

AN DEN HERRN PRÄSIDENTEN UND DIE MITGLIEDER DES GERICHTSHOFES
DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

Schriftliche Erklärungen in der Rechtssache C-445/06

eingereicht von Danske Slagterier, vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Karpenstein,
Gerhofstraße 38, 20354 Hamburg,

wegen Vorabentscheidung

gem. Artikel 234 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, beantragt
vom Bundesgerichtshof in einem Rechtsstreit zwischen

Danske Slagterier

- Klägerin und Revisionsbeklagte -

gegen

Bundesrepublik Deutschland

- Beklagte und Revisionsklägerin -

über die Auslegung des EG-Vertrags.

In der vorliegenden Rechtssache beehrt sich Klägerin und Revisionsbeklagte des Ausgangsverfahrens, zu den Vorlagefragen Stellung zu nehmen¹:

A. SACHVERHALT UND RECHTLICHER RAHMEN

I. Einleitung

1. Der Bundesgerichtshof („BGH“) hat mit Beschluss vom 12. Oktober 2006 mehrere Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Zusammenhang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch vorgelegt. Die Beantwortung der Fragen hat über den Ausgangsfall hinaus besondere Bedeutung für die volle Wirksamkeit und die effektive Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten sowie für die volle Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes.
2. Die Klägerin bittet um Verständnis, dass ihre schriftlichen Erklärungen noch umfangreicher sind als der Vorlagebeschluss. Die Beantwortung der Fragen zur Verjährung erfordert vertiefte Ausführungen zu den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, zu

¹ Ein **Inhaltsverzeichnis** ist am Ende der schriftlichen Erklärungen beigelegt.

dem Hintergrund der Schadensersatzforderung und zum nationalen Recht. Die Klägerin wird aufzeigen, dass die Vorlagefragen drei und vier zu ergänzen und teilweise neu zu formulieren sind.

II. Der rechtliche Rahmen

1. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen

3. a.) Der gemeinschaftliche rechtliche Rahmen, der der Schadensersatzforderung zu Grunde liegt, ist dem Gerichtshof aus der Rechtssache C-102/96 (Urt. v. 12.11. 1998, *KOM/Deutschland*) bekannt und kann entsprechend der Formulierung des Gerichtshofs in diesem Urteil wie folgt zusammengefasst werden:

„Die deutschen Stellen haben dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe o und Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) der Richtlinie 64/433/EWG des Rates vom 26. Juni 1964 zur Regelung gesundheitlicher Fragen beim innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mit frischem Fleisch (ABl. 1964, Nr. 121, S. 2012) in der Fassung der Richtlinie 91/497/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 (ABl. L 268, S. 69) in Verbindung mit den Artikeln 5 Absatz 1, 7 und 8 der Richtlinie 89/662/EWG des Rates vom 11. Dezember 1989 zur Regelung der veterinärrechtlichen Kontrollen im innergemeinschaftlichen Handel im Hinblick auf den gemeinsamen Binnenmarkt (ABl. L 395, S. 13) sowie aus Artikel 30 EG-Vertrag verstoßen, dass sie die Pflicht zur Kennzeichnung und Hitzebehandlung der Schlachtkörper von nicht kastrierten männlichen Schweinen bereits dann auslösen, wenn das Fleisch unabhängig vom Körpergewicht der Tiere einen Androstenongehalt von mehr als 0,5 ig/g, aufweist und dass sie das Fleisch bei Überschreitung des Grenzwertes von 0,5 ig/g als mit einem starken Geschlechtsgeruch belastet betrachten, der die Genußuntauglichkeit des Fleisches für den menschlichen Verzehr nach sich zieht.“

4. b.) Auf den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen, der für die Beantwortung der Vorlagefragen und der Fragen, die sich bei der Verjährungsproblematik zusätzlich stellen, relevant ist, wird die Klägerin im Einzelnen unten eingehen.

2. Der nationale rechtliche Rahmen

5. Der komplexe nationale rechtliche Rahmen wird im Detail bei der Beantwortung der Vorlagefragen dargestellt, ist aber wie folgt zusammenzufassen:
6. Nach deutschem Staatshaftungsrecht haftet diejenige Körperschaft, deren Organ oder Bediensteter die Pflichtverletzung begangen hat. Danach haftet eine kreisfreie Stadt für den Fehler ihres städtischen Lebensmittelkontrolleurs, die Gemeinde für den Veterinär, dem sie die pflichtwidrig vollzogene Aufgabe anvertraut hat².
7. Im deutschen Staatshaftungsrecht gibt es drei Anspruchsgrundlagen, die in der Praxis für die Behebung der rechtswidrigen Folgen eines staatlichen Eingriffs von Bedeutung

² Vgl. BGH, Urt. v. 2.2.2006, III ZR 151/05

sind: Der „enteignungsgleiche Eingriff,“ der durch die Rechtsprechung entwickelt wurde, der „Amtshaftungsanspruch“, bei dem die persönliche Haftung des Beamten (§ 839 BGB) durch das Grundgesetz (Artikel 34 GG) auf den Staat übergeleitet wird und der „Folgenbeseitigungsanspruch“, der aus der Verfassung hergeleitet wird.

8. Diese drei Anspruchsgrundlagen stehen nebeneinander, der Rechtsweg ist aber gespalten. Enteignungsgleicher Eingriff und Amtshaftung sind vor den Zivilgerichten geltend zu machen, der Folgenbeseitigungsanspruch vor den Verwaltungsgerichten.
9. Auch die Verjährung der Ansprüche ist unterschiedlich. Die Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und der Folgenbeseitigungsanspruch verjähren nach der Regelverjährung in 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.), die Amtshaftungsansprüche aus historischen und gesetzessystematischen Gründen nach § 852 BGB a.F. in drei Jahren ab Kenntnis vom Schaden und vom Ersatzpflichtigen.
10. Der aus dem Wesen des EG-Vertrags folgende Grundsatz der Haftung findet sich im kodifizierten deutschen Recht nicht. In seiner *Brasserie*-Entscheidung vom Oktober 1996³ hat der BGH den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch erstmals in das deutsche Staatshaftungsrecht integriert. Der BGH hatte es abgelehnt, die bestehenden deutschen Staatshaftungsansprüche gemeinschaftsrechtlich zu modifizieren. Deshalb besteht seit dieser höchstrichterlichen Entscheidung eine „vierte“ **eigenständige Anspruchsgrundlage**, die aus dem Wesen des EG-Vertrags folgt und bei Schadensersatz vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist.
11. Ob und welche Verjährung des nationalen oder des Gemeinschaftsrechts auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch analog anzuwenden ist, wurde bisher weder von deutschen Gerichten noch vom Gerichtshof entschieden.
12. Auch die in der Rs. *Konle* (EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-302/97) erstmalig aufgeworfene Problematik, gegen welchen Rechtsträger sich der gemeinschaftsrechtliche Anspruch zu richten hat, wenn sowohl Organe des Mitgliedstaates als auch Organe seiner rechtlich selbstständigen Untergliederungen den Schaden verursacht haben, ist noch nicht Gegenstand deutscher Rechtsprechung gewesen.

III. Zum Sachverhalt

1. Das dänische Male Pig Projekt

13. Die Dänischen Schlachthofgesellschaften und Schweinezüchter sowie ihr Forschungsinstitut, die alle unter dem Dach der Klägerin vereinigt sind, forschten seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts intensiv daran, die Vorteile des Kastrationsverzichts ohne Qualitätseinschränkungen wirtschaftlich nutzen zu können. Bei nicht kastrierten männlichen Schweinen ist der preisbestimmende Magerfleischanteil deutlich höher als bei kastrierten Schweinen (2-5 %). Außerdem benötigen sie weniger Futter,

³ BGH, Urt. v. 24.10.1996, NJW 1997, 123.

um ihr Schlachtgewicht zu erreichen und produzieren deshalb auch weniger Gülle. Zudem entfallen die Kosten für den unangenehmen Eingriff in die Männlichkeit und natürlich auch die vermeidbaren Qualen des Tieres.

14. Problematisch ist lediglich der vereinzelt auftretende starke Geschlechtsgeruch, der zwar keinerlei Gesundheitsgefahr darstellt, von besonders empfindlichen Nasen aber als Qualitätsbeeinträchtigung empfunden werden kann. Für weitere Hintergrundinformationen verweisen wir auf den kurzen Artikel „*Wirtschaftlichkeit der Ebermast*“ aus dem Jahre 1993, beigefügt als **Anlage 1**).
15. Ende der achtziger Jahre perfektionierten die Dänen im Rahmen ihres „Male Pig Projekts“ das von den dänischen Behörden und der Kommission anerkannte Skatol-Verfahren zur industriellen Untersuchung auf starken Geschlechtsgeruch. Um landesweit auf die Kastration verzichten zu können, benötigten die exportorientierten Dänen die **Rechtssicherheit**, dass ihr Export in andere Mitgliedstaaten nicht durch restriktive Regelungen und Praktiken behindert wird.
16. Im Zuge der Verwirklichung des Binnenmarktes wurden zunächst die veterinärrechtlichen Grenzkontrollen durch die Richtlinie 89/662 abgeschafft. Dann harmonisierte der Rat im Juni 1991 gegen den Widerstand Deutschlands in Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) die Vermarktungsanforderungen für Fleisch nicht kastrierter männlicher Schweine zum 1. Januar 1993 abschließend durch die Richtlinie 91/497. Bei einem Tierkörpergewicht bis 80 kg gilt das Fleisch männlicher Schweine als genusstauglich. Bei einem höheren Gewicht müssen die Betriebe mit der im **Ursprungsland** anerkannten Methode auf starken Geschlechtsgeruch untersuchen.
17. Der von den Ministern gefundene Kompromiss war exakt auf das Male Pig Projekt zugeschnitten. Die Dänen konnten schon seit 1989 – als einzige Landwirtschaft in der Gemeinschaft – **beide** Voraussetzungen für die Verkehrsfähigkeit erfüllen, weil das Skatol-Verfahren zur Serienreife entwickelt war und fast 100 % der Schlachtschweine unter der Gewichtsgrenze liegen.
18. Bis zum Herbst 1993 wurden alle dänischen Schlachthöfe mit den vollautomatisierten Geruchskontrollanlagen ausgestattet. Diese **freiwillige** Untersuchung auf starken Geschlechtsgeruch sollte die höchste Qualität des Fleisches garantieren. Die Dänen investierten in das Male Pig Projekt über 500 Mio. DK. Die Gemeinschaft beteiligte sich mit 32 Mio. DK (FEOGA).

2. Das schädigende Verhalten

19. Das schädigende Verhalten liegt darin, dass die deutschen Stellen die Pflicht zur Kennzeichnung und Hitzebehandlung der Schlachtkörper männlicher Schweine in der Zeit von 1993 bis 1999 bereits dann ausgelöst haben, wenn das Fleisch unabhängig vom Körpergewicht der Tiere einen Androstenongehalt von mehr als 0,5 µg/g aufweist, und dass sie das Fleisch bei Überschreitung des Grenzwertes von 0,5 µg/g als

mit einem starken Geschlechtsgeruch belastet betrachtet haben, der die Genußtauglichkeit für den menschlichen Verzehr nach sich zieht.

20. Wie sich später herausstellen sollte, hatten die deutschen Stellen, die alle Einzelheiten des „Male Pig Projekts“ kannten, schon 1992 dieses *Maßnahmepaket* beschlossen, um ein faktisches Vermarktungsverbot für das Fleisch rein männlicher Schweine durchzusetzen.
21. Der Klägerin sind nicht alle Einzelheiten des Maßnahmepakets der deutschen Stellen bekannt, weil die meisten Einzelmaßnahmen gegenüber dem deutschen Handel ergingen. Es steht aber fest, dass in den Jahren 1993 bis 1999 Lieferungen aus Dänemark von den Behörden der Bundesländer bei den deutschen Abnehmern auf Androsen untersucht und zurückgewiesen wurden, weil zwangsläufig in jeder Lieferung Fleisch enthalten war, das den deutschen Grenzwert überschritt. Dänische Lieferungen wurden zur Untersuchung sogar beschlagnahmt; jedes Eintreffen einer **dänischen** Lieferung musste von den deutschen Abnehmern angezeigt werden (siehe **Anlage 2**, unten). Die Bundesländer führten sogar ein „Sonderuntersuchungsprogramm Eberfleisch“ durch (Zeitungsbericht vom 18.1.1995, **Anlage 3**).
22. Gegen die dänischen Schweinezüchter und Schlachthofgesellschaften ergingen keine individuellen Maßnahmen („Verwaltungsakte“) deutscher Stellen (z.B. Untersagungsverfügungen, Zurückweisungen, Beschlagnahmen). Grund ist, dass deutsche Behörden im Ausland keine wirksamen Verwaltungsakte erlassen können. Diese Feststellung ist bedeutsam, weil schon der Widerspruch gegen einen solchen Verwaltungsakt die Verjährung des Schadensersatzanspruchs unterbrochen hätte.
23. Es erging allerdings gegen die Firma ESS FOOD, eine deutsche Tochtergesellschaft der Klägerin, die einen Teil der Exporte abwickelt, ein Bußgeldbescheid wegen des Vertriebs von Fleisch, das nach deutscher Ansicht nicht verkehrsfähig ist. Gegen diesen Verwaltungsakt wurde selbstverständlich unter Berufung auf das Gemeinschaftsrecht erfolgreich Einspruch eingelegt. Geändert hat sich dadurch an der EG-rechtswidrigen Haltung der deutschen Stellen aber nichts.

3. Die Maßnahmen zur Schadensminderung

24. Die Klägerin und das Dänische Ministerium, beschwerten sich Anfang 1993 gem. Artikel 226 EG (Art. 169 EGV) bei der Kommission. Das Dänische Landwirtschaftsministerium versprach der Klägerin sogar die Erhebung einer Klage Dänemarks gem. Artikel 227 EG gegen Deutschland für den Fall, dass die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren wider Erwarten nicht durchführen würde. Dazu musste es aber nicht kommen, weil die Kommission die Beschwerde sofort bearbeitete und das Vertragsverletzungsverfahren schnellstmöglich einleitete.
25. Die Klägerin konsultierte auch einen deutschen Rechtsanwalt zur der Frage, wie sich die Geschädigten gegen die deutsche Haltung zur Wehr setzen können. Dieser er-

klärte, dass effektive Abhilfe nur über die Beschwerde bei der Kommission und das Vertragsverletzungsverfahren erreicht werden kann.

26. Die Kommission, die dänischen Minister und die Klägerin versuchten überdies, Deutschland unter Hinweis auf die großen Schäden für die dänische Schweineindustrie auf höchster politischer Ebene zum Einlenken zu bewegen. Hohe Beamte der deutschen Stellen haben sich sogar vor Ort bei den Dänischen Schlachthofgesellschaften davon überzeugen können, dass die Dänen die Vorgaben des EG-Rechts konsequent einhalten. An dem Verhalten der deutschen Stellen hat sich aber auch dadurch nichts geändert.
27. In der Folgezeit informierte die Klägerin die Kommission fortlaufend über die komplexen rechtlichen und tatsächlichen Hintergründe, um die sachgerechte Durchführung des Vertragsverletzungsverfahrens zu gewährleisten. Die deutschen Stellen bestritten in dem Verfahren allerdings beharrlich einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht. Die Klägerin begleitete das Vertragsverletzungsverfahren deshalb intensiv weiter bis zur mündlichen Verhandlung in Luxemburg.
28. Wie auch aus dem Urteil des Gerichtshofs und den Schlussanträgen von Generalanwalt *La Pergola* vom 3. Februar 1998 ersichtlich wird, führte die Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gleichsam in „Prozessstandschaft“ für die Klägerin und ihre Mitglieder. Es ging in dem Verfahren inhaltlich nicht etwa um einen Streit zwischen der Kommission und Deutschland, sondern um den konkreten Handelsstreit zwischen den deutschen Stellen und der dänischen Schweineindustrie.
29. Die Klage der Kommission, und daher auch die Geltendmachung von Schadensersatz, wurde durch die treuwidrige deutsche Haltung um ein Jahr verzögert. Wie auch aus dem Urteil des Gerichtshofs hervorgeht (Rs. C-102/96, Rn. 14-16), gaben die deutschen Stellen in ihrer Antwort vom März 1995 auf die Begründete Stellungnahme vor, dem Gemeinschaftsrecht nunmehr nachzukommen. Die Klägerin stellte jedoch in der Folgezeit fest, dass sich an der Haltung und Praxis der deutschen Stellen nichts geändert hatte und bat die Kommission, das Verfahren fortzuführen. Als sich die Kommission bei den deutschen Stellen über den tatsächlichen Stand der Durchführung der zugesagten Maßnahmen erkundigte, erklärte Deutschland, die Beachtung des Gemeinschaftsrechts sei „politisch nicht durchsetzbar“.
30. Daraufhin hat die Kommission Klage erhoben, die in allen Punkten erfolgreich war.
31. Ob die deutschen Stellen ihre rechtswidrige Haltung beendet haben, ist unklar. Zwar hat die Beklagte im April 1999 Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) umgesetzt. Streitig ist aber noch immer, ob sich die deutsche Praxis im Rahmen der Richtlinien hält. Die Beklagte selbst hat nämlich in ihrer Klagerwiderung vom 19.2.2001 vor dem Landgericht („LG“) Bonn (dort S. 5) ausgeführt, dass

„Frisches Fleisch, das nach Deutschland importiert wird, von den zuständigen Landesbehörden stichprobenartig auf das Vorliegen von starkem Geschlechts-

geruch nach der sog. Androstenon-Methode untersucht [wird]. ... Fleisch, das den Androstenon-Test nicht besteht, wird zurückgewiesen“.

IV. Das nationale Verfahren

32. Die Klägerin hat die Beklagte im Februar 1999 um Auskunft gebeten, wie und wann dem Vertragsverletzungsurteil Rechnung getragen wird. Mit Schreiben vom 24. März 1999 hat die Klägerin dann außergerichtlich den Schaden ihrer Mitglieder geltend gemacht und diesen Schaden im Juli 1999 konkret beziffert.
33. Erst im Oktober 1999 hat die Beklagte geantwortet und ließ mitteilen, dass Schadensersatzansprüche nach ihrer Rechtsauffassung nicht bestehen. Der Verstoß sei nicht hinreichend qualifiziert, es bestehe kein Kausalzusammenhang, es sei kein individuelles Recht verletzt und die Geschädigten hätten es versäumt, gegen die von deutschen Behörden ausgestellten Genusstauglichkeitsbescheinigungen Rechtsmittel einzulegen. Auch berief sich die Beklagte auf Verjährung. Sie bot allerdings an, ihre Rechtsauffassung in einem Gespräch weiter zu erläutern.
34. Im Dezember 1999 hat die Klägerin dann Klage vor dem LG Bonn gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben. Als Schaden macht die Klägerin aus abgetretenem Recht den Betrag geltend, den die Züchter und Schlachthofgesellschaften durch zusätzliche Einnahmen (für den höheren Magerfleischanteil) und durch Kosteneinsparungen bei der Aufzucht erzielt hätten, wenn die deutschen Stellen nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hätten. Der Schaden beträgt bei vorsichtiger Berechnung über 143 Mio. €.
35. Das LG hat die Ansprüche für Schäden, die mehr als drei Jahre vor Klageeinreichung tatsächlich eingetreten sind, in analoger Anwendung des § 852 BGB a.F. als verjährt angesehen. Nach dieser (mittlerweile aufgehobenen) Vorschrift verjähren Schadensersatzansprüche gegenüber **Privatpersonen** aus einer unerlaubten Handlung in drei Jahren „*von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der **Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt.***“
36. Das LG meint, der *Schwerpunkt* des schädigenden Verhaltens liege in der Nichtumsetzung der Frischfleischrichtlinie und damit in einem Unterlassen der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes. Dann beginne der Lauf der Verjährung (insoweit vergleichbar Artikel 43 der Satzung des EuGH a.F.) mit Kenntnis des täglich eintretenden Schadens. Die Klägerin habe aber nicht den Ausgang des Vertragsverletzungsverfahrens abwarten dürfen, weil – so das LG – der Gerichtshof zu den Fragen, die sich in einem gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsverfahren stellen, in dem Vertragsverletzungsverfahren nicht Stellung genommen habe.
37. Die Klägerin und die Beklagte gingen in die Berufung. Die Klägerin begründete in ihren Schriftsätzen vom 1. Juni 2004 und vom 13. Oktober 2004 ausführlich, weshalb das Gemeinschaftsrecht der analogen Anwendung des § 852 BGB a.F. entgegensteht.

