

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Universität Bonn*

Staatshaftung für „hinreichend qualifizierte“ Gemeinschaftsrechtsverstöße im nicht oder nur teilharmonisierten Bereich und die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG

Anlass für die Abhandlung ist das Urteil des III. Senates des BGH vom 22. 1. 2009 – III ZR 233/07. Trotz der Urteile des EuGH vom 14. 12. 2004 – Rs. C-309/02 und C-463/01 und der begründeten Stellungnahme der Kommission vom 22. 4. 2004 in dem Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2003/2133, die einen Verstoß gegen Art. 7 der EG-Verpackungsrichtlinie im Falle der Einführung der Pfandpflicht ohne ein arbeitsfähiges Rücknahmesystem eindeutig feststellen, und obwohl die Pflicht des Staates, bei Einführung eines Pflichtpfandes auch die gleichzeitige Bereitstellung eines arbeitsfähigen Systems zu gewährleisten, unstreitig war, hat der BGH eine „hinreichend qualifizierte“ Gemeinschaftsrechtsverletzung abgelehnt, ohne dem EuGH die entscheidungserheblichen Auslegungsfragen zu dieser Haftungsvoraussetzung vorzulegen. Der BGH ging entsprechend den Feststellungen des Berufungsgerichts davon aus, dass bei Einführung der Pfandpflicht kein – dem Gemeinschaftsrecht genügendes – arbeitsfähiges Rücknahmesystem bestand. Das Urteil ist ein guter Anlass, der Staatshaftungsschwelle für „hinreichend qualifizierte“ Gemeinschaftsrechtsverstöße sowie der diesbezüglichen Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG grundsätzlich nachzugehen.

I. Die Haftung der Mitgliedstaaten für „hinreichend qualifizierte“ Gemeinschaftsrechtsverstöße

1. Begründung der qualifizierten Staatshaftungsvoraussetzung

Der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht wurzelnde Staatshaftungsanspruch¹, der eigenständig neben der Amtshaftung nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG zu prüfen ist², unterliegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH³ den folgenden Voraussetzungen:

1. Ein Organ oder Amtsträger eines Mitgliedstaates verstößt gegen eine primär- oder sekundärrechtliche Norm des Gemeinschaftsrechts, welche die Verleihung von Rechten an Einzelne bezweckt.
2. Der Verstoß ist hinreichend qualifiziert.

3. Zwischen dem Verstoß und dem Schaden besteht ein Kausalzusammenhang.

Die Abhandlung konzentriert sich auf die Haftungsvoraussetzung der „hinreichenden Qualifikation“ des Verstoßes. Der EuGH hat diese Haftungsvoraussetzung in Anlehnung an die Voraussetzungen der Haftung der Gemeinschaft im Rahmen der außervertraglichen Haftung (Art. 288 Abs. 2 EG) entwickelt. Gleich der Gemeinschaft sollen auch die Mitgliedstaaten in ihrem Handeln nicht durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen blockiert werden, wenn das allgemeine Interesse den Erlass von Maßnahmen gebietet, welche die Interessen Einzelner beeinträchtigen können⁴.

a) Die dem Mitgliedstaat bei Vollzug oder Umsetzung des Gemeinschaftsrechts gesetzten Grenzen ...

Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ist *hinreichend qualifiziert*, wenn ein Mitgliedstaat die Grenzen, die seinem Ermessen beim Vollzug oder bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts gesetzt sind, offenkundig und erheblich überschreitet⁵. Zu den einschlägigen Gesichtspunkten gehören das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift und der Umfang des Ermessensspielraums. Das Haftungsmerkmal des hinreichend qualifizierten Verstoßes ist

* Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Der Autor dankt cand. jur. David Huthmacher für die hervorragende Unterstützung. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. VIII.

1 BGHZ 134, 30, 33.

2 Dörr, DVBl. 2006, 598 ff.

3 EuGH, 19. 11. 1991 – verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, Francovich u. a., Slg. 1991, I-5357, RIW 1992, 243, EWS 1991, 391; EuGH, 5. 3. 1996 – verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur SA/Bundesrepublik Deutschland und The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd. u. a., Slg. 1996, I-1029, RIW 1996, 435, EWS 1996, 168; EuGH, 26. 3. 1996 – Rs. C-392/93, British Telecommunications, Slg. 1996, I-1631, RIW 1996, 441, EWS 1996, 175; EuGH, 8. 10. 1996 – verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/99, C-190/94, Dillenkofer u. a., Slg. 1996, I-4845, RIW 1996, 1048, EWS 1996, 426; EuGH, 17. 10. 1996 – verb. Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94, Denkavit II, Slg. 1996, I-5063, RIW 1997, 80; EuGH, 1. 6. 1999 – Rs. C-302/97, Konle, Slg. 1999, I-3099, EWS 1999, 421; EuGH, 4. 7. 2000 – Rs. C-424/97, Haim II, Slg. 2000, I-5123, EWS 2000, 552.

