

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

G. FEDERICO MANCINI

vom 19. Mai 1987 *

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

1. In dem Rechtsstreit zwischen der deutschen Firma Foto-Frost und dem Hauptzollamt Lübeck-Ost geht es um die Nacherhebung von Einfuhrabgaben für in der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) hergestellte Waren, die ein Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Firmen bezogen hatte. In diesem Rechtsstreit hat das Finanzgericht Hamburg Ihnen vier Fragen vorgelegt, von denen zwei sehr heikle Probleme berühren. Das Gericht möchte nämlich wissen, ob die unteren Gerichte der Mitgliedstaaten über die Gültigkeit von Handlungen der Gemeinschaft entscheiden können — im vorliegenden Fall geht es um eine an die Bundesrepublik gerichtete Entscheidung der Kommission — und wie die Bestimmungen über die Nacherhebung von Abgaben unter Berücksichtigung des Protokolls über den innerdeutschen Handel im Anhang zum EWG-Vertrag auszulegen sind.

2. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens ist eine in der Bundesrepublik ansässige Firma, die den Import, Export und Großhandel mit fotografischen Artikeln betreibt. Zwischen dem 23. September 1980 und dem 9. Juli 1981 bezog sie verschiedene Partien Prismenferngläser, hergestellt von der Firma Carl Zeiss Jena (DDR); da aber zwischen dieser Firma und dem gleichnamigen Unternehmen in Oberkochen (Bundesrepublik) ein Abkommen besteht, wonach die Waren der Firma Carl Zeiss Jena nur über dritte Länder nach Westdeutschland eingeführt

werden dürfen, bezog die Klägerin die Waren von Firmen, die in Dänemark und im Vereinigten Königreich ansässig sind und in Dänemark und den Niederlanden über Zolllager verfügen. Die Ferngläser wurden anschließend teils ausgeführt (nach Italien und Südafrika), teils an andere Unternehmen weiterverkauft, die sie ihrerseits ausführten.

Die Ware war der Klägerin verkauft, fakturiert und im externen gemeinschaftlichen Versandverfahren (Artikel 12 ff. der Verordnung Nr. 222/77 des Rates vom 13. Dezember 1976 über das gemeinschaftliche Versandverfahren, ABl. 1977, L 38, S. 1) zugesandt worden. Nach diesem Verfahren können Waren aus dritten Ländern, die sich nicht im freien Verkehr in einem Mitgliedstaat befinden, innerhalb der Gemeinschaft befördert werden, ohne daß beim Übergang von einem Mitgliedstaat in einen anderen erneut Zollförmlichkeiten zu erfüllen sind. Ebenso wie bei früheren gleichartigen Geschäften meldete die Klägerin die Ferngläser unter Vorlage der erforderlichen Genehmigungen zum zollrechtlich freien Verkehr an und beantragte die Freistellung von den Einfuhrabgaben gemäß der innerdeutschen Handelsregelung. Da die Waren in der DDR hergestellt worden waren, gaben die Zollbehörden dem Antrag statt.

Die Bewilligung wurde jedoch im September 1981 vom Beklagten widerrufen. Nach Artikel 1 des Protokolls über den innerdeutschen Handel vom 25. März 1957, so stellte er fest, sei „der Handel zwischen den deutschen Gebieten innerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes für die Bundesrepublik ... und den deutschen Gebieten au-

* Aus dem Italienischen übersetzt.

ßerhalb dieses Geltungsbereichs Bestandteil des innerdeutschen Handels“, so daß „die Anwendung dieses Vertrages in Deutschland keinerlei Änderung des bestehenden Systems dieses Handels“ erfordere. Anders ausgedrückt, die Regelung betreffe nur den „unmittelbaren“ Warenaustausch zwischen der Bundesrepublik und der DDR und könne daher nicht auf Einfuhren von Waren angewendet werden, die andere Mitgliedstaaten passiert hätten.

Trotzdem, so der Beklagte weiter, dürften von der Klägerin keine Abgaben erhoben werden. Sie erfülle nämlich die Voraussetzungen des Artikels 5 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 des Rates vom 24. Juli 1979 betreffend die Nacherhebung von noch nicht vom Abgabenschuldner angeforderten Eingangs- oder Ausfuhrabgaben für Waren, die zu einem Zollverfahren angemeldet worden sind, das die Verpflichtung zur Zahlung derartiger Abgaben beinhaltet (ABl. L 197, S. 1). Insbesondere habe die Klägerin eine ordnungsgemäß ausgefüllte Zollerklärung vorgelegt und keinen Grund gehabt, die Richtigkeit der von den zuständigen Behörden ihr gegenüber erlassenen Entscheidung in Zweifel zu ziehen, da ihr in der Vergangenheit mehrmals Zollbefreiung gewährt worden sei.

Der Fall ist also erledigt? Nein. Der Abgabebetrag überstieg 2 000 ECU; in diesen Fällen ist das Hauptzollamt nicht befugt, den Verzicht auf die Nacherhebung unmittelbar zu verfügen (Artikel 4 der Verordnung Nr. 1573/80 vom 20. 6. 1980, ABl. L 161, S. 1). Der Beklagte wandte sich daher an den Bundesminister der Finanzen, der die Kommission ersuchte, nach Artikel 6 der Verordnung Nr. 1573/80 zu entscheiden, ob im vorliegenden Fall von der Nacherhebung abgesehen werden könne. Die Kommission verneinte dies in ihrer an die Bundesrepublik gerichteten Entscheidung vom 6. Mai 1983. Sie führte aus, der Einführer habe die Möglichkeit gehabt, die Be-

stimmungen über den innerdeutschen Handel, deren Anwendung er beantragt habe, mit den Umständen zu vergleichen, unter denen die betreffenden Einfuhren erfolgt seien. Er hätte daher einen möglichen Irrtum der Behörden erkennen können. Außerdem treffe es nicht zu, daß er alle in der geltenden Regelung für Zollanmeldungen vorgesehenen Bestimmungen beachtet habe. Die Abgaben müßten daher in Höhe von 64 346,53 DM erhoben werden.

Aufgrund dieser Entscheidung, die weder von dem Mitgliedstaat, an den sie gerichtet war, noch von der Klägerin vor dem Gerichtshof angefochten wurde, erließ der Beklagte am 22. Juli 1983 einen Änderungsbescheid, mit dem er von der Klägerin den von der Kommission genannten Betrag sowie außerdem 12 786,10 DM als Einfuhrumsatzsteuer verlangte. Daraufhin focht die Klägerin diesen Bescheid vor dem Finanzgericht Hamburg an und beantragte im summarischen Verfahren die Aussetzung seiner Vollziehung. Mit Beschluß vom 22. September 1983 gab das Gericht diesem Antrag statt. Es stellte fest, daß gemäß dem Protokoll über den innerdeutschen Handel die Einfuhren der Klägerin als abgabefrei anzusehen seien. Es sei daher angezeigt, die Vollziehung des Änderungsbescheids bis zu der — unter Umständen nach Vorlage an den Gerichtshof zu treffenden — Entscheidung, ob die Nacherhebung rechtmäßig sei, auszusetzen.

