schadensersatzklage bei Schäden aufgrund von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht ist übrigens vom Gerichtshof offenbar — zumindest auf den ersten Blick — bereits bestätigt worden. Denn im Urteil Wagner Miret ist die Schadensersatzklage als das letzte Mittel des einzelnen geschildert worden, d. h. als der Weg, der zu beschreiten ist, wenn ein zweckmäßiges Ergebnis nicht anders erreicht werden kann, auch nicht dadurch, daß die einschlägigen nationalen Vorschriften vom nationalen Gericht im Einklang mit den betreffenden Gemeinschaftsbestimmungen ausgelegt werden [109].

108 — Vgl. u. a. Urteil vom 14. Februar 1989 in der Rechtssache 346/87 (Bossi/Kommission, Slg. 1989, 303) und Urteil vom 24. Januar 1991 in der Rechtssache T-27/90 (Latham/Kommission, Slg. 1991, II-35).

109 — Urteil vom 16. Dezember 1993 (zitiert in Fußnote 37), Randnr. 23.

4. *Die übrigen Voraussetzungen*

105. Bezüglich der *übrigen Voraussetzungen* für den Ersatz des Schadens ist zunächst der Hinweis angebracht, daß der Gerichtshof im Urteil Francovich nach der Bestimmung und Festlegung der Voraussetzungen, die ausreichen, „um dem einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben", klargestellt hat: „Hiervon abgesehen hat der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben" (Randnr. 42).

Der Einschub „hiervon abgesehen" bedeutet ganz offensichtlich, daß in bezug auf die Regelung des aufgrund des Gemeinschaftsrechts geschuldeten Schadensersatzes, der unter den durch dieses Recht bestimmten Voraussetzungen zu leisten ist, die in diesem Bereich einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts nur insoweit *anwendbar sind*, als sie erforderlich sind, um die *übrigen Voraussetzungen* für den Schadensersatz zu regeln. Somit werden nur die Modalitäten der Durchsetzung des Entschädigungsanspruchs des einzelnen, insbesondere die prozessualen Voraussetzungen [110], im nationalen Recht geregelt.

106. Bezüglich der letztgenannten Voraussetzungen hat der Gerichtshof außerdem, ebenfalls im Urteil Francovich, bekräftigt, daß es „mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung ... Sache der nationalen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und das Verfahren für die Klagen auszugestalten, die den vollen Schutz der dem einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen" (Randnr. 42).

Es handelt sich bei genauem Hinsehen um eine Formel, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht neu ist und gewöhnlich im Zusammenhang mit der Autonomie der Mitgliedstaaten auf prozessualem Gebiet verwendet wird, die jedoch auch in diesem Bereich nicht grenzenlos ist.

107. Insoweit hat der Gerichtshof nämlich im Urteil Francovich einen bereits wiederholt mit allgemeinen Worten ausgesprochenen Grundsatz [111] bekräftigt, wonach „die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mitgliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen nicht ungünstiger sein [dürfen] als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, daß sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen" (Randnr. 43).

110 — In Italien sind z. B. mit Decreto legislativo Nr. 80 vom 27. Januar 1992 (GURI vom 13. Februar 1992, S. 246) Rechtsvorschriften eigens zum Zweck der Anwendung des Urteils Francovich erlassen worden, mit denen gerade die Modalitäten und die Grenzen des Schadensersatzes wegen Nichtumsetzung der Richtlinie über die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers geregelt werden sollten. Diese Rechtsvorschriften sehen insbesondere vor, daß die direkte Klage auf Schadensersatz gegen das INPS (Istituto Nazionale Previdenza Sociale) zu richten ist, daß der Pretore in seiner Funktion als Arbeitsrichter zuständig ist und daß die Frist für die Erhebung der Klage ein Jahr beträgt.

111 — Vgl. insbes. Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Rewe, Slg. 1976, 1989) und zuletzt Urteil vom 6. Dezember 1994 in der Rechtssache C-410/92 (Johnson, Slg. 1994, I-5483, Randnr. 21).

Das Gemeinschaftsrecht beschränkt also auch in bezug auf den Schadensersatz die den Mitgliedstaaten verbliebene Freiheit, in prozessualer und materieller Hinsicht die *übrigen Voraussetzungen* zu regeln, die den Schadensersatz betreffen, und zwar, ich wiederhole es, nach Maßgabe des Erfordernisses, den einzelnen einen tatsächlichen und wirksamen Schutz zu sichern [112].

