

**Die Haftung der Mitgliedstaaten der *Europäischen Union* wegen  
Unionsrechtsverletzungen letztinstanzlich entscheidender nationaler  
Gerichte**

Dissertation

zur Erlangung des Grades eines

Doktors der Rechte

des Fachbereichs  
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften  
der Johannes Gutenberg-Universität  
Mainz

vorgelegt von

Johannes Starke aus München

2012

Erstberichterstatter:

[.....]

Zweitberichterstatter:

[.....]

Tag der mündlichen Prüfung:

31. Januar 2012

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2011 durch die Johannes Gutenberg Universität Mainz, Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung wurde am 31. Januar 2012 durch [.....] sowie [.....] abgenommen.

Rechtsprechung und Literatur der Arbeit befinden sich auf dem Stand von 2009. Die Umstellung von dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union wurde berücksichtigt.

Für die zügige Erstellung des Erstgutachtens - vor allem für die Zeit zu unzähligen Diskussionen - danke ich meinem Doktorvater, [.....], sehr herzlich. [.....] danke ich für die Bereitschaft zur Erstellung des Zweitgutachtens.

Die vorliegende Arbeit ist während meiner Tätigkeit als Assessor/Rechtsanwalt in der Rechtsanwaltskanzlei [.....], München, entstanden. Für die stete Rücksichtnahme auf die besonderen Bedürfnisse eines Promovenden danke ich [.....] sehr herzlich.

Dank gilt vor allem meinen Eltern, [.....]. Sie haben mir nicht nur eine sorgenfreie Kindheit ermöglicht. Ihnen habe ich auch die Möglichkeit eines Studiums zu verdanken. Zu besonderem Dank bin ich meiner Mutter verpflichtet, die das Manuskript kritisch durchgeschaut hat.

## II

Zu guter aller Letzt danke ich meiner Freundin, [.....], die durch ihr Dasein und Sosein viel mehr zu dem Gelingen der Arbeit beigetragen hat, als ihr bewusst ist. Ihr ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

München, im Oktober 2012

Johannes Starke

## Inhaltsverzeichnis

### 1. Teil Einführung und Problemaufriss

A. Bisherige Diskussionen um die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen judikativen Unrechts	2
B. Die Entscheidungen des <i>Gerichtshofes</i> in den Rechtssachen <i>Köbler</i> und <i>Kühne &amp; Heitz</i>	7
1. Das Urteil in der Rechtssache <i>Köbler</i>	8
2. Das Urteil in der Rechtssache <i>Kühne &amp; Heitz</i>	12
C. Problemaufriss	14
1. Fragestellungen anlässlich der Urteile in den Rechtssachen <i>Köbler</i> und <i>Kühne &amp; Heitz</i>	15
a. Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht ?	15
b. Anerkennung eines Rechtsschutzes gegen den Richter durch die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ?	17
c. Negierung der Letztinstanzlichkeit mitgliedstaatlicher Gerichte durch die Staatshaftung wegen judikativen Unrechts ?	18

## IV

- d. Ausgewogene Berücksichtigung der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* ? 19
  - e. Anwendungsbereich der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ? 19
  - f. Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG als gegenüber der Staatshaftung vorrangiges Rechtsmittel ? 20
  - g. Verhältnis der Staatshaftung zu der durch die Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierten Durchbrechung der Bestandskraft von Verwaltungsakten ? 21
  - h. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht ? 22
2. Die Bedeutung der aufgeworfenen Fragestellungen für die Anwendung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung in der Praxis 23

## **2. Teil Gang und Begrenzung der Untersuchung**

- A. Untersuchung der Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht [3. Teil] 31
- B. Untersuchung spezifischer, mit der Anknüpfung der Staatshaftung gerade an letztinstanzliches judikatives Unrecht verbundener Probleme [4. Teil] 33

C. Untersuchung des Anwendungsbereichs der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts [5. Teil]	35
D. Untersuchung durch den Verweis des <i>Gerichtshofes</i> auf das nationale Haftungsrecht auftauchender Probleme [6. Teil]	36
E. Einschränkung der Untersuchung auf unionsrechtlich determinierte öffentlichrechtliche Konstellationen	37

### **3. Teil Die Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht**

A. Grundlagen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in der Rechtssache <i>Köbler</i>	41
B. Keine Herleitung der Staatshaftung in der Rechtssache <i>Köbler</i> aus einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts	43
C. Die Tauglichkeit des <i>effet utile</i> unionsrechtlicher Normen als Grundlage der Staatshaftung	45
1. Inhalt des Grundsatzes des <i>effet utile</i> unionsrechtlicher Normen	45
2. Fehlende Möglichkeit der Ableitung gerade einer Entschädigungsverpflichtung aus dem <i>effet utile</i> unionsrechtlicher Normen	46
D. Die unionalen Rechte des Einzelnen als tragfähige Grundlage „ <i>Köblers</i> “	48

## VI

1. Der Anknüpfungspunkt des <i>Gerichtshofes</i> bei der Herleitung der Staatshaftung aus den unionalen Rechten des Einzelnen	49
2. Die sich an die Begründung der Staatshaftung mit den materiellen Rechten knüpfenden Untersuchungsschritte	54
3. Voraussetzungen für die Ableitung eines Reaktionsanspruchs des Bürgers aus den materiellen Unionsrechten	55
4. Der privatbezogene Gehalt der materiellen Unionsrechte des Bürgers	58
a. Der direkt verliehenen materiellen Unionsrechten und den Grundfreiheiten sowie Grundrechten zukommende Gehalt	58
b. Der indirekt verliehenen materiellen Rechten des Unionsrechts zukommende Gehalt	60
aa. Annahme „spezifischer Voraussetzungslosigkeit“ unionaler Rechte des Einzelnen	61
bb. Zugrundelegung des Ansatzes der deutschen Schutznormtheorie auch im Unionsrecht	66
5. Die Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus den materiellen Rechten des Einzelnen	76
E. Zusammenfassung des dritten Teils der Untersuchung	78

#### **4. Teil Untersuchung spezifischer, mit der Anknüpfung der Staatshaftung an letztinstanzliches judikatives Unrecht verbundener Probleme**

A. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Gewährung eines Rechtsschutzes gegen den Richter	82
1. Kein Rechtsschutz <i>gegen</i> den Richter bei Fehlen eines Rechtsschutzes <i>durch</i> den Richter angesichts der letztinstanzlichen Unionsrechtsverletzung	83
2. Beschaffenheit letztinstanzlichen judikativen Unrechts	84
a. Arten der Verletzung materiellen Unionsrechts	84
aa. Wirkungsweise der materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, im nationalen Recht	85
(1) Alleinige Regelung eines Sachverhaltes durch unoniale Rechte	85
(2) Auslösung von Normkonflikten durch unoniale Rechte	86
bb. Arten der Verletzung materieller Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen	88

## VIII

b. Zusammenhang zwischen der Verletzung materiellen Unionsrechts und der Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV	90
aa. Inhalt des Artikels 267 Absatz 3 AEUV in der Auslegung durch den <i>Gerichtshof</i>	91
bb. Gleichzeitiger Verstoß gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV bei der Verletzung materiellen Unionsrechts	94
(1) Verpflichtung zur Vorlage auch bei Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt	95
(2) Verletzung materiellen Unionsrechts und das fehlende Eingreifen der Ausnahmetatbestände des Artikels 267 Absatz 3 AEUV	97
3. Keine Gewährung eines Rechtsschutzes gegen den Richter durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts	98
B. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Letztinstanzlichkeit nationaler Gerichte	100
1. Die letztverbindliche Entscheidung unionsrechtlich determinierter Streitigkeiten durch den <i>Gerichtshof</i> im Vorabentscheidungsverfahren	100
2. Keine Missachtung der Letztinstanzlichkeit nationaler Gerichte durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts	101

C. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Rechtskraft letztinstanzlicher Entscheidungen	102
1. Berührung der Rechtskraft letztinstanzlicher Entscheidungen durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts	102
2. Ausgewogene Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtskraft durch die hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes	103
D. Zusammenfassung des vierten Teils der Untersuchung	106
<b>5. Teil   Untersuchung des Anwendungsbereichs der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts</b>	
A. Die These von dem Eingreifen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts nur bei Fehlentscheidungen von Höchstgerichten	111
B. Haftungsauslösung durch letztinstanzliche Gerichte im konkret-funktionalen Sinne	115
C. Zusammenfassung des fünften Teils der Untersuchung	122

## 6. Teil Untersuchung durch den Verweis des *Gerichtshofes* auf das nationale Haftungsrecht auftauchender Fragen

- A. Die Verfassungsbeschwerde als gegenüber der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts vorrangiges Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB ? 126
1. Der *Gerichtshof* als gesetzlicher Richter im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* 127
  2. Defizite der Verfassungsbeschwerde gegenüber der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung hinsichtlich des Schutzes der unionalen Rechte 129
  3. Die fehlende Eigenschaft der Verfassungsbeschwerde als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB 131
- B. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht ? 132
1. Zweck und Anwendungsbereich des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB 133
    - a. Zweck der in § 839 Absatz 2 BGB enthaltenen Haftungsprivilegierung 133
    - b. Anwendungsbereich des § 839 Absatz 2 BGB und der Haftungsmaßstab bei Fehlen eines „Urteils in einer Rechtssache“ 135

2. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht	137
C. Die Auswirkung der durch „ <i>Kühne &amp; Heitz</i> “ determinierten Möglichkeit der Durchbrechung der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts	
1. Praxisrelevanz der dem Urteil in der Rechtssache <i>Kühne &amp; Heitz</i> zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation	143
2. Konsequenzen aus dem <i>Kühne &amp; Heitz</i> - Urteil für die Durchbrechung der Bestandskraft eines unionsrechtswidrigen, belastenden Verwaltungsaktes	147
a. Der Verweis des <i>Gerichtshofes</i> in der Rechtssache <i>Kühne &amp; Heitz</i> auf das nationale Verfahrensrecht	148
b. Keine Änderung der Rechtslage im Sinne des § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG im Falle der Nichtigklärung der Rechtsgrundlage eines Verwaltungsaktes	149
c. Die Determinierung des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne durch das Urteil in der Rechtssache <i>Kühne &amp; Heitz</i>	151
aa. Grundsätze des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG	151
bb. Unterscheidung zwischen Überprüfung und Rücknahme und die Statuierung einer Überprüfungspflicht durch den <i>Gerichtshof</i>	153

cc.	Verpflichtung zur Überprüfung eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes auch bei einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht	154
dd.	Vorgaben des <i>Gerichtshofes</i> hinsichtlich der Rücknahme der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung	158
	(1) Annahme der Statuierung einer Verpflichtung auch zur Rücknahme	159
	(2) Verbleiben eines Ermessensspielraumes auf der zweiten Stufe nach dem Urteil in der Rechtssache <i>Kühne &amp; Heitz</i>	161
ee.	Vorliegen einer zur Rücknahme verpflichtenden „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen Unionsrecht	163
ff.	Erstattungsanspruch des durch einen rechtswidrigen Gebührenbescheid belasteten Bürgers nach Durchbrechung der Bestandskraft	165
3.	Auswirkung der Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts	165
a.	Möglichkeiten der Integration in den Prüfungsaufbau des Staatshaftungsanspruchs	166

### XIII

b. Verneinung eines Staatshaftungsanspruchs mangels Vorliegen eines Schadens unter Heranziehung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung	166
aa. Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung	167
bb. Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung auf den der Untersuchung zugrunde gelegten Beispielsfall	168
c. Verneinung eines Staatshaftungsanspruchs im Falle der Charakterisierung der Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft als „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB	170
D. Zusammenfassung des sechsten Teils der Untersuchung	172
<b>7. Teil Zusammenfassung der Thesen der Untersuchung</b>	

## Schrifttumsverzeichnis

*Arndt, H.-W.*, Anmerkung, in: NJW 1991, S. 1776

*Baumeister, P.*, Effektiver Individualrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht, in: EuR 2005, S. 1 - 35

*ders.*, Der Anspruch auf ein Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren, in: VerwArch 83 (1992), S. 374 - 408

*Bertelmann, H.*, Die Europäisierung des Staatshaftungsrechts Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Staatshaftungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Haftung für judikatives Unrecht, 2005, Peter Lang Frankfurt am Main Berlin Bern Bruxelles New York Oxford Wien

Zitiert: *Bertelmann, H.*, Europäisierung des Staatshaftungsrechts, 2005, S. ...

*Beul, C. R.*, Kein Richterprivileg bei unterlassener Vorlage gem. Art. 177 EGV Folgerungen aus der Entscheidung EuGH, EuZW 1996, 205 – Brasserie du Pêcheur, in: EuZW 1996, S. 748 - 750

*Breuer, M.*, Staatshaftung für Judikativunrecht vor dem *EuGH*, in: BayVBl. 2003, S. 586 - 589

*Britz, G./Richter, T.*, Die Aufhebung eines gemeinschaftsrechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakts, in: Jus 2005, S. 199 - 202

*Calliess, Chr./Ruffert, M.* (Hrsgb.), EUV/EGV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta Kommentar, 3. Auflage 2007, Verlag C.H. Beck München

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Callies/Ruffert* (Hrsgb.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. ..., Rn. ...

*Classen, C. D.*, Der einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts ? Zum Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte kraft Gemeinschaftsrechts, in: *VerwArch* 88 (1997), S. 645 - 678

*Danwitz, Th. von*, Zur Grundlegung einer Theorie der subjektiv-öffentlichen Gemeinschaftsrechte, in: *DÖV* 1996, S. 481 - 490

*ders.*, Anmerkung, in: *JZ* 2004, S. 301 - 303

*Deckert, M. R.*, Zur Haftung des Mitgliedstaates bei Verstößen gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, in: *EuR* 1997, S. 203 - 235

*Doerfert, C.*, *JA* 2004, S. 715 - 716

*Dörr O./Lenz, Chr.*, *Europäischer Verwaltungsrechtsschutz*, 1. Auflage 2006, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

*Ehlers, D.*, *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, 1999, Carl Heymanns Verlag KG Köln Berlin Bonn München

*ders.*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: *DVBl.* 2004, S. 1441 - 1451

*Eilmansberger, Th.*, *Rechtsfolgen und subjektives Recht: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Staatshaftungsdoktrin des EuGH*, 1997, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Zitiert: *Eilmansberger, Th.*, *Rechtsfolgen und subjektives Recht*, 1997, S. ...

*ders.*, Zur Tragfähigkeit der Staatshaftungsdoktrin des *EuGH*, in: ZÖR 52 (1997), S. 1 – 62

*Fastenrath, U.*, Prügelknabe *EuGH*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 11.06.2009, S. 8

*Frenz, W.*, Anmerkung, in: DVBl. 2004, S. 375 - 376

*ders.*, Anmerkung, in: DVBl. 2003, S. 1522 - 1524

*Friedrich, K./Nagler, J.*, Bricht EU-Recht die Bestandskraft nach nationalem Verfahrensrecht ? Anmerkung zum BFH-Beschluss I R 83/04 (DStR 2004, 2005) und zum Beitrag von *Gosch* (DStR 2004, 1988), in: DStR 2005, S. 403 - 412

*Gärditz, K. F.*, Die Bestandskraft gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte zwischen Kasuistik und Systembildung – Eine Zwischenbilanz nach *EuGH* Rs. C-392/04 und C-422/04 v. 19.9.2006 (Germany & Arcor), in: NWVBl. 2006, S. 441 - 448

*Geiger, J.*, Die Entwicklung eines europäischen Staatshaftungsrechts Das Francovich-Urteil des *EuGH* und seine Folgen, in: DVBl. 1993, S. 465 - 474

*Gosch, D.*, Anrechnung ausländischer Steuern nach dem *EuGH*-Urteil in der Rechtssache „Manninen“ trotz Bestandskraft ?, in: DStR 2004, S. 1988 - 1992

*Grabitz, E./Hilf, M.* (Hrsgb.), Das Recht der Europäischen Union, Band III EUV/EGV, Stand: Juli 2008, Verlag C.H. Beck München

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Grabitz/Hilf* (Hrsgb.), EUV/EGV Band III, Stand: Juli 2008, Art. ..., Rn. ...

*Groeben von der, H./Schwarze, J.* (Hrsgb.), Kommentar zum Vertrag über die europäische Union und zur Gründung der europäischen Gemeinschaft, Band 4, 6. Auflage 2004, Nomos-Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Zitiert: *Bearbeiter* in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsgb.), Kommentar EU/EG-Vertrag, Band 4, 6. Auflage 2004, Art. ..., Rn. ...

*Gromitsaris, A.*, Europarechtliche Aspekte der Staatshaftung, in: *SächsVBl.* 2001, S. 157 - 163

*Grune, J.*, Staatshaftung bei Verstößen nationaler Gerichte gegen Europäisches Gemeinschaftsrecht, in: *BayVBl.* 2004, S. 673 - 677

*Grzeszick, B.*, Rechte und Ansprüche Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, 2002, Mohr Siebeck Tübingen

Zitiert: *Grzeszick, B.*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. ...

*Gundel J.*, Bootsliegeplatz-Privilegien für Einheimische; Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und Durchbrechung der nationalen Bestandskraft-Regeln, in: *EuR* 1999, S. 781 - 788

*ders.*, Gemeinschaftsrechtliche Haftungsvorgaben für judikatives Unrecht - Konsequenzen für die Rechtskraft und das deutsche „Richterprivileg“ (§ 839 Abs. 2 BGB), in: *EWS* 2004, S. 8 - 16

*ders.*, Die Erstattung gemeinschaftsrechtswidriger Gebühren nach nationalem Verfahrensrecht – Ein Dauerthema für den *EuGH*, in: *Hendler, R., Ibler, M., Soria, J. M.* (Hrsgb.), „Für Sicherheit, für Europa“ Festschrift für Volkmar Götz, 2005, Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen, S. 191 - 210

*Hakenberg, W.*, Zur Staatshaftung von Gerichten bei Verletzung von europäischem Gemeinschaftsrecht, in: DRiZ 2004, S. 113 – 117

*Halfmann, R.*, Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Europa, in: VerwArch 91 (2000), S. 74 - 99

*Halter, U.*, Europarecht, 2. neubearbeitete Auflage 2007, Mohr Siebeck Tübingen

*ders.*, Verschiebungen im europäischen Rechtssystem, in: VerwArch 96 (2005), S. 311 - 347

*Herzog, R.*, Stoppt den *EuGH* !, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 08.09.2008, S. 8

*Hirsch, G.* in: *Schmidt-Aßmann, E.* u.a. (Hrsgb.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, Carl Heymanns Verlag KG Köln Berlin Bonn München, S. 3 - 18

*Hufen, F.*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Auflage 2008, Verlag C.H. Beck München

*Jarass H.-D.*, Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, in: NJW 1994, S. 881 - 886

*Jellinek, G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Nachdruck der 2. Auflage 1905, 1963, Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt

*Kenntner, M.*, Ein Dreizack für die offene Flanke: Die neue *EuGH*-Rechtsprechung zur judikativen Gemeinschaftsrechtsverletzung, in: EuZW 2005, S. 235 - 238

*Kluth, W.*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftsrechtswidrige höchstrichterliche Entscheidungen – Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung – Zugleich ein Plädoyer für eine zeitgemäße Reform des deutschen Staatshaftungsrechts –, in: DVBl. 2004, S. 393 - 403

*Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, Verlag C.H. Beck München

*Kremer, C.*, Staatshaftung für Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht durch letztinstanzliche Gerichte, in: NJW 2004, S. 480 – 482

*Krieger, H.*, Haftung des Richters für Verletzung des Gemeinschaftsrechts – Das Urteil Köbler des *EuGH* –, in: Jus 2004, S. 855 - 858

*Lenz, C. O./Borchardt, K.-D.* (Hrsgb.), Kommentar zum EU-und EG-Vertrag, 3. Auflage 2003, Bundesanzeiger-Verlag (u.a). Köln (u.a.)

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Lenz/Borchardt* (Hrsgb.), EU-und EG-Vertrag, 3. Auflage 2003, Art. ..., Rn. ...

*Lenze, A.*, Die Bestandskraft von Verwaltungsakten nach der Rechtsprechung des *EuGH*, in: VerwArch 97 (2006), S. 49 - 61

*Lindner, J. F.*, Anmerkung, in: BayVBl. 2004, S. 590 - 592

*Martin-Ehlers, A.*, Grundlagen einer gemeinschaftsrechtlich entwickelten Staatshaftung, in: EuR 1996, S. 376 - 398

*Masing, J.*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1996, Duncker & Humblot Berlin

Zitiert: *Masing, J.*, Mobilisierung des Bürgers, 1996, S. ...

*Maurer, H.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, Verlag C.H. Beck München

*Meyer-Ladewig, J.*, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten Handkommentar, 2. Auflage 2006, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

*Nettesheim, M.*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das deutsche Staatshaftungsrecht, in: DÖV 1992, S. 999 - 1005

*Obwexer, W.*, Anmerkung, in: EuZW 2003, S. 726 – 728

*Oppermann, T./Classen, C. D./Nettesheim, M.*, Europarecht, 4. Auflage 2009, Verlag C.H. Beck München

*Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage 1998, Verlag C.H. Beck München

*Palandt, O.*, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 68. Auflage 2009, Verlag C.H. Beck München

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Palandt*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, § ..., Rn. ...

*Pechstein, M.*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. neu bearbeitete Auflage 2007, Mohr Siebeck Tübingen

*Pescatore, P.*, Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag und die Zusammenarbeit zwischen dem *Gerichtshof* und den nationalen Gerichten, in: BayVBl. 1987, S. 33 - 43 u. 68 - 72

*Potacs, M.*, Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts ? Anmerkungen zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs. C. 453/00, in: EuR 2004, S. 595 - 602

*Radermacher, L.*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für höchstrichterliche Entscheidungen, in: NVwZ 2004, S. 1415 – 1421

*Remmert, B.*, Die nationale Ausgestaltung richtlinienrechtlich geforderter subjektiver Rechtsstellungen am Beispiel der Umweltinformationsrichtlinie und der Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, in: DV 29 (1996), S. 465 – 486

*Rengeling, H.-W.*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Recht dargestellt am Beispiel des Rechtsschutzes bei Subventionen, in: Jura 1979, S. 236 - 242

*ders./Middeke, A./Gellermann, M.*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, Verlag C.H. Beck München  
Zitiert: *Bearbeiter* in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § ... Rn. ... (S. ...)

*Rennert, K.*, Bestandskraft rechtswidriger Verwaltungsakte und Gemeinschaftsrecht, in: DVBL. 2007, S. 400 - 408

*Rixecker, R./Säcker, F. J.* (Hrsgb.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage 2007, und Band 5, Schuldrecht Besonderer Teil III, 5. Auflage 2009, Verlag C.H. Beck München,  
Zitiert: *Bearbeiter* in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Auflage 2007 / 5. Auflage 2009, Band 2 / Band 5, § ..., Rn. ...

*Roth, W.*, Verfassungsgerichtliche Kontrolle der Vorlagepflicht an den *EuGH*, in: *NVwZ* 2009, S. 345 - 352

*Rüfner, W.*, Grundrechtsadressaten, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsgb.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V Allgemeine Grundrechtslehren § 117, 1992, C.F. Müller Juristischer Verlag Heidelberg, S. 525 - 562

*Ruffert, M.*, Anmerkung, in: *JZ* 2004, S. 620 - 622

*Ruthig, J.*, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle in Deutschland, in: *Schenke/Seok* (Hrsgb.), Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea, 2006, Duncker & Humblot Berlin, S. 117 - 146

*Sachs, M.* (Hrsgb.), Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage 2007, Verlag C.H. Beck München

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Sachs* (Hrsgb.), Grundgesetz Kommentar, 4. Auflage 2007, Art. ..., Rn. ...

*Schäfer, P.*, *JA* 2004, S. 283 - 285

*Schenke, W.-R.*, Anmerkung, in: *JZ* 2005, S. 680 - 685

*ders.*, Verfassungsrechtliche Garantie eines Rechtsschutzes gegen Rechtsprechungsakte, in: *JZ* 2005, S. 116 -126

*Schlaeger, Chr.*, Das Ende des Spruchrichterprivilegs, in: *NJW* 2004, Heft 1-2, S. XIV

*ders.*, Amtspflichtverletzung durch richterliche Tätigkeit, in: *NJW* 2001, S. 3244

*Schoch, F.*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: *Schmidt-Aßmann* u.a. (Hrsgb.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, Carl Heymanns Verlag KG Köln Berlin Bonn München, S. 507 - 533

*ders.*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, in: *NVwZ* 1999, S. 457 – 467

*Schöndorf-Haubold, B.*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, in: *Jus* 2006, S. 112 - 115

*Schulze, G.*, Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung: Das judikative Unrecht, EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-224/01-Köbler, in: *ZEuP* 2004, S. 1051 - 1067

*Schwarze, J.* (Hrsgb.), EU-Kommentar, 1. Auflage 2000 und 2. Auflage 2009, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 1. Auflage 2000 / 2. Auflage 2009, Art. ..., Rn. ...

*Seltenreich, S.*, Die Francovich-Rechtsprechung des *EuGH* und ihre Auswirkungen auf das deutsche Staatshaftungsrecht Ein Rückblick fünf Jahre nach dem Ergehen des Francovich-Urteils, 1997, Hartung Gorre Verlag Konstanz

Zitiert: *Seltenreich, S.*, Die Francovich-Rechtsprechung des *EuGH*, 1997, S. ...

*Sensburg, P. E.*, Staatshaftung für judikatives Unrecht, in: *NVwZ* 2004, S. 179 - 180

*Sodan* (Hrsgb.), Grundgesetz Beck'scher Kompakt-Kommentar, 1. Auflage 2009

*ders./Ziekow, J.* (Hrsgb.), Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, Band I, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Stand: Januar 2003, Nomos-Verlagsgesellschaft Baden-Baden

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. ...

*Stern, K.*, Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: *Jus* 1998, S. 769 - 776

*ders./Sachs, M.*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1. Halbband, 1. Auflage 1988, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München

*Storr, St.*, Abschied vom Spruchrichterprivileg ?, in: *DÖV* 2004, S. 545 - 553

*Streinz, R.* (Hrsgb.), EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage 2003, Verlag C.H. Beck München

Zitiert: *Bearbeiter* in: *Streinz* (Hrsgb.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. ... Rn. ...

*ders.*, *Jus* 2004, S. 425 – 428

*Timmermans, Chr.*, The European Union's Judicial System, in: *CMLRev.* 41 (2004), S. 393 - 405

*Triantafyllou, D.*, Zur Europäisierung des subjektiven öffentlichen Rechts, in: *DÖV* 1997, S. 192 - 200

*Tsikrikas, D.*, Verfahrensrechtliche Fragen der Staatshaftung wegen gemeinschaftsrechtswidriger Gerichtsentscheidungen, in: ZZPInt 9 (2004), S. 123 - 140

*Wegener, B. W.*, (Fehl-)Urteilsverantwortung und Richterspruchprivileg in der Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht, in: EuR 2004, S. 84 - 91

*ders.*, Staatshaftung für die Verletzung von Gemeinschaftsrecht durch nationale Gerichte ?, in: EuR 2002, S. 785 ff - 800

*ders./Held, S.*, Die Haftung der Mitgliedstaaten für die Verletzung von EG-Recht durch nationale Gerichte, in: Jura 2004, S. 479 - 485

*Wehlau, A.*, Die Ausgestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, in: DZWIR 1997, S. 100 - 106

*Winter, G.*, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, in: NVwZ 1999, S. 467 – 475

*Wollbrandt, J.*, Gemeinschaftsrechtliche Haftung für innerstaatliche Gerichtsentscheidungen, die gegen EG-Recht verstoßen, Internet-Verlag GmbH 2005

*Wollweber, H.*, Anmerkung, DVBl. 2004, S. 510 – 511

*Zenner, M.*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten für die Anwendung europarechtswidriger Rechtsnormen, Verlag V. Florentz GmbH München  
Zitiert: *Zenner, M.*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten, 1995, S. ...

**Abkürzungsverzeichnis**

A.A./a.A.	Anderer/anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
aaO.	am angegebenen Ort
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BayVBL.	Bayerische Verwaltungsblätter
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CMLRev.	Common Market Law Review
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStRE	Deutsches Steuerrecht - Entscheidungsdienst
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ebd.	ebenda
EG-Vertrag	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
Hrsgb.	Herausgeber

i.d.S.	in diesem Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
östGG	österreichisches Gehaltsgesetz
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung

S.	Seite
s.a.	siehe auch
StGB	Strafgesetzbuch
u.	und
v.	vor
u.a.	unter anderem
verb.	verbundene
VerwArch	Verwaltungsarchiv
vgl./Vgl.	vergleiche/Vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
vs.	versus
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwKostG	Verwaltungskostengesetz
z.B.	zum Beispiel

ZEuP

Zeitschrift für Europäisches  
Privatrecht

ZÖR

Zeitschrift für öffentliches Recht

ZZPInt

Zeitschrift für Zivilprozess  
International

## **1. Teil      Einführung und Problemaufriss**

Zu der Frage einer Haftung der Mitgliedstaaten der *Europäischen Union* wegen Unionsrechtsverletzungen ihrer Gerichte hat der *Gerichtshof der Europäischen Union* (nachfolgend auch: *Gerichtshof*) lange Zeit nicht explizit Stellung bezogen. Nichtsdestotrotz hat sich das Schrifttum immer wieder mit einer solchen Haftung und ihren genauen Modalitäten auseinandergesetzt. Vor einiger Zeit hatte der *Gerichtshof* durch eine eigentümliche zeitliche Koinzidenz gleich mehrfach die Gelegenheit, sich unmittelbar mit der Verletzung von Unionsrecht durch mitgliedstaatliche Gerichte und den sich hieran anschließenden Konsequenzen – insbesondere auch staatshaftungsrechtlicher Natur – zu beschäftigen. Die Judikate werfen eine ganze Reihe von Fragen auf, die es – auch rund neun Jahre nach ihrem Ergehen – noch notwendig erscheinen lassen, sich näher mit der Staatshaftung wegen Unionsrechtsverstößen nationaler Gerichte auseinanderzusetzen.

## A. Bisherige Diskussionen um die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen judikativen Unrechts

Der Umstand, dass die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen judikativen Unrechts bereits seit langem Gegenstand wissenschaftlicher Überlegungen und Auseinandersetzungen darstellt, geht auf die in den Entscheidungsgründen der Urteile in den Rechtssachen *Francovich*<sup>1</sup> und *Brasserie du pêcheur*<sup>2</sup> begründete Weite des dort erstmals statuierten Grundsatzes der Staatshaftung der Mitgliedstaaten der *Europäischen Union* für ihnen zurechenbare Unionsrechtsverstöße zurück.

So führte der *Gerichtshof* in „*Francovich*“ – in der er lediglich danach gefragt worden war, ob ein Bürger von einem Mitgliedstaat den Schaden ersetzt verlangen kann, der sich aus der Nichtumsetzung von Vorschriften einer nicht unmittelbar wirksamen Richtlinie ergibt<sup>3</sup> – gleichwohl allgemein aus: „Es ist nach alledem ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet sind, die dem einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die diesen Staaten zuzurechnen sind.“<sup>4</sup>

In der rund fünf Jahre danach entschiedenen Rechtssache *Brasserie du pêcheur* wurde der *Gerichtshof* bezüglich der Frage, wessen Unionsrechtsverletzungen genau die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung auslösen können, noch deutlicher. Im Kern ging es hier „nur“ um eine Haftung des Staates angesichts unmittelbar anwendbares Unionsrecht verletzender Handlungen und Unterlassungen des nationalen Gesetzgebers<sup>5</sup>. Gleichwohl

<sup>1</sup> *EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, in: Slg. 1991 I, S. 5357 ff.

<sup>2</sup> *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff.

<sup>3</sup> Zu der Vorlagefrage: *EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, in: Slg. 1991 I, S. 5357 ff (5361 u. 5407 Rn. 9).

<sup>4</sup> *EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, aaO., S. 5357 ff (5415 Rn. 37).

<sup>5</sup> *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1036 u. 1040 f).

stellte der *Gerichtshof* unbeschränkt fest: „Daraus ergibt sich, dass der Grundsatz [der Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen] für jeden Fall des Verstoßes eines Mitgliedstaates gegen das Gemeinschaftsrecht *unabhängig davon gilt, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat.*“<sup>6</sup> In „*Brasserie du pêcheur*“ wurden auch die Voraussetzungen des unionsrechtlichen Entschädigungsanspruchs offener als in „*Francovich*“<sup>7</sup> formuliert, so dass diese gleichermaßen für Unionsrechtsverletzungen nationaler Gerichte unmittelbar handhabbar waren<sup>8</sup>.

Angesichts der solchermaßen durch „*Francovich*“ und „*Brasserie du pêcheur*“ begründeten Weite der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung sah das Schrifttum frühzeitig Veranlassung, sich nicht nur mit dem jeweils unmittelbaren Urteilsgegenstand auseinanderzusetzen. Darüber hinaus wurde auch die Möglichkeit einer Staatshaftung wegen judikativer Verletzungen unionsrechtlicher Normen diskutiert.

---

<sup>6</sup> *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, aaO., S. 1029 ff (1145 Rn. 24) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>7</sup> Die diesbezüglichen Formulierungen waren ganz auf den Fall der Nichtumsetzung einer Richtlinie abgestimmt. Ausweislich der Entscheidung in der Rechtssache *Francovich* ist ein Entschädigungsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat, der seiner Verpflichtung zur Umsetzung einer Richtlinie nicht nachgekommen ist, dann gegeben, wenn *erstens* das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an den Einzelnen beinhaltet, *zweitens* der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden kann und *drittens* ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem dem Bürger entstandenen Schaden besteht (*EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, in: Slg. 1991 I, S. 5357 ff (5415 Rn. 40)).

<sup>8</sup> Nach dem Urteil in der Rechtssache *Brasserie du pêcheur* erkennt das Unionsrecht dann einen Entschädigungsanspruch an, wenn *erstens* die Unionsrechtsnorm, gegen die verstoßen wurde, bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, *zweitens* der Verstoß hinreichend qualifiziert ist und *drittens* zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem entstandenen Schaden ein unmittelbarer Kausalzusammenhang besteht (*EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1149 Rn. 67)).

Vor allem unter Hinweis auf die deutlichen Ausführungen in „*Brasserie du pêcheur*“ wurde ganz überwiegend davon ausgegangen, dass es auch eine solche Staatshaftung gebe<sup>9</sup>.

Kontroversen entzündeten sich insbesondere an der konkreten Ausgestaltung dieser Haftung, zumal daran, wann denn genau die Rede davon sein könne, dass ein nationales Gericht die durch „*Brasserie du pêcheur*“ eingefügte Grenze der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung in Form der „hinreichenden Qualifikation“ des Verstoßes gegen Unionsrecht überschritten habe. Insoweit entstand ein mannigfaltiges Meinungsbild. Dieses resultierte zum einen aus unterschiedlichen Anknüpfungspunkten (Abstellen einerseits auf die Verletzung materiellen Unionsrechts, andererseits auf die Verletzung der verfahrensrechtlichen Norm des Artikels 267 AEUV [ex-Artikel 234 EG-Vertrag]), zum anderen aus Abstufungen innerhalb der jeweiligen Anknüpfungspunkte.

Innerhalb derjenigen, die für die Frage der „hinreichenden Qualifikation“ auf die Verletzung materiellen Unionsrechts durch ein nationales Gericht abstellten, kamen besonders restriktive Ansichten unter Hinweis auf der allen Mitgliedstaaten und auch der Unionsrechtsordnung bekannten richterlichen Unabhängigkeit sowie dem Institut der Urteile zukommenden Rechtskraft zu

---

<sup>9</sup> Unzutreffend ist die Einschätzung *Halterns, U.* (in: *ders.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 880 (S. 422) und *VerwArch* 96 (2005), S. 311 ff (320)), bis zu dem diese Haftung ausdrücklich anerkennenden Urteil des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* (hierzu sogleich) sei „nie ernsthaft erwogen“ worden, die Rechtsprechung des *Gerichtshofes* zur Staatshaftung auch auf Akte judikativen Unrechts seitens der nationalen Höchstgerichte auszudehnen. Dies wurde nicht nur durch die Literatur bejaht (siehe insoweit nur *Nettesheim, M.*, in: *DÖV* 1992, S. 999 ff (1003); *Jarass, H. D.*, in: *NJW* 1994, S. 881 ff (884); *Beul, C. R.*, in: *EuZW* 1996, S. 748 f; *Martin-Ehlers, A.*, in: *EuR* 1996, S. 376 ff (397); *Deckert, M. R.*, in: *EuR* 1997, S. 203 ff (205 f); *Schwarze, J.*, in: *ders.* (Hrsgb.), *EU-Kommentar*, 1. Auflage 2000, Art. 234 Rn. 51; *Wegener, B. W.*, in: *EuR* 2002, S. 785 ff (787 ff); *Ehricke, U.*, in: *Streinz* (Hrsgb.), *EUV/EGV*, 1. Auflage 2003, Art. 234 Rn. 46; *Hirsch, G.*, in: *Schmidt-Aßmann u.a.* (Hrsgb.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, S. 3 ff (7)). Auch in den Schlussanträgen des auch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* vorbereitenden *Generalanwalts Léger* zu der Rechtssache *Hedley Lomas* war bereits von einer solchen Staatshaftung die Rede (*Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-5/94 („*Hedley Lomas*“), in: *Slg.* 1996 I, S. 2556 ff (2582 Rn. 114)).

dem Ergebnis, eine Staatshaftung wegen judikativen Unionsunrechts sei nur bei vorsätzlichem Verstoß nationaler Gerichte gegen rechtsverleihendes Unionsrecht in Betracht zu ziehen<sup>10</sup>. Wenn daneben auch bei der Verkennung einschlägiger Rechtsprechung des *Gerichtshofes* durch ein mitgliedstaatliches Gericht eine Staatshaftung in Betracht gezogen wurde<sup>11</sup>, dann wurden die Hürden einer Staatshaftung wegen judikativen Unionsunrechts letztlich auf solche Fälle herabgesenkt, in denen im deutschen Recht von grober Fahrlässigkeit die Rede wäre. Besonders extensive Ansichten kamen schließlich zu dem Ergebnis, dass bereits eine schlicht unionsrechtswidrige Entscheidung eines nationalen Gerichts staatshaftungsbegründend sei<sup>12</sup>.

Soweit im Rahmen der „hinreichenden Qualifikation“ auf die Möglichkeit und Verpflichtung nationaler Gerichte zur Vorlage an den *Gerichtshof* aus Artikel 267 AEUV (ex-Artikel 234 EG-Vertrag) abgestellt wurde, wurde eine Haftung wegen judikativen Unrechts etwa bereits dann bejaht, wenn ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht potentiell unionsrechtswidrige Normen anwendet, ohne die Frage dem *Gerichtshof* entgegen der in Artikel 267 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag) normierten Vorlagepflicht vorzulegen<sup>13</sup>. Daneben wurde die Möglichkeit einer Staatshaftung erst dann in Betracht gezogen, wenn ein nationaler Richter – entgegen den Anträgen einer

---

<sup>10</sup> So *Nettesheim, M.*, in: DÖV 1992, S. 999 ff (1003).

<sup>11</sup> So *Gromitsaris, A.*, in: SächsVBl. 2001, S. 157 ff (159 f u. 162); s.a. *Zenner, M.*, Die Haftung der EG-Mitgliedstaaten, 1995, S. 241 f, der diese Voraussetzung deshalb fordert, weil andernfalls im Rahmen des Staatshaftungsprozesses die Gefahr bestünde, „dass der beklagte Mitgliedstaat den Instanzenzug durchläuft, um die Sache vor dasselbe letztinstanzliche Gericht zu bringen, das seine eigene Fehleinschätzung zur Primärrechtskonformität des nationalen Rechts wohl bekräftigen würde. Der innerstaatliche Instanzenzug verkäme so zur Spirale. Um diese Gefahr möglichst klein zu halten, erfordert die Haftung eines Mitgliedstaates für judizielles Unrecht, dass die Primärrechtswidrigkeit der betreffenden innerstaatlichen Norm in einem Urteil des *Gerichtshofes* festgestellt wird. Das erneut befasste Gericht müsste dann wenigstens den offenen Widerstand gegen den *Europäischen Gerichtshof* wagen, wenn es an seiner Feststellung festhalten will.“

<sup>12</sup> So *Seltenreich, S.*, Die Francovich-Rechtsprechung des *EuGH*, 1997, S. 139 ff u. 231 f.

<sup>13</sup> So *Beul, C. R.*, in: EuZW 1996, S. 748 f (749); *Deckert, M. R.*, in: EuR 1997, S. 203 ff (226).

Partei – eine Vorlage an den *Gerichtshof* verweigert<sup>14</sup>. Schließlich wurde vertreten, sich für die Frage der „hinreichenden Qualifikation“ des Unionsrechtsverstoßes an dem verfassungsrechtlichen Maßstab aus Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG zu orientieren, durch den eine willkürliche Nichtvorlage an den *Gerichtshof* sanktioniert werde<sup>15</sup>.

Nachdem der *Gerichtshof* in den Rechtssachen *Francovich* und *Brasserie du pêcheur* ausgeführt hatte, dass die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben seien, die dortigen Voraussetzungen aber weder diskriminierend sein noch die Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen<sup>16</sup>, wurde – zwangsläufig gleichermaßen kontrovers wie die Frage der genauen Modalitäten einer Haftung wegen judikativen Unrechts – die Problematik der Anwendbarkeit des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB im Rahmen einer Haftung wegen unionsrechtswidriger Urteile nationaler Gerichte thematisiert. Die Meinungen reichten hier von einer Anwendbarkeit desselben "in vollem Umfang"<sup>17</sup> bis hin zur Unanwendbarkeit desselben<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Vgl. *Wehlau, A.*, in: DZWiR 1997, S. 100 ff (106): Eine mögliche Staatshaftung sei in einem solchen Fall „genau zu prüfen“.

<sup>15</sup> So *Dörr, O.*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn. 297.

<sup>16</sup> *EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, in: Slg. 1991 I, S. 5357 ff (5415 f Rn. 42 f); *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1153 Rn. 67).

<sup>17</sup> So *Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage 1998, S. 514; s.a. *Wegener, B. W.*, in: EuR 2002, S. 785 ff (794 u. 796 f).

<sup>18</sup> So *Beul, C. R.*, in: EuZW 1996, S. 748 ff (750); *Wehlau, A.*, in: DZWiR 1997, S. 100 ff (106) (Eine Berufung auf § 839 Absatz 2 BGB sei kaum mit den Maßgaben des *Gerichtshofes* zu vereinbaren.); *Deckert, M. R.*, in: EuR 1997, S. 203 ff (226)).

## B. Die Entscheidungen des *Gerichtshofes* in den Rechtssachen *Köbler* und *Kühne & Heitz*

Vor einiger Zeit erhielt der *Gerichtshof* mehrfach die Gelegenheit, sich unmittelbar mit Verletzungen von Unionsrecht durch nationale Gerichte und den sich hieran anknüpfenden Konsequenzen zu beschäftigen. Insbesondere durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler*<sup>19</sup> konnte der *Gerichtshof* eingehend zu den Konsequenzen staatshaftungsrechtlicher Natur Stellung beziehen.

Die Entscheidung enthält deutliche Aussagen vor allem zu der bisher kontrovers diskutierten Frage, wann von der „hinreichenden Qualifikation“ eines Unionsrechtsverstoßes durch ein nationales Gericht auszugehen ist.

Zugleich wirft das Urteil allerdings – zumal seine Koexistenz mit dem ebenfalls Unionsrechtsverletzungen mitgliedstaatlicher Gerichte betreffenden, wenig später ergangenen Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz*<sup>20</sup> – ganz neue

---

<sup>19</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff; hierzu etwa: *Breuer, M.*, BayVBl. 2003, S. 586 ff; *Obwexer, W.*, in: EuZW 2003, S. 726 ff; *Frenz, W.*, in: DVBl. 2003, S. 1522 ff; *Schlaeger, Chr.*, in: NJW 2004, Heft 1-2, S. XIV; *Hakenberg, W.*, in: DRiZ 2004, S. 113 ff; *Kluth, W.*, in: DVBl. 2004, S. 393 ff; *Gundel, J.*, in: EWS 2004, S. 8 ff; *Danwitz, Th. von*, in: JZ 2004, S. 301 ff; *Kremer, C.*, in: NJW 2004, S. 480 ff; *Krieger, H.*, in: Jus 2004, S. 855 ff; *Wegener, B. W.*, in: EuR 2004, S. 84 ff; *ders./Held, S.*, in: Jura 2004, S. 479 ff; *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff; *Sensburg, P. E.*, in: NVwZ 2004, S. 179 f; *Grune, J.*, in: BayVBl. 2004, S. 673 ff; *Radermacher, L.*, in: NVwZ 2004, S. 1415 ff; *Schäfer, P.*, in: JA 2004, S. 283 ff; *Streinz, R.*, in: Jus 2004, S. 425 ff; *Tsikrikas, D.*, in: ZZPInt 9 (2004), S. 123 ff; *Schulze, G.*, in: ZEuP 2004, S. 1049 ff; *Bertelmann, H.*, Europäisierung des Staatshaftungsrechts, 2005; *Wollbrandt, J.*, Gemeinschaftsrechtliche Haftung für innerstaatliche Gerichtsentscheidungen, die gegen EG-Recht verstoßen, 2005; *Kenntner, M.*, in: EuZW 2005, S. 235 ff; *Haltern, U.*, in: VerwArch 96 (2005), S. 311 ff; *ders.*, Europarecht, 2. Auflage, 2007, Rn. 866 ff (S. 417 ff); *Schöndorf-Haubold, B.*, in: Jus 2006, S. 112 ff; *Schwarze, J.*, in: *ders.* (Hrsgb.), EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Art. 288 Rn. 87.

