SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN
vom 6. Dezember 1988 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Die Kommission hat aufgrund von Artikel 169 EWG-Vertrag Klage beim Gerichtshof erhoben, weil ihrer Meinung nach die Französische Republik und das Vereinigte Königreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag verstoßen haben, daß sie Abgaben in einer bestimmten Höhe nicht gemäß der Verordnung Nr. 1697/79 [1] nachgefordert und mangels einer solchen Nachforderung diesen Betrag den Europäischen Gemeinschaften nicht als „eigene Mittel" der Gemeinschaften zur Verfügung gestellt haben.

Die Kommission behauptet, daß Frankreich und das Vereinigte Königreich gemäß der genannten Verordnung Nr. 1697/79 eine Reihe von „Währungsausgleichsbeträgen" (WAB) hätten nachfordern müssen, die von einem französischen und einem britischen Unternehmen geschuldet worden seien.

Zum Hintergrund

2. Die Richtlinie 69/73 des Rates [2] hat eine Regelung über den „aktiven Veredelungsverkehr" eingeführt, wonach der Importeur von Waren keine Einfuhrabgaben entrichten muß, sofern die eingeführten Waren als „Veredelungserzeugnisse" ausgeführt werden sollen. Der aktive Veredelungsverkehr bedeutet also eine Freistellung von Einfuhrabgaben, die an die Bedingung geknüpft ist, daß die verarbeiteten Erzeugnisse („Veredelungserzeugnisse") ohne Ausfuhrerstattungen ausgeführt werden.

Artikel 24 der genannten Richtlinie führt die Möglichkeit eines „Äquivalenzverkehrs" ein: Unter bestimmten Umständen können die zuständigen Behörden als Veredelungserzeugnisse auch Erzeugnisse ansehen, die durch die Veredelung von Waren entstanden sind, die mit den eingeführten Waren in ihrer Beschaffenheit, ihren Eigenschaften und ihren technischen Merkmalen übereinstimmen („Ersatzwaren"). Artikel 25 dieser Richtlinie läßt außerdem in bestimmten Fällen auch eine „vorzeitige Ausfuhr" der Veredelungserzeugnisse zu. Nach dieser Bestimmung können, wenn es die Umstände rechtfertigen, unter den von den zuständigen Behörden festgesetzten Bedingungen die Veredelungserzeugnisse ausgeführt werden (ebenfalls ohne Ausfuhrerstattungen), bevor die Waren im Rahmen des aktiven Veredelungsverkehrs unter Befreiung von den Einfuhrabgaben eingeführt werden.

Die Richtlinie 75/349 der Kommission [3], die eine Reihe näherer Bestimmungen über den

* Originalsprache: Niederländisch.

1 — Verordnung 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).

2 — Richtlinie des Rates vom 4. März 1969 zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über den aktiven Veredelungsverkehr (ABl. L 58, S. 1).

3 — Richtlinie der Kommission vom 26. Mai 1975 zur Regelung des Ersatzes durch äquivalente Waren und der vorzeitigen Ausfuhr im Rahmen des aktiven Veredelungsverkehrs (ABl. L 156, S. 25).

Äquivalenzverkehr umfaßt, enthält zwei für den vorliegenden Rechtsstreit bedeutsame Bestimmungen. Dabei handelt es sich zunächst um Artikel 5 Absatz 1, der folgendes bestimmt:

„Die Ersatzwaren erhalten durch ihren Austausch mit den Einfuhrwaren die zollrechtliche Stellung der zuletzt genannten, wie die Einfuhrwaren durch diesen Austausch die vorausgegangene zollrechtliche Stellung der Ersatzwaren erhalten."

Sodann handelt es sich um Artikel 4 dieser Richtlinie, der folgendermaßen lautet:

„Wenn die Inanspruchnahme des Ersatzes durch äquivalente Waren oder der vorzeitigen Ausfuhr zu einem nicht gerechtfertigten Vorteil bezüglich der Befreiung von Zöllen, Abgaben gleicher Wirkung, Abschöpfungen und anderer Abgaben, die im Rahmen der Gemeinsamen Agrarpolitik oder im Rahmen der nach Artikel 235 des Vertrages auf bestimmte landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse anwendbaren spezifischen Regelung vorgesehen sind, führen könnte, lehnen die zuständigen Behörden die Bewilligung ab."

