

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

3/2010

54. Ausgabe | 12. Jahrgang

Redaktion: Jürgen Wagner, LL.M.
WAGNER & JOOS, RECHTSANWÄLTE
Konstanz (verantwortlich)

Kirsten Bäuml
SINA · MAASSEN, Aachen

Dr. Jennifer Dikmen,
Bonn

81 **Editorial**

Wagner

Beiträge

82 Beul **Die Geltendmachung unionsrechtlicher Schadenersatzansprüche**

89 Jülicher **Die Ausschlagung nach dem Erbfall**

94 von Brocke **§ 8c Abs. 1a KStG als steuerliche Beihilfe?**

97 Unkelbach-Tomczak **Deutsch-Irischer Todesfall – Steuerpflicht in Deutschland oder in Irland?**

99 Wessing **Nebenfolgen der Selbstanzeige**

109 **Meldungen**

110 **Veranstaltungen**

111 **LiteraTour**

115 **Steuermelder**

119 **Termine**

www.steuerrecht.org

Die Geltendmachung unionsrechtlicher Schadenersatzansprüche gegen einen Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat – Diskussionsanstoß zum Spannungsverhältnis zwischen Staatenimmunität und effektivem Rechtsschutz

Dr. Carsten René Beul, Rechtsanwalt, Koblenz-Landau*

I. Problemstellung

Nachfolgend behandelt werden soll die Frage, ob ein unionsrechtlicher Schadenersatzanspruch gegen einen Mitgliedstaat auch in einem anderen Mitgliedstaat eingeklagt werden kann.¹

Der Ausgangsfall betrifft eine deutsche Gesellschaft A, deren Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat (Z) durch dessen Zoll zu einer Abgabe herangezogen werden soll. Die Abgabe soll für ein in Deutschland hergestelltes Produkt gezahlt werden, für das die Gesellschaft B aus einem dritten Mitgliedstaat (D) der Union die Ausgangsprodukte an den Hauptsitz der deutschen Gesellschaft geliefert hat. A stellte dort das Endprodukt her und lieferte es an die Niederlassung in Z, von wo aus es in Verkehr gebracht wurde. Zivilrechtlich bestehen Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaft B, da diese den Ausgangsprodukten entgegen ausdrücklicher Absprachen einen Stoff zusetzte, der nach Ansicht der Zollverwaltung zur Abgabepflicht führt. Die Zollverwaltung von Z begründet die Festsetzung der Abgabe explizit mit dem durch B zugesetzten Stoff.

Der Gerichtsstand der Klage A gegen B ist in Deutschland. A klagt gegen B auf Feststellung, daß B zum Ersatz des Schaden und auf Freistellung von der Abgabe verpflichtet ist. B argumentiert, daß die Heranziehung zu der fraglichen Abgabe gegen spezielle Regelungen des Unionsrechts und insbesondere gegen Art. 110 AEU verstoße. B kann in Z keine derartige Feststellungsklage gegen Z erheben, da nach dortigem Prozeßrecht Schadenersatzansprüche erst subsidiär geltend gemacht werden können, d.h. erst dann, wenn der Schaden *feststeht*, nicht erst, wenn er nur droht oder aber in Form des Antrags auf Freistellung (Intervention), was jedoch hier in Deutschland erfolgen müßte. B beabsichtigt daher, die Feststellungsmöglichkeit nach deutschem Zivilprozeßrecht (§ 256 ZPO) zu nutzen und Mitgliedstaat Z in demselben Verfahren vor dem deutschen Ge-

richt auf Feststellung zu verklagen, daß Z seinerseits zum Ersatz des Schaden aufgrund der unionsrechtswidrigen Festsetzung der Abgabe verpflichtet ist sowie zur Freistellung von allen Ansprüchen, die durch A geltend gemacht werden. Das führt zu einer Fallgestaltung, in der ein Haftungsanspruch gegen einen Mitgliedstaat (Z) in einem anderen Mitgliedstaat (im Ausgangsfall: Deutschland) geltend gemacht werden soll.

II. Gerichtsstand und Staatenimmunität

Im konkreten Fall geht es um die verfahrensrechtliche Einführung von Freistellungs- oder Rückgriffsansprüchen des Zulieferers B gegen den Mitgliedstaat Z in den Prozeß, den A gegen ihren Zulieferer infolge der unionsrechtlich umstrittenen auferlegten Abgabe führen kann. Das deutsche Zivilprozeßrecht kennt hierfür grundsätzlich zwei Wege, die Streitverkündung nach §§ 72 ff. ZPO oder die sogenannte Drittwiderklage.²

Problematisch erscheint, daß eine Entscheidung im Rahmen eines deutschen Zivilprozesses rechtsverbindliche Folgen für Ansprüche gegenüber dem anderen Mitgliedstaat (Z) aufgrund Verstoßes gegen das Unionsrecht zeitigen würde. Die Frage, die Rechtsstatut, Gerichtsstand und Prozeßrecht in Fällen wie dem vorliegenden aufwerfen, berührt einen Wesenskern nationalstaatlicher Souveränität: Kernpunkt ist, ob ein nationales (hier: deutsches) Gericht im Zusammenhang mit einer unionsrechtlichen Fragestel-

* Dr. Carsten René Beul, Rechtsanwalt Koblenz-Landau, RA/StB/WP/FAfStR/RevisoreContabile(I)/Reviseur d'Entreprises (L)/Lehrbeauftragter an der Universität Koblenz-Landau, Neuwied/Mailand/Luxemburg.