<sup>20</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff; hierzu etwa: *Lindner, J. F.*, in: BayVBl. 2004, S. 590 ff; *Ruffert, M.*, in: JZ 2004, S. 620 ff; *Frenz, W.*, in: DVBl. 2004, S. 375 ff; *Potacs, M.*, in: EuR 2004, S. 595 ff; *Lenze, A.*, in: VerwArch 97 (2006), S. 49 ff; *Rennert, K.*, in: DVBl. 2007, S. 400 ff.

Fragen und Probleme auf, die es angezeigt erscheinen lassen, die Auseinandersetzung mit der Staatshaftung wegen Unionsrechtsverstößen mitgliedstaatlicher Gerichte nicht abbrechen zu lassen.

## 1. Das Urteil in der Rechtssache *Köbler*

Die Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* vom 30. September 2003 erging auf ein Vorabentscheidungsersuchen des *Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien* hin. Dieses hatte den *Gerichtshof* um Beantwortung der bislang nicht ausdrücklich beantworteten Frage ersucht, ob der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden, die dem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, verpflichtet sind, auch dann anwendbar ist, wenn dieser Fehler einem nationalen Höchstgericht unterläuft<sup>21</sup>.

Der *Gerichtshof* hat die Frage bejaht. Zur Begründung verweist er auf die Fundierung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung in dem Wesen des AEUV<sup>22</sup>. Zudem – insoweit nimmt der *Gerichtshof* Bezug auf seine deutlichen Ausführungen in „*Brasserie du pêcheur*“ – habe er bereits entschieden, dass dieser Grundsatz für jeden Verstoß eines Mitgliedstaates unabhängig davon gelte, welches mitgliedstaatliche Organ durch sein Handeln oder Unterlassen den Verstoß begangen hat<sup>23</sup>. Ein Blick auf das Völkerrecht, in dem haftungsrechtlich nicht danach unterschieden werde, ob der

---

<sup>21</sup> Zu den einzelnen Vorlagefragen: *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10298 f Rn. 14).

<sup>22</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10305 Rn. 30) mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofes*.

<sup>23</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10305 Rn. 31) mit Verweis auf *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1145 Rn. 32).

schadensverursachende Verstoß der Legislative, der Judikative oder der Exekutive zuzurechnen sei, bestätige dies<sup>24</sup>.

Angesichts der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen auf Grund unionsrechtlicher Bestimmungen verliehenen Rechte spiele – so der *Gerichtshof* in den zentralen Passagen seines Urteils – wäre die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert, wenn der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen könnte, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht verletzt werden, der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.<sup>25</sup> Hierbei sei von Belang, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Unionsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann.<sup>26</sup> Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichts erfolgte Verletzung von Unionsrechten regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden könne, dürfe dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen<sup>27</sup>. Im Übrigen sei ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, insbesondere deshalb nach Artikel 234 EG-Vertrag (heutiger Artikel 267 AEUV) zur Anrufung des *Gerichtshofes* verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10305 f Rn. 32).

<sup>25</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 33).

<sup>26</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

<sup>27</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, ebd.

<sup>28</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 35).

Nach alledem – so der *Gerichtshof* – verlange der Schutz der Rechte des Einzelnen, der sich auf das Unionsrecht beruft, zwingend, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist.<sup>29</sup>

Was die einzelnen Voraussetzungen der Staatshaftung wegen Unionsrechtsverletzungen nationaler Gerichte anbelangt, greift der *Gerichtshof* auf die erstmals in „*Brasserie du pêcheur*“ entwickelten Voraussetzungen zurück und verlangt

- *erstens* die Verletzung einer Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, durch ein letztinstanzlich entscheidendes nationales Gericht,
- *zweitens* einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht und
- *drittens* einen unmittelbaren Kausalzusammenhang zwischen Unionsrechtsverstoß und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden.<sup>30</sup>

Die „hinreichende Qualifikation“ des Unionsrechtsverstoßes wird in „*Köbler*“ wie folgt konkretisiert: „Was des näheren die zweite dieser Voraussetzungen und ihre Anwendung bei der Prüfung einer Haftung des Staates für eine Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts angeht, so sind (...) die Besonderheit der richterlichen Funktion sowie die berechtigten Belange der Rechtssicherheit zu berücksichtigen. Der Staat haftet für eine solche gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat. Bei der

---

<sup>29</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 f Rn. 36).

<sup>30</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10310 f Rn. 51f).

Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, muss das mit einer Schadensersatzklage befasste nationale Gericht alle Gesichtspunkte des Einzelfalles berücksichtigen. Zu diesen Gesichtspunkten gehören unter anderem das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldigbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag [heutiger Artikel 267 Absatz 3 AEUV] durch das in Rede stehende Gericht. Ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht ist jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* offenkundig verkennt.<sup>31</sup>

Bei Erfüllung der vorstehenden drei Voraussetzungen – so der *Gerichtshof* – sei ein Anspruch auf Entschädigung gegeben, der seine Grundlage unmittelbar im Unionsrecht hat. Der Staat habe die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen seines nationalen Haftungsrechts zu beheben, „wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10311 f Rn. 53 - 56). Diese Kriterien haben in der Rechtssache *Traghetti* nochmals ausdrücklich Bestätigung gefunden (*EuGH*, Rs. C-173/03 („*Traghetti del Mediterraneo*“), Urteil vom 13. Juni 2006, in: *EuGRZ* 2006, S. 401 ff (404 Rn. 32 u. 405 Rn. 43)).

<sup>32</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10312 Rn. 58).

## 2. Das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz*

Auch das kurze Zeit nach „*Köbler*“ ergangene Urteil des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* vom 13. Januar 2004<sup>33</sup> ist der Thematik „Unionsrechtsverletzungen nationaler Gerichte“ zuzuordnen.

Diese war hier in einen allgemeinen verwaltungsrechtlichen Kontext eingebunden. So betraf der durch den *Gerichtshof* auf ein Vorabentscheidungsersuchen eines niederländischen Gerichtes hin zu entscheidende Fall im Ausgangspunkt die Gewährung einer unionsrechtlichen Ausfuhrerstattung für den Export von Geflügelteilen. Nach der Auszahlung an das Exportunternehmen wurde die korrekte Einstufung der exportierten Geflügelteile und damit zugleich die Höhe der Ausfuhrerstattung streitig. Das Exportunternehmen sah sich mit einer verwaltungsbehördlichen Rückforderung konfrontiert, gegen die Widerspruch und Klage erfolglos blieben. Das den Fall letztinstanzlich entscheidende niederländische Gericht wies die Klage des Unternehmens ab, ohne zuvor eine Vorabentscheidung des *Gerichtshofes der Europäischen Union* einzuholen. Später erging ein Urteil des *Gerichtshofes*, welches die Unionsrechtswidrigkeit der Entscheidung des niederländischen Gerichtes offenbarte<sup>34</sup>. Angesichts dessen stellte das Exportunternehmen einen Antrag auf Zahlung der Ausfuhrerstattungen, deren Rückforderung unionsrechtswidrigerweise verlangt worden war. Nachdem dieser Antrag erfolglos blieb, erhob das Exportunternehmen Klage, welche schlussendlich in ein Vorabentscheidungsersuchen des angerufenen niederländischen Gerichtes an den *Gerichtshof* mündete.

---

<sup>33</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff.

<sup>34</sup> *EuGH*, Rs. C-151/94 (Strafverfahren gg. M. Voogd Vlessimport en-export), Urteil vom 05. Oktober 1994, in: Slg. 1994 I, S. 4915 ff.

Gefragt wurde dieser, ob das Unionsrecht, insbesondere der in Artikel 4 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 10 EG-Vertrag) aufgestellte Grundsatz der Unionstreue, eine Behörde unter den Umständen, wie sie den beschriebenen Verfahrensgang charakterisieren, verpflichtet, einen bestandskräftigen Bescheid zurückzunehmen, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts, so wie es aufgrund der Antwort auf ein späteres Vorabentscheidungsersuchen ausgelegt werden muss, sicherzustellen<sup>35</sup>.

Der *Gerichtshof* antwortete, dass dann, wenn

- *erstens* die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, eine bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen,
- *zweitens* die Verwaltungsentscheidung ihre Bestandskraft erst infolge eines Urteils eines nationalen Gerichtes, dessen Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar sind, erlangt hat,
- *drittens* das Urteil auf einer Auslegung des Unionsrechts beruht, die, wie ein später ergangenes Urteil des *Gerichtshofes* zeigt, unrichtig war und erfolgt ist, ohne dass der *Gerichtshof* angerufen wurde, obwohl der Tatbestand des Artikels 267 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag) erfüllt war, und sich schließlich
- *viertens* der Bürger, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des *Gerichtshofes* erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde wendet,

die Verwaltungsbehörde nach dem in Artikel 4 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 10 EG-Vertrag) verankerten Grundsatz verpflichtet sei, ihre Entscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen. Diese Behörde müsse

---

<sup>35</sup> *EuGH*, Rs. C-453-00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (866 f Rn. 19).

anhand der Ergebnisse dieser Überprüfung entscheiden, inwieweit sie verpflichtet ist, die in Rede stehende Entscheidung, ohne die Belange Dritter zu verletzen, zurückzunehmen.<sup>36</sup>

### C. Problemaufriss

„*Köbler*“ trifft eindeutige Aussagen zu der bisher kontrovers diskutierten<sup>37</sup> Frage nach den Hürden der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen Unionsrechtsverstößen nationaler Gerichte<sup>38</sup>: Eine „schlicht“ materiell unionsrechtswidrige Entscheidung löst die Haftung noch nicht aus. Darüber hinaus muss der judikative Verstoß gegen materielles Unionsrecht in bestimmter Weise qualifiziert sein. Die diesbezügliche Konkretisierung durch den *Gerichtshof* lässt erkennen, dass nicht nur vorsätzliches Handeln, sondern auch Handeln, das im deutschen Recht mit dem Begriff der groben Fahrlässigkeit charakterisiert würde, haftungsbegründend ist. Überdies muss nach dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* in die Beantwortung der Frage der „hinreichenden Qualifikation“ des Unionsrechtsverstößes der verfahrensrechtliche Aspekt der Verpflichtung eines letztinstanzlichen Gerichtes zur Vorlage an den *Gerichtshof* aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV Eingang finden.

---

<sup>36</sup> *EuGH*, Rs. C-453-00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, aaO., S. 837 ff (869 Rn. 27).

<sup>37</sup> Siehe hierzu oben S. 4 f.

<sup>38</sup> Unklarheiten hinsichtlich des durch den *Gerichtshof* statuierten Haftungsmaßstabs erkennt, soweit ersichtlich, alleine noch *Obwexer, W.* (ders., in: *EuZW* 2003, S. 726 ff (727)).

## 1. Fragestellungen anlässlich der Urteile in den Rechtssachen *Köbler* und *Kühne & Heitz*

„*Köbler*“ schafft allerdings nicht nur Klarheit. Zugleich wirft die Entscheidung, insbesondere ihre Koexistenz mit „*Kühne & Heitz*“, eine Vielzahl von Fragen auf, denen im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nachgegangen werden soll.

### a. Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht ?

Der *Gerichtshof* leitet in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* die Staatshaftung wegen Unionsrechtsverletzungen letztinstanzlich entscheidender nationaler Gerichte aus dem Unionsrecht – das eine solche Haftung explizit nicht regelt – ab.

Fraglich ist, ob dies in schlüssiger Weise geschehen ist.

Anlass, dem auf den Grund zu gehen, gibt der Umstand, dass der *Gerichtshof* anlässlich „*Köblers*“ einmal mehr zum „Prügelknaben“<sup>39</sup> wird: So begegnet man insbesondere bei *Haltern* unter dem Stichwort „dogmatische Bemerkungen“ dem Vorwurf, dass das Urteil in der Rechtssache *Köbler* auf „tönernen Füßen“ stehe und ein „mutiges Unternehmen“ des *Gerichtshofes* darstelle<sup>40</sup>. Derlei

---

<sup>39</sup> Vgl. den Titel des Gastbeitrages von *Fastenrath*, U. („Prügelknabe *EuGH*“) in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 04. Juni 2009, S. 8.

<sup>40</sup> *Haltern*, U., *Europarecht*, 2. Auflage 2007, S. 422 (Rn. 881); s.a. *ders.*, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 311 ff (320).

Aussagen werden zwar „im gleichen Atemzug“ wieder relativiert<sup>41</sup>. Letztlich kristallisiert sich allerdings doch der durchaus kritische Standpunkt heraus, dass die Anerkennung der Staatshaftung durch den *Gerichtshof* auf einer „keineswegs zwingenden“ Ableitung aus dem Unionsrecht basiere<sup>42</sup>. Auch andernorts wird an dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* deutlich Kritik geübt.<sup>43</sup>

*Haltern* begründet seine These im Kern damit, dass die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts formuliert werde, der sich aus einer Anerkennung einer Haftung für Höchstgerichte in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten speise. In Wirklichkeit sei allerdings der Grundsatz der Staatshaftung für Höchstgerichte in der *Union* sehr heterogen. Die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten seien gar nicht dazu geeignet, aus ihnen einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts herauszudestillieren<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> *Haltern, U.*, aaO., S. 426 (Rn. 888): Die dogmatischen Erwägungen der *Generalanwälte* und des *Gerichtshofes* seien „nicht unvertretbar“, es handle sich nicht um „schlechte“ Urteile.

<sup>42</sup> *Haltern, U.*, ebd..

<sup>43</sup> Siehe etwa *Schulze, G.*, in: ZEuP 2004, S. 1049 ff (1053): „Die Rechtsprechung sieht sich (...) dem bislang nicht überzeugend ausgeräumten Vorwurf der Kompetenzüberschreitung ausgesetzt.“ und *ders.*, aaO., S. 1049 ff (1067): „Allein die ungesicherte eigene Kompetenz zum Aufbau des Regimes der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung bleibt die kompromittierend wirkende Schwachstelle dieser Rechtsprechung des *Gerichtshofes*.“ Vgl. auch *Ruffert, M.*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsgb.), EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 288 Rn. 52, der die Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* deshalb kritisiert, weil „Sachargumente gegen eine Haftung für judikatives Unrecht mit einer gewissen Schroffheit zurückgewiesen“ würden.

<sup>44</sup> *Haltern, U.*, *Europarecht*, 2. Auflage 2007, S. 422 (Rn. 881): „Wie auch an anderer Stelle betreiben die Generalanwälte und der *Europäische Gerichtshof* die Rechtsvergleichung mit einem schnellen Seitenblick und zeichnen die Ergebnisse mit grobem Pinsel auf. Tatsächlich ist der Grundsatz der Staatshaftung für Höchstgerichte sehr heterogen. In manchen Staaten gibt es ihn gar nicht, in anderen ist er auf extreme Ausnahmefälle wie etwa Rechtsbeugung bezogen [mit Verweis auf *Wegener, B. W.*, in: EuR 2002, S. 785 ff (790 f)]. Aus einer solchermaßen beschränkten Haftung einen umfassenden Grundsatz der Staatshaftung für gemeinschaftsrechtswidrige höchstgerichtliche Urteile zu konstruieren ist für den *Europäischen Gerichtshof* zwar nicht ganz ungewöhnlich, bleibt aber ein mutiges Unternehmen.“

Diese Ausführungen führen zu der ersten Frage, der die Untersuchung nachgeht: Hat in der Rechtssache *Köbler* durch den *Gerichtshof* eine überzeugende Herleitung der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht stattgefunden oder nicht ?

**b. Anerkennung eines Rechtsschutzes gegen den Richter durch die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ?**

Zu der zweiten Frage, die die vorliegende Untersuchung aufgreift, führt uns die Diagnose *Storrs*, dass die durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* anerkannte unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts angeblich auf der (impliziten) Anerkennung eines Rechtsschutzes gegen den Richter auf der Ebene des Unionsrechts durch den *Gerichtshof* basiere<sup>45</sup>: Liegt „*Köbler*“ tatsächlich dieses – durchaus problematische<sup>46</sup> –

---

<sup>45</sup> *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (548): „Können auch Gerichte fehlerhaft untätig sein, ist es (...) folgerichtig, wenn der Bürger über den Weg der Staatshaftung *Rechtsschutz gegen den Richter* erreichen kann.“ (Hervorhebungen durch den Verfasser) (mit Verweis in Fn. 40 auf die gegenteilige Auslegung des Artikels 19 Absatz 4 GG durch das *Bundesverfassungsgericht* (*BVerfG*, Az.: 2 BvR 21/60, Beschluss vom 05. Februar 1963, in: *BVerfGE* 15, S. 275 ff (280); *BVerfG*, Az.: 1 PBvU1/02, Beschluss vom 30. April 2003, in: *NJW* 2003, S. 1924 ff (1925)); vgl. in diese Richtung auch der das Urteil in der Rechtssache *Köbler* vorbereitende *Generalanwalt Léger*, der hinsichtlich der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ausführt, diese stelle „die notwendige Weiterführung des allgemeinen Grundsatzes eines wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes oder des „Rechts auf Gerichtszugang“ dar“ bzw. der Auffassung ist, es sei nicht ausreichend, „dass ein Einzelner das Recht hat, sich vor einem Höchstgericht auf das Gemeinschaftsrecht zu berufen, um wirksamen gerichtlichen Schutz der Rechte zu erlangen, die ihm nach der Gemeinschaftsrechtsordnung zustehen (...).“ (*ders.*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), in: *Slg.* 2003 I, S. 10244 ff (10254 Rn. 35 u. 37)).

<sup>46</sup> Vgl. insoweit etwa *Schenke, W.-R.*, in: *JZ* 2005, S. 116 ff (117): Ein verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtsschutz gegen den Richter implizierte einen unendlichen Rechtsschutz. Auf diese Weise könnte die wesentliche Funktion der Rechtsprechung, Rechtsfrieden und Rechtssicherheit herzustellen, nicht verwirklicht werden. Denn Entscheidungen der Gerichte

Rechtsinstitut zugrunde, das dem deutschen Recht fremd ist<sup>47</sup> und – jedenfalls bislang – auch dem europäischen Recht unbekannt war<sup>48</sup> ?

**c. Negierung der Letztinstanzlichkeit mitgliedstaatlicher Gerichte durch die Staatshaftung wegen judikativen Unrechts ?**

Die dritte Frage, die gleichermaßen an die Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung gerade auf letztinstanzliches judikatives Unrecht anknüpft, geht dahin, ob sich der *Gerichtshof* hiermit tatsächlich derart weit in die nationalen Rechtsräume bzw. in die hier vorgesehenen Instanzenwege und deren Abschlüsse hineinwagt, dass er die letztinstanzlichen Gerichte eines Mitgliedstaates in Fällen mit Bezügen zum Unionsrecht ihrer Letztinstanzlichkeit beraubt<sup>49</sup>.

---

könnten immer wieder unter Hinweis auf eine durch sie begründete Rechtsverletzung angegriffen werden und würden folglich nie rechtskräftig.

<sup>47</sup> Siehe insoweit die Nachweise unter Fn. 45.

<sup>48</sup> Grundlage der Rechtsschutzgarantie im Unionsrecht, die der *Gerichtshof* als allgemeinen Rechtsgrundsatz des Unionsrechts ansieht (*EuGH*, Rs. 294/83 („*Les Verts*“), Urteil vom 23. April 1986, in: Slg. 1986, S. 1339 ff (1365 Rn. 23); *EuGH*, Rs. 222/84 („*Johnston*“), Urteil vom 15. Mai 1986, in: Slg. 1986, S. 1651 ff (1682 Rn. 18); hierzu *Baumeister, P.*, in: *EuR* 2005, S. 1 ff (8 f)), stellt neben den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten auch Artikel 6 EMRK dar. Jedenfalls diese Norm wird allgemein dahingehend ausgelegt, dass diese – genauso wie auch Artikel 19 Absatz 4 GG – „nur“ einen Rechtsschutz *durch* den Richter, nicht jedoch *gegen* den Richter gewährt (siehe insoweit etwa *Meyer-Ladewig, J.*, in: *ders.* *EMRK*, 2. Auflage 2006, Art. 6 Rn. 28).

<sup>49</sup> Siehe insoweit *Storr, St.*: „Den letztinstanzlichen Gerichten wird ihre Letztinstanzlichkeit partiell abgesprochen.“ (*ders.*, in: *DÖV* 2004, S. 545 ff (553)).

**d. Ausgewogene Berücksichtigung der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* ?**

Fraglich ist überdies, ob mit der Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* – zulasten der Rechtskraft von Urteilen bzw. der Rechtssicherheit – ein zu hoher Preis für die Effektivität des Unionsrechts bezahlt wird<sup>50</sup>: Wird in diesem Judikat durch den *Gerichtshof* – der bisweilen im Verdacht steht, Unionsrecht um jeden Preis, insbesondere ohne jede Rücksichtnahme auf die Eigenheiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, durchsetzen zu wollen<sup>51</sup> – ausreichend die letztinstanzlichen Urteilen zukommende Rechtskraft berücksichtigt ?

**e. Anwendungsbereich der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ?**

Als sich an die „neue“ Staatshaftung knüpfende, nicht abschließend geklärte Frage muss gelten, bei Fehlurteilen welcher Gerichte genau eigentlich der durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* statuierte, im Unionsrecht wurzelnde Anspruch wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts entsteht.

Gebieten – wie dies bisweilen behauptet wird – nur Unionsrechtsverstöße von Entscheidungen im gerichtsverfassungsrechtlichen Sinne letztinstanzlicher

---

<sup>50</sup> Vgl. insoweit *Storr, St.*: Das „*Köbler*-Urteil“ „ist ein Instrument, um die mitgliedstaatlichen Gerichte zu disziplinieren und das europäische Gerichtssystem zu effektivieren. Der Preis ist freilich hoch, weil auf Kosten der Rechtssicherheit die Funktion der Rechtskraft geschwächt wird.“ (*ders.*, ebd.).

<sup>51</sup> Vgl. insoweit etwa *Gundel, J.*, der z.B. in der Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Ciola* (*EuGH*, Rs. C-224/97 („*Ciola*“), Urteil vom 29. April 1999, in: Slg. 1999 I, S. 2517 ff) eine „rigorose Durchsetzung“ des Unionsrechts durch den *Gerichtshof* zu Lasten des nationalen Prozessrechts erkennt (*ders.*, in: EWS 2004, S. 8 ff (14)) bzw. meint, dass von dem Institut der Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte „nicht mehr viel übrig bleibt“, weshalb er dieses Urteil als „Rückschritt“ empfindet (*ders.*, in: EuR 1999, S. 781 ff (786)).

Gerichte die unionsrechtliche Haftung eines Mitgliedstaates gegenüber dem Bürger<sup>52</sup> ?

Oder aber ist der Anwendungsbereich der Haftung weiter und kommt diese auch bei Fehlurteilen solcher unterinstanzlicher Gerichte zum Tragen, gegen deren Urteile in einem konkreten Fall, also in dem konkret schwebenden Verfahren und der konkreten Prozesssituation, ein Rechtsbehelf unter Berufung auf eine Verletzung von Unionsrecht nicht mehr eingelegt werden kann, mit anderen Worten also auch bei Unionsrechtsverletzungen im konkret-funktionalen Sinne letztinstanzlicher Gerichte ?<sup>53</sup>

**f. Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG als gegenüber der Staatshaftung vorrangiges Rechtsmittel ?**

Zu dem sechsten Fragenkomplex, dem die vorliegende Untersuchung nachgeht, führt uns die These *Gundels*, nach der die durch die Rechtssache *Köbler* anerkannte Haftung in der Rechtswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland letztlich kaum eine Rolle spielen wird.

Hierfür beruft sich *Gundel* maßgeblich auf die Möglichkeit zur Einlegung einer Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG bei

---

<sup>52</sup> So offensichtlich *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 890 f (S. 426 f) und (deutlich) *Tsikrikas, D.*, in: ZZPInt 9 (2004), S. 123 ff (134 mit Fn. 52); für die Rechtslage in Deutschland bedeutete dies, dass in öffentlichrechtlichen Konstellationen mit Bezügen zum Unionsrecht nur Entscheidungen des *Bundesverwaltungsgerichts*, des *Bundessozialgerichts*, des *Bundesfinanzhofs*, des *Bundesverfassungsgerichts* sowie der Verfassungsgerichte der Länder einen Staatshaftungsanspruch auslösen könnten.

<sup>53</sup> Hiermit ginge ein weiterer Anwendungsbereich der Staatshaftung nach „*Köbler*“ einher: Wiederum beschränkt auf öffentlichrechtliche Fallgestaltungen bedeutete eine konkret-funktionale Sichtweise für die Rechtslage in Deutschland, dass auch die Entscheidungen der *Oberverwaltungsgerichte* bzw. *Verwaltungsgerichtshöfe* sowie der *Landessozialgerichte* einen Staatshaftungsanspruch begründen könnten (hierzu *Pechstein, M.*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Auflage 2007, Rn. 832 ff (S. 443f) u. *Dörr, O./Lenz, Chr.*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 275 (S. 79)).

Verletzung der Vorlagepflicht aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV durch ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht: „Hat das *Bundesverfassungsgericht* die auf eine Verletzung von Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde unter Verneinung einer willkürlichen Entscheidung abgewiesen, so werden die ordentlichen Gerichte in einem anschließend noch folgenden Staatshaftungsprozess schwerlich einen offensichtlichen Verstoß der somit gebilligten Entscheidung gegen Gemeinschaftsrecht feststellen. Ist die Verfassungsbeschwerde dagegen unterblieben, so muss sich der Kläger den Nichtgebrauch schadensabwendender Rechtsmittel (§ 839 Absatz 3 BGB) entgegenhalten lassen.“<sup>54</sup>

Die mit Blick auf die These *Gundels* aufzuwerfende Frage lautet zunächst: Stellt die auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde ein gegenüber der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts vorrangiges Rechtsmittel dar oder nicht? Auf Basis dieser Untersuchung kann dann – so dies bejaht wird – der weiteren Frage nachgegangen werden, ob angesichts dessen die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in der Rechtswirklichkeit Deutschlands tatsächlich kaum einmal relevant werden wird.

**g. Verhältnis der Staatshaftung zu der durch die Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierten Durchbrechung der Bestandskraft von Verwaltungsakten?**

Die Koexistenz von „*Köbler*“ und „*Kühne & Heitz*“ wirft die in der Literatur bislang gänzlich unbeachtet gebliebene Frage auf, welchen genauen

---

<sup>54</sup> *Gundel, J.*, in: EWS 2004, S. 8 ff (15).

Verbindungslinien zwischen diesen beiden Entscheidungen des *Gerichtshofes* bestehen<sup>55</sup>.

Konkret stellt sich die Frage, ob und inwieweit sich die durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierte Möglichkeit des Bürgers zur Durchbrechung der Bestandskraft von Verwaltungsakten innerhalb der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts auswirkt: Ist diese Möglichkeit als schadensabwendender Rechtsbehelf im Rahmen des gegenüber der Staatshaftung nach „*Köbler*“ vorrangigen Primärrechtsschutzes zu beachten? Oder aber führt sie über die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung letztlich zur Verneinung des durch „*Köbler*“ im Rahmen des dritten Tatbestandsmerkmals vorausgesetzten Schadens?

#### **h. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht?**

Schlussendlich: Inwieweit sind die Vorgaben „*Köblers*“ hinsichtlich der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes mit dem in § 839 Absatz 2 BGB enthaltenen „Spruchrichterprivileg“ zu vereinbaren? Offenbart die Rechtsprechung des *Gerichtshofes* tatsächlich – einmal mehr<sup>56</sup> – einen

---

<sup>55</sup> In der Literatur werden diese beiden Judikate zwar häufig „in einem Atemzug“ genannt – ohne sich hierbei aber zu ihrer genauen Verbindung einzulassen (siehe insoweit etwa bei *Lindner, J. F.*, in: BayVBl. 2004, S. 590 ff (591 mit Fn. 5); *Ruffert, M.*, in: JZ 2004, S. 620 ff (621); *Gärditz, K. F.*, in: NWVBl. 2006, S. 441 ff (443); *Gundel, J.*, in: Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 191 ff (204)). Soweit ersichtlich, kommt einzig *Rennert, K.*, (*ders.*, in: DVBl. 2007, S. 400 ff (408)) zu dem – allerdings nicht eingehender begründeten – Ergebnis, dass die dem Bürger durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* gegebene Möglichkeit zu einem Ausschluss der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung in öffentlichrechtlichen Konstellationen führe, so dass sich letztlich ihr Anwendungsbereich auf zivilrechtliche Streitigkeiten beschränke.

<sup>56</sup> Besonders prominentes Beispiel für einen angeblichen Gegensatz zwischen nationalem und Unionsrecht stellt die Dogmatik des subjektiven Rechts dar. Ausgehend von der These, dass das Unionsrecht einklagbare Rechtspositionen nicht alleine um den Rechtsschutz des

Gegensatz zwischen (strengem) nationalem Recht und (weniger restriktiven) Unionsrecht ? Muss – konkret – § 839 Absatz 2 BGB in unionsrechtlich determinierten Fällen dem Vorrang des Unionsrechts deshalb weichen, weil Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht erkennbar wären<sup>57</sup> ? Folgt aus der Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* – wie dies teilweise vermutet wird – gar das Ende des deutschen Spruchrichterprivilegs<sup>58</sup> und hat der deutsche Gesetzgeber als Konsequenz aus dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* wirklich „die Daseinsberechtigung des Richterprivilegs entgegen den bisherigen Reformvorstellungen innerstaatlich kritisch zu überprüfen und legislativ die gebotenen Konsequenzen zu ziehen“<sup>59</sup> ?

Oder kann hier „Entwarnung“ gegeben werden, weil Unterschiede zwischen nationalen Recht und Unionsrecht bei genauerem Hinsehen im Grunde genommen nicht vorhanden sind ?

## **2. Die Bedeutung der aufgeworfenen Fragestellungen für die Anwendung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung in der Praxis**

Eine Vielzahl der vorstehenden Fragen, die die vorliegende Arbeit aufgreift, läuft – zumindest auf den ersten Blick – auf eine überwiegend theoretische

---

Unionsbürgers willen verleiht, sondern diese damit auch in den Dienst für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts nimmt, erkennt etwa *von Danwitz* „grundlegende Funktions- und Systemdivergenzen“ zwischen dem sich an der Schutznormtheorie orientierenden deutschen Recht und europäischem Recht, die „eine erhebliche Anpassungsnotwendigkeit“ bzw. „veritable Systemveränderung für die gesamte Struktur des bisherigen Verwaltungsrechts“ auslöse (*ders.*, in: DÖV 1996, S. 481 ff (484, 487 u. 489)).

<sup>57</sup> So *Gundel, J.*, in: EWS 2004, S. 8 ff (16).

<sup>58</sup> So der Titel des Beitrags von *Schlaeger, Chr.*, in: NJW 2004, Heft 1-2., S. XIV; s.a. den Titel des Aufsatzes von *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff: „Abschied vom Spruchrichterprivileg ?“

<sup>59</sup> *Danwitz, Th. von*, in: JZ 2003, S. 301 ff (302).

Untersuchung hinaus, die einen nur geringen Erkenntniswert für die Anwendung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung nach „*Köbler*“ durch Rechtsanwälte und Richter in der Praxis hervorbringt. So kann man sich etwa mit Fug und Recht die Frage stellen, aus welchem Grund problematisiert werden sollte, ob die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht abgeleitet werden kann oder nicht. Schließlich liegt insoweit ein dies bejahendes Urteil des *Gerichtshofes* vor. Inwieweit ist es von Interesse, ob diese Haftung auf der Anerkennung eines Rechtsschutzes gegen den Richter basiert? Angesichts solcher und ähnlicher Fragen gilt es, vor der Darstellung des Gangs der Untersuchung herauszuarbeiten, weswegen es sich – gerade auch mit Blick auf die Praxis – durchaus lohnt, den aufgeworfenen Problemen nachzugehen.

In der Rechtssache *Köbler* hat der *Gerichtshof* ausgeführt, dass – vorbehaltlich des Anspruchs auf Entschädigung, der bei Erfüllung dieser Voraussetzungen (s.o.) seine Grundlage unmittelbar im Unionsrecht hat – der Staat „die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben (hat), wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>60</sup>

Nach wie vor als nicht abschließend geklärt muss das Verhältnis zwischen unionsrechtlichem Staatshaftungsanspruch und den nationalen Haftungsgrundlagen gelten. Offen ist insbesondere die Frage, ob es sich bei der unionsrechtlichen Staatshaftung um einen unionsrechtlichen Anspruch *sui generis* handelt, der neben die Haftungstatbestände des nationalen Rechts tritt,

---

<sup>60</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10312 Rn. 58).

oder aber um unionsrechtliche Mindestvorgaben, so dass letztlich der Anspruch auf der Grundlage und im Rahmen des jeweiligen nationalen Haftungsrechts geltend zu machen ist, das diesen Vorgaben im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung oder gegebenenfalls des Anwendungsvorrangs anzupassen ist.<sup>61</sup> Gerade die vorstehend wiedergegebene Passage aus dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* lässt beide Interpretationsmöglichkeiten zu, wenn hier einerseits von einem unmittelbar im Unionsrecht wurzelnden Entschädigungsanspruch die Rede ist, der *Gerichtshof* allerdings zugleich – in Gestalt des Diskriminierungsverbots/Äquivalenzgebotes und des Effektivitätsgebotes – Vorgaben für die nationalen Haftungsvoraussetzungen statuiert.

Ohne weitere Begründung verfolgt der *Bundesgerichtshof* in seiner Rechtsprechung die erste Lösung<sup>62</sup>.

Demgegenüber erscheint trotz der Mehrdeutigkeit seiner Äußerungen das Verständnis der durch den *Gerichtshof* gemachten Vorgaben als Mindestvoraussetzungen vorzugswürdig<sup>63</sup>. Hierfür spricht vor allem, dass sich dieser im Rahmen der Vorabentscheidungen eingehend mit den haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmalen des nationalen Rechts auseinandersetzt und diese daraufhin überprüft, dass sie nicht ungünstiger sein dürfen als bei entsprechenden innerstaatlichen Ansprüchen sowie dass sie die Erlangung der Entschädigung nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen<sup>64</sup>. Ginge der *Gerichtshof* tatsächlich von einem unionsrechtlichen Anspruch *sui generis* aus, könnte er sich einfach auf den abschließenden Charakter der von ihm entwickelten Vorgaben zurückziehen.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, Band 5, 5. Auflage 2009, § 839 Rn. 103.

<sup>62</sup> *BGH*, Az.: III ZR 151/99, Urteil vom 14. Dezember 2000, in: *NVwZ* 2001, S. 465 ff (478).

<sup>63</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, Band 5, 5. Auflage 2009, § 839 Rn. 103 m.w.N. in Fn. 340.

<sup>64</sup> *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: *Slg.* 1996 I, S. 1029 ff (1153 Rn. 67).

<sup>65</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, Band 5, 5. Auflage 2009, § 839 Rn. 103 m.w.N. in Fn. 341.

Ausgehend von der Statuierung unionsrechtlicher Mindestvorgaben, die im Rahmen des nationalen Haftungsrechts – in Deutschland mithin im Rahmen von § 839 BGB i.V.m. Artikel 34 Satz 1 GG – geltend zu machen sind, dürfte zunächst unmittelbar erkennbar sein, dass sich z.B. ein Rechtsanwalt mit dem Auftrag zur Durchsetzung eines Staatshaftungsanspruchs wegen einer unionsrechtswidrigen Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts damit auseinandersetzen hat, ob die unionsrechtlichen Vorgaben an das nationale Haftungsrecht in Gestalt des Diskriminierungsverbots und des Effektivitätsgebots nur bei Fehlentscheidungen von letztinstanzlichen Gerichten im abstrakt-institutionellen Sinne zu beachten sind, oder aber durch das Unionsrecht eine Staatshaftung mit den besonderen, in „*Köbler*“ formulierten Voraussetzungen bereits bei Unionsrechtsverletzungen durch letztinstanzliche Gerichte im konkret-funktionalen Sinn geboten ist.

Er wird auch nicht der hier ebenfalls aufgeworfenen Frage der Vereinbarkeit von § 839 Absatz 2 BGB mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Gestalt der „hinreichenden Qualifikation“ aus dem Weg gehen können: Erschwert das nationale Recht an dieser Stelle übermäßig die Erlangung der Entschädigung oder macht sie diese „praktisch unmöglich“, weswegen § 839 Absatz 2 BGB dem Vorrang des Unionsrechts zu weichen hat? Sind Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung erkennbar?

Auf das Problem, ob „*Köbler*“ tatsächlich eine auf die Verletzung von Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG Verfassungsbeschwerde „vorgeschaltet“ werden muss oder nicht, wird ein Rechtsanwender bei der Prüfung von § 839 Absatz 3 BGB – der als Haftungsbeschränkung auch in der Rechtssache *Köbler* zumindest implizit Anerkennung gefunden hat<sup>66</sup> – begegnen: Stellt eine auf Artikel 101

---

<sup>66</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 34); siehe insoweit bereits *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1157 Rn. 84): „Insbesondere

Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV eine gegenüber der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts vorrangiges Rechtsmittel im Sinne dieser Vorschrift dar oder nicht ?

Schlussendlich: Die Frage des Verhältnisses zwischen „*Köbler*“ und „*Kühne & Heitz*“ wird entweder bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals des „Schadens“ i.S.d. § 839 Absatz 1 BGB oder aber im Rahmen des § 839 Absatz 3 BGB auftauchen.

Wann und wo allerdings sollte die doch eher abstrakt anmutende, keinem Tatbestandsmerkmal unmittelbar zuzuordnende Frage nach der Möglichkeit der Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht heraus in der Praxis zum Tragen kommen ? Läuft man bei einer Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung nicht Gefahr, an einem akademischen Glasperlenspiel teilzunehmen ? Ist es insbesondere nicht so, dass sich die seit „*Francovich*“ – also nunmehr seit rund 21 Jahren – anerkannte unionsrechtlich gebotene Staatshaftung mittlerweile allseitiger Akzeptanz bei den Rechtsanwendern in den Mitgliedstaaten, insbesondere den Gerichten, sicher sein darf, „so dass weitere Überlegungen sich (...) erübrigen“<sup>67</sup> ?

Wird ein Richter, der eine auf das Urteil in der Rechtssache *Köbler* gestützte Klage zu bearbeiten hat, sich mit den Fragen beschäftigen, ob mit der durch

---

ist klarzustellen, dass das nationale Gericht bei der Bestimmung des ersatzfähigen Schadens prüfen kann, ob sich der Geschädigte in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht hat und ob er insbesondere rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht hat.“

<sup>67</sup> Siehe insoweit etwa *Bogdandy, A. von*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsgb.), EUV/EGV, Band II, Stand: Juli 2008, Art. 288 Rn. 128.

dieses Urteil anerkannten Haftung im Gegensatz zum deutschen Recht ein Rechtsschutz *gegen* den Richter verbunden ist, durch diese Haftung möglicherweise die letztinstanzlichen Gerichte ihrer Letztinstanzlichkeit beraubt werden und ob eine ausgewogene Abwägung zwischen Rechtssicherheit und Effektivität des Unionsrechts stattgefunden hat ? Weswegen sollte sich ein Rechtsanwalt mit diesen Fragen auseinandersetzen ?

Die Probleme mögen bei den Gerichten nicht zwangsläufig „auf der Tagesordnung stehen“. Nichtsdestotrotz werden sie hier aufgegriffen und untersucht, hat doch die Vergangenheit gezeigt, dass nationale Gerichte Entwicklungen auf der Ebene des Unionsrechts durchaus aufmerksam verfolgen und diese keineswegs immer als unumstößliche Dogmen hinnehmen. Im Gegenteil: Teilweise haben sie hinsichtlich ihnen nicht überzeugend erscheinender Urteile des *Gerichtshofes* „rebelliert“ und dem *Gerichtshof* sogar offen die Gefolgschaft verweigert. Dass gerade auch dem jüngsten, an Unionsunrecht mitgliedstaatlicher Gerichte anknüpfenden Staatshaftungsinstitut besondere Aufmerksamkeit zuteil wird, erscheint deswegen besonders nahe liegend, weil dieses schließlich sie *selbst* unmittelbar betrifft.

Sollte aber die durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* bejahte Möglichkeit der Konstruktion der Staatshaftung aus dem Unionsrecht heraus tatsächlich auf „tönernen Füßen“ stehen, dann kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass ein nationaler Richter bezüglich der Anwendung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts möglicherweise dem jüngst durch den ehemaligen *Bundespräsidenten Roman Herzog* in der Tagespresse getätigten Aufruf: „Stoppt den *Europäischen Gerichtshof*!“<sup>68</sup> folgt

---

<sup>68</sup> Siehe *Herzog, R.*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 08. September 2008, S. 8. Der frühere Präsident des *Bundesverfassungsgerichts* übt hier heftige Kritik an der „exzessiven Rechtsprechung“ des *Gerichtshofes*. *Herzog* beklagt, „dass der *Europäische Gerichtshof* zentrale Grundsätze der abendländischen richterlichen Rechtsauslegung bewusst oder systematisch ignoriert, Entscheidungen unsauber begründet, den Willen des Gesetzgebers

und eine auf dieses Urteil gestützte Klage abweist. Erinnert sei an dieser Stelle nur an die offene Ablehnung der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien durch den *Bundesfinanzhof* in dem Fall *Kloppenburg*<sup>69</sup>. Erwiese es sich als zutreffend, dass der *Gerichtshof* in dem ungleich brisanteren Bereich der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts gleichsam mit der Brechstange hantierte und eine Haftung der nationalen Gerichte in juristisch nur schwer nachvollziehbarer Weise unbedingt statuieren wollte<sup>70</sup>, dann könnte sich ein durch ein gemeinschaftsrechtswidriges Urteil belasteter Bürger durchaus einer nur zögerlichen, wenn nicht sogar ablehnenden Haltung eines mitgliedstaatlichen Gerichts gegenüber sehen.

Diese Möglichkeit muss als der erfolgreichen Durchsetzung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts anhaftendes Risiko einkalkuliert werden. Auf dieses Risiko müsste auch ein Rechtsanwalt einen durch ein unionsrechtswidriges Urteil belasteten Bürger im Vorfeld der klageweisen Geltendmachung eines hierauf gestützten Staatshaftungsanspruchs hinweisen. Damit entpuppt sich – entgegen dem ersten Eindruck – eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* eine überzeugende Ableitung aus dem Unionsrecht zugrunde liegt oder nicht, als keineswegs abstrakt-theoretisch, sondern unmittelbar praxisrelevant.

---

übergeht oder gar in sein Gegenteil verkehrt und Rechtsgrundsätze erfindet, die er dann bei späteren Entscheidungen wieder zugrundelegen kann.“

<sup>69</sup> *BFH*, Az.: VB 51/80, Beschluss vom 16. Juli 1981, in: *EuR* 1981, S. 442 ff („*Kloppenburg I*“) und *BFH*, Az.: VR 123/84, Urteil vom 25. April 1985, in: *EuR* 1985, S. 191 ff („*Kloppenburg II*“).

<sup>70</sup> Vgl. *Haltern, U.*, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 311 ff (321): Der *Gerichtshof* „zwingt die Dogmatik“.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich auch, weswegen es sich lohnt, den Fragen auf den Grund zu gehen, ob mit „*Köbler*“ ein Rechtsschutz *gegen* den Richter – entgegen der seit langem anerkannten<sup>71</sup> und wohlbegründeten<sup>72</sup> Rechtslage nicht nur in Deutschland, sondern auch auf Unionsebene<sup>73</sup> – verbunden ist, möglicherweise in die Instanzenzüge der nationalen Rechtsordnungen und deren Abschlüsse eingegriffen hat sowie zu Lasten der Rechtssicherheit Unionsrecht allzu rigoros durchgesetzt hat: Das alles sind Fragen, die bejahendenfalls die Akzeptanz der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung nach „*Köbler*“ bei den Gerichten in Frage stellen könnten, was ein durch ein unionsrechtswidriges Urteil belasteter Bürger, der über die Staatshaftung zu seinem Recht kommen möchte, unmittelbar zu spüren bekommen könnte.

Überdies: Die Untersuchung der Tragfähigkeit der Herleitung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht durch den *Gerichtshof* führt letztlich zu der Freilegung ihres dogmatischen Fundamentes, welches möglicherweise die Beantwortung konkreter, bei der Anwendung dieser Haftung auf einen konkreten Fall auftauchender Fragen erleichtern kann.

---

<sup>71</sup> Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 45.

<sup>72</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 46.

<sup>73</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 48.

## **2. Teil      Gang und Begrenzung der Untersuchung**

Die vorliegende Untersuchung gliedert sich in vier Hauptteile, denen die aufgeworfenen Fragen jeweils zugeordnet werden können. Reihenfolge und Gegenstände der Abschnitte orientieren sich an dem Aufbau der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache *Köbler*.

### **A. Untersuchung der Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht [3. Teil]**

Zuvorderst stellt der *Gerichtshof* in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* fest, dass der Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaates für Schäden, die dem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Unionsrecht entstehen, „aus dem Wesen des EG-Vertrags“ bzw. des AEUV folge<sup>74</sup>. Insbesondere behauptet er, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen

- Verletzung einer Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt dem Einzelnen Rechte zu verleihen,
- hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstößes

sowie

---

<sup>74</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10305 Rn. 30).

- unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem den geschädigten Personen entstandenen Schaden

durch ein nationales Gericht ein Anspruch auf Entschädigung entstehe, der seine Grundlage unmittelbar im Unionsrecht hat<sup>75</sup>.

Demgegenüber stellt vor allem *Halter* fest, dass diese These des *Gerichtshofes* auf „tönernen Füßen“ stehe bzw. die Dogmatik „gezwungen“ werde. Die Herleitung der Staatshaftung durch den *Gerichtshof* aus dem Unionsrecht heraus stelle ein „mutiges Unternehmen“ dar.

Dies legt es nahe, als Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung die Auseinandersetzung mit der Frage zu wählen, ob der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* eine überzeugende Herleitung der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht vorgenommen hat oder nicht.

Diese Untersuchung wird den dritten Teil der vorliegenden Arbeit beherrschen.

---

<sup>75</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10312 Rn. 58).