4 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur (Fn. 3), Rdnr. 45 ff.

5 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur (Fn. 3), Rdnr. 57; EuGH, 17. 10. 1996 – verb. Rs. C-283/94, C-291/94 und C-292/94, Denkavit II, Slg. 1996, I-5063, RIW 1997, 80, Rdnr. 50; EuGH, 25. 1. 2007 – Rs. C-278/05, Robins, Slg. 2007, I-1053, Rdnr. 70 ff.

nach Maßgabe des jeweils durch die konkrete Gemeinschaftsrechtsnorm dem Mitgliedstaat zugewiesenen oder (implizit) belassenen Ermessensspielraums zu bestimmen⁶. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums sowie der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden⁷.

b) ... sind offenkundig und erheblich überschritten

Ein Verstoß ist z. B. stets offenkundig, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils des Gerichtshofs, welches diesen Verstoß im konkreten Fall festgestellt hat, oder entgegen einschlägiger Rechtsprechung des Gerichtshofs fortbestanden hat.

Die „bloße“ Verletzung des Gemeinschaftsrechts kann genügen, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß zu begründen, wenn der betreffende Mitgliedstaat zum Zeitpunkt dieser Rechtsverletzung nicht zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten zu wählen hatte und über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Ermessensspielraum verfügte⁸. Trifft ein Mitgliedstaat entgegen Art. 249 Abs. 3 EG innerhalb der festgesetzten Frist keinerlei Maßnahmen, obwohl dies zur Erreichung des durch die Richtlinie vorgeschriebenen Zieles erforderlich wäre, so überschreitet er offenkundig und erheblich die ihm gesetzten Grenzen⁹. Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist auch anzunehmen, wenn nur eine Richtlinienbestimmung, die den Mitgliedstaaten keinen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung belässt, nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist, selbst wenn der Mitgliedstaat ansonsten alle übrigen Vorschriften der Richtlinie korrekt durchgeführt hat¹⁰.

2. Die Staatshaftung für hinreichend qualifizierte Verstöße im teilharmonisierten Bereich – das BGH-Urteil vom 22. 1. 2009

a) Der BGH hat eine Verletzung der mitgliedstaatlichen Gewährleistungspflicht festgestellt

Der BGH stellte zunächst fest, dass Art. 7 der Richtlinie 94/62/EG vom 20. 12. 1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle (VerpackRL) allen Marktteilnehmern individuelle Rechte verleiht¹¹ und die Bundesregierung diese Rechte verletzt hat, weil sie das Zwangspfand zum 1. 1. 2003 eingeführt hat, obwohl die rechtzeitige Bereitstellung eines arbeitsfähigen Pfand-/Rücknahmesystems weder normativ (durch die Regelungen der deutschen Verpackungsverordnung oder durch Verwaltungsvertrag) noch tatsächlich sichergestellt war. Diese Gemeinschaftsrechtsverletzung besteht auch, wenn sich die Bundesregierung auf Realisierungszusagen der Wirtschaft verlassen haben sollte¹². Ob der Verstoß hinreichend qualifiziert ist, habe das Tatsachengericht unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, insbesondere anhand der vom EuGH entwickelten Leitlinien festzustellen¹³. Das Urteil des EuGH vom 14. 12. 2004 im Vorabentscheidungsverfahren C-309/02 binde die Entscheidung des nationalen Ordnungsgebers für die Pfanderhebung- und Rücknahmepflicht an eine ange-

messene Übergangsfrist und an die rechtzeitige Sicherstellung eines arbeitsfähigen Systems¹⁴. Auf diese Gewährleistungspflicht baue der den Mitgliedstaaten belassene Gestaltungsspielraum, auf den der BGH in Rdnr. 26 des Urteils seine Ablehnung der hinreichend qualifizierten Staatshaftungsvoraussetzung vor allem stützt:

„In Ermangelung einer abschließenden gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung auf dem Gebiet der Verpackungen und Verpackungsabfälle verblieb der Beklagten bei der Wahl der Mittel, um ihr richtlinienkonformes Ziel der Förderung von wiederverwendbaren Verpackungen im Sinn des Art. 5 der Verpackungsrichtlinie zu erreichen, ein weiter Gestaltungsspielraum.“

Soweit nach Einführung der Pfandpflicht zeitweise eine mit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 EG) unvereinbare Lage bestand, war diese nach den vom BGH als revisionsfest beurteilten Feststellungen des Berufungsgerichtes vor allem auf die „gescheiterte Selbstregulierung der betroffenen Wirtschaftskreise“ zurückzuführen. Hierin sieht der BGH überraschend keine hinreichend qualifizierte Überschreitung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums, obwohl er selbst einräumt, dass „sich die Beklagte damit ihrer Erfüllungsverantwortlichkeit nicht entledigen konnte“¹⁵.

b) Bestand überhaupt ein mitgliedstaatlicher Ermessensspielraum?