108. Insbesondere kann sich die Grenze der *Inländerbehandlung*, die gerade in dem Sinne zu verstehen ist, daß der gerichtliche Rechtsschutz demjenigen für ähnliche, auf innerstaatlichen Vorschriften beruhende Rechtspositionen zumindest gleichwertig sein muß, bisweilen als völlig unzweckmäßig erweisen. Man denke nur an die vorliegenden Fälle, in denen das nationale Recht *keine* einschlägige Regelung vorsieht, da es sich um einen Rechtsbehelf handelt, der in den betreffenden nationalen Rechtsordnungen nicht gegeben ist. Zweifellos bedeutsamer und einschneidender, und zwar wegen der in ihr enthaltenen Möglichkeiten, ist dagegen die Grenze, die darin besteht, daß das nationale System nicht so ausgestaltet sein darf, daß es die Ausübung der Rechte, zu deren Schutz die nationalen Gerichte gemeinschaftsrechtlich verpflichtet sind, *praktisch unmöglich* macht.

Aus diesem Grundsatz folgt nämlich zweierlei: erstens, daß der gerichtliche Rechtsschutz, wenn es sich um Rechte handelt, die der einzelne aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend macht, jedenfalls ein angemessenes Niveau erreichen muß, und zweitens, daß für die Überprüfung dieses Niveaus der Gerichtshof zuständig ist [113]. Auch wenn es somit Sache der Mitgliedstaaten ist, die ordnungsgemäße Durchführung des Gemeinschaftsrechts auch unter dem Gesichtspunkt des im Wege des Schadensersatzes gewährten Schutzes zu gewährleisten, so behält sich der Gerichtshof auf diese Weise doch vor, das Niveau der Angemessenheit des von der nationalen Rechtsordnung vorgesehenen Schutzes zu prüfen.

109. Schließlich sei hier, noch in bezug auf die übrigen Voraussetzungen für die Entschädigungsregelung, daran erinnert, daß im Laufe des vorliegenden Verfahrens insbesondere die Fragen der ersatzfähigen Schadenskategorien und der Schadensbemessung erörtert worden sind. Insoweit beschränke ich

112 — Vgl. hierzu statt aller Barav: „Sanction de la non-transposition de la directive CEE relative à l'insolvabilité de l'employeur", in: *La Semaine Juridique*, 1992, Nr. 1/2, S. 12, und Kovar, „Voies de droits ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation de normes et décisions du droit communautaire", in: *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Brüssel, 1978, S. 245 ff.

113 — Dies ergibt sich z. B. bereits aus dem Urteil San Giorgio, in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, daß „Beweisvorschriften nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar [sind], die es praktisch unmöglich oder übermäßig schwierig machen, die Erstattung von unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erhobenen Abgaben zu erreichen" (Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (Slg. 1983, 3595, Randnr. 14). Man hat es auch nicht versäumt, mit der Angemessenheit des gerichtlichen Rechtsschutzes die Begründung der Verwaltungsakte in dem Sinne zu verbinden, daß man dem einzelnen auch die Möglichkeit einräumen muß, zu entscheiden, ob er ein gerichtliches Rechtsschutzverfahren einleitet oder nicht; daher das Erfordernis, daß die Entscheidung in voller Kenntnis aller zu beurteilenden Gesichtspunkte erfolgt (vgl. Urteil vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86, Heylens, Slg. 1987, 4097, Randnr. 15). Man denke auch an das Urteil Dekker, in dem der Gerichtshof klargestellt hat, daß dann, wenn sich die Sanktion, für die sich der Mitgliedstaat für die Ahndung der Mißachtung eines in einer Richtlinie enthaltenen Diskriminierungsverbots entschieden hat, in eine Regelung über die zivilrechtliche Haftung einfügt, der Verstoß gegen dieses Verbot die volle Haftung des Urhebers auslöst, „ohne daß die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können" (Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88, Slg. 1990, I-3941, Randnr. 25). Sodann sei auf das Urteil Emmott hingewiesen, in dem ausgeführt worden ist, daß die im nationalen System vorgesehenen Klagefristen erst von dem Zeitpunkt an zu laufen beginnen, in dem die Richtlinie, aus der sich die einzuklagenden Rechte ergeben, ordnungsgemäß umgesetzt worden ist (Urteil vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-208/90, Slg. 1991, I-4269, Randnr. 24). Die Rechtsprechung im Urteil Emmott wird jedoch hinsichtlich der vorliegend interessierenden Frage durch das Urteil vom 6. Dezember 1994 (Johnson, zitiert in Fußnote 110) abgeschwächt.

mich unter Hinweis darauf, daß diese Fragen grundsätzlich dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen bleiben müssen, auf einige kurze Bemerkungen.