1 Knecht in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. (2008), Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

2 S. unten 7.

lung zu rechtsverbindlichen Feststellungen gegen einen anderen Mitgliedstaat (Z) in Form bindender Feststellungen oder gar einer Verurteilung zu Schadenersatz gelangen kann, wenn dieser durch sein hoheitliches Handeln (Festsetzung einer Abgabe) einen unionsrechtlichen Schadenersatzanspruch auslöst.

Zu prüfen ist diese Frage zunächst am Maßstab der Staatenimmunität. Diese ist immer dann berührt, wenn gegen einen souveränen Staat vor dem Gericht eines anderen souveränen Staates Rechtsansprüche erhoben werden. Das ist traditionell nicht gewollt. Die staatliche Immunität gilt als Ausfluß der staatlichen Souveränität, des Grundsatzes *par in parem non habet imperium*, der Gleiche soll über Gleiche keine Herrschaft ausüben.³ Der souveräne Staat soll nur dem Völkerrecht unterworfen sein, nicht dem Recht anderer souveräner Staaten. Die Immunität vor den nationalen Gerichten anderer Staaten entspringt diesem Grundsatz, sie ist Ausdruck des Respekts vor der staatlichen Souveränität und entsprechend eng mit ihr verbunden.⁴ Daher kann der Ausschluß der deutschen Gerichtsbarkeit wegen sachbezogener Staatenimmunität in Betracht kommen, die als allgemeine Regel des Völkerrechts nach Art. 25 GG unmittelbare Geltung hat.⁵

Allerdings wird zwischen Handlungen, die als hoheitlich zu charakterisieren sind – *acta iure imperii* –, und geschäftlichen Handlungen der Staaten – *acta iure gestionis* – unterschieden.⁶ In letzteren Fällen, Schulbeispiel ist eine ausländische Botschaft, die Reparaturrechnungen eines nationalen Unternehmens nicht begleicht, können Staaten heute gerichtlich zur Verantwortung gezogen, also Klagen gegen sie erhoben und rechtswirksame Urteile zu ihren Ungunsten gesprochen werden. Die staatliche Souveränität wird, wie diese anerkannte Unterscheidung deutlich macht, insbesondere nach der völkerrechtlichen Entwicklung seit Ende des Ersten Weltkrieges inzwischen als relativ⁷ betrachtet. Aus der relativen staatlichen Souveränität folgt mithin eine relative staatliche Immunität. Nach Art. 3 des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität⁸ führt eine rügelose Einlassung zur Hauptsache grundsätzlich zum Verzicht auf die Immunität.

Im hier vorliegenden Ausgangsfall stellt die Festlegung einer Abgabe durch die Zollverwaltung von Z eindeutig hoheitliches Handeln dar und unterläge damit nach derzeit ganz herrschender Meinung und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹ der Staatenimmunität: Das Handeln von Z könnte nach diesem völkerrechtlichen Grundsatz, als in Deutschland über Art. 25 GG unmittelbar geltendem Recht, nicht durch ein deutsches Gericht überprüft werden. Ob dem Ganzen ein privatwirtschaftlicher Vorgang zugrunde liegt, dürfte keine Rolle spielen, da sich das Interesse von B auf die Freistellung von den Folgen des hoheitlichen Handelns von Z bezieht und nicht auf ein

Verhalten des Handelspartners A. Dieses Ergebnis erscheint unbefriedigend, da das staatliche Handeln sich hier infolge des freien Warenverkehrs mittelbar in einem anderen Mitgliedstaat auswirkt. Ob eine Korrektur entsprechend der historischen Tendenz zu einem weiter relativierten staatlichen Souveränitätsverständnis, insbesondere im Rechtsraum der Europäischen Union, angemessen erscheint und europarechtliche Regelungen zu anderen Ergebnissen führen können, soll im folgenden untersucht werden.

III. EU-Sekundärrecht, EuGVVO

Möglicherweise könnte hier die Verordnung¹⁰ des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO) einschlägig sein. Nach Art. 1 I EuGVVO ist diese Verordnung „in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, ohne daß es auf die Art der Gerichtsbarkeit ankommt“. Nach allgemeiner Auslegung¹¹ gilt die EuGVVO „danach für Streitigkeiten, deren Rechtsnatur nach materiell-rechtlichen Kriterien zivilrechtlicher Natur ist...“¹² Die Annahme der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für deliktrechtliche Ansprüche wäre hierbei dann nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO zu beurteilen, wenn es sich bei dem Staatshaftungsanspruch um einen zivilrechtlichen Anspruch handelte. Dann könnte der Erfolgsort auch als Gerichtsstand

3 Ipsen, Völkerrecht, 4. Auflage (1999), 334.

4 Eine abgeleitete Auswirkung ist in § 20 VVG für Repräsentanten anderer Staaten, Mitglieder diplomatischer Missionen und konsularischer Vertretungen normiert.