Wenn aber Art. 7 VerpackRL den Mitgliedstaaten die „Erfüllung einer zielbezogenen Ergebnisspflicht“¹⁶ aufgibt, so hätte sich dem BGH die für einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“ entscheidungserhebliche Frage stellen müssen, ob der nachgelagerte mitgliedstaatliche Ermessensspielraum erst auf der (vorgelagerten) zielbezogenen Ergebnisplichterfüllung nach Art. 7 VerpackRL aufsetzt. Der BGH hätte sich fragen müssen, ob der Mitgliedstaat nach Art. 7 VerpackRL einen Ermessensspielraum gerade bei dem entscheidungserheblichen Punkt hat, ob nämlich ein Zwangspfand ohne ein staatlich gewährleistetes arbeitsfähiges Rücknahmesystem auferlegt werden darf. Dann aber kommt es hinsichtlich der Auslegung des Merkmals „hinreichend qualifiziert“ allein auf die vorgelagerte Frage nach dem Bestehen eines Spielraums bei der Erfüllung zielbezogener Ergebnispflichten an, deren Verletzung der BGH selbst mit den Worten feststellt, dass „sich die Beklagte damit ihrer Erfüllungsverantwortlichkeit nicht entledigen konnte“¹⁷.

6 Dörr, DVBl. 2006, 598 ff.

7 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur (Fn. 3), Rdnr. 56; EuGH, 15. 6. 1999 – Rs. C-140/97, Rechberger, Slg. 1999, I-3499, EWS 1999, 467, Rdnr. 50.

8 EuGH, 23. 5. 1996 – Rs. C-5/94, Hedley Lomas, Slg. 1996, I-2553, RIW 1996, 610, EWS 1996, 254, Rdnr. 28; EuGH, verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer (Fn. 3), Rdnr. 25; EuGH, 17. 4. 2007 – Rs. C-470/03, A. G. M.-COS.MET, Slg. 2007, I-2749, RIW 2007, 548, EWS 2007, 228, Rdnr. 81.

9 EuGH verb. Rs. C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Dillenkofer (Fn. 3), Rdnr. 26.

10 EuGH, 15. 6. 1999 – Rs. C-140/97, Rechberger (Fn. 7), Rdnrn. 51 ff.

11 BGH, 22. 1. 2009 – III ZR 233/07, Rdnr. 13; vgl. die Leitsätze zum Berufungsurteil des OLG Köln vom 9. 8. 2007, AbfallR 2007, 237; sowie dazu die Anm. von Weidemann, AbfallR 2007, 227.

12 BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 20.

13 BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 22 f.

14 BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 31.

15 BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 32.

16 So Ziffer 2.5. (Seite 10) der begründeten Stellungnahme der Kommission vom 22. 4. 2004 in dem Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2003/2133; vgl. auch die beiden Urteile des EuGH, 14. 12. 2004 – Rs. C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz, Slg. 2004, I-11763, EWS 2005, 28, Rdnr. 76 und Rs. C-463/01, Kommission/Deutschland, Slg. 2004, I-11705, EWS 2005, 22.

17 BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 32.

aa) Die Sicherstellung eines arbeitsfähigen Rücknahmesystems war „Ob-Geschäftsgrundlage“ des Zwangspfands