Sie stellte klar, dass der Schaden durch die dauerhafte Haltung ungezählter deutscher Stellen verursacht wurde und nicht allein durch die Nichtumsetzung. Überdies wies die Klägerin auf die **elementare** Bedeutung hin, die das Vertragsverletzungsverfahren für das nationale Schadensersatzverfahren hat.

38. Das Oberlandesgericht Köln („OLG“) gab der Berufung der Klägerin statt und verurteilte die Beklagte dem Grunde nach zum vollen Schadensersatz. Nach Ansicht des OLG war das schädigende Gesamtverhalten Deutschlands **eine Dauerhandlung**, auch wenn es in verschiedenen Teilhandlungen seinen Ausdruck gefunden haben mag. Für die Schadensfolgen einer Dauerhandlung beginnt die Verjährung nach deutschem Recht erst mit dem **Ende der Verletzungshandlung**.
39. Außerdem waren – so das OLG – vor der *Brasserie*-Entscheidung des EuGH derart viele Fragen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs vollkommen ungeklärt, dass es der Klägerin **unzumutbar** war, allein zur Unterbrechung der Verjährung eine Schadensersatzklage anzustrengen. Dann aber war es *vernünftig*, zunächst den Ausgang des Vertragsverletzungsverfahrens in der Rs. C-102/96 abzuwarten, weil das nationale Gericht ein vorher angestrebtes Staatshaftungsverfahren ohnehin bis zur Entscheidung des Gerichtshofs ausgesetzt hätte.
40. Die Beklagte legte Revision beim BGH ein. Sie macht geltend, dass sie nach deutschem Recht nicht für die Schäden haftet, die durch die Praxis der Vollzugsbehörden der Bundesländer entstanden sind⁴. Sie wiederholt ihre Auffassung zur Verjährung und meint, Ersatzansprüche seien ausgeschlossen, weil die Geschädigten keine Rechtsbehelfe gegen die rechtswidrige deutsche Haltung ergriffen hätten.
41. Der BGH hat Zweifel an der Auslegung des EG-Rechts, insbesondere im Zusammenhang mit der Verjährung. Er hat dem EuGH mehrere Fragen vorgelegt, auf die wir für die Klägerin nach einer Richtigstellung des Vorlagebeschlusses eingehen.

V. Richtigstellung des Vorlagebeschlusses

42. Die Darstellung des vorlegenden Gerichts in Rn. 6 ist leicht irreführend. Die Dänen haben nicht etwa 39 Mio. kastrierte Schweine „für die Vermarktung in Deutschland aufgezogen und geschlachtet“. Vielmehr hätte bei weiteren ca. 39 Mio. Schweinen, die im Zeitraum von 1993 bis 1999 aufgezogen und geschlachtet wurden, auf die Kastration - mit den entsprechenden wirtschaftlichen Vorteilen - verzichtet werden können, wenn die deutschen Stellen das Gemeinschaftsrecht beachtet hätten.
43. Es ist auch irreführend, wenn das vorlegende Gericht in Rn. 28 ausführt, die mit dem Export dänischen Schweinefleisches befassten Unternehmen hätten sich im Wege des Primärrechtsschutzes gegen ungerechtfertigte Kontrollmaßnahmen und Zurückweisungen zur Wehr setzen können. Diese Feststellung enthält das revisionsrechtlich zu überprüfende Urteil des OLG Köln vom 2. Juni 2005 gerade nicht.

⁴ Vgl. Revisionsbegründung vom 11.10.2005, S. 27 ff.

B. ZUR BEANTWORTUNG DER VORLAGEFRAGEN

I. Zur ersten Vorlagefrage

44. Mit seiner ersten Frage möchte der BGH wissen, ob die von Deutschland verletzten Bestimmungen der Veterinärkontrollrichtlinie-Binnenmarkt und der Frischfleischrichtlinie den dänischen Schweinezüchtern und Schlachthofgesellschaften „ein Recht“ im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Haftung des Mitgliedstaates gewähren. Das vorliegende Gericht hat diesbezüglich Zweifel, weil sich nach seiner Ansicht der Gesamtzusammenhang aller verletzten Bestimmungen der Richtlinien auf die Ausgestaltung der veterinärrechtlichen Kontrollen bezieht. (Rn. 13)
45. Die Klägerin kann diese Zweifel nicht teilen. Es genügt für den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch, dass die verletzte Bestimmung des EG-Rechts *auch* bezweckt, einem hinreichend bestimmbar Personenkreis ein Recht einzuräumen, dessen Inhalt sich anhand der verletzten Norm – gegebenenfalls durch Auslegung – ermitteln lässt. Denn das Gemeinschaftsrecht ist per se darauf ausgerichtet, subjektive Rechtspositionen zu begründen.
46. Alle verletzten Bestimmungen sind unmittelbar anwendbar und bezwecken, die volle Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes zu gewährleisten. Mehr bedarf es nicht, um „ein Recht“ des Einzelnen zu begründen, auf das die Haftung gestützt werden kann (vgl. EuGH, Urt. v. 2.4.1998, C-127/95, *Norbrook*, Rn. 108). Im Einzelnen:
47. **(1)** Die für das Male Pig Projekt maßgebliche Regelung des Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) der Richtlinie 64/433 bezweckt, dem einzelnen Schweinezüchter und Vermarkter *unmittelbar*, und nicht nur (wie das nationale Gericht meint) *mittelbar* ein Recht zu gewähren, auf das er auch einen Haftungsanspruch stützen kann. Die Bestimmung ist unmittelbar anwendbar und soll die Marktbeteiligten vor staatlichen Eingriffen in die Vermarktung schützen. Fordert eine staatliche Stelle die Einhaltung von Anforderungen, die von Artikel 6 abweichen, kann der Einzelne dem entgegenhalten, dass die Anforderungen für die Vermarktung seit Januar 1993 abschließend harmonisiert sind und entgegenstehende Vorschriften oder Praktiken **verboten** sind. **Nur** zu diesem Zweck wurde die Bestimmung erlassen. Dann kann auf die Verletzung dieser Bestimmung auch die Haftung gestützt werden.
48. Die Erwägungsgründe der Richtlinie 91/497 zur Änderung der Frischfleischrichtlinie bestätigen dies. Im ersten und zweiten Erwägungsgrund wird die Bedeutung der Erzeugung und des Handels mit frischem Fleisch und die Gewährleistung einer rationalen Entwicklung dieses Sektors hervorgehoben. In den folgenden Erwägungsgründen wird **ausschließlich** darauf Bezug genommen, dass eine Harmonisierung der Bedingungen für das Inverkehrbringen notwendig ist, um der Verwirklichung des Binnenmarktes und der Abschaffung der Grenzkontrollen durch die Richtlinie 89/662 Rechnung zu tragen. Hingegen ist in der Richtlinie 91/497 nicht im Ansatz davon die

Rede, dass die Harmonisierung notwendig sei, weil in den Mitgliedstaaten kein ausreichender Schutz vor dem vereinzelt auftretenden Geruch besteht.

49. Auch die Entstehungsgeschichte bestätigt, dass die Qualitätsanforderungen für das Fleisch männlicher Schweine **nur** harmonisiert wurden, um den wirtschaftlichen Vorteil des Kastrationsverzichts rechtlich abzusichern. Dänemark, aber auch die Niederlande sowie die Mitgliedstaaten, in denen traditionell nicht kastriert wird, und insbesondere die Kommission drängten jahrelang auf eine einheitliche Vermarktungsregelung, um den Produzenten und ihren Abnehmern die Rechtssicherheit zu gewährleisten, die Artikel 30 EGV nur unzureichend gewähren konnte.
50. Dies sehen die deutschen Stellen ebenso. In ihrer Mitteilung vom 16. März 1995 an die Kommission führen sie wörtlich aus: *„Die mit Beschluss der Richtlinie 91/497 getroffene Regelung ist rein zufällig Sie ist eine agrarpolitische Maßnahme, um die wirtschaftlichen Vorteile der Ebermast rechtlich abzusichern ...“*.
51. Der Hintergrund dieser „agrarpolitischen Maßnahme“ wird noch deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) ein **Fremdkörper** im Gefüge der Frischfleischrichtlinie ist, weil nicht hygiene- bzw. gesundheitsrechtliche Anforderungen harmonisiert werden, sondern nur Qualitätsanforderungen.
52. Der Zweck der Regelung ist damit eindeutig: Die abschließende Festlegung der Qualitätsanforderungen **verbietet** es den Mitgliedstaaten, Anforderungen für die Vermarktung aufzustellen, die über Artikel 6 hinausgehen. Die verletzte Norm soll die Schweinezüchter und Schlachthofgesellschaften vor dem Schaden schützen, der durch ein staatliches Vermarktungshindernis entsteht. Auf dieses „Recht“ stützten die Dänen das Male Pig Projekt und nunmehr den Schadensersatz.
53. **(2)** Auch Artikel 5 Abs. 1 Buchst. o) der geänderten Frischfleischrichtlinie in Verbindung mit der Veterinärkontrollrichtlinie-Binnenmarkt verleiht dem Einzelnen „ein Recht“. Adressat der Verpflichtung, Schweinefleisch mit starkem Geschlechtsgeruch (anhand der Methode des Ursprungslandes und nur bei einem Gewicht über 80 kg) für genussuntauglich zu erklären, ist nämlich das Ursprungsland und **nicht** das Bestimmungsland. Dem Bestimmungsland bleibt lediglich die Möglichkeit durch Stichprobenkontrollen zu überprüfen, ob die gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen eingehalten sind. Sind die Behörden des Bestimmungslandes der Ansicht, dass die im Ursprungsland getroffenen Feststellungen nicht dem EG-Recht entsprechen, dürfen sie keine einseitigen Maßnahmen treffen, sondern müssen das Streitschlichtungsverfahren gem. Artikel 8 der Richtlinie 89/662 durchführen.
54. Dieses Zusammenspiel gewährt dem Einzelnen das Recht, von nationalen Praktiken oder Bestimmungen, die sich – wie im Ausgangsfall – außerhalb der Richtlinien bewegen, verschont zu bleiben. Anders ausgedrückt hat Artikel 5 Buchst. o) folgenden Inhalt: *„Es ist den deutschen Behörden verboten, über die Genusstauglichkeit dä-*

nischen Schweinefleisches zu entscheiden“. Aus Sicht der Klägerin folgt daraus eindeutig „ein Recht“, auf das die Haftung gestützt werden kann.

55. Für Artikel 8 der Richtlinie 89/662 gilt das gleiche. Einer deutschen Behörde ist es verboten von Artikel 7 Gebrauch zu machen, bevor das Streitschlichtungsverfahren durchgeführt wurde. Auch Artikel 8 gewährt dem Einzelnen also das *Recht*, von Maßnahmen des Bestimmungslandes nach Artikel 7 verschont zu bleiben.
56. Um es noch klarer auszudrücken: Es geht vorliegend nicht – wie in der Rs. C-222/02 (*Paul*) – darum, dass bestimmte Kontrollen gegenüber Dritten **nicht** erfolgt sind, sondern darum, dass die deutschen Stellen Maßnahmen angedroht und dauerhafte Pflichten auferlegt haben, die sich außerhalb des durch die Richtlinien 64/433 und 89/662 abschließend gesetzten (Kontroll-)Rahmens bewegten und das individuelle Recht des Einzelnen verletzt, von solchen Maßnahmen verschont zu bleiben.
57. Die Klägerin schlägt daher vor, auf die erste Frage wie folgt zu antworten:

„Die Artikel 5 Abs. 1 Buchst. o) und Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) der Richtlinie 91/497/EWG in Verbindung mit Artikel 5 Abs. 1, Artikel 7 und Artikel 8 der Richtlinie 89/662/EWG sind dahin auszulegen, dass sie den Produzenten und Vermarktern des Fleisches nicht kastrierter männlicher Schweine ein Recht gewähren, das bei Umsetzungs- und/oder Anwendungsfehlern die Haftung des Mitgliedstaates auslöst.“

II. Zur zweiten Vorlagefrage

58. Mit seiner zweiten Frage möchte der BGH wissen, ob sich die Dänischen Schweinezüchter und Schlachthofgesellschaften für die Haftung Deutschlands auch dann auf Artikel 28 EG berufen könnten, wenn die ebenfalls verletzen Richtlinienbestimmungen den vom Vermarktungsverbot Betroffenen „kein Recht“ verleihen sollten. Der BGH gesteht zu, dass die Bejahung dieser Frage bezogen auf den Ausgangsfall nicht ernsthaft zweifelhaft ist. Die Klägerin erlaubt sich deshalb einige Anmerkungen zu dem Hintergrund dieser Vorlagefrage.
59. Die deutsche Regierung verteidigt sich nicht nur im Ausgangsfall, sondern auch in anderen Fällen mit Bezug zum harmonisierten Gemeinschaftsrecht, wie z. B. in den Verfahren gegen das Zwangspfand auf Einwegverpackungen⁵, mit der Argumentation, Artikel 28 EG sei in einem abschließend harmonisierten Bereich nicht (mehr) anwendbar. Begründet wird dies mit folgender isolierten Formulierung des Gerichtshofs in Rn. 32 des *Daimler/Chrysler*-Urteils:

„Alle nationalen Maßnahmen in einem Bereich, für den auf Gemeinschaftsebene eine harmonisierte Regelung geschaffen worden ist, [sind] anhand dieser Harmonisierungsmaßnahme und nicht anhand der Artikel 30, 34 und 36 EG-Vertrag zu beurteilen“ (EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-324/99).

⁵ Die dortige Argumentation ist aus den Schlussanträgen vom 6.5.2004 von GA *Colomer* in der Rs. C-309/02, Rn. 51 ersichtlich. Vgl. auch EuGH, Rs. C-309/02, Rn. 52.

60. Die Klägerin ist mit dem BGH und den unteren Instanzen der Ansicht, dass eine Harmonisierung die Anwendbarkeit von Artikel 28 EG nicht ausschließt. Richtig ist, dass die Harmonisierung dem Mitgliedstaat die Möglichkeit entzieht, sich zur Rechtfertigung einer Handelsbeeinträchtigung auf die Rechtfertigungsgründe des Artikel 30 EG oder auf die zwingenden Erfordernisse zu berufen. Wenn der Mitgliedstaat Maßnahmen trifft, die sich **nicht** in dem harmonisierten Rahmen halten, liegt stets – außer in Fällen ohne jeden potentiellen zwischenstaatlichen Bezug – ein Verstoß gegen Artikel 28 EG vor. Artikel 28 EG ist Primärrecht, dessen Anwendbarkeit durch Sekundärrecht nicht ausgeschlossen, sondern konkretisiert wird. Wenn der Mitgliedstaat Maßnahmen trifft, die sich innerhalb des harmonisierten Rahmens halten, entfällt also nicht die Anwendbarkeit von Artikel 28 EG, sondern nur das Erfordernis, einen Verstoß gegen Artikel 28 EG zu prüfen. Nichts anderes ist der Inhalt des *DaimlerChrysler*-Urteils.
61. Die Kommission hat deshalb die Klage zu Recht auf die Verletzung von Artikel 30 EGV **und** der einschlägigen Richtlinienbestimmungen gestützt. Selbstverständlich hat auch Generalanwalt *La Pergola* in seinen Schlussanträgen vom 3.2.1998 für die Feststellung der Verletzung von Artikel 30 EGV plädiert.
62. Der Gerichtshof hat den Antrag der Kommission auf Feststellung der Verletzung von Artikel 30 EG nicht zurückgewiesen, sondern lediglich bei der Formulierung des Urteil-Tenors am Ende nicht berücksichtigt. Daraus lässt sich für die Beklagte aber nichts herleiten. Die Feststellung des Verstoßes gegen harmonisierendes Recht bedeutet stets, dass – bei einem zwischenstaatlichen Bezug – Artikel 28 EG verletzt ist. Für den Gerichtshof ist dies so selbstverständlich, dass er übersehen hat, den Verstoß gegen Artikel 30 EGV auch in den Tenor des Urteils aufzunehmen.
63. Die Klägerin schlägt daher hinsichtlich der zweiten Frage folgende Antwort vor:

„Produzenten und Vermarkter von dänischem Schweinefleisch können sich zur Begründung eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bei einer gemeinschaftsrechtswidrigen Umsetzung und Anwendung der Richtlinien 64/443/EWG und 89/662/EWG auch auf die Verletzung von Artikel 28 EG berufen.“

III. Zur Verjährungsproblematik

64. Die dritte und vierte Vorlagefrage betrifft die Verjährung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs. Das vorlegende Gericht stellt eine Frage zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Zusammenhang mit der Unterbrechung durch einen Rechtsbehelf (Frage Nr. 3) und eine weitere Frage im Zusammenhang mit dem Verjährungsbeginn bei einer Dauerhandlung (Frage Nr. 4).
65. Die Klägerin ist der Auffassung, dass die dritte und vierte Frage des vorlegenden Gerichts der komplexen gemeinschaftlichen und nationalen Rechtslage nicht vollständig gerecht wird. Die Klägerin erlaubt sich deshalb, zur Auslegung des

Gemeinschaftsrechts in einem Fall mit den vorliegenden Besonderheiten ausführlich Stellung zu nehmen.

66. Die Klägerin wird, bevor sie auf die dritte Frage des vorliegenden Gerichts eingeht, darlegen, dass das Gemeinschaftsrecht im vorliegenden Fall der **analogen** Anwendung des § 852 BGB a.F. entgegensteht (**dazu unter 1.**). Weiter wird die Klägerin darlegen, dass das Gemeinschaftsrecht der Auffassung des nationalen Gerichts entgegensteht, wonach die Klägerin die für den Verjährungsbeginn erforderliche „*Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen*“ schon vor 1997 gehabt hat (**dazu unter 2.**). Schließlich wird die Klägerin erläutern, dass die Erhebung einer Schadensersatzklage zeitlich vor der *Brasserie*-Entscheidung des Bundesgerichtshofs gemeinschaftsrechtlich nicht „*zumutbar*“ war und auch deshalb Ansprüche nicht verjährt sein können (**dazu unter 3.**).