5 BGH NJW 1979, 1101 mwN; s. a. Lückemann in Zöller, ZPO, 27. Aufl. (2009), § 20 VVG, Rdnr. 4.

6 Doehring, Völkerrecht, 2. Auflage (2004), 285 f.

7 Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 3. Auflage (2002), 76.

8 Europäisches Übereinkommen über Staatenimmunität des Europarats v. 16.05.1972, BGBl. 1990 II, 35, das allerdings nicht unionsweit ratifiziert wurde, sondern nur von Belgien, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden, Österreich, vom Vereinigten Königreich und von Zypern.

9 BVerfGE 16,27 = NJW 1963, 1732; Ipsen, a.a.O., 335, danach ist bei der Unterscheidung zwischen hoheitlichem und privatrechtlichem Handeln auf ein weitgehend objektives Element abzustellen: Nicht der Zweck, sondern die Natur einer Handlung soll darüber entscheiden, ob es sich um einen hoheitlichen oder einen geschäftlichen Akt handelt. Bei der Festsetzung einer Abgabe durch die Zollverwaltung kann das nicht streitig sein; sie ist dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen.

10 VO 44/2001/EG vom 22.12.2000.

11 Vgl. Gottwald in MünchKommZPO, 3. Aufl. (2008), Art. 1 EuGVVO, Rn. 1.

12 Geimer in Zöller, a.a.O., Art. 1 EuGVVO, Rn. 19 kommentiert: „Die VO ...regelt die Zuständigkeit mithin nur für solche Verfahren, deren Streitgegenstand zivilrechtlicher Natur ist. Der EuGH (14.10.1976, st.Rspr.) betont zu Recht, daß nur die autonome Qualifikation die einheitliche Anwendung der VO ...gewährleistet, zuletzt etwa EuGH 15.05.2003 C 266/01 Rn.16). Stellte man auf das Recht des Erststaates oder Zweitstaates ab, hätten es die einzelnen Mitgliedstaaten in der Hand, nach eigenem Ermessen den Anwendungsbereich der VO zu erweitern oder einzuengen.“

gewählt werden¹³, also der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Bei Distanzdelikten, bei denen der Ort der Handlung und der des Erfolgeintritts verschieden sind, gelten beide alternativ als Tatort. Aus der Sicht des Zulieferers B ist Erfolgsort dort, wo B dem Schaden ausgesetzt ist. Das ist nach allen Darlegungen Deutschland, genauer, der Sitz der deutschen Gesellschaft A und deren Gerichtsstand, an dem A gegen B klagen kann. Denn dort manifestieren sich für B die Folgen des Handelns der Zollverwaltung.

Zweifel ergeben sich jedoch bei der Charakterisierung des Staatshaftungsanspruchs als zivilrechtlich. In der frühen deutschen Rechtstradition war ein unrechtmäßiges Handeln des Staates denklogisch nicht möglich. Denn relevant war ausschließlich das Verschulden des handelnden Beamten, das dem Staat nicht zugerechnet werden konnte, da der Beamte zum schuldhaften Handeln nicht ermächtigt war, dies also ein privates Handeln darstellte.¹⁴ Daher stellt das deutsche Staatshaftungsrecht kein originäres auf der Haftung des Staates für staatliches Unrecht¹⁵ beruhendes Institut dar, sondern ein durch Art. 34 GG übergeleitetes, das in der Handlung des Amtsträgers begründet wird.¹⁶ Hierin liegt jedoch auch der ambivalente Charakter, der daraus resultiert, daß eine privatrechtliche Anknüpfung an das Handeln des Amtsträgers öffentlich-rechtlich qua Art. 34 GG übergeleitet wird.¹⁷ Im dogmatisch konsequenten Ausgangspunkt müßte dies eine privatrechtliche Haftung beinhalten. Allerdings betrachtet die Rechtsprechung des BVerfG die Staatshaftung, die aus öffentlich-rechtlichem Handeln¹⁸ resultiert, nicht als privatrechtlich, sondern als öffentlich-rechtlich, da hoheitliches Unrecht nicht als dem bürgerlichem Recht unterworfen angesehen werden könne.¹⁹ Mithin unterliegt das deutsche Staatshaftungsrecht zwar zivilrechtlicher Anknüpfung, aus Angst vor der fiskalischen Auswirkung eines umfassenden Staatshaftungsrechts²⁰ wird aber eine konsequente Lösung seit fast zwei Jahrzehnten blockiert. Gleichwohl bleibt festzustellen, daß nach deutschem Recht ein unmittelbares Staatshaftungsrecht als originär öffentlich-rechtlich angesehen²¹ und nach derzeit h.L. der Staatshaftungsanspruch grundsätzlich als öffentlich-rechtlicher Anspruch gewürdigt wird. Bewertet man den europarechtlichen Staatshaftungsanspruch entsprechend der deutschen h.L. als öffentlich-rechtlichen Anspruch wäre daher die Anwendbarkeit der EuGVVO ausgeschlossen.

