

Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch – eine neue Herausforderung für Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte

I.

Einleitung – Fragen

1. Der Veranstalter hat mir das Thema gestellt: „Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch – eine **neue** Herausforderung für Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichte.“
2. Ganz neu ist die Herausforderung nicht mehr. Das Fundament für den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch hat der EuGH schon 1991 im Fall **Francovich** gelegt. In den Folgejahren hat der Gerichtshof mit weiteren Entscheidungen das gesamte Gebäude eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs für mitgliedstaatliche Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht errichtet. Exemplarisch für die mitgliedstaatliche Haftung für legislatives Unrecht nenne ich die Entscheidung **Dillenkofer** zur Pauschalreise-Richtlinie. In ihrem Gefolge musste die Bundesrepublik in 9.000 Fällen Schadensersatz bezahlen, weil sie die entsprechende Richtlinie über den Insolvenzschutz des Verbrauchers bei Reiseverträgen verspätet umgesetzt hat.

Für die Haftung des Mitgliedstaats bei administrativem Unrecht steht die Leitentscheidung **Hedley Lomas**. In diesem Fall hatten die britischen Behörden Ausfuhrgenehmigungen für Schlachttiere verweigert mit einer Begründung, die die EG-Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens schon verworfen hatte. Deshalb war die falsche Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die britischen Behörden offenkundig. Den betroffenen Unternehmen musste der durch die Verweigerung der Genehmigung verursachte Schaden erstattet werden.

3. Das Gebäude war also schon in den 90er Jahren fertig geworden. Es regnete aber noch hinein, weil es kein Dach gab, keine Haftung für judikatives Unrecht. Dieses Dach hat der EuGH im Jahr 2003 mit dem Fall Köbler nachgeliefert.
4. Mit der Köbler-Entscheidung stellen sich neue Fragen für die Betroffenen. Betroffen sind jetzt vor allem Sie, die Richter.

Sind Richter jetzt Straftäter? Begehen Sie eine Straftat, wenn sie gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidungen treffen? Immerhin haften Richter nach § 839 Abs. 2 BGB nur, wenn die Pflichtverletzung bei dem Urteil in einer Straftat besteht.

Brauchen Richter jetzt eine **Haftpflichtversicherung**, wie wir Anwälte sie schon längst haben (müssen)? Und für Staatsbedienstete fast noch wichtiger: Wer zahlt die Beiträge für eine solche Versicherung?

Soll man sich überhaupt noch zum Richter beim Bundesverwaltungsgericht wählen lassen? Oder lehnt man besser Beförderungen und Abordnungen zum Bundesverwaltungsgericht ab? Oder droht auch bei den Instanzgerichten Gefahr?

5. Was könnte, was sollte der **Gesetzgeber** tun? Soll er das **Richterprivileg** auch bei rein innerstaatlichen Fällen kippen?
6. Und schließlich wir selbst, wir Anwälte. Wir fehlen zwar im mir vorgegebenen Titel des Vortrags. Ganz selbstlos sind wir aber natürlich nicht. Wir wollen wissen, welche Chancen uns die Köbler-Rechtsprechung bietet.
7. Ich hoffe, diese Eingangsfragen waren zugespitzt genug, um Ihre Aufmerksamkeit auch zu dieser fortgeschrittenen Stunde wieder zu wecken. Meine Antworten möchte ich so geben:

Ich beginne mit den **Grundlagen** des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, also der Rechtsprechung bis zum Fall Köbler.

Zweitens behandle ich die Eckpunkte der **Köbler-Entscheidung** zur gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung für Judikativunrecht.

Drittens erörtere ich **theoretische Einwände** gegen den Ansatz des EuGH.

Mein vierter Punkt betrifft die **praktische Relevanz** der Köbler-Rechtsprechung.

Mögliche Konsequenzen für die innerstaatliche Rechtsordnung und für den Gesetzgeber sind Punkt 5.

Und wenn Sie dann noch wollen, dann beantworte ich Ihnen ganz zum Schluss auch noch die eingangs aufgeworfenen **Fragen**.

II.