3. Da das Gebiet der Gemeinschaft gegenüber Drittländern eine Zolleinheit bildet, können Ein- und Ausfuhren selbstverständlich in verschiedenen Ländern stattfinden. Etwa zu Beginn des Jahres 1981 wandten sich die Firma Rank Hovis (eine Gesellschaft britischen Rechts) und die Compagnie française commerciale et financière (CFCF, eine Gesellschaft französischen Rechts) mit dem Wunsch an die britischen und französischen Behörden, zusammen Ein- und Ausfuhrgeschäfte im Rahmen des aktiven Veredelungsverkehrs in Form des Äquivalenzverkehrs durchzuführen. Rank Hovis sollte Weichweizen aus Kanada unter Befreiung von den Einfuhrabgaben in das Vereinigte Königreich einführen, während die CFCF aus Frankreich Mehl als Veredelungserzeugnis ohne Anspruch auf Ausfuhrerstattungen nach Drittländern ausführen sollte. Nach Artikel 11 der vorerwähnten Richtlinie 75/349 können Einfuhrwaren jedoch nur durch den Inhaber der Bewillung zur vorzeitigen Ausfuhr oder auf seine Rechnung eingeführt werden.

Wegen der Neuheit des vorgeschlagenen „Dreieckverkehrs" nahmen unter anderem die britischen und die französischen Behörden Kontakt mit der Kommission auf. Am 12. Juni 1981 fand in Brüssel ein Treffen zwischen der Kommission und Vertretern von Frankreich, dem Vereinigten Königreich und den Niederlanden statt. Der Vertreter der Niederlande nahm laut den Akten an dem Treffen teil, weil eine niederländische und eine französische Firma einen gleichartigen Dreieckverkehr bezüglich der Ein- und Ausfuhr von Ölerzeugnissen durchführen wollten. Zwischen den Parteien ist streitig, ob bei diesem Treffen nur die allgemeinen Grundsätze der Richtlinien 69/73 und 75/349 besprochen wurden (so die Kommission) oder ob auch auf Einzelheiten der beabsichtigten speziellen Geschäfte eingegangen wurde (so die Beklagten). In jedem Fall ist klar, daß die Kommission bei diesem Treffen das Verfahren erläutert hat, das nach ihren Vorstellungen im Fall eines Äquivalenzverkehrs, bei dem Ein- und Ausfuhren nicht vom selben Un-

ternehmen durchgeführt werden und/oder nicht im selben Land stattfinden, einzuhalten ist. Die Richtlinien der Kommission wurden in dem Dokument SUD/833/81 im einzelnen festgelegt, das die Kommission im Juni/Juli 1981 erstellte und den französischen und britischen Zollbehörden übersandte. Nach diesem Dokument kann die in Artikel 11 der Richtlinie 75/349 verlangte Verbindung zwischen Im- und Exporteur durch Gründung einer Arbeitsgemeinschaft erreicht werden, die als Inhaber der Bewilligung für den aktiven Veredelungsverkehr auftreten würde.

4. Rank Hovis und die CFCF errichteten infolgedessen die Gesellschaft französischen Rechts „Groupement d'intérêt économique (GIE) Minoran" Dieser Gesellschaft erteilten die französischen Behörden (mit Zustimmung der britischen Behörden) am 21. Oktober 1981 die Bewilligung zur Durchführung der geplanten Geschäfte. Die Bewilligung hatte eine Gültigkeitsdauer von einem Jahr. Aufgrund dieser Bewilligung wurden von Rank Hovis zwischen Februar und September 1982 für Rechnung des GIE Minoran mehrere Ladungen Weichweizen aus Kanada in das Vereinigte Königreich eingeführt. Während desselben Zeitraums wurde das Mehl ebenfalls für Rechnung des GIE Minoran von der CFCF aus Frankreich nach Drittländern ausgeführt. Alle Vorgänge fanden ohne Erhebung von Einfuhrabgaben oder Gewährung von Ausfuhrerstattungen statt. Am 9. August 1982 wurde dem GIE Minoran eine zweite, gleichartige Bewilligung gewährt, die jedoch nach einem Fernschreiben der Kommission vom 22. September 1982 widerrufen wurde. In einem Schreiben vom 12. Juli 1984 teilte die Kommission den betroffenen Mitgliedstaaten mit, daß ihrer Meinung nach die Geschäfte einen „nicht gerechtfertigten Vorteil" im Sinne des zitierten Artikels 4 der Richtlinie 75/349 zur Folge gehabt hätten. Die Kommission forderte Frankreich und das Vereinigte Königreich in diesem Schreiben auf, nach diesem Artikel 4 und nach Artikel 2 Absatz 1 (erster Unterabsatz) der genannten Verordnung Nr. 1697/79 die „umgangenen Beträge" zurückzuzahlen[4]. Auf die Fragen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs, welche Beträge nach den Vorstellungen der Kommission nachgefordert werden sollten, stellte die Kommission in einem Schreiben vom 19. Dezember 1984 klar, daß sie um die Nachforderung von WAB bitte, die für die Ausfuhr von Mehl aus Frankreich nach Drittländern und für die Einfuhr von Getreide mit Ursprung in Kanada in das Vereinigte Königreich vorgesehen seien. Nachdem der Austausch von Stellungnahmen zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission ergebnislos blieb, machte die Kommission nach Artikel 169 EWG-Vertrag das vorliegende Verfahren beim Gerichtshof anhängig. In ihrer Klageschrift vom 23. März 1987 macht sie geltend, daß die erteilten Bewilligungen wegen eines „nicht gerechtfertigten Vorteils" nach Artikel 4 der Richtlinie 75/349 ungültig seien, und verlangt von den Beklagten, daß diese nach Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 die WAB nachforderten, die für diese Geschäfte angefallen wären, wenn sie ohne die Bewilligungen durchgeführt worden wären.