## **B. Untersuchung spezifischer, mit der Anknüpfung der Staatshaftung gerade an letztinstanzliches judikatives Unrecht verbundener Probleme [4. Teil]**

„Einige Regierungen, die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Erklärungen eingereicht haben, haben geltend gemacht, dass der Grundsatz der Haftung des Staates für Schäden, die dem Einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, nicht auf Entscheidungen eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts Anwendung finden können.“<sup>76</sup>

Der *Gerichtshof* teilt solche Bedenken nicht. Spezielle Probleme, die mit der Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung gerade auf letztinstanzliches judikatives Unrecht verbunden sind, sieht er – abgesehen von der durch die Staatshaftung berührten „Besonderheit der richterlichen Funktion“ sowie den „berechtigten Belangen der Rechtssicherheit“, denen er im Rahmen der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes Rechnung tragen will<sup>77</sup> – nicht.

Demgegenüber gehen Teile der Literatur und der das Urteil in der Rechtssache *Köbler* vorbereitende *Generalanwalt Léger* davon aus, die Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts „funktioniere“ nur über die Anerkennung eines – durchaus problematischen<sup>78</sup> – Rechtsschutzes *gegen den Richter*<sup>79</sup>. Ob dieses Problem tatsächlich mit der durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler*

<sup>76</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10307 Rn. 37).

<sup>77</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10311 Rn. 53).

<sup>78</sup> Siehe hierzu unter Fn. 46.

<sup>79</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 45.

anerkannten Haftung verbunden sind, wird im Rahmen des fünften Teils der vorliegenden Arbeit untersucht.

In diesem Zusammenhang wird auch dem Problem nachgegangen, ob die Staatshaftung gerade wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts tatsächlich nicht die Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile in Frage stellt – wie dies der *Gerichtshof* in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* behauptet<sup>80</sup> –, oder aber mit dieser Haftung letztlich ein (zu) hoher Preis für die Durchsetzung des Unionsrechts gezahlt wird, „weil auf Kosten der Rechtssicherheit die Funktion der Rechtskraft geschwächt wird.“<sup>81</sup>

Schlussendlich erfolgt in dem vierten Teil der Arbeit eine Untersuchung, ob der *Gerichtshof* wirklich, wie bisweilen behauptet, den letztinstanzlichen Gerichten eines Mitgliedstaates bei der Entscheidung unionsrechtlich determinierter Streitigkeiten durch die Statuierung der Staatshaftung partiell ihre Letztinstanzlichkeit abgesprochen hat<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10307 f Rn. 39): „Die Anerkennung des Grundsatzes der Staatshaftung für Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte stellt (...) die Rechtskraft einer solchen Entscheidung nicht in Frage. Ein Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates hat nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Verfahren, das zur rechtskräftigen Entscheidung geführt hat. Obsiegt nämlich der Kläger mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens, aber nicht zwangsläufig die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat. Jedenfalls verlangt der der Gemeinschaftsrechtsordnung innewohnende Grundsatz der Staatshaftung eine solche Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung.“

<sup>81</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 50.

<sup>82</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 49.

### **C. Untersuchung des Anwendungsbereichs der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts [5. Teil]**

Der *Gerichtshof* statuiert die aus dem Unionsrecht hergeleitete Staatshaftung nicht für Fehlentscheidungen sämtlicher Gerichte eines Mitgliedstaates. Vielmehr: Der unmittelbar im Unionsrecht wurzelnde Anspruch auf Entschädigung, der im Rahmen des nationalen Haftungsrechts unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbotes und Effektivitätsgebotes durchzusetzen ist, wird in der Rechtssache *Köbler* lediglich für einen solchen Unionsrechtsverstoß festgestellt, „der einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaats zuzurechnen ist.“<sup>83</sup>

Wie dargelegt, herrschen in der Literatur Unsicherheiten, ob insoweit eine abstrakt-institutionelle oder aber eine konkret-funktionelle Sichtweise angezeigt ist.

Die diesbezügliche Untersuchung erfolgt im fünften Teil der vorliegenden Arbeit.

---

<sup>83</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

#### **D. Untersuchung durch den Verweis des *Gerichtshofes* auf das nationale Haftungsrecht auftauchender Probleme [6. Teil]**

Der Staat hat „die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>84</sup>

Aus diesem Verweis des *Gerichtshofes* auf das nationale Recht – im deutschen Recht mithin auf § 839 BGB i.V.m. Artikel 34 Satz 1 GG – resultieren die Fragestellungen,

- ob die in § 839 Absatz 2 BGB vorgesehene Haftungsprivilegierung mit den Vorgaben des Unionsrechts, also mit dem „hinreichend qualifizierten“ Verstoß gegen Unionsrecht in seiner Konkretisierung durch „*Köbler*“, vereinbar ist,
- eine Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG wegen Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV als gegenüber der Staatshaftung vorrangiges Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB anzusehen ist

sowie

---

<sup>84</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10312 Rn. 58).

- ob die durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierte Möglichkeit des Bürgers zur Durchbrechung der Bestandskraft eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes (gleichfalls) als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB einzustufen ist oder aber über die Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung zu der Verneinung des durch § 839 Absatz 1 BGB vorausgesetzten Schadens führt.

Die Untersuchung dieser Fragestellungen erfolgt im siebten Teil der vorliegenden Arbeit.

### **E. Einschränkung der Untersuchung auf unionsrechtlich determinierte öffentlichrechtliche Konstellationen**

Der vorliegenden Untersuchung werden öffentlichrechtliche Streitigkeiten mit Unionsrechtsbezug zugrunde gelegt. Dies bedingt die Einbeziehung von „*Kühne & Heitz*“ in die Untersuchung, die bei unionsrechtlich determinierten zivilrechtlichen Streitigkeiten keine Relevanz gewinnen kann: In einer zivilrechtlichen Konstellation stehen sich Bürger und Bürger gegenüber. Hier existiert keine Verwaltungsbehörde, an die sich der Bürger unter Berufung auf das Urteil des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* nach Ergehen eines gemeinschaftsrechtswidrigen Urteils nochmals wenden könnte.

Innerhalb der den Untersuchungsgegenstand bildenden öffentlichrechtlichen Streitigkeiten mit Unionsrechtsbezug konzentriert sich die vorliegende Arbeit auf solche, in denen sich ein Bürger mit einem unionsrechtswidrigen, belastenden Verwaltungsakt einer nationalen Behörde konfrontiert sieht. Die Belastung kann für den Bürger hierbei darin bestehen, dass er entweder in

dessen Rechte eingreift, z.B. mittels eines unionsrechtswidrigen Gebührenbescheides, oder aber eine seitens des Bürgers von dem Staat begehrte Vergünstigung, durch die im Wege eines Verwaltungsaktes zu entscheiden ist, z.B. eine unmittelbar im Unionsrecht angelegte Subvention, ablehnt. Gegen dieses Unrecht setzt sich der Bürger unter Berufung auf ihn begünstigendes Unionsrecht vor den mitgliedstaatlichen Gerichten letztlich erfolglos zur Wehr, weswegen er sich nun neuerlich an die Gerichte, in Deutschland an das hierfür zuständige Landgericht, wendet und „sein Glück in der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts sucht“.

### **3. Teil Die Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht**

In der Rechtssache *Köbler* konstruiert der *Gerichtshof* aus dem Unionsrecht heraus eine Staatshaftung wegen Unionsrechtsverletzungen letztinstanzlich entscheidender Gerichte.

Der Begründungsweg sieht sich, wie dargelegt, Kritik ausgesetzt: „*Köbler*“ wird durch *Haltern* in die Nähe eines „juristisch nicht überzeugendes Urteil(s)“<sup>85</sup> gerückt. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass die mit dieser Entscheidung statuierte Haftung auf einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts gestützt werde, der sich aus einer angeblichen Anerkennung einer Haftung für Höchstgerichte in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten speise. In Wirklichkeit sei der Grundsatz der Staatshaftung für Höchstgerichte in der *Union* allerdings sehr heterogen.<sup>86</sup>

Die Kritik erfordert eine Untersuchung der Frage, ob in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* eine schlüssige Herleitung der Haftung aus dem Unionsrecht erfolgt ist oder nicht, die in einem ersten Schritt die einzelnen, durch den *Gerichtshof* angeführten Fundamente der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts freilegt.

Erwiese sich, dass die Haftung tatsächlich mit einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts begründet wird, müssten die Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten der *Union* daraufhin untersucht werden, ob diese in der Frage

---

<sup>85</sup> So *Haltern, U.*, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 311 ff (340).

<sup>86</sup> Siehe insoweit den Nachweis in Fn. 44.

der Haftung wegen fehlerhafter Gerichtsentscheidungen – wie durch *Haltern* behauptet, allerdings keineswegs näher begründet – tatsächlich derart heterogen sind, dass aus ihnen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts des Inhaltes, dass die Mitgliedstaaten für unionsrechtswidrige Entscheidungen ihrer letztinstanzlich entscheidenden Gerichte haften, nicht herausdestilliert werden kann, oder aber die nationalen Rechtsordnungen durchaus einen entsprechenden Grundsatz tragen würden.

Sollte sich entgegen *Haltern* zeigen, dass der *Gerichtshof* die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in ganz anderen Fundamenten als einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts verankert, kann die Schlüssigkeit des Begründungswegs in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* nur dadurch beantwortet werden, dass diese Grundlagen einzeln daraufhin „abgeklopft“ werden, ob aus ihnen die durch „*Köbler*“ anerkannte Staatshaftung abgeleitet werden kann oder nicht.

## A. Grundlagen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts in der Rechtssache *Köbler*

Der *Gerichtshof* stellt in seinen Entscheidungsgründen zu der Rechtssache *Köbler* für die Begründung der Anwendung des unionsrechtlichen Staatshaftungsgrundsatzes auch auf letztinstanzliches judikatives Unionsunrecht im Ausgangspunkt auf das „Wesen des EG-Vertrages“ bzw. auf das Wesen des AEUV ab<sup>87</sup>.

Sodann betont er – in offenkundiger Anlehnung an die Schlussanträge des *Generalanwaltes Léger*<sup>88</sup> – die entscheidende Rolle, die gerade die nationalen Gerichte beim Schutz der dem Einzelnen auf Grund unionsrechtlicher Bestimmungen verliehenen Rechte spielten.

Hieran knüpfen die zentralen Passagen des Urteils an, mit denen die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus dem Unionsrecht abgeleitet wird: Der *Gerichtshof* stellt entscheidend darauf ab, dass eine durch die Entscheidung eines letztinstanzlichen nationalen Gerichtes erfolgte Verletzung der Rechte des Unionsbürgers in aller Regel nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Aus diesem Grund dürfe dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen. Im Übrigen sei ein letztinstanzliches Gericht insbesondere deshalb nach Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag (heute Artikel 267 Absatz 3 AEUV) zur Vorlage verpflichtet, um die Verletzung dem Einzelnen zustehender Rechte zu verhindern.

---

<sup>87</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10305 Rn. 30).

<sup>88</sup> *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), in: Slg. 2003 I, S. 10244 ff (102559 ff Rn. 53 ff): „Die entscheidende Rolle der nationalen Gerichte bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts“.

Der Schutz der Rechte des Einzelnen verlange demnach zwingend, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist.<sup>89</sup>

Aus den Ausführungen des *Gerichtshofes* ergibt sich das erste Fundament der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts: Es handelt sich um die unionsrechtlich begründeten Rechte des Einzelnen bzw. um den den nationalen Gerichten insoweit obliegenden Schutz, der – so dieser nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung unmöglich geworden ist – nach Ansicht des *Gerichtshofes* eine Entschädigungspflicht eines Mitgliedstaates gegenüber dem Bürger bzw. einen hiermit korrespondierenden Anspruch des Bürgers gegen den Staat hervorbringe.

Die Rechte des Einzelnen kehren in den Voraussetzungen der Staatshaftung wegen judikativen Unionsunrechts wieder: Erste Voraussetzung dieser Haftung stellt die „Verletzung einer Rechtsnorm, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“ dar<sup>90</sup>. Sie nehmen damit eine zentrale Rolle in der Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht ein.

Unterstützend zu den Rechten des Einzelnen gesellt sich der Grundsatz des *effet utile*: (Auch) die volle Wirksamkeit der Bestimmungen des Unionsrechts – so der *Gerichtshof* in „*Köbler*“ – wäre beeinträchtigt, könnte der Einzelne unter bestimmten Voraussetzungen dann keine Entschädigung erlangen, wenn seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Unionsrecht verletzt werden, der einer

---

<sup>89</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 f Rn. 34 u. 36).

<sup>90</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10310 f Rn. 51 f).

Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts eines Mitgliedstaates zuzurechnen ist.<sup>91</sup>

Der in früheren Staatshaftungsjudikaten, etwa in den Rechtssachen *Francovich* und *Brasserie du pêcheur*, zusätzlich zu den Rechten des Einzelnen und dem *effet utile* zwecks Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht herangezogene Artikel 10 EG-Vertrag<sup>92</sup> (heute Artikel 4 Absatz 3 AEUV) kehrt in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* nicht wieder.

## **B. Keine Herleitung der Staatshaftung in der Rechtssache *Köbler* aus einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts**

Zur Begründung der Staatshaftung hat der *Gerichtshof* in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* weder maßgeblich rechtsvergleichende Überlegungen angestellt, noch die Ergebnisse mit nur grobem Pinsel aufgezeichnet<sup>93</sup>. Rechtsvergleichende Erwägungen des *Gerichtshofes* fanden in die Entscheidungsgründe durchaus Eingang. Dies jedoch erst dann<sup>94</sup> – und noch

---

<sup>91</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 33).

<sup>92</sup> *EuGH*, Rs. C-6/90 u. C-9/90 („*Francovich*“), Urteil vom 19. November 1991, in: Slg. 1991 I, S. 5357 ff (5414 Rn. 36); *EuGH*, Rs. C-46/93 u. C-48/93 („*Brasserie du pêcheur*“), Urteil vom 05. März 1996, in: Slg. 1996 I, S. 1029 ff (1146 Rn. 39); kritisch hierzu etwa *Eilmansberger, Th.*, in: ZÖR 52 (1997), S. 1 ff (10 ff) u. *Grzeszick, B.*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 510 m.w.N. in Fn. 77.

<sup>93</sup> Siehe insoweit oben Fn. 44.

<sup>94</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10310 Rn. 48).

nicht einmal mit dem Attribut des „allgemeinen Rechtsgrundsatzes“ versehen<sup>95</sup> – , als die Staathaftung wegen judikativen Unrechts – auf Basis des Grundsatzes des *effet utile* und der Rechte des Einzelnen – längst aus der Taufe gehoben war<sup>96</sup>.

Dies verkennt *Haltern*. Seine Kritik an dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* setzt bereits falsch an, weil sie die tragenden Erwägungen des *Gerichtshofes* missachtet. Sie kann – vorbehaltlich der Frage, ob die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten tatsächlich derart heterogen sind, dass sie nicht einen allgemeinen Grundsatz der Haftung eines Mitgliedstaates für letztinstanzliche Unionsrechtsverstöße tragen können – schon aus diesem Grund nicht überzeugen.

Zu einem zuverlässigen Urteil über die Tragfähigkeit der Herleitung der Staatshaftung in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* gelangt man letztlich nur dann, wenn die Rechte des Einzelnen bzw. die hierauf bezogene Verpflichtung der nationalen Gerichte zu ihrem Schutz im Falle der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung sowie der gleichermaßen durch den *Gerichtshof* herangezogene Grundsatz des *effet utile* daraufhin untersucht werden, ob aus ihnen eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zum Schadensersatz wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts abgeleitet werden kann oder nicht.

Erst dann, wenn dies nicht gelingen sollte, wird man sich der dogmatischen Kritik *Halterns* an dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* anschließen dürfen und

---

<sup>95</sup> Anders als im Rahmen der Schlussanträge des *Generalanwaltes Léger* (siehe insoweit Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), in: Slg. 2003 I, S. 10244 ff (10267 Rn. 85)). Dies muss auch *Haltern* (*ders.*, *Europarecht*, 2. Auflage 2007, S. 422 (Fn. 64)) konzedieren, der allerdings darauf hinweist, dass die Methodik des *Gerichtshofes* jedenfalls „in Richtung“ eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes weise.

<sup>96</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 f Rn. 36).

einen möglichen „Stopp des *Gerichtshofes*“<sup>97</sup> durch die nationalen Gerichte, soweit es um die unionsrechtliche Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts geht, einkalkulieren müssen.

### **C. Die Tauglichkeit des *effet utile* unionsrechtlicher Normen als Grundlage der Staatshaftung**

Eine Untersuchung der Tauglichkeit des durch den *Gerichtshof* herangezogenen *effet utile* unionsrechtlicher Normen als Grundlage der Staatshaftung muss bei dem genauen Inhalt dieses Grundsatzes ansetzen. Ausgehend hiervon ist zu überprüfen, ob dieser im Falle der Verletzung unionsrechtlicher Normen durch ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht tatsächlich *gerade* auf eine Entschädigungsverpflichtung des Staates gegenüber dem Bürger drängt, so wie dies die Urteilsbegründung des *Gerichtshofes* nahelegt.<sup>98</sup>

#### **1. Inhalt des Grundsatzes des *effet utile* unionsrechtlicher Normen**

Der ursprünglich dem Völkerrecht entstammende Auslegungsgrundsatz des *effet utile* wurde durch den *Gerichtshof* im unionsrechtlichen Kontext maßgeblich weiterentwickelt.

---

<sup>97</sup> Siehe insoweit den Nachweis oben unter Fn. 68.

<sup>98</sup> *EuGH*, Rs. C-224/0 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

Mittlerweile steht er für im Wesentlichen zwei Interpretationsmaximen. Gemeinsamer Nenner stellt die Funktionsfähigkeit der auszulegenden Unionsnorm dar. Auf der Grundlage des *effet utile* unionsrechtlicher Bestimmungen wurde zunächst eine Auslegung begründet, mit der eine gewisse *Mindestwirksamkeit* unionsrechtlicher Normen verfolgt wurde. In späteren Entscheidungen wurde das Konzept des *effet utile* dahingehend ausgedehnt, dass unter seiner Zuhilfenahme eine Auslegung unionsrechtlicher Normen im Interesse ihrer *größtmöglichen* Wirksamkeit vorgenommen wurde.

Der Grundsatz des *effet utile* wird nicht lediglich zur Auslegung semantisch unklarer Begriffe herangezogen. Vielmehr wurden unter seiner Zuhilfenahme etwa auch wesentliche Feststellungen zur Wirkung des Unionsrechts im innerstaatlichen Recht begründet.<sup>99</sup>

## **2. Fehlende Möglichkeit der Ableitung gerade einer Entschädigungsverpflichtung aus dem *effet utile* unionsrechtlicher Normen**

Hinsichtlich der vorliegend zentralen Frage der Möglichkeit der Herleitung der unionsrechtlichen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts aus dem Grundsatz des *effet utile* unionsrechtlicher Normen ist zwar zuzugestehen, dass die Verpflichtung eines Mitgliedstaates zur Entschädigung als Folge der Verletzung einer unionsrechtlichen Norm durch ein mitgliedstaatliches Gericht sicherlich einen Beitrag dazu leistet, nicht nur ihrem materiellen Gehalt Rechnung zu tragen, sondern auch die künftige Beachtung eben jener Normen durch den Mitgliedstaat – zwecks Vermeidung der Staatshaftung – zu verbessern. Insoweit

---

<sup>99</sup> Zum Ganzen *Eilmansberger, Th.*, in: ZÖR 52 (1997), S. 1 ff (14) m.w.N.

wird durch die Staatshaftung die volle Wirksamkeit der Unionsnormen – und damit letztlich ihr *effet utile* – durchaus gefördert.

Diese Verbindungslinie zwischen Schadensersatzverpflichtung und *effet utile* der Unionsrechtsnormen reicht für sich alleine allerdings noch nicht aus. Vielmehr wäre erforderlich, dass der Grundsatz des *effet utile* der Rechtsnormen des Unionsrechts – soll er überzeugend die unionsrechtliche Staatshaftung tragen können – unter Ausschluss anderer, gleichermaßen oder besser wirkender Sanktionen *gerade* auf die Rechtsfolge „Schadensersatz“ drängt.<sup>100</sup>

Die volle Wirksamkeit der durch die nationalen Gerichte zu beachtenden Rechtsnormen des Unionsrechts wird allerdings nicht nur im Wege der Anordnung eines Schadensersatzanspruchs gefördert.

Durchaus denkbar wären etwa auch strafrechtliche Sanktionen<sup>101</sup>. Möglicherweise halten solche Konsequenzen einen Richter sogar viel eher zu der Beachtung der Vorlagepflicht und der Vorgaben des materiellen Unionsrechts an als eine Schadensersatzverpflichtung – zumal dann, wenn diese den Richter gerade nicht persönlich trifft, sondern letztlich auf den Mitgliedstaat übergeleitet wird.

Vor allem würde der Grundsatz des *effet utile* auch das Erfordernis einer erweiterten Auslegung der Rechtsmittelvoraussetzungen sowie, soweit dies wie im Falle der Entscheidung eines Höchstgerichtes nicht möglich sein sollte, nach besonderen Rechtsbehelfen – denkbar wäre etwa eine außerordentliche Beschwerde an einen anderen Spruchkörper desselben Gerichtes oder eine Gegenvorstellung an den *iudex a quo*<sup>102</sup> – tragen. Die volle Wirksamkeit einer unionsrechtlichen Norm dürfte durch solche primären Rechtsbehelfe sogar umfangreicher gesichert sein als durch eine Schadensersatzverpflichtung.

---

<sup>100</sup> Vgl. zum Ganzen *Eilmansberger, Th.*, aaO., S. 1 ff (16).

<sup>101</sup> Vgl. hierzu *Eilmansberger, Th.*, aaO., S. 1 ff (17).

<sup>102</sup> Vgl. insoweit *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (551).

Nach alledem zeigt sich, dass sich der durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* statuierte Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der größtmöglichen Wirksamkeit unionsrechtlicher Normen nur als eine von mehreren gleichzeitig möglichen Reaktionen darstellt. Damit erweist sich dieser durch den *Gerichtshof* in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* bemühte Argumentationsansatz als nicht überzeugende Unterlegung der hier statuierten unionsrechtlichen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts.

#### **D. Die unionalen Rechte des Einzelnen als tragfähige Grundlage „Köblers“**

Kommt der Grundsatz des *effet utile* als tragfähige Grundlage der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts nicht in Betracht, kommt es maßgeblich auf die gleichermaßen durch den *Gerichtshof* herangezogenen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, an.

Der *Gerichtshof* macht mit dieser Frage in den Entscheidungsgründen ohne größere Umschweife „recht kurzen Prozess“. Die diesbezüglichen Passagen des Urteils nehmen vier Randziffern ein<sup>103</sup>.

Demgegenüber erscheint es angebracht, für den Beleg der – in dem Verhältnis zwischen nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit zweifelsohne eine bedeutende Zäsur darstellenden und hinsichtlich ihrer Akzeptanz letztlich auf

---

<sup>103</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 f Rn. 33 - 36); siehe hierzu auch oben unter A. (S. 41 f).

den *goodwill* gerade der nationalen Gerichte angewiesenen – These, dass aus den unionalen Rechten des Einzelnen ein Anspruch des einzelnen Bürgers gegen den Mitgliedstaat auf Schadensersatz wegen letztinstanzlicher Verletzung dieser Rechte resultieren können soll, ausführlicher vorzugehen.

Im Ausgangspunkt muss allerdings zunächst – findet in die Entscheidungsgründe der Rechtssache *Köbler* nicht nur die Verpflichtung nationaler Gerichte zum Schutz der materiellen Unionsrechte<sup>104</sup>, sondern auch die Verpflichtung eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichtes zur Vorlage an den *Gerichtshof* aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV Eingang<sup>105</sup> – der nicht auf den ersten Blick erkennbare genaue Anknüpfungspunkt der Argumentation des *Gerichtshofes* bei der Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung aus den unionalen Rechten herausgearbeitet werden.

Steht der genaue Argumentationsweg des *Gerichtshofes* fest, können die im Einzelnen weiter erforderlichen Untersuchungsschritte festgelegt werden.

## **1. Der Anknüpfungspunkt des *Gerichtshofes* bei der Herleitung der Staatshaftung aus den unionalen Rechten des Einzelnen**

Der *Gerichtshof* spricht in den zentralen Passagen seines Urteils in der Rechtssache *Köbler*, in denen er die Staatshaftung aus dem Unionsrecht herleitet, von der entscheidenden Rolle, die die Judikative beim Schutz der dem Einzelnen aufgrund unionsrechtlicher Bestimmungen zustehenden Rechte spielt

---

<sup>104</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 34 f).

<sup>105</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 35) (*Anmerkung*: In der französischen und englischen Sprachfassung ist ausdrücklich die Rede von Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag).

und wendet diese sodann in eine Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts<sup>106</sup>.

Mit diesen Ausführungen nimmt der *Gerichtshof* erkennbar auf die Verpflichtung der nationalen Judikative zum Schutz der *materiellen* Unionsrechte des Bürgers Bezug.

In den der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten öffentlichrechtlichen Streitigkeiten anlässlich eines unionsrechtswidrigen, belastenden Verwaltungsaktes einer nationalen Behörde obliegt es den mitgliedstaatlichen Gerichten gegenüber dem klagenden Bürger konkret, durch den Inhalt ihrer Entscheidungen die Einhaltung der materiellen unionalen Rechte des Bürgers gegenüber der rechtsverletzenden vollziehenden Gewalt zu sichern<sup>107</sup>.

Die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts wird durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* im Kern als Reaktion auf eine Unmöglichkeit der Erfüllung dieser den nationalen Gerichten obliegenden Verpflichtung zum Schutz materieller Unionsrechte nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung konstruiert.

Zugleich hebt der *Gerichtshof* in engem Zusammenhang mit der Begründung der Staatshaftung unter Rückgriff auf die unionalen Rechte allerdings hervor, dass ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könne, insbesondere deshalb nach

---

<sup>106</sup> Siehe oben unter Fn. 89.

<sup>107</sup> Vgl. insoweit aus grundrechtlicher Perspektive *Höfling, W.*, in: *Sachs* (Hrsgb.), *Grundgesetz Kommentar*, 4. Auflage 2007, Art. 1 Rn. 105 u. *Rüfner, W.*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsgb.), *Handbuch des Staatsrechts V*, 1992, § 117 Rn. 30 (S. 537); siehe auch *Stern, K.*, in: *ders./Sachs, M.*, *Staatsrecht III/1*, 1. Auflage 1988, § 75 II 2 a) (S. 1445 f): Die Judikative ist hinsichtlich des Inhaltes der Entscheidung „nicht schon deshalb an Grundrechte gebunden, weil sie im Akt des Judizierens hoheitlich tätig wird. Vielmehr hängt die Bindungswirkung von dem Grad der Einwirkung der Grundrechte auf die zu beurteilenden Rechtsbeziehungen und die einschlägigen materiellrechtlichen Normen ab, die den Maßstab für das richterliche Judikat bilden.“

Artikel 267 Absatz 3 AEUV zur Anrufung des *Gerichtshofes* verpflichtet sei, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden – um sodann mit der Bemerkung zu schließen, dass „demnach“ der Schutz der Rechte des Einzelnen zwingend verlange, dass diesem das Recht zustehen muss, vor einem nationalen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, der auf die Verletzung seiner Rechte durch eine Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts zurückzuführen ist.

Bei genauerer Betrachtung der Entscheidung zeigt sich, dass der *Gerichtshof* mit dieser Urteils Passage entgegen dem ersten Eindruck keinen zweiten Begründungsstrang innerhalb der Herleitung der Haftung aus den unionalen Rechten des Einzelnen aufgemacht hat: Die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts wird in „*Köbler*“ nicht auf die materiellen Rechte und zudem auf Artikel 267 Absatz 3 AEUV gestützt.<sup>108</sup>

Zweifelhaft ist zunächst, ob der *Gerichtshof* überhaupt von dem Charakter des Artikels 267 Absatz 3 AEUV als Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Recht zu verleihen, ausgeht. Hiergegen spricht nicht nur der Subsumtionsvorgang in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler*<sup>109</sup>. Die zitierte Passage zu dem Sinn des Artikels 267 Absatz 3 AEUV lässt sich überdies so verstehen, dass die Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* dazu dient, – anderweitig – durch das Unionsrecht verliehene Recht zu schützen, Artikel 267 Absatz 3 AEUV selbst allerdings *kein* unionales Recht des Einzelnen darstellt.

---

<sup>108</sup> A.A. wohl *Storr, St.* (vgl. *ders.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (547 f)).

<sup>109</sup> Der *Gerichtshof* stellt bei der Anwendung der Voraussetzungen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts auf den konkreten vor dem vorlegenden Gericht spielenden Fall hinsichtlich des Verstoßes gegen eine Rechtsnorm, die dem Einzelnen Rechte verleiht, *alleine* auf die Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ab (*EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10324 Rn. 102 f)).

Abgesehen davon und vor allem mutet die Betonung der Verpflichtung eines letztinstanzlichen nationalen Gerichtes zur Beachtung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV in der Rechtssache *Köbler* bei einer Gesamtbetrachtung der Entscheidung eher als Vervollständigung oder Ergänzung („Im Übrigen“) des eingeschlagenen, an die materiellen Unionsrechte anknüpfenden Argumentationswegs an, denn als alternative Herleitung der Staatshaftung auch aus unonialem Verfahrensrecht.

Entweder kann die Passage als eingeschobene Erinnerung des *Gerichtshofes* an die letztinstanzlichen Gerichte, ihrer immer wieder Anlass zu Beanstandungen gebenden Verpflichtung zur Vorlage<sup>110</sup> nachzukommen, verstanden werden. Hierbei kann sich der *Gerichtshof* gerade im Zusammenhang mit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts einer erhöhten Aufmerksamkeit sicher sein, zeigt er den mitgliedstaatlichen Gerichten mit der Vorlage an den *Gerichtshof* doch einen sicheren Weg auf, um sich dieser unangenehmen Haftung entziehen zu können.

Noch näher dürfte liegen, dass der Einschub einer offenen Flanke geschuldet ist, die der an die materiellen Rechte anknüpfenden Argumentation des *Gerichtshofes* anhaftet: Die Argumentation mündet letztlich darin, dass der Bürger auch noch nach Ergehen eines rechtskräftigen Urteils eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts die Möglichkeit hat, „den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen“<sup>111</sup>. Das „beißt sich“, zumindest auf den ersten

---

<sup>110</sup> Siehe insoweit etwa *Timmermans, Chr.*, in: CMLRev. 41 (2004), S. 393 ff (399), der im Anschluss an eine Bewertung des Vorabentscheidungsverfahrens als großen Erfolg als Wermutstropfen beklagt: „The situation is certainly not perfect. Too little is known of cases where Community law has not been applied where it should have been applied. Preliminary questions have not been raised where they should have been raised. Supremacy of Community law has only been accepted by some of the highest national Courts subject to important conditions. And of those highest Courts, some have never used the preliminary procedure or have even explicitly denied being in a position to do so.“; siehe insoweit auch *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (547) m.w.N. in Fn. 28.

<sup>111</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10306 Rn. 34): „Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gerichtes erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht

Blick: Denn Letztinstanzlichkeit bedeutet die – auch durch den *Gerichtshof* – zu akzeptierende Entscheidung einer nationalen Prozessrechtsordnung, dass im nachvollziehbaren Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit irgendwann einmal „Schluss ist“. Weswegen sollte der Bürger auch noch nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung die Möglichkeit des gerichtlichen Schutzes seiner unionsrechtlich begründeten Rechte erhalten? Wird hierdurch – wie auch in der Literatur bereits thematisiert – den letztinstanzlichen Gerichten nicht partiell, nämlich in unionsrechtlich determinierten Streitigkeiten, durch den *Gerichtshof* ihre Letztinstanzlichkeit abgesprochen<sup>112</sup>?

Der *Gerichtshof* dürfte diese seiner Argumentation anhaftende Problematik gesehen haben und ihr im Wege des Hinweises begegnet sein, dass „im Übrigen“ ein letztinstanzliches Gericht „deshalb nach Artikel 234 EG-Vertrag [heute Artikel 267 AEUV] zur Anrufung des *Gerichtshofes* verpflichtet (ist), um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden.“

Die Passage verdeutlicht, dass die letztinstanzlichen Gerichte eben gerade nicht letztverbindlich und abschließend entscheiden dürfen, sondern diese Aufgabe in unionsrechtlich determinierten Streitigkeiten, insbesondere auch soweit es um den Schutz der unionalen Rechte des Bürgers geht, *alleine* dem *Gerichtshof* vorbehalten ist.

Ob hierdurch tatsächlich Befürchtungen, dass durch die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in die Instanzenzüge der nationalen Rechtsordnungen eingegriffen wird, vollends der Boden entzogen wird, muss einer Untersuchung vorbehalten bleiben, wie eine letztinstanzliche Verletzung von Unionsrecht genau beschaffen ist,

---

werden kann, darf dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, »um auf diesen Weg den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen«.

<sup>112</sup> Vgl. insoweit *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (553).

insbesondere, ob diese immer auch durch eine Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV charakterisiert wird. Diese Untersuchung wird im nachfolgenden Teil der Arbeit erfolgen.

An dieser Stelle bleibt festzuhalten, dass dem Hinweis des *Gerichtshofes* im Rahmen der Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht auf Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. dem heutigen Artikel 267 Absatz 3 AEUV – nicht – die Funktion zukommt, hiermit die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts selbständig zu begründen.

## **2. Die sich an die Begründung der Staatshaftung mit den materiellen Rechten knüpfenden Untersuchungsschritte**

Wird die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in der Rechtssache *Köbler* nach alledem auf die materiellen Rechte des Unionsrechts bzw. als Reaktion auf die Unmöglichkeit der Erfüllung des den mitgliedstaatlichen Gerichten obliegenden Schutzes der materiellen Unionsrechte des Bürgers gestützt, gilt es nachstehend zunächst den grundlegenden Voraussetzungen nachzugehen, unter denen aus der Verletzung der materiellen Unionsrechte Reaktionsansprüche des Bürgers gegen den Mitgliedstaat folgen. Sodann ist zu überprüfen, ob die materiellen Unionsrechte diesen Voraussetzungen gerecht werden oder nicht.

In diesem Fall – der Tauglichkeit der materiellen Rechte, im Falle ihrer Verletzung Reaktionsansprüche hervorzubringen – erschiene es möglich, in den der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten Konstellationen aus der den nationalen Gerichten obliegenden Verpflichtung zum Schutz der materiellen Unionsrechte des Bürgers im Falle ihrer Unmöglichkeit einen Schadensersatzanspruch desselben gegen den Staat, wie er durch die

Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* Anerkennung gefunden hat, abzuleiten: Würden aus der der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten verwaltungsbehördlichen Verletzung der unionalen Rechte des Bürgers durch Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes Reaktionsansprüche erwachsen, würden diese Ansprüche zwangsläufig die den nationalen Gerichten obliegende Pflicht zum Schutz der materiellen Rechte des Bürgers prägen. In diesem Fall könnte aus der Unmöglichkeit der Erfüllung dieser Pflicht als sekundäre Kompensation, ähnlich wie es vom Zivilrecht her bekannt ist (§ 283 Satz 1 BGB), ein Schadensersatzanspruch des Bürgers gegen den Staat abgeleitet werden.

### **3. Voraussetzungen für die Ableitung eines Reaktionsanspruchs des Bürgers aus den materiellen Unionsrechten**

Um aus den materiellen, unionsrechtlich begründeten Rechten des Bürgers im Falle ihrer Verletzung Reaktionsansprüche gegen den Mitgliedstaat ableiten zu können, müssten diese Rechtspositionen bestimmten Anforderungen inhaltlicher Art genügen.

Erforderlich wäre neben ihrem materiellen vor allem – entsprechend dem Ansatz der deutschen Schutznormtheorie<sup>113</sup> – ein privatbezogener Gehalt der

---

<sup>113</sup> In Deutschland nimmt die herrschende, in der Rechtsprechung nahezu unangefochten geltende Schutznormtheorie ein subjektives öffentliches Recht an, wenn eine Rechtsnorm einem anderen eine Pflicht auferlegt, diese Pflicht zumindest auch der Befriedigung von Individualinteressen und nicht ausschließlich der Verwirklichung von öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt ist und dem Begünstigten die Rechtsmacht eingeräumt ist, die geschützten Interessen gegenüber dem Verpflichteten durchzusetzen. Entscheidend ist, ob die Regelung den Interessen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist, mit anderen Worten den

Rechtspositionen: Sollen subjektiv-öffentliche Rechte des Bürgers im Falle ihrer Verletzung *aus sich heraus* Reaktionsansprüche bereitstellen können, stellt unverzichtbare Grundvoraussetzung hierfür dar, dass dies aus den gerichtlich zu schützenden Individualrechten des Bürgers *selbst* nachvollzogen werden kann<sup>114</sup>. Hierzu muss der Inhalt, die Substanz der zu schützenden Rechtsstellung neben einem materiellen – im Gegensatz zu einem rein verfahrensrechtlichen – Inhalt insbesondere einen hieran anknüpfenden privatbezogenen Gehalt der Position des Bürgers – wie etwa einen konkreten leistungsrechtlichen Anspruch, z.B. auf eine Subvention, oder aber zumindest das Recht des Bürgers gegenüber dem Staat, in bestimmten Interessen nicht beeinträchtigt oder beschädigt zu werden – aufweisen: Ein leistungsrechtlicher Anspruch des Bürgers gegen den Staat bleibt im Falle seiner Nichterfüllung als solcher erhalten, ein rechtlich geschütztes Interesse des Bürgers gegen den Staat *selbst* drängt im Falle seiner staatlich zurechenbaren Verletzung auf Kompensation und einen hiermit korrespondierenden Anspruch des Bürgers gegen den Staat.

Nicht ausreichend wäre demgegenüber, wenn das durch die nationale Judikative zu schützende Recht des Einzelnen<sup>115</sup> lediglich eine prozessual bedeutsame Figur darstellte. Insbesondere wäre für die Herleitung der Staatshaftung aus dem Unionsrecht heraus unzureichend, wenn es sich bei dem unionalen Recht nur um eine solche Norm handelte, die – abgesehen von den Erfordernissen inhaltlicher Unbedingtheit und hinreichender Genauigkeit – eine bisweilen diagnostizierte „spezifische Voraussetzungslosigkeit“<sup>116</sup> aufweist und auf die sich ein vor den nationalen Gerichten klagender Bürger berufen kann, sofern nur ein Interesse

---

Schutz des Einzelnen bezweckt (zum Ganzen: *Ehlers D.*, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 49 m.w.N.)

<sup>114</sup> Hierzu und zum Folgenden *Eilmansberger, Th.*, Rechtsfolgen und subjektives Recht, 1997, S. 67 u. 201 f u. *ders.*, in: ZÖR 52 (1997), S. 1 ff (19 u. 47 f); vgl. auch *Grzeszick, B.*, Rechte und Ansprüche, 2002, S. 515.

<sup>115</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 f Rn. 36).

<sup>116</sup> *Danwitz, Th. von*, in: DÖV 1996, S. 481 ff (483).

wirtschaftlicher, ideeller oder sonstiger Art betroffen ist – also: die Einräumung eines Rechts zugunsten eines Einzelnen im Unionsrecht letztlich nicht, wie im deutschen Recht, einem individuellen, rechtlich geschützten Interesse geschuldet wäre, sondern vielmehr dem allgemeinen Interesse an der Effektivität des Unionsrechts und der Bürger als „Informant“ bzw. als „privater Staatsanwalt“ in erster Linie im Gemeininteresse der Durchsetzung vollzugsfähigen Unionsrechts klagen würde.

Sollten sich die unionsrechtlich begründeten Rechte des Einzelnen tatsächlich nur als Rechtsdurchsetzungsbefugnisse entpuppen, sähe sich die Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts Bedenken ausgesetzt. Derartige Befugnisse vermögen im Falle ihrer Verletzung Reaktionsansprüche *aus sich heraus* nicht zu entäußern. Ein auf den einzelnen Bürger bezogener und auf eine Verletzung in Form eines Anspruchs reagierender Gehalt fehlte.

Nach alledem kommt es darauf an, ob die maßgeblich durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* herangezogenen materiellen Rechte des Einzelnen privatbezogene Rechtsstellungen des Bürgers darstellen oder nicht. Dies gilt es nachstehend zu untersuchen.

#### **4. Der privatbezogene Gehalt der materiellen Unionsrechte des Bürgers**

Für die Beantwortung der Frage nach dem genauen Gehalt der materiellen Rechte im Unionsrecht ist im Ausgangspunkt zwischen direkt und indirekt verliehenen Rechtspositionen zu differenzieren<sup>117</sup>. Während die Annahme eines dem einzelnen Bürger zugute kommenden privatbezogenen Gehaltes hinsichtlich der Ersteren unproblematisch ist, stellt sich insbesondere bei den Letzteren die Frage, ob auch diese Rechtspositionen in der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* mit einem privatbezogenen Gehalt ausgestattet wurden, aus dem im Falle der hier vorausgesetzten Verletzung durch Erlass eines unionsrechtswidrigen belastenden Verwaltungsaktes Ansprüche des Bürgers erwachsen, an die für die hierauf Bezug nehmende Verpflichtung der nationalen Gerichte bzw. letztlich für eine Konstruktion der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus den materiellen Unionsrechten angeknüpft werden kann.

##### **a. Der direkt verliehenen materiellen Unionsrechten und den Grundfreiheiten sowie Grundrechten zukommende Gehalt**

Den direkt verliehenen materiellen Rechten liegen solche Bestimmungen des Unionsrechts zugrunde, die dem Einzelnen ausdrücklich und unmissverständlich bestimmte Rechte gegenüber dem Staat einräumen und insoweit unproblematisch einen privatbezogenen Gehalt aufweisen. Der *Gerichtshof* war an ihrer Entstehung nur insoweit beteiligt, als er durch die Feststellung ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit ihre Durchsetzbarkeit in nationalen Verfahren ermöglicht hat.

---

<sup>117</sup> Vgl. i.d.S. schon *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, in: Slg. 1963, S. 1 ff (24 f).

Solche Bestimmungen finden sich sowohl im Primärrecht als auch im Sekundärrecht.

Als Beispiel aus dem Primärrecht sei Artikel 45 Absatz 3 AEUV (ex-Artikel 39 Absatz 3 EG-Vertrag) genannt. Dieser gibt den Arbeitnehmern unter anderem „das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben“ sowie „das Recht, sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen“ (Artikel 45 Absatz 3 a.) und b.) AEUV [ex-Artikel 39 Absatz 3 a.) und b.) EG-Vertrag]).

Direkt verliehene Rechtspositionen gibt es auch im Sekundärrecht. Sie sind hier teilweise sogar bereits als fertige, gerichtlich durchsetzbare Leistungsansprüche ausgeformt. Solche in einer Verordnung enthaltenen Rechte des Bürgers beherrschten etwa die Streitigkeit in der Rechtssache *Kühne & Heitz*. Dort ging es um die Frage der genauen Höhe von Ausfuhrerstattungen, die Exporteure von Waren aus der *Union* in Drittländer auf der Grundlage der Verordnung über die gemeinsame Marktorganisation für Geflügelfleisch<sup>118</sup> von den Mitgliedstaaten verlangen können. Auch Ansprüche des Bürgers auf Subventionen können unmittelbar im sekundären Unionsrecht angelegt sein<sup>119</sup>.

Bei den direkt verliehenen materiellen Unionsrechten handelt es sich um inhaltlich substantiierte, privatbezogene Rechtsstellungen. In Zusammenhang mit diesem Typ Individualrecht bzw. mit einer hierauf bezogenen Verpflichtung eines nationalen Gerichtes zu seinem Schutz sieht sich die Konstruktion der Bereitstellung von Reaktionsansprüchen aus diesen selbst heraus zwecks Kompensation der Verletzung des rechtlich geschützten Interesses des Bürgers keinen Bedenken ausgesetzt<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2777/75 des Rates vom 29. Oktober 1975 (ABl. L 282, S. 77).

<sup>119</sup> Vgl. hierzu *Rengeling, H.-W.*, in: Jura 1979, S. 236 ff (239 f).

<sup>120</sup> Vgl. *Eilmansberger, Th.*, Rechtsfolgen und subjektives Recht, 1997, S. 70.

Gleiches gilt für die Grundfreiheiten des AEUV sowie die zu ihrer Durchführung ergangenen Sekundärnormen. Der Schutz des Marktbürgers gegenüber staatlichen Beschränkungen ist ihr wesentlicher normativer Zweck<sup>121</sup>. Hieraus lassen sich im Falle der Verletzung Reaktionsansprüche des Bürgers gegen den Staat ableiten<sup>122</sup>. Dies gilt gleichermaßen für die Grundrechte des Unionsrechts, soweit sie auf staatliches Handeln Anwendung finden.

#### **b. Der indirekt verliehenen materiellen Rechten des Unionsrechts zukommende Gehalt**

Komplizierter stellt sich die Situation bei den indirekt verliehenen Rechten des Bürgers dar. Während im Unionsrecht direkt verliehene Rechte des Einzelnen eher Seltenheitswert haben, stellen gerade diese den überwiegenden Teil der Unionsnormen dar. Will man also die Tragfähigkeit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts auf der Basis der materiellen Rechte des Einzelnen untersuchen, kommt man nicht umhin, auch dieses *gros* innerhalb des Unionsrechts einer genaueren Betrachtung auf ihren genauen – allerdings durchaus kontrovers beantworteten – Gehalt hin zu unterziehen.

Indirekt verliehene Rechte des Unionsrechts begnügen sich damit, mehr oder weniger konkrete Verhaltenspflichten zu normieren, ohne im Wortlaut auf mit diesen Pflichten allfällig korrespondierende subjektive Rechtsstellungen des Bürgers hinzuweisen – was den *Gerichtshof* jedoch nicht davon abgehalten hat,

---

<sup>121</sup> Dörr, O./Lenz, Chr., Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 432 (S. 127).

