

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
JEAN MISCHO

vom 19. Mai 1999 \*

1. Der Gerichtshof ist zum zweiten Mal aufgerufen, im Wege der Vorabentscheidung über Fragen zu entscheiden, die ihm ein deutsches Gericht vorgelegt hat, das über einen seit mehr als zehn Jahren zwischen Herrn Haim (im folgenden: Kläger) und den deutschen Behörden anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden hat.

2. Der Kläger ist italienischer Staatsangehöriger; er schloß ein Studium der Zahnmedizin in der Türkei mit der Diplomprüfung ab und praktizierte dort bis 1980 als niedergelassener Zahnarzt. Im Jahre 1981 erhielt er die Approbation als Zahnarzt in der Bundesrepublik Deutschland. Bis 1991 übte er jedoch seine Tätigkeit als Kassenzahnarzt in Belgien aus, wo sein türkisches Diplom 1982 von den zuständigen Behörden als dem belgischen Zahnarzt Diplom gleichwertig anerkannt worden war. Ende 1991 unterbrach er diese Tätigkeit in Belgien, um in der Praxis seines Sohnes in Deutschland zu arbeiten, bis er 1993 nach Belgien zurückkehrte, um seine frühere Tätigkeit wiederaufzunehmen.

3. Zwischenzeitlich hatte der Kläger bei der beklagten Kassenzahnärztlichen Vereinigung Nordrhein (im folgenden: KVN) seine

Eintragung in das Zahnarztregister beantragt, um Kassenpatienten versorgen zu können.

4. Dieser Antrag wurde am 10. August 1988 abgelehnt, weil der Kläger nicht die nach den einschlägigen deutschen Rechtsvorschriften für die Eintragung vorgeschriebene zweijährige Vorbereitungszeit abgeleistet habe. Hiervon könnten nur Zahnärzte befreit werden, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften ein nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften anerkanntes Diplom erworben hätten und zur Berufsausübung zugelassen seien. Dies war beim Kläger, dessen türkisches Diplom in einem anderen Mitgliedstaat als gleichwertig anerkannt worden war, nicht der Fall.

5. Der Kläger hielt diese Ablehnung für unbegründet und erhob hiergegen eine Klage, in deren Rahmen das Bundessozialgericht dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Vorabentscheidung vorlegte.

\* Originalsprache: Französisch.

6. Mit Urteil vom 9. Februar 1994<sup>1</sup> entschied der Gerichtshof zum einen im wesentlichen, daß der Bescheid der KVN nicht gegen die Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr<sup>2</sup> verstieß, und zum anderen, daß „die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats ... einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, der kein in Artikel 3 der Richtlinie 78/686 genanntes Diplom besitzt, der aber im erstgenannten wie im zweitgenannten Mitgliedstaat zur Berufsausübung zugelassen worden ist und seinen Beruf auch ausgeübt hat, nach Artikel 52 EWG-Vertrag nicht mit der Begründung, er habe die nach dem Recht des erstgenannten Staates erforderliche Vorbereitungszeit nicht abgeleistet, die Zulassung als Kassenzahnarzt versagen [dürfen], ohne zu prüfen, ob und, wenn ja, inwieweit die vom Betroffenen bereits nachgewiesene Erfahrung der nach diesem Recht vorgeschriebenen entspricht“<sup>3</sup>.

7. Auf dieses Urteil hin erhielt der Kläger Anfang 1995 seine Eintragung in das Register, verfolgte jedoch aus Altersgründen die zur Zulassung als Kassenzahnarzt erforderlichen Schritte nicht weiter.

8. Der Kläger begehrt nunmehr Schadensersatz für den Verdienstausfall, der ihm nach seiner Behauptung dadurch entstanden ist, daß er unter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht von 1988 bis Ende 1994 daran gehindert gewesen sei, als Kassenzahnarzt in Deutschland tätig zu sein. Er hat daher gegen die KVN beim Landgericht Düsseldorf Klage erhoben.

9. Nach Auffassung dieses Gerichts bietet das deutsche Recht keine Anspruchsgrundlage für die Schadensersatzforderung des Klägers. Zum einen habe die KVN nämlich nicht fehlerhaft gehandelt, als sie die Eintragung des Klägers in das Zahnarztregister verweigert habe, auch wenn diese Entscheidung rechtswidrig gewesen sei, und zum anderen könne sich der Kläger nicht auf die Grundsätze betreffend eignungsgleiche Eingriffe berufen, da er lediglich eine Aussicht darauf gehabt habe, sich eine möglicherweise ertragsreiche Kassenzahnarztpraxis in Deutschland aufzubauen.

10. Jedoch sei zu prüfen, ob sich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, namentlich die Urteile *Francovich* u. a., *Brasserie du pêcheur* und *Factortame* sowie *Hedley Lomas*<sup>4</sup>, und in Anbetracht dessen, daß der ablehnende Bescheid von 1988 gegen eine unmittelbar anwendbare Vorschrift, nämlich Artikel 52 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 43 EG) verstoße, ein Anspruch des Klägers unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht ergebe. Das Landgericht hat

1 — Rechtssache C-319/92 (Haim, Slg. 1994, I-425).

2 — ABl. L 233, S. 1.

3 — Siehe Tenor, Nr. 3.

4 — Urteile vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (*Francovich* u. a., Slg. 1991, I-5357), vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (*Brasserie du pêcheur* und *Factortame*, Slg. 1996, I-1029) und vom 23. Mai 1996 in der Rechtssache C-5/94 (*Hedley Lomas*, Slg. 1996, I-2553).

dem Gerichtshof daher mit Beschluß vom 8. Dezember 1997 folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

11. Ich werde sie in dieser Reihenfolge prüfen.

### Zur ersten Frage

1. Kann, wenn ein Beamter einer rechtlich selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft eines Mitgliedstaats bei der Anwendung nationalen Rechts im Rahmen einer Einzelentscheidung gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstößt, neben der Haftung des Mitgliedstaats auch die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegeben sein?
2. Wenn ja: Liegt ein qualifizierter Gemeinschaftsverstoß in einem Fall, in dem ein nationaler Beamter entweder gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht angewendet hat oder nationales Recht nicht gemeinschaftsrechtskonform angewendet hat, schon deshalb vor, weil dem Beamten bei seiner Entscheidung kein Ermessen zustand?
3. Dürfen die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats die Kassenzulassung eines in diesem Mitgliedstaat approbierten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, der kein in Artikel 3 der Richtlinie 78/686 genanntes Diplom besitzt, davon abhängig machen, daß dieser die Sprachkenntnisse hat, die er für die Ausübung seiner Berufstätigkeit im Aufnahmestaat braucht?

12. In dieser Frage geht es darum, ob sowohl die Haftung des Staates als auch diejenige der rechtlich selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft, der der Beamte angehört, der im Rahmen einer Einzelentscheidung gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, geltend gemacht werden kann.

13. Die Frage steht in unmittelbarem Zusammenhang mit den Umständen, unter denen die den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht werdende Entscheidung, durch die dem Kläger angeblich ein Schaden entstanden ist, für den er seiner Auffassung nach Entschädigung verlangen kann, erlassen wurde.

14. Dieser Bescheid wurde nämlich von einer — sowohl gegenüber der Bundesregierung als auch gegenüber dem Land Nordrhein-Westfalen rechtlich selbständigen — öffentlich-rechtlichen Körperschaft, der KVN, auf der Grundlage eines Rechtsakts, der dem vorlegenden Gericht zufolge Gesetzeskraft hat, nämlich der Zulassungsordnung für Zahnärzte (ZOZ), durch einen ihrer Beamten erlassen.

15. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts handelt es sich somit um einen Fall

administrativen sowie legislativen Unrechts, in dem sich die — als solche in der Rechtsprechung des Gerichtshofes bisher noch nicht geprüfte — Frage stelle, welche Konsequenzen aus dieser Überlagerung von zwei rechtswidrigen Handlungen zu ziehen seien.

16. Muß der Adressat der rechtswidrigen Einzelentscheidung den Schadensersatzanspruch gegen die selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaft richten, die diese Entscheidung erlassen hat, oder — in Anbetracht dessen, daß diese lediglich das geltende Recht angewandt hat — gegen den Staat, der für auf den Gesetzgeber zurückgehende Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht haftet, oder kann er vielmehr beide kumulativ in Anspruch nehmen?

17. Vorab möchte ich feststellen, daß das nationale Gericht zugleich recht und unrecht hat, wenn es meint, diese Frage sei in der Rechtsprechung des Gerichtshofes „bisher nicht geklärt“.

18. Es hat insoweit recht, als der Gerichtshof in keinem der von ihm auf dem Gebiet der Haftung der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht erlassenen Urteile zu der Frage Stellung zu nehmen brauchte, ob die Haftung einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die eine gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende Einzelentscheidung erlassen hat, „neben der Haftung des Mitgliedstaats ... gegeben sein“ kann.

19. Es mißversteht die Rechtsprechung des Gerichtshofes jedoch, wenn es meint, hierbei handele es sich um eine Frage des Gemeinschaftsrechts, die von dieser Rechtsprechung offengelassen worden sei.

20. Auch wenn nämlich die Frage, die das nationale Gericht beschäftigt, bisher in der Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht beantwortet worden ist, da sie nicht gestellt worden war, hat sie doch eine — zwar implizite, deswegen aber nicht weniger klare — Antwort gefunden. Diese Antwort, die im Urteil Francovich u. a. gegeben wurde und seither keine Änderung erfahren hat, da sie sich auch in den Urteilen *Braserie du pêcheur* und *Factortame* sowie *Hedley Lomas* findet, besteht aus einem Wort: Verfahrensautonomie.

21. Was ist hierunter im Zusammenhang mit der Haftung eines Mitgliedstaats gegenüber einem einzelnen im Fall eines Verstoßes des Erstgenannten gegen das Gemeinschaftsrecht zu verstehen? Ganz einfach, daß, wie es im Urteil Francovich u. a. heißt, dann, wenn die vom Gemeinschaftsrichter dargelegten Voraussetzungen für die Begründung der Haftung des Mitgliedstaats gegenüber dem einzelnen erfüllt sind und vorbehaltlich dessen, daß der Anspruch auf Entschädigung unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet ist, „der Staat die Folgen des verursachten Schadens im Rahmen des nationalen Haftungsrechts zu beheben“ hat<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> — Siehe Randnr. 42.

22. Diese Dichotomie, die zu einer Unterscheidung zwischen dem materiellen Recht, das dem einzelnen zusteht, weil das Gemeinschaftsrecht selbst ihn damit ausstattet, und den Modalitäten führt, unter denen er es geltend machen kann und die durch das nationale Recht festgelegt sind, ist nicht dem Gebiet der Haftung des Mitgliedstaats für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht eigentümlich. Sie tritt vielmehr jedes Mal ein, wenn die Gemeinschaftsrechtsordnung Rechte der einzelnen begründet, ohne die Voraussetzungen zu regeln, unter denen sie sich gegenüber den staatlichen Behörden hierauf berufen können. Sie ist bereits im Urteil Rewe<sup>6</sup> anzutreffen, das im Hinblick auf das Recht der Wirtschaftsteilnehmer erging, der Erhebung von Abgaben gleicher Wirkung entgegenzutreten, und in dem es heißt: „Mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet sind ... die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung des Verfahrens für die Klagen, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ...“

23. Sie ist den Beziehungen zwischen der Gemeinschaftsrechtsordnung und der innerstaatlichen Rechtsordnung jedoch nicht inhärent, da es Gebiete wie die Vergabe öffentlicher Aufträge gibt, auf denen das Gemeinschaftsrecht sich nicht damit begnügt, Rechte zu begründen und es den Mitgliedstaaten zu überlassen, die Modalitäten festzulegen, unter denen von ihnen Gebrauch gemacht werden kann, sondern auf denen es selbst die Verfahren vorsieht, die die Mitgliedstaaten dem Betroffenen

zur Verfügung stellen müssen, um die Rechte geltend machen zu können.

24. Dies ist bei der Haftung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht jedoch nicht der Fall, was auch nicht erstaunlich ist, da dieses Haftungsprinzip auf Richterrecht beruht, auch wenn es dem Urteil Francovich u. a. zufolge „aus dem Wesen der mit dem EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung [folgt]“<sup>7</sup>.

25. Mithin müssen sämtliche Modalitäten, die für die Erreichung des durch das Gemeinschaftsrecht vorgegebenen Ergebnisses, nämlich den Ersatz des dem einzelnen entstandenen Schadens, durch das nationale Recht festgelegt werden.

26. Dieser Freiheit, die den Mitgliedstaaten für die Regelung ihrer eigenen Haftung eingeräumt ist — ohne daß sie diese Haftung grundsätzlich in Frage stellen könnten —, sind jedoch enge Grenzen gesetzt, wie in allen Fällen, in denen ihnen eine Verfahrensautonomie zuerkannt ist.

27. Zum einen stellt der Gerichtshof nämlich, wenn er den Mitgliedstaaten auf einem bestimmten Gebiet Verfahrensautonomie zuerkennt, bestimmte Regeln auf, die bei der Ausübung dieser Autonomie unbedingt berücksichtigt werden müssen. Das Urteil Francovich u. a. macht hiervon keine Ausnahme, wenn es dort, zur Vermeidung jedweden Mißverständnisses, heißt: „... die im Schadensersatzrecht der einzelnen Mit-

6 — Urteil vom 16. Dezember 1976 in der Rechtssache 33/76 (Slg. 1976, 1989, Randnr. 5).

7 — Siehe Randnr. 35.

gliedstaaten festgelegten materiellen und formellen Voraussetzungen [dürfen] nicht ungünstiger sein als bei ähnlichen Klagen, die nur nationales Recht betreffen, und sie dürfen nicht so ausgestaltet sein, daß sie es praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren, die Entschädigung zu erlangen“<sup>8</sup>.

28. Zum anderen hatte der Gerichtshof im Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame* Anlaß, darauf hinzuweisen, daß einige Modalitäten der Regelung für den Ersatz des einem einzelnen durch den Verstoß eines Mitgliedstaats gegen das Gemeinschaftsrecht entstandenen Schadens als solche inakzeptabel sind, unabhängig davon, ob sie zur Anwendung gelangen, wenn es um die Haftung des Staates für einen Verstoß gegen eine innerstaatliche Rechtsnorm geht. Er entschied daher: „Das nationale Gericht kann im Rahmen des von ihm angewandten nationalen Rechts den Ersatz des Schadens nicht davon abhängig machen, daß den staatlichen Amtsträger, dem der Verstoß zuzurechnen ist, ein Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) trifft, das über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgeht.“<sup>9</sup> Er entschied weiter: „Eine nationale Regelung, die den ersatzfähigen Schaden generell auf die Schäden beschränken würde, die an bestimmten, besonders geschützten individuellen Rechtsgütern entstehen, wobei der entgangene Gewinn des einzelnen ausgeschlossen wäre, ist unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht.“<sup>10</sup>

29. Um auf die vom vorliegenden Gericht gestellte Frage zurückzukommen: Die Frage, ob die gleichzeitige Erhebung einer Klage gegen den Staat und die selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaft in dem Fall, daß letztere durch die bloße Anwendung der von ersterem erlassenen Rechtsvorschriften gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen hat, zulässig ist, stellt offensichtlich, wie auch die verschiedenen Regierungen, die Erklärungen eingereicht haben, sowie die Kommission übereinstimmend feststellen, eine Modalität der Erstattungsregelung dar, die vom Mitgliedstaat im Rahmen seiner Verfahrensautonomie zu regeln ist.