Im Hauptsacheverfahren hat das Finanzgericht Hamburg daraufhin entschieden, das Verfahren auszusetzen und Ihnen folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen (29. August 1985):

- 1) Kann das nationale Gericht a) eine von der Kommission getroffene Entscheidung gemäß Artikel 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1573/80 der Kommission vom 20. Juni 1980 (ABl. L 160, S. 1) über das Absehen von einer Nacherhebung von Eingangsabgaben gemäß Arti-

kel 5 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1697/79 des Rates vom 24. Juli 1979 (ABl. L 197, S. 1), mit der das Absehen von der Nacherhebung von Eingangsabgaben als nicht gerechtfertigt erklärt wird, auf ihre Gültigkeit hin überprüfen und b) gegebenenfalls in einem Verfahren gegen den betreffenden Bescheid entscheiden, daß von der Nacherhebung abzusehen ist.

- 2) Für den Fall, daß das nationale Gericht die Entscheidung der Kommission nicht auf ihre Gültigkeit überprüfen kann: Ist die Entscheidung der Kommission vom 6. Mai 1983 — REC 3/83 — gültig?
- 3) Für den Fall, daß das nationale Gericht die Gültigkeit der Entscheidung der Kommission überprüfen kann: Ist die Vorschrift des Artikels 5 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1697/79 dahin auszulegen, daß sie die Ermächtigung für eine Ermessensentscheidung enthält, die vom Gericht nur eingeschränkt auf Ermessensfehler, gegebenenfalls welche, ohne die Möglichkeit einer eigenen Ermessensentscheidung durch das Gericht überprüft werden kann oder handelt es sich um eine Ermächtigung für eine Billigkeitsmaßnahme, die vom Gericht vollen Umfangs überprüft werden kann?
- 4) Für den Fall, daß von der Festsetzung von Zoll nicht nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1697/79 abzusehen ist: Gehören Waren mit Ursprung aus der DDR, die über einen nichtdeutschen Mitgliedstaat im Wege des externen gemeinschaftlichen Versandverfahrens in die Bundesrepublik Deutschland verbracht werden, zum innerdeutschen Handel im Sinne des Protokolls über den innerdeutschen Handel und die damit zusammenhängenden Fragen vom 25. März 1957 mit der Folge, daß bei ihrer Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland weder Zoll noch Einfuhrumsatzsteuer zu zahlen sind oder

sind die genannten Abgaben wie bei Drittland-Einfuhren zu erheben mit der Folge, daß nach den zollrechtlichen Bestimmungen der Gemeinschaftszoll und nach Artikel 2 Nr. 2 der Sechsten Richtlinie zur Harmonisierung der Umsatzsteuern in den Europäischen Gemeinschaften Einfuhrumsatzsteuer zu erheben ist?

In unserem Verfahren haben der Beklagte, die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und die Klägerin Erklärungen abgegeben.

3. Zu einem besseren Verständnis des geschilderten Sachverhalts und der vom Gerichtshof zu entscheidenden Probleme ist es zweckmäßig, die Gemeinschaftsregelung über die Nacherhebung der Einfuhrabgaben sowie die Regelung für den innerdeutschen Handel ins Gedächtnis zu rufen.

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften finden sich in den bereits genannten Artikeln 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1697/79 des Rates sowie 4 und 6 der Verordnung Nr. 1573/80 der Kommission. Nach der erstgenannten Vorschrift können „die zuständigen Behörden ... von einer Nacherhebung von Eingangs[abgaben] ... absehen, deren Nichterhebung auf einen Irrtum ... zurückzuführen ist, sofern dieser Irrtum vom Abgabenschuldner nicht erkannt werden konnte und letzterer gutgläubig gehandelt und alle geltenden Bestimmungen betreffend die Zollerklärung beachtet hat“. Die beiden anderen Vorschriften finden Anwendung, wenn die Abgaben sich auf 2 000 ECU oder mehr belaufen. Für diesen Fall bestimmt Artikel 4, daß die zuständige Behörde „bei der Kommission einen Antrag auf Entscheidung [stellt] und ... ihr alle ... Angaben“ übermittelt. Artikel 6 fügt dem hinzu, daß die Kommission nach Anhörung einer Gruppe von Sachverständigen aus den Mitgliedstaaten, die im Rahmen des Aus-

schusses für Zollbefreiungen zusammentritt, entscheidet, „ob nach Lage des Falles von einer Nacherhebung der betreffenden Abgaben abzusehen ist“. Die Entscheidung wird anschließend dem Mitgliedstaat, dessen Behörden die Kommission um eine Entscheidung ersucht haben, bekanntgegeben.

Einen Hinweis verdient auch die Richtlinie 79/695 des Rates vom 24. Juli 1979, die die Verfahren für die Überführung der Waren in den zollrechtlich freien Verkehr harmonisiert (ABl. L 205, S. 19). Nach Artikel 10 Absatz 2 dieser Vorschrift sind die nationalen Behörden nämlich zu einer Prüfung und gegebenenfalls zu einer Berichtigung der bereits erhobenen Abgaben berechtigt.

Kommen wir zu der Regelung für den innerdeutschen Handel. Bekanntlich beruht sie auf drei Gruppen von Rechtsvorschriften: a) dem Berliner Abkommen vom 20. September 1951 zwischen der Bundesrepublik und der DDR über den Handel zwischen den Währungsgebieten der Deutschen Mark und die Beziehungen zwischen den Notenbanken der beiden Staaten; b) auf einer Reihe von Gesetzen und Verordnungen, die während der Besatzungszeit (1949 bis 1950) von den Militärregierungen und -kommandanten der Alliierten bezüglich der Devisenbewirtschaftung und der Kontrolle des Güterverkehrs erlassen worden sind; c) auf verschiedenen vom Bundesgesetzgeber nach und nach erlassenen Durchführungsverordnungen, von denen die letzte die Interzonenhandelsverordnung vom 1. März 1979 (*Bundesgesetzblatt I*, S. 463) ist.