IV. Zwischenergebnis

Geht man von der derzeit mehrheitlich vertretenen Meinung aus, müßte nach deutschem Recht festgestellt werden, daß der Grundsatz der Staatenimmunität die Klagedurchführung hindert und die Einordnung des Staatshaftungsanspruchs als öffentlich-rechtlichem Anspruch, stünde der

Anwendbarkeit der EuGVVO entgegen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu untersuchen, ob diese Position den europarechtlichen Vorgaben, insbesondere des Primärrechts, ausreichend Rechnung trägt oder nicht im Zuge der europäischen Entwicklung eine weite Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO geboten ist.

V. Gebot des effektiven Rechtsschutzes

Zur Begründung für eine erweiternde Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO und eine weitergehende Relativierung der Staatenimmunität kann das Gebot des effektiven Rechtsschutzes herangezogen werden. Dabei ist insbesondere auf Art. 19 EU²² zu rekurrieren. Danach läßt sich durch den Hinweis auf die Gewährleistung eines „effektiven Rechtsschutzes“ die Tendenz des europäischen Gesetzgebers erkennen, seinen Bürgern und Zivilrechtssubjekten (Unternehmen) weitgehende Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen. In Art. 19 EU ist dieses Prinzip normiert, gleichfalls gemäß Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 51 Abs. 1 Grundrechtecharta (GRC²³), die das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf vorsehen. Bislang war die Einordnung der entsprechenden Normen der GRC strittig.²⁴ Die Rechts-

13 EuGH, v. 20. 1 2005, Rs. C-27/02, *Henkel*, Slg. 2002, I-8111, NJW 2002, 3617 f; BGHZ 167, 91, 98; hierzu führt das OLG Koblenz (Az 12 U 1717/05 vom 25. Juni 2007) aus: „In diesem Gerichtsstand sind alle Klagen zulässig, mit denen eine Schadenhaftung geltend gemacht wird, die nicht an einen Vertrag im Sinne des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO anknüpft ... Der Ort des schädigenden Ereignisses im Sinne des Artikel 5 Nummer 3 EuGVVO ist neben dem Handlungsort auch der Erfolgsort, das heißt der Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist. Demgemäß gelten bei Distanzdelikten, bei denen der Ort der Handlung und der des Erfolgeintritts verschieden sind, beide alternativ als Tatort.“

14 Sogeannter Mandatskontrakt, hierzu ausführlich: *Papier* in MünchKommBGB, 5. Auflage (2009), § 839 BGB Rn. 5 ff. m.w.N.

15 Vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 7 m.w.N.

16 *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 8 m.w.N.

17 *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 119 ff. m.w.N.

18 Bei privatrechtlichem Handeln des Staates erfolgt die Haftung über §§ 31, 89 BGB (vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 8 m.w.N.).

19 BVerfGE 61,149 (Urteil vom 19.10.1982 zum Staatshaftungsgesetz), zwar mit der Betonung, es könne kompetenzrechtlich – i.S.d. Art. 74 Nr. 1 GG – nicht als „bürgerliches Recht“ angesehen werden.

20 Vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 117 m.w.N.

21 *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 107 ff. m.w.N.

22 „Der Gerichtshof der Europäischen Union Er sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge. Die Mitgliedstaaten schaffen die erforderlichen Rechtsbehelfe, damit ein wirksamer Rechtsschutz in den vom Unionsrecht erfassten Bereichen gewährleistet ist.“; Vgl. auch *Last*, Garantie wirksamen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen der Europäischen Union, 2009 (Diss. Bonn 2007), 220 ff. m.w.N.; insbesondere Fn. 361.

23 Ausführlich hierzu *Last*, a.a.O. (Fn. 22), 124 ff. m.w.N.

24 *Knecht* in Schwarze, EU-Kommentar, 2. Aufl. (2008), Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

verbindlichkeit der GRC war dabei in der Vergangenheit bei der Frage, ob ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden muß, nicht relevant, weil dieses Prinzip bereits als Ausdruck der Verfassungstraditionen in der Rechtsprechung des EuGH²⁵ anerkannt ist.²⁶ Zwar wird abgelehnt, daß die GRC selbst als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts oder Ausdruck der Verfassungstraditionen anzusehen ist.²⁷ Sie wird aber in der Rechtsprechung des EuGH²⁸, ebenso bereits seit längerem in den Schlußanträgen der Generalanwälte²⁹ sowie in den Entscheidungen des Gerichts erster Instanz³⁰ zur Auslegung herangezogen. Die Regelung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EU führt nunmehr jedoch dazu, daß die Intention des Art. 47 GRC unmittelbar geltendes Recht geworden ist. Damit ist der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes ausdrücklicher Bestandteil des Unionsrechts und über Art. 4 Abs. 3 EU (ex-Art. 10 EG, bzw. 5 EGV)³¹ hinaus im Hinblick auf das Unionsrecht eine weitere ausdrückliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten.