<sup>122</sup> Vgl. insoweit die Möglichkeit, aus den deutschen Grundrechten, als Eingriffsabwehrrechte, Reaktionsansprüche abzuleiten Maurer, H., Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 25 Rn. 9 (S. 648).

ihnen die Eignung als Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt dem Einzelnen Rechte zu verleihen, zuzusprechen<sup>123</sup>.

Als nicht abschließend geklärt muss nach wie vor gelten, unter welchen Voraussetzungen genau solche Normen als unoniale Rechte des Einzelnen angesehen werden können. Begründet liegt diese Unsicherheit darin, dass es diesbezüglich eindeutiger Aussagen des *Gerichtshofes* ermangelt<sup>124</sup>. Immerhin existieren aber Aussagen und Hinweise des *Gerichtshofes*, die mit Blick auf den genauen Gehalt der Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, der Interpretation zwar bedürftig, aber auch fähig sind<sup>125</sup>.

Mit der Interpretationsbedürftigkeit und -fähigkeit geht allerdings auch ein mannigfaltiges Meinungsbild einher.

#### **aa. Annahme „spezifischer Voraussetzungslosigkeit“ unonialer Rechte des Einzelnen**

Die Ansicht, nach der die unonialen Rechte des Einzelnen durch eine Voraussetzungslosigkeit – insbesondere *nicht* durch das Erfordernis einer Privatbezogenheit – charakterisiert und daher nicht im individuellen Interesse in Bewegung gesetzt werden, sieht sich vor allem durch das Urteil des

---

<sup>123</sup> *Eilmansberger, Th.*, Rechtsfolgen und subjektives Recht, 1997, S. 79; *Gellermann, H.-W.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 36 Rn. 14 (S. 667).

<sup>124</sup> Vgl. *Winter, G.*, in: *NVwZ* 1999, S. 467 ff (469); *Gellermann, M.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 36 Rn. 12 u. 17 (S. 666 ff); *Ehlers, D.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 48; *Stern, K.*, in: *Jus* 1998, S. 769 ff (770 f).

<sup>125</sup> *Gellermann, M.*, ebd.

*Gerichtshofes* in der Rechtssache *van Gend & Loos* sowie durch Urteile auf Vertragsverletzungsverfahren der *Kommission* gegen Deutschland wegen der fehlerhaften Umsetzung von Richtlinien zum Umweltschutz hin bestätigt.

In der Rechtssache *van Gend & Loos*<sup>126</sup> entschied der *Gerichtshof* grundsätzlich, dass „das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht (...) Rechte verleiht [, die vom nationalen Richter zu beachten sind.“]. *Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch aufgrund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Organen der Gemeinschaft auferlegt.*“<sup>127</sup> Konkret mit Blick auf den in diesem Verfahren im Mittelpunkt stehenden Artikel 12 EWG-Vertrag (heute Artikel 30 AEUV) entschied der *Gerichtshof*, „dass er unmittelbare Wirkungen erzeugt und individuelle Rechte begründet, welche die staatlichen Gerichte zu beachten haben.“<sup>128</sup>

Angesichts dieser Ausführungen – so etwa *Eilmansberger* – sei davon auszugehen, dass sich die Rechtsentstehung im Unionsrecht *lediglich* an der Eignung einer unionsrechtlichen Bestimmung zur unmittelbaren Wirkung – die ihrerseits wiederum nur von den Erfordernissen in Gestalt der „Vollständigkeit“ sowie der „rechtlichen Vollkommenheit“ der unionsrechtlichen Norm bzw. nur von ihrer Justiziabilität abhängt – orientiere. In „*van Gend & Loos*“ komme eine *direkte* Beziehung zwischen „unmittelbarer Wirkung“ und Begründung „individueller Rechte“ zum Ausdruck. Die unmittelbare Wirkung stelle nicht nur eine notwendige, sondern *hinreichende* Voraussetzung für die Eignung einer Norm zur Begründung von Individualrechten dar. So sei bezeichnenderweise immer noch kein Fall bekannt geworden, in dem der *Gerichtshof* die

---

<sup>126</sup> *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, in: Slg. 1963, S. 1 ff.

<sup>127</sup> *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, aaO., S. 1 ff (24 f) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>128</sup> *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, aaO., S. 1 ff (27).

unmittelbare Wirkung einer Norm bejaht, die Begründung von Individualrechten aber verneint hätte. Daraus lasse sich ableiten, dass die Voraussetzungen für das Entstehen von Rechten Einzelner im Unionsrecht mit den Voraussetzungen, die über die unmittelbare Wirkung einer Unionsnorm entscheiden, identisch seien<sup>129</sup>. *Eilmansberger* gelangt zu der These: „Weitere Voraussetzungen wie etwa der aus anderen Rechtsordnungen bekannte Norm- oder Schutzzweckgedanke (...) kommen hier nicht zum Tragen.“ „(...) es ist offenkundig, dass hier ein grundsätzlich anderes Konzept des subjektiven Rechts verfolgt wird als etwa in der BRD (...).“<sup>130</sup>

Genau in diese Richtung scheint auch der Zusatz in „*van Gend & Loos*“ zu drängen, nach der die „Wachsamkeit der an der Wahrung ihrer Rechte interessierten Einzelnen (...) eine wirksame Kontrolle dar(stellt), welche die durch die *Kommission* und die Mitgliedstaaten gemäß den Artikeln 169 und 170<sup>131</sup> ausgeübte Kontrolle ergänzt.“<sup>132</sup> Diese Passage wird teilweise als Hinweis auf die Verfolgung des französischen Modells durch den *Gerichtshof* gewertet, dessen Zweckrichtung – anders als in der Verfolgung rechtlich geschützter Individualinteressen – in der Überwachung der Gesetzmäßigkeit der

---

<sup>129</sup> Zum Ganzen *Eilmansberger, Th.*, Rechtsfolgen und subjektives Recht, 1997, S. 82 ff mit weiteren Hinweisen auf Rechtsprechung des *Gerichtshofes* in Fn. 262; vgl. in diese Richtung auch *Hufen, F.*, Verwaltungsprozessrecht, 7. Auflage 2008, § 14 Rn. 80 (S. 253 f) und *von Danwitz, Th. von*, in: DÖV 1996, S. 481 ff (482).

<sup>130</sup> *Eilmansberger, Th.*, aaO., S. 87; siehe i.d.S. auch deutlich *Halfmann, R.*, in: VerwArch 91 (2000), S. 74 ff (82 f): „Der Denkansatz der deutschen Schutznormlehre hat lediglich für den Bereich der außervertraglichen Haftung der *Gemeinschaft* im Rahmen des Artikels 215 Absatz 2 EG-Vertrag Eingang in die Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* gefunden. (...). Die (...) Gewährung der Einklagbarkeit von Normen des Gemeinschaftsrechts steht in einem deutlichen Kontrast zur Schutznormlehre deutscher Prägung.“ und *ders.*, aaO., S. 74 ff (95): „Der Ansatz des *Europäischen Gerichtshofes* steht (...) der deutschen Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, deren Kern die Sicherung ausschließlich privater Belange ist, gedanklich diametral entgegen.“

<sup>131</sup> Heute Artikel 258 und 259 AEUV.

<sup>132</sup> *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, in: Slg. 1963, S. 1 ff (26).

Verwaltung als primäre Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf Anstoß des Bürgers als „privater Staatsanwalt“ besteht<sup>133</sup>.

Neben „*van Gend & Loos*“ kommt, wie eingangs gesagt, insbesondere auch Urteilen des *Gerichtshofes* auf Vertragsverletzungsklagen der *Kommission* gegen Deutschland wegen mangelhafter Umsetzung von Richtlinien zum Umweltrecht<sup>134</sup> sowie zum öffentlichen Auftragswesen<sup>135</sup> erhebliche Beachtung in der Diskussion um die genaue Dogmatik der klagefähigen Rechte des Einzelnen aus dem Unionsrecht zu.

„Nach der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* erfordert die Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht nicht notwendig eine förmliche und wörtliche Übernahme ihrer Bestimmungen in eine ausdrückliche, besondere Gesetzesvorschrift; je nach dem Inhalt der Richtlinie kann hierzu ein allgemeiner rechtlicher Kontext genügen, wenn dieser tatsächlich die vollständige Anwendung der Richtlinie mit hinreichender Klarheit und Genauigkeit gewährleistet, um – soweit die Richtlinie Ansprüche des einzelnen begründen soll – die Begünstigten in die Lage zu versetzen, von allen ihren

---

<sup>133</sup> *Halfmann, R.*, in: *VerwArch* 91 (2000), S. 74 ff (83): Dem Kläger komme zur Durchsetzung des EG-Rechts die Funktion eines „*dénonciateur de l'abus*“ oder eines „*surveillant de l'administration*“ zu, der ähnlich wie in Frankreich die rechtliche Kontrolle in Gang setzen soll. „Das subjektive Recht im Sinne der Einklagbarkeit durch Einzelne ist demnach im gemeinschaftsrechtlichen Rechtssystem nicht Endzweck oder Beweggrund für sich, sondern hat in der Hauptsache eine *instrumentale* Bedeutung, indem es der „effektiveren“ Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts dienen soll.“ (Hervorhebungen im Original); vgl. auch *Remmert, B.*, in: *DV* 29 (1996), S. 465 ff (475 f mit Fn. 71 u. 485).

<sup>134</sup> *EuGH*, Rs. C-131/88 („*Grundwasserschutz*“), Urteil vom 28. Februar 1991, in: *Slg.* 1991 I, S. 825 ff; Rs. C-361/88 („*Schwefeldioxid*“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: *Slg.* 1991 I, S. 2567 ff; Rs. C-59/89 („*Blei*“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: *Slg.* 1991 I, S. 2607 ff; Rs. C-58/89 („*Trinkwasser*“), Urteil vom 17. Oktober 1991, in: *Slg.* 1991 I, S. 4983 ff; Rs. C-289/95 („*Süßwasser*“), Urteil vom 12. Dezember 1996, in: *Slg.* 1996 I, S. 6747 ff.

<sup>135</sup> *EuGH*, Rs. C-433/9 (Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland), Urteil vom 11. August 1995, in: *EuZW* 1995, S. 635 ff.

Rechten Kenntnis zu erlangen und diese gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen.<sup>136</sup>

In der Anwendung dieser Grundsätze auf die Umweltschutzrichtlinien, die den Gegenstand der Vertragsverletzungsverfahren bildeten, durch den *Gerichtshof*<sup>137</sup> erkennt etwa *von Danwitz*<sup>138</sup> eine „eindrucksvolle Bestätigung“ seiner These von der „spezifischen Voraussetzungslosigkeit für die Annahme der individualrechtlichen Durchsetzbarkeit objektiver Normen des Europarechts“<sup>139</sup>. Der *Gerichtshof* habe in seinen Urteilen eine gerichtliche Einklagbarkeit durch die Rechtsunterworfenen zur zentralen Voraussetzung für das Eingreifen eines unionsrechtlichen Rechtssatzvorbehaltes im nationalen Recht erhoben. Betrachte man sich das Anforderungsprofil an die Einklagbarkeit unionsrechtlicher Normen, dann würden diese der Vorstellung einer *eo ipso* gegebenen Durchsetzbarkeit objektiven Unionsrechts nahe kommen, sobald im Einzelfall ein Rechtsschutzinteresse vorhanden sei. Schließlich hätten das in den Erwägungsgründen und einzelnen Bestimmungen der Richtlinien angegebene

<sup>136</sup> Siehe insoweit nur *EuGH*, Rs. C-131/88 („*Grundwasserschutz*“), Urteil vom 28. Februar 1991, in: Slg. 1991 I, S. 825 ff (867 Rn. 6).

<sup>137</sup> Als maßgeblich wird etwa die Passage aus *EuGH*, Rs. C-361/88 („*Schwefeldioxid*“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: Slg. 1991 I, S. 2567 ff (2601 Rn. 16) erachtet: „In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass die in Artikel 2 der Richtlinie vorgesehene Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Grenzwerte vorzuschreiben, die während bestimmter Zeiträume und unter bestimmten Bedingungen nicht überschritten werden dürfen, „insbesondere zum Schutz der menschlichen Gesundheit“ geschaffen worden sind. Dies bedeutet, dass die Betroffenen in allen Fällen, in denen die Überschreitung der Grenzwerte die menschliche Gesundheit gefährden könnte, in der Lage sein müssen, sich auf zwingende Vorschriften zu berufen, um ihre Rechte geltend machen zu können. Im übrigen ist die Festlegung von Grenzwerten in einer Vorschrift, deren Verbindlichkeit unbestreitbar ist, auch deshalb geboten, damit all jene, deren Tätigkeiten Immissionen zur Folge haben können, genau wissen, welche Verpflichtungen sie haben.“; s.a. die Ausführungen in *EuGH*, Rs. C-131/88 („*Grundwasserschutz*“), Urteil vom 28. Februar 1991, in: Slg. 1991 I, S. 825 ff (868 Rn. 7): „Die in Rede stehende Richtlinie soll einen wirksamen Schutz des Grundwassers der *Gemeinschaft* sicherstellen, indem sie die Mitgliedstaaten durch genaue und detaillierte Vorschriften verpflichtet, eine zusammenhängende Regelung von Verboten, Genehmigungen und Überwachungsverfahren zu erlassen, um Ableitungen bestimmter Stoffe zu verhindern oder zu begrenzen. Die Vorschriften der Richtlinie sollen also Rechte und Pflichten des einzelnen begründen.“

<sup>138</sup> *Danwitz*, *Th. von*, in: DÖV 1996, S. 481 ff.

<sup>139</sup> *Danwitz* *Th. von*, aaO., S. 481 ff (483).

Ziel des Schutzes der menschlichen Gesundheit und sogar die Möglichkeit ungleicher Wettbewerbsbedingungen infolge unterschiedlicher Emissionsgrenzwerte ausgereicht, um die individuelle Einklagbarkeit dieser Richtlinien zu begründen<sup>140</sup>.

Hieraus sei schlusszufolgern, dass im Unionsrecht nicht die Fähigkeit des Einzelnen gefordert sei, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen<sup>141</sup>. Vielmehr ergebe sich aus dem Unionsrecht ein allgemeiner Normvollziehungsanspruch des Bürgers hinsichtlich unmittelbar anwendbarer Vorschriften, der auf dem prozessualen Institut der *invocabilité* beruhe<sup>142</sup>.

Als wesentlicher Gehalt unionsrechtlicher Bestimmungen mit Blick auf den einzelnen Bürger wird diesen konsequenterweise – lediglich – der formalprozessuale Gehalt in Form der „subjektiven Einklagbarkeit“ zugewiesen<sup>143</sup>.

## **bb. Zugrundelegung des Ansatzes der deutschen Schutznormtheorie auch im Unionsrecht**

Im Gegensatz zu der vorbeschriebenen Positionierung kann auf der Grundlage einer näheren Analyse der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* „Entwarnung“ gegeben werden. Auch der *Gerichtshof* fordert weder Interessentenklagen nach

---

<sup>140</sup> Danwitz, *Th. von*, aaO., S. 481 ff (483); vgl. auch Remmert, *B.*, in: DV 29 (1996), S. 465 ff (473 f).

<sup>141</sup> Mit Verweis auf Jellinek, *G.*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage 1919, S. 51.

<sup>142</sup> Vgl. Danwitz, *Th. von*, in: DÖV 1996, S. 481 ff (489).

<sup>143</sup> Danwitz *Th. von*, aaO., S. 481 ff (484). Angesichts dessen sieht *von Danwitz* „grundlegende Funktions- und Systemdivergenzen“ zwischen deutschem und europäischem Recht, die „eine erhebliche Anpassungsnotwendigkeit“ bzw. „veritable Systemveränderung für die gesamte Struktur des bisherigen Verwaltungsrechts“ auslöse (*ders.*, aaO., S. 481 ff (484, 487 u. 489)).

französischem Vorbild noch gar Popularklagen. Vielmehr differenziert auch er – so wie wir es von der deutschen Dogmatik her gewohnt sind – im Ausgangspunkt zwischen allgemein- und individualbezogenen Verwaltungspflichten, wobei er in seiner Rechtsprechung hinsichtlich klagefähiger Rechtspositionen des Einzelnen den auf Privatinteressen bezogenen Ansatz der Schutznormlehre zugrundelegt<sup>144</sup>: Eine Individualberechtigung ergibt sich auch im Unionsrecht nur dann, wenn die Unionsrechtsnorm wenigstens auch Interessen Einzelner dienen soll<sup>145</sup>.

Die durch die nationalen Gerichte zu schützenden Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, stellen sich damit also nicht nur als individuelle Befugnisse insoweit dar, als ihnen – bezogen auf den einzelnen Bürger – alleine der Gehalt zukommt, in einer Funktion als „Informant“ oder „privater Staatsanwalt“ lediglich im allgemeinen Interesse der Durchsetzung des Unionsrechts – und gerade nicht zur Verfolgung eigener privatbezogener, rechtlich geschützter Interessen – ein Klageverfahren vor den nationalen Gerichten anzustoßen. Damit bestehen zum einen zwischen der Rechtsschutzkonzeption des deutschen Rechts und des *Gerichtshofes* keine grundlegenden Unterschiede<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> *Triantafyllou, D.*, in: DÖV 1997, S. 192 ff (195 f): „auf prinzipieller Ebene ein Erfolg der deutschen Rechtsdogmatik“; s.a. *Stern, K.*, in: Jus 1998, S. 769 ff (771); *Schoch, F.*, in: NVwZ 1999, S. 457 ff (465); *ders.* in: *Schmidt-Aßmann* u.a. (Hrsgb.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 ff (518); *Ehlers, D.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 48; *ders.*, in: DVBl. 2004, S. 1441 ff (1445); *Dörr, O.*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 448; *ders./Lenz, Chr.*, Europäischer Verwaltungsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 431 (S. 127); *Ruthig, J.*, in: *Schenke/Seok* (Hrsgb.), Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea, 2006, S. 117 ff (129). Nach *Winter (ders.)*, in: NVwZ 1999, S. 467 ff (473) soll es entscheidend darauf ankommen, dass der Kläger (faktisch) in einem Interesse beeinträchtigt ist, „das (rechtlich) von der angerufenen Rechtsnorm geschützt wird.“ Der Unterschied zur Schutznormlehre ist kaum zu fassen (vgl. insoweit *Ehlers, D.*, aaO., S. 56 f mit Fn. 253).

<sup>145</sup> Deutlich *Dörr, O./Lenz, Chr.*, aaO., Rn. 431 (S. 127).

<sup>146</sup> *Ruthig, J.*, in: *Schenke/Seok* (Hrsgb.), Rechtsschutz gegen staatliche Hoheitsakte in Deutschland und Korea, 2006, S. 117 ff (129).

Vor allem aber – und dies ist für den vorliegenden Kontext die entscheidende Konsequenz – können aus solchermaßen konstituierten Rechtspositionen im Falle ihrer Verletzung Reaktionsansprüche des Bürgers gegen den Staat abgeleitet werden. Diese prägen in den der vorliegenden Untersuchung zugrundegelegten unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Konstellationen die den nationalen Gerichten obliegende Schutzverpflichtung, so dass diese im Falle der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung – entsprechend der Vorgehensweise des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* – letztlich in eine unionsrechtlich fundierte Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts gewendet werden kann. Hierbei kann dahinstehen, ob es im Unionsrecht um eine Schutznormlehre exakt im Sinne des deutschen Rechts oder aber um eine solche eigener Prägung geht<sup>147</sup> und auf welche Weise genau sich etwaige eigene Nuancierungen des Unionsrechts im Rahmen des § 42 Absatz 2 VwGO verarbeiten lassen<sup>148</sup>.

Entscheidend ist in dem vorliegenden Zusammenhang alleine, dass – wie sogleich gezeigt wird – auch auf Unionsebene Voraussetzung für die Annahme eines Rechts des Einzelnen der Schutz eines Individualinteresses des Bürgers ist, dessen Verletzung aus sich heraus eine Reaktion zu entäußern vermag.

Soweit sich die gegenteilige Ansicht auf das Urteil in der Rechtssache *van Gend & Loos* stützt, ist zuzugeben, dass die Verbindung zwischen unmittelbarer

---

<sup>147</sup> Bundesdeutsche Schutznormvorstellungen sind wohl nicht „exportfähig“ (*Schoch, F.*, in: NVwZ 1999, S. 457 ff (463)), was jedoch nicht bedeutet, dass im Vergleich zu den gewohnten „nationalen Bahnen“ andersartige Entwicklungen auf der europäischen Ebene gleich einen „Systembruch“ (vgl. insoweit soeben unter Fn. 143) bedeuten müssten. Die nationalen Schutznormvorstellungen erfahren vielmehr lediglich inhaltlich eine Ausweitung hinsichtlich der Schutzgegenstände und des erfassten Personenkreises (vgl. *Schoch, F.*, in: *Schmidt-Aßmann* u.a. (Hrsgb.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 ff (518) m.w.N. in Fn. 80). Es lässt sich daher von einer gemeinschaftsrechtlich bzw. unionsrechtlich aufgeladenen Schutznormlehre sprechen (vgl. *Dörr, O.*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 453).

<sup>148</sup> Hierzu *Gellermann, M.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 36 Rn. 23 ff (S. 671 ff).

Wirkung und Rechtsverleihung durch Unionsrecht kurz erscheint – ohne aber, dass der *Gerichtshof* mit einem Wort hätte erkennen lassen, dass es sich bei der inhaltlichen Unbedingtheit und der hinreichenden Genauigkeit als Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung tatsächlich um *hinreichende* Erfordernisse für die Entstehung von Rechten Einzelner im Unionsrecht handeln würde. Die als maßgeblich erachtete Formulierung des *Gerichtshofes* lässt durchaus Raum für über diese normstrukturellen Charakteristika hinausgehende Anforderungen an die Rechtsentstehung im Unionsrecht. Im Übrigen mag die Diagnose *Eilmansbergers*, dass (angeblich) immer noch kein Fall bekannt geworden sei, in dem der *Gerichtshof* die unmittelbare Wirkung einer Norm bejaht, die Begründung von Individualrechten aber verneint hätte, zutreffen. Aber auch das zwingt nicht zu der Annahme einer Rechtsentstehung *alleine* auf der Grundlage der inhaltlichen Unbedingtheit und hinreichenden Genauigkeit einer unionsrechtlichen Norm. Schlussendlich ist auch die Passage aus „*van Gend & Loos*“, nach der die Wachsamkeit des Einzelnen eine wirksame Kontrolle darstelle, die die durch die *Kommission* und die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 169 und 170 EG-Vertrag (heute Artikel 258 und 259 AEUV) ausgeübte Kontrolle ergänze, keineswegs derart eindeutig, wie dies bisweilen suggeriert wird. Vor allem legt sie nicht die Interpretation nahe, der *Gerichtshof* verstehe in Zuwendung zu einem Modell objektiven Rechtsschutzes die klagefähigen Rechte Einzelner nicht als mit einem privatbezogenem materiellem Gehalt ausgestattet: So kommt dieser Passage in der Gedankenführung hinsichtlich der Rechtsentstehung im Unionsrecht keine tragende Rolle zu. Der *Gerichtshof* sucht mit ihr vielmehr Gegenargumente zu widerlegen, die in dem Verfahren von der niederländischen und belgischen Regierung vorgebracht wurden. Im Übrigen bezieht sich die angesprochene Wachsamkeit auf die Rechte des Einzelnen. Damit sind die individuellen Unionsrechte Grundlage der Kontrolle. Nicht aber begründet der Wunsch nach umfassender Kontrolle der Einhaltung des Unionsrechts individuelle Rechte.<sup>149</sup>

---

<sup>149</sup> Zum Ganzen *Classen, C. D.*, in: *VerwArch* 88 (1997), S. 645 ff (650).

Nach alledem können die Ausführungen des *Gerichtshofes* in „*van Gend & Loos*“ nicht für den Beleg der These herangezogen werden, dass es sich bei den unionalen Rechten Einzelner nur um vollzugsfähige Rechtsnormen handle, deren Verletzung bei Berührung in einem gleichsam außerhalb der Norm stehenden Interesse lediglich zur Klage berechtigt.

Ganz im Gegenteil enthält die Judikatur des *Gerichtshofes* einige Anhaltspunkte dahingehend, dass der *Gerichtshof* hinsichtlich dieser Rechte ein „Mehr“ gegenüber ihrer inhaltlichen Unbedingtheit und hinreichenden Genauigkeit verlangt.

So hat der *Gerichtshof* zunächst in der Rechtssache *Großkrotzenburg*<sup>150</sup> in der Terminologie zwar nicht ganz klar, im Ton allerdings deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die unmittelbare Wirkung einer Richtlinie nichts mit der Frage zu tun hat, ob sich Einzelne gegenüber dem Staat auf unbedingte und hinreichend genaue Vorschriften einer nicht umgesetzten Richtlinie berufen können<sup>151</sup>. Beide Aspekte müssen also in dem Sinne getrennt voneinander betrachtet werden, als die Möglichkeit einzelner Bürger, normstrukturell hierzu geeignete Bestimmungen für sich in Anspruch zu nehmen, eine mögliche, nicht aber eine zwangsläufige Folge ihrer unmittelbaren Wirkung ist. Ein allgemeiner Vollziehungsanspruch unmittelbar geltenden Unionsrechts kann also – entgegen *von Danwitz* – der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* gerade nicht entnommen werden.

---

<sup>150</sup> *EuGH*, Rs. C-431/95 („*Großkrotzenburg*“), Urteil vom 11. August 1995, in: Slg. 1995 I, S. 2189 ff.

<sup>151</sup> *EuGH*, Rs. C-431/95 („*Großkrotzenburg*“), Urteil vom 11. August 1995, aaO., S. 2189 ff (2218).

Vielmehr ist die Entstehung individueller Rechte Einzelner im Unionsrecht von der Erfüllung weiterer Bedingungen abhängig.<sup>152</sup>

Gerade das häufig für die gegenteilige These herangezogene Urteil in der Rechtssache *van Gend & Loos* legt hinsichtlich der Frage, worin denn genau das „Mehr“ besteht, die Vermutung nahe, dass es sich hierbei um den Zweck der Unionsnorm handelt, zumindest auch Individualinteressen zu schützen. So verwies der *Gerichtshof* in „*van Gend & Loos*“ zur Begründung seiner These, dass die *Union* eine neue Rechtsordnung darstelle, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen seien, vor allem auf das Ziel des (damaligen) EWG-Vertrages, nämlich die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, das auch den Einzelnen unmittelbar betreffe. Zur Bestätigung zog der *Gerichtshof* weitere Gesichtspunkte heran: die Erwähnung der Völker der *Union* in der Präambel des (damaligen) EWG-Vertrages; die Möglichkeit der Organe der *Union*, unmittelbar für und gegen den Einzelnen geltendes Recht zu schaffen; die Mitwirkung der Bürger an den Institutionen der *Union* und schließlich das Vorabentscheidungsverfahren, das nur dann Sinn mache, wenn sich die Bürger vor den mitgliedstaatlichen Gerichten auf Gemeinschaftsrecht berufen könnten.<sup>153</sup>

Somit wird bei der Unterlegung der These des Bestehens unionaler Rechte des Einzelnen eine „integrationspolitische Prädeterminierung der Zuerkennung von subjektiven Rechten“<sup>154</sup> nicht erkennbar. Vielmehr wird durch den *Gerichtshof* darauf abgestellt, dass der Einzelne in dem Bezugsrahmen der *Europäischen Union* nicht lediglich Objekt unionsrechtlicher Handlungsstrategien ist – er wird also gerade nicht nur als „Guerilla“ im Gesamtinteresse der Bekämpfung von Vollzugsdefiziten des Unionsrechts

---

<sup>152</sup> Zum Ganzen *Gellermann, M.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 36 Rn. 17 (S. 668).

<sup>153</sup> *EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, in: *Slg.* 1963, S. 1 ff (24 f.).

<sup>154</sup> So *Danwitz, Th. von*, in: *DÖV* 1996, S. 481 ff (482).

angesehen<sup>155</sup> –, sondern der einzelne Bürger auch in dem Kontext der *Union* ein Subjekt mit Eigeninteressen ist, die derselbe über die Institutionen der *Europäischen Union* artikulieren kann, denen das Unionsrecht dienen soll und die es auch unmittelbar betreffen kann.<sup>156</sup>

Der damit erweckte Eindruck einer bereits recht frühen Annäherung des *Gerichtshofes* an die dem deutschen Recht zugrunde liegende Schutznormtheorie wird dadurch bekräftigt, dass der *Gerichtshof* im weiteren Verlauf seiner Rechtsprechung die unionsrechtlich begründeten Rechte des Bürgers auch mit der Begrifflichkeit der „Rechtsnorm des Gemeinschaftsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“ versieht.

Nicht überzeugend erscheint die Ansicht, nach der der *Gerichtshof* mit dieser in der Tat häufig im haftungsrechtlichen Zusammenhang Verwendung findenden Formulierung nicht etwa eine privatbezogene Zielrichtung der unionalen Rechte des Bürgers zum Ausdruck bringen wolle, sondern diese – alleine im Interesse der Statuierung eines einheitlichen Tatbestandes der unionsrechtlichen Staatshaftung der Mitgliedstaaten – dazu diene, auch die Fallgruppe der nicht umgesetzten Richtlinie zu erfassen<sup>157</sup>. Dagegen spricht bereits, dass der *Gerichtshof* auch andere Normen außer Richtlinien als von dieser Begrifflichkeit erfasst ansieht, so wie in der Rechtssache *Köbler* die primärrechtlichen Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit<sup>158</sup>.

Es überzeugt genauso wenig, wenn dieser Formulierung deswegen keine besondere Relevanz hinsichtlich des Gehaltes der unionalen Rechte beigemessen

<sup>155</sup> Vgl. insoweit *Masing, J.*, Mobilisierung des Bürgers, 1996, S. 45.

<sup>156</sup> Zum Ganzen *Classen, C. D.*, in: *VerwArch* 88 (1997), S. 645 ff (649).

<sup>157</sup> Vgl. insoweit *Ossenbühl, F.*, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage 1998, S. 506: „Es genügt, dass die Norm die Verleihung „bezweckt“, also auf die Verleihung – wenn auch erst in Zukunft – „gerichtet“ ist. Aus diesem Grund kann auch der Verstoß gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien, die ihrerseits selbst (noch) keine einklagbaren Rechte begründet haben, sondern nur darauf ausgerichtet waren, solche Rechte erst zur Entstehung zu bringen (siehe *Francovich* und *Dillenkofer*), zur Staatshaftung führen.“

<sup>158</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: *Slg.* 2003 I, S. 10239 ff (10324 f Rn. 102 f).

wird, weil der *Gerichtshof* schließlich nicht sage, wann eine Norm des Unionsrechts genau bezwecke, dem Einzelnen Rechte zu verleihen; insbesondere erscheine es auch möglich, dass die Rechtsverleihung nur von der Frage der Vollzugseignung der Norm abhängen<sup>159</sup>. Gegen ein solches Verständnis spricht der Wortlaut der gewählten Formulierung.

Das Erfordernis einer bestimmten Zweckrichtung einer Norm in Gestalt der Verleihung eines Rechtes an einen Einzelnen („Rechtsnorm, die *bezweckt*, dem Einzelnen Rechte zu verleihen“) deutet weniger auf normstrukturelle Anforderungen hin, sondern vielmehr auf ein inhaltliches Postulat entsprechend dem Ansatz der das deutsche Recht beherrschenden Schutznormtheorie auch auf der Ebene des Unionsrechts<sup>160</sup>.

Dieses Verständnis der unionalen Rechte findet eine Bestätigung darin, dass der *Gerichtshof* in seinem Urteil zur Umsetzung der Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinien daran erinnert, dass ihre „Vorschriften über die Teilnahme und die Publizität den Bieter vor Willkür des öffentlichen Auftraggebers *schützen sollen*“.<sup>161</sup> Der *Gerichtshof* stellt also auf eine privatbezogene Schutzrichtung einer Richtlinie ab: Auch eine Vorschrift des Unionsrechts kann einen Einzelnen „schützen sollen“, ihr kann ein auf den einzelnen Bürger bezogener Schutzzweck innewohnen. In Betracht kommt hierbei aber gerade nicht nur eine bloße faktische Betroffenheit, sondern maßgeblich ist – entsprechend dem Ansatz der Schutznormtheorie – die auf den

---

<sup>159</sup> Siehe insoweit *Eilmansberger, Th.*, in: ZÖR 1997 (52), S. 1 ff (56): „Die zur Ermittlung des Umstandes, dass eine Vorschrift die Verleihung von Rechten bezweckt, relevante Methode (...) bleibt unerwähnt. Das Abstellen auf den Schutzzweck (...) wäre gewiss eine taugliche Methode. Genausogut kann dabei aber auch auf den Maßstab der Vollzugseignung (Justiziabilität) zurückgegriffen werden (...).“

<sup>160</sup> Vgl. i.d.S. auch *Ehlers, D.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 57.

<sup>161</sup> *EuGH*, Rs. C-433/93 (Kommission vs. Bundesrepublik Deutschland), Urteil vom 11. August 1995, in: Slg. 1995 I, S. 2303 ff (2317 Rn. 19) (Hervorhebung durch den Verfasser); vgl. insoweit auch die Rechtsprechung des *Gerichtshofes* zu der Umsetzung der Umweltrichtlinien durch die Bundesrepublik Deutschland: Auch hier fragt der *Gerichtshof* danach, ob diese „Ansprüche des einzelnen begründen soll“ (*EuGH*, Rs. C-361/88 („Schwefeldioxid“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: Slg. 1991 I, S. 2567 ff (2601 Rn. 15)).

Einzelnen bezogene Schutzrichtung der betreffenden Rechtsnormen („schützen sollen“)<sup>162</sup>.

Nicht erschüttert wird dieses Verständnis der unionsrechtlich fundierten Rechte des Bürgers durch die Urteile des *Gerichtshofes* wegen der Nichtumsetzung verschiedenster Umweltschutzrichtlinien durch die Bundesrepublik Deutschland<sup>163</sup>. In diesen hat er etwa darauf abgestellt, dass diese „insbesondere zum Schutz der menschlichen Gesundheit“ geschaffen worden seien<sup>164</sup> oder „den Schutz der Volksgesundheit“ bezwecken<sup>165</sup>. Solche Schutzgüter mögen in dem Kriterienraster der deutschen Schutznormtheorie „Gemeinwohlbelange par excellence“<sup>166</sup> darstellen. Es steht aber einem Verständnis des Schutzgutes der menschlichen Gesundheit im Sinne einer Bündelung einer Vielzahl von Individualbelangen nicht entgegen. Dass der *Gerichtshof* auch genau diesen Ansatz in dem Kontext der Rechtsentstehung im Unionsrecht verfolgt, ergibt sich aus seiner weiteren Aussage, dass (nur) in den Fällen, in denen „die Überschreitung der Grenzwerte die menschliche Gesundheit gefährden könnte“, die Betroffenen „in der Lage sein müssen, sich auf zwingende Vorschriften zu berufen, um ihre Rechte geltend machen zu können.“<sup>167</sup> Derjenige, der in seiner Gesundheit betroffen ist, ist aber gerade nicht ein *quivis ex populo*, dem es erlaubt wäre, sich auf jedwede Norm des Unionsrechts zu berufen, wenn diese nur inhaltlich unbedingt und hinreichend genau, also vollzugsfähig ist<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> Siehe insoweit *Triantafyllou, D.*, in: DÖV 1997, S. 192 ff (196): „deutliches Bekenntnis zur Schutznormlehre“; siehe i.d.S. auch *Ehlers, D.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 57.

<sup>163</sup> Siehe insoweit die Nachweise oben in Fn. 134.

<sup>164</sup> *EuGH*, Rs. C-361/88 („Schwefeldioxid“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: Slg. 1991 I, S. 2567 ff (2601 Rn. 16).

<sup>165</sup> *EuGH*, Rs. C-58/89 („Trinkwasser“), Urteil vom 17. Oktober 1991, in: Slg. 1991 I, S. 4983 ff (5023 Rn. 14).

<sup>166</sup> *Danwitz, Th. von*, in: DÖV 1996, S. 481 ff (485); vgl. auch *Ehlers, D.*, in: DVBl. 2004, S. 1441 ff (1445).

<sup>167</sup> *EuGH*, Rs. C-361/88 („Schwefeldioxid“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: Slg. 1991 I, S. 2567 ff (2601 Rn. 16); Rs. C-58/89 („Trinkwasser“), Urteil vom 30. Mai 1991, in: Slg. 1991 I, S. 2607 ff (2631 Rn. 19).

<sup>168</sup> *Ehlers, D.*, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, 1999, S. 51.

Aus alledem ist zu schließen, dass – ganz ähnlich wie im deutschen Recht – auch den *Gerichtshof* bei der Zuerkennung von Rechten des Unionsbürgers vor allem der Gedanke an das Individuum motiviert. Hieraus folgt zugleich, dass „die deutsche Schutznormlehre als *Strukturmodell* für die Gewinnung klagefähiger individueller Rechte kraft EG-Rechts“ taugt<sup>169</sup>. Entsprechend dem Ansatz der deutschen Schutznormlehre ist damit auch hinsichtlich unionsrechtlich begründeter Rechte der Schutzzweck daraufhin zu untersuchen, ob dieser wenigstens auch Individualinteressen dienen soll<sup>170</sup>.

Der *Gerichtshof* verlangt damit weder eine objektive Rechtskontrolle nach französischem Vorbild noch eine Popularklage. Damit sieht sich zum einen § 42 Absatz 2 VwGO nicht einem derart erheblichen Druck durch das Unionsrecht ausgesetzt, wie dies bisweilen suggeriert wird.

Zum anderen und vor allem ist hinsichtlich der in dem vorliegenden Zusammenhang vorrangig interessierenden Frage nach dem Gehalt der unionalen Rechte des Einzelnen bzw. der Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, festzuhalten, dass auch den indirekt begründeten Rechten des Einzelnen aus dem Unionsrecht ein materieller, auf Privatinteressen bezogener Gehalt zukommt.

---

<sup>169</sup> *Schoch, F.*, in: *Schmidt-Aßmann* u.a. (Hrsgb.), Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 507 ff (518) (Hervorhebung im Original).

<sup>170</sup> *Dörr, O.*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 448.

## **5. Die Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus den materiellen Rechten des Einzelnen**

Der privatbezogene Gehalt der Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, erlaubt es im Falle der Verletzung einer solchen Rechtsnorm, Reaktionsansprüche des Bürgers aus eben jener Norm *selbst* zwecks Wiederherstellung des verletzten Interesses abzuleiten.

In den der vorliegenden Untersuchung zugrundegelegten unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Konstellationen profitiert hiervon die einem nationalen Gericht dem Bürger gegenüber bestehende Verpflichtung zum Schutz seiner unionsrechtlich begründeten Rechte: So erlaubt es die Schutznormorientierung, aus den unionalen Rechten Einzelner im Falle ihrer hier vorausgesetzten Verletzung durch einen unionsrechtswidrigen, belastenden Verwaltungsakt Ansprüche des Bürgers gegen den Staat abzuleiten. Diese Ansprüche prägen die den mitgliedstaatlichen Gerichten obliegende Verpflichtung zum Schutz der unionalen Rechte des Einzelnen. Wird die Erfüllung dieser Verpflichtung zur Durchsetzung der primären Ansprüche des Bürgers – wie durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* vorausgesetzt – nach dem Ergehen eines letztinstanzlichen Urteils unmöglich, dann drängt der den materiellen Rechten des Bürgers aus dem Unionsrecht zukommende privatbezogene Gehalt auf eine Kompensation zumindest in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs des Bürgers.

Veranschaulicht werden kann dies etwa anhand des Erlasses eines gegen die Warenverkehrsfreiheit (Artikel 30 Satz 1 AEUV [ex-Artikel 25 Satz 1 EG-Vertrag]) verstoßenden, sofort vollziehbaren Gebührenbescheides – z.B. auf der Grundlage einer obligatorischen gesundheitspolizeilichen Untersuchung

eingeführten Rindfleisches an der Grenze –, auf den der Bürger hin eine bestimmte Geldsumme zahlt<sup>171</sup>.

Der durch den unionsrechtswidrigen Gebührenbescheid belastete Bürger, der sich gegen diesen erfolglos vor den nationalen Gerichten zur Wehr gesetzt hat, ist mit einem Schaden in Gestalt einer Gebührenzahlung belastet.

Die Warenverkehrsfreiheit als ein Eingriffsabwehr- bzw. Freiheitsrecht erlaubt die Ableitung konkreter Ansprüche des mit dem Gebührenbescheid belasteten Bürgers aus dieser *selbst* anlässlich ihrer verwaltungsbehördlichen Verletzung: Die Warenverkehrsfreiheit selbst bzw. die durch diese dem einzelnen Bürger gewährte Freiheitssphäre verlangt die Beseitigung des Verwaltungsaktes, sowie, nachdem bereits seitens des Bürgers Geld auf den Bescheid gezahlt worden ist, auch eine entsprechende Erstattung<sup>172</sup>. In dem hier gewählten Beispielsfall reagiert die Warenverkehrsfreiheit auf ihre Verletzung durch eine nationale Verwaltungsbehörde mit anderen Worten also im Wege eines Beseitigungsanspruchs sowie eines auf Geld gerichteten Folgenbeseitigungsanspruchs des Bürgers gegen den Staat bzw. die den Verwaltungsakt erlassende nationale Behörde.

Der nationalen Judikative obliegt gegenüber dem Bürger, der den Rechtsweg beschreitet, der Schutz bzw. die Durchsetzung dieses Anspruchs des Bürgers. Ist dies nach dem Ergehen eines letztinstanzlichen Urteils nicht mehr möglich, drängt dieser Anspruch auf eine Kompensation in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs.

---

<sup>171</sup> Vgl. insoweit *EuGH*, Rs. C-35/76 („*Simmenthal*“), Urteil vom 15. Dezember 1976, in: Slg. 1976, S. 1871 ff (1888 Rn. 41 ff): Verletzung des Artikels 25 Satz 1 EG-Vertrag.

<sup>172</sup> *EuGH*, Rs. 199/82 („*San Giorgio*“), Urteil vom 09. November 1983, in: Slg. 1983, S. 3595 ff (3612 Rn. 12): Das „Recht auf Erstattung von Abgaben, die ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts erhoben hat, (stellt) eine Folge und eine Ergänzung der Rechte dar (...), die den einzelnen durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften eingeräumt worden sind (...).“; siehe i.d.S. auch *EuGH*, verb. Rs. C-10/97 bis 22/97 („*IN.CO.GE`90*“), Urteil vom 22. Oktober 1998, in: Slg. 1998 I, S. 6307 ff (6334 Rn. 24).

## E. Zusammenfassung des dritten Teils der Untersuchung

Für den dritten Teil der Untersuchung kann zusammenfassend festgehalten werden:

Entgegen der Ansicht *Halterns* findet in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* keine Unterlegung der hier statuierten unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts mit einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts statt. Bereits von hierher ergibt sich, dass seine Kritik an „*Köbler*“, durch dieses Urteil werde die Dogmatik gezwungen, nicht überzeugen kann.

Stattdessen stützt sich der *Gerichtshof* zwecks Herleitung der Haftung aus dem Unionsrecht maßgeblich auf materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, sowie den Grundsatz des *effet utile*.

Der in Zusammenhang mit der Statuierung der Staatshaftung erfolgte Hinweis auf die Verpflichtung der letztinstanzlich entscheidenden Gerichte zur Vorlage an den *Gerichtshof* (Artikel 267 Absatz 3 AEUV) stellt kein eigenständiger Begründungsansatz dar. Er kann als Appell an die nationalen Gerichte verstanden werden, ihrer immer wieder Anlass zur Beanstandungen gebenden Verpflichtung zur Vorlage nachzukommen. Näher liegt, dass der Hinweis einer offenen Flanke der an die materiellen Rechte anknüpfenden Argumentation – die letztlich darauf hinausläuft, dass der Bürger auch noch nach bzw. trotz Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung den gerichtlichen Schutz seiner materiellen Rechte erlangen kann – geschuldet ist. Der Hinweis verdeutlicht, dass – entgegen bisweilen vertretener Ansicht – mit der Statuierung der

unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts nicht ein Eingriff des *Gerichtshofes* in die Instanzenzüge der Mitgliedstaaten verbunden ist.

Aus den durch den *Gerichtshof* herangezogenen Grundlagen für die Staatshaftung scheidet der Grundsatz des *effet utile* unionsrechtlicher Normen als tragfähiges Fundament aus, nachdem er nicht *gerade* einen Staatshaftungsanspruch des Bürgers gegen den Staat einfordert, sondern alternative Reaktionen erlaubt.

Bei den durch den nationalen Gerichten zu schützenden unionalen Rechten des Einzelnen handelt es sich entgegen teilweise vertretener Ansicht nicht nur um bloße Rechtsdurchsetzungsbefugnisse, die eine „spezifische Voraussetzungslosigkeit“ charakterisiert. Die Untersuchung hat ergeben, dass auch der *Gerichtshof* in seiner Rechtsprechung den Ansatz der das deutsche Recht beherrschenden Schutznormtheorie zugrunde legt. Mithin handelt es sich nicht nur bei den direkt verliehenen materiellen Unionsrechten und den Grundfreiheiten sowie unionalen Grundrechten, sondern auch bei den sonstigen unionalen Rechten um Rechtspositionen mit einem privatbezogenen Gehalt.

Aus diesen können im Falle ihrer der Untersuchung zugrunde gelegten verwaltungsbehördlichen Verletzung Reaktionsansprüche des Bürgers gegen den Staat abgeleitet werden. Diese bestimmen die Verpflichtung der nationalen Gerichte zum Schutz der unionalen Rechte des Einzelnen. Wird die Erfüllung dieser Verpflichtung nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung unmöglich, kann aus diesem Umstand ein Schadensersatzanspruch des Bürgers gegen den Mitgliedstaat, wie er durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* Anerkennung gefunden hat, abgeleitet werden.