30. Was die Gemeinschaft angeht, haftet unbestreitbar, wie dies auch durch eine umfangreiche Rechtsprechung auf dem Gebiet des Vertragsverletzungsverfahrens bestätigt wird<sup>11</sup>, der Mitgliedstaat für jeden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht, unabhängig davon, welche öffentliche Stelle — Staat, Gebietskörperschaft, selbständige öffentlich-rechtliche Körperschaft — entsprechend der von ihm vorgenommenen Zuständigkeitsverteilung für den Verstoß verantwortlich ist. Insoweit hat sich das Gemeinschaftsrecht am Völkerrecht orientiert, das traditionell nur den Staat als Träger von Rechten und Pflichten anerkennt und die Art und Weise, in der die Ausübung der staatlichen Zuständigkeiten in der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Staaten aufgeteilt ist, völlig unberücksichtigt läßt.

31. Was dagegen den einzelnen angeht, spricht nichts dagegen, daß der Staat hinter

8 — Siehe Randnr. 43.

9 — Siehe Tenor, Nr. 3.

10 — Siehe Tenor, Nr. 4.

11 — Siehe z. B. Urteil vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-33/90 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-5987).

seinen Untergliederungen zurücktritt, wenn es darum geht, für die Folgen aus einem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht einzutreten, den diese bei der Ausübung ihrer eigenen Zuständigkeiten begangen haben. Zugunsten dieser Lösung läßt sich ins Feld führen, daß es im Hinblick darauf, daß die Haftung in einem demokratischen System das Gegenstück der Befugnis sein muß, abwegig wäre, wenn der Staat für Tätigkeiten von Körperschaften haften sollte, deren Autonomie er von Verfassungen wegen zu beachten hat. Auf der anderen Seite läßt sich die Auffassung vertreten, angesichts der strengen Normenhierarchie, von der das innerstaatliche Recht im allgemeinen gekennzeichnet sei, wäre es schwerlich sinnvoll, einer selbständigen Einrichtung die Haftung für einen Rechtsakt aufzubürden, der ihr zwar rechtlich zuzuordnen ist, dessen Inhalt jedoch durch Rechtsvorschriften vorgegeben ist, die sie uneingeschränkt einhalten muß.

32. Dieser Auffassung läßt sich indessen wiederum entgegenhalten, die selbständige Einrichtung dürfe sich ihrer Haftung nicht durch Berufung auf das nationale Recht entziehen, da die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie sie durch das Urteil Simmenthal<sup>12</sup> eingeleitet und im Hinblick auf Verwaltungsbehörden durch das Urteil Fratelli Costanzo<sup>13</sup> — seinerseits durch das Urteil Ciola<sup>14</sup> kürzlich bestätigt — weiter ausgeführt worden sei, alle nationalen Stellen einschließlich der Verwaltungsbehörden verpflichte, den Vorrang des Gemeinschaftsrechts effektiv zu gewährleisten und jede nationale Regelung, die dem entgegenstehen könnte, unangewendet zu las-

sen. Die Debatte ist, wie man sieht, sehr komplex, und sie soll hier auch nicht entschieden werden. Ich habe sie nur skizziert, um darzustellen, wie unterschiedlich die Antworten auf die Frage ausfallen können, gegen wen der einzelne seine Klage richten soll. Die von den einzelnen nationalen Rechtsordnungen getroffene Wahl wird zweifellos von den Lösungen beeinflusst sein, die dort in vergleichbaren Fällen gelten, z. B. wenn sich herausstellt, daß eine von einer autonomen Einrichtung getroffene Einzelentscheidung zwar den gesetzlichen Anforderungen entspricht, jedoch ein dem einzelnen von der Verfassung gewährtes Recht verletzt.

33. Aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts ist gegen diese Übertragung der Lösungen, die Anwendung finden, wenn es um die Haftung amtlicher Stellen allein auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts geht, nichts einzuwenden. Das Gegenteil ist der Fall, da damit den im bereits erwähnten Urteil Francovich u. a. aufgestellten Anforderungen Rechnung getragen wird, wonach die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Haftungsklage wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht nicht ungünstiger sein dürfen als bei ähnlichen Klagen rein innerstaatlicher Natur.

34. Wenn somit feststeht, daß das Gemeinschaftsrecht den Entscheidungen, die eine nationale Rechtsordnung im Hinblick auf die Gebietskörperschaft treffen kann, die im Fall eines Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht wie im Fall des Klägers zur Verantwortung zu ziehen ist, grundsätzlich nicht entgegensteht, so versteht sich von selbst, daß dies nur dann gilt, wenn diese Entscheidung den Kläger nicht in eine ausweglose Situation bringt. Eine solche Situation könnte z. B. eintreten,

12 — Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Slg. 1978, 629).

13 — Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 103/88 (Slg. 1989, 1839).

14 — Urteil vom 29. April 1999 in der Rechtssache C-224/97 (Slg. 1999, I-2517).

wenn das nationale Recht eine Klagemöglichkeit nur gegenüber der Einrichtung einräumt, der die Einzelentscheidung zuzurechnen ist, gleichzeitig aber im Hinblick auf diese Einrichtung eine Haftungsregelung vorsieht, die auf einem qualifizierten Verschulden beruht oder bei strikter Einhaltung des Rechts eine Haftungsbefreiung vorsieht. Über einen derartigen Fall braucht hier nicht weiter nachgedacht zu werden, weil gerade in bezug auf diesen im Urteil *Brasserie du pêcheur* und *Factortame* zu treffend ausgeführt wurde, daß er nicht unter Berufung auf die Verfahrensautonomie gebilligt werden kann, und weil er zum anderen in dem Rechtsstreit, über den das vorliegende Gericht zu entscheiden hat, nicht vorliegt. Das Landgericht stellt nämlich nicht die Frage, ob es gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt, daß der Kläger keine andere Klagemöglichkeit als diejenige gegen eine Einrichtung hat, deren Haftung so ausgestaltet ist, daß seine Klage unter den gegebenen Umständen nur geringe Erfolgsaussichten hat. Es fragt lediglich, ob es nach Gemeinschaftsrecht zulässig ist, die Haftung der Einrichtung, die die Entscheidung erlassen hat, durch die dem Kläger seiner Auffassung nach ein Schaden entstanden ist, d. h. der KVN, neben derjenigen der Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht werden kann; die Antwort auf diese Frage steht angesichts der von mir angeführten Elemente außer Frage und kann nur positiv ausfallen.

35. Diese positive Antwort geht jedoch über ein „*nihil obstat*“ nicht hinaus, d. h. sie bringt zum Ausdruck, daß das Gemeinschaftsrecht eine Lösung, die sich in den Rahmen der Verfahrensautonomie einfügt, die den Mitgliedstaaten eingeräumt ist, um die Entschädigung für Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht zu gewährleisten, die sich in ihrer innerstaatlichen Rechtsordnung ereignet haben, weder ge-

bietet noch ausschließt. Die Antwort auf die erste Frage des nationalen Gerichts könnte daher auch lauten, daß das Gemeinschaftsrecht keine Antwort bereithält, da allein die Vorschriften des nationalen Rechts maßgeblich sind, vorausgesetzt natürlich, daß sie nicht in einer Art und Weise angewandt werden, die das vom Gemeinschaftsrecht verlangte Ergebnis, nämlich die Gewährung einer Entschädigung, die die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts erfüllt, gefährdet.