Zunächst ist es absolut klar, daß der Schadensersatz nicht rein symbolisch sein darf, sondern dem entstandenen Schaden entsprechen muß. Dieses Erfordernis hängt mit dem Grund der Schadensersatzklage zusammen, der gerade darin besteht, die Wiederherstellung der Vermögenssituation des Geschädigten zu gewährleisten. In diesem Sinne hat sich übrigens sowohl die einschlägige nationale Rechtsprechung als auch die Gemeinschaftsrechtsprechung zu Artikel 215 [114] und die Rechtsprechung zu den internationalen Beziehungen [115] geäußert.

110. Nützliche Hinweise hierzu finden sich auch in einigen Urteilen, in denen der Gerichtshof gerade das Niveau der Angemessenheit des Schutzes geprüft hat, den die nationale Rechtsordnung in bezug auf Rechte gewährt, die von den einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend gemacht werden. So hat es der Gerichtshof z. B. hinsichtlich der Freiheit der Mitgliedstaaten in bezug auf die Sanktionen für Verstöße gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht versäumt, darauf hinzuweisen, daß die betreffenden Sanktionen geeignet sein müssen, „einen tatsächlichen und wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten ... Entscheidet sich der Mitgliedstaat dafür, als Sanktion für den Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese deshalb jedenfalls in einem angemessenen Verhältnis zum erlittenen Schaden stehen." [116]

Und weiter, im Urteil Marshall II, hat der Gerichtshof ausgeführt, daß, wenn sich ein Mitgliedstaat dafür entscheide, die Diskriminierungen durch finanzielle Wiedergutmachung zu ahnden, „diese Wiedergutmachung vollständig sein muß und nicht von vornherein der Höhe nach begrenzt sein darf" [117].

111. Sodann braucht kaum hinzugefügt zu werden, daß die Bestimmung der ersatzfähigen Schadenskategorien sicher nicht dazu angetan ist, erhebliche Schwierigkeiten mit sich zu bringen, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des in verschiedenen Mitgliedstaaten für den gleichen Schaden geschuldeten Schadensersatzes. Trotz der terminologischen Unterschiede erkennen nämlich alle nationalen Rechtsordnungen die Ersatzfähigkeit des dem Vermögen des Verletzten zugefügten Schadens an, der sicherlich sowohl den entstandenen Schaden als auch den entgangenen Gewinn umfaßt, wie auch die damit verbundenen Zinsen. Was insbesondere die konkrete Schadensbemessung angeht, so ist im Hinblick darauf, daß sie zwangsläufig von der unterschiedlichen wirtschaftlichen und sozialen Situation jedes Mitgliedstaats abhängen muß, ganz klar, daß es Sache jedes einzelnen dieser

114 — Vgl. Urteil vom 19. Mai 1992 (Mulder, zitiert in Fußnote 77), in dem der Gerichtshof ausdrücklich bekräftigt hat, daß „die Höhe der von der Gemeinschaft geschuldeten Entschädigungen ... dem von der Gemeinschaft verursachten Schaden entsprechen [muß]" (Randnr. 34).

115 — Insoweit sei hier auf die Feststellung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Urteil vom 13. September 1928, ebenfalls in bezug auf den genannten Fall Factory at Chorzów, hingewiesen, wonach „der Schadensersatz, soweit möglich, alle Folgen der rechtswidrigen Handlung beseitigen und den Zustand wiederherstellen muß, der aller Wahrscheinlichkeit nach bestanden hätte, wenn diese Handlung nicht begangen worden wäre" (CPGI, Serie A, Nr. 17, S. 47).

116 — Urteil vom 1. April 1984 (von Colson, zitiert in Fußnote 36, Randnr. 23).

117 — Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-271/91 (Slg. 1993, I-4367, Randnr. 34).

Staaten ist, nach den dafür im eigenen nationalen Recht festgelegten Kriterien Maßnahmen zu treffen.