Grundlagen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung

1. Den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch hat der EuGH schon Anfang der 90er Jahre entwickelt, beginnend mit Francovich (NJW 1992, 165). Der EuGH stützt die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung auf einen **allgemeinen Grundsatz** des Gemeinschaftsrechts. Danach sind die Mitgliedstaaten zum Ersatz der Schäden verpflichtet, die dem Einzelnen durch ihnen zuzurechnende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen. Diesen allgemeinen Grundsatz leitet der Gerichtshof aus dem Erfordernis der Gewährleistung der vollen Wirksamkeit gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen her, dem sogenannten **effet utile**.
2. Sie kennen auch die drei vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen für eine Haftung (vgl. aus neuerer Zeit EuGH, NJW 2001, 3401 – Haim):
 - a) Die verletzte Norm des Gemeinschaftsrechts muss bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

- b) Der Verstoß muss hinreichend qualifiziert sein.
 - c) Zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat obliegende Verpflichtung und dem entstandenen Schaden muss ein unmittelbarer Kausalzusammenhang bestehen.
3. Die größten Probleme macht das zweite Kriterium. Wann ist ein Verstoß hinreichend qualifiziert? Wann nicht?

Bei legislativem Unrecht kommt es darauf an, ob der Gesetzgeber sich im Rahmen seines **Ermessensspielraums** gehalten hat, also zwar unrichtig, aber immerhin noch vertretbar gehandelt hat.

Die Verwaltung hat diese Spielräume nicht. Hat sie Gemeinschaftsrecht falsch angewandt, dann ist im Rahmen des Haftungsprozesses zu prüfen, ob die Entscheidung **offenkundig und erheblich** gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hat.

Soviel zu den anerkannten Grundlagen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung bis zur Entscheidung im Fall Köbler.

III.

Gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für Judikativunrecht nach „Köbler“

1. Die grundlegende Entscheidung des EuGH ist das Urteil des Plenums vom 30.09.2003 in der Rechtssache des Universitätsprofessors Gerhard Köbler gegen die Republik Österreich (Rechtssache C-224/01, NVwZ 2004, 79). Auf den konkreten Streitgegenstand, den Verfahrensablauf und das innerstaatliche österreichische Recht gehe ich nicht näher ein. Wenn sie sich für österreichisches Besoldungsrecht interessieren, stellen Sie bitte im Anschluss eine Frage. Ich rekapituliere nur die **wesentlichen abstrakten Aussagen** des Gerichtshofs.

2. Im Fall Köbler hat der EuGH erstmals entschieden, dass die Haftung des Staates auch für Schäden gilt, die durch eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts verursacht wurden. Überraschend war das nicht.

Schon vor zehn Jahren hat der EuGH betont, die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung greife unabhängig davon, welches mitgliedstaatliche Organ den Verstoß begangen hat (NJW 1996, 1267, Tz. 32 – Brasserie du Pêcheur sowie Haim-Entscheidung, Tz. 27). Schon damals hatte der EuGH erkannt, dass auch **im Völkerrecht** der Staat haftungsrechtlich als Einheit betrachtet wird ohne dass danach unterschieden wird, ob Exekutive, Legislative oder Judikative den schadensverursachenden Verstoß begangen haben. Für die staatsähnlichere Gemeinschaftsrechtsordnung muss das natürlich erst recht gelten.

Hinzugefügt hat der EuGH in Köbler nur noch ein Argument, das in keiner wichtigen EuGH-Entscheidung fehlen darf: Ohne Einbeziehung judikativen Unrechts wäre die **volle Wirksamkeit** des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigt („effet utile“).

3. Angepasst hat der EuGH jetzt lediglich den **Haftungsmaßstab**. Die Veränderung beschränkt sich auf die zweite Voraussetzung, also auf die hinreichende Qualifizierung des Verstoßes. Hier – und nur hier – berücksichtigt der EuGH die Besonderheit der richterlichen Funktion sowie den berechtigten Belange der Rechtssicherheit.

Deshalb haftet der Staat für eine gemeinschaftsrechtswidrige Entscheidung nur in dem Ausnahmefall, dass das Gericht **offenkundig** gegen das geltende Gemeinschaftsrecht verstoßen hat.

Wann ein solcher Verstoß „offenkundig“ ist, das muss – Sie ahnen das längst – im Einzelfall entschieden werden unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte.