Das immer noch gültige Besatzungsrecht (oben unter b) verbietet grundsätzlich die Lieferung und den Bezug von Waren zwischen den beiden deutschen Staaten. Von diesem Verbot kann die Bundesregierung jedoch Ausnahmen vorsehen. In diesem Fall erfolgen die genehmigten Geschäfte im Wege der Verrechnung: Die jeweiligen Zahlungen erfolgen also nicht in frei konvertibler Währung, sondern werden auf

Verrechnungskonten gebucht, die für die Bundesrepublik von der Deutschen Bundesbank und für die DDR von der Staatsbank geführt werden. Dazu kommt folgendes. Wie in unserem Fall geschehen, können diese Geschäfte über ein Drittland abgewickelt werden und beinhalten deswegen die Gefahr, daß die DDR konvertible Währung erhält und dadurch das Verrechnungssystem unterläuft. Um solche Umgehungsgeschäfte auszuschließen ist durch eben diese Vorschriften ein System der vorherigen Genehmigung und nachträglichen Überwachung eingeführt worden, das von der Bonner Regierung sehr streng gehandhabt wird.

4. Das Problem in der ersten Frage des Finanzgerichts gehört meines Erachtens zu den schwierigsten, mit denen sich der Gerichtshof jemals befassen mußte. Es ist nämlich darüber zu entscheiden, ob die Untergerichte der Mitgliedstaaten im Lichte des Artikels 177 EWG-Vertrag befugt sind, über die Gültigkeit der Handlungen der Gemeinschaft zu entscheiden, sei es unmittelbar oder aber mittelbar, d. h. durch Urteile und Beschlüsse über die Gültigkeit oder Ausführung innerstaatlicher Maßnahmen zur Durchführung jener Handlungen. Alle Beteiligten, die in diesem Verfahren Erklärungen abgegeben haben, haben dem Gerichtshof vorgeschlagen, diese Frage zu verneinen. Ich möchte vorwegnehmen, daß auch ich Ihnen den gleichen Vorschlag unterbreiten werde; aber mit einer Einschränkung, einigen Zweifeln und vor allem nicht wenigen Befürchtungen, welche Aufnahme ein diesem Vorschlag entsprechendes Urteil finden wird.

Meine Zweifel und Besorgnisse rühren daher, daß sich zweierlei feststellen läßt: die bemerkenswerte Zahl von veröffentlichten Entscheidungen nationaler Gerichte, die die entgegengesetzte Lösung vertreten oder praktisch angewandt haben, und die Verführungskraft der Argumente, auf die diese Lösung sich stützt. Es gibt wenigstens zehn

Entscheidungen dieser Art und davon ist in sieben Fällen die Zuständigkeit der innerstaatlichen Gerichte ohne Umschweife und ohne Einschränkungen als ein aus Artikel 177 ableitbares Prinzip angenommen worden: Ich spiele auf die Urteile des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main, Zweite Kammer, zwischen 1966 und 1968 (vom 12. Dezember 1966, AZ II/2 986/66 und II/2 987/66; 23. August 1967, AZ II/2 E 24/67; 13. Dezember 1967, AZ II/2 E 79/67; 22. Mai 1968, AZ II/2 E 20/68; 27. November 1968, AZ II/2 E 33/68) und auf das unlängst ergangene Urteil des Finanzgerichts München an. Am 11. September 1985 erklärte das letztgenannte Gericht nämlich eine Entscheidung kurzerhand für ungültig, mit der die Kommission in einem bestimmten Fall die Zollbefreiung ausgeschlossen hatte.

Nicht so deutlich, jedenfalls nicht unmittelbar auf Artikel 177 gestützt, sind die anderen drei Urteile. Mit Beschluß vom 15. Juli 1970 entschied das Finanzgericht Düsseldorf, den Gerichtshof wegen der Frage der Zuständigkeit nicht anzurufen, da nach Ansicht des Gerichts zwingende Gründe der Prozeßökonomie es ratsam erscheinen ließen zu warten, bis sämtliche für eine Vorlage in Betracht kommenden Probleme abgesteckt seien. Eine ebenso pragmatische Linie verfolgte der englische High Court. In seiner Entscheidung vom 24. Oktober 1985 räumte er ein, daß die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Gültigkeit der gemeinschaftlichen Rechtsakte dem Gerichtshof in Luxemburg vorbehalten sei; dies hinderte ihn jedoch nicht, die Bestimmung einer Verordnung für ungültig zu erklären, indem er die vom Gerichtshof in seinem Urteil *Man Sugar* in einem konkreten Fall getroffene Entscheidung über eine gleichlautende Bestimmung (Urteil vom 24. September 1985 in der Rechtssache 181/84, Slg. 1985, 2889) zugrunde legte.

Schließlich ist da noch das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 28. März 1985. Auch nach Ansicht dieses Gerichts kommt die Überprüfung der Handlungen der Organe auf ihre Gültigkeit hin in der Regel dem Gerichtshof zu. Eine Zuständigkeit des innerstaatlichen (oder jedenfalls deutschen) Gerichts sei jedoch in zwei Ausnahmefällen denkbar: Die erste Ausnahme sei durch eine wohlbekannte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (siehe Urteil vom 29. Mai 1974) begründet worden, und zwar für den Fall, daß die Vereinbarkeit eines Rechtsakts der Gemeinschaft mit dem vom Grundgesetz garantierten Grundrechtskatalog fraglich sei; die zweite Ausnahme greife ein, wenn die Dauer des Vorabentscheidungsverfahrens die Sicherstellung eines wirksamen Schutzes der Wirtschaftsteilnehmer nicht zulasse. In diesen Fällen, die nur in Verfahren zur vorläufigen Sicherung eines Anspruchs vorkämen, könne das Gericht von der Anwendung der nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts „offenkundig ungültigen“ Rechtsakte absehen.

Kommen wir zu den Argumenten, die zur Begründung der ersten Gruppe von Entscheidungen angeführt wurden. Die Verfasser dieser Entscheidungen sowie die Juristen, die dieser Rechtsprechung zustimmen, stützen sich vor allem auf den Wortlaut des Artikels 177, aus dem sie einen Syllogismus von unbestreitbarer Überzeugungskraft herleiten. In Absatz 1 Buchstabe b — so die Prämisse — seien „Gültigkeit“ und „Auslegung“ gleichgestellt; laut den beiden folgenden Absätzen — so der zweite Satz — müßten, wenn „eine derartige Frage“ gestellt werde, nur die letztinstanzlichen Gerichte den Gerichtshof anrufen, während die Gerichte, deren Entscheidungen mit Rechtsmitteln angefochten werden könnten, die Möglichkeit dazu hätten; also — so die Schlußfolgerung — lasse sich Absatz 2 nicht anders als in dem Sinne auslegen, daß diesen Gerichten die Befugnis eingeräumt wor-

den sei, über die Gültigkeit der Gemeinschaftsbestimmungen zu entscheiden. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Frankfurt werden diese Argumente durch eine Gegenüberstellung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen und des Artikels 100 Grundgesetz noch bestätigt. Nach der letztgenannten Vorschrift sei nämlich jedes Gericht zur Vorlage der Rechtsakte an das Verfassungsgericht verpflichtet, wenn es der Auffassung sei, daß die Vorschrift, deren Gültigkeit streitig sei, gegen Bestimmungen des Grundgesetzes verstoße. Die weniger verbindliche Formulierung in Artikel 177 sei daher selbst ein Beweis für die Entscheidungsbefugnis, die der Vertrag den einzelstaatlichen Gerichten vorbehalte.