Festgehalten werden kann damit, dass kein Anlass besteht, „*Köbler*“ als „mutiges Unternehmen“ des *Gerichtshofes* anzusehen. Die hier statuierte

Haftung lässt sich aus den Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ableiten und steht damit nicht „auf tönernen Füßen“.

Der *Gerichtshof* hat in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts schlüssig aus dem Unionsrecht abgeleitet. Entgegen der These *Halterns* handelt es sich hierbei nicht um ein „juristisch nicht überzeugendes Urteil“.

#### **4. Teil      Untersuchung spezifischer, mit der Anknüpfung der Staatshaftung an letztinstanzliches judikatives Unrecht verbundener Probleme**

Könnte in dem dritten Teil der Untersuchung festgestellt werden, dass die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in den Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, bzw. in dem hierauf Bezug nehmenden Schutzauftrag der nationalen Gerichte – so dieser unmöglich geworden ist – wurzelt, soll es nachstehend darum gehen, ob und inwieweit mit dieser Staatshaftung durch ihre Anknüpfung *gerade* an letztinstanzliches judikatives Unrecht besondere Probleme verbunden sind.

## A. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Gewährung eines Rechtsschutzes gegen den Richter

Ist mit der Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts – als Substitut einer unmöglichen Justizgewährleistung der dem Einzelnen durch das Unionsrecht verliehenen Rechte<sup>173</sup> – nicht die Gewährung eines Rechtsschutzes *gegen* den Richter verbunden<sup>174</sup>, welcher vor dem Hintergrund des Bedürfnisses nach Rechtsfrieden und Rechtssicherheit allerdings auf erhebliche Bedenken stoßen muss und den das Unionsrecht – genauso wenig das deutsche Recht<sup>175</sup> – nicht anerkennt<sup>176</sup> ?

Wenn der *Gerichtshof* ausführt, dass dem Einzelnen nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung nicht die Befugnis genommen werde dürfe, den Staat haftbar zu machen, um auf diesem Wege den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen<sup>177</sup>: Kann dies nicht nur dann „funktionieren“, wenn auch noch nach Ergehen eines Urteils unionsrechtlich ein primärer Schutz der unionalen Rechte des Einzelnen – also: ein Rechtsschutz *gegen* den Richter – gegeben ist ? Andernfalls – so ließe sich argumentieren – bestünde schließlich kein Kompensationsbedürfnis, dem über die Staatshaftung Rechnung getragen werden muss.

---

<sup>173</sup> Vgl. *Martin-Ehlers, A.*, in: EuR 1996, S. 376 ff (382); vgl. i.d.S. auch *Geiger, J.*, in: DVBl. 1993, S. 465 ff (468); *Eilmansberger, Th.*, Rechtsfolgen und subjektives Recht, 1997, S. 72; *Storr, St.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (548).

<sup>174</sup> So *Storr* und wohl auch der *Generalanwalt Léger* (siehe insoweit oben unter Fn. 45).

<sup>175</sup> Siehe insoweit die Nachweise in Fn. 45.

<sup>176</sup> Vgl. insoweit oben unter Fn. 48.

<sup>177</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

## 1. Kein Rechtsschutz *gegen* den Richter bei Fehlen eines Rechtsschutzes *durch* den Richter angesichts der letztinstanzlichen Unionsrechtsverletzung

Die Problematik eines mit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts möglicherweise verbundenen Rechtsschutzes *gegen* den Richter wäre in den der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten öffentlichrechtlichen Konstellationen dann entschärft, wenn sich erweisen sollte, dass angesichts der staatshaftungsauslösenden, materiell unionsrechtswidrigen letztinstanzlichen Entscheidung ein Rechtsschutz *durch* den Richter gegenüber dem vorangegangenen Verwaltungsverstoß überhaupt noch nicht gegeben war.

Das wiederum wäre dann der Fall, wenn mit der letztinstanzlichen Verletzung der materiellen Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, *immer auch* eine Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV – also der Verpflichtung zur Vorlage des Rechtsstreits an den *Gerichtshof* – verbunden wäre, wie dies in Kommentierungen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* vereinzelt behauptet, allerdings nicht näher begründet wird<sup>178</sup>. In diesem Fall wäre nämlich noch nicht sämtlichen essentiellen Anforderungen an das gerichtliche Verfahren Genüge getan, zu denen insbesondere auch die Entscheidung des Rechtsstreits durch den gesetzlichen Richter – zu dem auch der *Gerichtshof* zu zählen ist<sup>179</sup> – gehört.<sup>180</sup> Ein Rechtsschutz *durch* den Richter wäre noch gar nicht gegeben.

---

<sup>178</sup> Siehe insoweit *Storr, St.*: „Jede fehlerhafte Auslegung oder Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte ist letztlich auch eine Missachtung des *Europäischen Gerichtshofes* und ein Verstoß gegen das Konzept des über Artikel 234 EG-Vertrag institutionalisierten „Dialogs der Richter“, der die Rechtseinheit gefährdet.“ (*ders.*, in: DÖV 2004, S. 545 ff (548)).

<sup>179</sup> Siehe etwa *BVerfG*, Az.: 2 BvR 197/83, Beschluss vom 22. Oktober 1986 in: *BVerfGE* 73, S. 339 ff (366 f); Az.: 2 BvL 12,13/88, 2BvR 1436/87, Beschluss vom 31. Mai 1990, in: *BVerfGE* 82, S. 159 ff (192 ff).

<sup>180</sup> Vgl. *Schenke, W.-R.*, in: JZ 2005, S. 116 ff (120 f).

Die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts würde diesen vielmehr *erstmalig* gewähren. Zwangsläufig könnte mit ihr ein Rechtsschutz *gegen* den Richter nicht verbunden sein.

Um hier „Entwarnung“ geben zu können, bedarf es nach alledem einer Untersuchung der genauen Beschaffenheit letztinstanzlichen judikativen Unrechts.

## **2. Beschaffenheit letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Die diesbezügliche Untersuchung setzt bei den unterschiedlichen Formen der staatshaftungsauslösenden Verletzung *materiellen* Unionsrechts an. Sodann wird beleuchtet, ob bei *sämtlichen* denkbaren Verletzungstatbeständen immer auch von einer Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV gegeben ist.

### **a. Arten der Verletzung materiellen Unionsrechts**

Materielle Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, im Sinne der ersten Staatshaftungsvoraussetzung nach „*Köbler*“ können entsprechend ihrer unterschiedlichen Wirkungsweisen im nationalen Rechtsraum – denen es zunächst nachzugehen gilt – durch ein nationales Gericht auch auf unterschiedliche Art und Weise verletzt werden.

**aa. Wirkungsweise der materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, im nationalen Recht**

Materielle Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, wirken auf unterschiedliche Weise im nationalen Rechtsraum<sup>181</sup>.

**(1) Alleinige Regelung eines Sachverhaltes durch unoniale Rechte**

Zum einen ist möglich, dass materielle Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, das Verhältnis zwischen Bürger und Mitgliedstaat bzw. Verwaltung alleine regeln. Sie führen nicht einen Konfliktfall mit den Sachverhalt ebenfalls regelnden, nationalen oder anderen unionsrechtlichen Normen herbei.

Eine solche Wirkungsweise ist etwa denkbar, wenn eine unionsrechtliche Verordnung dem Bürger unmittelbar Ansprüche gegen den Mitgliedstaat verleiht. Diese Wirkungsweise lag z.B. der Rechtssache *Kühne & Heitz* zugrunde: Im Kern ging es hier um Ausfuhrerstattungen nach der Verordnung über die gemeinsame Marktorganisation für Geflügelfleisch<sup>182</sup>. Die dort geregelte Ausfuhrerstattung soll es den Exporteuren der *Union* ermöglichen, ihre Waren in Drittländern abzusetzen, auch wenn die dort erzielbaren Preise unter den Preisen der *Union* liegen, indem der Unterschied zwischen den Preisen der

---

<sup>181</sup> Siehe zu der unmittelbaren Geltung und Wirkung des Unionsrechts *Gellermann, M.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 33 Rn. 10 (S. 584 f) und die Urteile des *Gerichtshofes* in den Rechtssachen *Simmenthal* (*EuGH*, Rs. 106/77, („*Simmenthal*“), Urteil vom 09. März 1978, Slg. 1978, S. 629 ff (644 Rn. 14/16)) und *Van Gend & Loos* (*EuGH*, Rs. 26/62 („*Van Gend & Loos*“), Urteil vom 05. Februar 1963, in: Slg. 1963, S. 1 ff (7)).

<sup>182</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2777/75 des Rates vom 29. Oktober 1975 (ABl. L 282, S. 77).

*Union* und denen des Weltmarktes erstattet wird<sup>183</sup>. Für die Durchführung und Auszahlung der Ausfuhrerstattungen sind die Mitgliedstaaten zuständig<sup>184</sup>. Die genaue Höhe der Ausfuhrerstattungen hängt hierbei von der Einstufung der exportierten Ware in eine bestimmte Tarifposition ab.

Eine an die mitgliedstaatlichen Gerichte herangetragene Streitigkeit eines Bürgers mit der für die Auszahlung der Ausfuhrerstattungen zuständigen nationalen Verwaltungsbehörde kann sich z.B. alleine um die exakte Einordnung einer exportierten Ware und damit die Höhe der auszahlenden Ausfuhrerstattung drehen. Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, beherrschen hier alleine einen bestimmten Sachverhalt, ohne einen Konfliktfall mit anderen Normen hervorzurufen.

## **(2) Auslösung von Normkonflikten durch unoniale Rechte**

Neben der vorstehend beschriebenen alleinigen Wirkung des Unionsrechts im nationalen Rechtsraum ist denkbar, dass die materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, in Regelung eines bestimmten Sachverhaltes in einen Widerspruch mit gleichermaßen auf diesen Sachverhalt anwendbaren Normen entweder nationalen oder aber auch unionsrechtlichen Ursprungs treten: So kann eine unionsrechtliche Verordnung, auf welche ein vor den nationalen Gerichten angegriffener Verwaltungsakt einer mitgliedstaatlichen Behörde gestützt wird, in einen Konflikt mit den Unionsgrundrechten treten. Ein nationales Gesetz, etwa über die Erhebung von Gebühren, kann in Widerspruch zu auf den Sachverhalt ebenfalls anwendbaren unionsrechtlichen Grundfreiheiten, z.B. der Warenverkehrsfreiheit, stehen.

---

<sup>183</sup> Siehe insoweit *Lenze, A.*, in: *VerwArch* 97 (2006), S. 49 ff (49) u. *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-453-00 („*Kühne & Heitz*“), in: *Slg.* 2004 I, S. 839 ff (839 Rn. 3).

<sup>184</sup> *Lenze, A.*, aaO., S. 49 ff (49 f).

Von Letzterem war z.B. in der Rechtssache *Simmenthal I*<sup>185</sup> auszugehen. Ihr lag zugrunde, dass das Unternehmen *Simmenthal*, welches Fleisch von Frankreich nach Italien einfuhrte, an der Grenze wegen gesundheitspolizeilicher Untersuchungen, die Italien gesetzlich vorgeschrieben hatte, Gebühren entrichten musste. Auf Vorlage eines italienischen Gerichtes entschied der *Gerichtshof*, dass die Untersuchungen und die dafür erhobenen Gebühren mit den Bestimmungen über den freien Warenverkehr unvereinbar seien<sup>186</sup>.

Mit Konflikten zwischen einer Verordnung und den Unionsgrundrechten hatte sich der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Hauer*<sup>187</sup> auseinanderzusetzen: Auf ein Vorabentscheidungsersuchen des *Verwaltungsgerichts Neustadt* war in diesem Rechtsstreit zu entscheiden, ob eine unionsrechtliche Verordnung, die das Verbot der Neuanpflanzung von Weinreben vorsah<sup>188</sup>, eine etwaige Verletzung des unionalen Eigentumsrechts oder der unionsrechtlich garantierten Berufsfreiheit bedeuten kann.

In derart gelagerten Fällen, vor allem soweit es um Kollisionslagen innerhalb des Unionsrechts geht, kann in der Regel von einer norminternen Wirkung der Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ausgegangen werden. Das bedeutet, dass die Fälle der nicht im Wege der Auslegung aufzulösenden Unionsrechtswidrigkeit von Normen des sekundären Unionsrechts nur selten auftreten. Vielmehr lassen unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensspielräume ausreichend Spielraum für eine unionsrechtskonforme, den Normkonflikt bereinigende Auslegung: In der Regel kann „eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung (...), wenn sie in einer

---

<sup>185</sup> *EuGH*, Rs. 35/76 („*Simmenthal*“), Urteil vom 15. Dezember 1976, in: Slg. 1976, S. 1871 ff.

<sup>186</sup> *EuGH*, Rs. 35/76 („*Simmenthal*“), Urteil vom 15. Dezember 1976, aaO., S. 1871 ff (1883 ff Rn. 9 ff).

<sup>187</sup> *EuGH*, Rs. 44/79 („*Liselotte Hauer*“), Urteil vom 13. Dezember 1979, in: Slg. 1979, S. 3727 ff.

<sup>188</sup> Verordnung Nr. 1162/76 des Rates vom 17. Mai 1976 über Maßnahmen zur Anpassung des Weinbaupotentials an die Marktbedürfnisse (ABl. L 135, S. 32).

bestimmten Weise ausgelegt wird, von Unwirksamkeitsgründen „gereinigt“ werden, die sie bei einer anderen Auslegung aufweisen würde.“<sup>189</sup>

**bb. Arten der Verletzung materieller Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen**

Soweit Normen des Unionsrechts einen Sachverhalt alleine beherrschen, kann der Fehler des mitgliedstaatlichen Gerichtes etwa in der fehlerhaften Auslegung einer Bestimmung der EU-Verordnung liegen. Als Beispiel hierfür kann der bereits angesprochene Rechtsstreit, der der Rechtssache *Kühne & Heitz*<sup>190</sup> zugrunde lag, herangezogen werden: Streit entzündete sich hier im Kern daran, dass nach Ansicht des Exportunternehmens die von der Einstufung der exportierten Ware in eine bestimmte Tarifposition abhängige Ausfuhrerstattung deswegen zu niedrig zugesprochen wurde, weil die Begrifflichkeiten einer bestimmten Tarifposition durch die nationale Verwaltungsbehörde sowie durch das nationales Gericht rechtsfehlerhaft ausgelegt wurden<sup>191</sup>. Mit vergleichbaren Problemen kann ein nationales Gericht z.B. bei der Beurteilung der mitgliedstaatlichen Vergabe von Subventionen auf der Grundlage einer EU-Verordnung zur Förderung wirtschaftlich schwach entwickelter Regionen hinsichtlich der Bewilligungsvoraussetzungen konfrontiert werden<sup>192</sup>. Unionsrechtsverstöße durch nationale Gerichte können auch hier durch eine insoweit fehlerhafte Auslegung produziert werden.

---

<sup>189</sup> *Pescatore, P.*, in: BayVBl. 1987, S. 33 ff (35) (mit Beispielen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in Fn. 9).

<sup>190</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff.

<sup>191</sup> Konkret stand hier in Frage, ob exportierte Hühnerschenkel, an denen noch ein Teil des Rückens hängt, als „Schenkel und Teile von anderem Geflügel“ zu klassifizieren sind oder unter die Tarifposition „andere“ zu subsumieren sind, womit eine geringere Ausfuhrerstattung einhergegangen wäre.

<sup>192</sup> Vgl. *Rengeling, H.-W.*, in: Jura 1979, S. 236 ff (237 u. 239 f).

Beherrschen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, hingegen nicht alleine einen Sachverhalt, sondern rufen sie eine Kollision mit Normen des nationalen oder des Unionsrechts hervor, dann kann eine Verletzung derselben durch ein mitgliedstaatliches Gericht in der Anwendung der höherrangigem Unionsrecht widersprechenden Norm des nationalen<sup>193</sup> bzw. Unionsrechts<sup>194</sup> bzw. in der gegen Unionsrecht verstoßenden Auslegung derselben liegen.

Wie durch den *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* ausdrücklich festgestellt<sup>195</sup>, war etwa dem *Österreichischem Verwaltungsgerichtshof* ein fehlerhafter Umgang mit einer Normenkollision zwischen nationalem Recht und Unionsrecht unter Verletzung einer Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, vorzuwerfen. Denn dieser hat in seinem klageabweisenden Urteil, das zu dem Staatshaftungsverfahren vor dem dem *Gerichtshof* vorliegenden *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* geführt hat, mit § 50 a östGG ein Gesetz angewandt, das nach Ansicht des *Gerichtshofes* jede Möglichkeit ausschließt, bei der Gewährung einer besonderen Dienstalterszulage für Professoren Dienstzeiten zu berücksichtigen, die ein Universitätsprofessor in einem anderen Mitgliedstaat als der Republik *Österreich* geleistet hat, und das aus diesem Grund einen nicht gerechtfertigten Eingriff in die Vorschriften über die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Artikel 45 Absatz 1 AEUV [ex-Artikel 48 Absatz 1 EG-Vertrag] und Artikel 7 Absatz 1 der VO Nr. 1612/68) darstellt<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup> Siehe zu dem Vorrang des Unionsrechts: *EuGH*, Rs. 6/64 („*Costa*“), Urteil vom 15. Juli 1964, in: *Slg.* 1964, S. 1251 ff (1269 f).

<sup>194</sup> Siehe zu dem Vorrang des primären Unionsrechts vor dem sekundären Unionsrecht *Gellermann, M.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 33 Rn. 4 (S. 582) m.w.N.

<sup>195</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: *Slg.* 2003 I, S. 10239 ff (10324 f Rn. 102 f).

<sup>196</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10316 ff Rn. 70 ff).

Ein vergleichbarer Fehler eines mitgliedstaatlichen Gerichtes ist innerhalb des Unionsrechts – etwa bei einer Normenkollision zwischen einer EU-Verordnung und den Unionsgrundrechten – denkbar, z.B., wenn nationale Verwaltungsbehörde und nationales Gericht gegenüber einem Winzer eine gegen die Unionsgrundrechte verstoßende Verordnung über das Verbot der Neuanpflanzung von Weinreben anwenden<sup>197</sup>.

**b. Zusammenhang zwischen der Verletzung materiellen Unionsrechts und der Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV**

Liegt nun in den vorstehend genannten Fällen der Verletzung einer materiellen Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, – wie dies etwa *Storr* behauptet<sup>198</sup> – immer auch eine Verletzung des Artikel 267 Absatz 3 AEUV, also eine Verletzung der Pflicht zur Vorlage an den *Gerichtshof*, vor – mit der Konsequenz, dass ein Rechtsschutz *durch* den Richter noch gar nicht gewährt worden wäre ?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es zunächst einer Vergegenwärtigung des genauen Inhalts der Verpflichtung eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts zur Vorlage an den *Gerichtshof*. Sodann kann untersucht werden, ob mit der Verletzung materiellen Unionsrechts immer auch feststeht, dass zugleich den Vorgaben aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV nicht Genüge getan worden ist.

---

<sup>197</sup> Siehe insoweit *EuGH*, Rs. 44/79 („*Liselotte Hauer*“), Urteil vom 13. Dezember 1979, in: *Slg.* 1979, S. 3727 ff.

<sup>198</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 178.

**aa. Inhalt des Artikels 267 Absatz 3 AEUV in der Auslegung durch den *Gerichtshof***

Artikel 267 Absatz 1 AEUV beinhaltet, dass der *Gerichtshof* über die Auslegung des Vertrages, über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der *Union* entscheidet.

Der durch Artikel 267 Absatz 1 a.) AEUV verwendete Begriff „Vertrag“ wird weit verstanden: Unter die Begrifflichkeit fallen nicht nur die Bestimmungen des AEUV einschließlich aller Anhänge, Zusatzprotokolle und Änderungen sowie die Beitrittsverträge und beigefügten Beitrittsabsichten. Auch die durch den *Gerichtshof* aus den gemeinsamen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze, vor allem die in diesem Rahmen gewährleisteten Unionsgrundrechte, werden als von der Terminologie erfasst angesehen.<sup>199</sup>

Zu den möglichen Vorlagegegenständen zählen im Rahmen des Artikels 267 Absatz 1 b.) AEUV vor allem die „Handlungen“ der Unionsorgane (vgl. Artikel 13 Absatz 1 EUV), deren „Gültigkeit und (...) Auslegung“ zulässige Vorlagegegenstände darstellen. Genauso wie der Begriff des „Vertrages“ wird auch der Begriff der „Handlungen“ extensiv interpretiert. Dieser umfasst das gesamte organgeschaffene Unionsrecht. Vorlagefähig sind dementsprechend vor allem die in Artikel 288 AEUV genannten Akte, also etwa eine Verordnung oder eine Entscheidung<sup>200</sup>. Der Begriff der „Gültigkeit“ entspricht der Rechtmäßigkeit der Maßnahme. Damit ist die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens durch den *Gerichtshof* vorzunehmende Gültigkeitsprüfung nicht lediglich auf formelle Aspekte beschränkt<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Vgl. *Middeke, A.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 10 Rn. 28 (S. 220).

<sup>200</sup> Vgl. *Middeke, A.*, aaO., § 10 Rn. 31 (S. 221).

<sup>201</sup> *Ehricke, U.*, in: *Streinz* (Hrsgb.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. 234 Rn. 21.

Werden die vorstehenden Fragen in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist ausweislich Artikel 267 Absatz 3 AEUV dieses Gericht zur Anrufung des *Gerichtshofes* verpflichtet.

Das letztinstanzlich entscheidende Gericht hat das bei ihm anhängige Verfahren auszusetzen und die sich ihm stellende Frage aus dem Unionsrecht dem *Gerichtshof* zu übersenden, der über diese verbindlich entscheidet. Auf der Grundlage der Antwort des *Gerichtshofes* hat das mitgliedstaatliche Gericht sodann den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden.

Von dieser Verpflichtung zur Vorlage hat der *Gerichtshof*, insbesondere durch das Urteil in der Rechtssache *C.I.L.F.I.T.*<sup>202</sup>, Ausnahmen zugelassen. Diese knüpfen an äußerst restriktive Voraussetzungen an. Die beiden nachstehenden, im Rahmen von „*C.I.L.F.I.T.*“ entwickelten Ausnahmen gelten lediglich für die Frage der Auslegung des Unionsrechts. Auf die Vorlagefrage der Gültigkeit von Unionsrecht sind sie nicht ausdehnbar<sup>203</sup>.

Nach „*C.I.L.F.I.T.*“ kann eine Vorlage an den *Gerichtshof* wegen der Auslegung des Unionsrechts zum einen dann unterbleiben, wenn die zu stellende Frage tatsächlich bereits in einem gleich gelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist oder eine gesicherte Rechtsprechung des *Gerichtshofes* vorliegt, durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, unabhängig davon, in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und auch dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind<sup>204</sup> („Präzedenzfall-System“<sup>205</sup>).

<sup>202</sup> *EuGH*, Rs. 283/81 („*C.I.L.F.I.T.*“), Urteil vom 6. Oktober 1982, in: Slg. 1982, S. 3415 ff.

<sup>203</sup> *EuGH*, Rs. C-461/03 („*Gaston Schul Douane-expediteur BV*“), Urteil vom 6. Dezember 2005, in: Slg. 2005 I, S. 10513 ff (10547 Rn. 19).

<sup>204</sup> *EuGH*, Rs. 283/81 („*C.I.L.F.I.T.*“), Urteil vom 6. Oktober 1982, in: Slg. 1982, S. 3415 ff (3429 Rn. 13 f); siehe bereits *EuGH*, verb. Rs. 28 - 30/62 („*Da Costa*“), Urteil vom 27. März 1963, in: Slg. 1963, S 63 ff (80 f).

<sup>205</sup> So *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 428 (S. 232).

Zweitens kann in Anlehnung an die aus dem französischen Recht stammende Doktrin des „*acte claire*“ eine Vorlage an den *Gerichtshof* durch ein mitgliedstaatliches Gericht im Sinne des Artikels 267 Absatz 3 AEUV ausnahmsweise dann unterbleiben, wenn die richtige Anwendung des Unionsrechts, insbesondere aus anderen Gründen als einem Präzedenzfall, etwa einem eindeutigen Wortlaut, derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt. Das innerstaatliche Gericht darf allerdings, wie der *Gerichtshof* herausgestellt hat, von einem solchen Ausnahmefall nur dann ausgehen, wenn es überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den *Gerichtshof* die gleiche Gewissheit bestünde: „Nur wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem *Gerichtshof* vorzulegen, und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen.“ Ob die Möglichkeit der Nichtvorlage besteht, ist jedoch unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts und der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung (mehrere Sprachfassungen, eigenständige Terminologie und Rechtsbegrifflichkeit, die von den verschiedenen nationalen Begrifflichkeiten abweichen kann, Gesamtzusammenhang und Entwicklungsstand des Unionsrechts) sowie der Gefahr divergierender Gerichtsentscheidungen innerhalb der *Union* zu beurteilen.<sup>206,207</sup>

---

<sup>206</sup> Zum Ganzen *EuGH*, Rs. 283/81 („*C.I.L.F.I.T.*“), Urteil vom 6. Oktober 1982, in: Slg. 1982, S. 3415 ff (3430 Rn. 16 ff).

<sup>207</sup> Vgl. zu der Strenge der *C.I.L.F.I.T.*-Kriterien die „Abarbeitung“ der den zur Vorlage verpflichteten Gerichten gegebenen „Arbeitsanleitung“ in *EuGH*, Rs. 283/81 („*C.I.L.F.I.T.*“), Urteil vom 6. Oktober 1982, aaO., S. 3415 ff (3430 Rn. 17 - 20) durch *Haltern, U.*, in: *ders.*, *Europarecht*, 2. Auflage 2007, Rn. 448 ff (S. 239 f). Den Ausnahmecharakter der durch die Entscheidung in der Rechtssache *C.I.L.F.I.T.* vorgegebenen Kriterien hat der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Intermodal Transports* (*EuGH*, Rs. C-495/03 („*Intermodal Transports*“), Urteil vom 15. September 2005, in: Slg. 2005 I, S. 8151 ff (8205 ff Rn. 29 ff)) bestätigt.

## **bb. Gleichzeitiger Verstoß gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV bei der Verletzung materiellen Unionsrechts**

Um zu untersuchen, ob aus der Verletzung materiellen Unionsrechts durch ein letztinstanzlich entscheidendes nationales Gericht zugleich die Verletzung der Vorlagepflicht aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV folgt, muss zunächst bestimmt werden, ob überhaupt in allen herausgearbeiteten Varianten der Verletzung materiellen Unionsrechts durch ein letztinstanzliches mitgliedstaatliches Gericht eine Verpflichtung zur Vorlage bestand.

Die Verfügbarkeit etwaiger außerordentlicher Rechtsbehelfe nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung – wie z.B. die Anhörungrüge, eine mögliche Gegenvorstellung oder die Verfassungsbeschwerde – lässt die Vorlagepflicht genauso wenig entfallen wie etwaige Wiederaufnahmemöglichkeiten.<sup>208</sup>

Vor dem Hintergrund des Urteils in der Rechtssache *Foto-Frost*<sup>209</sup> stellt sich die Frage nach der Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* allerdings insbesondere für die Verletzung materiellen Unionsrechts durch Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangige Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, verstößt.

Nachdem sich ein Staatshaftungsfall in aller Regel dadurch auszeichnet, dass das letztinstanzliche nationale Gericht die sich ihm stellende Frage aus dem Unionsrecht *nicht* vorgelegt hat, ist sodann zu untersuchen, ob aus der Verletzung materiellen Unionsrechts zugleich folgt, dass die in der Rechtssache

---

<sup>208</sup> Dörr, O./Lenz, Chr., Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 274 (S. 79); Roth, W., in: NVwZ 2009, S. 345 ff (346).

<sup>209</sup> EuGH, Rs. 314/85 („*Foto-Frost*“), Urteil vom 22. Oktober 1987, in: Slg. 1987, S. 4199 ff.

*C.I.L.F.I.T.* formulierten Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Verpflichtung zur Vorlage nicht vorgelegen haben können.

**(1) Verpflichtung zur Vorlage auch bei Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt**

Betrachtet man sich die Begründung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Foto Frost* für die Verpflichtung (sämtlicher) nationaler Gerichte zur Vorlage von Gültigkeitsfragen hinsichtlich sekundären Unionsrechts, ließe sich mit Blick auf den Verletzungstatbestand „Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt“ erwägen, dass insoweit eine Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* nicht bestand – so dass bereits von hierher ein gleichzeitiger Verstoß gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV i.V.m. Artikel 267 Absatz 1 b) AEUV ausscheiden müsste.

So hat der *Gerichtshof* die Verwerfungskompetenz hinsichtlich sekundären Unionsrechts in „*Foto-Frost*“ deshalb an sich gezogen, weil „Meinungsverschiedenheiten der Gerichte der Mitgliedstaaten über die Gültigkeit von Gemeinschaftshandlungen (...) geeignet (wären), die Einheit der Gemeinschaftsrechtsordnung selbst aufs Spiel zu setzen und das grundlegende Erfordernis der Rechtssicherheit zu beeinträchtigen.“<sup>210</sup> Anderes – so der *Gerichtshof* – gelte dann, wenn die mitgliedstaatlichen Gerichte „die Gründe, die von den Parteien vor ihnen für die Ungültigkeit vorgebracht werden, für nicht zutreffend halten (und) diese Gründe mit der Feststellung zurückweisen,

---

<sup>210</sup> *EuGH*, Rs. 314/85 („*Foto-Frost*“), Urteil vom 22. Oktober 1987, aaO., S. 4199 ff (4231 Rn. 15).

dass die Handlung in vollem Umfang gültig ist. Denn wenn sie so vorgehen, stellen sie die Existenz des Gemeinschaftsrechts nicht in Frage.<sup>211</sup>

Nachdem das letztinstanzliche Gericht, welches gegen eine höherrangige Norm des Unionsrechts verstoßendes sekundäres Unionsrecht angewandt hat, von dessen Gültigkeit gerade überzeugt war, ließe sich erwägen, dass eine Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* nicht bestand. Schließlich hat das nationale Gericht die Existenz des Unionsrechts nicht in Frage gestellt.

Eine Verneinung der Verpflichtung des von der Gültigkeit des seinerseits angewandten sekundären Unionsrechts überzeugten und hierdurch materielles Unionsrecht verletzenden nationalen Gerichtes zur Vorlage in einem solchen Fall erscheint allerdings vorschnell. Unberücksichtigt bliebe, dass Gültigkeit und Auslegung einer Norm des sekundären Unionsrechts auf das Engste miteinander zusammen hängen. In aller Regel kann von einer norminternen Wirkung ausgegangen werden: „Eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung kann (...), wenn sie in einer bestimmten Weise ausgelegt wird, von Unwirksamkeitsgründen „gereinigt“ werden, die sie bei einer anderen Auslegung aufweisen würde. Aus diesem Grund ersuchen nationale Gerichte bisweilen in ein und derselben Sache gleichzeitig um Auslegung und um Entscheidung über die Gültigkeit; der *Gerichtshof* hat umstrittene Vorschriften mehrfach so ausgelegt, dass sie weiterhin als gültig angesehen werden konnten.“<sup>212</sup>

Hieraus folgt, dass sich Fragen der Gültigkeit sekundären Unionsrechts vielfach zugleich als Fragen der Auslegung des Unionsrechts entpuppen. Solche aber sind ohne Weiteres angesichts des Artikels 267 Absatz 1 a.) AEUV durch ein mitgliedstaatliches Gericht an den *Gerichtshof* vorzulegen.

---

<sup>211</sup> *EuGH*, Rs. 314/85 („*Foto-Frost*“), Urteil vom 22. Oktober 1987, aaO., S. 4199 ff (4231 Rn. 14).

<sup>212</sup> *Pescatore, P.*, in: BayVBl. 1987, S. 33 ff (35) m.N. aus der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* in Fn. 9.

Eine Verpflichtung zur Vorlage besteht bzw. bestand somit auch in der Verletzungsvariante der Anwendung einer Norm des Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt.

## **(2) Verletzung materiellen Unionsrechts und das fehlende Eingreifen der Ausnahmetatbestände des Artikels 267 Absatz 3 AEUV**

Damit kommt es auch insoweit – genauso wie hinsichtlich der weiteren Möglichkeiten der Verletzung materiellen Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht – zur Beurteilung der Frage, ob zugleich gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV verstoßen wurde, maßgeblich darauf an, ob zugunsten des unionsrechtswidrig urteilenden mitgliedstaatlichen Gerichts die Voraussetzungen aus „*C.I.L.F.I.T.*“ gegeben waren: Griff in diesem Fall also entweder das „Präzedenzfall-System“ oder aber das „*acte claire*-System“ ?

Von beidem kann im Falle einer feststehenden Verletzung materiellen Unionsrechts nicht ausgegangen werden.

Es mag selbst die richtige Anwendung des Unionsrechts Fall derart offenkundig gewesen sein können, dass keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel blieb. Die sich dem letztinstanzlich entscheidenden Gericht stellende unionsrechtliche Frage mag selbst durch eine gefestigte Rechtsprechung des *Gerichtshofes* einer Lösung zugeführt worden sein. Hinsichtlich der sich dem mitgliedstaatlichen Gericht stellenden Fragen aus dem Unionsrecht mögen also die in der Rechtssache *C.I.L.F.I.T.* formulierten Ausnahmen von der Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* vorgelegen haben.

Entscheidend aber ist letztlich, dass das mitgliedstaatliche Gericht, das, ohne dem *Gerichtshof* vorzulegen, ein materiell unionsrechtswidriges Urteil gefällt

hat, *in Abweichung* von einer etwaigen „klaren“ bzw. richtigen Auslegung oder einer gesicherten Rechtsprechung des *Gerichtshofes* geurteilt hat. Es entspricht jedoch dem Geist der *C.I.L.F.I.T.* - Doktrin, dass in diesen Fällen nur dann von einer Vorlage an den *Gerichtshof* abgesehen werden kann, wenn das nationale Gericht auch in Entsprechung zu der gesicherten Rechtsprechung bzw. entsprechend der „klaren“ Auslegung des Unionsrechts judiziert<sup>213</sup>.

Aus alledem ist zu folgern, dass mit der Verletzung (rechtsverleihenden) materiellen Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht in aller Regel auch eine Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV einhergeht.

### **3. Keine Gewährung eines Rechtsschutzes gegen den Richter durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Aus der regelmäßig gegebenen Verletzung auch des Artikels 267 Absatz 3 AEUV wiederum folgt, dass im Falle der letztinstanzlichen Verletzung von Unionsrecht ein Rechtsschutz *durch* den Richter noch nicht gewährt worden ist, nachdem eine Entscheidung durch den gesetzlichen Richter, den *Gerichtshof*, noch gar nicht vorliegt.

Konsequenz des Fehlens eines Rechtsschutzes *durch* den Richter ist, dass mit der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ein Rechtsschutz *gegen* den Richter nicht verbunden ist. Diese gewährt dem Bürger vielmehr erstmals den gerichtlichen Schutz seiner Rechte, so dass – entgegen vereinzelter Stimmen im Schrifttum – auch insoweit „Entwarnung“ gegeben werden kann.

---

<sup>213</sup> Zu der Verpflichtung zur Vorlage, wenn ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht von einer vorliegenden Rechtsprechung des *Gerichtshofes* abweichen will *Schwarze, J.*, in: *ders.* (Hrsgb.), EU-Kommentar, 2. Auflage 2009, Artikel 234 Rn. 46.

In der Tat wäre es auch durchaus verwunderlich, wenn der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* tatsächlich implizit einen Rechtsschutz *gegen* den Richter anerkannt hätte. Dies bedeutete letztlich eine Abkehr von der bisherigen, ganz herrschenden Auslegung des Artikels 6 EMRK, der unter anderem Grundlage der Rechtsschutzgarantie auch im Unionsrecht darstellt<sup>214</sup>. Bei einer solchen Abkehr mit weitreichenden Konsequenzen darf davon ausgegangen werden, dass der *Gerichtshof* den Rechtsschutz *gegen* den Richter nicht gleichsam „durch die Hintertür“ eingeführt hätte, sondern ihn explizit angesprochen und begründet hätte.

---

<sup>214</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 48.

## **B. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Letztinstanzlichkeit nationaler Gerichte**

Die vorstehende Untersuchung zu der genauen Beschaffenheit letztinstanzlicher Verletzung von Unionsrecht erlaubt es, sich hinsichtlich der Frage, ob mit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts den letztinstanzlichen Gerichten partiell ihre Letztinstanzlichkeit bzw. ihre Funktion, über einen Rechtsstreit abschließend und endgültig zu entscheiden, abgesprochen wird<sup>215</sup>, kurz zu fassen.

### **1. Die letztverbindliche Entscheidung unionsrechtlich determinierter Streitigkeiten durch den *Gerichtshof* im Vorabentscheidungsverfahren**

Im Ausgangspunkt festzuhalten ist, dass angesichts des Vorabentscheidungsverfahrens unionsrechtlich determinierte Streitigkeiten letztverbindlich der *Gerichtshof* entscheidet. Insbesondere die letztinstanzlich entscheidenden nationalen Gerichte haben die Verpflichtung, Fragen des Unionsrechts dem *Gerichtshof* zur Vorabentscheidung vorzulegen (Artikel 267 Absatz 3 AEUV).

Auf eben jenen Gesichtspunkt weist auch der *Gerichtshof* in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* im Zusammenhang mit der Herleitung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung aus den materiellen Unionsrechten hin, wenn er feststellt: „Im Übrigen ist ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, insbesondere deshalb nach Artikel 234 EG-

---

<sup>215</sup> Siehe insoweit den Nachweis oben unter Fn. 49.

Vertrag [heute Artikel 267 AEUV] zur Anrufung des *Europäischen Gerichtshofes* verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehene Rechte verletzt werden.<sup>216</sup>

## **2. Keine Missachtung der Letztinstanzlichkeit nationaler Gerichte durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Entscheidet in unionsrechtlich determinierten Streitigkeiten über das Vorabentscheidungsverfahren letztverbindlich alleine der *Gerichtshof*, dann kann angesichts des Umstandes, dass sich – wie die vorstehende Untersuchung gezeigt hat – ein letztinstanzlicher Verstoß gegen Unionsrecht typischerweise durch eine Verletzung auch des Artikels 267 Absatz 3 AEUV auszeichnet, den mitgliedstaatlichen Gerichten auch nicht dadurch ihre Letztinstanzlichkeit abgesprochen werden, dass dem Bürger nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils eines letztinstanzlichen Gerichts über den Weg der Geltendmachung eines Staatshaftungsanspruchs die Möglichkeit eingeräumt wird, den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.

Genauso wenig wie mit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ein Rechtsschutz *gegen* den Richter verbunden ist, geht mit ihr auch nicht ein Eingriff in die mitgliedstaatlichen Instanzenzüge einher. Insbesondere von einer Negierung der in den nationalen Prozessordnungen vorgesehenen Letztinstanzlichkeit kann nicht ausgegangen werden.

---

<sup>216</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 35).

### **C. Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts und die Rechtskraft letztinstanzlicher Entscheidungen**

Innerhalb der Untersuchung spezifischer, mit der Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung gerade auf letztinstanzliches judikatives Unrecht verbundener Probleme soll abschließend auf die Frage eingegangen werden, ob mit dieser nicht die Rechtskraft von Urteilen negiert wird.

Insbesondere stellt sich die Frage, ob mit der Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* zulasten der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile ein zu hoher Preis für die Effektivität des Unionsrechts bezahlt wird<sup>217</sup>.

#### **1. Berührung der Rechtskraft letztinstanzlicher Entscheidungen durch die Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts stellt die Rechtskraft eines letztinstanzlichen Urteils in Frage.

Ein Verfahren zur Feststellung der Haftung des Staates mag nicht denselben Gegenstand und nicht zwangsläufig dieselben Parteien wie das Verfahren, das zur rechtskräftigen Entscheidung geführt hat, haben: „Obsiegt nämlich der Kläger mit einer Haftungsklage gegen den Staat, so erlangt er dessen Verurteilung zum Ersatz des entstandenen Schadens, aber nicht zwangsläufig

---

<sup>217</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 50.

die Aufhebung der Rechtskraft der Gerichtsentscheidung, die den Schaden verursacht hat.<sup>218</sup>

Dieser formale Ansatz des *Gerichtshofes* kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Staatshaftung letztlich dazu führt, dass die Frage, über die letztinstanzlich entschieden wurde, nach wie vor Gegenstand eines Streites, wenn auch möglicherweise mit nicht ganz identischen Parteirollen, ist und sich vor allem die ordentlichen Gerichte bei Zuerkennung eines Staatshaftungsanspruchs über die rechtliche Beurteilung des den Ausgangsfall entscheidenden Gerichts hinwegsetzen. Damit aber wird die in der materiellen Rechtskraft mit angelegte Bindungswirkung einer Entscheidung für die Verfahrensbeteiligten negiert.<sup>219</sup>

## **2. Ausgewogene Abwägung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtskraft durch die hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes**

Das hieraus resultierende Bedürfnis einer Einschränkung der Haftung erkennt allerdings auch der *Gerichtshof*. Er macht es lediglich begrifflich anders, nämlich an der „Besonderheit der richterlichen Funktion“ und den „berechtigten Belange(n) der Rechtssicherheit“<sup>220</sup>, fest. Das Spannungsverhältnis zwischen

<sup>218</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10307 Rn. 38).

<sup>219</sup> *Schenke, W.-R.*, in: JZ 2005, S. 680 ff (684); *Oppermann, T./Classen, C. D./Nettesheim, M.*, Europarecht 4. Auflage 2009, § 15 Rn. 19 (S. 284). Das formale Abstellen des *Gerichtshofes* auf den Streitgegenstand ist auch durch *Kremer, C.* (*ders.*, in: NJW 2004, S. 480 ff (481)) kritisiert worden. Demgegenüber stimmt *Kluth, W.*, der Argumentation des *Gerichtshofes* uneingeschränkt zu (*ders.*, in: DVBl. 2004, S. 393 ff (398): „Die Rechtskraft wird (...) zutreffend formal bestimmt.“)

<sup>220</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10311 Rn. 53).

einerseits diesen Aspekten und der letztlich hinter dem anerkannten Schadensersatzanspruch stehenden materiellen Gerechtigkeit andererseits wird innerhalb der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes aufgegriffen.

Der *Gerichtshof* löst es dahingehend auf, dass der Staat für eine unionsrechtswidrige Entscheidung nur in dem „Ausnahmefall“ haftet, dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat. Bei der Entscheidung darüber, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, hat das mit einer Schadensersatzklage befasste nationale Gericht alle Gesichtspunkte des Einzelfalles berücksichtigen. Zu diesen Gesichtspunkten gehören unter anderem das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift, die Vorsätzlichkeit des Verstoßes, die Entschuldigbarkeit des Rechtsirrtums, gegebenenfalls die Stellungnahme eines Unionsorgans sowie die Verletzung der Vorlagepflicht nach Artikel 267 Absatz 3 AEUV.<sup>221</sup>

Die in der Rechtssache *Köbler* vorgenommene Abwägungsentscheidung mag die Rechtslage in Deutschland sowie die anderer Mitgliedstaaten nicht identisch abzubilden, indem sie wohl letztlich ein wenig mehr zu Gunsten der materiellen Gerechtigkeit ausfällt. Differenzen insbesondere zu der deutschen, in § 839 Absatz 2 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtslage sind insoweit erkennbar, als die Vorsätzlichkeit des Verstoßes gegen das Unionsrecht nur ein Gesichtspunkt im Rahmen der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes darstellt, der neben der „Entschuldigbarkeit des Rechtsirrtums“ und einem „offenkundigem Verkennen“ aufgeführt wird. Damit sind auch solche Unionsrechtsverstöße erfasst, die im deutschen Recht mit dem Attribut der „groben Fahrlässigkeit“ versehen werden würden.

Festzuhalten ist jedoch, dass der *Gerichtshof* das Prinzip der Rechtssicherheit überhaupt im Grundsatz anerkennt, dieses als relevanten Belang in die Abwägungsentscheidung einstellt und es nicht unreflektiert mit dem Hinweis

---

<sup>221</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, ebd.

auf den Vorrang des Unionsrechts überspielt. Im Übrigen erscheint auch die konkret getroffene Abwägungsentscheidung, die deutlich werden lässt, dass die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung letztlich nur in besonders gelagerten Fällen eingreift, im Ergebnis ausgewogen und ist nicht zu beanstanden<sup>222</sup>. Dies gilt umso mehr, als der *Gerichtshof* im Rahmen der Anwendung der Voraussetzung des hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen das Unionsrecht auf den konkreten Fall erkennen lässt, dass er diese flexible Voraussetzung im Zweifel<sup>223</sup> zugunsten der mitgliedstaatlichen Gerichte anwendet<sup>224</sup>.

Ein zu hoher Preis für die Effektivität des Unionsrechts zu Lasten der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile ist mit der Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung auf letztinstanzliches judikatives Unrecht nach alledem nicht verbunden.

---

<sup>222</sup> So auch *Wegener, B./Held, S.*, in: Jura 2004, S. 479 ff (485).

<sup>223</sup> Der *Generalanwalt Léger* ist in seinen Schlussanträgen zu dem durchaus vertretbaren Ergebnis gekommen, dass ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ vorliege (*ders.*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), in: Slg. 2003 I, S. 10244 ff (10285 ff Rn. 165 ff)).

<sup>224</sup> Siehe *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff, S. 10239 ff (10328 ff Rn. 117 ff).

## D. Zusammenfassung des vierten Teils der Untersuchung

Für den vierten Teil der Untersuchung kann zusammenfassend festgehalten werden:

Die letztinstanzliche Verletzung einer materiellen Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ist in aller Regel mit einer gleichzeitigen Verletzung gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV – also mit der gleichzeitigen Verletzung der Verpflichtung eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts zur Vorlage an den *Gerichtshof* – verbunden.

Eine Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* besteht insbesondere auch im Fall der Verletzung materiellen Unionsrechts durch Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt.

Sämtlichen Fällen der Verletzung materiellen Unionsrechts ist gemeinsam, dass die durch die Rechtssache *C.I.L.F.I.T.* statuierten Ausnahmen von der Verpflichtung eines letztinstanzlichen Gerichtes zur Vorlage an den *Gerichtshof* nicht greifen.