Welches Gericht für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten über diesen Schadensersatz zuständig ist, hat die Rechtsordnung der ein-

zelenen Mitgliedstaaten zu bestimmen. Auch sonst bleibt bei der Durchsetzung des Anspruchs alles auf dem Stand von Francovich: Gemeinschaftsrechtliche Schadensersatzansprüche müssen im Rahmen des nationalen Haftungsrechts erfüllt werden. Dabei darf die Erlangung der Entschädigung **weder praktisch unmöglich gemacht** noch übermäßig erschwert werden. Außerdem dürfen keine ungünstigeren Regelungen gelten bei rein nationalen Fällen.

4. Die entscheidende Frage lautet deshalb: Wann ist ein Verstoß offensichtlich und wann nicht? Welche Kriterien gibt es dafür? Hierfür hat der EuGH immerhin **fünf Kriterien** ausdrücklich benannt und einen Regelfall gebildet. Die Kriterien sind

- das Maß an Klarheit und Präzision der verletzten Vorschrift des Gemeinschaftsrechts
- die Vorsätzlichkeit des Verstoßes
- die Entschuldigbarkeit des Rechtsirrtums
- ggf. die Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans
- die Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG durch das in Rede stehende Gericht.

Das Regelbeispiel lautet: **Offenkundige Verkennung einer einschlägigen Rechtsprechung des EuGH** (Sie haben natürlich längst bemerkt, dass der EuGH bei diesem in Tz. 56 gebildeten Regelbeispiel wieder auf den normalen Maßstab der hinreichenden Qualifikation zurückgesprungen ist. Er hat das Merkmal der Offenkundigkeit im Tatbestand nicht aufgelöst, sondern nur auf etwas anderes – seine Rechtsprechung – bezogen). Gemeint sein dürfte: Ein Verstoß ist offenkundig, wenn das jeweilige Gericht eine einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs (klar) verkannt hat.

Auf die fünf ausdrücklich benannten Bewertungskriterien des EuGH komme ich gleich noch einmal zurück.

IV.

Theoretische Einwände gegen eine Haftung bei judikativem Unrecht

1. Die Köbler-Entscheidung hat verfahrensrechtlich eine breite Basis. Es hat nicht eine Kammer mit drei oder fünf Richtern entschieden, sondern das **Plenum**. Neben den Parteien des Ausgangsverfahrens haben sich auch die Regierungen von fünf Mitgliedstaaten beteiligt, darunter die Bundesregierung. Schon deshalb war gewährleistet, dass dem EuGH alle nur denkbaren theoretischen Einwände gegen eine Einbeziehung von Gerichtsurteilen in gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch vorgetragen wurden. Die vier wichtigsten Punkte hat der EuGH wie folgt abgehandelt:

2. Die Bedeutung der **Rechtskraft** der Entscheidung des letztinstanzlichen Gerichts.

Der EuGH sieht sie nicht tangiert, weil das Haftungsverfahren einen anderen Streitgegenstand hat. Denn der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verlangt nur Entschädigung, nicht aber die Abänderung der schadensbegründenden Gerichtsentscheidung.

3. Die richterliche **Unabhängigkeit**.

Sie ist für den EuGH deshalb nicht tangiert, weil das Gemeinschaftsrecht keine persönliche Haftung des Richters verlangt, sondern nur eine Haftung des Staates.

Das beantwortet nebenbei die Frage nach der Notwendigkeit, eine Versicherung abzuschließen. Der Richter braucht sie nicht.

4. Die Schmälerung der **Autorität** des letztinstanzlichen Gerichts.

Der EuGH hält das für eine schiefe Betrachtungsweise. Wichtig sei die Autorität der Judikative insgesamt. Deshalb bekräftige die Möglichkeit der Wiedergutmachung die Qualität der Rechtsordnung und damit auch die Autorität der gesamten Rechtsprechung.

5. Eingewandt wurde auch, es sei schwierig, ein **zuständiges Gericht** zu bestimmen, das über den Ersatz von aufgrund letztinstanzlicher Gerichtsentscheidungen entstandenen Schäden entscheidet.