Für das Gemeinschaftsrecht kommt es also darauf an, daß die Entschädigung tatsächlich und effektiv ist, daß also die Situation, die ohne den Verstoß bestanden hätte, zumindest in bezug auf ihren Vermögenswert wiederhergestellt wird.

5. *Der Zeitpunkt, in dem die Entschädigungspflicht entsteht*

112. Die Entschädigungspflicht des Mitgliedstaats kann, es wurde bereits gesagt, nicht vom Vorliegen eines Urteils des Gerichtshofes abhängen, in dem die betreffende Vertragsverletzung festgestellt worden ist. Auch wenn ein solches Urteil ergangen ist, kommt ihm daher keine entscheidende Bedeutung für die Bestimmung des Zeitpunkts zu, von dem an der Staat zum Ersatz des durch einen ihm zurechenbaren Verstoß verursachten Schadens verpflichtet ist.

Die vorgeschlagenen Voraussetzungen in bezug auf die charakteristischen Merkmale eines „offenkundigen und qualifizierten" Verstoßes machen außerdem deutlich, daß, wenn die verletzte Vorschrift den einzelnen bestimmbare und genaue Rechte verleiht, die Entschädigungspflicht des säumigen Mitgliedstaats erst von dem Moment an bestehen kann, in dem das schädigende Ereignis eintritt. Diese Lösung hat dann zu gelten, wenn die verletzte Vorschrift bei Eintritt des schädigenden Ereignisses bereits durch die Rechtsprechung geklärt ist. In den anderen Fällen, also wenn die Rechtslage zweifelhaft ist, kann der „säumige" Staat erst nach dem klärenden Eingreifen des nationalen und/oder Gemeinschaftsrichters zum Ersatz der Schäden verpflichtet sein, wohlgemerkt insoweit, als er nicht in angemessen kurzer Zeit den Verstoß beseitigt, und nur hinsichtlich der Schäden, die nach einem solchen Eingreifen entstanden sind.

113. Schließlich führen die hier vorgeschlagenen Lösungen zu der Schlußfolgerung, daß es keinen Grund gibt, den Entschädigungsanspruch auf die Verletzten zu beschränken, die bereits bei den nationalen Gerichten Klage erhoben oder einen gleichwertigen Rechtsbehelf eingelegt haben.

Ich bin nämlich der Ansicht, daß die von der deutschen Regierung geltend gemachten zwingenden Gründe der Rechtssicherheit bereits dadurch ausreichend geschützt sind, daß der Entschädigungsanspruch — wenn dies für entsprechende Rechtsbehelfe, die nur innerstaatliches Recht betreffen, vorgesehen ist — von der Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, daß der Verletzte alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel eingesetzt hat, um den Schaden zu verhindern oder wenigstens seinen Umfang zu verringern. Sonst kann nur nach den Verjährungs- und Ausschlußfristen, wie sie in der nationalen Rechtsordnung für die auf innerstaatliches Recht gestützte Haftungsklage vorgesehen sind, die Frist bestimmt werden, innerhalb deren die einzelnen den Anspruch

auf Ersatz der erlittenen Schäden geltend machen können.

## III — Die Antworten auf die Fragen der vorlegenden Gerichte

114. Vor einigen Bemerkungen speziell zu den Fällen, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, halte ich es für zweckmäßig, an die Schlußfolgerungen zu erinnern, zu denen ich bis jetzt gelangt bin:

— Zur Sicherung eines tatsächlichen und wirksamen Schutzes der von dem einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrecht geltend gemachten Rechte verlangt das Gemeinschaftsrecht, daß der Ersatz der Schäden gewährleistet ist, die der einzelne infolge eines dem Staat zuzurechnenden Verstoßes gegen Gemeinschaftsvorschriften erlitten hat;

— der Umstand, daß der betreffende Verstoß dem Gesetzgeber zuzurechnen ist, ist völlig unerheblich, so daß in diesem Fall die restriktiven Voraussetzungen, die in der nationalen Rechtsordnung für die rechtswidrige normative Tätigkeit oder Untätigkeit des Gesetzgebers aufgestellt sind, unanwendbar sind;

— für das Entstehen des Entschädigungsanspruchs reicht es aus, daß die Vorschrift, deren Verletzung angenommen wird, in allen Punkten genau und eindeutig ist, was z. B. dann der Fall ist, wenn ein Staat der Verpflichtung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges nicht nachkommt oder eine gefestigte einschlägige Rechtsprechung nicht berücksichtigt;