### Zur zweiten Frage

36. Die zweite Frage des Landgerichts Düsseldorf geht dahin, ob eine hinreichend qualifizierte Verletzung des Gemeinschaftsrechts in einem Fall, in dem ein nationaler Beamter entweder gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht angewendet hat oder nationales Recht nicht gemeinschaftsrechtskonform angewendet hat, schon deshalb vorliegt, weil dem Beamten bei seiner Entscheidung kein Ermessen zustand.

37. Man wird davon ausgehen dürfen, daß das nationale Gericht bei seiner Bezugnahme auf einen „Fall, in dem ein nationaler Beamte ... angewendet hat“, in Wirklichkeit die Frage nach der Haftung der Einrichtung stellt, die diesen Beamten beschäftigt. Die Klage ist nämlich gegen diese Einrichtung gerichtet, und die Frage einer etwaigen persönlichen Haftung des Beamten gegenüber dieser Einrichtung könnte sich allenfalls in einem späteren Stadium stellen. Sie wäre ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen.



38. Diese zweite Frage ist zunächst einmal im Rahmen der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Staatshaftung für Schäden zu verstehen, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die dem Staat zuzurechnen sind. Diese Rechtsprechung ist zuletzt in den Urteilen Dillenkofer u. a.<sup>15</sup> und Denkavit u. a.<sup>16</sup> näher ausgeführt worden, in denen es um die Umsetzung von Richtlinien ging, sowie im Urteil Norbrook Laboratories<sup>17</sup>, in dem es um eine Verwaltungsentscheidung ging.

39. Im Urteil Dillenkofer u. a. haben Sie ausgeführt:

„In seinen Urteilen Brasserie du pêcheur und Factortame [bereits zitiert], Randnrn. 50 und 51, British Telecommunications<sup>18</sup>, Randnrn. 39 und 40, und Hedley Lomas [bereits zitiert], Randnrn. 25 und 26, hat der Gerichtshof *angesichts der Umstände des konkreten Falls*<sup>19</sup> entschieden, daß die Geschädigten einen Entschädigungsanspruch haben, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind: Die gemeinschaftsrechtliche Norm, gegen die verstoßen worden ist, bezweckt die Verleihung von Rechten an die Geschädigten, der Verstoß ist hinreichend qualifiziert und zwischen diesem Verstoß und dem den Geschädigten entstandenen

Schaden besteht ein unmittelbarer Kausalzusammenhang.“

40. Im Urteil Norbrook Laboratories sind die Worte „angesichts der Umstände des konkreten Falles“ allerdings nicht mehr enthalten. In Randnummer 107 dieses Urteils heißt es vielmehr:

„Aus der zitierten Rechtsprechung geht hervor, daß ein Mitgliedstaat derartige Schäden unter drei Voraussetzungen zu ersetzen hat: ...“

41. Damit ist jetzt klargestellt, daß die drei Voraussetzungen in allen Fällen gelten.

42. Dies wird dadurch bestätigt, daß Sie in Randnummer 24 des Urteils Dillenkofer u. a. ausgeführt haben:

„Mit seiner Feststellung, daß die Voraussetzungen, unter denen ein Entschädigungsanspruch besteht, von der Art des Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht abhängen, der dem verursachten Schaden zugrunde liegt, geht der Gerichtshof in der Sache davon aus, daß *diese Voraussetzungen je nach Fallgestaltung zu beurteilen sind*<sup>20</sup>.“ Der letzte Satz findet sich

15 — Urteil vom 8. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94 (Slg. 1996, I-4845).

16 — Urteil vom 17. Oktober 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-283/94, C-291/94 und C-292/94 (Slg. 1996, I-5063).

17 — Urteil vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-127/95 (Slg. 1998, I-1531).

18 — Urteil vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-392/93 (Slg. 1996, I-1631, Randnrn. 39 f.).

19 — Hervorhebung durch den Verfasser.

20 — Hervorhebung durch den Verfasser.

auch in Randnummer 107 des Urteils Norbrook Laboratories wieder.

43. Zur ersten in der Rechtsprechung des Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzung hat das Landgericht Düsseldorf in seinem Vorlagebeschluß bereits festgestellt, daß diese erfüllt sei, weil „die Rechtsnorm, gegen die vorliegend verstoßen worden ist, nämlich Artikel 52 EWGV, bezweckt, dem Kläger Rechte zu verleihen“. Das Landgericht verweist insoweit auf das Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame<sup>21</sup>, in dem Sie bestätigt haben, daß „Artikel 52 des Vertrages seinem Wesen nach dem einzelnen Rechte [verleiht]“.

44. Die dritte Voraussetzung, d. h. der unmittelbare Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht und dem dem einzelnen entstandenen Schaden, hat das vorlegende Gericht zu prüfen, sofern dies nach der Antwort, die Sie ihm in bezug auf die zweite Voraussetzung geben, noch erforderlich ist.

45. Somit bleibt noch, die zweite Voraussetzung etwas eingehender zu prüfen.

46. Insoweit ergibt sich aus dem Urteil Norbrook Laboratories,

„daß ein Verstoß hinreichend qualifiziert ist, wenn ein Mitgliedstaat bei der Wahrnehmung seiner Rechtsetzungsbefugnis die Grenzen offenkundig und erheblich überschritten hat, die der Ausübung seiner Befugnisse gesetzt sind (vgl. Urteile Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 55, British Telecommunications, Randnr. 42, und Dillenkofer u. a., Randnr. 25), und daß die bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat, der zum Zeitpunkt dieser Rechtsverletzung nicht zwischen verschiedenen gesetzgeberischen Möglichkeiten zu wählen hatte und über einen erheblich verringerten oder gar auf Null reduzierten Gestaltungsspielraum verfügte, ausreichen kann, um einen hinreichend qualifizierten Verstoß anzunehmen (vgl. Urteile Hedley Lomas, Randnr. 28, und Dillenkofer u. a., Randnr. 25)“.

47. Eine bloße Verletzung des Gemeinschaftsrechts kann daher ausreichend sein, muß es aber nicht unbedingt.

48. Im Hinblick auf den Ausgangsrechtsstreit ist eine erste Feststellung angebracht: Seit dem Urteil Haim I ist klargestellt, daß weder dem deutschen Staat noch der zuständigen Einrichtung, noch dem Beamten, der den ablehnenden Bescheid erlassen hat, in bezug auf das Gemeinschaftsrecht auch nur der geringste Gestaltungsspielraum zustand.

49. Aus diesem Urteil ergibt sich nämlich, worauf ich noch einmal hinweisen möchte, „daß die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats einem Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, der kein in Arti-

21 — Siehe Randnr. 54.

kel 3 der Richtlinie 78/686 genanntes Diplom besitzt, der aber im erstgenannten wie im zweitgenannten Mitgliedstaat zur Berufsausübung zugelassen worden ist und seinen Beruf auch ausgeübt hat, nach Artikel 52 EWG-Vertrag nicht mit der Begründung, er habe die nach dem Recht des erstgenannten Staates erforderliche Vorbereitungszeit nicht abgeleistet, die Zulassung als Kassenzahnarzt versagen dürfen, ohne zu prüfen, ob und, wenn ja, inwieweit die vom Betroffenen bereits nachgewiesene Erfahrung der nach diesem Recht vorgeschriebenen entspricht“.

50. Bei der Auslegung einer Bestimmung des Vertrages ist davon auszugehen, daß diese seit dem Zeitpunkt ihrer vollständigen Anwendung, d. h. seit dem Ende der Übergangszeit nach dem EWG-Vertrag, in Kraft gewesen ist.

51. Strenggenommen hätte § 3 Absatz 2 ZOZ, der von allen Antragstellern die Ableistung einer zweijährigen Vorbereitungszeit — unabhängig von ihrer vorherigen Berufserfahrung — verlangt, vorsehen müssen, daß Ausnahmefälle wie derjenige des Klägers berücksichtigt werden können.