Für den EuGH ist die Frage nach einem solchen Superkontrollgericht eine lästige Nebenfrage. Es sei nicht seine Aufgabe, bei der Lösung von Zuständigkeitsfragen mitzuwirken, welche die Qualifizierung einer bestimmten, auf Gemeinschaftsrecht beruhenden Rechtslage im Bereich der nationalen Gerichtsbarkeit aufwirft. Und in der Tat: Auch für die vom Richterprivileg nach § 823 Abs. 2 BGB nicht erfassten Fälle brauchen – und haben - wir ja ein solches Superkontrollgericht.

6. Der EuGH hat aber nicht nur alle erhobenen Einwände zurückgewiesen, sondern zusätzlich zwei weitere Gründe für die Einbeziehung von Gerichtsentscheidungen angeführt.

Zum einen, dass nahezu **alle Mitgliedstaaten** eine Staatshaftung für fehlerhafte Gerichtsentscheidungen kennen – wenn auch teilweise erheblich eingeschränkt.

Zum zweiten, dass auch der **Europäische Gerichtshof für Menschenrechte** in Straßburg einen Staat zur Entschädigung verurteilen kann, wenn die Konventionsverletzung auf einer Entscheidung eines nationalen letztinstanzlichen Gerichts beruht. Ich will hinzufügen, dass dies bekanntlich sogar gegenüber Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gilt, auch wenn man das dort nicht so gerne sieht. (Ich habe das selbst erlebt, als der EGMR 1996 Deutschland zum ersten Mal wegen einer überlangen Verfahrensdauer beim Bundesverfassungsgericht zu einer Entschädigungszahlung verurteilt hat. Sehr zum Verdruss des damaligen Direktors des Bundesverfassungsgerichts hat das Bundes-

justizministerium darauf Wert gelegt, dass das Bundesverfassungsgericht, weil Verfassungsorgan, die Entschädigung aus seinem eigenen Haushalt bezahlt.).

V.

Praktische Relevanz

1. Ich komme jetzt zur Frage nach der praktischen Relevanz. Bleibt die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung für judikatives Unrecht eine **abstrakte Möglichkeit** oder lässt sich die Haftung konkret durchsetzen?

Das hängt im Kern von der Anwendung der Kriterien ab, die der EuGH in Köbler zur Konkretisierung der Offensichtlichkeit des richterlichen Fehlverhaltens aufgestellt hat. Denn dass Fehler gemacht werden und dass die Betroffenen dafür Schadensersatz begehren werden, darf man getrost unterstellen.

Natürlich wird die Beurteilung der Offensichtlichkeit vom Einzelfall abhängen. Trotzdem will ich versuchen, einige **Fallgruppen** zu bilden.

2. Die erste Überlegung richtet sich an den Richter. Was kann er tun, um sich (seinen Staat) vor einer Haftung zu schützen, wenn ein Fall gemeinschaftsrechtliche Fragen aufwirft? Die Antwort liegt auf der Hand:

Die Fragen zum Gemeinschaftsrecht dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen und dessen Antwort anschließend befolgen.

Wer nach dem Motto „**vorlegen und befolgen**“ verfährt, wird bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts kaum noch etwas falsch machen können. Und wenn beim Befolgen dann dennoch ein Fehler auftritt? Dann wird er kaum noch offensichtlich sein können.

Es wird ein entschuldbarer Subsumtionsfehler sein.

Zum Schutz vor Haftung ratsam ist also eine **veränderte Vorlagepolitik**. Sie ist den letztinstanzlichen Gerichten auch möglich. Zwar sind sie nach Art. 234 Abs. 3 EG zur Vorlage verpflichtet, wenn es in einem Verfahren auf die Auslegung und Anwendung von Gemeinschaftsrecht ankommt. Die Vorlagepflicht entfällt aber, wenn die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Sie entfällt auch, wenn sich die Lösung der Rechtsfrage einer gesicherten Rechtsprechung des EuGH entnehmen lässt (Köbler, Tz. 118; EuGH, NJW 1983, 1257 [1258] – CILFIT).

In „klaren Fällen“ muss also nicht vorgelegt werden. Die obersten Gerichte des Bundes machen davon in großem Umfang Gebrauch. Allerdings muss die Beantwortung der gemeinschaftsrechtlichen Frage nicht nur für das damit befasste Gericht zweifelsfrei sein, sondern diese Gewissheit muss auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und für den Gerichtshof selbst bestehen. Ob das von den obersten Gerichten des Bundes immer beachtet wird, mag jeder von Ihnen selbst beurteilen.

