SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS KARL ROEMER VOM 6. FEBRUAR 1973

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

In der vom Bundesfinanzhof in München anhängig gemachten Vorlagesache 40/69 (dem bekannten Putensterz-Fall) hat der Gerichtshof seine Vorabentscheidung am 18. Februar 1970 erlassen (Slg. 1970, 70). Dabei hat er hinsichtlich der Kosten, seiner ständigen Rechtsprechung folgend, festgestellt: „Die Auslagen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, die Erklärungen beim Gerichtshof eingereicht haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren vor dem Gerichtshof ein Zwischenstreit in dem vor dem Bundesfinanzhof anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht."
Nach Erlaß der Vorabentscheidung hat das Hauptzollamt Hamburg-Oberelbe (eine der Parteien des Ausgangsverfahrens) die von ihm eingelegte Revision zurückgenommen. Vom Bundesfinanzhof war daher nur noch über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Dies ist geschehen in einem Beschluß vom 29. April 1970, dem zufolge das Hauptzollamt die Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen hat. Zu dem Beschluß ist außerdem durch weiteren Beschluß vom 21. Juli 1970 die Klarstellung erfolgt, daß das Hauptzollamt auch die Kosten des Zwischenverfahrens vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu tragen hat.
Aufgrund dieser Vorgänge beantragte die Firma Bollmann, die Revisionsbeklagte des Verfahrens vor dem Bundesfinanzhof, die Festsetzung der ihr zu erstattenden Aufwendungen, und zwar in der Weise, daß ihr für das Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zwei Rechtsanwaltsgebühren im Sinne des § 31 der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung zugesprochen würden, nämlich eine sogenannte Prozeßgebühr und eine Verhandlungsgebühr. Der für die Kostenfestsetzung gemäß § 149 der Finanzgerichtsordnung zuständige Urkundsbeamte des Finanzgerichts Hamburg ist dem jedoch nicht gefolgt, vielmehr hat er für das Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nur eine Verhandlungsgebühr (§ 31 Z. 2 BRAGO) zuerkannt. Eine dagegen eingelegte Erinnerung wurde durch Beschluß des Finanzgerichts vom 30. Oktober 1970 zurückgewiesen. Zur Begründung führte das Finanzgericht aus, gemäß § 139 der Finanzgerichtsordnung seien gesetzliche Gebühren und Auslagen eines Bevöllmächtigten erstattungsfähig. Was als gesetzliche Gebühren und Auslagen angesehen werden könne, ergebe sich aus § 114 der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung in Verbindung mit dem dritten Abschnitt dieses Gesetzes, insbesondere mit seinem § 31. Danach stehe für eine Instanz nur eine Prozeßgebühr zu. Dies müsse auch gelten, wenn ein Vorlageverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften stattgefunden hat. Derartige Verfahren seien als Zwischenstreitigkeiten, d. h. kostenrechtlich als Abschnitt des Ausgangsverfahrens zu behandeln, nicht aber als besondere Angelegenheit im Sinne des § 13 Abs. 6 der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung.
Weil sich die Firma Bollmann mit diesem Bescheid nicht abfinden wollte, wandte sie sich dagegen mit einer Beschwerde an den Bundesfinanzhof. Zu ihrer Begründung machte sie geltend, Vorlageverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften seien als selbständige Verfahren zu betrachten. Zwar überlasse der Europäische Gerichtshof die Verteilung der Kosten dem nationalen Gericht; dies gelte aber nicht für die Bestimmung des Ausmaßes der erstattungsfähigen Kosten. Über die Erstattungsfähigkeit von Parteiaufwendungen

müsse vielmehr nach Maßgabe der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes geurteilt werden, und es bestimme sich dann lediglich die Höhe der Gebühren nach nationalem Recht. Eindeutig lasse sich das aus Artikel 103 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ableiten. Er erkläre die Artikel 44 ff. der Verfahrensordnung für auf das Vorlageverfahren entsprechend anwendbar und damit auch den Artikel 73, in dem die „Vergütungen der Anwälte" ausdrücklich als erstattungsfähige Kosten bezeichnet sind. Zu Unrecht habe das Finanzgericht also den Artikel 73 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofes außer acht gelassen.

Mit Rücksicht auf dieses aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitete Vorbringen setzte der mit der Beschwerde befaßte Bundesfinanzhof das Verfahren erneut aus und legte durch Beschluß vom 8. August 1972 folgende Frage zur Vorabentscheidung vor:

Bestimmen sich, wenn der Gerichtshof festgestellt hat, daß die Entscheidung über die Kosten des Vorabentscheidungsverfahrens dem nationalen Gericht obliegt, insoweit

a) das Kostenfestsetzungsverfahren,

b) die Erstattungsfähigkeit von Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren notwendig waren, insbesondere die Vergütung der Anwälte

nach Gemeinschaftsrecht (Art. 73, 74 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes) oder nach den einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts?