52. Die zuständige Einrichtung oder der zuständige Beamte ihrerseits hätten die betreffende Vorschrift der ZOZ unangewendet lassen und die durch das Urteil Haim I vorgeschriebene Prüfung vornehmen müssen<sup>22</sup>.

53. Muß daher angenommen werden, daß diese Verstöße als solche hinreichend qualifizierte Verletzungen des Gemeinschaftsrechts darstellen, die den Schadensersatzanspruch begründen?

54. Dies ist nicht unbedingt der Fall. Das nationale Gericht kann zu dieser Schlussfolgerung nämlich nur gelangen, wenn es der „Fallgestaltung“, mit der es konfrontiert ist, ordnungsgemäß Rechnung getragen hat<sup>23</sup>.

55. Wie sich aus Randnummer 56 des Urteils Brasserie du pêcheur und Factortame ergibt, „gehören zu den Gesichtspunkten, die das zuständige Gericht gegebenenfalls zu berücksichtigen hat, das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Vorschrift den nationalen oder Gemeinschaftsbehörden beläßt, die Frage, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums und der Umstand, daß die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, daß nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden“.

56. In den Rechtssachen British Telecommunications und Denkavit u. a. verfügten Sie jedoch Ihrer Auffassung nach über alle Informationen, die für die Beurteilung der Frage erforderlich waren, ob der

22 — Siehe Urteil Fratelli Costanzo.

23 — Siehe Urteil Dillenkofer u. a., Randnr. 24.

gegebene Sachverhalt einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht erkennen ließ. Meiner Auffassung nach könnten Sie diesen Standpunkt auch in der vorliegenden Rechtsache einnehmen.

57. Sowohl das vorliegende Gericht als auch die Mitgliedstaaten, die Erklärungen abgegeben haben, und die Kommission haben die Auffassung vertreten, im vorliegenden Fall hätten der nationale Gesetzgeber sowie die auf administrativer Ebene zuständige Einrichtung oder ihr Beamter lediglich einen entschuldbaren Rechtsirrtum begangen, so daß ihre Haftung nicht eröffnet sei. Ich schlage Ihnen vor, diese Einschätzung zu übernehmen.

58. Die Kommission hat die Gesichtspunkte, die für diese Auffassung sprechen, äußerst klar und umfassend dargestellt, und ich kann nichts Besseres tun, als mich ihren Erwägungen anzuschließen.

59. Zur Haftung des Mitgliedstaats für die Unvereinbarkeit der nationalen Zulassungsverordnung für Zahnärzte mit Artikel 52 des Vertrages trägt die Kommission zutreffend folgendes vor.

60. Erstens habe die in Rede stehende deutsche Regelung nicht in offenkundigem Widerspruch zu Wortlaut und Zielsetzung der Richtlinie 78/686<sup>24</sup> gestanden. Im Gegenteil verbiete Artikel 20 der Richtlinie 78/686 es, wie der Gerichtshof im Urteil Haim I festgestellt habe, einem Mitglied-

staat nicht, als Voraussetzung für die Zulassung als Kassenzahnarzt die Ableistung einer Vorbereitungszeit zu verlangen. Der Gerichtshof habe in diesem Urteil ferner für Recht erkannt, daß Artikel 20 einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der ein von einem Drittstaat ausgestelltes Diplom besitze, auch dann nicht von der Ableistung der Vorbereitungszeit befreie, wenn dieses Diplom von einem anderen Mitgliedstaat als einem in einem Mitgliedstaat ausgestellten Diplom gleichwertig anerkannt worden sei.

61. Zweitens habe die nationale Zulassungsverordnung für Zahnärzte nicht in offenkundigem Widerspruch zu Artikel 52 EG-Vertrag gestanden. Denn die Situation des Klägers sei völlig außergewöhnlich gewesen und nur deshalb unter die Vorschrift des Artikels 52 EG-Vertrag gefallen, weil drei kumulative Voraussetzungen vorgelegen hätten, nämlich der Erwerb eines Studienabschlusses in einem Drittstaat, eine Berufsausübung in einem Mitgliedstaat, der die Gleichwertigkeit dieses Studienabschlusses mit seinen eigenen Studienabschlüssen anerkannt habe, und ein Antrag auf Zulassung als Kassenzahnarzt in einem anderen Mitgliedstaat.

62. Aus den gleichen Gründen ist die Kommission der Ansicht, daß der deutsche Gesetzgeber diese besondere Fallkonstellation, d. h. die Möglichkeit einer Befreiung vom Vorbereitungsdienst für diejenigen Personen, die einen Studienabschluß in einem Drittstaat erworben hätten und anschließend in einem Mitgliedstaat tätig gewesen seien, nicht habe vorhersehen müssen.

24 — Siehe hierzu Urteil British Telecommunications.

63. Ferner sei zu berücksichtigen, daß sich im Jahre 1988, als die auf die fragliche Verordnung gestützte Verwaltungsentscheidung der KVNn ergangen sei, aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes kein Hinweis darauf ergeben habe, wie Artikel 52 EG-Vertrag im Bereich der Niederlassungsfreiheit der Zahnärzte und vor dem Hintergrund der spezifischen Gegebenheiten des Ausgangsfalls auszulegen sei<sup>25</sup>. Erst recht habe zu dieser Zeit noch keine gefestigte Rechtsprechung des Gerichtshofes existiert, aus der sich die Unvereinbarkeit der nationalen Zulassungsverordnung für Zahnärzte mit Artikel 52 EG-Vertrag ergeben hätte<sup>26</sup>.

64. In diesem Zusammenhang sei der Tatsache Rechnung zu tragen, daß das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Vlasopoulou<sup>27</sup> noch nicht ergangen war. Nach diesem Urteil sei ein Aufnahmemitgliedstaat nicht nur verpflichtet, die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Studienabschlüsse anzuerkennen, sondern, falls im Aufnahmestaat die Absolvierung eines beruflichen Vorbereitungsdienstes oder eines Berufspraktikums vorgeschrieben sei, zu prüfen, ob die im Herkunfts- oder im Aufnahmestaat erworbene Berufserfahrung als diesem Erfordernis ganz oder teilweise entsprechend angesehen werden könne. Im übrigen habe dieses Urteil im Unterschied zum Ausgangsverfahren den Fall eines in einem Mitgliedstaat erworbenen Studienabschlusses im Bereich der Rechtswissenschaft betroffen.

65. Schließlich habe das in der Rechtssache Haim I ergangene Urteil des Gerichtshofes die Kommission veranlaßt, eine entsprechende Änderung der Richtlinie 78/686 vorzuschlagen. Die darin zum Ausdruck kommende Notwendigkeit einer legislativen Klarstellung deute ebenfalls darauf hin, daß der deutsche Gesetzgeber die Bedeutung des Artikels 52 EG-Vertrag für die dem Ausgangsfall zugrunde liegende Konstellation nicht habe voraussehen können.

66. Aus diesen Gründen stelle der Umstand, daß der deutsche Gesetzgeber hinsichtlich des Vorbereitungsdienstes für Zahnärzte keine Befreiungsmöglichkeit für Personen vorgesehen hat, die ihren Studienabschluß in einem Drittstaat erworben und ihren Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem Aufnahmestaat ausgeübt hätten, aus Sicht der Kommission einen entschuldbaren Rechtsirrtum im Sinne des Urteils Brasserie du pêcheur und Factortame dar.

67. Die Kommission prüft sodann, ob eine hinreichend qualifizierte Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch die KVN vorliegt. Sie ist auch insoweit der Ansicht, daß die KVN einem entschuldbaren Rechtsirrtum erlegen sei, als sie bei der Frage einer Befreiung vom Vorbereitungsdienst der Berufserfahrung des Klägers nicht Rechnung getragen habe.