Jedenfalls erhöht der Verzicht auf eigene Zweifel (und damit auf die Vorlage) dreierlei:

- die Gefahr eines Fehlers bei der Rechtsanwendung,
- die Feststellung seiner Offenkundigkeit
- und damit das Eingreifen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung.

Haftungsrechtlich gilt also: Vorlegen (und befolgen) macht frei.

3. Eine zweite Fallgruppe ohne Haftung!

Ausgeschlossen ist die Haftung – jedenfalls im Regelfall – aber auch dann, wenn die aufgeworfene Frage im Gemeinschaftsrecht weder

ausdrücklich geregelt noch in der Rechtsprechung des EuGH schon beantwortet war. Wenn die Antwort auf die aufgeworfene gemeinschaftsrechtliche Frage in diesem Sinne **nicht auf der Hand lag**, gibt es keine Haftung.

Das gilt auch dann, wenn das mitgliedstaatliche Gericht unter Verstoß gegen Art. 234 Abs. 3 EG von einer Vorlage an den EuGH abgesehen (oder sein Vorabentscheidungsersuchen zurückgenommen) hat.

Diese Fallgruppe war – jedenfalls nach Auffassung des EuGH – im Fall Köbler gegeben. Dort war das zunächst gestellte Vorabentscheidungsersuchen vom österreichischen Verwaltungsgerichtshof unter eher dubiosen Umständen wieder zurückgenommen worden. Der Generalanwalt wollte daraus die Offenkundigkeit der falschen Sachentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs ableiten.

Für die Position des Generalanwalts spricht, dass durch die Nichtvorlage die Gefahr einer falschen Anwendung des Gemeinschaftsrechts erhöht wurde. Außerdem ist dann, wenn die Frage weder im Gemeinschaftsrecht ausdrücklich geregelt noch in der Rechtsprechung des EuGH geklärt ist, die Vorlage besonders geboten, ihr Unterlassen handgreiflich falsch.

Die gegenteilige Position des EuGH ist aber trotzdem überzeugender. Denn ein Verstoß gegen die Vorlagepflicht aus Art. 234 Abs. 3 EG durch das nationale Gericht betrifft primär dessen Verhältnis zum EuGH. Der Verstoß hat gegenüber den Parteien des Verfahrens nur einen verfahrensrechtlichen Aspekt – Entzug des gesetzlichen Richters. Gegenüber den Parteien haftungsauslösend ist nicht diese falsche Prozessentscheidung, sondern die anschließende falsche Sachentscheidung. Dieser Sachentscheidungsfehler muss aus materiellen Gründen offenkundig gewesen sein.

Mit dieser eher vorsichtigen Position trägt der EuGH auch praktisch seinem Ansatz Rechnung, wonach die gemeinschaftsrechtliche Staats-

haftung für judikatives Unrecht ein Ausnahmefall ist. Ich möchte hinzufügen: ein extremer Ausnahmefall.

4. Diese beiden Regelfallgruppen der Haftungsfreiheit (Vorlage oder sehr unklare Rechtslage) lassen sich variieren unter Heranziehung zweier anderer Kriterien des EuGH, der Vorsätzlichkeit des Verstoßes und der Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums.

Diese Kriterien werden solange schillernd bleiben, bis der EuGH sie in der Praxis mit Leben erfüllt. Zwischen vorsätzlich falscher Rechtsanwendung und unentschuldbarem Rechtsirrtum dürfte es ohnehin nur einen theoretischen Unterschied geben. Das Kriterium der Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums wird hauptsächlich durch die Elemente der Klarheit der Rechtslage und der Verletzung einer Vorlagepflicht konkretisiert. Reine Subsumtionsirrtümer dagegen werden regelmäßig entschuldbar sein.

5. Bedeutsamer erscheint mir der Hinweis auf eine „**Stellungnahme eines Gemeinschaftsorgans**“. Das dürfte im Wesentlichen auf die Kommission zielen. Hat sie sich zu einem Thema klar positioniert, etwa durch Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens, durch Weißbücher oder durch Antworten auf parlamentarische Anfragen, dann dürfte eine hiervon abweichende und rechtswidrige Beurteilung eines Gerichts einen offenkundigen Rechtsanwendungsfehler aufweisen. Das scheint mir jedenfalls dann nahe zu liegen, wenn die Stellungnahme des Gemeinschaftsorgans durch einen Prozessbeteiligten in das Verfahren eingeführt wurde.