1. Keine analoge Anwendung nationaler Verjährungsregelungen

67. Die Klägerin ist mit Nachdruck der Ansicht, dass das EG-Recht der *anlog* Anwendung der kurzen dreijährigen Verjährungsregelung des Privatrechts im Ausgangsfall entgegensteht. Um dies zu erläutern, muss zunächst die deutsche Rechtslage und Rechtspraxis eingehender dargestellt werden.

a.) Das nationale Staatshaftungsrecht und die Verjährung

68. Das deutsche Staatshaftungsrecht ist unter systematischen Gesichtspunkten eher ein „Flickenteppich“ als einem homogenes Rechtssystem⁶. Anspruchsgrundlagen ergeben sich aus Verfassungs-, Bundes- oder Landesrecht und aus Gewohnheits- und Richterrecht. Eine für alle Ansprüche gegen den Staat geltende Ausschluss- oder Verjährungsregelung gibt es nicht.
69. Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch hat im Oktober 1996 über die *Brasserie*-Entscheidung des BGH erstmalig Eingang in die deutsche Rechtsordnung gefunden. Die deutsche Rechtspraxis versteht den gemeinschaftsrechtlichen Anspruch als eigenständigen Anspruch, der neben die nationalen Ansprüche auf Folgenbeseitigung, Amtshaftung und aus enteignungsgleichem Eingriff tritt.
70. Wie das vorliegende Gericht (Rn. 20) ausführt, beträgt die regelmäßige Verjährung 30 Jahre (§ 195 BGB a.F.). Diese Regelung gilt gemäß § 194 BGB a.F. für „*das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch)*“⁷.
71. Die Regelverjährung hat die deutsche Rechtsprechung ausnahmslos auf alle gewohnheitsrechtlich oder richterrechtlich geprägten Staatshaftungsansprüche angewandt. So verjährt der „Folgenbeseitigungsanspruch“, der auf die Beseitigung der negativen

⁶ *Deterrbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, § 3 Rn. 1.

⁷ Die Verjährung wurde 2002 grundlegend geändert. Die Regelverjährung beträgt 3 Jahre zum Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne Fahrlässigkeit erlangen müsste. **§ 852 BGB a.F wurde aufgehoben.**

Folgen eines rechtswidrigen staatlichen Eingriffs gerichtet ist, in 30 Jahren (VGH München, NJW 1999, 666). Ansprüche aus „enteignungsgleichem Eingriff“, die einen Entschädigungsanspruch bei einem rechtswidrigen Eingriff in den Kernbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs auslösen, verjähren – wie auch der BGH ausführt – in 30 Jahren.

72. Wie aus dem Vorlagebeschluss weiter hervorgeht (Rn. 21), ist die Frage, welche nationale Verjährung auf den gemeinschaftsrechtlichen Anspruch entsprechend anzuwenden ist, weder gesetzlich geregelt noch Gegenstand unter- oder höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen. In der deutschen Literatur werden unterschiedliche Ansichten vertreten. Der Gerichtshof hat sich zu dieser Frage noch nicht geäußert.
73. Die Beklagte ist allerdings seit 1994 nach dem Grundgesetz ermächtigt, die Staatshaftung insgesamt, und damit auch eine allgemeine Verjährung für alle Staatshaftungsansprüche gesetzlich zu regeln (Art. 74 Nr. 25, II GG). Sie hat von diesem Recht jedoch **keinen** Gebrauch gemacht.
74. Eine allgemeine Ausschlussfrist für alle Ansprüche gegen den Staat war allerdings in dem Staatshaftungsgesetz von 1981 („StHG 1981“) vorgesehen. Das StHG 1981 ist vom Bundesverfassungsgericht 1982 für nichtig erklärt worden⁸. Als Reaktion auf dieses Scheitern erhielt die Beklagte die genannte Kompetenzerweiterung.
75. Dieser Hinweis auf das nationale Recht ist bedeutsam. Denn die Beklagte beruft sich auf die *analoge* Anwendung einer Ausschlussfrist des Bürgerlichen Rechts, obwohl sie – wie das StHG 1981 zeigt – die Notwendigkeit erkannt hatte, eine Ausschlussfrist für Ansprüche gegen den Staat einheitlich gesetzlich zu regeln **und** die entsprechende Gesetzgebungskompetenz hat. Die Klägerin hat deshalb stets ihre Ansicht betont, dass der Beklagten aus ihrem eigenen Versäumnis kein Vorteil dadurch erwachsen darf, dass ein Gericht eine nicht zur Regelung der Verjährung von Staatshaftungsansprüchen erlassene Bestimmung im Wege der Analogie heranzieht.

b.) Die Ansicht des vorlegenden Gerichts

76. Das vorlegende Gericht begründet die Analogie damit, dass § 852 BGB a.F. auch Anwendung auf den deutschen Amtshaftungsanspruch, der Parallelen zu dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch aufweise, findet (Rn. 23). Insoweit wird aber nicht erwähnt, dass § 852 BGB a.F. vom Gesetzgeber im Jahre 1900 gerade **nicht** zur Regelung der Verjährung von Ansprüchen gegen den Staat vorgesehen wurde, sondern **nur** zur Regelung der Verjährung privatrechtlicher deliktischer Ansprüche, zu denen auch die persönliche Haftung des Beamten (§ 839 BGB) gehört. Eine *mittelbare* Staatshaftung wurde aus der privaten Haftung des Beamten erst durch die Einführung von Artikel 34 des Grundgesetzes⁹ im Jahre 1949.

⁸ BVerfGE 61, 149, NJW 1983, 25

⁹ Art. 34 GG: „*Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Für den Anspruch auf Schadensersatz darf der ordentliche Recht-*

77. Das nationale Gericht erwähnt zwar die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Analogie von Verjährungsregelungen (Rn. 24). Es hat die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht der analogen Anwendung entgegensteht, dennoch überraschenderweise nicht vorgelegt, weil es „– **vorbehaltlich einer anderen Entscheidung des Gerichtshofs** – keine Rechtssätze des Gemeinschaftsrechts sieht, die die Befugnis der nationalen Gerichte beschränken könnten, ... zur entsprechenden Anwendung der für die Amtshaftung geltenden Verjährungsvorschriften zu gelangen.“
78. Das vorliegende Gericht begründet allerdings nicht, weshalb die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Analogie von nationalen Verjährungsregelungen nicht übertragbar sein soll. Der BGH setzt sich auch nicht mit den Ausführungen der Klägerin auseinander, die in ihrer Revisionserwiderung vom 30. März 2006, in ihrer Berufungsbegründung und in ihrem Schriftsatz vom 13. Oktober 2004 dezidiert dargelegt hatte, weshalb das EG-Recht im Ausgangsverfahren der analogen Anwendung der kurzen spezialgesetzlichen Verjährungsregelung entgegensteht.
79. Die Klägerin meint, dass der BGH als letzte Instanz schon aufgrund der von ihm angeführten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Vorlage dieser entscheidungserheblichen Frage gem. Artikel 234 EG verpflichtet war. Die Frage der analogen Anwendung ist nämlich durch den Gerichtshof jedenfalls nicht im Sinne des BGH geklärt. Im Gegenteil: Es besteht die gesicherte Rechtsprechung, dass „**die analoge Anwendung einer nationalen Verjährungsregelung, die nicht zur Regelung des konkreten Falls vorgesehen ist, nicht möglich ist**“ (EuG, Urt. v. 17.9.2003, Rs. T-137/01, *Stadtsporverband Neuss*, Rn. 123 m. w. Nachw.).

c.) Ergänzung der Vorlagefragen

80. Der Klägerin ist zwar bewusst, dass der Gerichtshof grundsätzlich nur über die ausdrücklich formulierten Vorlagefragen entscheidet. Allerdings ist der Gerichtshof stets bemüht, dem nationalen Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, indem er die Vorlagefragen umformuliert, zusammenfasst oder auch ergänzt.
81. Vor diesem Hintergrund ersucht die Klägerin den Gerichtshof ergänzend um Prüfung und Beantwortung der Frage, ob das EG-Recht und die Rechtsprechung des Gerichtshofs in einem Fall mit den vorliegenden Besonderheiten der *analogen* Anwendung des § 852 BGB a.F. entgegensteht. Andernfalls ist nicht auszuschließen, dass der BGH erneut vorlegen muss.

d.) Keine Regelungslücke

82. Wie auch aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, ist § 852 BGB a.F. nicht konkret zur Regelung des gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs vorgesehen (Rn. 22-24).

weg (zu den Zivilgerichten) nicht ausgeschlossen werden.“

83. Eine Analogie verlangt aber zunächst – und dies wird auch ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sein – eine *planwidrige Regelungslücke*. Da es aber mit der Regelverjährung des § 195 BGB a.F. eine Verjährung gibt, die für **alle Ansprüche gilt**, die keiner speziellen Verjährung unterliegen, besteht keine Regelungslücke.
84. Auch die *Planwidrigkeit* scheidet aus. Die Beklagte war an den *Brasserie*-Entscheidungen des EuGH **und** des BGH beteiligt. Sie weiß also, dass das Gemeinschaftsrecht eine **eigenständige Anspruchsgrundlage** vorsieht. Unterlässt es der Gesetzgeber, die Verjährung eines „neuen“ Anspruchs speziell zu regeln, darf das nationale Gericht nicht zu Lasten der Durchsetzbarkeit des Gemeinschaftsrechts unterstellen, dieses „Nichthandeln“ sei planwidrig.
85. Dieser Grundsatz liegt offensichtlich auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Grunde, wenn er ausführt, dass eine nationale Verjährungsregelung, die nicht zur Regelung des konkreten Falls vorgesehen ist, nicht analog angewendet werden darf (vgl. nur EuG, Urteil, *BFM und EFIM/Kommission*, Slg. 1998, II-3437, Rn. 68). Würde man die analoge Anwendung von Ausschlussfristen, die nicht zur Regelung des konkreten Falls vorgesehen sind, zulassen, könnte nämlich auf unvorhersehbare Art und Weise die volle Wirksamkeit des EG-Rechts nachträglich vereitelt werden.

e.) Verbot der erstmaligen Analogie zu Lasten der Betroffenen

86. Die Klägerin hat keine Bedenken, dass die Mitgliedstaaten für Ansprüche aus dem Gemeinschaftsrecht eine eigene Ausschlussfrist **neu** festlegen dürfen, solange dies nicht Gegenstand einer Harmonisierung ist. Zwar war dies nach der *Brasserie*-Entscheidung des Gerichtshofs noch ungeklärt. Aus dem Urteil *Palmisani* (EuGH, Urt. v. 10.7.1997, Rs. C-261/95) geht aber hervor, dass der Mitgliedstaat, bei Beachtung des Effizienzgebots und des Äquivalenzgrundsatzes, für Ansprüche aus dem Gemeinschaftsrecht eine „neue“ Verjährung festlegen darf.
87. Wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat, muss eine Verjährungsfrist aber, um ihre Aufgabe, die Rechtssicherheit zu gewährleisten, **grundsätzlich im Voraus festgelegt** sein (EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-62/00, *Marks & Spencer*, Rn. 39; EuG, Rs. T-137/01, Rn. 137 m.w.Nachw.).
88. Diese Voraussetzung kann die erstmalige analoge Anwendung einer Ausschlussfrist durch ein nationales Gericht nicht erfüllen. Wenn es – worauf auch der BGH hinweist – weder eine gesetzliche Regelung noch eine (höchst-)richterliche Entscheidung gibt, die festlegt, dass gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsansprüche analog nach § 852 BGB a.F. verjähren, ist die Annahme, dass § 852 BGB a.F. **im Voraus** festgelegt ist, denklogisch ausgeschlossen.

f.) Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit

89. Die analoge Anwendung der kurzen deliktischen Verjährung verstößt auch gegen die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze der **Rechtssicherheit und Rechtsklarheit**. Die deutschen Gerichte wenden in ständiger Rechtsprechung die 30-jährige Regelverjährung des § 195 BGB a.F. auf alle richterlich entwickelten unmittelbaren Staatshaftungsansprüche an. Bis auf die Tatsache, dass ein einziger von mehreren nationalen Staatshaftungsansprüchen, bei dem der Staat allerdings nur *mittelbar* haftet, aus historischen Gründen in drei Jahren verjährt, gab es in dem hier maßgeblichen Jahr 1996 keinen Anhaltspunkt, dass ein nationales Gericht die kurze Verjährung auf den „neuen“ gemeinschaftsrechtlichen Anspruch analog anwenden würde.
90. Dieser unklaren Rechtslage scheint das vorlegende Gericht entgegenzuhalten, dass die „überwiegende“ Meinung im deutschen Schrifttum die analoge Anwendung der kurzen Verjährung des Amtshaftungsanspruchs auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch befürwortet. Dies trifft, jedenfalls für das Jahr 1996, nicht zu. Außerdem entscheidet nicht die deutsche Literatur, sondern der EuGH über die Auslegung des EG-Rechts.
91. Maßgeblich ist aber auch, dass die Stimmen im deutschen Schrifttum, die sich dezidiert mit der Frage der analogen Anwendung befassen, zu anderen Ergebnissen als das vorlegende Gericht gelangen. Die drei dogmatisch ausführlichsten Kommentare zum gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch lehnen nämlich die analoge Anwendung des § 852 BGB a.F. ab.
92. So spricht sich *von Bogdandy* (in *Grabitz/Hilf*, Kommentar zum EG-/EU Vertrag, Art. 288) für die analoge Anwendung von Artikel 43 der EuGH-Satzung a.F. aus. Diese Ansicht erscheint vertretbar, weil der Gerichtshof den Grundsatz der Haftung in *Brasserie* auch aus dem Vergleich mit Artikel 288 EG herleitet und weil *„der Schutz der Rechte, die der Einzelne aus dem Gemeinschaftsrecht herleitet, nicht unterschiedlich sein kann, je nachdem ob die Stelle, die den Schaden verursacht hat, nationalen oder gemeinschaftsrechtlichen Charakter hat“* (EuG, Rs. T-364, *Medici*, Rn. 81 m.w.Nachw.).
93. Die sehr fundierte Kommentierung zum gemeinschaftsrechtlichen Anspruch von *Wurm* (in *Staudinger*, BGB-Kommentar, 13. Bearbeitung 2002, § 839, Rn. 543) meint **zu Recht**, dass in der Frage, welche Verjährung angewandt werden kann, **der EuGH das letzte Wort hat**. *Wurm* führt wörtlich aus:

„Ungeklärt ist die Frage, wann der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch verjährt. Ossenbühl¹⁰ schlägt eine Verjährungsfrist von fünf Jahren nach Artikel 43 der Satzung des EuGH vor (520); dies würde einer Harmonisierung mit der Eigenhaftung der EG entsprechen. Denkbar ist indessen auch, dass die innerstaatlichen Verjährungsvorschriften der Mitgliedstaaten anwendbar sind,

¹⁰ *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht 5 Aufl. (Das Buch wird häufig als „das Standardwerk“ zum Staatshaftungsrecht bezeichnet)

d.h. nunmehr § 195 BGB n.F. In dieser Frage wird jedoch der EuGH das letzte Wort zu sprechen haben.“

94. Die Klägerin verwundert, dass diese zutreffende Ansicht vom vorlegenden Gericht nicht einmal erwähnt wird, denn der Autor dieser Kommentierung ist Richter am Staatshaftungssenat des BGH und hat den Vorlagebeschluss mit unterzeichnet.
95. Die deutschen **Standardwerke** zum EG-Vertrag (*Grabitz/Hilf*), zum Bürgerlichen Gesetzbuch (*Staudinger*) und zum deutschen Staatshaftungsrecht (*Ossenbühl*) vertreten also eine andere Ansicht als das vorlegende Gericht. Dies verdeutlicht, dass eine gemeinschaftsrechtlich nicht hinnehmbare Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage besteht, welche Verjährung anwendbar ist. In einem solchen Fall muss sich der Einzelne auf die Standardkommentare berufen können. Dies gilt erst Recht, wenn die Kommentierung von einem Richter des Staatshaftungssenats beim BGH stammt.
96. Dieser Grundsatz gilt auch im deutschen Recht. So gewährt die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung dem Betroffenen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn unter Zuhilfenahme eines „*gängigen Kommentars*“ eine Ausschlussfrist versäumt wurde (BVerwG, Beschl. v. 12.6.2006, Az. 5 C 26/05).
97. Der BGH beabsichtigt offensichtlich, das Ausgangsverfahren zu nutzen, um den originär gemeinschaftsrechtlichen Anspruch in das deutsche System der mittelbaren Staatshaftung des § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG einzugliedern. Der BGH spricht von einem aus seiner Sicht wünschenswerten „*Gleichlauf*“ (Rn. 31).
98. Vermutlich möchte der BGH in dem vorliegenden Verfahren die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit schaffen, die die Klägerin nicht haben konnte. Diese wohlverstandene Absicht darf aber nicht zu Lasten der Klägerin erfolgen, denn dadurch würde die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts vereitelt und die Erlangung von Schadensersatz übermäßig erschwert.
99. Insoweit kommt folgendes hinzu: Nach der *Brasserie*-Entscheidung des EuGH war noch unklar, ob der Mitgliedstaat die Verjährung des gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs überhaupt eigenständig regeln darf (vgl. *Brasserie*, Rn. 98). Der Gerichtshof hatte nämlich im Zusammenhang mit der von Deutschland geforderten zeitlichen Begrenzung der Haftung nur ausgesprochen, dass die Mitgliedstaaten „*den Erfordernissen des Grundsatzes der Rechtssicherheit Rechnung tragen dürfen*“.
100. Aus diesem Urteil folgerte das deutsche Schrifttum, dass der Gerichtshof eben **nicht** festgestellt hat, dass sich die Verjährung (analog) nach den bestehenden innerstaatlichen Vorschriften richtet (vgl. nur *Detterbeck/Windthorst/Sproll*, Staatshaftungsrecht, Rn. 79, Fn. 136 m.w.Nachw.). Dies ist auch das Verständnis der Klägerin.
101. Auch aus dem *Brasserie*-Urteil des BGH vom Oktober 1996 ließ sich für die Verjährung nichts entnehmen. Der BGH ist auf die Verjährungseinrede der Bundesrepublik Deutschland nicht eingegangen, obwohl die Brasserie mit ihrer 1990 erhobenen Klage Schäden aus dem Zeitraum 1981 bis 1987 geltend gemacht hatte und sich damit die

gleiche Problematik wie im Ausgangsfall stellte. Aus der *Brasserie*-Entscheidung des BGH ließ sich daher allenfalls entnehmen, dass der gemeinschaftsrechtliche Anspruch, wie alle von der deutschen Rechtsprechung entwickelten Staatshaftungsansprüche, der dreißigjährigen Regelverjährung unterliegt.

102. Somit wird deutlich, dass hinsichtlich der Frage, welche Verjährung anzuwenden ist, ein Mindestmaß an Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit nicht bestand und bis heute nicht besteht.

g) Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz

103. Der anlogenen Anwendung steht auch der Äquivalenzgrundsatz entgegen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs darf eine nationale Ausschlussfrist nicht „weniger günstig“ sein, als die Regelung, die für vergleichbare nationale Ansprüche gegen den Staat gilt (vgl. nur *Palmisani*, Rn. 39, 40).