Dem werde zwar entgegengehalten — so wird im Schrifttum weiter erklärt —, daß die Verleihung einer solchen Befugnis auf einem Versehen oder einer Unachtsamkeit der Verfasser des Artikels 177 bei der Abstimmung der ersten beiden Absätze beruhe. Um diesem Argument die Schlagkraft zu nehmen, genüge jedoch der Hinweis, daß die Verfasser des EWG-Vertrags das Modell des Artikels 41 EGKS-Vertrags vor Augen gehabt hätten, in dem die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichtshofes festgelegt sei. Sie hätten an diesem Grundsatz festhalten können, doch hätten sie dies gerade deswegen nicht getan, weil sie sich von einer anderen Vorstellung hätten leiten lassen, nämlich die nationalen Gerichte in den Rang wirklich echter Gemeinschaftsgerichte zu erheben, indem sie ihnen die Anwendung des Gemeinschaftsrechts und damit auch die Nichtanwendung der Rechtsakte übertragen hätten, die diese Gerichte für ungültig hielten (siehe Couzinet, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1976, S. 660, und Braguglia, *Effetti della dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari nell'ambito dell'articolo 177 del Trattato CEE*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, S. 667).

Zum anderen, so wird mit Nachdruck erklärt, böten der Ausschluß der EGKS-Regelung und die in der Möglichkeit der Vorlage nach Artikel 177 Absatz 2 implizit enthaltene Befugnis zur Entscheidung über die Gültigkeit den nicht geringen Vorteil, daß Luxemburg nicht in einer Flut von Vorlagen untergehe und dadurch die Dauer der Ausgangsverfahren das erträgliche Maß überschreite. Auch dürfe die Gefahr einer unterschiedlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts, die durch diese Möglichkeit der Gerichte und durch ihre Verwerfungskompetenz zweifellos gegeben sei, nicht übertrieben werden. Die Entscheidung des einzelstaatlichen Gerichts, das eine von den Organen erlassene Vorschrift für ungültig erkläre, besitze nämlich keine allgemeine Geltung, d. h. sie reiche nicht über den Rechtsstreit hinaus; gegen sie sei stets ein Rechtsmittel möglich; jedenfalls schließe die den letztinstanzlichen Gerichten auferlegte Verpflichtung zur Anrufung des Gerichtshofes jede mögliche Lücke, da sie, wenn auch erst nach längerer Zeit, die Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen aufgrund einheitlicher Kriterien sicherstelle.

Argumente für diese Auffassung liefere auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes. In dem Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 101/78 (Granaria BV/Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten, Slg. 1979, 623) heiße es nämlich folgendermaßen: „Jede ... Verordnung muß als rechtswirksam gelten, solange ein *zuständiges Gericht* sie nicht für ungültig erklärt hat. Diese Vermutung ergibt sich einerseits aus den Artikeln 173, 174 und 184 des Vertrages, wonach es dem Gerichtshof *allein zusteht*, über die Rechtmäßigkeit von Verordnungen zu befinden ..., andererseits aus Artikel 177, wonach der Gerichtshof *abschließend* über die Gültigkeit von Verordnungen *zu entscheiden hat*“ (Randnr. 4 der Entscheidungsgründe, Hervorhebungen von mir). Die Unterscheidung in diesem Abschnitt zwischen den beiden Zuständigkeiten des

Gerichtshofes könne nicht klarer sein. Wenn es im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht um die „Nichtigerklärung“, sondern um die „Ungültigerklärung“ gehe, entschieden die Luxemburger Richter nur als abschließende Instanz: Das normalerweise „zuständige Gericht“ sei daher notwendigerweise das einzelstaatliche Gericht.

Auch lasse sich nicht sagen, daß dieses Ergebnis im Gegensatz zu den Ausführungen des Gerichtshofes in seinem Urteil vom 1. Dezember 1965 in der Rechtssache 16/65 (Firma Schwarze, Slg. 1965, 1151) stehe. Auf den ersten Blick scheine das obiter dictum, das aus diesem Urteil gewöhnlich zitiert werde — „Jedes andere Vorgehen würde es praktisch den staatlichen Gerichten überlassen, über die Gültigkeit von Rechtshandlungen der Gemeinschaft zu befinden“ (S. 1165) —, dem Gerichtshof eine ausschließliche Zuständigkeit zuzuweisen. Aber es verhalte sich anders. Man brauche nämlich nur den Satz im Zusammenhang mit den unmittelbar vorangehenden Ausführungen zu lesen („Haben die von einem staatlichen Gericht vorgelegten ... Fragen in Wahrheit eher die Gültigkeit der betroffenen Rechtsakte zum Gegenstand, so ist der Gerichtshof ... gehalten, die Fragen ... zu bescheiden“), um zu verstehen, daß den Luxemburger Richtern die Aufstellung eines ganz anderen Grundsatzes am Herzen gelegen habe: Nämlich ihre Befugnis und ihre Pflicht, nicht auf das zu antworten, was das vorliegende Gericht scheinbar begehre (eine Auslegung), sondern auf das, worauf es ihm hinter der Verschwommenheit ungenauer Ausdrücke oder Begriffe in Wirklichkeit ankomme (auf die Feststellung der Gültigkeit) (Couzinet, o. o. A.).

Damit nicht genug. Die Ansicht, die der Gerichtshof in unserer Frage wirklich vertrete, ergebe sich besonders klar aus einer anderen Quelle als seiner Rechtsprechung. In seinen „Vorschlägen zur Europäischen Union“ (1975) heiße es folgendermaßen:

„Ferner müßte [zusammen mit der Ausdehnung des Vorabentscheidungsverfahrens auf alle neuen Gebiete, die der künftige Vertrag behandelt] vorgesehen werden, daß ein nationales Gericht Handlungen eines Gemeinschaftsorgans nur dann als ungültig ansehen kann, wenn der Gerichtshof zuvor ... in diesem Sinn entschieden hat; diese Regelung gilt bereits im Rahmen des EGKS-Vertrags.“ (Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 9/75, S. 21). Die Schlußfolgerung aus diesen Ausführungen liege auf der Hand: Gerade weil der Gerichtshof vorschläge, dem nationalen Gericht die Befugnis zur Beurteilung der Gültigkeit eines Rechtsakts der Gemeinschaft zu nehmen, stehe außer Frage, daß das Gericht heute diese Befugnis aufgrund des bestehenden Rechts habe.