Folgt dagegen ein Gericht ausdrücklich der Rechtsauffassung der Kommission und entscheidet der EuGH später anders, dann war dieser Fehler wohl nicht offenkundig. Das Gericht war ja in guter Gesellschaft.

VI.

Innerstaatlicher Veränderungsbedarf

Jetzt zum innerstaatlichen Veränderungsbedarf. Hier muss man unterscheiden zwischen den schon eingetretenen Veränderungen und möglichen Weiterführungen durch den Gesetzgeber.

1. Die wesentliche Veränderung betrifft § 839 Abs. 2 BGB, also das Richterprivileg. Es gilt zwar nach dem Wortlaut der Vorschrift weiterhin für alle Gerichtsverfahren, tatsächlich aber nur noch für **reine Inlandsfälle**. Für Fälle, in denen es auch auf Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts ankommt, gelten die Grundsätze der Köbler-Rechtsprechung. In diesen Fällen ist das Richterprivileg also auf die Fälle unterhalb der Offensichtlichkeitsschwelle beschränkt.

Die „Überlagerung“ nationaler Vorschriften durch Gemeinschaftsrecht ist allgemein anerkannt; sie folgt aus der unmittelbaren Wirkung und dem **Anwendungsvorrang** des Gemeinschaftsrechts (van Gend & Loos sowie Costa / ENEL lassen grüßen). Uns Verwaltungsrechtlern fallen dazu viele Beispiele ein. Es genügt an das traurige Schicksal von **Vertrauensschutz** und Jahresfrist in § 48 VwVfG zu erinnern. Dieses Beispiel zeigt auch, dass der Gesetzgeber es auch schlicht bei der eingetretenen „Überlagerung“ seines nationalen Rechts belassen kann.

2. Die Rechtsanwendung außerhalb kundiger Kreise erleichtert das natürlich nicht. Die Alternative ist eine ausdrückliche Klarstellung durch den Gesetzgeber. So könnte in § 839 BGB ein **Absatz 2a** eingefügt werden, der für Fälle mit Gemeinschaftsrechtsbezug an die Stelle des klassischen Richterprivilegs die vom EuGH aufgestellten Grundsätze setzt.
3. Klarstellungs-Gesetzgebung ist für Politiker wenig reizvoll. Man kann nichts gestalten. Das führt zu der Überlegung, die Rechtsprechung des EuGH nicht nur zu kodifizieren, sondern zu verschärfen. Eine solche **Haftungsverschärfung** in Gemeinschaftsrechtsfällen lässt der EuGH ausdrücklich zu (Tz. 51).

Welche Verschärfung wäre denkbar? Denkbar ist eine Lösung nach dem Ansatz des Generalanwalts, lege also ein Abstellen auf die Verletzung der Vorlagepflicht. Legt ein Gericht nicht vor und entscheidet es in der Sache falsch, dann war der Fehler regelmäßig vermeidbar. Gerade die rechtswidrige unterlassene Vorlage schafft ein hohes Risiko der falschen Sachentscheidung. Es ginge bei der nationalen Verschärfung also um eine Art **Gefährdungshaftung**.

Für eine solche Lösung spricht auch, dass die bisherigen innerstaatlichen Mittel zur Durchsetzung einer Vorlagepflicht gegen ein vorlageunwilliges Gericht wenig effektiv waren. Die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde mit der Rüge, durch die Nichtvorlage sei der gesetzliche Richter (**Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG**) entzogen worden, besteht zwar. Sie hat aber wenig Erfolg, weil das Bundesverfassungsgericht hartnäckig daran festhält, nur gegen willkürliche Nichtvorlagen einzuschreiten.

4. Damit nähern wir uns der **ganz großen Lösung**: Der Aufgabe oder Anpassung des Richterprivilegs auch bei rein innerstaatlichen Fällen. Dafür spricht zunächst das Vorbild des Gemeinschaftsrechts.

Tragender Grund des deutschen Richterprivilegs ist die Sicherung der Rechtskraft richterlicher Urteile geht (Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 5. Auflage, 1998, 102). Wenn das auf europäischer Ebene als irrelevant oder jedenfalls nicht hinreichend gewichtig eingestuft wird, dann kommt diese Begründung auch in Deutschland unter Druck.