Zu dem so gekennzeichneten Problem will ich nunmehr meine Stellungnahme abgeben.

Bei der Behandlung des gegenwärtigen Falles ist vor allem von der Erkenntnis auszugehen, daß das Gemeinschaftsrecht nur wenige Vorschriften über das Vorabentscheidungsverfahren enthält und daß insbesondere zu den Kosten keine spezielle Vorschrift existiert. Die einzige in der Verfahrensordnung des Gerichtshofes anzutreffende Bestimmung (Art. 103) beschränkt sich darauf, die Artikel 44 ff. der Verfahrensordnung für entsprechend anwendbar zu erklären.

Fragt man sich, was diese Verweisung zu bedeuten hat, so drängt sich jedoch die Annahme auf, in erster Linie sei wohl gedacht an die Fortsetzung des Verfahrens nach Abschluß seines schriftlichen Teils, also an die Erstellung eines Vorberichtes zu der Frage, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, und an die sich anschließende mündliche Verhandlung mit den Erklärungen der Beteiligten sowie den Schlußanträgen des Generalanwalts. — Kein Zweifel kann jedenfalls daran bestehen, daß nicht alle Vorschriften, die sich nach Artikel 44 in der Verfahrensordnung finden, für eine entsprechende Anwendung im Vorlageverfahren geeignet sind. Man denke nur an Artikel 55 § 2 (die Zurückstellung einer Rechtssache auf gemeinsamen Antrag der Parteien), also an eine Vorschrift, die offensichtlich auf Verfahren zugeschnitten ist, in denen die Parteien eine gewisse Dispositionsbefugnis haben. Man denke an Artikel 67, die Bestimmung über die Urteilsergänzung, die gleichfalls nicht paßt, weil es im Vorlageverfahren keine Parteianträge, sondern nur die Möglichkeit einer Stellungnahme zu bestimmten Fragen gibt. Oder man denke an Artikel 77 der Verfahrensordnung (die Einigung der Parteien über die dem Gerichtshof unterbreiteten Streitfragen), eine Norm, zu der es keines weiteren Wortes bedarf, um darzutun, daß sie im Vorlageverfahren offensichtlich keinen Platz haben kann. — Nicht zuletzt kann in diesem Zusammenhang auf bereits vorhandene Rechtsprechung mit gleicher Tendenz hingewiesen werden. So wurde schon in der Rechtssache 6/64 (Slg. 1964, 1310) hervorgehoben, daß es im Vorlageverfahren keine Streithilfe gibt, daß hier also eine entsprechende Anwendung des Artikels 93 der Verfahrensordnung ausscheidet. Weiterhin wurde in der Rechtsprechung bereits betont, das Vorlageverfahren erlaube nicht eine Urteilsauslegung auf Parteiantrag, es komme also auch eine entsprechende Anwendung von Artikel 102 der Verfahrensordnung nicht in Frage (Rechtssache 13/67 — Slg. 1968, 297).

Durchaus konsequenterweise hat sich der Gerichtshof folglich in ständiger Rechtsprechung zu der Auffassung bekannt, er habe in Vorlageverfahren keine Kostenentscheidung nach dem Vorbild des Artikels 69 der Verfahrensordnung zu fällen. Dies läßt sich zwar nicht auf die Ansicht stützen, es fehle an einem verfahrensbeendenden Akt (tatsächlich wird ja das Vorlageverfahren als solches durch die Vorabentscheidung des Gerichtshofes abgeschlossen); wichtig ist aber, daß wir es in diesem Verfahren nicht mit Parteien zu tun haben und daß oftmals auch nicht von einem Obsiegen und Unterliegen gesprochen werden kann. In Wahrheit trifft erst das vorlegende Gericht eine Feststellung zum Obsiegen im konkreten Streit, und deshalb wird sinnvollerweise auch ihm die Kostenentscheidung überlassen, jedenfalls soweit es um die Kosten der Parteien des Ausgangsverfahrens geht, die sich am Vorlageverfahren beteiligt haben. Diese Praxis des Gerichtshofes deckt sich übrigens — was man beruhigend finden mag — mit der des italienischen Verfassungsgerichtshofes, der in Vorlageverfahren offenbar gleichfalls keine Kostenentscheidung trifft, sondern sie dem vorlegenden Richter überläßt (vgl. Art. 19 der „Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale" vom 16. 3. 1956). Sie wird in ihrem Kern außerdem auch von den Beteiligten des jetzigen Verfahrens nicht beanstandet.