Liegt eine Verletzung sowohl materiellen Unionsrechts als auch des Artikels 267 Absatz 3 AEUV vor, ist angesichts der letztinstanzlichen Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts ein Rechtsschutz *durch* den Richter noch nicht gewährt worden.

Die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts ist damit nicht mit der Figur eines problematischen Rechtsschutzes *gegen* den Richter verbunden.

Aus dem gleichzeitigen Vorliegen einer Verletzung materiellen Unionsrechts und des Artikels 267 Absatz 3 AEUV folgt zugleich, dass den letztinstanzlichen Gerichten eines Mitgliedstaates durch die unionsrechtlich gebotene

Staatshaftung nicht – wie dies jedoch teilweise befürchtet wird – ihre Letztinstanzlichkeit abgesprochen wird. Letztverbindlich entscheidet in Streitigkeiten mit Bezug zum Unionsrecht über das Vorabentscheidungsverfahren alleine der *Gerichtshof*.

Die Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung auf letztinstanzliches judikatives Unrecht stellt entgegen der Ansicht des *Gerichtshofes* die Rechtskraft eines Urteils in Frage.

Das Problem wird allerdings durch die „hinreichende Qualifikation“ des Unionsrechtsverstoßes gelöst. Hier findet unter Hinweis auf die „Besonderheit der richterlichen Funktion“ und den „berechtigten Belange(n) der Rechtssicherheit“ eine Abwägungsentscheidung zwischen materieller Gerechtigkeit und Rechtssicherheit statt, die die deutsche Rechtslage in § 839 Absatz 2 BGB nicht identisch abbilden mag, gleichwohl aber im Ergebnis auf keine grundlegenden Bedenken stößt.

Ein zu hoher Preis zu Lasten der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile für die Effektivität des Unionsrechts ist nach alledem mit der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts nicht verbunden.



## **5. Teil      Untersuchung des Anwendungsbereichs der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Wurde vorstehend die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit der Herleitung der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts aus dem Unionsrecht heraus beantwortet und mit dieser Haftung verbundene spezielle Probleme beleuchtet, soll nachstehend der Problematik des genauen Anwendungsbereichs dieser Staatshaftung nachgegangen werden.

Bei Fehlentscheidungen welcher Gerichte entsteht der unmittelbar im Unionsrecht wurzelnde Entschädigungsanspruch und kommen für dessen Durchsetzung im nationalen Recht die in der Rechtssache *Köbler* formulierten Maßgaben (Diskriminierungsverbot und Verbot übermäßiger Erschwerung der Entschädigungserlangung) zum Tragen ?

Betrifft dies alleine Unionsrechtsverstöße nationaler Höchstgerichte ?<sup>225</sup>

Oder aber ist der Anwendungsbereich der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts weiter und erfasst darüber hinaus auch die Urteile unterinstanzlicher Gerichte, gegen deren Entscheidungen ein Rechtsbehelf unter Berufung auf Unionsrecht nicht mehr eingelegt werden kann, mithin überdies die letztinstanzlichen Gerichte im konkret-funktionalen Sinne ?<sup>226</sup>

---

<sup>225</sup> Zu den Konsequenzen dieser Ansicht für die deutsche Rechtslage siehe oben unter Fn. 52.

<sup>226</sup> Zu den Konsequenzen dieser Ansicht für die deutsche Rechtslage siehe oben unter Fn. 53.

Anlass, dieser Frage näher nachzugehen, gibt die in der Literatur vertretene These, die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen judikativen Unrechts komme – alleine – bei Fehlentscheidungen letztinstanzlicher Gerichte im abstrakt-institutionellen Sinne in Betracht.

Diese These und ihre Begründung werden nachstehend vorgestellt, um sie sodann auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen.

## A. Die These von dem Eingreifen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts nur bei Fehlentscheidungen von Höchstgerichten

Namentlich bei *Haltern* begegnet man der restriktiven Ansicht, alleine die Urteile von „Höchstgerichten“ würden die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts auslösen.

Unter „Höchstgerichten“ – die *Haltern* etwa von den „Fachgerichten“<sup>227</sup>, „unteren/untergeordneten Fachgerichten“<sup>228</sup>, „unterinstanzlichen Gerichten“<sup>229</sup> oder „Untergerichten“<sup>230</sup> unterscheidet – versteht er in Entsprechung zu der Bedeutung dieser Terminologie auch anderorts<sup>231</sup> offensichtlich<sup>232</sup> nur die im gerichtsverfassungsrechtlichen Sinne letztinstanzlichen Gerichte<sup>233</sup> sowie die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten<sup>234</sup>.

<sup>227</sup> Vgl. etwa *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 368 ff (S. 203 f), Rn. 392 ff (S. 217 f) u. Rn. 897 (S. 429 f); *ders.*, in: *VerwArch* 96 (2005), S. 311 ff (332). Die Gegenüberstellung „Höchstgerichte“ – „Fachgerichte“ würde eigentlich bedeuten, dass *lediglich* die Verfassungsgerichte von der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts erfasst sind; siehe aber demgegenüber *Haltern, U.*, aaO., Rn. 418 (S. 226): „Höchst- und Verfassungsgerichte“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

<sup>228</sup> *Haltern, U.*, aaO., Rn. 895 (S. 429).

<sup>229</sup> *Haltern, U.*, aaO., Rn. 896 (S. 429).

<sup>230</sup> *Haltern, U.*, ebd.

<sup>231</sup> Vgl. etwa die Bedeutung des Begriffs der „obersten Gerichtshöfe“ in Artikel 95 Absatz 1 GG.

<sup>232</sup> Hinter dem Hinweis, dass die „unteren Fachgerichte“ (im Unterschied zu den „Höchstgerichten“) nicht dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* unterfallen, sie ebenso wenig der Vorlagepflicht des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag (heute Artikel 267 Absatz 3 AEUV) unterfallen (*Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage, 2007, Rn. 896 (S. 429)), ließe sich ein weiteres, insbesondere auch die – unter Umständen gleichermaßen der Vorlagepflicht unterliegenden – *Oberverwaltungsgerichte* bzw. *Verwaltungsgerichtshöfe* umgreifendes Verständnis des Begriffs „Höchstgericht“ vermuten; siehe aber sogleich unter Fn. 233.

<sup>233</sup> Deutlich *Haltern, U.*, aaO., Rn. 387 f (S. 214 f) sowie die Aufzählung von *Bundesfinanzhof*, *Bundesgerichtshof* und *Bundesverwaltungsgericht* im Rahmen der Aufzählung der „höchstrichterlichen Vorlagen“ (aaO., S. 427 Fn. 81), und die Unterscheidung

Genau in diese Richtung tendiert auch *Tsikrikas* in seiner Kommentierung des Urteils in der Rechtssache *Köbler*<sup>235</sup>: Auch bei ihm begegnet man der deutlicher als bei *Haltern* ausgesprochenen, allerdings nicht näher begründeten restriktiven These, dass alleine Fehlentscheidungen dieser Gerichte die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung auszulösen vermögen.

*Halterns* restriktiver Standpunkt kristallisiert sich im Rahmen seiner den gegenüber „*Köbler*“ kritischen dogmatischen Ausführungen folgenden „Annäherung an die urteilsleitende *ratio* des *Gerichtshofes*“ heraus, die auf der Wirklichkeit des juristischen Dialoges zwischen nationalen Gerichten und dem *Gerichtshof* basieren:

„Wie häufig geht es um eigentlich anderes, so dass mit dogmatischer Analyse allein noch nicht viel gewonnen ist. Warum judiziert der *Europäische Gerichtshof* so, wie er judiziert? Um hier mehr Klarheit zu schaffen, bedarf es einer Berücksichtigung des Kontextes.“<sup>236</sup>

*Haltern* führt im Folgenden aus, dass die bisherige Strategie des *Gerichtshofes*, die Höchstgerichte durch juristischen Dialog bzw. durch Betonung eines Kooperationsparadigmas zwischen nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit in das System des Artikels 267 AEUV zu „locken“<sup>237</sup>, nicht erfolgreich gewesen sei: Ein Blick auf die Statistiken belege, dass die Vorlagezahlen der Höchstgerichte nach wie vor vergleichsweise gering seien<sup>238</sup>.

---

der „Höchstgerichte“ von den „unterinstanzlichen Gerichten“ bzw. „Untergeordneten“ (s.o. Fn. 229 u. 230); vgl. auch den Verweis *Halterns, U.*, auf *Timmermans, Chr.*, in: CMLRev. 41 (2004), S. 393 ff (399) im Rahmen der Darlegung der „zunehmenden Ungeduld (der Richter des *Europäischen Gerichtshofes*) gegenüber dem mangelhaften Vorlageverhalten der *Höchstgerichte*“ (aaO., S. 427, Fn. 83) (Hervorhebung durch den Verfasser)), der an der zitierten Stelle von den „highest national Courts“ spricht.

<sup>234</sup> Vgl. *Haltern, U.*, aaO., Rn. 891 (S. 427).

<sup>235</sup> *Tsikrikas, D.*, in: ZZPInt 9 (2004), S. 123 ff (134 mit Fn. 52).

<sup>236</sup> *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 888 (S. 426).

<sup>237</sup> Dieses Vorgehen erkennt *Haltern, U. (ders., aaO., Rn. 899 (S. 430 f))* noch in den Schlussanträgen des *Generalanwaltes Léger* (mit Verweis auf die Ausführungen des *Generalanwaltes* zu *EuGH, Rs. C-224/01 („Köbler“)*, in: Slg. 2003 I, S. 10244 ff (10259 ff Rn. 53 ff)).

<sup>238</sup> *Haltern, U. (ders., Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 891 mit Fn. 81 (S. 427))* führt insoweit aus, dass in den Jahren 1960 bis 1994 deutsche Gerichte 904mal vorgelegt hätten,

Wichtige Gerichte wie das *Bundesverfassungsgericht*, die italienische *Corte costituzionale* oder das spanische *Tribunal constitucional* hätten bislang noch keine einzige Vorlage an den *Gerichtshof* gerichtet. Aus den wissenschaftlichen Veröffentlichungen der Richter des *Gerichtshofes* spreche eine zunehmende Ungeduld gegenüber dem mangelhaften Vorlageverhalten der Höchstgerichte<sup>239</sup>. Hierzu geselle sich der Umstand, dass die Höchstgerichte „in einer ganzen Serie von außergewöhnlich offen trotzigen Urteilen dem *Europäischen Gerichtshof* den Fehdehandschuh hingeworfen“<sup>240</sup> hätten. Beispielhaft wird insoweit etwa auf die „*Maastricht-Entscheidung*“ des *Bundesverfassungsgerichts*<sup>241</sup> verwiesen. Die italienische *Corte costituzionale* judiziere in aller Offenheit, sich nicht als „Gericht“ im Sinne des Artikels 267 AEUV zu verstehen und enthebe sich damit selbst der Vorlagepflicht aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV. Aus Dänemark, Belgien und Spanien seien ähnliche Brüskierungen Europas bzw. des *Gerichtshofes* bekannt.

*Haltern* gelangt nun offensichtlich vor dem Hintergrund dieses Kontextes<sup>242</sup> der Entscheidung in der Rechtssache *Köbler* zu seiner These, dass die eigentliche urteilsleitende *ratio* dieses – angeblich auf einem nicht tragfähigen dogmatischen Fundament stehenden – Judikates darin zu erblicken sei, von nun an „die Durchsetzung der Effektivitäts-Ratio und der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts (...) nicht mehr der freiwilligen Kooperation nationaler Höchstgerichte“<sup>243</sup> anzuvertrauen. Vielmehr habe der *Gerichtshof* mit „*Köbler*“

---

davon deutsche letztinstanzliche Gerichte 257mal. Das seien knapp 29 %. Von den höchstrichterlichen Vorlagen aber stammten 140 alleine vom *Bundesfinanzhof*, „in der überwiegenden Mehrzahl ging es um minisküle Klassifizierungsfragen“. Lediglich 27 Vorlagen gingen auf den *Bundesgerichtshof* zurück, 37 auf das *Bundesverwaltungsgericht*.

<sup>239</sup> Mit Verweis auf *Timmermanns, Chr.*, in: CMLRev. 41 (2004), S. 393 ff (399) (siehe hierzu oben unter Fn. 10)

<sup>240</sup> *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, S. 428 (Rn. 892).

<sup>241</sup> *BVerfG, Az.: 2 BvR 2134, 2159/92*, Urteil vom 12. Oktober 1993, in: *BVerfGE* 89, S. 155 ff.

<sup>242</sup> Grundsätzlich zu seinem Ansatz von „Dogmatik und Kontext im Europarecht“ in *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 1 ff (S. 2 ff).

<sup>243</sup> *Haltern, U.*, aaO., Rn. 891 (S. 428).

in diesem speziellen Bereich seine bisherige Strategie geändert und von Partnerschaft auf Kontrolle und Disziplinierung „umgeschaltet“<sup>244</sup>.

Hierbei unterfielen die unteren Fachgerichte nicht dem „*Köbler-Urteil*“, da die Staatshaftung nur bei unionsrechtswidrigen Urteilen der Höchstgerichte ausgelöst werde<sup>245</sup>.

---

<sup>244</sup> Haltern, U., aaO., Rn. 891 (S. 427 f).

<sup>245</sup> Haltern, U., aaO., Rn. 896 (S. 429); s.a. *ders.*, in: VerwArch 96 (2005), S. 311 ff (331).

## **B. Haftungsauslösung durch letztinstanzliche Gerichte im konkret-funktionalen Sinne**

Nach hier vertretener Ansicht kann die Ansicht *Halterns* und *Tsikrikas* nicht überzeugen. Sie ist zu restriktiv. Der Anwendungsbereich der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts geht weiter: Auch Entscheidungen letztinstanzlicher Gerichte im Sinne des Artikels 267 Absatz 3 AEUV – und damit letztlich auch Urteile solcher unterinstanzlicher Gerichte, gegen die ein Rechtsmittel unter Berufung auf Unionsrecht nicht mehr eingelegt werden kann – lösen diese Haftung aus.

Die Verbindungslinie zu Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. Artikel 267 Absatz 3 AEUV kommt in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* deutlich zum Ausdruck. Hinsichtlich des „Gericht(s), dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ im Sinne des Artikels 267 Absatz 3 AEUV tendiert der *Gerichtshof* zu einer konkret-funktionalen Sichtweise. Im Übrigen zwingt auch gerade seine Konstruktion der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts aus den unionalen Rechten heraus zu der Ausdehnung des Anwendungsbereichs über die Entscheidungen von Höchstgerichten hinaus auch auf Entscheidungen solcher Gerichte, gegen deren Entscheidungen in einem konkreten Fall kein Rechtsmittel mehr gegeben ist.

Der gegenteilige, sich auf die „Dogmatik im Kontext“ stützende Standpunkt *Halterns* und *Tsikrikas* sieht sich dem Vorwurf ausgesetzt, zu viel „Kontext“ und zu wenig „Dogmatik“ in die Beurteilung des Anwendungsbereichs der Staatshaftung einfließen zu lassen.

Nicht in Zweifel gezogen wird der der These *Halterns* zugrunde liegende grundsätzliche Ansatz, nach dem es sinnvoll sein kann, sich den Kontext einer Entscheidung des *Gerichtshofes* für dessen Verständnis zu vergegenwärtigen.

Genauso wenig wird in Frage gestellt, dass Entscheidungen vom Typ „*Maastricht*“ sicherlich nicht Begeisterung bei dem *Gerichtshof* auszulösen vermochten. Es kann auch nicht im Sinne des *Gerichtshofes* sein, dass gerade die nationalen Höchstgerichte, zumal bisweilen mit einer gewissen Chuzpe, Fälle mit Unionsrechtsbezug lieber selbst „durchentscheiden“ als dem *Gerichtshof*, wie dies durch Artikel 267 Absatz 3 AEUV vorgesehen ist, die sich ihnen stellenden unionsrechtlichen Fragen vorzulegen<sup>246</sup>. Hieraus mag auch Sicht des *Gerichtshofes* ein Bedürfnis zur Disziplinierung gerade der Höchstgerichte der Mitgliedstaaten resultieren und die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen judikativen Unrechts diesem auch Rechnung tragen können.

Dem konkret durch *Haltern* auf der Grundlage dieses praktisch lebendigen Konfliktfalls zwischen nationaler und europäischer Gerichtsbarkeit gewonnenen Standpunkt hinsichtlich der von der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts betroffenen Gerichte stehen allerdings zunächst die diesbezüglich recht eindeutig ausfallenden Aussagen des *Gerichtshofes* in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* entgegen.

---

<sup>246</sup> Siehe etwa den „kurzen Prozess“ des *Bundesfinanzhofes* mit seiner Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof*: „Der Senat ist nicht nach Artikel 177 EWG-Vertrag zur Einholung einer Vorabentscheidung des *Europäischen Gerichtshofes* verpflichtet. Soweit ersichtlich, war allerdings die Frage noch nicht Gegenstand einer Auslegung durch den *Europäischen Gerichtshof*, ob eine steuerliche Differenzierung, die an den Sitz einer Körperschaft anknüpft, gegen Artikel 7 EWG-Vertrag verstoßen kann. Nach Wortlaut und Sinn des Diskriminierungsverbotes nach Artikel 7 EWG-Vertrag kann nach Auffassung des erkennenden *Senats* jedoch kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass die angefochtene Regelung nicht unter das allgemeine Diskriminierungsverbot fällt. Der *Senat* ist überzeugt, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den *Europäischen Gerichtshof* die gleiche Gewissheit bestünde. Er hat daher eine Vorlage nach Artikel 177 EWG-Vertrag nicht veranlasst.“ (*BFH*, Az.: II R 176/87, Urteil vom 31. Oktober 1990, in: *NJW* 1991, S. 1775 f (1776) (mit Anm. *Arndt, H.-W.*, in: *NJW* 1991, S. 1776); ähnlich auch *BVerwG*, Az.: 6 C 30/98, Urteil vom 10. November 1999, in: *NVwZ* 2000, S. 1290 ff (1296) u. *BGH*, Az.: III ZR 294/03, Beschluss vom 28. Oktober 2004, in: *EuZW* 2005, S. 30 f (31)).

Diesen sollte nach hier vertretener Auffassung zur Erfassung des genauen Inhaltes eines Judikates des *Gerichtshofes* in jedem Fall der erste Blick gelten. Erst dann, wenn hierdurch kein eindeutiges Ergebnis erzielt werden kann, kann der Kontext eines Urteils für das Verständnis in die eine oder andere Richtung den Ausschlag geben.

Auffällig an dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* ist zunächst, dass der *Gerichtshof* in den Entscheidungsgründen den ursprünglich durch das vorliegende *Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien* in der Vorlagefrage verwendeten Begriff des „Höchstgerichts“<sup>247</sup> – für die alleine auch der *Generalanwalt Léger* seine These von der Erstreckung der unionsrechtlichen Staatshaftung auf judikatives Unrecht erarbeitet hat<sup>248</sup> – durch den Begriff des „letztinstanzlichen Gerichts“ ablöst, indem er in einem ersten Schritt die einleitend zitierte Vorlagefrage umformuliert<sup>249</sup>. Im weiteren Verlauf der Entscheidung kommt der *Gerichtshof* sodann kein einziges Mal mehr, anders als dies bisweilen in Stellungnahmen der Literatur suggeriert wird, auf die Begrifflichkeit „Höchstgericht“ zurück.<sup>250</sup>

Der *Gerichtshof* definiert das „letztinstanzliche Gericht“ dahingehend, dass unter einem solchen „definitionsgemäß die letzte Instanz (...), vor der der Einzelne die ihm aufgrund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte geltend

<sup>247</sup> Siehe zur ersten Vorlagefrage: *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10298 Rn. 14).

<sup>248</sup> *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), in: Slg. 2003 I, S. 10244 ff (10284 Rn. 158). Unter den „Höchstgerichten“, die er von den „gewöhnlichen Gerichten“ abgrenzt (siehe *ders.*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), aaO., S. 10244 ff (10249 Rn. 15)), wird etwa der *Bundesgerichtshof* verstanden (*ders.*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), aaO., S. 10244 ff (10264 f Rn. 72 ff mit Fn. 72)).

<sup>249</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10300 Rn. 15).

<sup>250</sup> Es trifft, anders als *Bertelmann, H.* (in: *ders.*, Europäisierung des Staatshaftungsrechts, 2005, S. 173 Fn. 1024) meint, keineswegs zu, dass der *Gerichtshof* – außer bei der wörtlichen Zitierung der Fragen des vorlegenden Gerichtes – im Verlauf seiner Entscheidung jemals von der Haftung der „Höchstgerichte“ sprechen würde; unscharf auch *Radermacher, L.*, in: *NVwZ* 2004, S. 1415 ff (u.a. 1415) u. *Haltern, U.*, *Europarecht*, 2. Auflage 2007, Rn. 873 (S. 420) sowie *ders.*, in: *VerwArch* 96 (2006), S. 311 ff (318).

machen kann<sup>251</sup>, zu verstehen ist. Vor allem setzt der *Gerichtshof* das „letztinstanzliche Gericht“ – unter ausdrücklicher Nennung dieser Norm und der darin enthaltenen Vorlagepflicht – mit dem aus Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag (heute Artikel 267 Absatz 3 AEUV) bekannten „Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“, gleich<sup>252</sup>.

Vor diesem Hintergrund erscheint es mehr als nahe liegend – auch wenn tatsächlich das Vorlageverhalten gerade der Höchstgerichte zu wünschen übrig lassen mag und eine zunehmende Ungeduld der Richter des *Gerichtshofes* über das Vorlageverhalten dieser Gerichte herrschen sollte –, mit dem durch den *Gerichtshof* verwendeten Begriff des „letztinstanzlichen Gerichtes“, der letztlich auch in den entscheidenden Leitsatz des „*Köbler-Urteils*“ Eingang findet<sup>253</sup>, nicht unbesehen alleine die Höchstgerichte eines Mitgliedstaates zu verbinden.

Angesichts der durch den *Gerichtshof* explizit hergestellten Verbindungslinien drängt es sich zur näheren Konkretisierung dieser Begrifflichkeit vielmehr auf, für die durch die Rechtssache *Köbler* in Bezug genommenen Gerichte auf das Verständnis des *Gerichtshofes* bezüglich des Tatbestandsmerkmals des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag (heute Artikel 267 Absatz 3 AEUV) „Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ zurückzugreifen<sup>254</sup>.

Der *Gerichtshof* hat sich in der Frage, ob zur Beurteilung der Letztinstanzlichkeit eine abstrakt-institutionelle oder aber eine konkret-

---

<sup>251</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

<sup>252</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10306 Rn. 35). Im Gegensatz zu der deutschen Fassung des Urteils ist in der französischen und englischen Fassung ein ausdrücklicher Verweis auf Artikel 234 Absatz 3 EG-Vertrag enthalten.

<sup>253</sup> Vgl. Leitsatz 1: „Der Grundsatz, dass die Mitgliedstaaten zum Ersatz von Schäden verpflichtet sind, die einem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, ist auch dann anwendbar, wenn der fragliche Verstoß in einer Entscheidung eines letztinstanzlichen Gerichts besteht.“

<sup>254</sup> So auch *Hakenberg, W.*, in: DRiZ 2004, S. 113 ff (115 u. 116).

funktionale Sichtweise angezeigt ist, bisher nicht ausdrücklich positioniert. Das ändert jedoch nichts daran, dass sich bereits in seiner frühen Rechtsprechung deutliche Signale dahingehend finden, nach denen der *Gerichtshof* zur konkret-funktionalen Auslegung des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. des Artikels 267 Absatz 3 AEUV tendiert<sup>255</sup>. In diese Richtung weist auch eine jüngere Entscheidung.<sup>256</sup> Diese deutliche Tendenz bei der Auslegung des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. des Artikels 267 Absatz 3 AEUV stößt auch in der deutschen Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend auf Zustimmung.<sup>257</sup> Für eine abstrakt-institutionelle Sichtweise mag das Argument der Entlastung des *Gerichtshofes*<sup>258</sup> sprechen. Alleine die konkret-funktionale Betrachtung des Gerichts, „dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können“ im Sinne des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. des Artikel 267 Absatz 3

---

<sup>255</sup> *EuGH*, Rs. 6/64 („*Costa*“), Urteil vom 15. Juli 1964, in: Slg. 1964, S. 1251 ff. In diesem Fall hatte der Mailänder Friedensrichter den *Gerichtshof* um Vorabentscheidung ersucht. Italienische Friedensrichter sind als ehrenamtliche Richter für Rechtsstreitigkeiten mit einem geringen Streitwert (dieser liegt heute bei Euro 2.582,28) zuständig. Rechtsmittel gegen die Entscheidungen der Friedensrichter sind zum höchsten italienischen Zivilgericht, der *Corte suprema di cassazione*, zwar im Grundsatz gegeben. In der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.* war dies aufgrund des sehr geringen Streitwertes von lediglich Lire 1.925,00, mithin weniger als Euro 2,00, allerdings nicht möglich. Der *Gerichtshof* führte hier im Zusammenhang mit Artikel 267 AEUV (damals Artikel 177 EWG-Vertrag) aus: „Nach dem genannten Artikel müssen staatliche Gerichte, deren Entscheidungen *wie vorliegend* nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, den *Gerichtshof* um Vorabentscheidung über die „Auslegung des Vertrages“ ersuchen, wenn sich ihnen eine diese Auslegung betreffende Frage stellt.“ (*EuGH*, („*Costa*“), Urteil vom 15. Juli 1964, aaO., S. 1251 ff (1268)) (Hervorhebungen durch den Verfasser) (zum Ganzen *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 389 (S. 215 f)).

<sup>256</sup> *EuGH*, Rs. C-99/00 (Strafverfahren gegen Kenny Lyckeskog), Urteil vom 04. Juni 2002, in: Slg. 2002 I, S. 4839 ff (4885 Rn. 15): „Dieses Ziel ist erreicht, wenn die obersten Gerichte *und* alle Gerichte, deren Entscheidungen nicht mehr Rechtsmitteln angegriffen werden können (...), der Vorlagepflicht unterliegen.“ (Hervorhebung durch den Verfasser) (hierzu *Borchardt, K-D.*, in: *Lenz/Borchardt* (Hrsgb.), EU-und EG-Vertrag, 3. Auflage 2003, Art. 234 Rn. 40 f).

<sup>257</sup> Siehe aus der Rechtsprechung: *BayVGH*, Az.: Vf. 57-VI-84, Urteil vom 08. Februar 1985, in: NJW 1985, S. 2894 ff (2895); aus dem Schrifttum: *Dörr, O./Lenz, Chr.*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 274 (S. 79) m.w.N. in Fn. 7 .

<sup>258</sup> Vgl. insoweit *Haltern, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 388 (S. 215); *Gaitinides, Ch.*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsgb.), Kommentar EU/EG-Vertrag, Band 4, 6. Auflage 2004, Art. 234 Rn. 63.

AEUV wird allerdings den Funktionen des Vorabentscheidungsverfahrens – Wahrung der EG-Rechtseinheit<sup>259</sup> und des Individualrechtsschutzes<sup>260</sup> – gerecht.<sup>261</sup>

Die Anwendbarkeit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts (auch) auf letztinstanzliche Gerichte im konkret-funktionalen Sinne muss umso mehr dann befürwortet werden, wenn man bei der Beantwortung der Frage des Anwendungsbereichs der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung zusätzlich das dogmatische Fundament dieser Haftung berücksichtigt.

Wie im Rahmen des vierten Teils der Untersuchung dargelegt, wird diese Haftung aus den Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, hergeleitet. Insbesondere wird der den nationalen Gerichten insoweit obliegende Schutzauftrag – so dieser unmöglich geworden ist – in einen Entschädigungsanspruch des Bürgers gegen den Staat gewendet: „Hierbei ist von Belang, dass ein letztinstanzliches Gericht definitionsgemäß die letzte Instanz ist, vor der der Einzelne die ihm auf Grund des Gemeinschaftsrechts zustehenden Rechte geltend machen kann. Da eine durch eine rechtskräftige Entscheidung eines solchen Gericht erfolgte Verletzung dieser Rechte regelmäßig nicht rückgängig gemacht werden kann, darf dem Einzelnen nicht die Befugnis genommen werden, den Staat haftbar zu machen, um auf diesen Weg den gerichtlichen Schutz seiner Rechte zu erlangen.“<sup>262</sup>

---

<sup>259</sup> Hierzu: *Ehricke, U.*, in: *Streinz* (Hrsgb.), EUV/EGV, 1. Auflage 2003, Art. 234 Rn. 4; *Dörr, O./Lenz, Chr.* Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 243 (S. 70); *Middeke, A.*, in: *R/M/G*, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Auflage 2003, § 10 Rn. 6 (S. 208 f); s.a. *EuGH*, Rs. 166/73 (Rheinmühlen-Düsseldorf vs. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel) Urteil vom 16. Januar 1974, in: Slg. 1974, S. 33 ff (38 Rn. 2).

<sup>260</sup> Hierzu: *Dörr, O./Lenz, Chr.*, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, 1. Auflage 2006, Rn. 245 f (S. 70 f).

<sup>261</sup> *Pechstein, M.*, EU-/EG-Prozessrecht, 3. Auflage 2007, Rn. 830 (S. 442).

<sup>262</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10306 Rn. 34).

Die maßgebliche Erwägung für die Staatshaftung – die irgendwann einmal im Instanzenzug eintretende Unmöglichkeit des gerichtlichen Schutzes der Rechte des Einzelnen – zwingt dazu, nicht nur Fehlentscheidungen letztinstanzlicher Gerichte im abstrakt-institutionellen Sinne die Staatshaftung auslösen zu lassen. Es kann nur darauf ankommen, ob in einem konkreten Fall, ob also in dem konkret schwebenden Verfahren und der konkreten Prozesssituation ein Rechtsmittel unter Berufung auf Unionsrecht gegen eine Fehlentscheidung eines nationalen Gerichtes nicht mehr gegeben ist. Das allerdings kann durchaus auch bei unterinstanzlichen Gerichten der Fall sein.

### C. Zusammenfassung des fünften Teils der Untersuchung

Für den fünften Teil der Untersuchung kann zusammenfassend festgehalten werden:

Die restriktive Ansicht *Halterns* sowie *Tsikrikas*, nach der lediglich die Höchstgerichte bzw. die im gerichtsverfassungsrechtlichen Sinne letztinstanzlichen Gerichte der Staatshaftung wegen judikativen Unionsunrechts unterfallen, mag eine gewisse Stütze in dem tatsächlichen Kontext, in den das Urteil in der Rechtssache *Köbler* eingebettet ist, finden, nachdem gerade das Vorlageverhalten der Höchstgerichte Anlass zu Beanstandungen gibt und die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzliches judikativen Unrechts ein Mittel darstellt, dem wirkungsvoll zu begegnen.

Der *Gerichtshof* zieht in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Köbler* jedoch deutlich eine Verbindungslinie zwischen den durch die Staatshaftung erfassten Gerichten und den Gerichten im Sinne des Artikels 234 Absatz 3 EG-Vertrag bzw. des Artikels 267 Absatz 3 AEUV. Diesbezüglich favorisiert er ein Verständnis der Letztinstanzlichkeit, das maßgeblich darauf abstellt, ob in einem konkreten Fall gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel unter Berufung auf Unionsrecht gegeben ist. Damit können letztlich auch unterinstanzliche Gerichte die Staatshaftung auslösen.

Dieses Ergebnis wird auch durch das dogmatische Fundament der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts vorgegeben. Es geht um den Ausgleich der Nachteile, die dadurch entstehen, dass der gerichtliche Schutz der materiellen Rechte des Einzelnen

unmöglich geworden ist. Das allerdings kann bereits in einem früheren Stadium als nach Entscheidung eines Höchstgerichts der Fall sein.

Die Ansicht *Halterns* sowie *Tsikrikas* erscheint damit zu restriktiv. Der Anwendungsbereich der Haftung geht weiter: Diese erfasst nicht nur Entscheidung von Gerichten im abstrakt-institutionellen Sinne, sondern darüber hinaus auch die Entscheidungen solcher unterinstanzlicher Gerichte, gegen deren Urteile in einer konkreten Prozesssituation ein Rechtsbehelf unter Berufung auf Unionsrecht nicht mehr eingelegt werden kann.

Dies führt in Deutschland letztlich dazu, dass in unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nicht nur unionsrechtswidrige Urteile des *Bundesverwaltungsgerichts*, des *Bundessozialgerichts* sowie des *Bundesfinanzhofes* der Staatshaftung nach „*Köbler*“ unterfallen. Unter Umständen betrifft diese vielmehr auch die *Oberverwaltungsgerichte* / *Verwaltungsgerichtshöfe* sowie die *Landessozialgerichte*, während unionsrechtswidrige Entscheidungen der *Verwaltungsgerichte*, *Finanzgerichte* und *Sozialgerichte* keinen unionsrechtlich gebotenen Entschädigungsanspruch des Bürgers gegen den Mitgliedstaat auslösen können.



## **6. Teil      Untersuchung durch den Verweis des *Gerichtshofes* auf das nationale Haftungsrecht auftauchender Fragen**

Der *Gerichtshof* verweist für die Durchsetzung des unmittelbar im Unionsrecht wurzelnden Anspruchs auf Entschädigung auf das nationale Haftungsrecht: „Vorbehaltlich des Anspruchs auf Entschädigung, der bei Erfüllung dieser Voraussetzungen seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht hat, hat der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben, wobei die im nationalen Schadensersatzrecht festgelegten Voraussetzungen nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Rechtsbehelfen, die nur nationales Recht betreffen, und nicht so ausgestaltet sein dürfen, dass sie die Erlangung der Entschädigung praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.“<sup>263</sup>

Aus diesem Verweis auf das nationale Recht entstehen einige Fragen und Probleme, denen die vorliegende Arbeit in ihrem letzten Teil auf den Grund geht.

---

<sup>263</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, aaO., S. 10239 ff (10312 Rn. 58).

**A. Die Verfassungsbeschwerde als gegenüber der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts vorrangiges Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB ?**

Stellt eine Verfassungsbeschwerde nach Erlass eines letztinstanzlichen unionsrechtswidrigen Urteils ein gegenüber der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts vorrangiges Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB – dessen Anordnung bzw. Rechtsgedanke der *Gerichtshof* im Grundsatz akzeptiert hat<sup>264</sup> – dar ? Spielt angesichts dessen die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in der Rechtswirklichkeit in Deutschland letztlich keinerlei Rolle ?<sup>265</sup>

Bislang sind Verfassungsbeschwerden wegen ihres „Ausnahmecharakters“ nicht als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB angesehen worden<sup>266</sup>. Möglicherweise aber kommt eine dogmatische Neuorientierung in Betracht, sofern die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* – wonach der *Gerichtshof* gesetzlicher Richter im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG ist<sup>267</sup>, eine Verletzung der Vorlagepflicht folglich als Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann – Parallelen mit dem unionsrechtlich über die Staatshaftung geforderten Schutz der Rechte des Einzelnen aufweist.

Dies wäre dann der Fall, wenn sich erweisen sollte, dass die auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde zu einem Schutz der letztinstanzlich verletzten materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die

<sup>264</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 66.

<sup>265</sup> Siehe insoweit oben unter Fn. 54.

<sup>266</sup> *BGH*, Az.: III ZR 207/57, Urteil vom 23. März 1959, in: *BGHZ* 30, S. 19 ff (28).

<sup>267</sup> *BVerfG*, Az.: 2 BvR 1976/83, Beschluss vom 22. Oktober 1986, in: *BVerfGE* 73, S. 339 ff (366 ff).

bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, führt, welcher diesen gleich oder besser Rechnung trägt als die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts.

In diesem Fall würde § 839 Absatz 3 BGB bzw. der in diesem enthaltene Rechtsgedanke des Vorranges des Primärrechtsschutzes gegenüber dem Sekundärrechtsschutz dazu führen, der Verfassungsbeschwerde den Vorrang gegenüber der Staatshaftung einzuräumen. Dann würde dem Geschädigten, der über die Staatshaftung zu seinem Recht kommen möchte, in der Tat zum Vorwurf gereichen, sich nicht in angemessener Form um die Verhinderung des Schadenseintritts oder um die Begrenzung des Schadensumfangs bemüht bzw. nicht rechtzeitig von allen ihm zur Verfügung stehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Gebrauch gemacht zu haben. Ausgehend hiervon kann die These *Gundels* untersucht werden, ob die durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* statuierte Haftung in der Rechtswirklichkeit in Deutschland tatsächlich kaum eine Rolle spielen wird.

### **1. Der *Gerichtshof* als gesetzlicher Richter im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts***

Das *Bundesverfassungsgericht* versteht sich nicht als „oberstes Vorlagen-Kontrollgericht“<sup>268</sup>. Es überprüft nicht, ob durch ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht die *C.I.L.F.I.T.*-Kriterien eingehalten wurden. Mithin fungiert das *Bundesverfassungsgericht* nicht als Superrevisionsinstanz für jede einfachgesetzlich fehlerhafte Auslegung und Anwendung unionsrechtlichen Verfahrensrechts.

---

<sup>268</sup> *BVerfG*, Az.: 2 BvR 808/83, Beschluss vom 09. November 1987, in: *EuGRZ* 1988, S. 109 ff (110).

Es beschränkt sich bei der Rüge der Verletzung des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG durch Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV auf eine fallgruppengeleitete Willkürprüfung. Maßgeblich ist, ob die Auslegung und Anwendung von Artikel 267 Absatz 3 AEUV bei verständiger Würdigung nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist.<sup>269</sup>

Die Verpflichtung zur Vorlage nach Artikel 267 Absatz 3 AEUV zur Klärung der Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften wird zum einen dann offensichtlich unhaltbar gehandhabt, wenn ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obschon es Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (*grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht*).

Eine willkürliche Verletzung des Artikels 267 Absatz 3 AEUV nimmt das *Bundesverfassungsgericht* darüber hinaus dann an, wenn das letztinstanzlich entscheidende Gericht in seiner Entscheidung bewusst von der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* abweicht, allerdings nicht oder nicht neuerlich vorlegt (*bewusstes Abweichen von der Rechtsprechung des Gerichtshofes ohne Vorlagebereitschaft*).

Soweit zu einer entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts einschlägige Rechtsprechung des *Gerichtshofes* noch nicht vorliegt oder dieser die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet hat oder eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* nicht nur als entfernte Möglichkeit erscheint, wird nach Auffassung des *Bundesverfassungsgerichts* Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG nur dann verletzt, wenn das letztinstanzliche Hauptsachgericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise

---

<sup>269</sup> Dörr, O., in: *Sodan/Ziekow* (Hrsgb.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, Stand: Januar 2003, Europäischer Verwaltungsschutz, Rn. 301 m.N. aus der Rechtsprechung.

überschritten hat. Von einer nicht vertretbaren Vorlage an den *Gerichtshof* geht das *Bundesverfassungsgericht* dann aus, wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Unionsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung vorzuziehen sind.<sup>270</sup> Eine unvertretbare Vorlage und damit ein Verstoß gegen Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG wird negiert, wenn das letztinstanzlich entscheidende deutsche Gericht die unionsrechtliche Frage in zumindest vertretbarer Weise beantwortet hat.<sup>271</sup>

## **2. Defizite der Verfassungsbeschwerde gegenüber der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung hinsichtlich des Schutzes der unionalen Rechte**

Auch wenn die auf eine Verletzung des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde mit der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts deutliche Parallelen aufweist – in beiden Fällen können nur besonders qualifizierte Rechtsverstöße geltend gemacht werden – wird – was *Storr* bereits herausgearbeitet hat<sup>272</sup> – eine Fortentwicklung der Verfassungsbeschwerde als gegenüber der Staatshaftung vorrangiges Rechtsmittel i.S.d. § 839 Absatz 3 BGB nicht in Betracht kommen.

Dies liegt weniger darin begründet, dass Verfassungsbeschwerden erst zu einem Zeitpunkt erhoben werden können, in dem das fachgerichtliche Verfahren abgeschlossen ist, „gar die Phase der Vollstreckung oder des Vollzugs eröffnet ist.“ Entscheidend ist auch nicht, dass die Verfassungsbeschwerde den Eintritt der Rechtskraft der angegriffenen Entscheidung nicht verhindert, genauso wenig

---

<sup>270</sup> Zum Ganzen *BVerfG*, Az.: 2 BvL 12,13/88, 2 BvR 1436/87, Beschluss vom 31. Mai 1990, in: *BVerfGE* 82, S. 159 ff (S. 195 f).

<sup>271</sup> Hierzu *Roth, W.*, in: *NVwZ* 2009, S. 345 ff (349) m.N. aus der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*.

<sup>272</sup> *Storr, St.*, in: *DÖV* 2004, S. 545 ff (550).

wie es darauf ankommt, dass eine Verfassungsbeschwerde das fachgerichtliche Verfahren nicht fortsetzt<sup>273</sup>: Das alles trifft auch auf die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts zu.

Ausschlaggebend ist, dass die Verfassungsbeschwerde nicht einen vergleichbaren Schutz der materiellen Rechte des Einzelnen wie die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung gewährleistet, ja sogar hinter dieser zurückbleibt. Ihr kann daher ein Vorrang dieser gegenüber nicht zukommen.

Die Verfassungsbeschwerde führt zwar im Falle des Erfolgs zu einer Zurückverweisung an das Fachgericht (§ 95 Absatz 2 i.V.m. § 90 Absatz 2 Satz 1 BVerfGG), das sodann die sich ihm stellende Frage aus dem materiellen Unionsrecht an den *Gerichtshof* vorlegen wird. Dessen Antwort würde dann bei der fachgerichtlichen Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigt. Insoweit führt die auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützte Verfassungsbeschwerde zu einem primären Schutz der materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

Entscheidend aber ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Annahme einer Verfassungsbeschwerde (§§ 90 Absatz 2, 93 a BVerfGG i.V.m. Artikel 94 Absatz 2 GG) dem *Bundesverfassungsgericht* einen Spielraum belassen. Eine Annahme der Verfassungsbeschwerde ist geboten, sofern der Verfassungsbeschwerde grundsätzliche Bedeutung zukommt oder die Annahme zur Durchsetzung der Grundrechte angezeigt ist.

---

<sup>273</sup> Zum Ganzen *Storr, St.*, ebd.

Nicht angezeigt ist die Annahme der Verfassungsbeschwerde allerdings dann, wenn die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten kein besonderes Gewicht hat und den Beschwerdeführer nicht in existentieller Weise betrifft.<sup>274</sup>

Der durch die unionsrechtliche Rechtsschutzgarantie vorgegebene gerichtliche Schutz der materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen – dessen Unmöglichkeit zu der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung führt – beschränkt sich allerdings nicht auf besonders gewichtige Fehler oder Situationen existentiellen Betroffenseins. Er erfasst vielmehr Rechtsbeeinträchtigungen jeglicher Art.<sup>275</sup>

### **3. Die fehlende Eigenschaft der Verfassungsbeschwerde als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB**

Damit erweist sich die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich des Schutzes der materiellen Rechte des Einzelnen aus dem Unionsrecht als weniger umfassend als die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung.

Ein Vorrang gegenüber dieser kann ihr angesichts dessen nicht zukommen. Angesichts der strengen Annahmeveraussetzungen der Verfassungsbeschwerde führt ihre fehlende Einlegung nicht dazu, dass dem Geschädigten vorgeworfen werden könnte, er habe sich nicht in angemessener Form um die Verhinderung des Eintritts oder des Umfangs des Schadens, der durch die Staatshaftung Rechnung liquidiert werden kann, bemüht. Der maßgeblich auf dem Vorrang der Verfassungsbeschwerde aufbauenden These *Gundels*, dass die Staatshaftung in

---

<sup>274</sup> *Storr, St.*, aaO., S. 545 ff (550) m.N. aus der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*.

<sup>275</sup> Vgl. insoweit *Storr, St.*, ebd.

der Rechtswirklichkeit Deutschlands so gut wie keine Rolle spielen kann, ist schon aus diesem Grund der Boden entzogen.

### **B. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht ?**

Neben der Frage der Bedeutung der Verfassungsbeschwerde im Rahmen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts stellt sich angesichts des Verweises des *Gerichtshofes* auf das nationale Haftungsrecht die Frage, ob § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht<sup>276</sup> im Sinne des Urteils in der Rechtssache *Köbler* vereinbar ist.

Muss § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB – als übermäßiges Erschwernis für die Durchsetzung des unionsrechtlichen Entschädigungsanspruchs – in unionsrechtlich determinierten Fällen dem Vorrang des Unionsrechts weichen, weil Möglichkeiten einer unionsrechtskonformen Auslegung nicht erkennbar wären ? Bedeutet die Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* möglicherweise sogar das „Ende des Spruchrichterprivilegs“ und hat der deutsche Gesetzgeber als Konsequenz aus dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* wirklich „die Daseinsberechtigung des Richterprivilegs entgegen der bisherigen Reformvorstellungen innerstaatlich kritisch zu überprüfen und legislativ die gebotenen Konsequenzen zu ziehen“?<sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> Siehe hierzu oben im **1. Teil B. 1.** (S. 10 f).

<sup>277</sup> Siehe insoweit die Nachweise oben unter Fn. 57 - 59.

Um diesen Fragen auf den Grund zu gehen, bedarf es zunächst einer genaueren Untersuchung des Zwecks und des Anwendungsbereichs des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB. Hiervon ausgehend kann dann entschieden werden, ob § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB tatsächlich dem Vorrang des Unionsrechts weichen muss oder aber möglicherweise gerade die vorstehend dargestellte Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* auch an dieser Stelle letztlich dazu führt, dass „Entwarnung“ gegeben werden kann.

## **1. Zweck und Anwendungsbereich des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB**

§ 839 Absatz 2 Satz 1 BGB beinhaltet das sogenannte „Spruchrichterprivileg“. Danach ist ein Beamter, der bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht verletzt, für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Dies betrifft vor allem die Fälle der Rechtsbeugung und Bestechlichkeit im Sinne des §§ 332, Absatz 2, 339 StGB, so dass durch § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB im Grunde genommen eine Beschränkung auf vorsätzliches Handeln des Richters stattfindet.