104. Vorliegend verstößt die analoge Anwendung des § 852 BGB a.F. in zweifacher Hinsicht gegen den Äquivalenzgrundsatz: Zum einen verjähren die richterrechtlich entwickelten Staatshaftungsansprüche des deutschen Rechts, nämlich der Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff sowie der öffentlich-rechtliche Folgenbeseitigungsanspruch, in 30 Jahren. Diese Ansprüche ähneln dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch. Dies folgt für den enteignungsgleichem Eingriff schon aus der Tatsache, dass der BGH auch diese Anspruchsgrundlage in seiner *Brasserie*-Entscheidung ausführlich geprüft hat. Derjenige, der in einer ähnlichen Konstellation wie im Ausgangsverfahren aus deutschem Recht gegen den Staat vorgeht, wird somit günstiger behandelt.

105. Zum anderen kann derjenige, der aus dem Amtshaftungsanspruch gegen den Staat vorgeht, genau erkennen, dass auf seinen Anspruch die kurze Verjährung des § 852 BGB a.F. anwendbar ist, denn dies ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung des BGH und *mittelbar* auch aus dem Gesetz. Hingegen kann derjenige, der aus dem Gemeinschaftsrecht gegen den Staat vorgeht, **nur spekulieren**, ob und welche Verjährungsregelung analog angewendet wird.

106. Die gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Position des Bürgers ist somit im Vergleich zur nationalen Position des Bürgers wesentlich ungünstiger. Dies wird gerade im Ausgangsfall deutlich, denn die Klägerin hatte sich erkundigt, ob das deutsche Recht für den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch eine Ausschlussfrist vorsieht. Ihr wurde dann mitgeteilt, dass in Ermangelung eines kodifizierten Staatshaftungsrechts allenfalls die 30-jährige Regelverjährung in Betracht kommt.

107. Das vorliegende Gericht hält dem entgegen, für die analoge Anwendung spreche, dass der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch das gleiche Rechtsschutzziel wie der Amtshaftungsanspruch – Schadensersatz in Geld – habe (Rn. 23).

108. Die Vergleichbarkeit des Rechtsschutzziels ist aus Sicht der Klägerin kein Argument für eine Analogie, denn der **Äquivalenzgrundsatz darf nicht zu Lasten des Einzel-**

nen umgekehrt werden. Es kommt nicht darauf an, welcher Staatshaftungsanspruch des nationalen Rechts dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch „vergleichbarer“ oder „ähnlicher“ ist. Der Äquivalenzgrundsatz besagt nur, dass der aus dem Gemeinschaftsrecht Begünstigte nicht schlechter gestellt werden darf, als derjenige, der sich auf ähnliche Ansprüche des nationalen Rechts beruft.

109. Außerdem hat der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch nicht notwendig das gleiche Rechtsschutzziel wie der deutsche Amtshaftungsanspruch, **denn er ist nicht auf Schadenersatz in Geld beschränkt.** Der Gerichtshof hat in der Rs. *Maso* klargestellt, dass der Grundsatz der Haftung einen effektiven Schutz der Rechte des Bürgers aus dem Gemeinschaftsrecht gewährleisten soll (Urt. v. 10.7.1997, Rs. C-373/95, Rn. 36). Bei dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch geht es um die „*Behebung des Schadens*“ und um eine „*angemessene Wiedergutmachung des eingetretenen Schadens*“ (*Maso*, Rn. 41; *Bonifaci* und *Berto*, Rn. 51, 52). Die gemeinschaftsrechtliche Haftung des Staates kann daher z.B. auch auf die rückwirkende Anwendung der Maßnahmen zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts gerichtet sein (*Maso*, Rn. 41, 42; *Bonifaci* u.a., Rn. 53).
110. Die Klägerin hat keine Zweifel, dass der gemeinschaftsrechtliche Anspruch bei anderen Fallgestaltungen auch auf Naturalrestitution (Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands), Folgenbeseitigung, auf Unterlassung und Widerruf einer gemeinschaftsrechtswidrigen Äußerung oder - wie der enteignungsgleiche Eingriff - auf eine angemessene Entschädigung für den Eingriff in den Kernbereich des Gewerbebetriebes gerichtet sein kann.
111. Die These, dass für eine Analogie auf die „Vergleichbarkeit“ beim Rechtsschutzziel abzustellen ist, verkennt somit nicht nur die Bedeutung des Äquivalenzgrundsatzes, sondern auch das Wesen des gemeinschaftsrechtlichen Anspruchs. Aus Sicht der Klägerin ist der gemeinschaftsrechtliche Anspruch nicht lediglich die Ergänzung des deutschen Amtshaftungsanspruchs für legislatives Unrecht, sondern ist als „*Zusammenführung aller deutschen Staatshaftungsansprüche auf Gemeinschaftsebene*“ zu verstehen. Für eine Analogie zum deutschen Amtshaftungsanspruch bei der Verjährung ist damit kein Raum.

h) Verstoß gegen das Effizienzgebot

112. Die analoge Anwendung verstößt auch gegen das Effizienzgebot. Würde man die (erstmalige) analoge Anwendung einer Ausschlussfrist zulassen, hätten die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte freie Hand, die nachträgliche Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts auf dem Wege des Schadenersatzes zu vereiteln. Deshalb ist dem Gerichtshof zuzustimmen, wenn er, wie in der *Cofidis*-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 21.11.2002, Rs. C-473/00, Rn. 37), darauf hinweist,

„dass jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren vor den verschiedenen nationalen Stellen sowie des Ablaufs und der Besonderheiten dieses Verfahrens zu prüfen ist“

113. Die Frage, wie eine nationale Ausschlussfrist ausgestaltet sein muss, um dem Effizienzgebot zu genügen, beantwortet der Gerichtshof in Rn. 29 des Urteils *Palmisani*. Er stellt klar, dass eine speziell für den Anspruch aus dem Gemeinschaftsrecht vorgesehene Ausschlussfrist, die mit dem *Inkrafttreten der Maßnahme zur Umsetzung der Richtlinie beginnt* und die Begünstigten in die Lage versetzt, *ihre Rechte in vollem Umfang zu erkennen*, jedenfalls dann nicht gegen das Effizienzgebot verstößt, **wenn in der Regelung selbst** die Voraussetzungen für den Ersatz des entstandenen Schadens *genau* angegeben sind.
114. Die analoge Anwendung der deliktischen Verjährung erfüllt diese Anforderungen offenkundig nicht: Die Frist des § 852 BGB a.F. beginnt (außer bei Dauerhandlungen) mit Kenntnis vom Schaden und des Ersatzpflichtigen, nach Ansicht des BGH aber nicht erst mit Inkrafttreten der Maßnahmen zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Auch enthält § 852 BGB a.F. keinen Hinweis auf die **Rechte** der Begünstigten, also auf die Voraussetzungen für die Erlangung von Schadensersatz wegen der Verletzung des Gemeinschaftsrechts. Die Anwendung des § 852 BGB a.F. erschwert deshalb – wie sich Ausgangsverfahren zeigt – die Erlangung von Schadensersatz übermäßig.
115. Die Verjährungsregelung des § 852 I BGB a.F. versetzt zudem – entgegen den in *Palmisani* aufgestellten Grundsätzen – den Einzelnen nicht in die Lage, seine **Pflichten** in vollem Umfang zu erkennen. Es lässt sich nicht in dem gemeinschaftsrechtlich geforderten *vollen Umfang* erkennen, wann die Frist beginnt und wann sie abläuft. Wie sich im Ausgangsverfahren zeigt, lassen sich zum Beginn und zum Ende der Frist vollkommen unterschiedliche Auffassungen vertreten. **Drei nationale Gerichte kommen zu drei unterschiedlichen Ergebnissen**. Die Erlangung von Schadensersatz wird dadurch übermäßig erschwert.
116. Ganz anders verhielt es sich mit dem italienischen Dekret, dessen Ausschlussfrist der Gerichtshof in *Palmisani* als grundsätzlich vereinbar mit dem Effektivitätsgrundsatz angesehen hat. Das Dekret enthielt nicht nur den klaren und verständlichen Hinweis auf die Möglichkeit des Schadensersatzes für die verspätete Umsetzung der Richtlinie und den Hinweis auf den Anspruchsgegner, sondern auch die genaue Angabe des Beginns und des Endes der für diesen speziellen Anspruch vorgesehenen Ausschlussfrist. Überdies begann die Frist nicht etwa schon mit der Kenntnis vom Schaden und von der Pflichtwidrigkeit, sondern erst im Zeitpunkt der vollständigen Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Die Frist des Dekrets musste sich dennoch – **zu Gunsten** der Betroffenen – an der Regelung des italienischen Rechts für ähnliche Staatshaftungsansprüche messen lassen.

117. Vor diesem Hintergrund schlägt die Klägerin vor, die Frage, ob § 852 BGB a.F. von den nationalen Gerichten im Ausgangsfall analog angewendet werden darf, wie folgt zu beantworten:

„Das Gemeinschaftsrecht ist dahin auszulegen, dass es in einem Fall mit den Besonderheiten des Ausgangsverfahrens der analogen Anwendung des § 852 BGB a.F. entgegensteht.“

2. Keine Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen

118. Die Klägerin greift im Folgenden die Ausführungen des BGH in den Rn. 25-30 zum Beginn des Laufs der kurzen Verjährung auf. Sie wird darlegen, dass das Gemeinschaftsrecht der Anwendung des § 852 BGB a.F. auch deshalb entgegensteht, weil die Klägerin vor der *Konle*-Entscheidung (EuGH, Urt. v. 1.6.1999, Rs. C-302/97) keine Kenntnis davon haben konnte, wer die *Person des Ersatzpflichtigen* ist.

119. Der Lauf der Verjährung beginnt mit der Kenntnis des Verletzten vom *Schaden* **und** der *Person des Ersatzpflichtigen*. Erforderlich ist **positive** Kenntnis. Der BGH hat mehrfach betont, dass selbst grob fahrlässige Unkenntnis der vom Gesetz geforderten positiven Kenntnis nicht gleichsteht (BGHZ 150/94, 98 m.w.Nachw.).

120. Wann diese Voraussetzung erfüllt ist, lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen. Nach BGH *„genügt es im Allgemeinen, dass der Geschädigte die tatsächlichen Umstände kennt, die eine schuldhafte Amtspflichtverletzung als nahe liegend, eine Amtshaftungsklage – sei es auch nur als Feststellungsklage – mithin als so aussichtsreich erscheinen lassen, dass dem Verletzten die Erhebung einer Klage zugemutet werden kann.“* (Vorlagebeschluss Rn. 27)

121. Das vorliegende Gericht tendiert zu der Ansicht, dass die Voraussetzungen, die den Lauf der Verjährung in Gang setzen, bezogen auf die Erhebung einer gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsklage schon 1996 erfüllt waren. Den Dänen sei prinzipiell schon 1993/94 bekannt gewesen, dass die Beklagte in ihrer Verlautbarung angekündigt hatte, die Frischfleischrichtlinie nicht in der vorgeschriebenen Form umsetzen zu wollen. Außerdem hätten sie Kenntnis von entsprechenden EG-rechtswidrigen Maßnahmen der **Landesbehörden** gehabt (Rn. 26).

122. Diese Ansicht kann vor dem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund des Ausgangsverfahrens nicht überzeugen. Richtig ist zwar, dass die Klägerin „prinzipiell“ schon 1993/94 Kenntnis von der Verlautbarung der **Beklagten** und von der gemeinschaftsrechtswidrigen Haltung der Behörden der **Bundesländer** hatte. Die Schlussfolgerung, die das vorliegende Gericht daraus für die Kenntnis von der „*Person des Ersatzpflichtigen*“ zieht, ist gemeinschaftsrechtlich aber unzutreffend.

123. Wer die „*Person des Ersatzpflichtigen*“ bei einem originär gemeinschaftsrechtlichen Anspruch ist, beurteilt sich nicht nur nach nationalem Recht, sondern wird, je nach Fallgestaltung, maßgeblich vom Gemeinschaftsrecht bestimmt.

124. Die eigentliche Frage, die sich das vorliegende Gericht deshalb hätte stellen müssen, ist, wann die Geschädigten die positive *Kenntnis* hatten, dass die Bundesrepublik Deutschland **gemeinschaftsrechtlich** für den gesamten Schaden ersatzpflichtig ist.
125. Die Klägerin hat den Schadensersatzanspruch zwar letztlich gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtet. In der Zeit **vor** der Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. *Konle* vom Juni 1999 stand sie bezüglich „*der Kenntnis von der ersatzpflichtigen Person*“ aber vor einem unlösbaren Problem. Kausal für den Schaden ist nämlich nicht allein das legislative Versäumnis und die Verlautbarung der Beklagten, sondern auch die Tatsache, dass alle Vollzugsbehörden der Bundesländer in der Zeit von 1993 bis 1999 das Fleisch bei Überschreitung des Grenzwertes als nicht verkehrsfähig angesehen und entsprechende Maßnahmen ergriffen haben. Ohne das gemeinschaftsrechtswidrige Verhalten der Behörden der Bundesländer wäre der Schaden ein ganz anderer gewesen.
126. Wie eingangs dargestellt, haftet der Staat nach deutschem Recht nicht generell für das Fehlverhalten jedes staatlichen Mitarbeiters. Vielmehr haftet nur diejenige juristische Person des öffentlichen Rechts, die den pflichtwidrig handelnden Mitarbeiter angestellt hat („Anstellungskörperschaft“). Daher meint die Beklagte auch in der Revision, dass sie nicht zum vollen Schadensersatz verpflichtet ist, weil sie nach deutschem Recht nicht für das Fehlverhalten der Landesbehörden haftet.
127. Aus Sicht der Geschädigten kamen somit als *Ersatzpflichtige* i.S.v. § 852 BGB a.F. nicht allein die Beklagte, sondern alle Rechtsträger der Landesbehörden, also Landkreise, kreisfreie Städte, Gemeinden und/oder die Bundesländer selbst in Betracht. Um ihre gemeinschaftsrechtlichen Ansprüche „im Rahmen des deutschen Staatshaftungsrechts“ durchzusetzen, hätten die Dänen folglich eine nicht benennbare Anzahl von Anstellungskörperschaften in Anspruch nehmen müssen, ohne zu wissen, wem welches EG-rechtswidrige Verhalten konkret vorgeworfen werden kann.
128. Damit wird eines deutlich: Die Frage wer gemeinschaftsrechtlich „Ersatzpflichtiger“ im Sinne des § 852 BGB a.F. für den durch die erzwungene Drosselung des Male Pig Projekts eingetretenen Schaden ist, konnte 1996 anhand des nationalen Rechts unmöglich beantwortet werden.
129. Hätten die Geschädigten nur die Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen, hätte die Beklagte – so wie dies nach wie vor der Fall ist – eingewandt, dass der Schaden maßgeblich durch die Landesbehörden verursacht wurde. Hätten die Geschädigten den Rechtsträger einer Landesbehörde in Anspruch genommen, hätte dieser geltend gemacht, dass er den Schaden nicht allein verursacht haben kann¹¹.

¹¹ Auch der BGH geht wie selbstverständlich davon aus, dass gemeinschaftsrechtlich nicht zwingend der Mitgliedstaat als solcher, sondern die Gemeinde als Anstellungskörperschaft haftet (BGH, Urt. v. 9.10.2003, III ZR 342/02, *Fleischhygienegebühren*).

130. Weil der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch aber nach der Rechtsprechung des EuGH „im Rahmen des nationalen Haftungsrechts“ durchgesetzt werden muss, hielt auch das Gemeinschaftsrecht für diese Problematik keine Lösung bereit.
131. Die Möglichkeit, den Mitgliedstaat für den gesamten Schaden, der durch das Verhalten einer Vielzahl deutscher Stellen entstanden ist, in Anspruch zu nehmen, erschloss sich wie gesagt erst aus der *Konle*-Entscheidung. Der Gerichtshof hat sich erfreulicherweise für eine sehr pragmatische Lösung entschieden und den Mitgliedstaat verpflichtet, für jeden Verstoß **sicherzustellen**, dass eine Wiedergutmachung geleistet wird. Die Erfolgspflicht trifft den Mitgliedstaat unabhängig davon, „welche staatliche Stelle diesen Verstoß begangen hat“, sodass sich der Mitgliedstaat von dieser Erfolgspflicht nicht durch Berufung auf die innerstaatliche Kompetenzverteilung befreien kann (*Konle*, Rn. 61)¹². Zudem hat der EuGH entschieden, dass sich der Mitgliedstaat seiner Haftung nicht dadurch entziehen kann, „dass er auf die Aufteilung der Zuständigkeiten und der Haftung der Körperschaften verweist, die nach seiner Rechtsordnung bestehen“ (Rn. 62).
132. Da das deutsche Recht die **positive** Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen verlangt, die Geschädigten aber vor der *Konle*-Entscheidung nicht positiv wissen konnten, ob die Beklagte oder die Rechtsträger der rechtswidrig handelnden Behörden der Länder ersatzpflichtig sind, konnte die Verjährung nicht vor 1999 beginnen.
133. Diese Auslegung des Gemeinschaftsrechts stimmt im Ergebnis übrigens mit der deutschen Rechtsprechung überein. Der BGH hat in einem ähnlichen Fall folgendes entschieden: „*Kommen mehrere Personen alternativ als Ersatzpflichtige in Frage, beginnt die Verjährung erst wenn begründete Zweifel daran, wer der richtige Schuldner ist, ausgeräumt worden sind*“¹³.
134. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die zuständigen deutschen Gerichte, sollte der BGH bei seiner Ansicht bleiben, ohnehin prüfen müssen, wann jeder einzelne der 15.485 Geschädigten von seinem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen **positive** Kenntnis hatte.
135. Nach allem bittet die Klägerin den Gerichtshof die dargelegte Auslegung des Gemeinschaftsrechts bei seiner Beurteilung der Vorlagefragen zu berücksichtigen.

3. Keine „Zumutbarkeit“ vor der Brasserie-Entscheidung des BGH

136. Das vorliegende Gericht führt in Rn. 27 aus, dass der Beginn der Verjährung nach deutschem Recht davon abhängt, ob die Erhebung einer Schadensersatzklage *zumutbar* ist. Das Kriterium der Zumutbarkeit ist – wie der BGH stets betont hat¹⁴ – ein Be-

¹² Vgl. *Weber*, „Neue Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Konle*“, NVwZ 2001, 287.

¹³ BGH, VersR 64, 927; *Schiemann*, in *Ermann*, BGB Handkommentar, 9. Aufl., § 852 a.F., Rn. 18.

¹⁴ Vgl. BGHZ 122, 317; BGH, Urt. v. 12.10.2000, III ZR 121/99.

griff, der der revisionsrechtlichen Überprüfung unterliegt und deshalb im Einzelfall auch an den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zu messen ist.