5. Von den oben zusammengefaßten Argumenten scheinen mir die letzten — die sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes stützen — am wenigsten bedeutsam zu sein. Die Ihnen vom Finanzgericht Hamburg vorgelegte Frage ist nämlich völlig neu. Erst heute haben Sie sich mit ihr von Amts wegen zu befassen; die Ausführungen, die Sie dieser Frage in der Vergangenheit bei der Entscheidung ganz anders gearteter Probleme gewidmet haben und die daher in Form von obiter dicta erfolgten (welche im übrigen, wenn mein Eindruck zutrifft, bewußt mehrdeutig gefaßt waren), sind daher wenig erhellend. Jedenfalls sind sie — und erst recht Ihre Vorschläge zum gesetzgeberischen Vorgehen vor zwölf Jahren — für Sie kaum bindend.

Stichhaltig sind jedoch, wie bereits gesagt, die Argumente, die sich auf den Wortlaut des Artikels 177 gründen: stichhaltig, jedoch auch zu so gefährlichen und ungereimten Ergebnissen führend, daß demgegenüber das nicht zu leugnende Unbehagen, das sich bei ihrer Zurückweisung einstellt, zurücktritt. Letzten Endes teile ich die Ansicht der Autoren, für die die wörtliche Auslegung

der Vorschrift Konsequenzen hat, die „undesirable“, „improper“ sind oder „grave problems“ schaffen können; und da diese Konsequenzen den Verfassern des Vertrages nicht entgangen sein konnten, bin auch ich der Auffassung, daß die „elliptische“ Formulierung unserer Vorschrift auf ein einmaliges, aber nicht undenkbares Versehen zurückzuführen ist (Tomuschat, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften, Köln, 1964, S 57 f.; Schumann, *Deutsche Richter und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1965, S. 119 f.; Bebr, Examen en validité au titre de l'article 177 du traité CEE et cohésion juridique de la Communauté, in *Cahiers de droit européen*, 1975, S. 384; Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 1981, S. 265; Brown und Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, London, 1983, S. 154 f.; Schermers, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1983, S. 232; Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, Paris, 1984, S. 213).

Die Auffassung, die abzulehnen ich Ihnen vorschlage, führt zumindest zu vier Ungeheimheiten. Die erste und vielleicht auffallendste ist ein Paradoxon: Jene Auffassung verleiht nämlich den Untergerichten eine Befugnis — Überprüfung der Gültigkeit der Rechtsakte —, die Artikel 177 Absatz 3 den letztinstanzlichen Gerichten entzieht (Bebr, a. a. O., Telchini, Le pronunzie sulla validità degli atti comunitari secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, S. 257). Entscheidend ist jedoch der zweite Nachteil: der Widerspruch, den die Anerkennung einer solchen Befugnis in dem System bewirkt, das zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Handelns der Gemeinschaft geschaffen worden ist. Bekanntlich ist nach den Artikeln 173 und 174 diese Aufgabe allein dem Gerichtshof übertragen worden; es ist nicht einsichtig, daß die auf

diese Weise verankerte ausschließliche Zuständigkeit entfallen soll, wenn nicht der Betroffene, sondern das nationale Gericht den Gerichtshof in Luxemburg anruft. Sicherlich besteht die Mittlerrolle des nationalen Gerichts nicht nur in einer Weitergabe der Akten; sie beschränkt daher den Wirkungsbereich des Gerichtshofes. In dem ihm verbleibenden Rahmen ändert sie jedoch nicht die Natur dieses Wirkens. Anders ausgedrückt, so Bebr, die Beurteilung der Gültigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte bleibt ein „contrôle constitutionnel“, wenn auch „larvé“.

Aber es geht noch weiter. Der genannte Widerspruch ist nicht nur logisch unhaltbar. Er hat auch schwerwiegende institutionelle Konsequenzen: Er verletzt den Grundsatz des Artikels 189, daß die Handlungen der Organe im gesamten Gemeinschaftsgebiet einheitlich angewendet werden müssen. Dieser Grundsatz hat ein zweifaches Ziel: Gewährleistung der Rechtssicherheit und — ebenso, wenn nicht noch wichtiger — die Sicherstellung des rechtlichen Zusammenhalts der Gemeinschaft. Ob bewußt oder nicht, das einzelstaatliche Gericht, das den Umfang seiner Mittlerrolle bis zur Ungültigkeitserklärung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift erweitert, schleust somit in das System ein zerstörerisches Element ein; deutlicher gesagt, sein Urteil unterminiert die Grundlage, auf der der durch den EWG-Vertrag geschaffene Organismus beruht.

Man kann dem entgegenhalten, daß dieses Argument auch für ein Urteil gelte, durch das der gemeinschaftliche Rechtsakt unzutreffend ausgelegt werde oder auch bloß von der Auslegung in Urteilen anderer nationaler Gerichte abweiche; und daraus wird dann abgeleitet, daß zum Schluß der gesamte Artikel 177 Absatz 2 als ungeschrieben angesehen werde. Diese Kritik hält aber nicht stand. Die Auslegung einer Vorschrift beinhaltet nämlich auch immer die Absicht,

sie anzuwenden. Das Gericht, das dabei ohne Zusammenarbeit mit dem Gerichtshof vorgeht und, wie es durchaus einmal geschehen kann, zu falschen oder geradezu absurden Ergebnissen kommt, beeinträchtigt hierdurch eine Reihe von Interessen, auch gemeinschaftsrechtlicher Art. Feststeht jedoch, daß es nicht in Widerspruch zu Artikel 189 gerät oder zumindest die Regelung, die in dieser Vorschrift verankert ist, nicht in ihrem eigentlichen Kern beeinträchtigt. Dagegen kann auf die Ungültigkeitserklärung nur die Nichtanwendung der Vorschrift folgen; in diesem Fall wird also dieser Kern mit Sicherheit verletzt.