— die Kriterien für die Schadensbemessung bestimmen sich nach dem nationalen Recht, sofern sie nicht weniger günstig sind als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht geeignet sind, den vollständigen Ersatz der Schäden, die sich aus dem betreffenden Verstoß ergeben, übermäßig zu erschweren oder praktisch unmöglich zu machen;

— die Ersatzpflicht entsteht im Fall des offenkundigen und qualifizierten Verstoßes in dem zuvor genannten Sinne im Zeitpunkt des Eintritts des schadensverursachenden Ereignisses, andernfalls erst nach einer Feststellung des nationalen und/oder Gemeinschaftsrichters, im Fall des Letztgenannten entweder durch eine Vorabentscheidung oder im Wege einer Entscheidung nach Artikel 169.

### a) *Rechtssache C-46/93 (Brasserie du pêcheur)*

115. Es handelt sich um einen Fall des Verstoßes gegen eine Vertragsbestimmung mit

unmittelbarer Wirkung, konkret um Artikel 30; der dem Gesetzgeber zuzurechnende Verstoß liegt darin, daß er das BierStG nicht an die betreffende Bestimmung angepaßt hat. Die Klägerin verlangt, ich erinnere daran, Ersatz der ihr in der Zeit von 1981 bis 1987 entstandenen Schäden, d. h. von dem Zeitpunkt, von dem an es ihr nicht mehr möglich war, das von ihr hergestellte Bier nach Deutschland auszuführen, weil dieses Bier, wie sie vorträgt, nicht den Anforderungen des BierStG entsprochen habe, bis zum Tag der Verkündung des Urteils, in dem der Gerichtshof im Verfahren nach Artikel 169 die Unvereinbarkeit dieses Gesetzes mit Artikel 30 festgestellt hat.

In Anbetracht der bisherigen Ausführungen ist völlig klar, daß das nationale Gericht für die Lösung des bei ihm anhängigen Falles festzustellen hat, ob die Verpflichtung, die dem Staat durch Artikel 30, dessen Inhalt — wie bereits gesagt — sicher nicht in jeder Hinsicht als genau und bestimmbar angesehen kann, auferlegt wird, schon im Zeitpunkt des Schadenseintritts in bezug auf einen Sachverhalt wie den ihm unterbreiteten durch die einschlägige Rechtsprechung geklärt war. Mit anderen Worten, es ist zu prüfen, ob bereits Ende 1981 klar war, daß ein Gesetz wie das BierStG für die Tätigkeit der Marktbeteiligten des Wirtschaftszweiges ein ungerechtfertigtes und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbares Hindernis darstellte.

116. Zu diesem Zweck ist zunächst daran zu erinnern, daß es schon seit dem bekannten Urteil „Cassis de Dijon“ [118], also seit Februar 1979 klar war, daß Artikel 30 nicht nur diskriminierende, sondern auch solche unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen verbietet, die nicht durch zwingende Erfordernisse gerechtfertigt sind. Hinzu kommt, daß der Gerichtshof im Urteil vom 9. Dezember 1981 [119], also mehr oder weniger unmittelbar nachdem die Klägerin gezwungen wurde, die Bierausfuhren nach Deutschland einzustellen, die Vertragswidrigkeit nationaler Rechtsvorschriften festgestellt hatte, die die Bezeichnung „Essig“ dem Weinessig vorbehielten. Und es gibt sicher keinen Grund für die Annahme, daß für das BierStG, soweit es die Bezeichnung „Bier“ solchem Bier vorbehielt, das entsprechend den durch dieses Gesetz ausdrücklich vorgeschriebenen Zutaten gebraut war, eine andere Lösung gelten würde.

Aus dem Vorlagebeschluß ergibt sich jedoch auch, daß das von der Klägerin hergestellte Bier Zusätze enthielt, während nach der fraglichen deutschen Regelung ein absolutes Verbot galt, Zusätze enthaltendes Bier im deutschen Hoheitsgebiet in den Verkehr zu bringen. Wenngleich nun der Gerichtshof im Urteil vom 12. März 1987 die betreffenden Rechtsvorschriften auch unter diesem Gesichtspunkt verworfen hat, da er sie nicht für durch Erfordernisse des Schutzes der menschlichen Gesundheit gerechtfertigt hielt, konnte eine solche Schlußfolgerung

118 — Urteil vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 (Rewe, Slg. 1979, 649).