Hiergegen könnte eingewendet werden, es gehe nicht um einen effektiven Rechtsschutz an sich, sondern um die Frage der Entscheidungskohärenz. Diese findet sich jedoch auch in der EuGVVO, in Erwägungsgrund 15, in Art. 28 Abs. 3 und in Art. 6 EuGVVO, gemäß Art. 6 Nr. 2, jedoch nur, soweit der Beklagte aufgrund dieser Bestimmungen nicht willkürlich seinem normalen Gerichtsstand entzogen wird. Art. 6 Nr. 2 EuGVVO gilt jedoch gemäß Art. 65 Abs. 1 EuGVVO nicht für Deutschland.³² Art. 6 Nr. 2 dürfte allerdings hier nicht einschlägig sein, da bei Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bereits die Zuständigkeit zu bejahen ist. Alternativ könnte Art. 6 Nr. 3 EuGVVO herangezogen werden, wenn insoweit eine Drittwiderklage erfaßt wäre, wobei der erforderliche Zusammenhang eher zweifelhaft erscheint.³³ Zumindest dann, wenn dem Geschädigten seitens des schädigenden Mitgliedstaates keine wirksamen Rechtsmittel zur Verfügung stehen (wie im Ausgangsfall das Mittel der Feststellungsklage) und dieser Mitgliedstaat einen Schaden im anderen Mitgliedstaat zufügt, muß es dem schädigenden Staat verwehrt sein, sich auf die Staatenimmunität berufen.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, daß die Mitgliedstaaten mit den Verträgen Hoheitsrechte übertragen haben. Bestandteil der Verträge ist auch die unionsrechtliche Staatshaftung, die – zwar nicht ausdrücklich in den Verträgen geregelt, aber in Form der ständigen Rechtsprechung des EuGH – zuletzt beim Vertrag von Lissabon und dessen Ratifizierung bekannt war. Daraus ist eine Zustimmung auch zu diesem Rechtsinstitut erfolgt, zumindest durch die Ratifizierung des Lissabon-Vertrages. Die Frage nach der rechtlichen Grundlage hat der EuGH im Zusammenhang mit der Staatshaftung bei Verstoß gegen Primärrecht³⁴ aus der Einordnung der Verträge hergeleitet, die als quasi konstitutionelle Verbriefung von Grundfreiheiten und den hieraus resultierenden Ansprüchen, zuerst auf Unterlassung, sodann auf Folgenbeseitigung und zuletzt –

sollte eine Folgenbeseitigung nicht möglich sein – auf Wiedergutmachung³⁵ gerichtet sind. Denn die Verträge bilden nicht nur eine gesetzliche Grundlage der Mitgliedstaaten, sondern – und gerade auch – eine vertragliche. Daher muß die Auslegung selbst über die Werkzeuge der Gesetzesauslegung hinaus auch auf vertragliche Auslegungskriterien rekurren. Hierzu zählt insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben.

Es ist daher verständlich, wenn insoweit als Rechtfertigungsgrund der „effet utile“, die praktische Wirksamkeit des Unionsrechts, in ständiger Rechtsprechung zur Begründung für die Durchsetzung vereitelte Rechte von Unions-

25 EuGH v. 13.03.2007, Rs. C-432/05, Unibet, Slg. 2007, I-02271, NJW 2007, 3555.: „Rn. 37: Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes nach ständiger Rechtsprechung ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, der sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedsstaaten ergibt, in den Art. 6 und 13. verankert ist“ m.w.N.

Rn. 43.: „Dabei dürfen die Verfahrensmodalitäten für Klagen, die den Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechten gewährleisten sollen, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Grundsatz der Gleichwertigkeit) und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität; für beides Rechtsprechungsnachweise).

Rn. 44.: „Im Übrigen sind die nationalen Gerichte gehalten, die Verfahrensmodalitäten, für die bei ihnen anhängigen Klagen, wie zum Beispiel das Erfordernis eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen dem Kläger und dem Staat, so weit wie möglich dahin auszulegen, dass sie zur Erreichung des in Rdnr. 37 des vorliegenden Urteils genannten Ziels beitragen, einen effektiven Schutz der den Einzelnen aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte zu gewährleisten.“

26 Vgl. Stumpf, in Schwarze, a.a.O., Art. 6 Rn. 29 m.w.N.

27 Schmitz, JZ 2001, 833, 835; Knecht, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Stuttgart 2005, 219.

28 Knecht in Schwarze, a.a.O., Präambel GRC, Rn. 11.

29 Knecht in Schwarze, a.a.O., Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

30 Knecht in Schwarze, a.a.O., Präambel GRC, Rn. 11 m.w.N.

31 Art. 4 Abs. 3 EU: „Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben. Die Mitgliedstaaten ergreifen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus den Verträgen oder den Handlungen der Organe der Union ergeben. Die Mitgliedstaaten unterstützen die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgabe und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten.“

32 Allerdings dürfte hierin ein Verstoß gegen Art. 18 AEU zu sehen sein (vgl. Geimer in Zöller, a.a.O., Art. 6 EuGVVO, Rn. 5).

33 Vgl. BGH v. 23.10.2001, XI-ZR-83/01; MDR 2002, 288 unter Hinweis auf EuGH v. 27.10.1998, Rs. C 51/97, Réunion Européenne SA, Slg. 1998, I-06511, Rn. 50.

34 Für sogenanntes legislatives Unrecht: EuGH v. 05.03.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029; hierzu Ehlers, JZ 96, 776, m.w.N., 776; Streinz, EuZW 1996, 201; Rainer, IStR 1996, 282; im Zusammenhang mit judikativem Unrecht vgl. Beul, EuZW 1996, 748; EuGH v. 30.09.2003, Rs. C-224/01, Köbler, Slg. 2003, I-10239.