Mit Sicherheit und außerdem in vielen Fällen in nicht wiedergutzumachender Weise. Dies bestreiten, wie wir gesehen haben, das Verwaltungsgericht Frankfurt und ein Teil des Schrifttums mit der Begründung, die Anwendung der Vorschrift werde nicht allgemein und abstrakt ausgeschlossen, sondern bloß im Rahmen eines Rechtsstreits; das entsprechende Urteil sei stets mit Rechtsmitteln anfechtbar. Diese Argumentation berücksichtigt jedoch zum einen nicht, daß zahlreiche Handlungen der Gemeinschaft (auf dem Gebiet des Wettbewerbs, der staatlichen Beihilfen, des Antidumpingverfahrens oder auch in Fällen wie dem, mit dem wir befaßt sind) Einzelmaßnahmen sind, d. h. sich nur an einen oder mehrere bestimmte Adressaten richten; zum anderen wird übersehen, daß niemals sicher ist, ob die betroffene nationale Stelle Berufung einlegt. Wie ein spanischer Jurist nämlich festgestellt hat, der daraus interessante Schlüsse hinsichtlich der Schwäche unseres Systems der mittelbaren Verwaltung gezogen hat, ist keineswegs gewährleistet, daß diese Stelle ihr eigenes Interesse mit dem der Gemeinschaft gleichsetzt (Peláez Marón, *Ambito de la apreciación prejudicial de validez de los actos comunitarios*, in *Revista de las instituciones europeas*, 1985, S. 758).

Ich habe von vier Nachteilen gesprochen. Die letzten beiden sind praktischer Art, doch deswegen nicht weniger bedeutsam. Die Prüfung der Gültigkeit gemeinschaftlicher Rechtsakte ist zunächst eine heikle Aufgabe, die die vollständige Kenntnis der Bezugsvorschriften, die oft in einer schwierigen Fachsprache, geradezu in einer Geheimsprache abgefaßt sind, sowie der nicht leicht zugänglichen Wirtschaftsdaten (das Beispiel der Lehre: „was there a surplus of apples or of mushrooms in the Community, at a certain date?“) voraussetzt; eine Aufgabe, für die das nationale Gericht schlecht oder jedenfalls weniger gerüstet ist als der Gerichtshof (Koopmans, *The Technique of the Preliminary Question — A View from the Court of Justice*, in *TMC Asser Instituut, Artikel 177: Experiences and Problems*, North-Holland, 1987, S. 330). Zweitens könnte dieses Gericht die Wirkungen des Urteils, durch das ein Rechtsakt für ungültig erklärt wird, zeitlich niemals begrenzen, wie es dagegen dem Gerichtshof aufgrund seiner allseits bekannten Rechtsprechung möglich ist, durch die die Regelung des Artikels 174 auf die Vorabentscheidungsverfahren ausgedehnt wurde. Die Entscheidung des einzelstaatlichen Gerichts würde daher die wirtschaftlichen Probleme, denen diese Ausdehnung vorbeugen will, ungelöst lassen und Folgen nach sich ziehen, die möglicherweise das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes stark beeinträchtigen.

Wenn alle diese Ausführungen zutreffen, erscheint das Ergebnis, das ich bereits angekündigt habe, zwar nicht unwiderlegbar, aber sicherlich vernünftig und jedenfalls befriedigender als die entgegengesetzte Lösung. Ich fasse es in einem einfachen Vorschlag zusammen: Das nationale Gericht, das Zweifel hinsichtlich der Gültigkeit der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift hegt, muß das Verfahren aussetzen und den Gerichtshof anrufen (siehe neben dem bereits genannten Schrifttum, Ehle, *Inzidenter Rechtsschutz gegen Handlungen der Euro-*

päischen Gemeinschaftsorgane, in *Monatschrift für Deutsches Recht*, 1964, S. 720; Constantinesco, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften*, I, Baden-Baden, 1977, S. 827; Daig, Artikel 177, in *Kommentar zum EWG-Vertrag*, II. Band, dritte Auflage, 1983, 395; Donner, Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les tribunaux internes, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye*, 1965, S. 39; Plouvier, *Les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes et leurs effets juridiques*, Brüssel, 1975, S. 252; Waelbroek, Commentaire à l'article 177, in *Le droit de la Communauté économique européenne*, X, Brüssel, 1983, S. 209).

Dagegen ist das einzelstaatliche Gericht nicht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet, wenn eine Partei die Nichtanwendung eines Rechtsakts beantragt und das Gericht der Auffassung ist, daß ihr Vorbringen zurückzuweisen ist. Hier kommt die ihm in Artikel 177 Absatz 2 eingeräumte Befugnis voll zur Geltung; dieser Umstand, der die Beschränkung seiner Rolle auf die bloße „Weitergabe der Akten“ gerade ausschließt, mildert das Unbehagen, von dem ich zu Beginn des Abschnitts Nr. 4 sprach. Nach allem steht die Lösung, die ich Ihnen vorschlage, dem Wortlaut der Vorschrift nicht völlig entgegen, sondern verlangt nur, daß der Begriff „eine derartige Frage“ restriktiv verstanden wird: Als Frage also, die das Gericht dahin gehend entscheiden will, daß es die Gültigkeit bejaht.

Noch einige Worte, um dieses Ergebnis vor dem Versuch zu schützen, seine Tragweite einzuschränken. So läßt sich der Ansicht, das Gericht sei zwar vielleicht nicht zur Ungültigerklärung eines Rechtsakts der Gemeinschaft befugt, sei aber sicherlich zur Nichtigerklärung der nationalen Durchführungsmaßnahme zuständig, leicht entgegenhalten, daß die beiden Vorschriften normalerweise zu eng miteinander verbunden sind,

um unterschiedlich beurteilt werden zu können. Den Beweis liefert gerade unser Fall. Aus Artikel 5 Absatz 2 Unterabsatz 2 in Verbindung mit Artikel 10 der Verordnung Nr. 1697/79 ergibt sich, daß die Entscheidung über die Nacherhebung im Rahmen eines besonderen Verfahrens auf Gemeinschaftsebene erlassen wird. Wenn das Finanzgericht den entsprechenden Bescheid des Hauptzollamts Lübeck-Ost endgültig aufgehoben hätte, hätte die Gefahr bestanden, daß die dreijährige Frist für die Nacherhebung nach Artikel 2 dieser Verordnung während des Berufungsverfahrens abgelaufen wäre.

Ebenso unannehmbar ist die im Schrifttum vertretene Ansicht, daß das Gericht einen Rechtsakt der Gemeinschaft zumindest dann nicht anwenden müsse, wenn er „clairement illégal“ (Couzinet, a. a. O., S. 662) sei. Sie ist aufgrund Ihrer Rechtsprechung zurückzuweisen. Von dieser sollen insbesondere das Urteil Granaria BV, a. a. O., wonach jeder Rechtsakt als rechtswirksam gilt, solange der Gerichtshof ihn nicht für ungültig erklärt hat, sowie das Urteil vom 13. Mai 1981 in der Rechtssache 66/80 (International Chemical Corporation, Slg. 1981, 1191) genannt werden, denen zu entnehmen ist, daß die offenkundige Rechtswidrigkeit eines Rechtsakts eine frühere, gleichlautende Feststellung des Gerichtshofes voraussetzt.