119 — Rechtssache 193/80 (Kommission/Italien, Slg. 1981, 3019, Randnrn. 24 bis 28).

aber unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung [120] nicht als gesichert angesehen werden. Wenn der von der Klägerin geltend gemachte Schaden eher mit diesem zweiten Gesichtspunkt der betreffenden nationalen Regelung in Zusammenhang stehen sollte, kann daher eine andere Lösung nicht ausgeschlossen werden.

117. Eine letzte Bemerkung. Es wurde bereits erwähnt, daß ein Mitgliedstaat für den Entschädigungsanspruch verlangen kann — vorausgesetzt, er verlangt das gleiche auch bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen —, daß der Verletzte Sorgfalt an den Tag legt und daher die geeigneten Mechanismen in Gang setzt, um den Schaden zu verhindern oder wenigstens zu verringern.

Aus den Verfahrensakten ergibt sich, daß die Klägerin offenbar in keiner Weise in diesem Sinne tätig geworden ist. Wie sie im Laufe des vorliegenden Verfahrens vorgetragen hat, wurde die Einstellung der Ausfuhren aber durch die unterbliebene Verlängerung des Vertriebsvertrags mit ihrem (deutschen) Alleinimporteur verursacht, so daß es ihr materiell unmöglich war, eine Maßnahme anzufechten. Unter diesen Umständen ist es eindeutig Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob für die Klägerin tatsächlich keine Möglichkeit bestand, sich vor den nationalen Gerichten unmittelbar auf Artikel 30 zu berufen.

b) *Rechtssache C-48/93 (Factortame III)*

118. Bezüglich des Falles Factortame hat das vorlegende Gericht dagegen zu prüfen, ob der festgestellte Verstoß gegen die Artikel 7, 52 und 221 des Vertrages, der dem Gesetzgeber zuzurechnen ist, weil er ein mit diesen Artikeln unvereinbares nationales Gesetz erlassen hat, einen offenkundigen und qualifizierten Verstoß im zuvor ausgeführten Sinne darstellen kann.

Mit anderen Worten, es ist festzustellen, ob der Verstoß gegen Vorschriften, die dem einzelnen klare und genaue Rechte verleihen wie das Recht, nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden, geeignet ist, trotz des Ermessens, über das auch die Mitgliedstaaten beim Erlaß von Maßnahmen der gemeinsamen Fischereipolitik verfügen, die Staatshaftung auszulösen. Insoweit halte ich es für ausreichend, mich auf wenige Bemerkungen zu beschränken.

120 — Z. B. im Urteil vom 6. Mai 1986 in der Rechtssache 304/84 (Müller, Slg. 1986, 1511) bekräftigte der Gerichtshof, daß es Sache der Mitgliedstaaten sei, „zu prüfen, ob das Inverkehrbringen der Lebensmittel mit diesen Zusätzen eine Gefahr für die Gesundheit darstellen kann und ob ein echtes Bedürfnis für den Zusatz der fraglichen Stoffe zu bestimmten Lebensmitteln besteht. Bei der Anwendung dieser Kriterien müssen sie den Ergebnissen der internationalen wissenschaftlichen Forschung und insbesondere den Arbeiten des Wissenschaftlichen Lebensmittelausschusses der Gemeinschaft Rechnung tragen, können aber bei deren Beurteilung *die besonderen Ernährungsgewohnheiten im Einfuhrmitgliedstaat berücksichtigen*" (Randnr. 24; Hervorhebung von mir). In diesem Urteil, das gut fünf Jahre nach dem Eintritt des von der Klägerin geltend gemachten schädigenden Ereignisses erging, stellte der Gerichtshof daher fest, daß die Artikel 30 und 36 einem nationalen Verbot des Inverkehrbringens von Lebensmitteln nicht entgegenstehen, die aus anderen Mitgliedstaaten, in denen sie rechtmäßig in den Verkehr gebracht worden sind, eingeführt werden und denen Stoffe zugesetzt worden sind.