35 Vgl. hierzu Ehlers, JZ 1996, 776 ff., m.w.N.

bürgern herangezogen und in diesem Zusammenhang regelmäßig der Grundsatz von Treu und Glauben mit angeführt wird, in seiner Ausprägung als „venire contra factum proprium“³⁶, dem Grundsatz der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens. Möglich erscheint auch die Argumentation mit der *exceptio doli*.³⁷

Entscheidend ist dabei, daß die Verträge ein „Vertrags“-Gesetz darstellen, die alle Anforderungen an ein Gesetz erfüllen, denen aber auch alle Eigenheiten eines Vertrages immanent sind. Hieraus ergibt sich auch die Rechtfertigung für Ansprüche zugunsten des „Drittbegünstigten“. Wenn ein Mitgliedstaat – durch welches Organ auch immer – den Drittbegünstigten in seinen, durch den Vertrag verliehenen Rechten verletzt, muß dies Konsequenzen haben. Dabei kann der Mitgliedstaat nicht die eigene Immunität als Schutz anführen, wenn er den Bürger eines Mitgliedstaates in einem anderen Mitgliedstaat schädigt. So hat der Gerichtshof zutreffend darauf verwiesen, daß „eine Ausprägung des in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geltenden allgemeinen Grundsätzen eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schaden nach sich zieht“.³⁸ Mit dem materiellen Anspruch verbunden ist auch die Möglichkeit der Durchsetzbarkeit. Diese darf nicht durch Verfahrenshürden zugunsten des Schädigers erschwert werden, etwa dadurch, daß der Geschädigte sich einerseits gegen den Schaden an sich zur Wehr setzen muß, andererseits, wenn er in diesem Verfahren unterliegt, erst in einem weiteren Verfahren den Schaden geltend machen kann, obwohl im „normalen“ Schadenersatzprozeß die Regelung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO eine Verbindung der Klagen ermöglichen. Daher gebietet der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes, Art. 5 Nr. 3 EuGVVO erweiternd auf den unionsrechtlichen Schadenersatzanspruch auszuweiten. Einer Berufung auf die Staatenimmunität steht das Prinzip von Treu und Glauben in Gestalt der weit aufgefaßten *exceptio doli* entgegen. Hierzu soll beispielhaft auf die Entstehungsgeschichte der *exceptio doli* verwiesen werden³⁹, wobei *dolus* im römischen Recht auch im weiteren Sinn als Gegenbegriff zur *bona fides*⁴⁰ verstanden wurde⁴¹, entsprechend verschaffte die *exceptio doli* dem Richter bei strengrechtlichen Klagen eine auf die *bona fides* gestützte Ermessensfreiheit.⁴² Im vorliegenden Fall steht dem Geschädigten aus den Verträgen ein unmittelbarer unionsrechtlicher Staatshaftungsanspruch zu. Der Mitgliedstaat unterliegt der Verpflichtung aus den Verträgen grundsätzlich zwar nur im Verhältnis zu den anderen Vertragsparteien, sie zeitigt jedoch auch unmittelbare Rechte zugunsten der Bürger, insoweit vergleichbar einem Vertrag zugunsten Dritter. *Dolus* – im weit gefaßten Sinne der Treuwidrigkeit – wäre es, wenn sich ein Mitgliedstaat, der die Verträge – durch welches seiner Organe auch immer – verletzt, im Rahmen des Schadenersatzes auf seine Staatenimmunität berufen und dadurch eine effiziente Rechtsverfolgung zu seinen Gunsten und zu Lasten des Geschädigten

erschweren könnte.⁴³ Die *exceptio doli* muß daher auch dem Mitgliedstaat entgegengehalten werden können, der sich, vor einem Gericht in einem anderen Mitgliedstaat verklagt, auf seine Staatenimmunität beruft und den Geschädigten darauf verweist, die Schadenersatzklage vor den Gerichten des schädigenden Staates geltend zu machen. Daher gebieten die Grundsätze des effektiven Rechtsschutzes einerseits, die Regelung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO auf den unionsrechtlichen Schadenersatz auszudehnen, des „*effet utile*“ und von Treu und Glauben, insbesondere der *exceptio doli* andererseits, die Berufung auf die Staatenimmunität als unzulässig auszuschließen, so daß ein Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat auf unionsrechtliche Staatshaftung verklagt werden kann.

VI. Rechtsstatut des Verfahrens gegen den anderen Mitgliedstaat und erweiterte Klagemöglichkeit

Sollte die Abgabe durch die Zollverwaltung des anderen Mitgliedstaats (Z), die als Organ dieses Mitgliedstaats tätig wird, gegen europäische Rechtsvorschriften bzw. gegen ihre

36 EuGH v. 05.04.1979, Rs. 148/78, Ratti, Slg. 1979, 1629, mit Rn. 7 der Schlußanträge Generalanwalt *Reischl*, Slg. 1979, 1650, vgl. *Bierwert* in Schwarze, a.a.O., Art. 249, Rn. 28; dabei beruht das widersprüchliche Verhalten darauf, daß der Staat dem Rechtsakt zugestimmt hat, ihn nachher jedoch nicht umsetzt.