Der Druck erhöht sich, wenn man mit dem Generalanwalt in der Staatshaftung für judikatives Unrecht sogar einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts sieht, der aus den Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten folgt. Deshalb ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof diesen sehr weitgehenden Schritt bewusst vermieden hat (TZ. 48).

Für mich sprechen **zwei Gründe gegen** eine Aufgabe des Richterprivilegs für innerstaatliche Fälle.

Die Feststellung des EuGH, die fehlerhafte Entscheidung bliebe durch den Haftungsprozess unangetastet stimmt **nur bei formaler Betrachtungsweise**. Jedenfalls die Richtigkeit der höchstrichterlichen Entscheidung wird in Frage gestellt.

Dazu besteht – und das ist der zweite Grund – bei rein innerstaatlichen Fällen viel weniger Anlass als bei Fällen mit gemeinschaftsrechtlicher Überlagerung. Wenn oberste Bundesgerichte rein nationale Sachverhalte entscheiden, spricht eine hohe Vermutung dafür, dass das Ergebnis „richtig“ ist. Entschieden wird in einem verhältnismäßig homogenen nationalen Rechtsraum (mit überwölbender Verfassungsordnung). In Fällen mit gemeinschaftsrechtlicher Überlagerung müssen zwei nicht aufeinander ausgerichtete Rechtsmassen in ein korrektes und widerspruchsfreies Verhältnis gebracht werden. Dabei machen oberste Gerichte des Bundes schon deshalb öfter etwas falsch, weil sie jedenfalls bei der Rechtsmasse Gemeinschaftsrecht gar nicht letztinstanzliches Gericht sind, sondern die **Funktion eines Instanzgerichts** erfüllen.

Ob es andere – innerstaatliche – Gründe dafür gibt, an § 839 Abs. 2 BGB zu rütteln, steht auf einem anderen Blatt.

VII.

Antworten

Gut, dass Sie danach fragen: Ich muss noch die Eingangsfragen beantworten. Das mache ich kurz:

1. Richter werden durch den EuGH **nicht zu Straftätern** gemacht, weil der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch keine Straftat voraussetzt, sondern „nur“ einen offenkundigen Fehler bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts. Die offenkundige Falschanwendung des Gemeinschaftsrecht steht in Deutschland auch nicht unter Strafe –

obwohl dies eine elegante Lösung des durch den Wortlaut des § 839 Abs. 2 BGB aufgeworfenen Problems wäre.

2. Auch die Versicherungen machen **kein Geschäft**. Richter brauchen keine solche Versicherung. Sie haften nicht. (Der Staat arbeitet wie immer mit seiner Eigenversicherung.)
3. Richter in der Instanz haben es vergleichsweise gut. Sie sind in Sicherheit, **solange es noch ein Rechtsmittel** gibt. Wenn sie aber konkret letztinstanzlich entscheiden, sieht es anders aus. Der Ausweg ist einfach: Man entscheidet die gemeinschaftsrechtlichen Fragen und lässt im Hinblick darauf Berufung oder Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung zu. Selber vorlegen kann man natürlich auch.
4. Beim Bundesverwaltungsgericht gibt es nur einen Weg: **Tapfer vorlegen** und tapfer befolgen.
5. Schließlich wir Rechtsanwälte: Sollen wir munter Staatshaftungsklagen erheben? Die relativ hohe Schwelle der Offenkundigkeit spricht dagegen. Der Fall Köbler zeigt aber, dass man auch **in der Niederlage erfolgreich** sein kann. Dort hat der Gerichtshof, nachdem er die Offenkundigkeit des Verstoßes verneint hat, in Tz. 125 noch ausgeführt:

„Hinzuzufügen ist, dass diese Antwort die Verpflichtungen unberührt lässt, die sich für den betreffenden Mitgliedstaat aus der Antwort des EuGH auf die dritte Frage ergeben.“

Kühne und Heitz, NVwZ 2004, 459.

Was das bedeutet, lasse ich offen, damit Sie in der Diskussion auch noch etwas zu fragen haben.

Ich danke Ihnen, dass Sie mir zugehört haben.