Von diesem unbestrittenen und — so ist wohl zu sagen — unangreifbaren Ausgangspunkt aus muß es aber durchaus naheliegend sein, den Artikel 73 der Verfahrensordnung mit seiner Bestimmung dessen, was als erstattungsfähige Kosten angesehen werden kann, insbesondere seinen zweiten Absatz über die „Aufwendungen der Parteien", gleichfalls als im Vorlageverfahren unanwendbar zu bezeichnen. Offensichtlich ist auch er auf Streitigkeiten zugeschnitten, in denen es „Parteien" gibt, und so gesehen besteht zweifellos ein enger Sachzusammenhang mit der nach Artikel 69 der Verfahrensordnung zu fällenden Kostenentscheidung. Zumindest müßte es gekünstelt anmuten, in der Kostenfrage eine getrennte Behandlung vorzunehmen, nämlich dem vorlegenden nationalen Gericht die Entscheidung über die Kostenverteilung zu überlassen und nach Gemeinschaftsrecht (unter Einschaltung des Gerichtshofes) die Erstattungsfähigkeit, d. h. den Umfang der Kostenschuld zu bestimmen. Zur Rechtfertigung eines solchen Vorgehens kann jedenfalls nicht — wie es die Beschwerdeführerin getan hat — auf erheblich anders gelagerte Situationen des nationalen Rechts hingewiesen werden, in denen gleichfalls ein Gericht über die Kostenverteilung und ein anderes (untergeordnetes) über die Kostenfestsetzung im Einzelfall, freilich nach *gleichem* Recht, befindet. — Wie von der Bundesregierung und der Kommission gleichermaßen für richtig gehalten, muß es deshalb mangels einer in Betracht kommenden speziellen Gemeinschaftsnorm als systemgerecht angesehen werden, daß dem nationalen Recht in Vorlageverfahren die Kostenentscheidung insgesamt überantwortet wird, d. h. unter Einschluß der Frage der Erstattungsfähigkeit der Anwaltsgebühren.

Gilt dies für die materiellrechtliche Frage, so muß naturgemäß dasselbe für die Anwendung des sich anschließenden Artikels 74 der Verfahrensordnung angenommen werden, also die Vorschrift, nach der Streitigkeiten über die erstattungsfähigen Kosten von der mit der Rechtssache befaßten Kammer auf Antrag einer Partei und nach Anhörung der Gegenpartei sowie des Generalanwalts durch unanfechtbaren Beschluß entschieden werden. Tatsächlich handelt es sich hier gleichfalls um eine Vorschrift, deren Anwendung eng mit der streitigen Kostenentscheidung des Artikels 69 der Verfahrensordnung verbunden ist, und insbesondere kommt man nicht an der Erkenntnis vorbei, daß wir es im wesentlichen mit einer *Verfahrensbestimmung* zu tun haben, die offensichtlich dazu dienen soll, die Verwirklichung der Grundsätze des Artikels 73 zu ermöglichen.

Demgegenüber könnten nun allerdings noch einige, gewiß nicht unerhebliche Gesichtspunkte geltend gemacht werden.

Bekanntlich trifft der Gerichtshof in Vorabentscheidungsverfahren durchaus auch Feststellungen zur Erstattungsfähigkeit, nämlich insoweit als er die den beteiligten Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorganen entstandenen Kosten als nicht erstattungsfähig bezeichnet. Dies geschieht wohl aufgrund der allgemeinen Vorschrift des Artikels 35 der Satzung und in der Überlegung, daß es durchaus gerechtfertigt ist, im Hinblick auf die grundsätzliche Bedeutung der Rechtsprechung in Vorlageverfahren einen Teil der durch sie verursachten Kosten von der Allgemeinheit tragen zu lassen. — Denkbar ist außerdem, daß künftig einmal nach Durchführung einer Beweisaufnahme in Vorlageverfahren, die man sich insbesondere in Verfahren zur Gültigkeit von Gemeinschaftsakten vorstellen kann, in der Vorabentscheidung selbst etwas zur Erstattungsfähigkeit derartiger Kosten gesagt wird. Die Frage der Erstattungsfähigkeit ist also, mit anderen Worten, dem Gerichtshof in diesem Zusammenhang nicht entzogen.

Zum anderen greifen die beiden folgenden Überlegungen ein.

Man kann sicherlich geneigt sein zu sagen, es sei die Anerkennung des Grundsatzes erwünscht, daß den am Vorlageverfahren Beteiligten die durch dieses Verfahren verursachten Kosten unter gewissen Voraussetzungen erstattet werden. Die Beteiligten (sprich: die Parteien des Ausgangsverfahrens) haben nämlich eine bedeutende Rolle bei der Auslösung von Vorlageverfahren und bei ihrer Behandlung. Die Bereitschaft, diese Aufgabe zu erfüllen, könnte aber geschmälert und damit die Entwicklung des europäischen Rechts beeinträchtigt werden, wenn tatsächlich keine besondere, gegebenenfalls erstattungsfähige Honorierung vorgesehen wäre (wie es angeblich nach deutschem Gebührenrecht der Fall sein soll).