5. Es ist darauf hinzuweisen, daß die anwendbaren Rechtsvorschriften nach den streitigen Ereignissen geändert wurden; das Ihnen vorgelegte Problem stellt sich nach dem heutigen Recht nicht mehr. Der Artikel 37 der Verordnung (EWG) Nr. 3677/86 des

4 — Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 des Rates lautet folgendermaßen: „Stellen die zuständigen Behörden fest, daß die nach den gesetzlichen Vorschriften geschuldeten Eingangs- oder Ausfuhrabgaben für Waren, die zu einem Zollverfahren angemeldet wurden, das die Verpflichtung zur Zahlung derartiger Abgaben beinhaltet, vom Abgabenschuldner ganz oder teilweise nicht angefordert worden sind, so fordern sie die nicht erhobenen Abgaben nach Die Abgaben können jedoch nicht mehr nachgefordert werden, wenn seit der buchmäßigen Erfassung des ursprünglich vom Abgabenschuldner angeforderten Betrages oder sofern eine buchmäßige Erfassung unterblieben ist, seit dem Tag, an dem die Zollschuld für die betreffende Ware entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind."

Rates vom 24. November 1986 mit Durchführungsvorschriften zu der Verordnung Nr. 1999/85 über den aktiven Veredelungsverkehr (ABl. L 351, S. 1) (der im Sitzungsbericht ausführlich wiedergegeben ist) bestimmt nämlich, daß im Fall eines Dreieckverkehrs WAB erhoben werden, als ob die Einfuhrwaren vom Ausführer der Veredelungserzeugnisse in den Einfuhrmitgliedstaat versandt worden wären.

Zum Rechtsproblem

6. Der Gerichtshof soll entscheiden, ob die Französische Republik und das Vereinigte Königreich aufgrund der Verordnung Nr. 1697/79 und der Richtlinie 75/349 verpflichtet waren, WAB nachzufordern, die nach Ansicht der Kommission von Rank Hovis und der CFCF geschuldet wurden, und ob sie mangels einer solchen Nachforderung den Gemeinschaften nach der Verordnung Nr. 1697/79 nicht einen entsprechenden Betrag als „eigene Mittel" zur Verfügung stellen mußten.

Nach Ansicht der Kommission hat der Umstand, daß die dem GIE Minoran erteilten Bewilligungen es diesem ermöglicht hätten, die Zahlung der WAB für den eingeführten Weichweizen und das ausgeführte Mehl vollständig zu umgehen, zu einem „nicht gerechtfertigten Vorteil" im Sinne des Artikels 4 der vorerwähnten Richtlinie 75/349 und demzufolge, wie unter 4 ausgeführt, zur Ungültigkeit der Bewilligungen geführt. Deshalb müßten die Mitgliedstaaten aufgrund des vorerwähnten Artikels 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 die nicht erhobenen Abgaben nachfordern.

Diese Klage ist von der Kommission gegen zwei Mitgliedstaaten erhoben worden; sie richtet sich natürlich nicht gegen Rank Hovis und die CFCF, die nach Ansicht der Kommission zur Zahlung bestimmter Beträge verpflichtet sind. Es geht also nicht um die Rechtsposition und das Verhalten dieser Unternehmen, sondern um das Verhalten der betroffenen Mitgliedstaaten und um die Frage, ob von ihnen vernünftigerweise hätte erwartet werden können, daß sie einen angeblich nicht gerechtfertigten Vorteil im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 75/349 erkannten und, wenn ja, ob sie nach der Verordnung Nr. 1697/79 die nicht erhobenen Abgaben hätten nachfordern müssen.