Es geht also gar nicht um den nachgelagerten Gestaltungsspielraum im nicht oder nur teilharmonisierten Bereich des „Wie“ der Ausgestaltung einer Pfandpflicht und eines arbeitsfähigen Systems, sondern um die vorgelagerte und dem Mitgliedstaat obliegende rechtzeitige Sicherstellung eines arbeitsfähigen Rücknahmesystems als „regulatorische Ob-Geschäftsgrundlage“. Hierfür räumt Art. 7 VerpackRL den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum ein. Deutschland hatte keine Wahl, ob das Zwangspfand mit oder ohne arbeitsfähiges System eingeführt wird. Da feststand, dass zum Einführungsstermin des Zwangspfands am 1. 1. 2003 kein arbeitsfähiges System – mit angemessener Anpassungsfrist für die Getränkehersteller – sichergestellt war, überzeugt es kaum, wenn sich der BGH dem Berufungsgericht anschließt und den Gemeinschaftsrechtsverstoß mit der Begründung als nicht hinreichend qualifiziert beurteilt, dass die aus Art. 7 VerpackRL abzuleitenden Anforderungen an die Einführung der Pfandpflicht erst durch das Urteil des EuGH vom 14. 12. 2004 verdeutlicht worden seien, zumal spätestens nach diesem Urteil der Verstoß als qualifiziert hätte beurteilt werden müssen. Der BGH hätte die vorgelagerte entscheidungserhebliche Frage nach dem Bestehen eines Ermessensspielraums im Rahmen der Erfüllung der zielbezogenen Ergebnispflichten nach Art. 7 VerpackRL herausarbeiten und wegen der Abweichung des Berufungsgerichts von dem Urteil des EuGH vom 14. 12. 2004¹⁸ nach Art. 234 Abs. 3 EG vorlegen müssen.

bb) Die gescheiterte Selbstregulierung ändert nichts an der „hinreichenden Qualifikation“ des Verstoßes ...

Die von der Bundesregierung für den gemeinschaftsrechtswidrigen Zustand verantwortlich gemachte „gescheiterte Selbstregulierung der betroffenen Wirtschaftskreise“ liefert unter keinen denkbaren rechtlichen wie tatsächlichen Gesichtspunkten eine gemeinschaftsrechtlich nachvollziehbare Begründung gegen einen „hinreichend qualifizierten“ Verstoß. Der Eingriff in den freien Warenverkehr, den es zu rechtfertigen gilt und der nur dann verhältnismäßig ist, wenn den Betroffenen gleichzeitig ein arbeitsfähiges System gewährleistet wird, geht vom Staat und nicht von „der Wirtschaft“ aus. Außerdem verstößt ein Mitgliedstaat gegen seine Schutzpflichten, wenn er gegen von Privaten ausgehende Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten nicht einschreitet und nicht gemäß der Verordnung (EG) 2679/98 unverzüglich die Kommission unterrichtet¹⁹.

Da sich der Verstoß um so offenkundiger aufdrängt, als das Sekundärrecht – wie hier Art. 7 VerpackRL – den Mitgliedstaaten die „Erfüllung einer zielbezogenen Ergebnispflicht“²⁰ auferlegt, hätte der BGH ohne Verweisung an das Tatsachengericht selbst die *rechtliche* Schlussfolgerung ziehen müssen, dass die Bundesregierung den Gemeinschaftsrechtsverstoß und den damit einhergehenden Schaden im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest billigend in Kauf genommen hat. Angesichts der Urteile des EuGH vom 14. 12. 2004 in den Rechtssachen C-309/02 und C-463/01 sowie der begründeten Stellungnahme der Kommission vom 22. 4. 2004 mussten sich dem BGH die besonderen, vom Gerichtshof betonten Qualifikationsumstände des Vorsatzes und der Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums²¹ aufdrängen, zumal sich aus dem Urteil des BGH ergibt, dass die Bundesregierung ihre zielbezogene Ergebnispflicht aus Art. 7 der Richtlinie nicht einmal selbst in Frage gestellt hat.

cc) ... ebensowenig wie die Bejahung der Gemeinschaftskonformität durch mitgliedstaatliche Gerichte

Einem hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverstoß widerstreitet auch nicht der Umstand, dass nationale Verwaltungsgerichte vor und nach Einführung der Pfandpflicht die Gemeinschaftskonformität der VerpackVO ohne Vorlage an den EuGH und entgegen der Ansicht der Kommission in den beiden Vertragsverletzungsverfahren festgestellt hatten²², weil diese verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen²³ zur entscheidenden gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzung eines arbeitsfähigen Rücknahmesystems bei Einführung des Zwangspfands gar keine Aussage treffen. Es erscheint schon äußerst zweifelhaft, dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch mitgliedstaatliche Gerichte bei der Frage des hinreichend qualifizierten Verstoßes eine Rolle spielen kann, weil sich der Mitgliedstaat sonst durch seine eigenen Gerichte einer Haftung für die Verletzung des Gemeinschaftsrechts entziehen könnte.