37 S.u. Fn. 39.

38 EuGH v. 5.3.1996, Rs. C-46/93 und C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA, Slg. 1996, I-01029, Rn 29.

39 Gai. 4,119 (vgl. *Kaser*, Das Römische Privatrecht; Bd. 1, 2. Aufl., München 1971, § 59 IV,2; § 114 V m.w.N.). Überliefert ist die Einführung der *actio de dolo* als Klage durch Gaius Aquilius Gallus (vgl. Cicero de off., 3,58 ff [60]). Deren Grundsätze werden beschrieben mit „nam esset aliud simulatum, aliud actum“ (Cic. de off. 3,60) – etwas anderes vorspiegeln als tun. Auf demselben Prinzip basierte die *exceptio doli*, die als Einrede bei Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben angewandt wurde wobei *dolus* nicht nur in der heutigen Übersetzung als Arglist, sondern im weiten Sinn als Treuwidrigkeit verstanden wurde (vgl. *Kaser*, a.a.O. § 114 V; Paul. D.17,2,3,3 für die *societas*, also in einem Vertragsverhältnis das auf Dauer angelegt ist und insoweit dauerhafter Loyalität bedarf, wie sie auch die Verträge [vgl. EuGH v. 13.07.1990, Rs. C-2/88, *Zwartfeld*, Slg. 1990, I-3365] von den Vertragspartnern fordern.

40 Zum historischen Hintergrund vgl. *Beul*, Si mentor falsum modum dixerit. Untersuchungen zu D. 11,6 zu den Artes liberales und zum *Dolus malus*, 1998 (Diss. Bonn 1996), § 4 IV, § 5 II 3 jeweils m.w.N. (*dolus* im Sinne einer Verletzung der *fides* als *sacral* geschützter Verhaltensnorm, die ins *ius* rezipiert zur Haftung für eine bewußte *fides*-Verletzung führt).

41 Vgl. *Kaser*, a.a.O. § 114 V; Paul. D.17,2,3,3 für die *societas*, also in einem Vertragsverhältnis, das auf Dauer angelegt ist, und insoweit dauerhafter Loyalität bedarf, wie sie auch die Verträge [vgl. EuGH v. 13.07.1990, Rs. C-2/88, *Zwartfeld*, Slg. 1990, I-3365] von den Vertragspartnern fordern.

42 Cass.Ulp. D. 44,4,4,33 bezeichnen die *exceptio doli* als allgemeine Einrede (*exceptio generalis*).

43 Die hier behandelte Fallkonstellation erinnert sogar an den Fall der *exceptio metus* (Ulp. D. 44,4,4,33 „si in ea re nihil metus causa factum est“, zum Zwecke der Einschüchterung; vgl. Gai. 4,117; 121;) zwar liegt keine Erpressung vor, aber durch die Inanspruchnahme von A wird ein erheblicher rechtswidriger Druck aufgebaut.

Auslegung durch die europarechtliche Rechtsprechung verstoßen, wäre der Mitgliedstaat möglicherweise zum Schadenersatz verpflichtet.⁴⁴ Die Rechtsnatur des hieraus resultierenden Schadenersatzanspruchs nach der Rechtsprechung EuGH⁴⁵ ist umstritten. Da dies bislang nicht entscheidungsrelevant war, ist die Frage durch den EuGH nicht endgültig entschieden. Einiges deutet darauf hin, den unionsrechtlichen Schadenersatzanspruch als *Anspruch sui generis* anzusehen⁴⁶; der derzeitige Stand der Rechtsprechung des EuGH läßt jedoch auch die Auslegung als Vorgabe unionsrechtlicher Mindestvoraussetzungen⁴⁷ zu.

Sieht man die unionsrechtliche Staatshaftung als Anspruch sui generis an, bestünden keine weiteren Probleme auf materiellrechtlicher Ebene, da in diesem Fall die Haftung in allen Mitgliedstaaten gleichen Umfangs wäre. Betrachtet man die unionsrechtliche Staatshaftung jedoch als Vorgabe unionsrechtlicher Mindestvoraussetzungen, stellt sich die Frage des anwendbaren Rechts. In diesem Fall wäre im Umfang der Mindestvoraussetzungen eine Verurteilung des anderen Mitgliedstaates zum Schadenersatz möglich. Bestehen jedoch in diesem Mitgliedstaat Rechte, die den Umfang überschreiten, stellt sich die Frage, ob in diesem Umfang auch das Gericht eines anderen Mitgliedstaates entscheiden kann. Hierfür sprechen Effizienzgesichtspunkte, die jedoch nicht unionsrechtlich gewährleistet sind. Wenn ein Mitgliedstaat demnach über den Umfang der Mindestanforderungen hinaus Ansprüche gewährt, ist es dem Geschädigten zuzumuten, diese vor dem Gericht des betreffenden Mitgliedstaates selbst einzuklagen, da dort die höhere Sachkompetenz im jeweiligen nationalen Recht vorhanden sein dürfte. In diesem Umfang widerspräche es nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn sich der Mitgliedstaat auf die Staatenimmunität beriefe. Denn aus den Verträgen folgt keine Verpflichtung, über die unionsrechtlich geforderten Mindestanforderungen hinaus Rechte zu gewähren.