119. Die Mitgliedstaaten verfügen zwar, wie die Regierung des Vereinigten Königreichs vorgetragen hat, beim Erlaß von Maßnahmen der gemeinsamen Fischereipolitik über ein bestimmtes Ermessen, doch trifft es auch zu, daß dieser Vorgang normalerweise unter der ständigen Kontrolle der Kommission steht, der die Staaten nämlich die von ihnen erlassenen Maßnahmen mitzuteilen haben. Im vorliegenden Fall hatte die Kommission, wie sich aus den Verfahrensakten ergibt, der Regierung des Vereinigten Königreichs rechtzeitig mitgeteilt, daß das Staatsangehörigkeits-, das Aufenthaltsort- und das Domizilerfordernis, die durch den Merchant Shipping Act von 1988 für die Registrierung der Fischereifahrzeuge in dem neuen Schiffsregister aufgestellt wurden, als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar anzusehen seien.

Hinzu kommt, daß der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung in bezug auf das Niederlassungsrecht die Unvereinbarkeit von nationalen Maßnahmen, die eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit mit sich bringen, mit dem Gemeinschaftsrecht festgestellt hat; ebenso hat der Gerichtshof gerade das für die Besatzung der Fischereifahrzeuge aufgestellte Wohnsitzkriterium für mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar gehalten [121]. Schließlich ist die betreffende Regelung, soweit sie die Registrierung der Fischereifahrzeuge betrifft, nicht auf die Bestimmung der Modalitäten der Ausnutzung der nationalen Fangquoten gerichtet und konnte daher auch nicht als auf dieser Grundlage gerechtfertigt angesehen werden.

120. Alles in allem können meiner Ansicht nach keine Zweifel an dem offenkundigen und qualifizierten Charakter des in Rede stehenden Verstoßes und damit am Entschädigungsanspruch der Rechtssubjekte bestehen, die aufgrund dieses Verstoßes einen Schaden erlitten haben.

Ich weise schließlich darauf hin, daß die Kläger des Ausgangsverfahrens, wie dem Gerichtshof wohlbekannt ist, alles Mögliche getan hatten, um den später eingetretenen Schaden doch noch zu verhindern. Sie waren zu diesem Zweck nämlich bereits vor Inkrafttreten der später für unvereinbar erklärten nationalen Vorschriften tätig geworden, indem sie die Aussetzung der Anwendung der streitigen Vorschriften im Wege der einstweiligen Anordnung beantragt und erwirkt hatten, die vom Court of Appeal aufgehoben und später, auf das Urteil des Gerichtshofes vom 19. Juni 1990 (Factortame I) hin, vom House of Lords bestätigt wurde.

121. Bezüglich der zweiten Frage des vorlegenden Gerichts braucht im Licht der vorstehenden Erwägungen kaum darauf hingewiesen zu werden, daß sich die Bestimmung der ersatzfähigen Schadenskategorien und die Schadensbemessung zwar nach wie vor nach dem nationalen Recht richten, daß sie aber jedenfalls geeignet sein müssen, zu einer vollständigen Wiedergutmachung der den Verletzten entstandenen Schäden zu führen.

121 — Urteil vom 14. Dezember 1989 in der Rechtssache C-3/87 (Agegate, Slg. 1989, 4459, Randnrn. 22 bis 26). Dieses Urteil erging zwar erst nach dem Inkrafttreten des Merchant Shipping Act, jedoch vor dem Urteil Factortame II, auf das hin das House of Lords die von den Klägern beantragten einstweiligen Anordnungen bestätigt hatte. Im konkreten Fall handelte es sich allerdings um eine Bedingung dafür, daß die Fischereifahrzeuge ihre Fänge auf die nationalen Fangquoten anrechnen konnten, während es im vorliegenden Fall um eine Maßnahme geht, die unmittelbar die Registrierung der Fischereifahrzeuge und somit die Ausübung des Niederlassungsrechts selbst beeinträchtigt.

Eine gesonderte Betrachtung verdient jedoch der Antrag eines der Kläger, ihm auch Schadensersatz mit Strafzweck (*exemplary damages*) zuzusprechen, der im innerstaatlichen Recht für verfassungswidriges Verhalten der Verwaltung vorgesehen ist. Insoweit genügt der Hinweis darauf, daß ein Mitgliedstaat nach dem Grundsatz, daß die Voraussetzungen, die in einer nationalen Regelung zum Schutz von durch das Gemeinschaftsrecht geschaffenen Rechtslagen aufgestellt werden, nicht ungünstiger sein dürfen als für ähnliche Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, verpflichtet ist, wenn die in der einschlägigen nationalen Regelung festgelegten Voraussetzungen gegeben sind, den betreffenden einzelnen einen solchen Schadensersatz zu gewähren, und damit auch dann, wenn es sich um einen Entschädigungsanspruch handelt, der in den Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten völlig unbekannt ist.