### **a. Zweck der in § 839 Absatz 2 BGB enthaltenen Haftungsprivilegierung**

Insbesondere in der älteren Rechtsprechung wurde hinsichtlich des Zwecks des § 839 Absatz 2 Satz 1 StGB auf den Schutz der verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Unabhängigkeit (Artikel 97 GG) verwiesen<sup>278</sup>.

Hiergegen spricht, dass die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit – die im Wesentlichen beinhaltet, dass Richter in ihrer richterlichen Tätigkeit nicht an

---

<sup>278</sup> *BGH*, Az.: III ZR 72/65, Urteil vom 11. März 1968, in: *BGHZ* 50, S. 14 ff (19 f).

Weisungen gebunden sind<sup>279</sup> – nicht ausschließt, dass über die Gesetzesmäßigkeit des Richterspruchs noch ein anderes Gericht entscheidet. In der Kontrolle richterlicher Entscheidungen im gerichtlichen Instanzenzug liegt mit Sicherheit keine Verletzung der Unabhängigkeit des in dieser Weise kontrollierten und gegebenenfalls korrigierten Richters. Von hierher ist es nicht einzusehen, weswegen etwas anderes gelten sollte, wenn ein Richterspruch im Amtshaftungsprozess von den dazu berufenen Gerichten auf etwaige Gesetzesfehler überprüft wird.<sup>280</sup>

Es kann bei § 839 Absatz 2 BGB auch nicht darum gehen, dass der Richter – im Interesse seiner inneren Freiheit und Unbefangenheit – nicht befürchten müssen soll, dass sein Verhalten ihm als Fehlverhalten angelastet und zur Grundlage eines Ersatzanspruchs gemacht wird.<sup>281</sup>

Solange wegen Artikel 34 Satz 1 GG grundsätzlich der Staat für fehlerhafte Urteile einzustehen hat, besteht kein Anlass, etwaigen Gefährdungen der Unbefangenheit eines Richters durch das Damoklesschwert eines gegen ihn gerichteten Ersatzanspruchs entgegenwirken zu müssen.<sup>282</sup>

Stellt mithin die Staatshaftung wegen judikativen Unrechts die richterliche Unabhängigkeit nicht in Frage, kann der mit der in § 839 Absatz 2 BGB vorgesehene Haftungsprivilegierung verfolgte Zweck nur in dem Schutz der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile erblickt werden: Ein einmal entschiedener

---

<sup>279</sup> Haratsch, A., in: *Sodan* (Hrsgb.), Grundgesetz Beck'scher Kompakt-Kommentar, 1. Auflage 2009, Art. 97 Rn. 4.

<sup>280</sup> Zum Ganzen: *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, 5. Auflage 2009, Band 5, § 839 Rn. 322.

<sup>281</sup> *BGH*, Az.: III ZR 72/65, Urteil vom 11. März 1968, in: *BGHZ* 50, S. 14 ff (19 f).

<sup>282</sup> Vgl. *Storr, St.*, in: *DÖV* 2004, S. 545 ff (545); *EuGH*, Rs. C-224/01, Gerhard Köbler vs. Republik Österreich, Urteil vom 30. September 2003, in: *Slg.* 2003 I, S. 10239 ff (10308 Rn. 42): „Was die richterliche Unabhängigkeit betrifft, so geht es bei dem genannten Haftungsgrundsatz nicht um die persönliche Haftung des Richters, sondern um die des Staates. Es ist nicht ersichtlich, dass die Unabhängigkeit eines letztinstanzlichen Gerichts durch die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen die Haftung des Staates für gemeinschaftsrechtswidrige Gerichtsentscheidungen feststellen zu lassen, gefährdet würde.“

Gegenstand soll nicht erneut der richterlichen Prüfung zugänglich gemacht werden könne mit der Begründung, der erkennende Richter habe rechtswidrig und daher amtspflichtwidrig gehandelt.<sup>283</sup> Die Funktion der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen wiederum besteht darin, durch die Maßgeblichkeit und Rechtsbeständigkeit des Inhalts der Entscheidung über den Streitgegenstand die Rechtslage verbindlich zu klären und damit Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu schaffen.<sup>284</sup>

Das Haftungsprivileg des § 839 Absatz 2 BGB ist nach alledem der Sache also nach kein „Spruchrichterprivileg“, sondern ein – letztlich Rechtsfrieden und Rechtssicherheit geschuldetes – „Richterspruchprivileg“.<sup>285</sup>

#### **b. Anwendungsbereich des § 839 Absatz 2 BGB und der Haftungsmaßstab bei Fehlen eines Urteils in einer Rechtssache**

§ 839 Absatz 2 Satz 1 BGB findet seinem Wortlaut nach Anwendung auf ein Urteil in einer Rechtssache. Während der historische Gesetzgeber unter dem Begriff des „Urteils“ nur solche in einem Rechtsstreit ergangenen Entscheidungen verstanden hatte, die nach gesetzlicher Vorschrift unter der technischen Bezeichnung „Urteil“ zu ergehen hatten<sup>286</sup>, wird das Haftungsprivileg des § 839 Absatz 2 BGB durch die neuere Rechtsprechung nicht nur auf Urteile im rein prozesstechnischen Sinne erstreckt, sondern findet darüber hinaus Anwendung auf alle richterlichen Entscheidungen, die „ihrem

---

<sup>283</sup> *Storr, St.*, ebd. m.w.N.; *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, 5. Auflage 2009, Band 5, § 839 Rn. 323.

<sup>284</sup> *Storr, St.*, ebd.

<sup>285</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, 5. Auflage 2009, Band 5, § 839 Rn. 322.

<sup>286</sup> Vgl. *Mugdan*, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. II, S. 1397, 1402, 1409).

Wesen nach Urteile sind und diesen in allen wesentlichen Voraussetzungen gleichzusetzen, also urteilsvertretende Erkenntnisse sind“<sup>287</sup>. Maßgeblich ist der Gesichtspunkt, ob die Entscheidung der Rechtskraft fähig ist. Diese muss ganz oder teilweise ein Prozessrechtsverhältnis für die Instanz mit bindender Wirkung beenden.<sup>288</sup>

Nicht nur Urteile, sondern auch Beschlüsse fallen damit unter § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB, wenn es sich nur um eine richterliche Entscheidung in einem nach den für das Erkenntnisverfahren wesentlichen Verfahrensgrundsätzen geführten gerichtlichen Verfahren handelt, die einem Urteil vergleichbar die Instanz beendet (Kriterien: Notwendigkeit rechtlichen Gehörs, Ausschöpfung der in Betracht kommenden Beweismittel, Begründungszwang und materielle Rechtskraftwirkung) oder jedenfalls „interimistische Befriedigungsfunktion“ hat.<sup>289</sup>

Nicht unter § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB fallen etwa Beschlüsse in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit sie nicht ausnahmsweise streitentscheidender Natur sind, Beschlüsse im Arrest- und einstweiligen Verfügungsverfahren sowie Beschlüsse im Vollstreckungs- und Insolvenzverfahren.<sup>290</sup>

Aber auch dann, wenn § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB nicht greift, führt nicht jedes Verschulden zu einer Haftung. Auch in diesem Fall sollen nur besonders grobe Verstöße zur Staatshaftung führen. Zur Begründung beruft sich der *Bundesgerichtshof* in diesem Zusammenhang auf den Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit: „Bei richterlichen Amtspflichtverletzungen

---

<sup>287</sup> *BGH*, Az.: III ZR 6/53, Urteil vom 26. April 1954, in: *BGHZ* 13, S. 142 ff (143).

<sup>288</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, 5. Auflage 2009, Band 5, § 839 Rn. 325 m.w.N. in Fn. 1077.

<sup>289</sup> Zum Ganzen: *Sprau, H.*, in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, § 839 Rn. 65.

<sup>290</sup> *Papier, H.-J.*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsgb.), Münchener Kommentar, 5. Auflage 2009, Band 5, § 839 Rn. 326 m.N. aus der Rechtsprechung.

außerhalb des Anwendungsbereichs des § 839 Absatz 2 Satz 1 BGB ist (...) der Verfassungsgrundsatz der richterlichen Unabhängigkeit zu beachten. Soweit in solchen Fällen im Amtshaftungsprozess darüber zu befinden ist, ob ein Richter bei der Rechtsanwendung und Gesetzesauslegung schuldhaft amtspflichtwidrig gehandelt hat, kann dem Richter in diesem Bereich ein Schuldvorwurf nur bei besonders groben Verstößen gemacht werden; inhaltlich läuft das auf eine Haftung für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit hinaus.<sup>291</sup>

## **2. Vereinbarkeit des § 839 Absatz 2 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht**

Es stellt sich die Frage, ob das Spruchrichterprivileg des § 839 Absatz 2 BGB und die Voraussetzungen des hinreichend qualifizierten Verstoßes bei Verletzung von Unionsrecht durch ein letztinstanzlich entscheidendes deutsches Gericht miteinander zu vereinbaren sind. Insbesondere ist der Frage nachzugehen, ob das deutsche Haftungsrecht an dieser Stelle nicht – wie dies teilweise vermutet wird – die Durchsetzung des unmittelbar im Unionsrecht wurzelnden Entschädigungsanspruchs übermäßig erschwert und aus diesem Grund dem Vorrang des Unionsrechts weichen muss.

Auf den ersten Blick spricht einiges dafür. Einmal mehr erscheint sich ein Gegensatz zwischen (strengerem) nationalen Recht und (weniger restriktiven) Unionsrecht zu ergeben, der das Erfordernis einer „veritablen Systemveränderung“<sup>292</sup> mit sich bringt. Schließlich gehen die Kriterien, die der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Köbler* im Rahmen der hinreichenden

---

<sup>291</sup> *BGH*, Az.: III ZR 326/02, Urteil vom 03. Juli 2003, in: *NJW* 2003, S. 3052 f (3053); *OLG Frankfurt*, Az.: 1 U 25/2000, 1 U 25/00, Urteil vom 29. Januar 2001, in: *NJW* 2001, S. 3270 ff (3271); kritisch hierzu: *Schlaeger, Chr.*, in: *NJW* 2001, S. 3244 u. *Wollweber, H.*, in: *DVBl.* 2004, S. 510 f (510).

<sup>292</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 56 u. 143.

Qualifikation des Unionsrechtsverstößes benannt hat, über die durch § 839 Absatz 2 BGB in Bezug genommene Verschuldensform des Vorsatzes hinaus: Wenn der *Gerichtshof* als maßgebliches Kriterium für die hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstößes das „Maß an Klarheit und Präzision der Norm“ benennt, deutet vieles darauf hin, dass auch in solchen Fällen gehaftet wird, die im deutschen Recht mit der Terminologie der „groben Fahrlässigkeit“ beschrieben werden. Dies gilt umso mehr angesichts des Umstandes, dass die „Vorsätzlichkeit des Verstoßes“ als ein Gesichtspunkt neben der „Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums“ aufgeführt wird.

So nimmt es nicht Wunder, dass angesichts des Urteils in der Rechtssache *Köbler* manche Autoren von einem „Ende des Spruchrichterprivilegs“ sprechen und legislative Konsequenzen einfordern.

Ist aber im nationalen Recht nicht bereits längst in unionsrechtlich determinierten Streitigkeiten der Schutz der Rechtskraft von Urteilen – welcher § 839 Absatz 2 BGB zugrunde liegt – gegenüber der gesetzlichen, an Vorsatz anknüpfenden Regelung durch die Rechtsprechung – insbesondere durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* – herabgesenkt worden ?

Wie im Zusammenhang mit der Frage der Relevanz einer auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gestützten Verfassungsbeschwerde im Rahmen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen judikativen Unrechts dargelegt, beschränkt sich das *Bundesverfassungsgericht* bei der Rüge der Verletzung des Artikels 101 Absatz 1 Satz 2 GG durch Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV auf eine fallgruppengeleitete Willkürprüfung. Maßgeblich ist, ob Auslegung und Anwendung bei verständiger Würdigung nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar sind.<sup>293</sup> Die Verpflichtung zur Vorlage nach Artikel 267 Absatz 3 AEUV zur Klärung der Auslegung unionsrechtlicher Vorschriften wird zum einen dann offensichtlich unhaltbar

---

<sup>293</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 269.

gehandhabt, wenn ein letztinstanzlich entscheidendes Gericht eine Vorlage trotz der – seiner Auffassung nach bestehenden – Entscheidungserheblichkeit der unionsrechtlichen Frage überhaupt nicht in Erwägung zieht, obschon es Zweifel hinsichtlich der richtigen Beantwortung der Frage hegt (*grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht*).<sup>294</sup> Daneben gesellt sich die Fallgruppe des *bewussten* – mithin vorsätzlichen – Abweichens von der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* ohne Vorlagebereitschaft.

Damit wird die Rechtskraft von Urteilen in unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Streitigkeiten durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* also auch in solchen Fällen durchbrochen, die über die Straftatbestände des § 839 Absatz 2 BGB hinausgehen.

Kommt dieser Haftungsprivilegierung als Zweck, wie dargelegt, der Schutz der Rechtskraft richterlicher Entscheidungen zu, muss konsequenterweise – soweit dieser Schutz in unionsrechtlichen Konstellationen herabgesenkt ist – dem bzw. den durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* aufgestellten Grundsätzen auch im Rahmen der Haftungsprivilegierung des § 839 Absatz 2 BGB Rechnung getragen werden.

Als dogmatischer gangbarer Weg für die Berücksichtigung der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* im Rahmen des § 839 Absatz 2 BGB kommt eine unionsrechtskonforme ergänzende Auslegung des § 839 Absatz 2 BGB in Betracht: Erwägenswert erscheint, § 839 Absatz 2 BGB ergänzend dahingehend auszulegen, dass im Falle der judikativen Verletzung von Unionsrecht die in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* aufgestellten Grundsätze die Grenze der Haftung für letztinstanzliches judikatives Unrecht markieren. Diese sind nicht ganz deckungsgleich mit den Kriterien, die der *Gerichtshof* zwecks Ausfüllung der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstößes benennt. Danach ist nicht unbedingt erforderlich, dass Zweifel an der richtigen

---

<sup>294</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 270.

Anwendung des Unionsrechts bestehen. Hinreichend qualifiziert wäre ein Verstoß vielmehr auch dann, wenn die Einschlägigkeit des Unionsrechts überhaupt nicht gesehen wurde, Zweifel an der richtigen Anwendung desselben dementsprechend überhaupt nicht auftreten konnten. Die durch das *Bundesverfassungsgericht* aufgestellten Grundsätze sind allerdings offen für eine Weiterentwicklung in diese Richtung.

Von einer Unvereinbarkeit des § 839 Absatz 2 BGB mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht kann nach alledem nicht ausgegangen werden. Vor allem erzwingt auch an dieser Stelle des nationalen Rechts<sup>295</sup> das Unionsrecht nicht etwa eine radikale Änderung des nationalen Rechts. Insbesondere fordert es nicht etwa legislative Konsequenzen ein, wie dies bisweilen vermutet wird. Bereits das nationale Recht hat sich der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* angenähert.

Allenfalls legt das Unionsrecht den „Finger in die Wunde“, indem es die Lösung von sich um § 839 Absatz 2 BGB rankenden Einzelfragen durch die Rechtsprechung – die sich bereits in rein nationalen Konstellationen Bedenken ausgesetzt sah – in ein kritisches Licht rückt und zusätzlich zu Veränderungen drängt.

So hat der *Gerichtshof* in seinem Urteil in der Rechtssache *Köbler* zu Recht hervorgehoben, dass die richterliche Unabhängigkeit – kein – Grund für eine Begrenzung der Haftung wegen judikativer Verletzung von Unionsrecht darstellen kann.<sup>296</sup>

Diese aber soll nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofes* in solchen Fällen, die nicht dem „Richterspruchprivileg“ des § 839 Absatz 2 BGB

---

<sup>295</sup> Siehe zu der Dogmatik des subjektiven Rechts im nationalen Recht und im Unionsrecht, die nicht etwa eine „veritable Systemveränderung“ (siehe hierzu oben unter Fn. 56 u. 143) mit sich bringt oben im **4. Teil D. 4. b. bb.** (S. 65 ff).

<sup>296</sup> Siehe hierzu oben unter Fn. 281.

unterfallen, der ausschlaggebende Gesichtspunkt für eine Begrenzung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sein können<sup>297</sup>.

In diesem Bereich kann die Rechtsprechung des *Gerichtshofes* zusätzlichen Veränderungsdruck ausüben – ohne allerdings einen grundlegenden Systemwechsel zu erzwingen.

**C. Die Auswirkung der durch „*Kühne & Heitz*“ determinierten Möglichkeit der Durchbrechung der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Im Rahmen der Untersuchung der Probleme, die durch den Verweis des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* auf das nationale Haftungsrecht entstehen, soll abschließend ein intensiverer Blick der Bedeutung der dem geschädigten Bürger gegebenen Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes – insbesondere soweit diese durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determiniert wird – im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts gewidmet werden: Führt diese in unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Streitigkeiten möglicherweise unter Zugrundelegung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung letztlich zu der Verneinung des durch § 839 Absatz 1 BGB vorausgesetzten Schadens ? Oder aber stellt diese ein gegenüber der Staatshaftung vorrangiges „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB dar ? In beiden Fällen bestünde ein Schadensersatzanspruch des Bürgers wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts nicht.

---

<sup>297</sup> Siehe insoweit die Nachweise oben unter Fn. 291.

Der Untersuchung wird eine Konstellation zugrunde gelegt, die die Rechtssache *Kühne & Heitz*, übertragen auf Deutschland, prägte, mithin der Erlass eines rechtswidrigen Gebührenbescheids durch eine deutsche Bundesbehörde auf der Grundlage des nationalen Rechts, gegen den sich der Bürger unter Berufung auf Unionsrecht gerichtlich zur Wehr setzt – dies jedoch ohne Erfolg, sondern unter hinreichend qualifizierter Verletzung des Unionsrechts durch ein letztinstanzliches Gericht – etwa des *Bundesverwaltungsgerichts* – weswegen bei dem Bürger ein Schaden in Form der Gebührenbelastung eintritt.

Eine nach dem Erlass des Urteils des *Bundesverwaltungsgerichts* ergangene Entscheidung des *Gerichtshofes* offenbart die Unionsrechtswidrigkeit der durch die Behörde und das Gericht angewandten nationalen Norm.

Um sich von dem bei ihm eingetretenen Schaden freizuhalten, steht dem Bürger in dieser Konstellation nun zum einen die Möglichkeit offen, den durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* statuierten Entschädigungsanspruch wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts geltend zu machen. Alternativ hierzu erscheint denkbar, sich mit dem Begehren der Aufhebung des Verwaltungsaktes und der Erstattung der gezahlten Gebühren an die den Bescheid erlassende Verwaltungsbehörde zu wenden.

Das genaue Verhältnis dieser beiden Möglichkeiten zueinander soll anhand dieses Beispielfalls in diesem Teil der Arbeit näher beleuchtet werden.

Um diese im Schrifttum bisher gänzlich unbeachtet gebliebene Frage zu beantworten, bedarf es einer Untersuchung, auf welche Konstellationen die *Kühne & Heitz* - Rechtsprechung Anwendung findet – insbesondere ob dies auch in dem Fall des hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen Unionsrecht der Fall ist – und vor allem, welche Konsequenzen sich genau aus dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* hinsichtlich der Durchbrechung der Bestandskraft eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes ergeben.

Sodann kann der Frage der Auswirkung der Durchbrechung der Bestandskraft im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts –

entweder im Rahmen des Schadens im Sinne des § 839 Absatz 1 BGB oder aber als Rechtsmittel im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB – nachgegangen werden.

Nachdem der Grund für die bislang fehlende Auseinandersetzung mit dieser Problematik offensichtlich darin begründet liegt, dass die „*Kühne & Heitz*“ bzw. die dem vorbeschriebenen Beispielsfall zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation als nicht sonderlich praxisrelevant – vielmehr als von „Zufälligkeiten“ geprägt – angesehen wird<sup>298</sup>, wird all dem zunächst eine Untersuchung vorangestellt, ob diese Charakterisierung tatsächlich zutreffend ist.

### **1. Praxisrelevanz der dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* zugrunde liegenden Sachverhaltskonstellation**

Wie in der Einleitung ausgeführt, ist eine nationale Behörde nach dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* dann, wenn

- *erstens* nach nationalem Recht die Befugnis besteht, eine bestandskräftige Entscheidung zurückzunehmen,
- *zweitens* die Verwaltungsentscheidung ihre Bestandskraft erst infolge eines Urteils eines nationalen Gerichtes, dessen Entscheidungen nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar sind, erlangt hat,
- *drittens* das Urteil auf einer Auslegung des Unionsrechts beruht, die – wie ein später ergangenes Urteil des *Gerichtshofes* zeigt – unrichtig war und

---

<sup>298</sup> *Doerfert, C.*, in: JA 2004, S. 715 f (716); s.a. *Gosch, D.*, in: DStR 2004, S. 1988 ff (1990), der von einem „(Ausnahme-) Sachverhalt“ spricht. Demgegenüber spricht etwa *Gundel, J.*, in: Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 191 ff (204) von einem nachgeradezu „typischen Sachverhalt“.

erfolgt ist, ohne dass der *Gerichtshof* angerufen wurde, obwohl der Tatbestand des Artikels 267 Absatz 3 AEUV erfüllt war,

und sich schließlich

- *viertens* der Bürger, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des *Gerichtshofes* erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde wendet,

nach dem in Artikel 4 Absatz 3 EUV verankerten Grundsatz dazu verpflichtet, „ihre Entscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen.“ Diese Behörde müsse „anhand der Ergebnisse dieser Überprüfung entscheiden, inwieweit sie verpflichtet ist, die in Rede stehende Entscheidung, ohne die Belange Dritter zu verletzen, zurückzunehmen.“<sup>299</sup>

Die Frage nach der praktischen Relevanz der dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* zugrunde liegenden Konstellation stellt sich vor allem mit Blick auf die zweite und dritte Voraussetzung: Kann tatsächlich damit gerechnet werden, dass im Nachgang zu einem Urteil eines letztinstanzlichen Gerichts, das sowohl materielles Unionsrecht als auch Artikel 267 Absatz 3 AEUV verletzt, ein Urteil des *Gerichtshofes* ergeht, das die gleichen materiellrechtlichen Fragen zum Gegenstand hat und die Unionsrechtswidrigkeit des Urteils des nationalen Gerichtes offenbart ? Oder muss das nicht vielmehr als (absoluter) Ausnahmesachverhalt angesehen werden ?

Zuzugestehen ist sicherlich, dass ein zwangsläufiger Zusammenhang zwischen dem Erlass eines unionsrechtswidrigen Urteils durch ein mitgliedstaatliches

---

<sup>299</sup> *EuGH*, Rs. C-453-00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (869 Rn. 27).

Gericht und der Dokumentation der Unionsrechtswidrigkeit desselben durch ein nachfolgendes Urteil des *Gerichtshofes* – nicht – besteht.

Gleichzeitig begegnet allerdings auch die Charakterisierung eines rein zufälligen Zusammentreffens, dem nur wenig Beachtung geschenkt werden müsste, erheblichen Bedenken.

Zunächst belegt der dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* zugrunde liegende Sachverhalt die grundsätzlich bestehende Möglichkeit einer solchen Konstellation.

Darüber hinaus darf es auch mitnichten als allzu unwahrscheinlich gelten, dass die im Mittelpunkt zunächst eines Primärrechtsschutzverfahrens, sodann eines Staatshaftungsverfahrens stehenden unionsrechtlichen Fragen in der Zwischenzeit – das heißt nach Ergehen eines letztinstanzlichen, ohne Vorlage an den *Gerichtshof* zustande gekommenen (Fehl-)Urteils in dem Primärrechtsschutzverfahren sowie vor dem Staatshaftungsverfahren – eine Klärung durch den *Gerichtshof* auf der Basis einer Vorlage eines anderen Gerichtes eines Mitgliedstaates der *Europäischen Union* erfahren.

Bei der gelegentlichen Einstufung der „*Kühne & Heitz*“-Konstellation als „Zufallssachverhalt“ oder „(Ausnahme-) Sachverhalt“<sup>300</sup> wird verkannt, dass unionsrechtlich relevante Verhaltensweisen – innerhalb einer Gemeinschaft mit immerhin mittlerweile 27 Mitgliedstaaten, die von rund einer halbe Milliarde Menschen bewohnt wird – häufig gleichzeitig ausgeübt und auch durch die nationalen Verwaltungsbehörden im Wege der Massenverwaltung<sup>301</sup> gleichzeitig durch verwaltungsbehördliche Entscheidungen bzw. Verwaltungsakte erfasst werden.

---

<sup>300</sup> Siehe die Nachweise unter Fn. 298.

<sup>301</sup> Siehe insoweit etwa *Maurer, H.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage 2009, § 18 Rn. 1 ff (S. 463 ff).

Angesichts dessen aber können rechtlich gleichgelagerte Fälle durchaus zum gleichen Zeitpunkt, zumindest zeitlich nur geringfügig versetzt, bei den unterschiedlichsten nationalen Gerichten anhängig werden.

Dass hierbei eines von den zahlreichen Gerichten der Mitgliedstaaten der *Union* eine Vorabentscheidung des *Gerichtshofes* – insbesondere auch bereits im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens<sup>302</sup> – wegen der vor einem oder mehreren anderen Gerichten ebenfalls anhängigen Rechtsfrage einholt und auf diese Weise eine Klärung derselben durch den *Gerichtshof* herbeiführt, während andernorts der Rechtsstreit bis zur letzten Instanz – ohne Vorlage an den *Gerichtshof* und unter Verletzung materiellen Unionsrechts – „durchentschieden“ wird, erscheint als nicht ganz unwahrscheinlich.

Hierbei kann es mit Blick auf das Staatshaftungsverfahren insbesondere auch so gelagert sein, dass bereits *vor* dessen Anstoß eine Klärung der das Primärrechtsschutzverfahren beherrschenden Rechtsfrage im Sinne des durch das unionsrechtswidrige, letztinstanzliche Urteil belasteten Bürgers durch den *Gerichtshof* erfolgt. Vergegenwärtigt man sich unter Zugrundelegung der Lage in Deutschland alleine schon die erstinstanzliche Verfahrensdauer der *Finanz-* sowie *Verwaltungsgerichte* in Deutschland<sup>303</sup> – gegen deren Urteile

---

<sup>302</sup> Gerade die unterinstanzlichen Gerichte haben sich als besonders vorlagefreudig erwiesen. Bezogen auf die Bundesrepublik Deutschland ist festzustellen, dass von den insgesamt 6030 in den Jahren 1952 bis 2007 bei dem *Gerichtshof* eingegangenen Vorabentscheidungsersuchen 1601 von deutschen Gerichten stammen. Von diesen wiederum stammen 1081 – mithin rund  $\frac{3}{4}$  - von den unterinstanzlichen Fachgerichten (*Quelle*: Jahresbericht 2007 des *Gerichtshofes*). Zu den mutmaßlichen Gründen für die Vorlagefreudigkeit gerade unterinstanzlicher Gerichte *Halter, U.*, Europarecht, 2. Auflage 2007, Rn. 358 ff (S. 198 ff) m.w.N.

<sup>303</sup> Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor einem *Verwaltungsgericht* betrug 2006 durchschnittlich 14,0 Monate, bei Entscheidung durch Urteil 16,6 Monate, wobei mehr als ein Drittel der Verfahren mehr als 18 Monate für sich beanspruchte (*Quelle*: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, R 2.4., 2006). Die Verfahrensdauer vor den *Finanzgerichten* betrug 2006 durchschnittlich 19,0 Monate, bei Entscheidung durch Urteil 26,3 Monate (*Quelle*: Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, R 2.5., 2006). Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor einem *Sozialgericht* betrug 2005 bundesdurchschnittlich 13,3 Monate (*Quelle*: Bundesamt

allesamt noch vorgegangen werden muss, um überhaupt zu einer „Köbler“-Situation zu kommen – und stellt diese der durchschnittlichen Dauer eines Vorabentscheidungsverfahrens<sup>304</sup> gegenüber, so wird deutlich, dass dieses Szenario als nicht völlig abwegig abgetan werden darf und es sich daher durchaus lohnt, Wechselwirkungen zwischen der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung und der durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierten Durchbrechung der Bestandskraft näher auf den Grund zu gehen.

## **2. Konsequenzen aus dem *Kühne & Heitz* - Urteil für die Durchbrechung der Bestandskraft eines unionsrechtswidrigen, belastenden Verwaltungsaktes**

Welche Bedeutung genau der durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierten Möglichkeit des Bürgers zur Durchbrechung der Bestandskraft eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts zukommt, kann nur dann beantwortet werden, wenn Klarheit über den durch dieses Urteil statuierten Pflichteninhalt der Verwaltungsbehörde – der in der Literatur nicht einheitlich bewertet wird – besteht.

---

für Justiz, Referat III 3, Geschäftsentwicklung bei Gerichten und Staatsanwaltschaften, Tabelle II. 4.).

<sup>304</sup> Durchschnittlich 19,3 Monate im Jahr 2007, wobei die Tendenz allerdings fallend zu sein scheint. 2006 betrug die Dauer für ein Vorabentscheidungsverfahren noch durchschnittlich 19,8 Monate, 2005 20,4 Monate (*Quelle*: Jahresbericht des *Gerichtshofes* für 2007).

**a. Der Verweis des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* auf das nationale Verfahrensrecht**

Festzustellen ist mit Blick auf diese Frage zunächst, dass der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* nicht etwa einen generellen unionsrechtlichen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach Feststellung eines Verstoßes gegen Unionsrecht statuiert hat<sup>305</sup>. Vielmehr verweist er auf das nationale Recht, nach dessen formellen und materiellen Bestimmungen in Ermangelung entsprechender unionsrechtlicher Vorschriften die Mitgliedstaaten, entsprechend ihrer durch den *Gerichtshof* anerkannten Verfahrensautonomie<sup>306</sup>, auch sonst Unionsrecht unter Berücksichtigung der durch das Äquivalenz- und Effektivitätsgebot gezogenen Grenzen zu vollziehen haben<sup>307</sup>.

Damit rücken im deutschen Recht § 48 Absatz 1 VwVfG sowie § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Landesverwaltungsverfahrensgesetze in den Blick, um in dem der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten Beispielsfall den Vorgaben des *Gerichtshofes* aus dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* Rechnung zu tragen.

---

<sup>305</sup> Vgl. z.B. *Gundel, J.*, in: Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 191 ff (205), *Rennert, K.*, in: DVBL. 2007, S. 400 ff (408); *Kokott, J./Henze, Th./Sobotta Chr.*, in: JZ 2006, S. 633 ff (639); *BVerfG*, Az.: 2 BvR 1321/07, Beschluss vom 23. November 2006, in: DStRE 2009, S. 60 f (61).

<sup>306</sup> Siehe insoweit z. B. *Gundel, J.*, in: Festschrift für Volkmar Götz, 2005, S. 191 ff (194) m.w.N. in Fn. 20; *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 (*„i-21 Germany u. Arcor KG“*), Urteil vom 19. September 2006, in: Slg. 2006 I, S. 8559 ff (8608 Rn. 57); *EuGH*, Rs. C-2/06 (*„Willy Kempter KG“*), Urteil vom 12. Februar 2008, in: EuZW 2008, S. 148 ff (150 Rn. 34).

<sup>307</sup> Siehe insoweit etwa *EuGH*, verb. Rs. 205 - 215/82 (*„Deutsche Milchkontor“*), Urteil vom 21. September 1983, in: Slg. 1983, S. 2633 ff (2665 Rn. 17); *EuGH*, Rs. C-24/95 (*„Alcan“*), Urteil vom 20. März 1997, Slg. 1997 I, S. 1591 ff (1616 Rn. 24).

**b. Keine Änderung der Rechtslage im Sinne des § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG im Falle der Nichtigerklärung der Rechtsgrundlage eines Verwaltungsaktes**

§ 51 Absatz 1 VwVfG regelt das sogenannte Wiederaufgreifen bestandskräftiger Verwaltungsakte im engeren Sinne, das dem gerichtlichen Wiederaufnahmeverfahren nachgebildet ist. In den unter Ziffern 1 - 3 genannten Fällen besteht die Pflicht der Verwaltungsbehörde zum Wiederaufgreifen und zu einer neuen Sachentscheidung ohne Berücksichtigung der bereits ergangenen Entscheidung.<sup>308</sup>

Das Wiederaufgreifen des Verfahrens im engeren Sinne hängt von einem Antrag des Bürgers auf Wiederaufnahme an die Behörde, die den unanfechtbaren Verwaltungsakt erlassen hat, ab. Dieser ist fristgebunden, § 51 Absatz 3 Satz 1 VwVfG. Ferner ist der Antrag nur dann zulässig, wenn der Betroffene ohne grobes Verschulden außerstande war, den Grund für das Wiederaufgreifen in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Rechtsbehelf, geltend zu machen, § 51 Absatz 2 VwVfG.

Die Begründetheit des Antrags auf Wiederaufgreifen im weiteren Sinne hängt davon ab, ob ein Wiederaufgreifensgrund vorliegt.

In dem der Untersuchung zugrunde gelegten Beispielsfall, anhand dessen die vorliegende Untersuchung den Einfluss von „*Kühne & Heitz*“ auf die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts beleuchtet, kommt als Grund für das Wiederaufgreifen – angesichts der der Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* nachfolgenden Entscheidung des *Gerichtshofes* – alleine eine Änderung der Rechtslage gemäß § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG in Betracht.

---

<sup>308</sup> *Kopp/Ramsauer*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 10. Auflage 2008, § 51 Rn. 2.

Eine Änderung der Rechtslage im Sinne dieser Bestimmung ist allerdings nur dann anzunehmen, wenn es sich um eine Änderung im Bereich des materiellen Rechts, dem eine allgemein verbindliche Außenwirkung zukommt, handelt. Dementsprechend kann eine gerichtliche Spruchpraxis keine Änderung der Rechtslage im Sinne des § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG bewirken.<sup>309</sup>

Grund für diese restriktive Auslegung stellt der Grundsatz der hinter der Bestandskraft von Verwaltungsakten stehenden Rechtssicherheit dar, den insbesondere auch der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* auf Unionsebene anerkannt hat: „Die Rechtssicherheit gehört zu den im Gemeinschaftsrecht allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen. Die Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung, die nach Ablauf angemessener Klagefristen oder Erschöpfung des Rechtsweges eingetreten ist, trägt zur Rechtssicherheit bei. Daher verlangt das Gemeinschaftsrecht nicht, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen.“<sup>310</sup> Angesichts dieser Rechtsprechung des *Gerichtshofes* bedeutet die restriktive Auslegung des § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG kein Verstoß gegen das Effektivitätsgebot.

---

<sup>309</sup> *BVerwG*, Az.: Urteil vom, in: *BVerwGE* 121, S. 226 ff (228 f) m.w.N. aus der Rechtsprechung; a.A. *Lenze*, A., in: *VerwArch* 97 (2006), S. 49 ff (54 ff), die eine Lösung im Rahmen von § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG anstrebt, weil es von einer „unhistorischen Auffassung von Recht“ zeuge, wenn man eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht als Änderung der Rechtslage einstufe. Es biete sich an, sowohl die Änderung der Rechtsprechung als auch die erstmalige Auslegung von Normen durch letztinstanzliche Gerichte, einschließlich des *Gerichtshofes*, als von § 51 VwVfG erfasst anzusehen, liege der gegenteiligen Ansicht doch die unnatürliche „gleichsam metaphysische Sichtweise“ zugrunde, „wonach der Wahrheitsgehalt einer Norm unverändert durch die Zeitläufe zu ermitteln ist und die einzelnen Rechtsanwender mal erfolgreich und mal weniger erfolgreich an diesem feststehenden Wahrheitsstrom partizipieren können.“ (*dies.*, in: *VerwArch* 97 (2006), S. 49 ff (59)).

<sup>310</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: *Slg.* 2004 I, S. 837 ff (868 Rn. 24); siehe i.d.S. auch *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 („*i-21 Germany u. Arcor*“), Urteil vom 19. September 2006, in: *Slg.* 2006 I, S. 8559 ff (8667 Rn. 52); *EuGH*, Rs. C-2/06 („*Willy Kempter KG*“), Urteil vom 12. Februar 2008, in: *EuZW* 2008, S. 148 ff (150 Rn. 37).

**c. Die Determinierung des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz***

Kommt § 51 Absatz 1 Nr. 1 VwVfG unter den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* benannten Voraussetzungen nicht für die Realisierung der hier aufgestellten Grundsätze in Betracht, stellt sich die Frage, ob und wie genau diesen im Rahmen des § 48 Absatz 1 VwVfG – also dem Wiederaufgreifen im weiteren Sinne – Rechnung zu tragen ist.

**aa. Grundsätze des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG**

Gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG besitzt die Verwaltungsbehörde auch noch nach Unanfechtbarkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes die Kompetenz zur Aufhebung desselben.

Das hier geregelte, sogenannte Wiederaufgreifen im weiteren Sinne ist zweistufig aufgebaut: Zunächst ist eine Entscheidung über das Wiederaufgreifen – also darüber, ob die Verwaltung sich nochmals mit der Prüfung der Rechtmäßigkeit und der Frage der Aufhebung befassen will oder muss – zu treffen, anschließend – bei einem Wiederaufgreifen – über die Aufhebung unter Anwendung des § 48 Absatz 1 VwVfG.<sup>311</sup>

Zu dem ersten Schritt ist die Behörde grundsätzlich nicht verpflichtet. Sie kann vielmehr unter Hinweis auf die Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes das Wiederaufgreifen ablehnen.<sup>312</sup>

---

<sup>311</sup> *Kopp/Ramsauer*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Auflage 2008, § 48 Rn. 81 a.

<sup>312</sup> *Baumeister, P.*, in: *VerwArch* 1992, S. 374 ff (376 f).

Bei der Ausübung des Rücknahmeermessens ist nach der ständigen Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* in Rechnung zu stellen, dass dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit prinzipiell kein größeres Gewicht zukommt als dem Grundsatz der Rechtssicherheit, sofern dem anzuwendenden Recht nicht eine andere Wertung zu entnehmen ist. Nur ausnahmsweise besteht mit Blick auf das Gebot der materiellen Gerechtigkeit dann ein Anspruch des Bürgers auf Rücknahme des Verwaltungsaktes, wenn dessen Aufrechterhaltung „schlechthin unerträglich“ ist, was von den Umständen des Einzelfalles und einer Gewichtung der einschlägigen Gesichtspunkte abhängt.

Alleine die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes begründet noch keinen Anspruch auf Rücknahme.

Das Festhalten an dem Verwaltungsakt ist insbesondere dann „schlechthin unerträglich“, wenn die Behörde durch unterschiedliche Ausübung der Rücknahmebefugnis in gleichen oder ähnlich gelagerten Fällen gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt oder wenn Umstände gegeben sind, die die Berufung der Behörde auf die Unanfechtbarkeit als einen Verstoß gegen die guten Sitten oder Treu und Glauben erscheinen lassen. Auch die offensichtliche Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, dessen Rücknahme trotz seiner Bestandskraft begehrt wird, kann die Annahme rechtfertigen, dass seine Aufrechterhaltung schlechthin unerträglich sei.<sup>313</sup> Von der offensichtlichen Rechtswidrigkeit ist namentlich dann auszugehen, wenn an der Rechtswidrigkeit vernünftigerweise keine Zweifel bestanden und sich aus diesem Grund die Rechtswidrigkeit förmlich aufdrängte.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> Zum Ganzen *BVerwG*, Az.: 6 C 32/06, Urteil vom 17. Januar 2007, in: *NVwZ* 2007, S. 709 ff (710).

<sup>314</sup> Vgl. *BVerwG*, Az.: 6 C 32/06, Urteil vom 17. Januar 2007, aaO., S. 709 ff (711).

## bb. Unterscheidung zwischen Überprüfung und Rücknahme und die Statuierung einer Überprüfungspflicht durch den *Gerichtshof*

Mit Blick auf die Determinierung des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG durch die in dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* aufgestellten Grundsätze ist im Ausgangspunkt festzuhalten, dass der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* – entsprechend der Zweistufigkeit des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne – zwischen der Überprüfung einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung und der Rücknahme einer solchen Entscheidung differenziert.<sup>315</sup> Eine Unterscheidung zwischen Überprüfung und Rücknahme war schon in den Schlussanträgen des *Generalanwaltes Léger* angelegt<sup>316</sup> und fand insoweit Eingang in das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz*, als der *Gerichtshof* hier ausführte, die Verwaltungsbehörde sei nicht nur verpflichtet, ihre Entscheidung zu überprüfen, sondern habe zudem auch der „mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen“<sup>317</sup>. Jedenfalls mit der sich anschließenden Aussage, nach der die Behörde „anhand der Ergebnisse dieser Überprüfung“ zu entscheiden habe, „inwieweit sie verpflichtet ist, die in Rede stehende Entscheidung, ohne die Belange Dritter zu verletzen, zurückzunehmen“<sup>318</sup> hat der *Gerichtshof* deutlich gemacht, dass er im Rahmen der sich an ein eine Verwaltungsentscheidung bestätigendes, fehlerhaftes Urteil anschließenden Verpflichtungen der Verwaltungsbehörde zwei Vorgänge voneinander unterscheidet.

<sup>315</sup> Siehe etwa *Lindner, J. F.*, in: BayVBl. 2004, S. 590 ff (591) und *Gosch, D.*, in: DStR 2004, S. 1988 ff (1991).

<sup>316</sup> Siehe *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-453-00 („*Kühne & Heitz*“), in: Slg. 2004 I, S. 839 ff (844 Rn. 22): „Somit möchte das vorliegende Gericht mit dieser Frage wissen, ob das Gemeinschaftsrecht die *Überprüfung und* gegebenenfalls die *Rücknahme* einer nationalen Verwaltungsentscheidung durch das Organ, das diese Entscheidung erlassen hat, gebietet (...).“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>317</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (869 Rn. 27) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>318</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, ebd.

Festzuhalten ist mit Blick auf die vorstehenden Zitate aus den Entscheidungsgründen überdies, dass der *Gerichtshof* unter den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* benannten Voraussetzungen eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörde zur Überprüfung des bestandskräftigen Verwaltungsaktes statuiert<sup>319</sup>, sich das auf der ersten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG eingeräumte Ermessen aus unionsrechtlichen Gründen also letztlich „auf Null“ reduziert. Mit anderen Worten muss eine Entscheidung darüber getroffen werden, ob der bestandskräftige Verwaltungsakt aufgehoben wird oder nicht.

### **cc. Verpflichtung zur Überprüfung eines bestandskräftigen Verwaltungsaktes auch bei einem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht**

Fraglich ist allerdings, ob von einer Reduzierung des Ermessens „auf Null“ auf der ersten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne aus unionsrechtlichen Gründen auch dann ausgegangen werden kann, wenn – wie dies der vorstehenden Untersuchung zugrunde gelegt wird, in der durch den *Gerichtshof* entschiedenen Rechtssache *Kühne & Heitz* allerdings nicht der Fall war – ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht im Sinne des Urteils in der Rechtssache *Köbler* vorliegt. So wird vertreten, dass der Anwendungsbereich

---

<sup>319</sup> Siehe insoweit auch *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 (“*i-21 Germany u. Arcor*“), Urteil vom 19. September 2006, in: Slg. 2006 I, S. 8559 ff (8667 Rn. 52) („Der *Gerichtshof* hat jedoch anerkannt, dass in bestimmten Fällen eine Schranke für diesen Grundsatz [der Rechtssicherheit] bestehen kann. In Randnummer 28 des Urteils *Kühne & Heitz* hat er entschieden, dass die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde nach dem in Artikel 10 EG-Vertrag verankerten Grundsatz »verpflichtet ist, ihre Entscheidung zu überprüfen« (...).“) und *EuGH*, Rs. C-2/06 („*Willy Kempter KG*“), Urteil vom 12. Februar 2008, in: EuZW 2008, S. 148 ff (150 Rn. 39) („Wie das vorliegende Gericht in Erinnerung ruft, geht aus den Randnummern 26 und 28 des Urteils *Kühne & Heitz* hervor, dass der *Gerichtshof* als eine der Voraussetzungen, die eine solche »Überprüfungspflicht« begründen können (...).“).

des Urteils in der Rechtssache *Kühne & Heitz* lediglich den „Graubereich der nicht ganz so offensichtlichen Verstöße“ umfasse. Soweit demgegenüber ein offenkundiger, schwerwiegender und damit hinreichend qualifizierter Verstoß eines mitgliedstaatlichen Gerichtes gegen Unionsrecht vorliege, werde dem im Wege der insoweit exklusiv anwendbaren unionsrechtlichen Staatshaftung nach „Köbler“ begegnet.<sup>320</sup>

Diese These begegnet Zweifeln.

Zunächst finden sich, worauf „*Kühne & Heitz*“ kommentierende Stimmen zu Recht hingewiesen haben, grundsätzlich für die Erwägung, die Durchbrechung der Bestands- bzw. Rechtskraft unionsrechtswidriger, belastender Verwaltungsakte aus unionsrechtlichen Gründen könne einzig und allein unter den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* genannten Voraussetzungen erfolgen, keine Anhaltspunkte.

Die hier durch den *Gerichtshof* statuierten Voraussetzungen „klingen“ zwar, zumal durch ihre Aufnahme in den Tenor der Entscheidung, generell und damit bezüglich der Frage der Durchbrechung der Rechtskraft einer unionsrechtswidrigen Verwaltungsentscheidung möglicherweise abschließend<sup>321</sup>.