Jedenfalls hat der BGH hinsichtlich des Verschuldens bei der Amtshaftung nach § 839 BGB selbst stets betont, dass Entscheidungen in Eilverfahren nicht im Sinne der Kollegialgerichtsrichtlinie entlastend wirken können²⁴ und dass deren Anwendung voraussetzt, dass die schadensursächliche rechtswidrige Amtstätigkeit – hier die Einführung des Zwangspfands ohne arbeitsfähiges System – vom Kollegialgericht als objektiv rechtmäßig angesehen wurde. Auch ist diese Kollegialgerichtsrichtlinie bei Maßnahmen einer zentralen Dienststelle – wie Allgemeinverfügungen eines Bundesministers – gar nicht anwendbar²⁵. Da die Anwendung der Kollegialgerichtsrichtlinie nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH ausgeschlossen war und im Gemeinschaftsrecht ohnehin keinen Platz haben dürfte, kann die Ablehnung einer „hinreichend qualifizierten“ Gemeinschaftsrechtsverletzung im Urteil des III. Senates des BGH vom 22. 1. 2009, ohne dass dem EuGH die entscheidungserheblichen Auslegungsfragen vorgelegt werden, unter keinen denkbaren rechtlichen wie – vom Berufungsgericht zugrunde gelegten – tatsächlichen Gesichtspunkten überzeugen.

dd) Die Bundesregierung hatte aufgrund der EuGH-Urteile den Handlungsbedarf erkannt

Umso weniger ist es nachvollziehbar, dass der Verstoß selbst dann nicht hinreichend qualifiziert geworden sein soll, nachdem der Gerichtshof in den Urteilen vom 14. 12. 2004 bestätigt hatte, dass ein Zwangspfand ohne gleichzeitige Gewährleistung eines arbeitsfähigen Systems gegen Art. 7 der Richtlinie und Art. 28 EG verstößt. Wenn der BGH ausführt,

18 EuGH Rs. C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz (Fn. 16).

19 Vgl. EuGH, 9. 12. 1997 – Rs. C-265/95, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-6959, EWS 1998, 212 – Agrarblockaden, Rdnrn. 30 ff.; EuGH, 12. 6. 2003 – Rs. C- 112/00, Schmidberger, Slg. 2003, I-5659, Rdnrn. 73 ff.; Verordnung (EG) 2679/98 des Rates vom 7. 12. 1998 zur Beseitigung von Handelshemmnissen.

20 So Ziffer 2.5. (Seite 10) der begründeten Stellungnahme der Kommission vom 22. 4. 2004 in dem Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2003/2133 (einsehbar unter <http://www.wafg.de/pdf/download/04052120.pdf>); vgl. auch Urteil des EuGH Rs. C-309/02, Radlberger Getränkegesellschaft und S. Spitz (Fn. 16), Rdnr. 76.

21 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur (Fn. 3), Rdnr. 56; EuGH, 15. 6. 1999 – Rs. C-140/97, Rechberger (Fn. 7), Rdnr. 50.

22

23

24

25

BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 35.
OVG Berlin, 20. 2. 2002 – 2 S 6.01, NVwZ-RR 2002, 720, 730 f.; OVG Berlin-Brandenburg, 20. 10. 2005 – 12 B 3.05 – juris.
BGH, 15. 4. 1986 – KVR 3/85 (KG); NJW 1986, 2954; BGH, 20. 2. 1992 – III ZR 188/90, BGHZ 167, 240.
BGH, 14. 3. 2002 – III ZR 302/00, NJW 2002, 1793; BGH, 16. 1. 1997 – 3 ZR 117/95, BGHZ 134, 268 (Mülheim-Kärlich).

der Gerichtshof habe nicht entschieden, ob die damals bestehenden Pfandsysteme dem Gemeinschaftsrecht genügen, so hätte er die entsprechende gemeinschaftsrechtliche Auslegungsfrage im Staatshaftungsprozess a fortiori dem Gerichtshof vorlegen müssen. Die Instanzgerichte hatten hierzu keine Feststellungen getroffen und die Bundesregierung hatte – wie der BGH darlegt – durch die Urteile des EuGH vom 14. 12. 2004 Handlungsbedarf entdeckt und damit gezeigt, dass sie den Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht erkannte. Dies allein führt – wie der Gerichtshof z. B. in der Rechtssache Stockholm-Lindöpark ausgeführt hat²⁶ – dazu, dass der Verstoß hinreichend qualifiziert ist.

3. Hinreichend qualifizierte Gemeinschaftsrechtsverstöße in nicht harmonisierten Bereichen

a) Die Haftungsschwelle unterliegt in nicht harmonisierten Bereichen den Grenzen des weiten mitgliedstaatlichen Regulierungsspielraums