137. Das nationale Gericht meint, der Klägerin sei eine Staatshaftungsklage, drei Monate nach der *Brasserie*-Entscheidung des Gerichtshofs „zumutbar“ gewesen. Durch dieses Urteil sei geklärt worden, dass auch in Fällen, in denen es im Kern um legislatives Unrecht geht, eine Ersatzpflicht eintritt. Die drei Monate nach der Entscheidung des EuGH gewährt das vorlegende Gericht, damit die Betroffenen die Auswirkungen der Entscheidung auf ihre Situation überprüfen können.
138. Diese Ansicht begegnet gemeinschaftsrechtlichen Bedenken und wird den Besonderheiten des Ausgangsfalls nicht gerecht. Wie schon ausgeführt wurde, war es vor der *Konle*-Entscheidung ungeklärt, gegen wen sich der gemeinschaftsrechtliche Anspruch zu richten hat (dazu unter **a.**). Zudem war vor der *Brasserie*-Entscheidung des **BGH** unsicher, auf welchem nationalen Rechtsweg der gemeinschaftsrechtliche Anspruch geltend zu machen ist (dazu unter **b.**). Auch kann die Frist von drei Monaten zur Analyse der Entscheidung, die nach Ansicht des BGH den Verjährungsbeginn in Kraft setzt, erst beginnen, wenn die Betroffenen diese Entscheidung in ihrer Landessprache zur Kenntnis nehmen können (dazu unter **c.**). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Beklagten die Einrede der Verjährung nach Treu und Glauben verwehrt ist (dazu unter **d.**).
139. **a.)** Auch nach der *Brasserie*-Entscheidung des EuGH war die Problematik ungeklärt, **gegen wen** sich eine Haftungsklage zu richten hat, wenn der Schaden – wie im Ausgangsfall – darauf beruht, dass zahlreiche verschiedene staatliche Stellen der importierten Ware die Verkehrsfähigkeit aberkannt und entsprechende Maßnahmen ergriffen haben, die die Geschädigten im einzelnen nicht kennen konnten. Wie ausgeführt wurde, konnte ein Rechtskundiger erst 1999 anhand der *Konle*-Entscheidung erkennen, dass gemeinschaftsrechtlich die Beklagte für den gesamten Schaden ersatzpflichtig sein muss. Deshalb steht nach Ansicht der Klägerin das Gemeinschaftsrecht der analogen Anwendung des § 852 BGB a.F. insoweit entgegen, als eine Schadensersatzklage nicht schon drei Monate nach der *Brasserie*-Entscheidung des EuGH *zumutbar* war.
140. **b.)** Außerdem ergab sich aus der *Brasserie*-Entscheidung des Gerichtshofs „lediglich“, dass der Mitgliedstaat die „*Folgen des ihm zuzurechnenden Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben hat*“ und dass dieser Grundsatz auch dann greift, wenn der Verstoß durch den Gesetzgeber begangen wurde (EuGH, Slg. 1996, I-3032, linke Spalte oben). Auf welchem **Rechtsweg** in Deutschland ein Ersatzanspruch geltend zu machen ist, war hingegen vor der *Brasserie*-Entscheidung des BGH unsicher.
141. Das deutsche Staatshaftungsrecht enthält zwei getrennte Rechtswege für Staatshaftungsansprüche. Zum einen besteht der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten bei allen Ansprüchen gegen die öffentliche Hand auf **Folgenbeseitigung**. Zum anderen

besteht der Rechtsweg zu den Zivilgerichten bei Schadensersatz gegen den Staat (vgl. *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., § 11, Ziffer 1).

142. Die beiden nationalen Rechtswege schließen sich zwar gegenseitig aus. Vor der *Brasserie*-Entscheidung des BGH im Oktober 1996 kamen aber beide Rechtswege in Betracht, um die „*Folgen eines Verstoßes gegen das EG-Recht im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben*“.
143. Um es noch klarer auszudrücken: Vor der *Brasserie*-Entscheidung des BGH war unsicher, ob die aus dem Wesen des EG-Vertrags folgende Pflicht zur Beseitigung „*der Folgen des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht*“ im Rahmen eines gemeinschaftsrechtlich zu ergänzenden Folgenbeseitigungsanspruchs vor den Verwaltungsgerichten oder im Rahmen eines den Zivilgerichten zugeordneten Schadensersatzanspruchs geltend zu machen ist. Der Wortlaut des EuGH, der in *Brasserie* von der „*Behebung der Folgen*“ des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht spricht, schloss den Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten nicht zwingend aus.
144. Diese Unsicherheit hat erst der BGH beseitigt, indem er den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch als einen „vierten“ eigenständigen Staatshaftungsanspruch angesehen und zugleich klargestellt hat, dass dieser „neue“ Anspruch vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist.
145. Daraus folgt, dass es der Klägerin unter dem Gesichtspunkt der Effizienz nicht „zumutbar“ war, **vor** Ablauf einer angemessenen Überlegungsfrist zur Überprüfung der Auswirkungen der *Brasserie*-Entscheidung des **BGH** eine Schadensersatzklage zu erheben. Die Frage, auf welcher Anspruchsgrundlage und in welchem Rahmen des nationalen Rechts ein Ersatzanspruch geltend zu machen ist, war 1996 derart „*unsicher und zweifelhaft*“, dass der Verjährungsbeginn bis zum Ablauf einer angemessenen Frist ab der BGH-Entscheidung hinauszuschieben ist.
- 146.c.) Die Frist von drei Monaten, die der BGH zur Analyse der *Brasserie*-Entscheidung des EuGH zubilligt, wird weder den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts noch den tatsächlichen Umständen des Ausgangsverfahrens gerecht.
147. Wenn der Gerichtshof in einem deutschen Vorlageverfahren ein – zugegebenermaßen bedeutsames und weitreichendes – Vorabentscheidungsurteil zum deutschen Reinheitsgebot für Bier erlässt, kann (in einer Zeit bevor der Gerichtshof seine Urteile im Internet zugänglich machte) einem dänischen Schweinzüchter nicht unterstellt werden, dass er dieses Urteil sofort zur Kenntnis bekommt und beginnt, dieses Urteil auf seine Situation zu übertragen. Tatsächlich verhielt es sich wie folgt:
148. Die deutsche *Brasserie*-Entscheidung des EuGH wurde zwar im März 1996 verkündet. Die endgültige dänische Übersetzung wurde vom Übersetzungsdienst jedoch erst am 31. Juli 1996 an die Druckerei des EuGH gesandt und erschien erst viel später in der amtlichen dänischen Sammlung. Die Klägerin hat von der Existenz des *Brasserie*-Urteils nach ihrer Erinnerung erst im Oktober 1996 Kenntnis erlangt. Sie

versuchte dann unverzüglich, die Entscheidung in Dänisch zu erhalten, was ihr im November 1996 über das Dänische Ministerium gelang.

149. Dann analysierte die Klägerin diese Entscheidung und schaltete deutsche Juristen ein, um mit diesen auch die *Brasserie*-Entscheidung des BGH zu analysieren. Wie gesagt, war damals noch die Frage ungeklärt, gegen wen sich ein Anspruch nach nationalem Recht zu richten hat, wenn eine Vielzahl staatlicher Stellen das Gemeinschaftsrecht verletzt hat. Auch deshalb beschloss die Klägerin, zunächst die bevorstehende Entscheidung in der Rs. C-102/96 abzuwarten. Denn, anders als es das LG Bonn angenommen hat, bildete diese Entscheidung die wesentliche Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadensersatz. Ein nationales Gericht hätte angesichts der komplexen gemeinschaftlichen Rechtslage, die der Gerichtshof verbindlich für alle staatlichen Gerichte zu beurteilen hatte, das Schadensersatzverfahren zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen und aus Gründen der Prozessökonomie ohnehin ausgesetzt. Dies hat das zuständige OLG Köln in seinem Urteil vom 2.6.2005 bestätigt¹⁵.
150. Um eine Entscheidung des Gerichtshofs als Grundlage für die Haftung sicherzustellen, bat die Klägerin mit Schreiben vom 13.11.1997 (**Anlage 4**) die Kommission, auf einem Urteil des Gerichtshofs auch für den Fall zu bestehen, dass die deutschen Stellen den Verstoß vorher abstellen würden. Die Kommission sicherte dies zu und wies in der mündlichen Verhandlung noch einmal darauf hin, welche enormen Schäden die deutschen Stellen der dänischen Schweineindustrie zufügen.
151. Kurz nach dem EuGH-Urteil hat die Klägerin dann von der Beklagten außergerichtlich Schadensersatz verlangt. Die Beklagte hat Verhandlungen über Schadensersatz zwar nicht abgelehnt, jedoch im Oktober 1999 den Standpunkt vertreten, dass aus Rechtsgründen keine Ersatzpflicht bestehe. Da die Klägerin zu dieser Zeit schon das *Konle*-Urteil analysiert hatte, erhob sie im Dezember 1999 Klage. Nachlässigkeit bei der Rechtsverfolgung kann man der Klägerin somit nicht vorwerfen.
152. Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es lebensfremd und damit *unzumutbar* ist, von den Geschädigten zu verlangen, dass sie innerhalb von drei Monaten nach Verkündung des *Brasserie*-Urteils des EuGH die Auswirkungen dieser Entscheidung auf ihre Situation überprüft haben. Wenn schon auf die *Brasserie*-Entscheidung des EuGH für den Beginn der Verjährung abgestellt wird, darf nicht auf die Verkündung des Urteils abgestellt werden, sondern allenfalls – mit einer angemessenen Überlegungsfrist – auf den Zeitpunkt, wann es bei lebensnaher Betrachtung möglich war, die vollständige dänische Version zu erlangen.
153. Das Gemeinschaftsrecht kennt diesen Grundsatz in Artikel 230 EG. Die Klagefrist des Artikel 230 Abs. 5 EG beginnt am Tage der *tatsächlichen Kenntniserlangung*. Letztere liegt erst dann vor, wenn der Betroffene die Möglichkeit hat, *umfassende und*

¹⁵ Auch das in erster Instanz zuständige Landgericht Bonn hat in einem vergleichbaren Staatshaftungsfall das Verfahren ausgesetzt, um die Entscheidungen in der Rs. C-463/01 und C-309/02 abzuwarten.

genaue Kenntnis vom Inhalt und von der Begründung der fraglichen Handlung zu erlangen, da er erst dann sein Klagerecht ausüben kann (EuGH, Rs. C-143/95P; *Kommission/Socurte* u.a., Rn. 31; C-180/88, *Wirtschaftsvereinigung Eisen und Stahl/Kommission*, Slg. 1990; I-4413). Im Gemeinschaftsrecht hat der Bürger zudem einen Anspruch darauf, eine für ihn nachteilige Entscheidung in seiner Sprache zu erhalten, bevor Fristen zu laufen beginnen (vgl. EuGH, Rs. 41/69, *ACF Chemiefarma/Kommission*, Slg. 1970, 661).

154. Deshalb muss für die Frage, wann die Rechtslage ausreichend *geklärt und sicher* war, und damit nach Ablauf der Analysefrist von drei Monaten die Verjährungsfrist begann, darauf abgestellt werden, wann der Betroffene die Möglichkeit hatte, die umfassende und genaue Kenntnis vom Inhalt der zur Klärung der unsicheren und zweifelhaften Rechtslage beitragenden Entscheidung *in seiner Sprache* zu erhalten. Hierzu enthält der Vorlagebeschluss allerdings keine Angaben.
155. Jede andere Ansicht wird den Besonderheiten des Binnenmarktes und des Ausgangsverfahrens nicht gerecht und benachteiligt ausländische Geschädigte, die nicht in gleichem Maße über deutsche Gerichtsverfahren unterrichtet werden wie Inländer und die ein deutsches Urteil, selbst wenn sie es zur Kenntnis erlangen, nicht in gleichem Maße auf seine Übertragbarkeit analysieren können.
156. **d.)** Nach Ansicht der Klägerin darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Frage der Verjährung überhaupt nur deshalb stellt, weil die Beklagte das Vertragsverletzungsverfahren durch ihr treuwidriges Verhalten um ein Jahr verzögert hat (EuGH, Rs. C-102/96, Rn. 14-16). Wenn das Vertragsverletzungsverfahren ein Jahr früher abgeschlossen worden wäre, hätte die Klägerin auch ein Jahr früher die Schäden geltend gemacht. Die Frage der Verjährung hätte sich dann nicht gestellt.
157. Auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass es die Beklagte selbst zu verantworten hat, dass für den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch keine klare Verjährungsregelung vorgesehen ist. Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte aus Artikel 10 EG und aus Artikel 249 EG die Pflicht hat, dafür zu sorgen, dass diejenigen, deren Rechte aus dem Gemeinschaftsrecht vorsätzlich vereitelt werden, ihre Pflichten hinsichtlich einer möglichen verfahrensrechtlichen Ausschlussfrist klar erkennen können.
158. Im deutschen Recht gibt es das vergleichbare Gebot der „Rechtsmittelklarheit“, das heißt, es besteht die **Pflicht des Staates** zur umfassenden Aufklärung über **das richtige Verfahren**, wenn dieses so kompliziert ist, dass es nicht ohne weiteres zu verstehen ist (BVerfG, Beschluss v. 30.4.2003). Wenn es aber im deutschen Recht die Pflicht des Staates gibt, über eine nicht ohne weiteres zu verstehende Verfahrensregelung aufzuklären, wird dies auch im Gemeinschaftsrecht gelten.
159. Da die Verjährung des § 852 BGB a.F. nicht von Amts wegen, sondern nur als Einrede zu berücksichtigen ist, verbietet es der gemeinschaftsrechtlich verstandene

Grundsatz von Treu und Glauben gem. Artikel 10 EG, dass die Beklagte im vorliegenden Fall die Einrede der Verjährung erhebt. Andernfalls würde die Beklagte einen ungerechtfertigten Vorteil daraus ziehen, dass sie die unklare Rechtslage zur Verjährung erst im Jahre 2002 beseitigt hat.

IV. Zur Dritten Frage des vorlegenden Gerichts

160. Der BGH möchte wissen, ob die Beschwerde bei der Kommission und das daraufhin durchgeführte Vertragsverletzungsverfahren der Anwendung der speziellen Verjährung des § 852 BGB a.F. im Ausgangsfall entgegensteht. Der BGH stellt diese Frage vor dem Hintergrund, dass es im deutschen Recht **keinen** Rechtsbehelf gibt, mit dem die Dänen gegen das schädigende Verhalten der deutschen Stellen hätten vorgehen können.
161. Die Klägerin und das OLG Köln hatten im Ausgangsfall die Auffassung vertreten, dass die Geschädigten das Urteil in der Rs- C-102/96 abwarten durften.
162. Die Klägerin hatte dies unter anderem damit begründet, dass das Verfahren nach Artikel 226 EG unstreitig der einzige Rechtsbehelf („Primärrechtsschutz“) war, um gegen das schädigende Gesamtverhalten der deutschen Stellen vorzugehen. Sie hatte weiter dargelegt, dass vergleichbare nationale Rechtsbehelfe, die wegen der Besonderheiten des schädigenden Gesamtverhaltens aber nicht zur Verfügung standen, im nationalen Recht die Verjährung unterbrechen. Dann folge aus dem Äquivalenzgrundsatz die Pflicht des nationalen Gerichts, dem einzigen in Betracht kommenden Rechtsbehelf die unterbrechende Wirkung selbst dann zuzugestehen, wenn er aus dem Gemeinschaftsrecht stammt.
163. Das vorliegende Gericht hat die nationale Rechtslage, die für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts maßgeblich ist, in dem Vorlagebeschluss bedauerlicherweise nur angedeutet. Es führt aus, dass *„der Inanspruchnahme fachgerichtlichen Primärrechtsschutzes im Sinn von § 839 Abs. 3 BGB verjährungsunterbrechende Wirkung entsprechend der §§ 209, 211 BGB auch für § 852 BGB a.F. zukommt.“* (Rn. 31).
164. Der Gerichtshof kann dem BGH aber nur dann eine sinnvolle Antwort geben, wenn er **vollständig** über die nationalen Grundsätze zur Unterbrechung der Verjährung durch einen Rechtsbehelf unterrichtet ist. Die Klägerin bittet daher um Verständnis, dass sie die nationale Rechtslage im Folgenden ausführlich darstellen wird.
165. Zunächst wird die Klägerin darlegen, dass Artikel 226 EG ein *Rechtsmittel* im Sinne des deutschen Rechts ist (**dazu unter 1.**). Dann werden wir darlegen, dass vergleichbare Rechtsbehelfe des deutschen Rechts die Verjährung unterbrechen (**dazu unter 2.**). Schließlich werden wir die Bedenken des vorlegenden Gerichts widerlegen (**dazu unter 3.**).

1. Artikel 226 EG ist ein Rechtsmittel i.S.d. deutschen Rechts

166. Es gibt keinen Zweifel, dass die Beschwerde bei der Kommission und das weitere Verfahren nach Artikel 226 ein *Rechtsmittel* im Sinne des deutschen Rechts ist. Das Vertragsverletzungsverfahren verfolgt das Ziel, einen Mitgliedstaat, der sich in Widerspruch zu Gemeinschaftsrecht gesetzt hat, zur Wiederherstellung eines vertragskonformen Zustandes zu veranlassen. (EuGH, Rs. C-422/92, *KOM/Deutschland*, Slg. 1995, I-1097, Rn. 16)

167. Den Begriff „Rechtsmittel“ versteht das deutsche Recht **sehr weit**, wenn es um die Frage geht, ob der Ersatzanspruch gem. § 839 Abs. 3 BGB¹⁶ entfällt, weil der Geschädigte *kein Rechtsmittel* eingelegt hat:

„Rechtsmittel im Sinne des 839 Abs. 3 BGB sind nicht nur die in Verfahrensvorschriften vorgesehenen und dem prozesstechnischen Begriff eines Rechtsmittels unterfallenden Behelfe, sondern alle rechtlich möglichen und geeigneten, förmlichen oder formlosen Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen die schädigende Vornahme oder Unterlassung der Amtshandlung richten und nach gesetzlicher Ordnung ihre Beseitigung oder Berichtigung bezwecken und ermöglichen.“¹⁷

168. So ist zum Beispiel nicht nur der Widerspruch gegen einen Verwaltungsakt und der Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid, sondern auch die Dienstaufsichtsbeschwerde ein Rechtsbehelf, bei dessen Nichtgebrauch die Ersatzpflicht des Staates ausgeschlossen sein kann (BGH, NJW 1986, 1924, m.w.Nachw.). Sogar die mündliche Erinnerung an den Notar durch einen Erblasser ist ein Rechtsbehelf, bei dessen Nichteinlegung der geschädigte Erbe seinen Staatshaftungsanspruch gegen den Notar verlieren kann (BGH, NJW 1997, 2327). Das deutsche Recht kennt also keinen Grundsatz des Inhalts, dass der Rechtsbehelf von dem Geschädigten selbst eingelegt werden muss.

169. Nach dieser weiten Definition ist das Verfahren nach Artikel 226 EG ein „Rechtsmittel“ im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB. Ebenso wie die Dienstaufsichtsbeschwerde nach nationalem Recht bezweckt, den rechtswidrig handelnden Beamten durch seinen Vorgesetzten zur Raison zu bringen, bezweckt die (Aufsichts-)Beschwerde gem. Artikel 226 EG, den EG-rechtswidrig handelnden Mitgliedstaat zu rechtmäßigem Verhalten zu bewegen.

170. Zu beachten ist, dass diese weite Definition des Begriffs *Rechtsmittel zum Nachteil des Verletzten* erfolgt. Wäre keine Beschwerde bei der Kommission eingelegt worden, hätte die Beklagte geltend gemacht, dass der Anspruch ausgeschlossen ist, weil die Klägerin von dem naheliegenden und effektivsten Rechtsbehelf gegen das deutsche schädigende Verhalten keinen Gebrauch gemacht hat. Der Staat, dem im Unterschied zum Bürger das Privileg des § 839 Abs. 3 BGB zukommt, erhebt diesen Einwand – wie sich auch im Ausgangsverfahren zeigt – grundsätzlich immer.