68. Hierfür sprächen ihre Ausführungen zur Haftung des Mitgliedstaats als Gesetzgeber sowie die außergewöhnlichen Umstände des Ausgangsfalls.

25 — Siehe hierzu Urteil Denkavit u. a., Randnr. 52.

26 — Siehe hierzu Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame, Randnr. 57.

27 — Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-340/89 (Slg. 1991, I-2357, Randnrn. 20 f.).

69. Ich stimme mit der Auffassung der Kommission vollkommen überein.
70. Allerdings bleibt noch ein spezieller Aspekt der zweiten Frage zu klären, nämlich, ob das nationale Gericht sich auf ein Ermessen des Beamten nach Gemeinschaftsrecht oder nach nationalem Recht bezogen hat.
71. Die schwedische Regierung und die Kommission scheinen das Landgericht Düsseldorf dahin verstanden zu haben, daß es sich auf ein Ermessen des Beamten *nach nationalem Recht* bezogen hat. Auch wenn wir das deutsche Recht nur als Außenstehende betrachten, können wir doch davon ausgehen, daß der nationalen Einrichtung und ihren Beamten ein solches Ermessen nicht zustand. Wie die Kommission ausführt, enthielt die nationale Zulassungsverordnung für Zahnärzte keine Vorschrift, die es dem zuständigen Beamten erlaubt hätte, andere als die in § 3 Absatz 4 ZOZ genannten Personen von der Pflicht zur Ableistung einer Vorbereitungszeit zu befreien, und die Einrichtung sowie ihr Beamter haben die Verordnung im Hinblick auf das deutsche Recht richtig angewandt.
72. Wenn es dem nationalen Gericht hierum geht, ist ihm, wie von der schwedischen Regierung vorgeschlagen, zu antworten, daß der Gestaltungsspielraum, den das nationale Recht dem einzelnen Beamten einräumt, für die uns gestellte Frage unerheblich ist. Relevant für die Beurteilung der Haftung des Staates nach Gemeinschaftsrecht ist lediglich der Ermessensspielraum, den das Gemeinschaftsrecht dem Staat als Gesetzgeber oder dem Staat als Rechtsanwender einräumt, wobei der letztgenannte Begriff auch eine halbstaatliche Einrichtung wie die KVN, die KVN des Ausgangsverfahrens, umfaßt.
73. In seiner Begründung zur zweiten Frage spricht das vorlegende Gericht noch kurz einen ganz anderen Fall an, daß nämlich ein Beamter mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare nationale Vorschriften fehlerhaft anwendet.
74. In diesem Fall wäre die Haftung des Staates meines Erachtens ausschließlich nach den in dem betreffenden Staat geltenden Vorschriften über die Haftung für Verwaltungsunrecht zu beurteilen, gegebenenfalls einschließlich derjenigen, die den Schadensersatz davon abhängig machen, daß Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt.
75. Dagegen glaube ich nicht, daß Sie, wie von der deutschen Regierung gefordert, Ihre Ausführungen im Urteil Brasserie du pêcheur und Factortame zu den Begriffen des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit überprüfen müssen<sup>28</sup>. Gewiß handelte es sich in jener Rechtssache um einen einem Staat zuzurechnenden Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht auf einem Gebiet, auf

28 — Siehe oben, Nr. 27.

dem diesem ein weites Ermessen zustand. Ihre Argumentation gilt jedoch wohl ebenso im Bereich der Staatshaftung für einen gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßenden Verwaltungsakt, wenn den nationalen Behörden kein Ermessen zusteht.

nicht vorsätzlich begangen“ wurde, oder auf „die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums“ erlauben es, Elemente des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit ausreichend zu berücksichtigen.

76. Nach der in Randnummer 76 dieses Urteils getroffenen Feststellung, „daß der Begriff des Verschuldens in den verschiedenen Rechtsordnungen nicht den gleichen Inhalt hat“, heißt es in den Randnummern 78 f.:

„ ... [B]estimmte objektive und subjektive Gesichtspunkte, die im Rahmen einer nationalen Rechtsordnung mit dem Begriff des Verschuldens in Verbindung gebracht werden können, [sind] für die Beurteilung der Frage von Bedeutung, ob ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht qualifiziert ist ... Daraus folgt, daß die Verpflichtung zum Ersatz der dem einzelnen entstandenen Schäden nicht von einer an den Verschuldensbegriff geknüpften Voraussetzung abhängig gemacht werden kann, die über den hinreichend qualifizierten Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht hinausgeht. Denn die Aufstellung einer solchen zusätzlichen Voraussetzung würde darauf hinauslaufen, daß der Entschädigungsanspruch, der seine Grundlage in der Gemeinschaftsrechtsordnung findet, in Frage gestellt wäre.“

77. Sie haben diesen Standpunkt in Randnummer 28 des Urteils Dillenkofer u. a. bestätigt, und Ihre Argumentation bleibt meines Erachtens vollständig gültig. Die Hinweise in Randnummer 56 des Urteils Brasserie du pêcheur und Factortame darauf, daß der Verstoß „vorsätzlich oder

78. Kommen wir jedoch zur Frage des Ermessens zurück. Ich glaube eher, daß das nationale Gericht auf das Ermessen des Beamten nach Gemeinschaftsrecht Bezug genommen hat, da es sich dieser Frage unmittelbar nach seiner Bezugnahme auf das Urteil Hedley Lomas zugewandt hat.

79. In dieser Hinsicht ergibt sich jedoch aus den vorangegangenen Überlegungen, daß selbst dann, wenn der nationalen Einrichtung oder ihrem Beamten kein solches Ermessen zustünde, hieraus nicht zwangsläufig folgt, daß ein hinreichend qualifizierter Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vorliegt.

80. Ich schlage Ihnen daher vor, die zweite Frage zu verneinen.

#### Zur dritten Frage

81. Die dritte Frage geht dahin, ob die Kassenzulassung eines Zahnarztes, der

Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats und Inhaber eines von einem Drittstaat erteilten Diploms ist, von seinen Sprachkenntnissen abhängig gemacht werden kann. Vorab möchte ich versuchen, den Gegenstand dieser Frage genau zu umreißen.

82. Erstens ist klar, daß uns die Frage deswegen gestellt wird, weil das deutsche Gericht davon ausgeht, daß nach deutschem Recht tatsächlich für die Kassenzulassung Sprachkenntnisse verlangt werden. Der Gerichtshof hat nicht zu prüfen, ob dies zutrifft. Von Überlegungen zur Tragweite des § 21 ZOZ muß daher abgesehen werden, da der Gerichtshof hiermit seine Zuständigkeit überschreiten würde.

83. Zweitens ist darauf hinzuweisen, daß dem Wortlaut der Frage nach ferner davon auszugehen ist, daß der Kläger im Beschäftigungsstaat approbiert ist, so daß es allein um die Frage geht, ob später noch, zu dem Zeitpunkt, zu dem der Betroffene seine Zulassung als Kassenarzt beantragt, das Erfordernis von Sprachkenntnissen aufgestellt werden kann. Aus der Begründung zu dieser Frage ergibt sich jedoch, daß das vorlegende Gericht dabei nicht speziell an die für die ordnungsgemäße Abwicklung der Beziehungen zwischen dem Arzt und der Krankenkasse erforderlichen Sprachkenntnisse denkt, sondern an „sprachliche Mängel ... , die eine sinnvolle Patientenbetreuung schwer behindern“.