Man wird auch geneigt sein zu sagen, es sei erwünscht, daß in diesem Zusammenhang eine *gemeinschaftseinheitliche* Regelung gilt, so daß die am Vorlageverfahren Beteiligten ohne Rücksicht auf die örtliche Herkunft des Ausgangsverfahrens gleiche Belastungen und Vorteile zu gewärtigen haben. Das wäre jedoch nur der Fall, wenn das Gemeinschaftsrecht den Maßstab für die Bestimmung der Erstattungsfähigkeit von Kosten lieferte.

Indessen kommen wir andererseits nicht an folgenden Feststellungen vorbei.

Zu den beiden zuerst angeführten Gesichtspunkten ergibt sich die Erkenntnis, daß es sich hier um zwei absolut unerläßliche Fälle von Kostenentscheidungen handelt, die eine Generalisierung nicht kategorisch verlangen.

Zu den beiden zuletzt angeführten Überlegungen muß man einräumen, daß es sich allenfalls um *rechtspolitische* Erwägungen de lege ferenda handelt, daß aber keine zwingenden Rechtsgrundsätze erkennbar sind, die konkrete Folgerungen für das geltende Recht erlauben würden. — Wenn ich das sage, denke ich an die Erkenntnis, daß auch sonst innerhalb der Gemeinschaft, was das Gebührenrecht angeht, keine Einheitlichkeit besteht. Ich verweise nur auf die Tatsache, daß nicht alle Mitgliedstaaten eine gesetzliche Regelung zur Erstattung von Rechtsanwaltsgebühren kennen, und ich verweise zum Beispiel auf Artikel 71 der Verfahrensordnung, der hinsichtlich der Aufwendungen einer Partei für die Zwangsvollstreckung die Gebührenordnung des Staates für maßgeblich erklärt, in dem die Vollstreckung stattfindet. Nach dem gegenwärtigen Stand der Integration sind derartige Divergenzen offenbar hinnehmbar, weil sie für das Gemeinschaftsleben schwerwiegende Beeinträchtigungen nicht mit sich bringen. — Zum anderen ist auch wesentlich, daß sich bei einem Vergleich mit entsprechenden nationalen Verfahren durchaus nicht der Grundsatz ausmachen läßt, in Vorlagesachen müsse notwendig eine Erstattung der Parteiaufwendungen erfolgen. So gilt etwa in der Bundesrepublik Deutschland für Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, also für Verfahren, die von anderen Gerichten anhängig ge-

macht werden, die Regel, daß das Bundesverfassungsgericht nach seinem Ermessen darüber befindet, ob eine Erstattung der Auslagen erfolgen soll (§ 34 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes). In bezug auf Vorlagen an den Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe der Bundesrepublik ist sogar ausdrücklich angeordnet, außergerichtliche Kosten der Parteien des Ausgangsverfahrens, die sich an dem Verfahren vor dem Gemeinsamen Senat beteiligen, würden nicht erstattet (§ 17 des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968). Wenn aber ein Prinzip nicht existiert, nach dem Aufwendungen in derartigen Zwischenverfahren immer erstattet werden müssen, so läßt sich — um darauf zurückzukommen — auch für Artikel 73 unserer Verfahrensordnung schwerlich die Feststellung treffen, er habe allgemeine, in Vorlageverfahren gleichermaßen zu beachtende Bedeutung.

Da im übrigen — was freilich nicht entscheidend ist — der Eindruck bestehen mag, es sei eine Auslegung der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung nicht von der Hand zu weisen, nach der die an einem Vorlageverfahren Beteiligten mit einer befriedigenden Regelung der Erstattungsfähigkeit ihrer Auslagen rechnen können, und da überdies auch Bestrebungen im Gange sind, die Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung derart zu ändern, daß die Verfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine besondere Behandlung finden, kann es meines Erachtens bei der Ansicht bleiben, es bestehe kein zwingender Anlaß, der These der Beschwerdeführerin zur entsprechenden Anwendung der Artikel 73 und 74 der Verfahrensordnung auf Vorlageverfahren zu folgen.

Wie von der Bundesregierung und der Kommission übereinstimmend vorgeschlagen, kann auf die vom Bundesfinanzhof vorgelegte Frage also dahin geantwortet werden, daß nach Vorabentscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften die nationalen Gerichte nicht nur über die Verteilung der Kosten auf die Parteien des Ausgangsverfahrens zu entscheiden, sondern daß sie auch die Kostenfestsetzung vorzunehmen und über die Erstattungsfähigkeit zu befinden haben.