¹⁶ § 839 III BGB bestimmt, dass die Ersatzpflicht entfällt, wenn es der Verletzte fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsbehelfs abzuwenden oder zu mindern. Vgl. dazu die fünfte Frage.

¹⁷ Vgl. nur BGH, Urt. v. 5.12.2002, III ZR 148/02 m.w.Nachw.

171. Die Frage, ob **jeder** Rechtsbehelf, der auf der einen Seite gem. § 839 Abs. 3 BGB bei Nichtgebrauch zum Verlust des Anspruchs führen kann, dann auf der anderen Seite auch die Verjährung unterbricht, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden.
172. Höchstrichterlich vom BGH ist aber entschieden, dass diejenigen Rechtsbehelfe des deutschen Rechts, die im Ausgangsfall eine dem Verfahren nach Artikel 226 EG vergleichbare Wirkung und Zielrichtung haben, die Verjährung des § 852 BGB a.F. unterbrechen. Dies wird im Folgenden dargelegt:

2. Zur Unterbrechung der Verjährung durch einen Rechtsbehelf

173. Nach höchstrichterlicher deutscher Rechtsprechung unterbrechen zahlreiche gerichtliche und außergerichtliche Rechtsbehelfe des nationalen Rechts die Verjährung des § 852 BGB a.F. Die kurzen Ausführungen im Vorlagebeschluss verschleiern insoweit die tatsächliche deutsche Rechtslage.
174. Es ist keineswegs so, dass nur *fachgerichtlicher* Primärrechtsschutz verjährungsunterbrechende Wirkung hat. Vielmehr hat der BGH in seiner noch nicht abgeschlossenen Rechtsprechung jedem Rechtsbehelf im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB, der aus Sicht des Verletzten naheliegend und geeignet sind, den Schaden zu mindern, die verjährungsunterbrechende Wirkung zuerkannt. Im Einzelnen:
175. Bei einer Schädigung durch Verwaltungsakt unterbricht schon der Widerspruch die Verjährung (BGHZ 95, 238). Selbstverständlich gilt dies auch für die Anfechtungsklage gegen den Verwaltungsakt. Der BGH begründet dies wie folgt:

*„Es ist deshalb sinnvoll, zu einer Lösung zu gelangen, die es erlaubt, den Amtshaftungsprozess – soweit er erforderlich ist – erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verwaltungsgerichtsprozesses durchzuführen **und dessen Ergebnis auch für den Rechtsstreit um die Amtshaftungsansprüche nutzbar zu machen**. ... Die öffentliche Hand muss im Hinblick auf den anhängigen Verwaltungsgerichtsprozess, in dem um die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes gestritten wird, ohnehin damit rechnen, dass der Kläger noch Amtshaftungsansprüche geltend macht.“ (BGH NJW 1985, 2324, 2325)*

176. Der BGH stützt sich primär auf das für nichtig erklärte Staatshaftungsgesetz von 1981. Darin war vorgesehen, dass die dreijährige Erlöschensfrist für alle Ansprüche gegen den Staat auf Geldersatz „*durch den Gebrauch eines Rechtsbehelfs gegen die Pflichtverletzung*“ unterbrochen wird (§ 13 Abs. 2 StGH 1981, BGBl. I S. 553).
177. Da der BGH sich auf das (nichtige) Staatshaftungsgesetz stützt, das ganz allgemein **jedem Rechtsbehelf gegen die Pflichtverletzung** eine verjährungsunterbrechende Wirkung beimaß, müsste die deutsche Rechtspraxis konsequenterweise davon ausgehen, dass auch jeder Rechtsbehelf im Sinne von § 839 Abs. 3 BGB die Verjährung unterbricht. Zwar geht es insoweit um die Auslegung des nationalen Rechts, für die der Gerichtshof nicht zuständig ist. Fest steht aber, dass der BGH bisher nichts Gegenteiliges entschieden hat.

178. Verjährungsunterbrechende Wirkung haben nach deutscher Rechtspraxis die Fälle,

„in denen das (amts-)pflichtwidrige Verhalten der öffentlichen Hand, auf das der (Amtshaftungs-)Anspruch gestützt wurde, zugleich die rechtswidrige Maßnahme darstellte, gegen die der Betroffene verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe erhoben hatte.“ (BGH, Urt. v. 29.6.1989, III ZR 92/87)

179. Die Verjährung unterbrechen aber nicht nur Rechtsbehelfe, die sich unmittelbar gegen das schädigende staatliche Verhalten richten, sondern auch solche Rechtsbehelfe, die diesen *ähnlich* sind und den Schaden abwenden können.

180. Hierzu zählt nicht nur der vom Bundessozialgericht entwickelte sozialrechtliche Wiederherstellungsanspruch, sondern auch die Verpflichtungsklage und die (Fortsetzungs-)Feststellungsklage (BGHZ 95, 238, 242). Der Widerspruch gegen einen Planfeststellungsbescheid unterbricht sogar dann die Verjährung, wenn es um Ansprüche aus Immissionen geht, die später von einer Deponie ausgehen (BGHZ 97, 97). Die dreijährige Ausschlussfrist des Art. 71 Abs. 1 BayAGBGB für Ansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff wird durch den Widerspruch gegen den ablehnenden Bescheid der Bauaufsichtsbehörde unterbrochen (BGHZ 118, 253, 263).

181. Sogar die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens nach § 10 Abs. 2 Wasserhaushaltsgesetz („WHG“) zur Verschärfung der im Planfeststellungsbeschluss festgesetzten Auflagen, hat verjährungsunterbrechende Wirkung für Ansprüche wegen der von einer Kläranlage verursachten Immission:

*„Auch auf diesen Fall sind die Grundsätze der angeführten Senatsentscheidung vom 11. Juli 1985 (aaO) **sinngemäß** zu übertragen. Die Kläger waren nach § 839 Abs. 3 BGB, zumindest aber nach § 254 BGB, gehalten, das Verfahren nach § 10 Abs. 2 WHG anhängig zu machen. **Es war aus der Sicht der Kläger geeignet**, für die Zukunft eine Verschärfung der nachbarschützenden Auflagen und damit eine Vermeidung der Immissionsbelästigungen herbeizuführen. Es konnte den Klägern nicht angesonnen werden, daneben noch einen Amtshaftungsprozeß zu führen; der Beklagte konnte sich wegen des Verfahrens nach § 10 Abs. 2 WHG auch nicht darauf einstellen, daß die Kläger keine Amtshaftungsansprüche erheben würden.“* (BGHZ 97, 97)

182. Die auf die **Feststellung** der Nichtigkeit eines Gewinnfeststellungsbescheides gerichtete finanzgerichtliche Klage unterbricht die Verjährung des Amtshaftungsanspruchs wegen der Vollziehung des unrichtigen Steuerbescheides. Es reicht für die Unterbrechung der Verjährung des § 852 BGB a.F. aus,

*„dass der ergriffene Rechtsbehelf unter den Gesichtspunkten der Prozessökonomie und der Zweckmäßigkeit ein **naheliegender Mittel** war, zunächst die Rechtmäßigkeit des schädigenden staatlichen Verhaltens selbst klären zu lassen.“* (BGH, Urt. v. 6.7.1995, III ZR 145/94)

183. Die Beispiele zeigen, dass das deutsche Recht von einem **weiten** Verständnis der verjährungsunterbrechenden Rechtsbehelfe ausgeht. Es gibt soweit ersichtlich **keinen**

einzigem Fall, in dem ein Rechtsbehelf, der zur Abwehr des entstehenden Schadens geeignet war, keine verjährungsunterbrechende Wirkung hatte.

184. Die jeweiligen Begründungen für die unterbrechende Wirkung der Rechtsbehelfe sind im wesentlichen identisch. Der BGH weist darauf hin, dass es

*„sachgerecht oder zumindest **naheliegend** [ist], wenn der Betroffene, ehe er Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung geltend macht, sich zunächst gegen das beanstandete Verwaltungshandeln selbst wendet und versucht, im Wege des Primärrechtsschutzes Abhilfe zu erreichen.“* (Urt. v. 6.5.1993, III ZR 2/92).

185. Der BGH führt in einem anderen Urteil aus:

„[Es] liegt für den Geschädigten nahe und ist für ihn auch zumindest im Blick auf § 254 BGB¹⁸ sachgerecht zu versuchen, den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch, der in enger Beziehung zu dem durch das Fehlverhalten der Behörde beeinträchtigten originären Hauptanspruch aus dem Sozialrechtsverhältnis steht, durchzusetzen. Zudem entscheidet über den sozialrechtlichen Herstellungsanspruch das Gericht mit der größeren Sachnähe, auf dessen Beurteilung der Zivilrichter im Amtshaftungsprozeß (soweit er nicht schon durch die Rechtskraft gebunden ist) zurückgreifen kann.“ (Urt. v. 11.2.1988, III ZR 221/86)

186. In einem weiteren Staatshaftungsverfahren fasst der BGH die deutsche Rechtslage zur Unterbrechung der Verjährung wie folgt zusammen:

*„Es handelt sich um Fälle, in denen das **amtspflichtwidrige Verhalten der öffentlichen Hand, auf das der Amtshaftungsanspruch gestützt wird, zugleich die rechtswidrige Maßnahme darstellt, gegen die der Betroffene verwaltungsrechtliche Rechtsbehelfe erhoben hatte.** Entsprechend dem heute allgemein anerkannten Vorrang des Primärrechtsschutzes vor dem Sekundärrechtsschutz ist es in diesen Fällen – nicht zuletzt aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit – sachgerecht oder liegt doch zumindest nahe, wenn der Betroffene, ehe er Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung geltend macht, sich zunächst gegen das beanstandete Verwaltungshandeln selbst wendet und versucht, im Wege des primären Rechtsschutzes Abhilfe zu erreichen.“* (BGH, NJW 1998, 176, 179).

187. Diese Begründungen des BGH für die unterbrechende Wirkung eines deutschen Rechtsbehelfs lassen sich ohne weiteres auf Artikel 226 EG übertragen. **Das EG-rechtswidrige Verhalten der deutschen Stellen**, auf das der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch gestützt wird, **ist zugleich die rechtswidrige Maßnahme gegen die sich das Verfahren nach Artikel 226 EG richtete.** Die geschädigten Dänen waren zur Schadensminderung gehalten, etwas gegen das pflichtwidrige Verhalten der deutschen Stellen zu unternehmen. Wenn dann im Gemeinschaftsrecht ein spezieller Rechtsbehelf vorgesehen ist, liegt es nahe, dass der Bürger zunächst

¹⁸ § 254 BGB enthält die Pflicht, den Schaden zu mindern.

diese Möglichkeit ergreift. Nicht selten lassen sich auf diese Weise Schadensersatzprozesse vermeiden. Der Staat muss wegen des Verfahrens ohnehin damit rechnen, dass nach Abschluss des Verfahrens Schadensersatz verlangt wird.

188. Aus Sicht der Dänen, die das OLG Köln bestätigt hat und die auch der BGH nicht in Frage stellt, war die Beschwerde bei der Kommission und das Vertragsverletzungsverfahren sogar **als einziger Rechtsbehelf** geeignet, das schädigende Verhalten zu berichtigen und zugleich den Schaden abzuwenden bzw. jedenfalls zu mindern. Dann muss dieser Rechtsbehelf auch die gleiche Wirkung wie ein vergleichbarer nationaler Rechtsbehelf haben.
189. Der Klägerin konnte auch nicht abverlangt werden, neben der aktiven Begleitung des Vertragsverletzungsverfahrens und neben der Maßnahmen, die sie treffen musste, um den deutschen Markt nicht zu verlieren, noch einen Schadensersatzprozess zu führen.
190. Dem Vertragsverletzungsverfahren und der Beschwerde bei der Kommission würde die praktische Wirksamkeit genommen, wenn der Gerichtshof Artikel 226 EG in einem Fall, in dem kein nationaler Rechtsbehelf zur Verfügung steht, nicht die gleiche Wirkung zusprechen würde, die ein vergleichbarer nationaler Rechtsbehelf hat. Der Mitgliedstaat müsste lediglich sicherstellen, dass gegen sein EG-rechtswidriges Verhalten kein effektiver nationaler Rechtsbehelf zur Verfügung steht und kann dann sein schädigendes Verhalten sanktionslos fortsetzen.

3. Zu den Bedenken des vorlegenden Gerichts

191. Das vorliegende Gericht hält dem entgegen, das Vertragsverletzungsverfahren könne die Verjährung nicht wie ein vergleichbarer deutscher Rechtsbehelf unterbrechen, weil es sich um ein objektives Verfahren handle, das der Einflussnahme der Betroffenen entzogen sei (Rn. 31).
192. Diese Ansicht kann nicht geteilt werden. Die Natur des Verfahrens nach Artikel 226 EG schließt es nicht aus, dass dieses Verfahren *auch* zur Verstärkung und Vervollständigung des gemeinschaftsrechtlichen **Individualrechtsschutzes** zur Anwendung kommt. Nach nunmehr feststehender Rechtsprechung kann das Interesse an einem Vertragsverletzungsverfahren auch darin bestehen, die **Grundlage für eine Haftung des Mitgliedstaates** wegen einer Vertragsverletzung gegenüber einem Unionsbürger zu schaffen (EuGH, C-233/00, *KOM/Krankreich*, Slg. 2003, I-6625 Rn. 31; C-166/00, *KOM/Griechenland*, Slg. 2001, I-9835, Rn. 9)
193. Die zunehmende Bedeutung des Vertragsverletzungsverfahrens schlägt sich also nicht nur in der Statistik über die von der Kommission eingeleiteten Verfahren nieder, sondern auch in der **erweiterten Zielsetzung** des Verfahrens.
194. Sicherlich gibt es Unterschiede zwischen dem gemeinschaftsrechtlichen Rechtsbehelf und den nationalen Rechtsbehelfen, die die Verjährung unterbrechen. Es mag aus nationaler Sicht befremden, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine wirksame

Beschwerde auf ein Mindestmaß beschränkt sind. Auch mag es befremden, dass im Gemeinschaftsrecht mit der Kommission gleichsam ein „kostenloser“ Beistand zur Verfügung steht, der in dem Verfahren zugleich eigene Aufgaben wahrnimmt und dass in dem Verfahren nach Artikel 226 EG nicht danach unterschieden wird, welche staatliche Stelle den Verstoß begeht.

195. Diese Unterschiede ändern aber nichts daran, dass es sich bei dem Verfahren nach Artikel 226 EG um einen Rechtsbehelf handelt, der geeignet ist, Abhilfe gegen das rechtswidrige staatliche Verhalten zu erreichen, auf das später die Schadensersatzansprüche gestützt werden. Der BGH stellt als Begründung dafür, dass ein deutscher Rechtsbehelf die Verjährung unterbricht, **allein** auf diesen Gesichtspunkt ab.
196. Die Ausführungen des nationalen Gerichts zu den Besonderheiten des Vertragsverletzungsverfahrens gehen damit aus Sicht der Klägerin an der Sache vorbei. Es kommt nach deutscher Rechtslage nur darauf an, dass sich der spätere Anspruchsteller bemüht hat, durch einen geeigneten Rechtsbehelf den Schaden zu mindern und dem rechtswidrig handelnden Staat die Möglichkeit gibt, in dem eingeschlagenen Verfahren sein Verhalten zu überdenken und zu beenden. Diese Funktion kommt auch dem Vertragsverletzungsverfahren zu.
197. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es im Ermessen der Kommission liegt, ob diese die Beschwerde aufgreift und schließlich Klage vor dem EuGH erhebt. Zum einen hat die Kommission, wie durch das Wort „gibt“ in Artikel 226 Abs. 1 EG zum Ausdruck kommt, kein Ermessen, ob sie das Verfahren einleitet und die mit Gründen versehene Stellungnahme abgibt.
198. Zum anderen dürfte sich das Ermessen gem. Artikel 226 Abs. 2 EG bezüglich der Anrufung des Gerichtshofs im Ausgangsfall im Hinblick auf die in Artikel 211 EG niedergelegte Kontrollverpflichtung der Kommission zu einer **Rechtspflicht** verdichtet haben¹⁹. Die Beschwerde und das Vertragsverletzungsverfahren müsste also wegen der Besonderheit des vorliegenden Falls – die Kommission war zur Klagerhebung verpflichtet – auch nach Ansicht des BGH die Verjährung unterbrechen.
199. Schließlich ist zu erwähnen, dass das Vertragsverletzungsverfahren auch keineswegs jeglicher Einflussnahme des Betroffenen entzogen ist. Dieser hat über die Möglichkeit der Beschwerde hinaus Rechte, die sich aus dem „*Verhaltenskodex*“ der Kommission, aus der „*Mitteilung der Kommission zur besseren Kontrolle der Anwendung des Gemeinschaftsrechts*“ und insbesondere aus der „*Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Bürgerbeauftragten über die Beziehungen zum Beschwerdeführer bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht*“ ergeben.
200. Außerdem kann der Beschwerdeführer den Bürgerbeauftragten zur Unterstützung einschalten, wenn er der Ansicht ist, dass die Kommission seiner Beschwerde nicht mit der gebotenen Sorgfalt und Objektivität nachgeht.

¹⁹ Vgl. Borchardt in Lenz/Borchardt, Kommentar zum EU- und EG-Vertrag, 4. Aufl., Art. 226, Rn. 19.

201. Auf die Reichweite der Einflussnahme des Bürgers auf das Rechtsbehelfsverfahren kann es allerdings nicht ankommen. Wer nach deutschem Recht z.B. Widerspruch und Klage gegen einen Verwaltungsakt einlegt und damit die Verjährung unterbricht, kann die Abhilfe auch nicht *erzwingen*. Er kann nur den Sachverhalt und die Rechtslage darlegen und einen Antrag stellen.
202. Die Frage nach der Reichweite der Einflussnahme des Einzelnen stellt sich ohnehin nur, wenn der Beschwerde von der Kommission nicht abgeholfen wird. Dies war im Ausgangsverfahren aber nicht der Fall.
203. Das vorliegende Gericht hält der Klägerin weiter entgegen, anders als bei einem nationalen Rechtsbehelf werde dem Staat durch das Vertragsverletzungsverfahren nicht vermittelt, mit welchen Ersatzansprüchen er noch zu rechnen habe (Rn. 31).
204. Diese Ansicht ist nicht nachvollziehbar. Durch das Vertragsverletzungsverfahren wird dem Staat doch von Anfang an präzise vermittelt, für welches rechtswidrige Verhalten er nach Abschluss des Verfahrens noch mit Ersatzansprüchen zu rechnen hat. Weitergehende Erkenntnisse, z.B. zur Höhe des Schadens, kann auch ein nationaler Rechtsbehelf nicht liefern.
205. Vor diesem Hintergrund ist nicht verständlich, weshalb das vorliegende Gericht meint, es habe keine Parallele im deutschen Recht, wenn im vorliegenden Fall der Beschwerde und dem Vertragsverletzungsverfahren die gleiche Wirkung zukommt, wie einem vergleichbaren Rechtsbehelf des deutschen Rechts, der geeignet gewesen wäre, Abhilfe gegen das schädigende Gesamtverhalten zu erreichen.
206. Das vorliegende Gericht scheint zu übersehen, dass es nach dem Äquivalenzgrundsatz nicht darauf ankommt, ob der gemeinschaftsrechtliche Rechtsbehelf eine *Parallele* im nationalen Recht findet. Es kommt nur darauf an, ob ein vergleichbarer nationaler Rechtsbehelf die Verjährung unterbricht. Diese Voraussetzung ist bei genauer Betrachtung der nationalen Rechtslage ohne Zweifel gegeben.
207. Es kommt hinzu, dass die Ansicht des vorliegenden Gerichts zu einer mittelbaren Benachteiligung aufgrund des Wohnsitzes führt. Im Ausgangsfall gab es nur deshalb keine Möglichkeit, die Verjährung des Schadensersatzanspruchs durch einen nationalen Rechtsbehelf zu unterbrechen, weil die Geschädigten ihren Sitz im Ausland haben. Gegen sie konnte kein Verwaltungsakt durch deutsche Stellen ergehen. Gegenüber Inländern sind hingegen nach dem Vortrag der Beklagten zahlreiche Verwaltungsakte erlassen worden. Inländern war es daher möglich, die Verjährung ihres Ersatzanspruchs durch einen nationalen Rechtsbehelf zu unterbrechen.
208. Daraus dass die Geschädigten ihren Wohnsitz im Ausland haben, darf ihnen aber auch mittelbar kein Nachteil entstehen, wenn die deutschen Stellen wegen der Zwischenstaatlichkeit des Ausgangsverfahrens das Vermarktungsverbot auf eine Art und Weise durchsetzen, die für Ausländer nach nationalem Recht nicht angreifbar ist.