84. Drittens wirft das nationale Gericht in dieser Begründung die Frage auf, ob das Verlangen von Sprachkenntnissen zum Zeitpunkt der Kassenzulassung „gegen Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686/EWG verstoßen [könnte], weil darin nicht vorgesehen ist, daß die Kassenzulassung von Sprachkenntnissen abhängig gemacht werden darf. Außerdem ist zu fragen, ob diese Vorschrift überhaupt anwendbar ist auf einen Angehörigen eines Mitgliedstaats, der kein anerkanntes Diplom dieses Mitgliedstaats hat. Des weiteren käme eine unzulässige Diskriminierung unter Verstoß gegen Artikel 52 EWG-Vertrag in Betracht.“

85. Lassen Sie mich zunächst die Frage der Anwendbarkeit des Artikels 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 prüfen. Es heißt dort:

„Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, daß die Begünstigten gegebenenfalls in ihrem Interesse und im Interesse ihrer Patienten die Sprachkenntnisse erwerben, die sie für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit im Aufnahmestaat brauchen.“

86. Diese Vorschrift gehört zum Kapitel 6 der Richtlinie betreffend Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr der Zahnärzte, und zwar zu dessen Abschnitt C, der gemeinsame Bestimmungen betreffend das Niederlassungsrecht und den Dienstleistungsverkehr enthält. Kommt



ihm für die vorliegende Rechtssache Bedeutung zu?

87. Im Urteil Haim I haben Sie für Recht erkannt, daß die Richtlinie 78/686 nur Inhaber eines von den Mitgliedstaaten erteilten Diploms erfaßt.

88. Damit steht fest, daß der Kläger sich nicht auf die Richtlinie berufen kann, soweit sie den Inhabern derartiger Diplome Erleichterungen verschaffen soll.

89. Soweit die Richtlinie es den Mitgliedstaaten jedoch freistellt, Bedingungen für Gemeinschaftsbürger aufzustellen, die von einem anderen Mitgliedstaat erteilte Diplome besitzen, müssen diese Bedingungen erst recht auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten angewandt werden können, die Diplome von *Drittstaaten* besitzen.

90. Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 erlegt den Mitgliedstaaten eine Erfolgspflicht auf, indem er ihnen aufgibt, „dafür Sorge zu tragen“, daß die von der Freizügigkeit Begünstigten „die Sprachkenntnisse erwerben, die sie für die Ausübung ihrer Berufstätigkeit brauchen“.

91. Somit ist klar, daß die Freizügigkeit für Zahnärzte nicht nur den Besitz eines Di-

ploms voraussetzt, das das Vorhandensein der, wie man es nennen könnte, „technischen“ Kenntnisse nachweist, sondern auch die Kenntnis der Sprache oder der Sprachen des Aufnahmestaats.

92. Für den Bereich der Freizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit findet sich somit hier eine Anforderung wieder, die für Nichtselbständige bereits in der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft<sup>29</sup> Berücksichtigung gefunden hat, nach deren Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 es Stellen geben kann, die ihrer Natur nach bestimmte Sprachkenntnisse voraussetzen<sup>30</sup>.

93. Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 legt allerdings nicht fest, zu welchem Zeitpunkt diese Kenntnisse erworben sein müssen. Vernünftigerweise kann man davon ausgehen, daß sie nicht in dem Augenblick vorliegen müssen, in dem die Begünstigten ihre Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat aufnehmen, da der Rat sonst die Formulierung verwendet hätte „die Mitgliedstaaten prüfen, ob die Begünstigten über die erforderlichen Sprachkenntnisse verfügen“.

94. Es trifft ferner zu, wie das Landgericht hervorhebt, daß diese Vorschrift nicht vorsieht, daß die Kassenzulassung von

29 — ABl. L 257, S. 2.

30 — Zur Anwendung dieser Vorschrift in der Rechtsprechung siehe Urteil vom 28. November 1989 in der Rechtssache C-379/87 (Groener, Slg. 1989, I-3967).

Sprachkenntnissen abhängig gemacht werden darf.

Maß dessen überschreiten, was objektiv erforderlich ist, um die Interessen der Patienten zu wahren.

95. Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 wäre jedoch praktisch wirkungslos, wenn der Mitgliedstaat nicht jederzeit prüfen könnte, ob die „erforderlichen“ Sprachkenntnisse vorliegen.

100. Im übrigen ist kaum zu bezweifeln, daß ein Zahnarzt, der über die hierfür erforderlichen Kenntnisse verfügt, automatisch auch über die Kenntnisse verfügt, die erforderlich sind, um die Formulare der Krankenkasse auszufüllen, deren Rundschreiben zu verstehen und an von ihr organisierten Veranstaltungen teilzunehmen.

96. Es ist nicht zu erkennen, was dagegen sprechen würde, diese Überprüfung anläßlich der Prüfung eines Zulassungsantrags vorzunehmen; sie könnte jedoch auch unabhängig von einem solchen Antrag vorgenommen werden (vorausgesetzt, daß der Antragsteller über ausreichende Zeit für den Erwerb der erforderlichen Kenntnisse verfügt hätte).

101. Diese Überlegungen genügen meines Erachtens, um die dritte Frage zu bejahen.

97. Was die Art und Weise angeht, wie die Kenntnisse zu kontrollieren sind, teile ich die Auffassung der Kommission, wonach „als geeignetes Mittel ... z. B. ein schriftlicher bzw. mündlicher Sprachtest in Frage [kommt]“.

102. Für den Fall jedoch, daß Sie dem Erstrecht-Schluß, dem ich, ebenso wie die Kommission, zuneige, nicht folgen sollten, und in Anbetracht dessen, daß das vorliegende Gericht in seiner Begründung auch die Frage aufwirft, ob eine unzulässige Diskriminierung unter Verstoß gegen Artikel 52 EG-Vertrag in Betracht kommt, wenn zum Zeitpunkt der Zulassung ein Spracherfordernis aufgestellt wird, sollte die Frage meines Erachtens auch unter diesem Aspekt geprüft werden.

98. Was den Umfang der Kenntnisse angeht, die verlangt werden können, hat das nationale Gericht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden.

103. Nach dem Urteil Gebhard<sup>31</sup> müssen „nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grund-

99. Entsprechend diesem Grundsatz dürfen die verlangten Sprachkenntnisse nicht das

31 — Urteil vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-55/94 (Slg. 1995, I-4165).

legenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, ... vier Voraussetzungen erfüllen: Sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.“<sup>32</sup>

104. Die erste dieser Voraussetzungen ist meines Erachtens erfüllt, da es sich um eine Maßnahme handelt, die unterschiedslos auf alle Bewerber um die Zulassung Anwendung findet.

105. Was die zweite Voraussetzung angeht, so stimmen die in den beim Gerichtshof abgegebenen Erklärungen, einschließlich derjenigen des Klägers, zum Ausdruck gebrachten Auffassungen sehr weitgehend darin überein, daß die Möglichkeit der Kommunikation zwischen einem Angehörigen des Gesundheitssektors und dem Patienten, der sich an ihn wendet, von entscheidender Bedeutung ist. Wer würde bestreiten wollen, daß es für eine effiziente Hilfeleistung zugunsten eines Kranken durch einen Arzt oder einen Zahnarzt unerläßlich ist, daß letzterer die von dem Kranken geschilderten Beschwerden vollständig erfassen kann, um diesen Beschwerden abhelfen zu können, und daß die Erläuterungen zur Art seiner Krankheit sowie die mit der vorgesehenen Behandlung verbundenen Ratschläge vom Kranken vollständig verstanden werden, damit er zu seiner Heilung beitragen kann?

106. Man kann im übrigen — entsprechend dem Vorschlag der Kommission, die auf das Urteil vom 25. Juli 1991 Bezug nimmt<sup>33</sup> — die Auffassung vertreten, daß die Regel, der zufolge der Zahnarzt die Amts- bzw. Landessprache des Staates beherrschen muß, in dem er sich niederlassen will, als Regel anzusehen ist, die dem Schutz des Verbraucherinteresses dient, und daß sie als solche einfach einem zwingenden Allgemeininteresse entspricht.