In nicht harmonisierten Bereichen, z. B. in den Gesundheitssektoren (vgl. Art 152 Abs. 5 EG) oder auf den Glücksspielmärkten, räumt der EuGH den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schutzniveaus einen weiten Gestaltungsspielraum ein. Da das Überschreiten der Haftungsschwelle des hinreichend qualifizierten Verstoßes nach Maßgabe des jeweils durch die konkrete Gemeinschaftsrechtsnorm dem Mitgliedstaat belassenen Ermessensspielraums zu bestimmen ist²⁷, wird in den nicht harmonisierten Bereichen diese Haftungsschwelle tendenziell höher als in den teilharmonisierten Bereichen anzusetzen sein. Aber auch in den nicht harmonisierten Bereichen gilt das Gebot eines genauen Blickes auf die Grenzen des Ermessensspielraums.

aa) Ein Verstoß ist jedenfalls offenkundig qualifiziert, wenn er entgegen einem den Verstoß feststellenden Urteil fortbesteht

Der mitgliedstaatliche Autonomiebereich bei der Festlegung des Schutzniveaus einer Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten und damit einhergehend die Haftungsschwelle sind auch in nicht harmonisierten Bereichen überschritten, wenn die von der Rechtsprechung des Gerichtshofes dem Mitgliedstaat gezogenen Regulierungsgrenzen wie in der Rechtssache Brasserie du pêcheur (Reinheitsgebot für Bier) verlassen werden:

„Jedenfalls ist ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht offenkundig qualifiziert, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils, in dem der zur Last gelegte Verstoß festgestellt wird, oder eines Urteils im Vorabentscheidungsverfahren oder aber einer gefestigten einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes, aus denen sich die Pflichtwidrigkeit des fraglichen Verhaltens ergibt, fortbestanden hat“²⁸.

Damit unterliegt die Haftungsschwelle in nicht harmonisierten Bereichen auch den Grenzen des weiten mitgliedstaatlichen Regulierungsspielraums, welche die jüngere Rechtsprechung den Mitgliedstaaten durch eine substantielle Kohärenz- und Verhältnismäßigkeitskontrolle zieht. In dem Vorabentscheidungsurteil des EuGH vom 10. 3. 2009 in der Rechtssache Hartlauer qualifiziert der Gerichtshof eine österreichische Regelung über Zulassungsvoraussetzungen für selbstständige Ambulatorien für Zahnheilkunde als mit der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (Art. 43 EG i. V. m. Art. 48 EG) unvereinbar²⁹, weil das Erfordernis einer auf den gesundheitlichen Bedarf der Bevölkerung gestützten Prüfung nur auf selbstständige Ambulatorien, nicht aber auf

Gruppenpraxen in inkohärenter und systemwidriger Weise angewandt wird. Zwar geht es in der Rechtssache Hartlauer nicht um die Staatshaftung, gleichwohl zieht der Gerichtshof dem mitgliedstaatlichen Autonomiebereich bei der Festlegung des Schutzniveaus in nicht harmonisierten Bereichen Gestaltungsgrenzen. Deren offenkundiges Überschreiten kann nach den o. g. Haftungsmaßstäben einen hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverstoß begründen.

bb) Der Mitgliedstaat muss seiner Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweislast genügen, bevor er seine Autonomie ausüben kann

Bei der Einhaltung des Kohärenzgebotes erlegt der EuGH, seiner ständigen Rechtsprechung zur Geeignetheit entsprechend, dem regulierenden Mitgliedstaat die Darlegungs- und Untersuchungslast für die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten „aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ auf³⁰. Für den Glücksspielbereich hat der EuGH schon in der Rechtssache Lindman verlangt, dass „die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden müssen“³¹. Der Mitgliedstaat muss seiner Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweislast genügen, bevor die mitgliedstaatliche Autonomie im Rahmen der Festlegung des Schutzniveaus auf der Rechtsfolgenseite überhaupt ausgeübt werden kann. Sicherlich begründet die Nichterfüllung dieser Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweislastvoraussetzungen nicht per se den hinreichend qualifizierten Verstoß.

b) Kein mitgliedstaatlicher Ermessensspielraum als Feigenblatt eklatanter Regelungswidersprüche!

Je „eklatanter“ die Systemwidersprüche und Inkohärenzen, etwa aufgrund „gegriffener“ oder „ins Blaue behaupteter“ Gefahrenhypothesen aber sind, umso mehr schneidet sich der betreffende Mitgliedstaat seinen Ermessensspielraum ab. Besteht im konkreten Fall kein Ermessensspielraum und drängen sich offenkundige regulatorische Systemwidersprüche und Inkohärenzen auf, können die vom Gerichtshof angeführten Haftungskriterien erfüllt sein, weil ein entschuldigender Rechtsirrtum ausscheidet. Einen derartigen Regelungswiderspruch hat der EuGH z. B. in seinem Urteil vom 17. 7. 2008 in der Rechtssache Corporación Dermoesética SA festgestellt, durch den sich Italien eine Berufung auf den mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum in einem nicht harmonisierten Sektor abgeschnitten hat und das Gemeinschaftsrecht „hinreichend qualifiziert“ verletzt haben dürfte:

„Was drittens die Frage angeht, ob eine Regelung (...) zur Erreichung des Ziels des Schutzes der öffentlichen Gesundheit geeignet ist, so ist festzustellen, dass diese Regelung dadurch, dass sie zu einem Verbot von Werbung für medizinisch-chirurgische Behandlungen über nationale Fernsender führt, zugleich aber die Möglichkeit eröffnet, eine solche Werbung über lokale

26 EuGH, 18. 1. 2001 – Rs. C-150/99, Stockholm Lindöpark, Slg. 2001, I-493, RIW 2001, 476, EWS 2001, 289, Rdnr. 40.

27 Dörr, DVBl. 2006, 598 ff., 600.

28 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du pêcheur (Fn. 3), Rdnr. 57.

29 EuGH, 10. 3. 2009 – Rs. C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH, Rdnr. 72.

30 EuGH Rs. C-169/07, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (Fn. 29), Rdnr. 61; vgl. dagegen das Urteil des EuGH, 19. 5. 2009 – verb. Rs. C-171/07 und C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes gegen Saarland (Doc Morris), Rdnr. 39 und Rdnr. 54.

31 EuGH, 13. 11. 2003 – Rs. C-42/02, Lindmann, Slg. 2003, I-13519, RIW 2004, 320, Rdnr. 25.

Fernsehsender zu verbreiten, einen Widerspruch aufweist, den die italienische Regierung nicht zu rechtfertigen versucht hat, und damit nicht geeignet ist, dem genannten Ziel in sachgerechter Weise zu dienen“³².

Ein ebensolcher Regelungswiderspruch liegt – ohne dass der BGH darauf eingegangen wäre – in der Pfandregelung, soweit ohne jeden nachvollziehbaren Grund Erfrischungsgetränke in ein und derselben Einwegverpackung vom Zwangspfand befreit waren, wenn sie keine Kohlensäure beinhalteten oder sich als Fruchtnektar darstellten.

II. Die Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG hinsichtlich „hinreichend qualifizierter“ Gemeinschaftsrechtsverstöße

1. Voraussetzungen und Ausnahmen

Ein nationales Gericht ist bei gemeinschaftsrechtlichen Auslegungszweifeln im Fall von konkret letztinstanzlichen Entscheidungen verpflichtet (Art. 234 Abs. 3 EG), dem Gerichtshof die entscheidungserheblichen Auslegungsfragen zu den jeweils maßgeblichen Gemeinschaftsrechtsnormen vorzulegen.

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Vorlagepflicht besteht nur,

- wenn die aufgeworfene Frage bereits in einem gleich gelagerten Fall vorgelegt und durch den EuGH beantwortet wurde³³ oder
- wenn eine gesicherte gemeinschaftsrechtliche Rechtsprechung vorliegt, durch welche die betreffende Rechtsfrage geklärt ist³⁴, oder
- wenn die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts so offensichtlich ist, dass kein Raum für vernünftige Zweifel an der Beantwortung der entscheidungserheblichen Auslegungsfragen bleibt und weder der Gerichtshof selbst noch die übrigen Gerichte der Mitgliedstaaten Zweifel an dieser Auslegung haben würden („Acte claire“-Doktrin)³⁵.

Die präzise Formulierung der entscheidungserheblichen Auslegungsfragen ist zwar wichtig. Allerdings ist der Gerichtshof nicht zimperlich und formuliert die Fragen gegebenenfalls um, damit das Gericht eine sachdienliche Antwort erhält. Wird eine entscheidungserhebliche Frage übersehen, scheut sich der Gerichtshof auch nicht, diese selbst aufzuwerfen und zu beantworten³⁶. Zwar sollte die Auslegungsfrage abstrakt gefasst, also vom Sachverhalt des nationalen Ausgangsverfahrens losgelöst sein, gleichwohl muss der normative Vorlagegegenstand konkret im Hinblick auf die Entscheidungserheblichkeit der Auslegungsfrage für das Ausgangsverfahren ersichtlich sein.