Der sogenannte nicht gerechtfertigte Vorteil

7. Untersuchen wir zunächst, worin der „Vorteil" des fraglichen Geschäfts bestanden haben soll, bevor wir prüfen, ob dieser Vorteil als nicht gerechtfertigt anzusehen ist. Die WAB sollen unter anderem künstliche Verlagerungen im Handelsverkehr verhindern, die sich aus den Wechselkursunterschieden zwischen den verschiedenen „grünen Währungen" in der Gemeinschaft ergeben könnten. Da der Gemeinsame Zolltarif in Ecu ausgedrückt wird, die Abgaben und Erstattungen aber in der Landeswährung zu zahlen sind, könnten die Unternehmen ein Interesse daran haben, Drittlandswaren in Mitgliedstaaten einzuführen, deren Währung seit der Festlegung des GZT an Wert gewonnen hat, oder umgekehrt, Waren nach Drittländern aus Mitgliedstaaten auszuführen, deren Währung an Wert verloren hat. Darüber hinaus könnten sie es im Rahmen des innergemeinschaftlichen Verkehrs vorziehen, Waren den Interventionsstellen in einem Mitgliedstaat mit starker

Währung zum Kauf anzubieten, da die Garantiepreise ebenfalls in Landeswährung ausgezahlt würden. Die Erhebung von WAB soll diese Unterschiede soweit wie möglich ausgleichen.

Aus den von der Kommission vorgelegten Zahlen ergibt sich, daß während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums im Vereinigten Königreich Währungsausgleichsbeträge für die Einfuhr von Weichweizen erhoben wurden („positive" WAB). Aus diesen Zahlen ergibt sich außerdem, daß in Frankreich von April 1982 an Ausfuhrerstattungen für Mehl durch die Erhebung von WAB herabgesetzt wurden („negative" WAB).

Das von Rank Hovis und der CFCF errichtete „Dreiecksystem" erlaubte es, kanadischen Weichweizen in das Vereinigte Königreich unter Befreiung von den Einfuhrabgaben (zu verstehen als die Summe der Abgaben nach dem Gemeinsamen Zolltarif und der positiven WAB) einzuführen und gleichzeitig Mehl aus Frankreich ohne Anspruch auf Ausfuhrerstattungen (zu verstehen als die Abgaben nach dem Gemeinsamen Zolltarif abzüglich der negativen WAB) auszuführen. Da zwischen Frankreich und dem Vereinigten Königreich keine Geschäfte getätigt wurden, wurden auch keine innergemeinschaftlichen WAB erhoben[5].

5 — Das Vereinigte Königreich trägt vor, daß der eigentlich von Rank Hovis angestrebte Vorteil in der zunehmenden Disparität zwischen den Einfuhrabgaben für Weichweizen, die sich im Frühjahr 1981 in einem Aufwärtstrend befunden hätten, und den Ausfuhrerstattungen für Mehl, die in demselben Zeitraum gesunken seien, gelegen habe. Rank Hovis habe zum Äquivalenzverkehr Zuflucht genommen, um die sich aus diesem Trend ergebenden drohenden Einkommensverluste zu begrenzen; die Umgehung von WAB habe dabei nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Ich werde diesen „Vorteil" nicht in meine Untersuchung miteinbeziehen, da keine Partei behauptet, daß er ungerechtfertigt sei.

8. Untersuchen wir nun die Behauptung, daß der beschriebene Vorteil „ungerechtfertigt" sei. Zwischen den Parteien bestehen darüber ganz unterschiedliche Auffassungen.

Die Tatsache, daß aufgrund der fraglichen Bewilligungen *sowohl* positive WAB (für die Einfuhr von Weichweizen aus Kanada in das Vereinigte Königreich) *als auch* negative WAB (für die Ausfuhr von Mehl aus Frankreich nach Drittländern) vermieden werden konnten, bedeutet nach Ansicht der Kommission einen „nicht gerechtfertigten Vorteil". Anfänglich trug die Kommission vor, daß sich dieser nicht gerechtfertigte Vorteil aus der Anwendung des Artikels 5 der Richtlinie 75/349 (zuvor unter 2 wiedergegeben) ergebe, wonach die Ersatzwaren die zollrechtliche Stellung der Einfuhrwaren erhalten und umgekehrt. Nach Auffassung der Kommission konnte dieser Vorschrift nur genügt werden, wenn die Einfuhrwaren und die Ersatzwaren bloß in einem Mitgliedstaat ein- und ausgeführt worden waren[6]. Der nicht gerechtfertigte Vorteil würde also darin bestanden haben, daß die Ausfuhr des kanadischen Getreides von Frankreich nach dem Vereinigten Königreich und somit die Erhebung von innergemeinschaftlichen WAB vermieden worden seien. Dieser Abgabenbetrag müsse nachgefordert werden (auch wenn zwischen Frankreich und dem Vereinigten Königreich kein innergemeinschaftlicher Verkehr stattgefunden habe).

Später bezog sich die Kommission nicht länger auf Artikel 5 der Richtlinie 75/349. In ihrer Antwort auf eine Frage des Gerichtshofes[7] stellte sie klar, daß der Begriff des

6 — Siehe die Schreiben der Kommission vom 12. Juli 1984 an die Ständigen Vertretungen Frankreichs und des Vereinigten Königreichs.