107. Man kann auch, wenn man es ablehnt, im Kranken lediglich einen Verbraucher zu sehen, schlicht geltend machen, die Qualität der Pflege, das zentrale Ziel jeder Gesundheitspolitik, sei abhängig von der Möglichkeit eines echten Dialogs zwischen dem Pflegenden und dem Patienten. Diese Notwendigkeit hat im übrigen Ausdruck gefunden in Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686, den ich bereits untersucht habe.

108. Wie bereits dargestellt, hat der Praktiker, der über die erforderlichen Kenntnisse verfügt, um diesen Dialog zu führen, auch die Möglichkeit, sich in der quasi-administrativen Umgebung zurechtzufinden, die mit der Kassenzulassung verbunden ist.

109. Aus diesem Grund prüfe ich die Gesichtspunkte, die sich speziell auf die Ausübung der Tätigkeit des Kassenzahnarztes beziehen, wie sie uns beschrieben wurde, nur hilfsweise. So muß der Zahnarzt Gebührenordnungen anwenden, Leistungs-

32 — Siehe Tenor, Nr. 6.

33 — Rechtssache C-288/98 (Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a., Slg. 1991, I-4007).

abrechnungen erstellen, an speziellen Fortbildungsveranstaltungen teilnehmen und den Krankenkassen über seine Tätigkeit berichten. Um alle diese mit der Zulassung untrennbar verbundenen Verpflichtungen zu erfüllen, muß der Kassenzahnarzt die Sprache des AufnahmeStaats ausreichend beherrschen.

110. Der Kläger stellt das Bestehen dieser Verpflichtungen nicht in Abrede, macht aber geltend, der Arzt könne die meisten von ihnen erfüllen, indem er auf qualifiziertes Personal zurückgreife, das z. B. die Erstellung der Abrechnungen unter Aufsicht des Zahnarztes selbst übernehme.

111. Ich stimme zu, daß den administrativen Aufgaben des Kassenzahnarztes, dessen wesentliche Aufgabe seine Behandlungstätigkeit sein muß, keine übertriebene Bedeutung beizumessen ist und daß die administrative Tätigkeit einer zahnärztlichen Praxis im wesentlichen dem Sekretariat übertragen werden kann, doch bin ich der Auffassung, daß der Zahnarzt hierüber die effektive Kontrolle behalten können muß, und daß es, wenn man von den reinen administrativen und abrechnungstechnischen Aufgaben absieht, d. h., wenn es um die anderen Pflichten des Kassenzahnarztes geht, die angesprochen wurden, nicht realistisch ist, davon auszugehen, wie dies der Kläger tut, daß der Zahnarzt, der sprachlichen Problemen gegenübersteht, diese ohne weiteres überwinden könnte, indem er sich Übersetzerdienste zunutze macht.

112. Läßt sich wirklich vorstellen, daß der Zahnarzt alle an ihn gerichteten Rundschreiben der Krankenkassen von Fachleuten übersetzen läßt und sich jedes Mal, wenn er an Veranstaltungen für Kassenzahnärzte teilnehmen muß, von einem versierten Simultandolmetscher begleiten läßt?

113. Ich glaube dies nicht. Aufgrund dessen bin ich der Ansicht, daß ein Mitgliedstaat es zulässigerweise ablehnen kann, jeden Zahnarzt, wie vom Kläger vorgeschlagen, in eigener Verantwortung entscheiden zu lassen, ob seine Sprachkenntnisse ausreichend sind, um ihm eine ordnungsgemäße Versorgung eines bestimmten Patienten zu ermöglichen, und daß das Erfordernis der Kenntnis der Sprache des Aufnahmemitgliedstaats durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden kann.

114. Kommen wir nun zur dritten Voraussetzung, betreffend die Angemessenheit der Maßnahme im Hinblick auf den verfolgten Zweck. Aus dem Vorhergehenden folgt, daß die angemessene Versorgung, auf die die Patienten einen Anspruch haben, einen wichtigen Zweck darstellt, der es ohne weiteres rechtfertigt, daß der Arzt ausreichende Sprachkenntnisse nachweisen muß.

115. Somit bleibt die Frage zu klären, ob die Kassenzulassung der geeignete Augenblick ist, um Spracherfordernisse aufzustellen.

116. Man könnte sich nämlich fragen, ob das Erfordernis von Mindestsprachkenntnissen nicht schon vorher, d. h. im Augenblick der Erteilung der Genehmigung zur Ausübung des Zahnarztberufs im Inland, aufgestellt werden müßte. Verständigungsschwierigkeiten zwischen dem Zahnarzt und seinem Patienten können nämlich dramatische Folgen haben, während Verständigungsschwierigkeiten zwischen dem Zahnarzt und der Krankenkasse lediglich Störungen im Verwaltungsablauf verursachen werden.

117. Auf diese legitime Frage lassen sich meines Erachtens zwei Antworten geben.

118. Die erste ist, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst, wie bereits bei der Prüfung des Artikels 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 festgestellt, es nicht als inkonsequent angesehen hat, Sprachkenntnisse erst nach Erteilung der Genehmigung zur Berufsausübung zu verlangen.

119. Die zweite ist, daß es zumindest widersinnig wäre, wenn ein Mitgliedstaat, der zunächst einmal von dieser Prüfung abgesehen hat, wie dies anscheinend beim Kläger der Fall war, in einem späteren Stadium

nicht mehr das Erfordernis einer Beherrschung der Sprache durch den Inhaber eines Drittstaatsdiploms geltend machen könnte, ohne daß ihm das Urteil Gebhard entgegengehalten würde, während Artikel 18 Absatz 3 der Richtlinie 78/686 ihn, was Inhaber eines von einem anderen Mitgliedstaat erteilten Diploms angeht, verpflichtet, ihre Kenntnisse auf diesem Gebiet zu prüfen.

120. Mit anderen Worten, der gesunde Menschenverstand spricht dafür, daß die deutschen Behörden — unabhängig von den Sprachkenntnissen, die der Kläger möglicherweise besaß, als ihm die Approbation in Deutschland erteilt wurde — sich, als er die Zulassung als Kassenzahnarzt beantragte, Gewißheit verschaffen durften, daß er die deutsche Sprache ausreichend beherrschte.

121. Was schließlich die vierte Voraussetzung angeht, die das Urteil Gebhard aufstellt, nämlich die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, habe ich meinen vorherigen Ausführungen nichts hinzuzufügen. Die Prüfung, ob diesem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen wurde, obliegt dem nationalen Gericht.

## Ergebnis

122. Aus den dargelegten Gründen schlage ich Ihnen vor, die vom Landgericht Düsseldorf vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Wenn ein Beamter einer rechtlich selbständigen öffentlich-rechtlichen Körperschaft eines Mitgliedstaats bei der Anwendung nationalen Rechts im Rahmen einer Einzelentscheidung gegen primäres Gemeinschaftsrecht verstößt, spricht aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts nichts dagegen, wenn neben der Haftung des Mitgliedstaats auch die Haftung der öffentlich-rechtlichen Körperschaft gegeben ist.
2. In einem Fall, in dem ein nationaler Beamter entweder gegen Gemeinschaftsrecht verstoßendes nationales Recht angewendet hat oder nationales Recht nicht gemeinschaftsrechtskonform angewendet hat, liegt ein qualifizierter Gemeinschaftsverstoß nicht schon deshalb vor, weil dem Beamten bei seiner Entscheidung kein Ermessen zustand.
3. Artikel 52 EG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß die zuständigen Stellen eines Mitgliedstaats die Kassenzulassung eines in diesem Mitgliedstaat als Zahnarzt approbierten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats, der kein in Artikel 3 der Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr genanntes Diplom besitzt, davon abhängig machen dürfen, daß dieser die Kenntnisse der Amts- oder Landessprache des Aufnahmestaats hat, die er zum Schutz der Interessen seiner Patienten braucht.