209. Nach allem unterstreicht die Klägerin noch einmal ihre Ansicht, dass dem Verfahren nach Artikel 226 EG im Ausgangsfall die gleiche Wirkung zukommen muss, wie im deutschen Recht z. B. dem Widerspruch gegen einen individuellen Verwaltungsakt oder dem Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid.
210. Aus dem EuG-Urteil *Hartmann* lässt sich Gegenteiliges nicht herleiten. Die Klägerin behauptet **nicht**, dass das Verfahren nach Artikel 226 EG generell jede gemeinschaftsrechtliche oder nationale Verjährung unterbricht. Sie behauptet nur, dass aus dem Äquivalenzgrundsatz die Pflicht folgt, der Beschwerde und dem Verfahren gem. Artikel 226 EG die gleiche Wirkung beizumessen, die ein nationaler Rechtsbehelf in einer vergleichbaren Situation hat.
211. In diesem Zusammenhang sei aber ein Hinweis erlaubt: Wenn der BGH schon die Rechtsprechung des EuGH zu Artikel 46 der Satzung heranzieht, um seine Ansicht zu untermauern, dann sollte er auch in Betracht ziehen, die Verjährungsregelung des Gemeinschaftsrechts analog anzuwenden. Im Hinblick auf die Ähnlichkeiten zwischen der Haftung der Mitgliedstaaten und der Haftung der Gemeinschaft, die der EuGH in *Brasserie* dargestellt hat, und im Hinblick auf das deutsche Schrifttum (s.o., Rn. 92) hätte dies nahe gelegen.
212. Die Klägerin schlägt nach allem folgende Antwort auf die dritte Frage vor:

„Das Gemeinschaftsrecht steht in einem Fall mit den vorliegenden Besonderheiten, in dem kein effektiver nationaler Rechtsbehelf zur Verfügung stand, um Abhilfe gegen das schädigende Verhalten der deutschen Stellen zu erreichen, der Anwendung des § 852 BGB a.F. entgegen.“

V. Zur vierten Vorlagefrage

213. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen ist, dass im Ausgangsfall der Beginn des Laufs der Verjährung jedenfalls bis zur Umsetzung der geänderten Frischfleischrichtlinie in nationales Recht hinausgeschoben ist.
214. Diese Frage erfolgt vor dem Hintergrund, dass nach deutschem Recht der Lauf der Verjährung, wenn die schädigende Maßnahme eine *Dauerhandlung* ist, nicht beginnt, bevor die Verletzungshandlung beendet ist.
215. Die Klägerin wird im Folgenden darlegen, dass das schädigende Verhalten der deutschen Stellen, auf das der Schadensersatzanspruch beruht, nur als Dauerhandlung gewertet werden kann (**dazu unter 1.**). Weiter werden wir darlegen, dass die besonderen Umstände des Ausgangsverfahrens es nahe legen, die Grundsätze der *Emmot*-Entscheidung sinngemäß zu übertragen (**dazu unter 2.**). Schließlich wird die Klägerin darlegen, dass es das Gemeinschaftsrecht untersagt, das deutsche Recht in einer Art und Weise anzuwenden, die zum vollständigen Ausschluss von Ansprüchen führen könnte (**dazu unter 3.**).

1. Das schädigende Verhalten ist eine Dauerhandlung

216. Eine *Dauerhandlung* i.S.v. § 852 BGB a.F. ist ein schädigendes Verhalten, das ununterbrochen verletzt, solange der hierdurch hervorgerufene Zustand andauert.
217. Der Grundsatz der Dauerhandlung ist als Korrektiv dafür anzusehen, dass die Verjährung nach deutschem Recht auch für zukünftig eintretende Schäden beginnen kann, wenn dem Verletzten das Vorliegen eines Schadens und das Schadensgeschehen in seinen Grundzügen bekannt ist. Denn es würde zu ganz und gar unbilligen Ergebnissen führen, wenn der Schädiger von seiner Ersatzpflicht befreit würde, obwohl sein schädigendes Verhalten andauert.
218. Das OLG Köln hat im Ausgangsverfahren den *Blickwinkel* eingenommen, dass in dem schädigenden Verhalten der deutschen Stellen eine Dauerhandlung zu sehen ist. Das OLG ist deshalb unabhängig von der Frage, ob die schädigende Dauerhandlung im April 1999 schon allein durch die Umsetzung der geänderten Frischfleischrichtlinie beendet wurde, davon ausgegangen, dass der Lauf der Verjährung jedenfalls nicht 1996 begann.
219. Das vorliegende Gericht führt in Rn. 41 aus, es bestünden im Ausgangsfall Abgrenzungsschwierigkeiten, ob eine Dauerhandlung vorliegt oder ob wiederholte schädigende Handlungen vorliegen. Es sei eine Frage des *Blickwinkels*, ob man in der Fortdauer einer Rechtslage, die gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, eine Dauerhandlung sieht oder ob man die Änderungen in der deutschen Fleischhygieneverordnung, die jeweils nicht in Einklang mit dem EG-Recht standen, als wiederholte schädigende Handlungen ansieht.
220. Die Klägerin meint, dass der Ansatz des vorliegenden Gerichts, das für die Frage der Dauerhandlung auf die Nichtumsetzung der Richtlinie und/oder auf die fehlerhafte Änderung des nationalen Rechts abstellt, weder den Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts noch des Ausgangsfalls gerecht wird. Es kommt gemeinschaftsrechtlich nicht darauf an, ob die Vertragsverletzung, die die Beklagte selbst begangen hat, eine Dauerhandlung ist. Maßgeblich ist, ob die Vertragsverletzung, die den Schaden verursacht hat, eine Dauerhandlung ist.
221. Wie schon ausgeführt wurde, wurde der Schaden durch das **Gesamtverhalten** verursacht, das der Gerichtshof in der Rechtssache C-102/96 beurteilt hat, auch wenn sich dieses Gesamtverhalten in einzelnen Teilhandlungen verschiedener deutscher Behörden niedergelegt haben mag. Gemeinschaftsrechtlich haftet die Beklagte nicht nur für ihre eigene Vertragsverletzung, sondern auch für die aller ihrer Untergliederungen (s.o., Rn. 123 ff.).
222. Deshalb muss die Fragestellung dahin umformuliert werden, dass das nationale Gericht wissen möchte,

„ob das Gemeinschaftsrecht der Anwendung des § 852 BGB a.F. im Ausgangsfall entgegensteht, wenn der Lauf der Verjährung für alle Schäden beginnt, be-

vor die deutschen Stellen damit aufgehört haben, die Pflicht zur Kennzeichnung und Hitzebehandlung der Schlachtkörper von nicht kastrierten männlichen Schweinen bereits dann auszulösen, wenn das Fleisch unabhängig vom Körpergewicht der Tiere einen Androstenongehalt von mehr als 0,5 ig/g aufweist, und bevor die deutschen Stellen damit aufgehört haben, das Fleisch bei Überschreitung des Grenzwertes von 0,5 ig/g als mit einem starken Geschlechtsgeruch belastet zu betrachten, der die Genußuntauglichkeit des Fleisches für den menschlichen Verzehr nach sich zieht.“

223. Wird die vierte Frage dergestalt umformuliert, erschließt sich die Antwort von selbst. Der Gerichtshof hat nur zu beurteilen, ob die Tatsache, dass in der Zeit von Januar 1993 bis (mindestens) April 1999 die Pflicht zur Kennzeichnung und Hitzebehandlung der Schlachtkörper von nicht kastrierten männlichen Schweinen bereits dann *ausgelöst* wurde, wenn das Fleisch unabhängig vom Körpergewicht der Tiere einen Androstenongehalt von mehr als 0,5 ig/g aufweist, und dass die deutschen Stellen das Fleisch bei Überschreitung des Grenzwertes von 0,5 ig/g als mit einem starken Geschlechtsgeruch belastet *angesehen* haben, der die Genussuntauglichkeit für den menschlichen Verzehr nach sich zieht, eine Dauerhandlung darstellt.
224. Es ist offensichtlich, dass diese Pflichtverletzung *ununterbrochen* verletzt und der durch sie hervorgerufene Zustand *ununterbrochen* andauert hat. Ein Mitgliedstaat, in dem importiertes dänisches Fleisch in dem Zeitraum von 1993 bis 1999 ohne jede Unterbrechung bei Überschreitung eines Androstenon-Grenzwertes als mit einem starken Geruch belastet *angesehen wird*, der – insoweit ebenfalls *ununterbrochen* – ein Verkehrsverbot nach sich *zieht*, verletzt dauerhaft. Wenn zudem die Pflicht zur Kennzeichnung und Hitzebehandlung in den Jahren 1993 bis 1999 schon dann *ausgelöst* wurde, wenn das Fleisch – unabhängig vom Tierkörpergewicht – den Grenzwert überschreitet, agiert der Mitgliedstaat ohne Zäsur, also dauerhaft.
225. Dies wird durch den Urteils-Tenor in der Rs. C-102/96 belegt (s.o., Rn. 3). Der Gerichtshof formuliert den festgestellten Verstoß in der **Gegenwartsform**. Es heißt im Tenor: Die deutschen Stellen haben dadurch gegen den Vertrag verstoßen, dass sie die Pflicht ... *bereits dann auslösen* ... und das Fleisch als mit einem Geruch *belastet betrachten*
226. Die Klägerin kann daher die Ansicht des vorliegenden Gerichts, es sei eine Frage des *Blickwinkels*, ob in dem schädigenden Verhalten der Beklagten eine Dauerhandlung zu sehen ist, nicht teilen. Versteht man das zum Ersatz verpflichtende Fehlverhalten zutreffend in dem Sinne, wie es der Gerichtshof in dem Vertragsverletzungsurteil festgestellt hat, **ist nur ein einziger Blickwinkel möglich**: Es handelt sich um eine ununterbrochene Verletzung, bei der der hervorgerufene rechtswidrige Zustand ununterbrochen andauert. Die Verjährung konnte somit nicht vor 1999 beginnen.
227. Das vorliegende Gericht scheint dem entgegenzuhalten, ein Bedürfnis für diese Sichtweise bestehe nicht. Der Sinn und Zweck der Verjährung, insbesondere der Gedanke des Schuldnerschutzes und des Rechtsfriedens, sprächen gegen die Anwendung des

Grundsatzes der Dauerhandlung, weil die Voraussetzungen, um gegen die Person des Ersatzpflichtigen vorzugehen, schon vor Beendigung des schädigenden Verhaltens vorgelegen haben (Rn. 42).

228. Diese Auffassung kann schon deshalb nicht richtig sein, weil es den Grundsatz der Dauerhandlung unstreitig im deutschen Recht gibt. Die Klägerin hatte sich darauf verlassen. Sie hat sich deshalb in ihrer Klage gegenüber der schon vorher von der Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung nur auf diesen Grundsatz berufen. Dann aber steht das Vereitelungsverbot der Ansicht entgegen, dass im vorliegenden Fall kein Bedürfnis für die Anwendung dieses Grundsatzes bestehen soll.
229. Es kann auch nicht überzeugen, dass ein *Bedürfnis* für eine andere Sichtweise bestehen soll. Ein Schädiger, der sich – wie im Ausgangsfall die deutschen Stellen – über mehrere Jahre kontinuierlich und besonders hartnäckig über das Gemeinschaftsrecht hinwegsetzt und den entstehenden Schaden bewusst in Kauf nimmt, hat keinerlei Veranlassung, sich auf das Bedürfnis des „Schuldnerschutzes“ oder auf den Gedanken des „Rechtsfriedens“ zu berufen, solange er die schädigende Pflichtverletzung aufrechterhält.
230. Würde man dies anders sehen, wäre derjenige, der sein schädigendes Verhalten besonders lange und besonders hartnäckig beibehält auch noch privilegiert.
231. Die Geschädigten haben, solange das schädigende Verhalten andauert, ausreichend damit zu tun, den Schaden zu begrenzen und ihre wirtschaftliche Situation den rechtswidrigen Rahmenbedingungen anzupassen. Im Ausgangsfall mussten die Dänen über viele Jahre hinweg umfangreiche Maßnahmen treffen, um den deutschen Markt, ihren wichtigsten Exportmarkt, nicht zu verlieren. Gleichzeitig mussten die Geschädigten Maßnahmen gegen das schädigende staatliche Verhalten ergreifen, um auf diesem Wege den Schaden zu mindern.
232. Wollte man die Geschädigten darüber hinaus verpflichten, allein zur Unterbrechung der Verjährung den schon entstandenen, sich aber täglich fortsetzenden Schaden einzuklagen, obwohl das schädigende Verhalten andauert, ist dies vom Sinn und Zweck der Verjährung nicht gedeckt. Der Schädiger, der sich nicht einsichtig zeigt, ist nicht im Geringsten schutzbedürftig.
233. Ließe man es zu, dass sich ein Schädiger entgegen dem Grundsatz der Dauerhandlung auf Verjährung berufen kann, obwohl sein schädigendes Verhalten andauert, könnte der Schädiger, wenn die Verletzungshandlung über einen längeren Zeitraum als die Verjährungsfrist andauert, sein schädigendes Verhalten sanktionslos fortsetzen. Dies wäre ganz und gar unbillig und widerspräche dem Sinn und Zweck jeder nationalen oder gemeinschaftlichen Verjährungsregelung.
234. Der Gerichtshof hat einen ähnlichen Fall in den Rs. C-295/04 bis C-298/04 (EuGH, Urt. v. 13.7.2006, *Manfredi* u.a.) beurteilt. Es ging dort um die Frage, ob der An-

spruch auf Ersatz des Schadens, der durch fortgesetzte oder wiederholte Kartellabsprachen entstanden ist, verjähren kann, bevor die Zuwiderhandlung beendet ist.

235. Der Gerichtshof hat entschieden, dass eine nationale Bestimmung, nach der die Verjährungsfrist für eine Schadensersatzklage an dem Tag zu laufen beginnt, an dem das Kartell oder abgestimmte Verhalten (erstmalig) verwirklicht wird, die Geltendmachung von Schadensersatz praktisch unmöglich machen könnte. Denn unter solchen Umständen könnte es bei fortgesetzten oder wiederholten Zuwiderhandlungen passieren, dass die Verjährungsfrist schon vor Beendigung der Zuwiderhandlung abgelaufen ist, sodass ein Geschädigter keine Klage mehr erheben könnte (*Manfredi*, Rn. 77f.).
236. Diese Grundsätze müssen erst recht gelten, wenn das schädigende Verhalten nicht in einer wiederholten Vertragsverletzung liegt, sondern – wie im Ausgangsfall – in einer andauernden Zuwiderhandlung.
237. Jede andere Sichtweise würde das Prinzip der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts („*effet utile*“) hinter das Prinzip des Rechtsfriedens und des Schuldnerschutzes stellen. Für eine solche Sichtweise ist aber kein Raum, wenn der Schädiger, dessen Verletzungshandlung andauert, selbst derjenige ist, der den Rechtsfrieden stört. Die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts darf hinter dem Bedürfnis nach Rechtsfrieden erst zurücktreten, wenn der Schädiger seinen Beitrag zum Rechtsfrieden geleistet und die andauernde Verletzungshandlung beendet hat.
238. Schließlich ist folgendes zu erwähnen: Wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht, ist der *Blickwinkel*, den das vorliegende Gericht zur „Dauerhandlung“ einnimmt, nach deutschem Recht nicht zwingend. Das OLG Köln und das LG Bonn hatten denn auch einen anderen *Blickwinkel* eingenommen.
239. Wenn aber das nationale Recht eine Auslegung zulässt, die den vollen Schutz der Rechte aus dem EG-Vertrag gewährleistet, **muss** dieser Blickwinkel eingenommen werden. Denn ein nationales Gericht hat, soweit es bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts sein nationales Recht auszulegen hat, diese Auslegung soweit wie möglich am Zweck des Gemeinschaftsrechts auszurichten. Diese Verpflichtung gilt, wie der Gerichtshof mehrfach betont hat, für das nationale Gericht „*unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt*“. (vgl. nur EuGH, Rs. 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, 673)
240. Nach allem kann kein Zweifel bestehen, dass die nationalen Gerichte verpflichtet sind, den im nationalen Recht bestehenden „Grundsatz der Dauerhandlung“ im Ausgangsfall anzuwenden.

2. Die Grundsätze der Rs. Emmott sind ausnahmsweise übertragbar

241. Das vorliegende Gericht setzt sich im Zusammenhang mit der vierten Frage mit der *Emmott*-Entscheidung des Gerichtshofs auseinander (Rn. 43 und 44). Das Gericht

verweist dabei auch auf die Entscheidungen des Gerichtshofs, in denen klargestellt wurde, dass die *Emmot*-Entscheidung einen Ausnahmefall betraf.