7 — Schriftliche Antwort vom 27. April 1988 auf die Frage des Gerichtshofes vom 2. März 1988.

„nicht gerechtfertigten Vorteils" auf einen Vorteil verweise, der sich nicht bereits „aus der normalen Anwendung der Regelung [über den aktiven Veredelungsverkehr] oder anderer erlaubter Geschäfte ergibt". Eine „normale" Anwendung der Regelung über den aktiven Veredelungsverkehr bedeute, daß die Ein- und Ausfuhren (d. h. die Einfuhr von Weizen und die Ausfuhr von Mehl) innerhalb desselben Mitgliedstaats (nämlich Frankreich) stattgefunden hätten, so daß der Dreieckverkehr keine Möglichkeit zur Umgehung der Erhebung der innergemeinschaftlichen WAB geboten hätte [8]. „Anomale" Anwendungen der Regelung wie im vorliegenden Fall hätten einen nicht gerechtfertigten Vorteil zur Folge und führten zur Ungültigkeit der erteilten Bewilligungen und somit der Befreiung von den Einfuhr- und Ausfuhrabgaben einschließlich der außergemeinschaftlichen WAB. Aus Billigkeitsgründen habe die Kommission trotzdem nur um die Nachforderung der außergemeinschaftlichen WAB gebeten.

Nach Ansicht der Kommission ist es bei alledem ohne Bedeutung, ob die WAB zum Zeitpunkt der *Erteilung* der Bewilligung in Frankreich und im Vereinigten Königreich erhoben worden seien. Es reiche aus, daß die WAB *während* der Geltungsdauer der Bewilligungen für den gesamten Zeitraum im Vereinigten Königreich und während eines bestimmten Zeitraums auch in Frankreich erhoben worden seien.

9. Die *Regierung des Vereinigten Königreichs* verwirft diese Definitionen der Kommission und macht geltend, daß die Möglichkeit aufgrund der Bewilligung, die WAB nicht zu zahlen, eine normale Folge des Bestehens einer Zollunion und einer Regelung über den Äquivalenzverkehr sei, wie sie zum Zeitpunkt der fraglichen Geschäfte gegolten habe. Außerdem habe die auf die fraglichen Geschäfte seinerzeit anwendbare Regelung vorgesehen, eine Bewilligung *entweder* zu erteilen (unter Befreiung von den Einfuhr- und Ausgangsabgaben und den WAB) *oder* zu versagen. Die Erteilung einer Bewilligung unter der Bedingung der Zahlung von WAB sei nicht möglich gewesen [9]. Das Vereinigte Königreich teilt daher auch nicht die Auffassung der Kommission, daß das Bestehen eines „nicht gerechtfertigten Vorteils" aus dem Bestehen von WAB *während* der Geltungsdauer einer Bewilligung abzuleiten sei. Schließlich sei die Auslegung der Kommission unzulässig, da sie dazu führen würde, daß die Erhebung von Abgaben ohne eine klare Rechtsgrundlage für die Auferlegung dieser Abgaben angeordnet werden könnte [10].

Die Verteidigung der *französischen Regierung* geht in dieselbe Richtung. Sie fragt sich, warum eine Bewilligung, aufgrund deren die Zahlung von WAB vermieden werden könne, einen „nicht gerechtfertigten Vorteil" bedeute, während unbestritten sei, daß eine Bewilligung, die es zulasse, die Unterschiede zwischen Einfuhrabschöpfungen und Ausfuhrerstattungen auszunutzen, gültig sei. Die französische Regierung nimmt außerdem an, daß Artikel 4 der Richtlinie 75/349 die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichte, zu prüfen, ob ein bestimm-

8 — Siehe Klageschrift der Kommission, S. 5 und 9.

9 — Die heutige Regelung sieht nach Ansicht des Vereinigten Königreichs diese Möglichkeit namentlich in Artikel 37 der Verordnung Nr. 3677/86 (siehe oben, unter 5) durchaus vor.

10 — Unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes vom 9. Juli 1981 in der Rechtssache 169/80, Gondrand Frères, Slg. 1981, 1931.

tes Geschäft tatsächlich das Ergebnis der „normalen Anwendung der Regelung" sei.

Stellt die Nichtfeststellung des sogenannten „nicht gerechtfertigten Vorteils" ein Versäumnis dar?