Letztlich aber waren sie doch erkennbar einer speziellen Sachverhaltskonstellation des Ausgangsverfahrens geschuldet, deren einzelne Merkmale über die auf diese aufbauende Vorlagefrage schließlich den Weg in die Beantwortung derselben durch den *Gerichtshof* fanden – ohne dass der *Gerichtshof* hierbei Signale dahingehend gesendet hätte, nicht nur über eine ihm

---

<sup>320</sup> Hierzu *Lenze, A.*, in: *VerwArch* 97 (2006), S. 49 ff (53 f); vgl. in diese Richtung auch *Gundel, J.*, in: *Festschrift für Volkmar Götz*, 2005, S. 191 ff (204 f), der hinsichtlich der Verbindungslinien zwischen „Köbler“ und „*Kühne & Heitz*“ darauf hinweist, Parallelen bestünden „nur eingeschränkt“ und für diesen Schluss maßgeblich darauf abstellt, dass das nationale Gericht im Fall *Kühne & Heitz* zwar die Vorlagepflicht des Artikels 267 Absatz 3 AEUV verletzt habe, aber erkennbar keine offenkundige Fehlanwendung des Unionsrechts vorgelegen habe, wie sie der *Gerichtshof* in der *Köbler*-Entscheidung als Voraussetzung einer unionsrechtlichen Staatshaftung für judikatives Unrecht beschrieben habe.

<sup>321</sup> Vgl. *Britz, G./Richter, T.*, in: *Jus* 2005, S. 198 ff (199).

präsentierte Einzelkonstellation entscheiden zu wollen, sondern die Frage der Durchbrechung der durch ein letztinstanzliches Urteil eingetretenen Bestandskraft einer Verwaltungsentscheidung gleichzeitig einer grundsätzlichen und abschließenden Klärung zuzuführen<sup>322</sup>.

Eine Kondensation der besonderen, dem Vorabentscheidungsersuchen des vorliegenden Gerichtes zugrunde liegenden Umstände, die die Ausführungen des *Gerichtshofes* greifbar prägen, zu einem abschließenden Prüfungskatalog für die Problematik der Durchbrechung der Bestands- bzw. Rechtskraft aus unionsrechtlichen Gründen liegt daher fern<sup>323</sup>.

Eine Verpflichtung nationaler Verwaltungsbehörden zur Rücknahme durch letztinstanzliche Urteile bestandskräftig gewordener, unionsrechtswidriger Verwaltungsakte kommt damit grundsätzlich auch unter *anderen* Voraussetzungen als den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* Genannten in Betracht.

Insbesondere kann es sich bei diesen Umständen – entgegen der nicht näher begründeten Annahme *Lenzes* – auch um eine hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes durch ein letztinstanzlich entscheidendes nationales Gericht im Sinne der Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* handeln.

So hat zunächst der *Gerichtshof* – obschon die Nähe zwischen „*Köbler*“ und „*Kühne & Heitz*“ unübersehbar ist und sogar in den Schlussanträgen des *Generalanwaltes Léger* zu der Rechtssache *Köbler* ausdrücklich Erwähnung gefunden hat<sup>324</sup> – zu dem Verhältnis dieser beiden Urteile keinerlei Stellung bezogen – insbesondere dieses nicht etwa dahingehend aufgelöst, dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* in Abgrenzung zu „*Köbler*“ eine Lückenfüllerfunktion in dem Sinne zuzuweisen, dass dieses nur diejenigen Fälle

<sup>322</sup> *Britz, G./Richter T.*, aaO., S. 198 ff (199).

<sup>323</sup> *Gärditz, K. F.*, in: NWVBl. 2006, S. S. 441 ff (444); i.d.S. auch *Frenz, W.*, in: DVBl. 2004, S. 375 f (376).

<sup>324</sup> *Generalanwalt Léger*, Schlussanträge zu *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Slg. 2003 I, S. 10244 ff (10245 Rn. 3).

erfasse, „in denen die Nichtvorlage keinen »offenkundigen« und »ausreichend qualifizierten« Verstoß der nationalen Gerichte darstellt, sondern die wohl sehr viel häufigeren Fälle, in denen die Behörden und Gerichte die Europarelevanz einer Thematik schlichtweg übersehen“<sup>325</sup>, während alleine durch „Köbler“ hinreichend qualifizierte Verstöße mitgliedstaatlicher Gerichte sanktioniert werden sollen.

Vor allem aber mutete es vor dem Hintergrund der Durchsetzung des Unionsrechts inkonsequent an, wollte man *gerade* diese Fälle dem Anwendungsbereich des Urteils in der Rechtssache *Kühne & Heitz* entziehen.

Die Entscheidung des *Gerichtshofes* in dieser Rechtssache war von dem erkennbaren Bemühen getragen, das Spannungsverhältnis zwischen den hier widerstreitenden Interessen der Durchsetzung des Unionsrechts einerseits und der Bestandskraft bzw. der Rechtskraft einer Verwaltungsentscheidung, mithin der Rechtssicherheit andererseits, aufzulösen<sup>326</sup>. Unter den besonderen Umständen in der Rechtssache *Kühne & Heitz* gelangte der *Gerichtshof* zu dem Ergebnis, dass hier zu Lasten der Rechtssicherheit der Durchsetzung des Unionsrechts der Vorzug zu geben sei.

Sind Rechtssicherheitserwägungen allerdings bereits in dem Fall einer „unqualifizierten“ Verletzung des Unionsrechts zurückgedrängt, dann muss das erst recht in dem Fall einer hinreichend qualifizierten Verletzung des Unionsrechts im Sinne der Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Köbler* gelten: Je offensichtlicher und gravierender die gerichtliche Verletzung einer Rechtsnorm im Rahmen der Überprüfung eines Verwaltungsaktes ist, desto weniger kann ein Bedürfnis anerkannt werden, den durch diesen

---

<sup>325</sup> Lenze, A., in: VerwArch 97 (2006), S. 49 ff (S. 54). Dies lasse sich im Bereich der Ausfuhrerstattungen besonders gut verdeutlichen, denn der *Gerichtshof* habe im Rahmen seiner 20-jährigen Tarifierungsrechtsprechung nur zu knapp 1 % der 10.000 Positionen und Unterpositionen der gegenwärtigen europäischen Warenomenklatur Stellung bezogen. Die Wahrscheinlichkeit, dass nationalen Behörden und Gerichten hier Fehleinschätzungen unterlaufen können, sei daher groß. Hier greife das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz*.

<sup>326</sup> Besonders deutlich in *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (867 f Rn. 22 - 25); vgl. auch *Potacs, M.*, in: EuR 2004, S. 595 ff (599 u. 602).

geschaffenen Zustand bzw. die hierdurch eingetretene Bestandskraft der Verwaltungsentscheidung aus Rechtssicherheitserwägungen aufrechtzuerhalten.

Aus alledem folgt damit, dass auch in dem Fall eines Urteils, das die unionsrechtliche Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts auszulösen vermag, der Anwendungsbereich der Entscheidung in der Rechtssache *Kühne & Heitz* eröffnet ist und eine Verpflichtung der nationalen Behörde zum Wiederaufgreifen des Verfahrens besteht bzw. das Ermessen auf der ersten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne „auf Null“ reduziert ist. Insbesondere steht dem nicht entgegen, dass dem letztinstanzlich entscheidenden Gericht ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen Unionsrecht unterlaufen ist.

#### **dd. Vorgaben des *Gerichtshofes* hinsichtlich der Rücknahme der bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung**

Fraglich ist, ob dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* nicht nur eine Verpflichtung zum Wiederaufgreifen entnommen werden kann, sondern – darüber hinaus – auch eine Verpflichtung zur Rücknahme des bestandskräftigen, unionsrechtswidrigen Verwaltungsaktes, so dass auch das Ermessen auf der zweiten Stufe des Wiederaufgreifens des Verfahrens im weiteren Sinne „auf Null“ reduziert wird, mit anderen Worten also letztlich ein Anspruch des Bürgers auf Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes besteht.

## (1) Annahme der Statuierung einer Verpflichtung auch zur Rücknahme

Hiervon wird im Schrifttum ausgegangen – allerdings ohne dass diese These näher begründet würde.<sup>327</sup>

Für diese ließe sich allenfalls ins Feld führen, dass der *Gerichtshof* innerhalb der Passage des Urteils in der Rechtssache *Kühne & Heitz*: „Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass der in Artikel 10 EG-Vertrag [heute Artikel 4 Absatz 3 EUV] verankerte Grundsatz der Zusammenarbeit eine Verwaltungsbehörde auf einen entsprechenden Antrag hin verpflichtet, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zu überprüfen, um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen“<sup>328</sup> mit dem Zusatz „um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung (...) des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen“ die Rücknahme der Verwaltungsentscheidung in Bezug genommen hat und hiermit eine Verpflichtung (auch) zur Rücknahme zum Ausdruck bringen wollte.

Hierfür ließe sich anbringen, dass es dem Zusatz „um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung Rechnung zu tragen“ an Flexibilität fehlt bzw. dieses Gebot als Hinweis des *Gerichtshofes* verstanden werden müsse, dass im Rahmen eines Rücknahmeermessens das Unionsrecht alleine zu berücksichtigen ist: Soll dem Unionsrecht im Rahmen der Rücknahmeentscheidung „Rechnung getragen“ werden, dann ist – so ließe sich argumentieren – nicht ersichtlich, inwieweit –

---

<sup>327</sup> Siehe insoweit etwa *Potacs, M.*, in: EuR 2004, S. 595 ff (598) („Dieser Gedanke [des Effektivitätsprinzips] kommt nun auch wieder im vorliegenden Urteil *Kühne* zum Ausdruck, und zwar schon deshalb, weil danach ein Kriterium für die »Verpflichtung zur Rücknahme von in Bestandskraft erwachsenen EG-widrigen Bescheiden« darin besteht, dass die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen (Rn. 28).“)

<sup>328</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (869 Rn. 28).

außer dem Unionsrecht – auch noch andere Gesichtspunkte zum Tragen kommen können sollen.

Zusätzlich ließe sich für ein derartiges Verständnis der Entscheidung ins Feld führen, dass der *Gerichtshof* an dieser Stelle der Entscheidungsgründe gerade nicht mehr auf einer Rücknahme möglicherweise entgegenstehender Rechtssicherheitsgesichtspunkte zurückkommt. Solche Gesichtspunkte spielten in der Entscheidungsfindung des *Gerichtshofes* eingangs der Entscheidungsgründe eine Rolle: Vor dem Hintergrund der auch dem Unionsrecht bekannten Rechtssicherheit verlange das Unionsrecht nicht, „dass eine Verwaltungsbehörde *grundsätzlich* verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung *zurückzunehmen*“<sup>329</sup>. Die Entscheidung läuft letztlich darauf hinaus, dass der *Gerichtshof* im Folgenden für eine durch besondere „Umstände“ gekennzeichnete Konstellation eine Ausnahme von dem vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit statuierten „Grundsatz“, nicht zur Aufhebung verpflichtet zu sein, formuliert, in welcher die eben nur *grundsätzlich* einer Rücknahme entgegenstehenden Rechtssicherheitsgesichtspunkte keine Rolle mehr spielen<sup>330 331</sup>.

---

<sup>329</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, aaO. S. 837 ff (868 Rn. 24) (Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>330</sup> Siehe den sich an die Aussage, das Unionsrecht verlange nicht, „dass eine Verwaltungsbehörde *grundsätzlich* verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung *zurückzunehmen*“, knüpfenden Entscheidungsgang: „Das vorliegende Gericht hat *jedoch* dargelegt, dass eine Verwaltungsbehörde (...) stets die Befugnis hat, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, und dass das Bestehen einer derartigen Befugnis *unter Umständen* die Verpflichtung implizieren kann, eine solche Entscheidung zurückzunehmen (...). Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob sich *unter Umständen* wie denjenigen des Ausgangsverfahrens eine Pflicht zur Rücknahme (...) ergibt. Nach den Akten liegen *folgende Umstände* vor. (...) *Unter solchen Umständen* ist die Verwaltungsbehörde (...).“ (sämtliche Hervorhebungen durch den Verfasser).

<sup>331</sup> Vgl. i.d.S. *Friedrich, K./Nagler, J.*, in: *DStR* 2005, S. 403 ff (405 f) und die diesbezüglichen Überlegungen bei *Britz, G./Richter T.*, in: *Jus* 2005, S. 198 ff (199).

**(2) Verbleiben eines Ermessensspielraumes auf der zweiten Stufe nach dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz***

Der Annahme der Statuierung einer Verpflichtung (auch) zur Rücknahme – der im Rahmen des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne im Wege einer Ermessensreduzierung „auf Null“ auch auf der zweiten Stufe Rechnung getragen werden müsste – steht zunächst entgegen, dass der *Gerichtshof* in den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Kühne & Heitz* nicht etwa bei dem Zusatz „um der mittlerweile vom *Gerichtshof* vorgenommenen Auslegung der einschlägigen Bestimmung des Gemeinschaftsrechts Rechnung zu tragen“ stehen geblieben ist. Er führt im Folgenden vielmehr aus, dass die Behörde anhand der Ergebnisse dieser Überprüfung entscheiden müsse, „inwieweit sie verpflichtet ist, die in Rede stehende Entscheidung, ohne die Belange Dritter zu verletzen, zurückzunehmen“<sup>332</sup>.

Dieser Passage der Urteilsgründe wird seitens der Literatur zu Recht ein durch den *Gerichtshof* den nationalen Behörden hinsichtlich der Rücknahmeentscheidung explizit belassener Ermessensspielraum entnommen.<sup>333</sup>

Zwar gibt der *Gerichtshof* als Determinanten der der nationalen Behörde belassenen Entscheidung die „Ergebnisse dieser Überprüfung“ vor, wobei Gegenstand der „Überprüfung“ alleine die getroffene Verwaltungsentscheidung sein kann. Damit können die „Ergebnisse der Überprüfung“ lediglich beinhalten, dass die Entscheidung unionsrechtskonform/rechtmäßig oder nicht unionsrechtskonform/rechtswidrig war. Die Formulierung des *Gerichtshofes* ist allerdings auch offen für eine Berücksichtigung der dem Grundsatz der

<sup>332</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (869 Rn. 27).

<sup>333</sup> *Gosch, D.*, in: DStR 2004, S. 1988 ff (1991); *Lindner, J. F.*, in: BayVBl. 2004, S. 590 ff (591); *Gärditz, K. F.*, in: NWVBl. 2006, S. 441 ff (447); *Kokott, J./Henze, Th./Sobotta, Chr.*, in: JZ 2006, S. 633 ff (639).

materiellen Gerechtigkeit möglicherweise entgegenstehenden Interesse der Rechtssicherheit. Dies gilt umso mehr, als der *Gerichtshof* hervorhebt, dass die Rechtssicherheit zu den im Unionsrecht anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehöre, weswegen das Unionsrecht nicht verlange, „dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen.“<sup>334</sup>

Von der Statuierung einer Rücknahmeverpflichtung kann nach alledem – nicht – ausgegangen werden. Ob eine Verpflichtung zur Rücknahme gegeben ist oder nicht, entscheidet sich vielmehr nach den Grundsätzen des nationalen Rechts, bei dessen Anwendung das Äquivalenzprinzip zu beachten ist.

Auf dieses Verständnis der Entscheidung des *Gerichtshofes* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* drängen vor allem auch die im Nachgang hierzu ergangenen Urteile in den Rechtssachen *i-21 Germany* und *Arcor*<sup>335</sup> sowie *Willy Kempter KG*<sup>336</sup>, in deren Entscheidungsgründen der *Gerichtshof* die beschränkte Reichweite des Urteils in der Rechtssache *Kühne & Heitz* verdeutlicht hat: „Der *Gerichtshof* hat anerkannt, dass in bestimmten Fällen eine Schranke für diesen Grundsatz [Anm.: dass das Unionsrecht nicht verlangt, dass eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen] bestehen kann. In Randnummer 28 des Urteils *Kühne & Heitz* hat er entschieden, dass die für den Erlass einer Verwaltungsentscheidung zuständige Behörde nach dem in Artikel 10 EG-Vertrag [heute Artikel 4 Absatz 3 EUV] verankerten Grundsatz der Zusammenarbeit verpflichtet ist, ihre Entscheidung zu überprüfen und

<sup>334</sup> *EuGH*, Rs. C-453/00 („*Kühne & Heitz*“), Urteil vom 13. Januar 2004, in: Slg. 2004 I, S. 837 ff (869 Rn. 24).

<sup>335</sup> *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 („*i-21 Germany u. Arcor*“), Urteil vom 19. September 2006, in: Slg. 2006 I, S. 8559 ff.

<sup>336</sup> *EuGH*, Rs. C-2/06 („*Willy Kempter KG*“), Urteil vom 12. Februar 2008, in: EuZW 2008, S. 148 ff.

»eventuell« zurückzunehmen, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>337</sup> In den Entscheidungsgründen des Urteils in der Rechtssache *Willy Kempter KG* heißt es mit Blick auf das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz*: „Wie das vorliegende Gericht in Erinnerung ruft, geht aus den Randnummern 26 und 28 des Urteils *Kühne & Heitz* hervor, dass der *Gerichtshof* als eine der Voraussetzungen, die eine solche »Überprüfungspflicht« begründen können (...).<sup>338</sup>

**ee. Vorliegen einer zur Rücknahme verpflichtenden „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ bei hinreichend qualifiziertem Verstoß gegen Unionsrecht**

Steht damit fest, dass entgegen teilweiser Einschätzung dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* eine Verpflichtung zur Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes nicht entnommen werden kann, kommt es maßgeblich darauf an, ob eine solche unter Zugrundelegung des nationalen Rechts angenommen werden muss: „Ist die Behörde nach nationalem Recht verpflichtet, eine bestandskräftige Verwaltungsentscheidung zurückzunehmen, wenn diese offensichtlich mit innerstaatlichem Recht unvereinbar ist, so muss im Fall offensichtlicher Unvereinbarkeit dieser Entscheidung mit Gemeinschaftsrecht die gleiche Verpflichtung bestehen.“<sup>339</sup>

Wie im Rahmen der Grundsätze des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne dargelegt, ist von einer offensichtlichen Unvereinbarkeit mit dem geltenden Recht – die nach der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* unter

<sup>337</sup> *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 („*i-21 Germany u. Arcor*“), Urteil vom 19. September 2006, Slg. 2006 I, S. 8559 ff (8607 Rn. 52).

<sup>338</sup> *EuGH*, Rs. C-2/06 („*Willy Kempter KG*“), Urteil vom 12. Februar 2008, in: *EuZW* 2008, S. 148 ff (150 Rn. 39).

<sup>339</sup> *EuGH*, verb. Rs. C-392/04 u. C-422/04 („*i-21 Germany u. Arcor*“), Urteil vom 19. September 2006, in: Slg. 2006 I, S. 8559 ff (8611 Rn. 69).

anderem das Festhalten an dem Verwaltungsakt „schlechthin unerträglich“ erscheinen lässt – dann auszugehen, wenn an der Rechtswidrigkeit vernünftigerweise keine Zweifel bestanden und sich aus diesem Grund die Rechtswidrigkeit förmlich aufdrängte.<sup>340</sup>

Der vorliegenden Untersuchung, die an dieser Stelle der Bedeutung der Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft im Rahmen der Staatshaftung wegen eines letztinstanzlichen Verstoßes gegen Unionsrecht nachgeht, liegt (zwangsläufig) eine hinreichende Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes zugrunde. Dieses Merkmal wird durch den *Gerichtshof* dahingehend charakterisiert, dass es sich hierbei um den „Ausnahmefall“ handle, „dass das Gericht offenkundig gegen das geltende Recht verstoßen hat“. Ein Verstoß gegen das Unionsrecht sei jedenfalls dann hinreichend qualifiziert, „wenn die fragliche Entscheidung die einschlägige Rechtsprechung des *Gerichtshofes* offenkundig verkennt.“<sup>341</sup>

„Hinreichende Qualifikation“ und „offensichtliche Rechtswidrigkeit“ dürften in aller Regel gleichzeitig vorliegen: Beide Begrifflichkeiten erfassen solche Ausnahmefälle, in denen sich die Rechtswidrigkeit förmlich aufdrängt, gleichwohl aber Verwaltung und Gericht falsch entschieden haben.

Hieraus folgt, dass in dem der Untersuchung zu den Wechselwirkungen zwischen „*Kühne & Heitz*“ und „*Köbler*“ zugrunde gelegten Beispielsfall – unter Berücksichtigung der Vorgaben aus dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* – eine Ermessensreduzierung „auf Null“ auf der ersten Stufe des Wiederaufgreifens des Verfahrens im weiteren Sinne, sowie – auf der Grundlage des nationalen Rechts – eine Ermessensreduzierung „auf Null“ auch auf der zweiten Stufe des Wiederaufgreifens des Verfahrens im weiteren Sinne besteht,

---

<sup>340</sup> Siehe insoweit den Nachweis unter Fn. 314.

<sup>341</sup> *EuGH*, Rs. C-224/01 („*Köbler*“), Urteil vom 30. September 2003, in: Slg. 2003 I, S. 10239 ff (10311 Rn. 53 u. 56).

so dass der Bürger letztlich einen Anspruch auf Aufhebung des bestandskräftigen Gebührenbescheides hat.

#### **ff. Erstattungsanspruch des durch einen rechtswidrigen Gebührenbescheid belasteten Bürgers nach Durchbrechung der Bestandskraft**

Aus dem Anspruch auf Aufhebung des bestandskräftigen Gebührenbescheids folgt ein Anspruch des Bürgers auf Erstattung der seinerseits gezahlten Gebühren aus § 21 Absatz 1 Halbsatz 1 VwKostG. Nach dieser Bestimmung sind zu Unrecht erhobene Kosten zu erstatten, soweit eine Kostenentscheidung noch nicht unanfechtbar ist. Die Bestimmung findet auch dann Anwendung, wenn der Gebührenbescheid nach Eintritt seiner Bestandskraft aufgehoben wird.<sup>342</sup>

### **3. Auswirkung der Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts**

Mit der vorstehenden Klärung – der Bürger hat zusammenfassend sowohl die Möglichkeit, sich an die Behörde mit dem Begehren der Rückerstattung der gezahlten Gebühren zu wenden, als auch die Option, einen Staatshaftungsanspruch wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts zu verfolgen – kann nun zu der Beantwortung der bislang ungeklärten Frage vorgestoßen werden, wie sich die durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierte Möglichkeit des Bürgers zur Durchbrechung der

---

<sup>342</sup> BVerwG, Az.: 6 C 32/06, Urteil vom 17. Januar 2007, in: NVwZ 2007, S. 709 ff (710).

Bestandskraft eines Verwaltungsaktes genau auf die unionsrechtliche Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts auswirkt.

**a. Möglichkeiten der Integration in den Prüfungsaufbau des Staatshaftungsanspruchs**

Im Grundsatz bieten sich für die Integration der dem Bürger eröffneten Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts, deren Durchsetzung unter Heranziehung des nationalen Haftungsrechts – mithin § 839 BGB i.V.m. Artikel 34 Satz 1 GG – zu erfolgen hat, zwei Möglichkeiten an.

Zum einen kann diese Möglichkeit – unter Heranziehung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung – zur Verneinung des durch § 839 Absatz 1 BGB vorausgesetzten „Schadens“ führen.

Zum anderen wäre denkbar, von der Eigenschaft als „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB auszugehen.

**b. Verneinung eines Staatshaftungsanspruchs mangels Vorliegen eines Schadens unter Heranziehung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung**

Nachdem die Prüfung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB i.V.m. Artikel 34 Satz 1 GG zunächst zu der Voraussetzung des Schadens führen wird, soll in einem ersten Schritt untersucht werden, ob die dem Bürger eröffnete Möglichkeit der Durchbrechung der Bestandskraft eines

Verwaltungsaktes unter Zugrundelegung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung möglicherweise zur Verneinung dieses Tatbestandsmerkmals führt.

Dazu werden nachstehend die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung vorgestellt, um sodann zu prüfen, ob diese in der hier untersuchten Konstellation erfüllt sind.

#### **aa. Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung**

Die im Schadensrecht verankerten Grundsätze der Vorteilsausgleichung kommen dann in Betracht, wenn das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis dem Geschädigten neben Nachteilen zugleich einen Vorteil eingebracht hat. In einem solchen Fall stellt sich vor dem Hintergrund der dem Gesetz zugrunde liegenden Differenzhypothese die Frage, ob diese möglicherweise auf den im Grundsatz gegebenen Schadensersatzanspruch anzurechnen sind bzw. zu einer Negierung des Schadens führen können<sup>343</sup>.

Das Gesetz nimmt zu diesem Problem partiell Stellung. Soweit dies der Fall ist<sup>344</sup>, hilft dies in der hier im Mittelpunkt Konstellationen allerdings nicht weiter.

In den übrigen Fällen haben sich Rechtsprechung und Lehre um die Herausarbeitung von Voraussetzungen für eine Vorteilsausgleichung bemüht. Einzelheiten und „Formeln“ sind umstritten. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist kein Raum, diesen Feinheiten nachzugehen. Die Untersuchung legt

---

<sup>343</sup> Oetker, H., in: Münchener Kommentar zum BGB, Band, 5. Auflage 2007, Band 2, § 249 Rn. 222.

<sup>344</sup> Siehe insoweit etwa Heinrichs, H., in: Palandt, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, Vorb. v. § 249 Rn. 119.

den Ansatz der Rechtsprechung zugrunde, nach denen die Durchführung einer Vorteilsausgleichung von den nachstehend genannten Voraussetzungen, einer tatsächlichen und einer normativen, abhängt<sup>345</sup>:

- Zunächst muss zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen.
- Weiter muss die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entsprechen, das heißt sie darf den Geschädigten nicht unzumutbar belasten und den Schädiger nicht unbillig belasten.

Sind diese Voraussetzungen gegeben, dann bilden Vor- und Nachteil nach einer in der Rechtsprechung wiederholt verwandten Formulierung eine sogenannte Rechnungseinheit und der Vorteil wird, ohne dass es einer Gestaltungserklärung des Schädigers bedarf, vom Ersatzanspruch abgezogen<sup>346</sup>.

#### **bb. Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung auf den der Untersuchung zugrunde gelegten Beispielfall**

Wendet man nun die dargelegten Grundsätze auf den der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegten Konstellation an, ergibt sich Folgendes:

Zwischen dem Vorteil – der durch das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* determinierten Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft eines durch eine letztinstanzliche Entscheidung bestätigten Gebührenbescheides – und dem Nachteil – nämlich der Unionsrechtswidrigkeit des letztinstanzlichen Judikates und dem damit einhergehenden Schaden in Gestalt der Gebührenbelastung –

---

<sup>345</sup> Siehe insoweit *Heinrichs, H.*, aaO., Vorb. v. § 249 Rn. 120 m.N. aus der Rechtsprechung.

<sup>346</sup> *Heinrichs, H.*, aaO., Vorb. v. § 249 Rn. 123.

liegt eine Adäquanz, so wie sie seitens der herrschenden Rechtsprechung gefordert wird, vor. So stellt es gerade die Unionsrechtswidrigkeit des Urteils dar, die der maßgebliche Grund dafür ist, dass die durch dieses Urteil eingetretene Bestandskraft des Verwaltungsaktes, mit dem der Bürger zu einer Geldzahlung herangezogen wurde, zugunsten der materiellen Gerechtigkeit durchbrochen wird.

Ist damit die erste Voraussetzung für die Durchführung einer Vorteilsausgleichung erfüllt, stellt sich die Frage, ob eine Anrechnung des dem Bürger durch „*Kühne & Heitz*“ gegebenen Vorteils auch dem Zweck des Schadensersatzanspruchs bzw. dem Zweck der unionsrechtlichen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts nach dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* entsprechen würde.

Vergegenwärtigt man sich in diesem Kontext die im Rahmen des vierten Teils der vorliegenden Arbeit herausgearbeitete dogmatische Fundierung der unionsrechtlichen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unionsunrechts nach „*Köbler*“, dann ist festzuhalten, dass die Zielsetzung der Staatshaftung wegen judikativen Unionsunrechts darin zu erblicken ist, dem Bürger einen Ersatz für die Nachteile zu gewähren, die ihm daraus erwachsen, dass dieser nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung seine ihm nach Unionsrecht zustehenden Rechte bzw. Ansprüche gegen den Staat bzw. die Verwaltung nicht mehr im Wege des Primärrechtsschutzes durchzusetzen vermag. Es handelt sich hierbei also um einen Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung der den nationalen Gerichten bzw. der Judikative eines Mitgliedstaates obliegenden Verpflichtung zum Schutz der Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, die zum Schadensersatz verpflichtet.

Kann der Bürger nun nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung die Bestandskraft des Verwaltungsaktes durchbrechen, dann stimmt eine Anrechnung der dem Bürger neben dem Schadensersatz gegebenen Möglichkeit, sich nochmals an die Verwaltungsbehörde zu wenden und die Überprüfungs- und Rücknahmepflicht auch gerichtlich durchzusetzen, nicht nur mit dieser Zielsetzung des Staatshaftungsanspruchs überein, sondern dieser drängt geradezu auf eine Anrechnung. Denn von dem Fall der Unmöglichkeit der den nationalen Gerichten obliegenden Verpflichtung zum Schutz der dem Einzelnen zustehenden Rechte kann nun nicht ausgegangen werden: Der Bürger kann sich dank dieses Urteils auch nach Erlass eines letztinstanzlichen Urteils nochmals mit seinem ursprünglichen Rechtsschutzbegehren an die nationale Verwaltungsbehörde wenden und – wenn dies nicht erfolgversprechend ist – auch den Rechtsweg einschlagen. Von einer Unmöglichkeit des Schutzes der unionalen Rechte, vor der die unionsrechtliche Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts den Bürger gerade schützen möchte, kann daher nicht die Rede sein.

Dies bedeutet letztlich, dass ein Staatshaftungsanspruch wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts in Anwendung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung mangels Vorliegens eines Schadens nicht zugesprochen werden kann.

**c. Verneinung eines Staatshaftungsanspruchs im Falle der Charakterisierung der Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft als „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB**

Gleichermaßen denkbar wäre, dass man die dem Bürger eröffnete Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes als „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB einstuft.

Unter diesen Begriff fallen alle Rechtsbehelfe im weitesten Sinn, die sich unmittelbar gegen ein bereits erfolgte, sich als Amtspflichtverletzung darstellendes Verhalten richten und darauf abzielen und geeignet sind, einen Schaden dadurch abzuwenden oder zu mindern, dass dieses schädigende Verhalten beseitigt oder berichtigt wird.<sup>347</sup>

Die Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes – an die sich im Falle des Gebührenbescheides die Verpflichtung zur Erstattung gezahlter Gebühren anschließt – lässt sich unter diese Definition des „Rechtsmittels“ subsumieren: Auch hierbei handelt es sich um einen „Rechtsbehelf“. Vor allem führt dieser dazu, dass der bei dem Bürger entstandene Schaden abgewendet werden kann.

Auch diese Einordnung innerhalb des Staatshaftungsanspruchs wegen letztinstanzlichen Unrechts führt – genauso wie die Verankerung im Rahmen des Schadens – letztlich zu der Verneinung desselben: Macht der Bürger von der ihm eröffneten Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens keinen Gebrauch, wird ihm bei Verfolgung des Staatshaftungsanspruch der Nichtgebrauch schadensabwendender Rechtsmittel entgegengehalten (§ 839 Absatz 3 BGB). Sofern der Bürger das Wiederaufnahmeverfahren erfolgreich betreibt, kann er mangels Schadens einen Staatshaftungsanspruch nicht geltend machen.

---

<sup>347</sup> Hecker, J., in: *Erman*, Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auflage 2008, § 839 Rn. 72 m.w.N.

## D. Zusammenfassung des sechsten Teils der Untersuchung

Für den sechsten Teil der Untersuchung kann zusammenfassend festgehalten werden:

Eine Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gegen ein Urteil eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts, das sowohl materielles Unionsrecht als auch Artikel 267 Absatz 3 AEUV verletzt, stellt kein „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB dar.

Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Verfassungsbeschwerde einen Schutz der materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, gewährt, der demjenigen durch die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung gewährleisteten vergleichbar ist.

Allerdings weist die Verfassungsbeschwerde insbesondere dadurch, dass ihre Annahme dann nicht angezeigt ist, wenn die geltend gemachte Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten kein besonderes Gewicht hat und den Beschwerdeführer nicht in existentieller Weise betrifft, Defizite auf.

Das in § 839 Absatz 2 BGB enthaltene „Richterspruchprivileg“ ist mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht im Sinne des Urteils in der Rechtssache *Köbler* vereinbar. Insbesondere legislative Konsequenzen sind insoweit entgegen einzelner Stimmen im Schrifttum nicht angezeigt.

Im Rahmen derartiger Stellungnahmen bleibt unberücksichtigt, dass das „Richterspruchprivileg“ bzw. der hinter diesem stehende Gedanke des Schutzes der Rechtskraft von Urteilen in unionsrechtlich determinierten Streitigkeiten bereits durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* aufgeweicht und damit den Grundsätzen der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes im Sinne der Rechtsprechung des *Gerichtshofes*

angenähert ist. Dem kann durch eine unionsrechtskonforme ergänzende Auslegung des § 839 Absatz 2 BGB Rechnung getragen werden. Die etwas engeren Grundsätze des *Bundesverfassungsgerichts* sind offen für eine Weiterentwicklung entsprechend den Kriterien, die der *Gerichtshof* im Rahmen der hinreichenden Qualifikation benannt hat.

Der *Gerichtshof* hat in der Rechtssache *Kühne & Heitz* unter den dort benannten Voraussetzungen keinen generellen unionsrechtlichen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach Feststellung eines Unionsrechtsverstößes statuiert. Vielmehr verweist er auf eine etwaige Rücknahmebefugnis nach nationalem Recht.

Er trennt – wie im Rahmen des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG – zwischen der Überprüfung und der Rücknahme eines bestandskräftigen, unionsrechtswidrigen Verwaltungsaktes und statuiert bei Vorliegen der das Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* prägenden Umstände eine Verpflichtung zur Überprüfung des bestandskräftigen Verwaltungsaktes, so dass sich in einem in Deutschland spielenden Fall das Ermessen auf der ersten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne „auf Null“ reduziert.

Hiervon ist insbesondere auch bei Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen Unionsrecht auszugehen, nachdem gerade hier der Grundsatz der Rechtssicherheit gegenüber dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit zurücktreten muss.

Entgegen vereinzelter Ansicht in der Literatur statuiert der *Gerichtshof* in der Rechtssache *Kühne & Heitz* keine Verpflichtung der nationalen Verwaltungsbehörde zur Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes, so dass es – die deutsche Rechtslage zugrunde gelegt – bei dem auf der zweiten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne eingeräumten Rücknahmeermessen bleibt. Dieses reduziert sich nicht aus unionsrechtlichen Gründen „auf Null“. Es verbleibt der Anwendung des nationalen Rechts, bei der, wie auch sonst, das Äquivalenzgebot zu beachten ist.

Im Falle der hinreichenden Qualifikation des Unionsrechtsverstoßes liegt allerdings zugleich eine „offenbare Rechtswidrigkeit“ des Verwaltungsaktes vor, die dessen Fortbestehen als „schlechthin unerträglich“ im Sinne der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* erscheinen lässt, so dass unter Zugrundelegung des nationalen Rechts auch auf der zweiten Stufe eine Ermessensreduzierung „auf Null“ stattfindet. Damit besteht ein Anspruch des Bürgers auf Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes. Im Falle des Erlasses eines rechtswidrigen Gebührenbescheids schließt sich hieran die Verpflichtung der nationalen Behörde zur Erstattung gezahlter Gebühren an.

Diese Möglichkeit erlangt im Rahmen der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts entweder im Rahmen des Tatbestandsmerkmals des Schadens unter Heranziehung der Grundsätze der Vorteilsausgleichung oder aber im Rahmen des § 839 Absatz 3 BGB, im Falle der Charakterisierung als „Rechtsmittel“, Bedeutung.

In beiden Fällen muss letztlich ein auf das letztinstanzliche judikative Unrecht gestützter Entschädigungsanspruch verneint werden.

## 7. Teil Zusammenfassung der Thesen der Untersuchung

Als wesentliche Thesen der vorliegenden Arbeit lassen sich festhalten:

- Entgegen der Ansicht *Halterns* findet in dem Urteil in der Rechtssache *Köbler* keine Unterlegung der hier statuierten unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts mit einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts statt. Der *Gerichtshof* stützt sich zwecks Herleitung der Haftung aus dem Unionsrecht maßgeblich auf die materiellen Rechtsnormen des Unionsrechts, die bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, sowie den Grundsatz des *effet utile*. Der in Zusammenhang mit der Statuierung der Staatshaftung erfolgte Hinweis auf die Verpflichtung der letztinstanzlich entscheidenden Gerichte zur Vorlage an den *Gerichtshof* (Artikel 267 Absatz 3 AEUV) stellt kein eigenständiger Begründungsansatz dar, sondern kann als Appell an die nationalen Gerichte verstanden werden, ihrer Vorlageverpflichtung aus Artikel 267 Absatz 3 AEUV nachzukommen. Näher liegend erscheint, dass der Hinweis einer offenen Flanke der bei den materiellen Rechten ansetzenden Argumentation – namentlich der hiermit möglicherweise verbundenen Negierung der Letztinstanzlichkeit nationaler Gerichte – geschuldet ist.
- Aus den durch den *Gerichtshof* herangezogenen Grundlagen für die Staatshaftung scheidet der Grundsatz des *effet utile* unionsrechtlicher Normen als tragfähiges Fundament aus.

- Bei den durch den nationalen Gerichten zu schützenden unionalen Rechten des Einzelnen handelt es sich nicht nur um bloße Rechtsdurchsetzungsbefugnisse, die eine „spezifische Voraussetzungslosigkeit“ charakterisiert. Die Untersuchung hat ergeben, dass auch der *Gerichtshof* in seiner Rechtsprechung den Ansatz der das deutsche Recht beherrschenden Schutznormtheorie zugrunde legt. Mithin handelt es sich nicht nur bei den direkt verliehenen materiellen Unionsrechten und den Grundfreiheiten sowie unionalen Grundrechten, sondern auch bei den sonstigen unionalen Rechten um Rechtspositionen mit einem privatbezogenen Gehalt.
- Aus diesen können im Falle ihrer der Untersuchung zugrunde gelegten verwaltungsbehördlichen Verletzung Reaktionsansprüche des Bürgers gegen den Staat abgeleitet werden. Diese bestimmen die Verpflichtung der nationalen Gerichte zum Schutz der unionalen Rechte des Einzelnen. Wird die Erfüllung dieser Verpflichtung nach Ergehen einer letztinstanzlichen Entscheidung unmöglich, kann hieraus ein Schadensersatzanspruch des Bürgers gegen den Mitgliedstaat abgeleitet werden, so dass die durch das Urteil in der Rechtssache *Köbler* anerkannte Haftung nicht etwa „auf tönernen Füßen“ steht oder ein „mutiges Unternehmen“ darstellt. Schon gar nicht kann davon die Rede sein, dass es sich „*Köbler*“ um ein „juristisch nicht überzeugendes Urteil“ handele.
- Eine Verpflichtung zur Vorlage an den *Gerichtshof* besteht auch in dem Fall der Verletzung materiellen Unionsrechts durch Anwendung einer Norm des sekundären Unionsrechts, die gegen höherrangiges Unionsrecht verstößt, auch wenn die in der Rechtssache *C.I.L.F.I.T.* benannten Ausnahmetatbestände vorliegen sollten.

- Die letztinstanzliche Verletzung einer materiellen Rechtsnorm des Unionsrechts, die bezweckt, dem Einzelnen Rechte zu verleihen, ist in aller Regel mit einer gleichzeitigen Verletzung gegen Artikel 267 Absatz 3 AEUV – also mit der gleichzeitigen Verletzung der Verpflichtung eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts zur Vorlage an den *Gerichtshof* – verbunden.
- Hieraus folgt, dass mit der letztinstanzlichen Entscheidung eines mitgliedstaatlichen Gerichts unter Verstoß gegen Unionsrecht ein „Rechtsschutz *durch* den Richter“ noch nicht gewährt worden, so dass die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts nicht mit der Figur eines problematischen „Rechtsschutzes *gegen* den Richter“ verbunden ist.
- Aus dem gleichzeitigen Vorliegen einer Verletzung materiellen Gemeinschaftsrechts und des Artikels 267 Absatz 3 AEUV folgt zugleich, dass den letztinstanzlichen Gerichten eines Mitgliedstaates durch die unionsrechtlich gebotene Staatshaftung nicht ihre Letztinstanzlichkeit abgesprochen wird. Letztverbindlich entscheidet in Streitigkeiten mit Bezug zum Unionsrecht über das Vorabentscheidungsverfahren alleine der *Gerichtshof*.
- Die Erstreckung der unionsrechtlich gebotenen Staatshaftung auf letztinstanzliches judikatives Unrecht stellt entgegen der Ansicht des *Gerichtshofes* die Rechtskraft eines Urteils in Frage. Ein zu hoher Preis zu Lasten der Rechtskraft letztinstanzlicher Urteile für die Effektivität des Unionsrechts ist mit der Staatshaftung wegen judikativen Unrechts

angesichts der im Rahmen des hinreichend qualifizierten Verstoßes eingefügten Hürden allerdings nicht verbunden.

- Von der Staatshaftung wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts sind nicht nur Fehlentscheidungen letztinstanzlicher Gerichte im abstrakt-institutionellen Sinne erfasst, sondern auch solcher Gerichte, gegen deren Entscheidungen in einem konkreten Fall ein Rechtsmittel unter Berufung auf Unionsrecht nicht mehr möglich erscheint. Dies führt in Deutschland letztlich dazu, dass in unionsrechtlich determinierten öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nicht nur unionsrechtswidrige Urteile des *Bundesverwaltungsgerichts*, des *Bundessozialgerichts* sowie des *Bundesfinanzhofes* der Staatshaftung nach „Köbler“ unterfallen. Unter Umständen betrifft diese auch Entscheidungen der *Oberverwaltungsgerichte* / *Verwaltungsgerichtshöfe* sowie der *Landessozialgerichte*, während gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidungen der *Verwaltungsgerichte*, *Finanzgerichte* und *Sozialgerichte* keinen unionsrechtlich gebotenen Entschädigungsanspruch des Bürgers gegen den Mitgliedstaat auslösen können.
- Eine Verfassungsbeschwerde unter Berufung auf Artikel 101 Absatz 1 Satz 2 GG gegen ein Urteil eines letztinstanzlich entscheidenden Gerichts, das sowohl materielles Unionsrecht als auch Artikel 267 Absatz 3 AEUV verletzt, stellt kein „Rechtsmittel“ im Sinne des § 839 Absatz 3 BGB dar.
- Das in § 839 Absatz 2 BGB enthaltene „Richterspruchprivileg“ ist mit dem hinreichend qualifizierten Verstoß gegen Unionsrecht im Sinne des Urteils in der Rechtssache *Köbler* vereinbar. Legislative Konsequenzen sind insoweit nicht angezeigt.

- Eine Durchbrechung der Bestandskraft von Verwaltungsakten kommt nicht nur unter den in der Rechtssache *Kühne & Heitz* benannten Voraussetzungen in Betracht. Entgegen vereinzelt geäußerter Ansicht muss sie gerade auch bei dem Vorliegen eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen Unionsrecht in Betracht gezogen werden.
- Der *Gerichtshof* statuiert in dem Urteil in der Rechtssache *Kühne & Heitz* keinen generellen unionsrechtlichen Anspruch auf Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens nach Feststellung eines Unionsrechtsverstoßes. Vielmehr verweist er auf eine etwaige Rücknahmebefugnis nach nationalem Recht.
- Der *Gerichtshof* differenziert zwischen der Überprüfung und der Rücknahme einer bestandskräftigen Verwaltungsentscheidung und statuiert unter den Umständen, die die Rechtssache *Kühne & Heitz* prägten, eine Verpflichtung der nationalen Behörde zur Überprüfung des bestandskräftigen Verwaltungsaktes, der im Rahmen des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne gemäß § 48 Absatz 1 VwVfG durch eine Ermessensreduzierung „auf Null“ aus unionsrechtlichen Gründen Rechnung zu tragen ist. Die Verpflichtung zur Wiederaufnahme besteht insbesondere auch im Falle eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen Unionsrecht im Sinne des Urteils in der Rechtssache *Köbler*.
- Entgegen vereinzelt vertretener Ansicht statuiert der *Gerichtshof* keine Verpflichtung zur Rücknahme des bestandskräftigen Verwaltungsaktes. Insoweit verbleibt es bei dem Verweis des *Gerichtshofes* auf das nationale Recht, bei dessen Anwendung das Äquivalenzgebot zu berücksichtigen ist.

- Im Falle des hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen Unionsrecht liegt zugleich eine „offensichtliche Rechtswidrigkeit“ vor, die das Fortbestehen des bestandskräftigen Verwaltungsaktes als „schlechthin unerträglich“ im Sinne der Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts* erscheinen lässt, so dass sich unter Zugrundelegung des nationalen Rechts eine Reduzierung des Ermessens „auf Null“ auf der zweiten Stufe des Wiederaufgreifens im weiteren Sinne ergibt.
- Die dem Bürger eröffnete Möglichkeit zur Durchbrechung der Bestandskraft eines Verwaltungsaktes führt – entweder über das Tatbestandsmerkmal des „Schadens“ oder aber über den Vorrang des Primärrechtsschutzes (§ 839 Absatz 3 BGB) – zu der Verneinung eines Schadensersatzanspruchs wegen letztinstanzlichen judikativen Unrechts.

## **Lebenslauf des Autors**

Der Autor der vorliegenden Dissertation, Jahrgang 1977, hat nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und der Ludwig-Maximilians-Universität München im Februar 2002 sein erstes juristisches Staatsexamen abgelegt. Nach dem Referendariat, mit Stationen unter anderem in München und Berlin, legte der Autor im Juni 2004 das zweite juristische Staatsexamen ab. Nach sechsjähriger Tätigkeit als Rechtsanwalt mit dem Schwerpunkt im Bank- und Kapitalmarktrecht ist er zwischenzeitlich als Syndikus in einer in München ansässigen Abwicklungsanstalt tätig.