2. Ausgangsfall: Keine Verneinung des hinreichend qualifizierten Verstoßes ohne Vorlage

So hätte der BGH im Fall der Pfandpflicht aufgrund der Urteile des EuGH vom 14. 12. 2004 in den Rechtssachen C-309/02 und C-463/01 sowie der begründeten Stellungnahme der Kommission vom 22. 4. 2004 im Vertragsverletzungsverfahren die Entscheidungserheblichkeit spezifisch zu formulierender Auslegungsfragen erkennen müssen, bevor er einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“ im Urteil vom 22. 1. 2009 ablehnte. Soweit Art. 7 VerpackRL den Mitgliedstaaten die Erfüllung einer zielbezogenen Ergebnispflicht aufgibt, hätte sich dem BGH die entscheidungserhebliche Frage für einen „hinreichend qualifizierten Verstoß“ stellen müssen, ob der nachgelagerte mitgliedstaatliche Ermessensspielraum erst auf der

(vorgelagerten) zielbezogenen Ergebnispflichtenerfüllung nach Art. 7 VerpackRL aufsetzt, so wie es die Kommission im Vertragsverletzungsverfahren eindeutig klargestellt hatte. Dann aber kommt es für die Auslegung des Merkmals „hinreichend qualifiziert“ allein auf die vorgelagerte Frage an, ob der Mitgliedstaat einen Ermessensspielraum im Rahmen der Erfüllung der zielbezogenen Ergebnispflicht des Art. 7 der Richtlinie hat, deren Verletzung der BGH selbst feststellt.

Eine Vorlagefrage hätte etwa wie folgt formuliert werden müssen:

„Ist Art. 7 VerpackRL dahin auszulegen, dass ein Ermessensspielraum des Mitgliedstaates bei der Einführung einer Pfandpflicht für bestimmte Getränke in bestimmten Einwegverpackungen nur besteht, wenn ein arbeitsfähiges Pfand-/Rücknahmesystem im Zeitpunkt der Einführung der Pfandpflicht unter Gewährung eines bruchlosen Überganges gewährleistet ist?“

Eine zweite entscheidungserhebliche Vorlagefrage hätte wie folgt lauten können:

„Ist das Merkmal „hinreichend qualifiziert“ so auszulegen, dass es in einem Fall mit den dargestellten Besonderheiten erfüllt ist, weil die Kommission Deutschland in einem Vertragsverletzungsverfahren spezifiziert auf die Verletzung der Vorschriften der VerpackRL und des Art. 28 EG hingewiesen hat?“

Dass diese Frage nicht vorgelegt und die Auswirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens nicht weiter diskutiert wurden, ist nicht nachvollziehbar. Der BGH selbst geht beim Verschulden i. S. von § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG davon aus, dass ein Verschulden „umso mehr zu bejahen“ sei, wenn etwa eine Gemeinde von der Bauaufsichtsbehörde auf die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens hingewiesen wird³⁷.

Würde man dagegen die Vorlagefrage weiter formulieren („Schließt ein weiter Ermessensspielraum im nicht vollständig harmonisierten Bereich der VerpackRL einen hinreichend qualifizierten Verstoß aus?“), wäre die Vorlagepflicht zu verneinen, da der EuGH derartige Fragestellungen in gesicherter Rechtsprechung bereits bejaht hat³⁸.

III. Fazit

Schält das mitgliedstaatliche (letztinstanzliche) Gericht den entscheidungserheblichen Kern für die Vorlagefrage nicht präzise heraus, besteht die Gefahr, dass aufgrund einer weiten Fassung der Frage eine – auf abstraktem Niveau – nur scheinbar gesicherte Rechtsprechung des EuGH unterstellt und damit fälschlich eine Ausnahme von der Vorlagepflicht angenommen wird. So muss schon in der Vorlagefrage zur Auslegung der Haftungsmerkmale eines „hinreichend qualifizierten“ Verstoßes der dem Mitgliedstaat konkret belassene, für die Staatshaftung maßgebliche Ermessensspielraum – bezogen auf die jeweils anzuwendende Gemeinschaftsrechtsnorm – in Frageform, aber gleichwohl pointiert herausgearbeitet werden.

32 EuGH, 17. 7. 2008 – Rs. C-500/06, *Corporación Dermoestética SA*, EWS 2008, 480, Rdnr. 39.

33 EuGH, 27. 3. 1963 – verb. Rs. 28 – 30/62, *Da Costa*, Slg. 1963, 63, 80.

34 EuGH, 6. 10. 1982 – Rs. 283/81, *CILFIT*, Slg. 1982, 3415, RIW 1983, 281, Rdnr. 14.

35 EuGH Rs. 283/81, *CILFIT* (Fn. 34), Rdnr. 16; *Karpenstein*, *Praxis des EG-Rechts*, 1. Aufl. 2006, Rdnr. 359–361.

36 EuGH, 24. 3. 2009 – Rs. C-445/06, *Danske Slagterier*, EWS 2009, 176, Rdnr. 29–35.

37 *Schlick*, *NJW* 2008, 127, 132.

38 EuGH Rs. C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur* (Fn. 3); so auch BGH III ZR 233/07 (Fn. 11), Rdnr. 22.