10. Angesichts der soeben skizzierten Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Definition, des Bestehens und der Rechtsgrundlage des sogenannten „nicht gerechtfertigten Vorteils" ist die Frage zu klären, ob die Beklagten durch die Nichtfeststellung eines „nicht gerechtfertigten Vorteils" im Sinne des Artikels 4 der Richtlinie 75/349 in diesem Fall gegen eine ihrer Verpflichtungen aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen haben. Bei der Antwort hierauf muß berücksichtigt werden, daß sowohl die Kommission als auch die Mitgliedstaaten einen nicht geringen Ermessensspielraum haben, wenn es um die inhaltliche Bestimmung eines solch „offenen" Begriffs geht. Dies gilt um so mehr, wenn, wie hier, zum Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligungen keine Rechtsprechung und keine Anwendungsfälle angegeben werden konnten, die den Begriff „nicht gerechtfertigter Vorteil" auslegten.

Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß den Beklagten kein Versäumnis vorgeworfen werden kann, wenn sie innerhalb der Grenzen einer vernünftigen und umsichtigen Ausübung ihres Ermessensspielraums bleiben. Angewandt auf den konkreten Fall, meine ich, daß die Beklagten dadurch, daß sie in den beabsichtigten Geschäften keinen ungerechtfertigten Vorteil gesehen haben, von ihrem Ermessensspielraum nicht in unangemessener oder unbedachtsamer Weise Gebrauch gemacht haben. Mein Standpunkt gründet sich auf folgende Umstände.

11. Es läßt sich nicht bestreiten, daß im Jahr 1981 unklar war, ob der „Dreieckverkehr" in den Anwendungsbereich der Richtlinie 75/349 fiel. Artikel 11 Absatz 1 dieser Richtlinie bestimmt nämlich, daß „die Einfuhrwaren ... nur durch den Inhaber der Bewilligung zur vorzeitigen Ausfuhr oder auf seine Rechnung eingeführt werden" können[11]. Gerade aus diesen Gründen wurde das Treffen vom 12. Juni 1981 anberaumt, und es geschah im Anschluß an dieses Treffen, daß die Kommission den französischen und den britischen Behörden das Dokument SUD/833/81 übersandte. Dieses Dokument gab an, wie den Erfordernissen des Artikels 11 genügt werden konnte:

„[L'article 11] poursuit le but ... d'instituer un lien entre importateur et exportateur/opérateur. Si l'opérateur et l'importateur sont deux personnes différentes, soit établies dans un même Etat membre, soit établies chacune dans un autre Etat membre, ce lien pourrait se réaliser[12] moyennant la constitution d'une association momentanée (société de droit civil) qui deviendrait alors titulaire de l'autorisation du régime du perfectionnement actif."

Mag dieses Dokument auch im Konditional abgefaßt sein, so legt es doch unausgesprochen den Gedanken nahe, daß eine rechtliche Kooperationsverbindung zweier Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten ein zulässiges Mittel ist, um von der Vorzugsregelung des Äquivalenzverkehrs Gebrauch zu machen. Es ist bezeichnend, daß die Kommission in keiner Weise, weder bei dem Treffen am 12. Juni 1981 noch in dem

11 — Diese Bestimmung schließt als solche den Dreieckverkehr für eine Gesellschaft mit Niederlassungen in zwei verschiedenen Mitgliedstaaten nicht aus, doch sieht Artikel 11 Absatz 2 dieser Richtlinie auch vor, daß die zuständigen Behörden in der Bewilligung vorschreiben können, daß Ausfuhr und Einfuhr über dieselbe Zollstelle vorzunehmen sind.

12 — Die englische Fassung lautet: „ such link can be formed ...".

Dokument SUD/833/81, die Folgen zur Sprache gebracht hat, die der Rückgriff auf eine Arbeitsgemeinschaft durch Unternehmen in verschiedenen Ländern haben würde, handelte es sich doch um eine rechtliche Konstruktion mit besonderen, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Eigenschaften, die durch eine sehr schwache Rechtspersönlichkeit (falls sie die überhaupt hatte) und ein hohes Maß an Transparenz bezüglich der Gesellschafter gekennzeichnet ist. Der Rückgriff auf diese rechtliche Konstruktion führte zu einer wesentlichen Ausdehnung der Tragweite des Artikels 11 der Richtlinie 75/349: Sie ermöglicht zwei völlig unabhängigen Unternehmen, die in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, den Zugang zur Regelung über den aktiven Veredelungsverkehr. Wenn, wie die Kommission meint, eines der Ziele der Richtlinie 75/349 der Ausschluß des Dreieckverkehrs in Fällen ist, in denen die Zahlung von WAB für den innergemeinschaftlichen Warenverkehr umgangen wird, hat sie durch ihr Verhalten der Verwirklichung dieses Ziels zweifellos geschadet [13].