6. Ich habe oben gesagt, daß die Unzuständigkeit des nationalen Gerichts zur Entscheidung über die Gültigkeit der Handlungen der Gemeinschaft „eine Einschränkung“ erfährt. Sie betrifft einen genau festgelegten Fall: Das Problem der Gültigkeit muß sich in einem summarischen Verfahren stellen, wobei es keine Rolle spielt, ob dieses vor einem Gericht unterer oder letzter Instanz anhängig ist.

Wie wir gesehen haben, hat sich das Oberlandesgericht Frankfurt am Main in demselben Sinne ausgesprochen. Diese Auffassung

wird aber außerdem von einem erheblichen Teil des Schrifttums (Astolfi, *La procédure suivant l'article 177 CEE*, in *Sociaal-Economische Wetgeving*, 1965, S. 463; Ferraribravo, *Commento all'articolo 177*, in *Commentario CEE*, Milano, 1965, III, S. 1325; Bertin, *Le juge des référés et le droit communautaire*, in *Gazette du Palais*, 1984, Doctrine, S. 48; Daig, a. a. O., S. 403) und — was mehr zählt — vom Gerichtshof in seiner Rechtsprechung geteilt. So wird in dem Urteil vom 24. Mai 1977 in der Rechtsache 107/76 (Hoffmann-La Roche/Centrafarm, Slg. 1977, 957) festgestellt: „Artikel 177 Absatz 3 ... ist dahin auszulegen, daß ein einzelstaatliches Gericht in einem Verfahren wegen einstweiliger Verfügung zur Vorlage einer Auslegungs- oder Gültigkeitsfrage ... an den Gerichtshof auch dann nicht verpflichtet ist, wenn die ... [entsprechende] Entscheidung nicht mehr mit Rechtsmitteln angefochten werden kann, sofern es jeder Partei unbenommen bleibt, ein Hauptverfahren, in dem die ... vorläufig entschiedene Frage erneut geprüft werden und den Gegenstand einer Vorlage nach Artikel 177 bilden kann, ... einzuleiten.“

Der mit dieser Auslegung verfolgten Linie liegt offenkundig das vom Oberlandesgericht Frankfurt so klar herausgestellte Erfordernis zugrunde zu vermeiden, daß der vorläufige Schutz, den der Antragsteller durch Einleitung des summarischen Verfahrens anstrebt, durch die Dauer des Vorabentscheidungsverfahrens vereitelt wird. Den Voraussetzungen, an die das Oberlandesgericht und der Gerichtshof die Ausnahme knüpfen, möchte ich eine weitere hinzufügen: Die Unmöglichkeit, andere Mittel einzusetzen: zum Beispiel die Nichtigkeitsklage nach Artikel 173, in deren Rahmen bekanntlich Eilmaßnahmen beantragt werden können.

7. Die zweite Frage des Finanzgerichts zielt auf die Feststellung, ob die Entscheidung der Kommission vom 6. Mai 1983 an die

Bundesrepublik Deutschland gültig ist. Die Klägerin verneint dies und stützt sich dabei auf zwei Argumente: a) Wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 5 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 erfüllt seien, sei die Kommission zu der Entscheidung *verpflichtet*, die Abgaben nicht zu erheben; b) im vorliegenden Fall seien die Voraussetzungen erfüllt.

Das Argument unter a) beruht auf einer Auslegung des Artikels 5 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 und der zweiten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 1697/79. Nach Artikel 5 Absatz 1 ist in bestimmten Fällen „eine Nacherhebung durch die zuständigen Behörden ... *ausgeschlossen*“; dem wird in der zweiten Begründungserwägung hinzugefügt, daß „eine Nacherhebung *auf keinen Fall gerechtfertigt [ist]*, wenn bei der ursprünglichen ... Abgabefestsetzung ... von Bemessungsgrundlagen [ausgegangen worden ist], deren Richtigkeit von ... [den zuständigen Behörden] ausdrücklich festgestellt worden ist“ (Hervorhebungen von mir). Die Klägerin schließt daraus, daß die Regelung der Rechtssicherheit Vorrang vor der Zahlung der Abgaben in der geschuldeten Höhe einräume: Es sei klar, daß diese Zielsetzung sich auf die Auslegung des Artikels 5 Absatz 2 auswirke. Daher könne die Kommission, wenn die Abgaben 2 000 ECU überstiegen und die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt seien, nicht anders als die nationalen Behörden zum Verzicht auf die Nacherhebung aufzufordern.

Diese Ansicht ist nicht haltbar. Artikel 5 Absatz 2 erklärt ausdrücklich, daß die nationalen Behörden von einer Nacherhebung der Abgaben absehen *können*, und Artikel 6 der Verordnung Nr. 1573/80 schreibt nicht weniger klar vor, daß „die Kommission *entscheidet* ...“, ob nach Lage des Falles von einer Nacherhebung ... abzusehen ist“. Außerdem, auch wenn die von der Klägerin angeführten Vorschriften den Schuldner ein Höchstmaß an Sicherheit garantieren sollen,

scheint mir die Auffassung, dieser Wert gehe der ordnungsgemäßen Erfüllung der Schuld vor, zumindest übertrieben. Artikel 10 Absatz 2 der Richtlinie 79/695, wonach die nationalen Behörden zur Überprüfung und Berichtigung der bereits erhobenen Abgaben berechtigt sind, legt eher den Schluß nahe, daß das Interesse Vorrang hat, der Gemeinschaftskasse ein möglichst hohes Aufkommen zu sichern.

Das zweite Argument der Klägerin geht davon aus, daß im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des Artikels 5 Absatz 2 erfüllt seien. Der Irrtum sei in der Tat von der deutschen Zollbehörde begangen worden, die das Protokoll vom 25. März 1957 nicht richtig angewendet habe; dies zu erkennen sei der Klägerin nicht möglich gewesen, da a) eben diese Behörde ihr für Einfuhren von Waren, die in der DDR hergestellt worden seien, stets Abgabenbefreiung gewährt habe, b) zweifelhaft sei, ob für die streitigen Waren Abgaben zu entrichten seien, wie das Finanzgericht in seinem Beschluß vom 22. September 1983 selbst festgestellt habe, und c) die Klägerin jedenfalls nicht über die nötigen Mittel zur Klärung ihrer Rechtslage verfügt habe. Offenkundig unbegründet sei schließlich der Vorwurf der Kommission in der Entscheidung vom 6. Mai 1983, daß sie nicht alle in der geltenden Regelung für Zollanmeldungen vorgesehenen Vorschriften beachtet habe.