VII. Drittwiderklage

Verfahrensrechtlich ist hier die „parteiweiternde Widerklage“, also die Einbeziehung Dritter (daher auch „Drittwiderklage“) einschlägig, indem der Beklagte eine mit der Klage in rechtlichem Zusammenhang stehende „Widerklage“ gegen den Kläger (oder auch ohne ihn, dann: „Isolierte Drittwiderklage“) und zugleich gegen einen bisher nicht am Rechtsstreit beteiligten Dritten als Streitgenossen i.S.v. §§ 59, 60 ZPO führt. Einzelheiten dieser von der Rechtsprechung entwickelten prozessualen Möglichkeit sind kompliziert und teilweise noch streitig. Die Tendenz des Bundesgerichtshofes geht dahin, die entsprechenden prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten zu erweitern.⁴⁸ Da die Widerklage nach hier vertretener Ansicht unionsrechtlich zulässig ist, muß auch die Sachdienlichkeit nach nationalem Recht bejaht werden.

VIII. Zusammenfassung

Die Geltendmachung eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs gegen einen Mitgliedstaat in einem anderen Mitgliedstaat ist – zumindest im Rahmen einer Drittwiderklage – in erweiternder Auslegung des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO wegen des Gebots eines effektiven Rechtsschutzes möglich, wenn der Schaden durch eine klageweise Geltendmachung durch eine Vertragspartei in dem anderen Mitgliedstaat entstanden ist. In diesem Fall kann sich der schädigende Mitgliedstaat nicht auf seine Staatenimmunität berufen, da ihm dies wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben (*exceptio doli*) verwehrt ist. Dies kann jedoch nur in dem Umfang gelten, in dem der nationale Staatshaftungsanspruch des anderen Mitgliedstaates nicht über den unionsrechtlich gebotenen hinausgeht.

44 Auf die materiellen Voraussetzungen soll hier nicht eingegangen werden, hierzu vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 100 ff. m.w.N.

45 Vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 103 m.w.N.

46 EuGH v. 19. 11. 1991, Rs. C-6 u. 9/90, Francovich, Slg. 1991, I-5357 Rn. 41: „Diese Voraussetzungen reichen aus, um den einzelnen einen Anspruch auf Entschädigung zu geben, der unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist“; so wohl auch BGH NJW 1997, 123, 124; BGH NVwZ 2001, 465, 468.

47 Vgl. *Papier* in MünchKommBGB, a.a.O., § 839 BGB Rn. 103 m.w.N.; *Berg* in Schwarze, a.a.O., Art. 288 Rn. 29.

48 Zum Diskussions- und Streitstand vgl. *Zöller-Vollkommer*, ZPO (2009), Rn. 20 ff., was insbesondere durch eine Entscheidung aus dem Jahr 2001 (BGH, Urteil v. 05. 04. 2001 - VII ZR 135/ 00; OLG Dresden; LG Dresden = BGHZ 147, 220 = NJW 2001, 2094 = MDR 2001, 952) bestätigt wird: „Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Drittwiderklage grundsätzlich unzulässig, wenn sie sich ausschließlich gegen einen am Prozess bislang nicht beteiligten Dritten richtet (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1963 - II ZR 77/ 61 = BGHZ 40, 185, 188; Urteil vom 8. Dezember 1970 - VI ZR 111/ 69 = NJW 1971, 466; Urteil vom 21. Februar 1975 - V ZR 148/ 73 = NJW 1975, 1228). In besonders gelagerten Fällen kann eine Ausnahme von diesem Grundsatz geboten sein. Einen derartigen Ausnahmefall hat der Bundesgerichtshof bejaht, wenn sich die Drittwiderklage gegen Gesellschafter einer klagenden Gesellschaft richtet, das auf die Drittwiderklage ergehende Urteil für die Gesellschaft verbindlich ist und damit für die Zahlungsklage vorgreiflich sein kann (BGH, Urteil vom 30. April 1984 - II ZR 293/ 83 = BGHZ 91, 132, 134 f.).Durch das Rechtsinstitut der Widerklage soll die Vervielfältigung und Zersplitterung von Prozessen vermieden werden. Zusammengehörende Ansprüche sollen einheitlich verhandelt und entschieden werden können (BGH, Urteil vom 17. Oktober 1963 a.a.O. S. 188). Es ist unerheblich, dass die Widerklage nach allgemeinen Prozessvoraussetzungen nur deshalb zulässig ist, weil der Drittwiderklagte seinen Wohnsitz im Bezirk des Landgerichts D. hat, wo der Prozess geführt wird (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 1993 - VII ZR 7/ 93 aaO). Dieser Umstand ermöglicht die Widerklage, er spricht nicht gegen sie... Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderlich, dass entweder der Drittwiderbeklagte in die Widerklage einwilligt oder das Gericht die Widerklage für sachdienlich erklärt (BGH, Urteil vom 21. Februar 1975 - V ZR 148/ 73 = NJW 1975, 1228, 1229; Urteil vom 12. Oktober 1995 - VII ZR 209/ 94 = BGHZ 131, 76, 78).“