12. Es ist daher festzustellen, daß die Kommission bei dem Treffen in Brüssel am 12. Juni 1981 und in dem genannten Dokument eine Auslegung der Richtlinie 75/349 nahegelegt hat, deren Folgen sie selber nicht überblickte. Es läßt sich denn auch kaum begreifen, daß sie den Beklagten vorwirft, sie hätten den sich aus den fraglichen Bewilligungen ergebenden Vorteil [14] nicht als einen „nicht gerechtfertigten Vorteil" angesehen. Zwar hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, daß ihr eigener Irrtum „so schwer" und „so offenkundig" gewesen sei, daß die betroffenen Mitgliedstaaten ihn hätten erkennen müssen und ihren Hinweisen nicht hätten folgen dürfen. Ohne entscheiden zu wollen, ob der Irrtum der Kommission wirklich so offenkundig war, scheint mir dies kein stichhaltiges Argument zu sein. Es ist vielmehr festzustellen, daß die betroffenen Mitgliedstaaten umsichtig vorgegangen sind, indem sie (zumindest die Struktur) der beabsichtigten Geschäfte der Kommission unterbreitet haben, und daß sie unter den gegebenen Umständen auf die von der Kommission nahegelegte Auslegung vertrauen durften.

Die Möglichkeit der Nachforderung

13. Auch wenn der Gerichtshof entscheiden sollte, daß die Beklagten dadurch, daß sie die fraglichen Geschäfte nicht als Ursache eines nicht gerechtfertigten Vorteils angesehen haben, gegen eine Verpfichtung aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen haben — was bedeuten würde, daß sie die Grenzen einer vernünftigen und umsichtigen Beurteilung überschritten hätten, was nicht der Fall ist —, muß noch der Frage nachgegangen werden, ob die von der Kommission verlangte Nachforderung möglich ist.

Die Kommission verlangt von den Beklagten, die Nachforderung aufgrund von Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1697/79 durchzuführen. Dabei ist zugleich Artikel 5 Absatz 2 dieser Verordnung zu berücksichtigen, der folgendes bestimmt:

„Die zuständigen Behörden können von einer Nacherhebung von Eingangs- oder Ausfuhrabgaben absehen, deren Nichterhebung auf einen Irrtum der zuständigen Behörden zurückzuführen ist, sofern dieser Irrtum vom Abgabenschuldner nicht erkannt wer-

13 — Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung eingeräumt, daß sie „möglicherweise" dadurch, daß sie die Möglichkeit bestätigt habe, Gebilden mit einem so hohen Grad an Transparenz, Bewilligungen im Dreieckverkehr zu erteilen, den Weg für eventuelle Mißbräuche eröffnet habe; siehe die französische Fassung des Sitzungsprotokolls, S. 33 bis 35.

14 — Soweit er bestand: Wie oben (unter 7) ausgeführt, gab es zum Zeitpunkt der Erteilung der Bewilligung keine WAB für Geschäfte aus und nach der Französischen Republik.

den konnte und letzterer gutgläubig gehandelt und alle geltenden Bestimmungen betreffend die Zollerklärung beachtet hat."

14. In dem Urteil *Foto-Frost*[15] hat der Gerichtshof entschieden, daß dann, wenn die drei in Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1697/79 genannten Voraussetzungen erfüllt sind, die zuständigen Behörden die Nacherhebung nicht mehr vornehmen können und der Abgabenschuldner einen *Anspruch* darauf hat, daß von der Nacherhebung abgesehen wird. In einem solchen Fall kann dem betroffenen Mitgliedstaat nicht vorgeworfen werden, daß er sich weigert, die Nachforderung zu erheben. In derartigen Fällen ist der Mitgliedstaat auch nicht verpflichtet, die entsprechenden eigenen Mittel zur Verfügung zu stellen. Artikel 9 der Verordnung Nr. 1697/79 bestimmt nämlich folgendes:

„Bis zum Inkrafttreten der Gemeinschaftsvorschriften zur Festlegung der Bedingungen, unter denen die Mitgliedstaaten die sich aus der Anwendung der Eingangs- oder Ausfuhrabgaben ergebenden eigenen Mittel feststellen müssen, sind die Mitgliedstaaten, wenn sie *nach dieser Verordnung* diese Abgaben nicht nacherhoben haben, nicht verpflichtet, im Sinne der Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 2891/77 die entsprechenden eigenen Mittel festzustellen" (Hervorhebung von mir).

15. Ich meine, daß im vorliegenden Fall die drei im Urteil *Foto-Frost* genannten Voraussetzungen erfüllt sind, zumindest wenn man, wie wir es nun tun, von der (in meinen Augen verkehrten) Annahme ausgeht, daß die Beklagten einen Fehler bei der Beurteilung begangen haben.

15 — Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85, Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost, Slg. 1987, 4199.

Die *erste Voraussetzung*, daß die Nichterhebung der Abgaben auf einen Irrtum der zuständigen Behörden zurückzuführen ist, ist — in dem hypothetischen Fall — ohne weiteres erfüllt.