## Ergebnis

122. Im Licht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof daher vor, auf die Fragen des Bundesgerichtshofs und des High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court in den verschiedenen Rechtssachen wie folgt zu antworten:

a) *In der Rechtssache C-46/93 (Brasserie du pêcheur):*

1) Ein Mitgliedstaat ist zum Ersatz der Schäden, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesem Staat zuzurechnen sind, auch dann verpflichtet, wenn der Verstoß darin besteht, daß es der Gesetzgeber unterlassen hat, ein nationales Gesetz so zu ändern, daß es dem Gemeinschaftsrecht entspricht, sofern die dem Staat auferlegte Verpflichtung, auf der das Recht des einzelnen beruht, in allen Punkten genau ist oder durch die einschlägige Rechtsprechung klar bestimmt worden ist.

2) Ein Mitgliedstaat kann den Entschädigungsanspruch wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht nicht den gleichen Beschränkungen unterwerfen wie im Fall des Verstoßes gegen nationale Verfassungsbestimmungen durch den Gesetzgeber, wenn diese Beschränkungen bewirken würden, daß der Entschädigungsanspruch praktisch unmöglich wird.

3) Die Entschädigungspflicht des Staates kann nicht von der Feststellung einer mit dem Verstoß gegen die Vorschrift verbundenen subjektiven Komponente (Fahrlässigkeit oder Vorsatz) abhängig gemacht werden, wenn dieser Verstoß qualifiziert und offenkundig im obengenannten Sinne ist.

4) a) Es ist Sache der nationalen Rechtsordnung, die ersatzfähigen Schadenskategorien und die Kriterien für die Schadensbemessung zu bestimmen, sofern die hierfür vorgeschriebenen Erfordernisse nicht ungünstiger sind als für ähnliche Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und nicht geeignet sind, für den einzelnen den vollständigen Ersatz der erlittenen Schäden übermäßig zu erschweren oder praktisch unmöglich zu machen; dies wäre dann der Fall, wenn das nationale Recht den Umfang des Ersatzes auf gesetzlich geschützte Güter wie das Eigentum beschränken, aber in bezug auf den entgangenen Gewinn jede Ersatzmöglichkeit ausschließen würde.

b) Die Pflicht des Staates, die den einzelnen zugefügten Schäden zu ersetzen, entsteht im Zeitpunkt des Eintritts des schadensverursachenden Ereignisses, wenn die verletzte Vorschrift im zuvor genannten Sinne klar ist, oder, falls die Rechtslage zweifelhaft ist, in dem Zeitpunkt, in dem diese durch die Gemeinschaftsrechtsprechung, sei es im Wege der Vorabentscheidung oder im Wege einer Entscheidung nach Artikel 169, geklärt ist.

b) *In der Rechtssache C-48/93 (Factortame III):*

1) Ein Mitgliedstaat ist zum Ersatz der Schäden, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesem Staat zuzurechnen sind, auch dann verpflichtet, wenn der Verstoß darin besteht, daß der Gesetzgeber ein mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbares nationales Gesetz erlassen hat, sofern die dem Staat auferlegte Verpflichtung, auf der das Recht des einzelnen beruht, wie im vorliegenden Fall in allen Punkten genau ist oder durch die einschlägige Rechtsprechung klar bestimmt worden ist.

2) Es ist Sache der nationalen Rechtsordnung, die ersatzfähigen Schadenskategorien und die Kriterien für die Schadensbemessung zu bestimmen, sofern die hierfür vorgeschriebenen Erfordernisse nicht ungünstiger sind als für ähnliche Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und nicht geeignet sind, für den einzelnen den vollständigen Ersatz der erlittenen Schäden übermäßig zu erschweren oder praktisch unmöglich zu machen. Sieht die nationale Rechtsordnung auch die Zuerkennung von Schadensersatz mit Strafzweck vor, so müssen die betreffenden Vorschriften daher unterschiedslos auch im Fall des Verstoßes gegen Rechte angewandt werden, die von den einzelnen aufgrund des Gemeinschaftsrechts geltend gemacht werden.