242. Der BGH meint, die *Emmot*-Entscheidung sei nicht übertragbar, weil die im Ausgangsfall verletzten Richtlinien kein „Recht“ verleihen und weil es im Ausgangsfall um Schadensersatz für die Nichtumsetzung einer Richtlinie geht (Rn. 43).
243. Dieser Begründung für die Nichtanwendung der Grundsätze der *Emmot*-Entscheidung kann die Klägerin nicht folgen. Zum einen hat die Klägerin keine Zweifel, dass die verletzten Bestimmungen der Richtlinien dem Einzelnen ein Recht verleihen (s.o., Rn. 46f.). Zum anderen geht es vorliegend – wie dargelegt – nicht (nur) um Schadensersatz für die Nichtumsetzung einer Richtlinie.
244. Die Klägerin hatte ihre Argumentation zwar *nicht* auf die *Emmot*-Entscheidung gestützt, da ihr bewusst ist, dass die *Emmot*-Entscheidung einen speziellen Sachverhalt betraf. Die Klägerin bittet den Gerichtshof dennoch, die Grundsätze der *Emmot*-Entscheidung auf ihre Übertragbarkeit für das Ausgangsverfahren zu prüfen.
245. Es sind nämlich im Ausgangsfall folgende Besonderheiten zu beachten: Artikel 6 Abs. 1 Buchst. b) iii) der geänderten Frischfleischrichtlinie, der von den deutschen Stellen bewusst nicht umgesetzt wurde, ist eine „agrarpolitische Maßnahme, um die wirtschaftlichen Vorteile der Aufzucht nicht kastrierter männlicher Schweine abzusichern“. Diese agrarpolitische Maßnahme sollte nicht nur die geschädigten Dänen vor staatlichen Eingriffen schützen, sondern auch die deutschen Marktteilnehmer, die mit dänischem Schweinefleisch handeln. Artikel 6 sollte den Dänen und ihren deutschen Abnehmern endlich die Rechtssicherheit gewährleisten, die Artikel 30 EGV in den Jahren zuvor nur unzureichend gewähren konnte.
246. Allerdings konnte der deutsche Handel – anders als die Klägerin, die das gesamte gemeinschaftliche Gesetzgebungsverfahren begleitet hatte – seine Rechte aus der geänderten Frischfleischrichtlinie in Ermangelung einer ordnungsgemäßen Umsetzung nicht in dem erforderlichen Umfang erkennen.
247. Zum einen ist das Zusammenspiel der einzelnen Richtlinienbestimmungen sehr kompliziert. Der Einzelne war deshalb kaum in der Lage, aus den Richtlinienbestimmungen die zutreffende Schlussfolgerung zu ziehen, dass sich die von den deutschen Stellen dauerhaft aufgestellten Voraussetzungen bei **importiertem** Fleisch außerhalb der Richtlinien bewegen.
248. Zum anderen konnte der deutsche Handel in Ermangelung der Durchführung des Streitschlichtungsverfahrens gem. Artikel 8 der Richtlinie 89/662, das die deutschen Stellen hätten einleiten **müssen**, nicht erkennen, ob das dänische Fleisch tatsächlich die Voraussetzungen des Gemeinschaftsrechts erfüllt. Auch konnte der deutsche Handel nicht wissen, ob das Fleisch schon deshalb per se genusstauglich ist, weil es von Tieren mit einem Tierkörpergewicht unter 80 kg stammt, und/oder weil es nach der in Dänemark anerkannten Methode auf Geruch untersucht wurde. Diese Sicherheit

hätte erst vorliegen können, wenn Deutschland die Frischfleischrichtlinie umgesetzt **und** das Streitschlichtungsverfahren durchgeführt hätte.

249. Bis zu der ordnungsgemäßen Umsetzung, oder jedenfalls bis zu der ordnungsgemäßen Durchführung des Streitschlichtungsverfahrens, **musste** die rechtliche Unsicherheit der deutschen Marktteilnehmer derart groß sein, dass sie praktisch nicht die Möglichkeit hatten, sich gegenüber deutschen Stellen unmittelbar auf ihre Rechte aus den Richtlinien zu berufen. Diese Unsicherheit bestand insbesondere deshalb, weil das Gemeinschaftsrecht die Festlegung des Androstenon-Grenzwertes für **inländisches** Fleisch ausdrücklich gestattet, soweit dieses – wie es in Deutschland zu 99 % der Fall ist – von Tieren mit einem Tierkörpergewicht über 80 kg stammt. Außerdem dürfen die Mitgliedstaaten ja mit ihrer Methode auch bei importiertem Fleisch stichprobenartig kontrollieren, ob die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts eingehalten sind. Sie dürfen aber nicht die Genussuntauglichkeit unterstellen, wenn der Grenzwert überschritten ist.
250. Für den deutschen Handel war es daher vor der Umsetzung der geänderten Frischfleischrichtlinie nicht zu verstehen, dass sich die in Deutschland angewandten Kriterien bei importiertem dänischen Fleisch vollkommen außerhalb der Richtlinien bewegen. Wegen dieser rechtlichen Unsicherheit verlangte der deutsche Handel von den Dänen die Garantie, dass das Fleisch die deutschen Anforderungen einhält.
251. Hiergegen waren die Dänen machtlos. Wenn der Handel auf Druck der Behörden die Einhaltung EG-rechtswidriger Anforderungen verlangt, dabei aber nicht erkennen kann, dass sich diese bei importierter Ware außerhalb des harmonisierten Rechts bewegen, kann der ausländische Lieferant nichts ausrichten. Er muss sich dem Verlangen seines Kunden beugen und kann sich wegen der fehlenden horizontalen Wirkung von Richtlinien nicht auf das Gemeinschaftsrecht berufen.
252. Vor diesem Hintergrund hält es die Klägerin für gut vertretbar, die Grundgedanken der *Emmott*-Entscheidung auf den vorliegenden Fall sinngemäß zu übertragen.
253. Abschließend erlaubt sich die Klägerin eine Bemerkung zu dem Urteil *Fantask*, auf das der BGH hingewiesen hat. Diese Entscheidung ist vorliegend nicht übertragbar. In jenem Fall ging es nämlich um eine Verjährungsregelung, bei der der Lauf der Verjährung erst mit Fälligkeit, also mit dem tatsächlichen Schadenseintritt beginnt, nicht aber – wie dies im deutschen Recht möglich ist – schon mit Kenntnis der Umstände, die auf einen zukünftigen Schaden schließen lassen. Ein Bedürfnis für die Anwendung des Grundsatzes der Dauerhandlung – und darum geht es im Rahmen der vierten Vorlagefrage – bestand daher in jenem Verfahren, unabhängig von der Frage, ob dieser Grundsatz im dänischen Recht besteht, nicht.

3. Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 852 BGB a.F.

254. Sollte der Gerichtshof die Ansicht der Klägerin zum Grundsatz der Dauerhandlung nicht teilen, ist es unter dem Aspekt des Vereitelungsverbotese geboten, das deutsche Recht gemeinschaftsrechtskonform dahin auszulegen, dass der deutsche „Grundsatz der Schadenseinheit“ nicht extensiv anzuwenden ist. Denn die extensive Anwendung dieses Grundsatzes könnte im vorliegenden Fall dazu führen, dass die Durchsetzung der Ansprüche aus dem Vertrag möglicherweise vollständig vereitelt wird.
255. Wie das Landgericht Bonn gezeigt hat und wie auch das vorlegende Gericht in den Rn. 36-38 und 42 des Vorlagebeschlusses ausführt, kann das nationale Recht ohne weiteres dahin ausgelegt und angewandt werden, dass die Anwendung des § 852 BGB a.F. – abgesehen von der unterschiedlich langen Frist – zu dem gleichen Ergebnis führt, wie die Anwendung von Artikel 46 der Satzung des EuGH.
256. Sollte der Gerichtshof also meinen, dass § 852 BGB a.F. analog anwendbar ist, die Verjährung für vergangene und zukünftige Ansprüche im Sommer 1996 begann, durch das Verfahren nach Artikel 226 EG nicht unterbrochen wurde und das schädigende Verhalten keine „Dauerhandlung“ ist, müssen die nationalen Gerichte § 852 BGB a.F. unter voller Ausschöpfung ihres Auslegungsspielraums zumindest dahingehend anwenden, dass Schadensersatz nur für den Zeitraum ausgeschlossen ist, der mehr als drei Jahre vor Klageeinreichung zurückliegt. Letztlich liegt es dann aber auch nahe, Artikel 46 der Satzung des EuGH analog anzuwenden.
257. Nach allem schlägt die Klägerin auf die fünfte Frage folgende Antwort vor:

„Das Gemeinschaftsrecht ist dahin auszulegen, dass das Verhalten, das der Gerichtshof in der Rs. C-102/96 beurteilt hat, eine Dauerhandlung darstellt.“

VI. Zur fünften Frage

258. Der BGH möchte wissen, ob das EG-Recht der Anwendung des § 839 Abs. 3 BGB auf den gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruch entgegensteht.
259. § 839 Abs. 3 BGB enthält das Privileg des pflichtwidrig handelnden Amtswalters, dass dieser nicht haftet, wenn es der Geschädigte fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch einen Rechtsbehelf zu mindern oder abzuwenden. Über Art. 34 GG kommt das Haftungsprivileg dann auch dem Staat zu Gute, der die Haftung des Einzelnen Amtswalters übernimmt. Das Haftungsprivileg gilt nur für Amtshaftungsansprüche, nicht aber für Staatshaftungsansprüche aus enteignungsgleichem Eingriff und Folgenbeseitigung.
260. Der Begriff des „Rechtsmittels“ in § 839 Abs. 3 BGB wird – zu Lasten des Geschädigten – **weit** verstanden (s.o, Rn. 171 ff.).
261. Wie der BGH in Rn. 48 anmerkt, vertritt die Klägerin mit Nachdruck die Auffassung, dass dieses staatliche Privileg im Gemeinschaftsrecht keine Anwendung finden darf.

Die Klägerin bezieht sich dabei unter anderem auf die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rs. C-397/98 und C-410/98 (Urt. v. 8.3.2001, *Metallgesellschaft* u.a., Rn. 106 f.) und auf die Schlussanträge von Generalanwalt *Fennelly* in der gleichen Rechtssache (Schlussanträge v. 12.9.2000, Rn. 58 f.). Im Folgenden wird die Klägerin ihre Position weiter verdeutlichen:

262. Tragendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts ist dessen einheitliche und effektive Anwendung in allen Mitgliedstaaten (vgl. EuGH, Rs. C-290/91, *Peter*, Slg. 1993, I-2981, Rn. 8). Zudem hat das Gemeinschaftsrecht unmittelbare Wirkung, das heißt, die Bestimmungen des EG-Rechts bedürfen zu ihrer Geltung weder eines nationalen Transformationsaktes noch einer behördlichen oder gar richterlichen Bestätigung.
263. Das deutsche Recht verlangt hingegen, dass der Einzelne dessen unmittelbar anwendbare Rechte vereitelt wurden, Schadensersatz nur dann geltend machen kann, wenn er sich zuvor in einem Rechtsbehelfsverfahren auf die unmittelbare Wirkung berufen hat. Ließe man dies zu, würde die unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts, die zugleich Grundlage für einen Ersatzanspruch ist, davon abhängen, dass sie der Einzelne zuvor in einem Rechtsbehelfsverfahren geltend gemacht hat. Dies aber widerspricht ganz und gar der Definition der unmittelbaren Wirkung und der Pflicht zur effektiven und einheitlichen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts.
264. Mit anderen Worten: Die Haftung des Mitgliedstaats tritt an die Stelle der unmittelbaren Wirkung. Für die unmittelbare Wirkung ist es aber keine Voraussetzung, dass der Bürger erst einen Rechtsbehelf ergreift. Dann kann der Gebrauch eines Rechtsbehelfs auch nicht Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch sein.
265. Die „Gefahr“, die das vorlegende Gericht in Rn. 49 darin sieht, dass das nationale Recht unterlaufen wird, stellt dieses Ergebnis nicht in Frage. Es ist doch der Mitgliedstaat, der das Gemeinschaftsrecht unterlaufen hat. Dann muss es der Mitgliedstaat auch hinnehmen, dass sein im nationalen Recht bestehendes Haftungsprivileg vom Gemeinschaftsrecht überlagert wird.
266. Es kann – anders als es das vorlegende Gericht annimmt – auch keine Rede davon sein, dass das Gemeinschaftsrecht insgesamt geschwächt wird, wenn Fragen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts in den Schadensersatzprozess verlagert werden. Die Praxis zeigt, dass das Gegenteil richtig ist. Wird ein EG-rechtswidrig agierender Mitgliedstaat zum Schadensersatz verurteilt, hat dies eine ganz andere Wirkung als die Feststellung einer nationalen Behörde oder eines nationalen Gerichts in einem Rechtsbehelfsverfahren, dass dieser Mitgliedstaat das EG-Recht verletzt. Denn der Mitgliedstaat lässt sich in Fällen, in denen sein Verhalten offenkundig und erheblich das Gemeinschaftsrecht verletzt und damit die Haftung auslöst, kaum davon beeindrucken, dass eine nationale Behörde oder ein nationales Gericht die Pflichtverletzung feststellt.

267. Um es offen zu sagen: Der Mitgliedstaat, der offenkundig und erheblich Gemeinschaftsrecht verletzt, lenkt erst ein wenn es *teuer* wird. Dies wird im Ausgangsfall deutlich. Wie auch das OLG Köln festgestellt hat, hätten die deutschen Stellen ihr Verhalten nicht geändert, wenn Straf- oder Verwaltungsgerichte inzident die Feststellung getroffen hätten, dass der deutsche Standpunkt rechtswidrig ist.
268. Die Klägerin erlaubt sich den Hinweis, dass es auch unerträgliche Folgen hätte, wenn der Gerichtshof es zuließe, dass der gemeinschaftsrechtliche Anspruch gekürzt oder ausgeschlossen werden kann, weil der Geschädigte keinen nationalen Rechtsbehelf ergriffen hat.
269. Nach deutschem Recht muss jeder Rechtsbehelf von demjenigen eingelegt werden, dessen Recht beeinträchtigt wird. Es gibt im Rahmen des deutschen Primärrechtsschutzes keine Prozessstandschaft. Auch kann sich der Einzelne im Zusammenhang mit § 839 Abs. 3 BGB nicht auf Parallelverfahren anderer Betroffener berufen.
270. Nach Ansicht der Beklagten hätte jeder geschädigte Däne, bevor er Schadensersatz geltend macht, parallel in allen Bundesländern gegen die jeweiligen Rechtsträger der pflichtwidrig agierenden Behörden vorgehen müssen. Der Klägerin ist zwar nicht jede einzelne EG-rechtswidrige Maßnahme deutscher Behörden im Ausgangsfall bekannt. Es dürften aber weit über 50 verschiedene Behörden, die jeweils zu verschiedenen Rechtsträgern gehören, in unterschiedlicher Art und Weise bei den deutschen Abnehmern das EG-Recht verletzt haben. Dies mag durch rechtswidrige Kontrollen, Zurückweisungen, Beschlagnahmen, Bußgelder, Untersagungsverfügungen oder ganz einfach dadurch erfolgt sein, dass Verkehrsfähigkeit des importierten dänischen Fleisches generell nicht anerkannt wurde.
271. Dies bedeutet bei über 15.000 Betroffenen konkret, dass mehr als 750.000 Rechtsbehelfe hätten eingelegt werden müssen. Dies zeigt nicht nur, wie unsinnig die Bestimmung des § 839 Abs. 3 BGB sein kann, sondern auch, welche **elementare Bedeutung** das Verfahren nach Artikel 226 EG für den **Individualrechtsschutz** hat.
272. Zur Stärkung der vollen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts ist es daher notwendig, das Gemeinschaftsrecht dahin auszulegen, dass der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch nicht gekürzt oder ausgeschlossen werden kann, wenn der Betroffene es unterlassen hat, einen Rechtsbehelf gegen das schädigende Verhalten des Mitgliedstaats zu ergreifen.
273. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass gem. § 839 III BGB der Rechtsbehelf dem Geschädigten „zumutbar“ sein muss. Das Kriterium der Zumutbarkeit ist in diesem Zusammenhang viel zu unbestimmt und unvorhersehbar. Dieses Kriterium kann wegen der weiten Definition der „Rechtsmittel“ nicht ausschließen, dass ein Ersatzanspruch vollständig vereitelt wird, weil das nationale Gericht, von einem anderen Verständnis der „Zumutbarkeit“ ausgeht als der Geschädigte. Letzterer müsste rein

aus Vorsicht jeden in Betracht kommenden Rechtsbehelf ergreifen. Dies ist nicht mit der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu vereinbaren.

274. Abschließend möchte die Klägerin darauf hinweisen, dass selbstverständlich auch aus ihrer Sicht im Gemeinschaftsrecht die Pflicht besteht, alles zu unternehmen, um den Schaden durch organisatorische und wirtschaftliche Maßnahmen zu mindern. Dies haben die Dänen ohne Zweifel getan. Selbstverständlich hat auch die Firma ESS FOOD den gegen sie ergangenen Bußgeldbescheid angefochten.

275. Die Pflicht zur Schadensminderung darf aber nicht so weit führen, dass der Geschädigte jeden erdenklichen Rechtsbehelf ergreifen **muss**, damit er seine Rechte aus dem Vertrag nicht verliert. Der Mitgliedstaat ist Adressat des Gemeinschaftsrechts, nicht der Bürger. Es kann daher nicht sein, dass der Geschädigte, nur um seine Rechte aus dem Vertrag zu bewahren, gezwungen ist, dem Mitgliedstaat dessen Vertragsverletzung in einem Rechtsbehelfsverfahren vor Augen zu halten.

276. Die Klägerin schlägt somit vor, auf die fünfte Frage des vorliegenden Gerichts wie folgt zu antworten:

„Das Gemeinschaftsrecht steht einer nationalen Regelung entgegen, die den gemeinschaftsrechtlichen Ersatzanspruch davon abhängig macht, dass der Betroffene einen Rechtsbehelf gegen das pflichtwidrige Verhalten des Mitgliedstaates ergreift.“

Rolf Karpenstein

Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis

A.SACHVERHALT UND RECHTLICHER RAHMEN.....	1
I.Einleitung.....	1
II.Der rechtliche Rahmen.....	2
1.Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen.....	2
2.Der nationale rechtliche Rahmen.....	2
III.Zum Sachverhalt.....	3
1.Das dänische Male Pig Projekt.....	3
2.Das schädigende Verhalten.....	4
3.Die Maßnahmen zur Schadensminderung.....	5
IV.Das nationale Verfahren.....	7
V.Richtigstellung des Vorlagebeschlusses.....	8
B.ZUR BEANTWORTUNG DER VORLAGEFRAGEN.....	9
I.Zur ersten Vorlagefrage.....	9
II.Zur zweiten Vorlagefrage.....	11
III.Zur Verjährungsproblematik.....	12
1.Keine analoge Anwendung nationaler Verjährungsregelungen.....	13
a.) Das nationale Staatshaftungsrecht und die Verjährung.....	13
b.) Die Ansicht des vorlegenden Gerichts.....	14
c.) Ergänzung der Vorlagefragen.....	15
d.) Keine Regelungslücke.....	15

e.) Verbot der erstmaligen Analogie zu Lasten der Betroffenen	16
f.) Verstoß gegen die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.....	17
g.) Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz.....	19
h.) Verstoß gegen das Effizienzgebot.....	20
2.Keine Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen.....	22
3.Keine „Zumutbarkeit“ vor der Brasserie-Entscheidung des BGH.....	24
IV.Zur Dritten Frage des vorlegenden Gerichts.....	29
1.Artikel 226 EG ist ein Rechtsmittel i.S.d. deutschen Rechts.....	30
2.Zur Unterbrechung der Verjährung durch einen Rechtsbehelf	31
3.Zu den Bedenken des vorlegenden Gerichts	34
V.Zur vierten Vorlagefrage.....	37
1.Das schädigende Verhalten ist eine Dauerhandlung.....	38
2.Die Grundsätze der Rs. Emmot sind ausnahmsweise übertragbar.....	41
3.Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 852 BGB a.F.....	44
VI.Zur fünften Frage.....	44