Der letzte Einwand ist zweifellos richtig (siehe die schriftliche Antwort der Kommission auf die diesbezügliche Frage des Gerichtshofes). Unhaltbar ist dagegen die übrige Argumentation. Ein Unternehmen, das regelmäßig Waren aus der DDR in die Bundesrepublik einführt, muß über die für den innerdeutschen Handel geltende Regelung auf dem laufenden sein; insbesondere muß es einfach wissen, daß zumindest bei „Dreiecksgeschäften“, d. h. die über Drittländer erfolgen, die Befreiung von den Abgaben nach der nationalen höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgeschlossen ist

(siehe Bundesfinanzhof, Urteil vom 3. Juli 1958, in *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1958, S. 373). Es läßt sich daher nicht sagen, daß die Kommission mit ihrem Vorwurf zu weit gegangen ist, daß die Klägerin nicht in gutem Glauben oder mit dem Mindestmaß an Sorgfalt gehandelt hat, das nach Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1697/79 Voraussetzung für den Verzicht auf die Nacherhebung der Abgaben ist.

8. Da die dritte Frage für den Fall gestellt worden ist, daß die erste Frage zu bejahen ist, kann sie außer Betracht bleiben. Somit ist noch die vierte Frage zu beantworten. Ich erinnere daran, daß das Finanzgericht den Gerichtshof um eine Entscheidung ersucht, ob die Waren mit Ursprung aus der DDR, die über einen anderen Mitgliedstaat im Wege des externen gemeinschaftlichen Versandverfahrens in die Bundesrepublik eingeführt wurden, zum innerdeutschen Handel gemäß dem Protokoll im Anhang zum EWG-Vertrag gehören und daher von den Abgaben befreit sind oder ob sie als aus Drittländern eingeführt anzusehen sind mit den in diesem Fall bezüglich der Abgaben und der Umsatzsteuer eintretenden Folgen.

Die Klägerin schlägt Ihnen vor, die Frage im ersteren Sinne zu beantworten. Es lasse sich zwar nicht bestreiten, daß die Dreiecksgeschäfte in einer nach dem Protokoll erlassenen Vorschrift definiert worden seien (Artikel 16 der Bundesverordnung vom 1. März 1979); jedoch sei auch richtig, daß die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWG-Vertrags geltende Regelung nicht ausgeschlossen habe, daß diese Geschäfte unter den innerdeutschen Handel fallen könnten (siehe Bundesfinanzhof, Urteil vom 12. Februar 1980, und Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 26. Juni 1981, in *Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern*, 1980, S. 247, bzw. 1982, S. 55). Noch deutlicher sei die Rechtsprechung des Gerichtshofes. In seinem Urteil vom 27. September 1979 in der Rechtssache 23/79

(Geflügelschlachtereie Freystadt GmbH/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas, Slg. 1979, 2789) habe er nämlich entschieden, daß bei der Feststellung, ob das Protokoll auf ein bestimmtes Geschäft Anwendung finde, die näheren Umstände dieses Geschäfts und der Transportweg unerheblich seien.

Bezüglich der Umsatzsteuer beruft sich die Klägerin auf die Erklärung der Bundesregierung zu Artikel 3 der Sechsten Richtlinie des Rates zur Harmonisierung der nationalen Umsatzsteuervorschriften. Nach dieser Erklärung werde das Gebiet der DDR umsatzsteuerlich wie bundesdeutsches Hoheitsgebiet behandelt; wie der Bundesminister der Finanzen in der Folge anerkannt habe, sei die Umsatzsteuer daher nicht auf Waren anwendbar, die sich im Währungsgebiet der DM-Ost im freien Verkehr befänden und im Rahmen des innerdeutschen Handels nach Westdeutschland eingeführt würden.

Die gesamte Argumentation ist zurückzuweisen. Um sich davon zu überzeugen, genügt die Feststellung, daß das Protokoll vom 25. März 1957 ausdrücklich „das bestehende System“ des innerdeutschen Handels (Hervorhebung von mir) betrifft; daher kann es sich nur auf die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages geltende Regelung beziehen — dies räumt das vorliegende Gericht selbst ein und ändert somit seinen im Beschluß vom 22. September 1983 vertretenen Standpunkt. Die Bundesregierung und die Kommission haben erklärt, ohne daß ihnen widersprochen worden wäre, daß in jener Zeit auf die Dreiecksgeschäfte Abgaben erhoben wurden. Auch wenn man diese Geschäfte als vom Protokoll umfaßt ansehen würde, könnte dies also nicht dazu führen, sie von den Abgaben und dann natürlich auch von der Umsatzsteuer auszunehmen.

9. Nach alledem schlage ich Ihnen vor, auf die vom Finanzgericht Hamburg in dem vor ihm anhängigen Rechtsstreit Firma Foto Frost gegen Hauptzollamt Lübeck-Ost mit Beschluß vom 29. August 1985 vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

„1) Aufgrund des in Artikel 189 EWG-Vertrag verankerten Prinzips der einheitlichen Anwendung des sekundären Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten ist Artikel 177 Absatz 2 dahin auszulegen, daß ein nationales Gericht, wenn es Zweifel an der Gültigkeit einer Handlung der Gemeinschaft hat, das Verfahren aussetzen und dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorlegen muß.

Wenn dem einzelnen kein anderer Rechtsschutz gewährt werden kann, insbesondere wenn er nicht berechtigt ist, Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 zu erheben, ist das Gericht im summarischen Verfahren ausnahmsweise nicht verpflichtet, eine Frage nach der Gültigkeit dem Gerichtshof vorzulegen, sofern die Parteien die Möglichkeit haben, ein Hauptverfahren einzuleiten, in dem die im summarischen Verfahren vorläufig entschiedene Frage überprüft und daher nach Artikel 177 vorgelegt werden kann.

- 2) Es hat sich nichts ergeben, was die Gültigkeit der Entscheidung REC 3/83 der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Mai 1985 beeinträchtigen könnte.
- 3) Das Protokoll über den innerdeutschen Handel im Anhang zum EWG-Vertrag betrifft die Regelung, die für den Handel im Zeitpunkt des Abschlusses des EWG-Vertrags galt; aufgrund dessen können nur diejenigen Einfuhren von Waren mit Ursprung in der DDR von den Abgaben befreit werden, denen diese Behandlung damals zuteil wurde.