Auch die *zweite Voraussetzung*, die für die Anwendung von Artikel 5 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1697/79 erfüllt sein muß, nämlich daß der Abgabenschuldner den Irrtum der Zollbehörden nicht erkennen konnte, ist hier erfüllt. In der Rechtssache *Foto-Frost* maß der Gerichtshof der Tatsache Bedeutung bei, daß selbst sachkundige deutsche Richter es für zweifelhaft gehalten haben, ob die betreffenden Abgaben zu entrichten seien; nach Auffassung des Gerichtshofes kann unter diesen Umständen einem Unternehmen nicht vorgeworfen werden, den Irrtum der Zollbehörden nicht erkannt zu haben. Im vorliegenden Fall meine ich, daß die betreffenden Unternehmen, auch wenn es große Firmen sind, den als vorhanden unterstellten Irrtum der französischen und britischen Behörden ebenfalls nicht erkennen konnten. Angesichts der Tatsache, daß beide Unternehmen sich wegen der Zulässigkeit der geplanten Geschäfte an ihre jeweiligen Zollbehörden gewandt haben — die ihrerseits die Kommission konsultiert haben — und unter Berücksichtigung der erheblichen Unsicherheit, die zum Zeitpunkt der fraglichen Geschäfte auch bei der Kommission bezüglich des Begriffs „nicht gerechtfertigter Vorteil" bestand, konnte von den betroffenen Unternehmen vernünftigerweise nicht erwartet werden, daß sie den Irrtum der zuständigen Behörden entdeckten.

Aus dem Umstand, daß die betroffenen Unternehmen vorweg mit den zuständigen Behörden Kontakt aufgenommen haben, und aus der Tatsache, daß die Kommission nicht behauptet hat, daß die betroffenen Unternehmen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht haben, folgt, daß auch die *dritte Voraussetzung* erfüllt ist.

Zu den Kosten

16. Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ist die unterliegende Partei „auf Antrag" (die französische Fassung lautet: „s'il est conclu en ce sens") zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Insoweit stellt sich in der Rechtssache 92/87 ein Problem bezüglich der Französischen Republik. Im schriftlichen Verfahren hat sie nicht beantragt, der Kommission die Kosten aufzuerlegen. Sie hat aber ein Ersuchen in diesem Sinne in der mündlichen Verhandlung vorgebracht, nämlich in einer schriftlichen Stellungnahme zu einem Dokument, das die Kommission als Antwort auf eine Frage vorgelegt hatte, die der Gerichtshof während der mündlichen Ausführungen gestellt hatte. Die Frage ist nun, ob ein bei dieser Gelegenheit vorgebrachtes Ersuchen noch als „Antrag" angesehen werden kann.

Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Als Prinzip muß gelten, daß eine Partei nur während des schriftlichen Verfahrens „Anträge stellen" kann (im Fall Frankreichs: in der Klagebeantwortung oder in der Gegenerwiderung). In Erklärungen, die nach den mündlichen Ausführungen in einem Schriftstück gemacht worden sind, das eine Stellungnahme zu einem von der Kommission vorgelegten Dokument wiedergeben soll, haben Anträge nichts mehr zu suchen. Somit ist festzustellen, daß die Französische Republik keinen (rechtzeitigen) Antrag gestellt hat und daher ihre eigenen Kosten tragen muß. (Vgl. Urteil vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache 139/79, Maizena/Rat, Slg. 1980, 3393, Randnr. 39, und Urteil vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 59/81, Kommission/Rat, Slg. 1982, 3329, Randnr. 41.)

Ergebnis

17. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor,

1) für Recht zu erkennen, daß die Beklagten, die Französische Republik und das Vereinigte Königreich, im vorliegenden Fall von ihrem Ermessensspielraum nach Artikel 4 der Richtlinie 75/349 nicht in unangemessener oder unbedachtsamer Weise Gebrauch gemacht haben und daß sie deshalb nicht dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag verstoßen haben, daß sie entgegen dem Ersuchen der Kommission bestimmte Abgaben nicht nacherhoben und den Gemeinschaften als Eigenmittel zur Verfügung gestellt haben;

2) hilfsweise, für Recht zu erkennen, daß die Beklagten, selbst wenn sie von ihrem Ermessensspielraum nach Artikel 4 der Richtlinie 75/349 in unangemessener oder unbedachtsamer Weise Gebrauch gemacht haben sollten, gemäß den Artikeln 2 Absatz 1, 5 Absatz 2 und 9 der Verordnung Nr. 1697/79 nicht zu der von der Kommission verlangten Nacherhebung oder Abführung der Mittel verpflichtet waren;

3) der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, mit Ausnahme der Kosten der Französischen Republik, die diese selbst zu tragen hat.