SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO

vom 27. Mai 1997 *

1. Die Vollendung des Binnenmarktes, die einen Raum ohne Binnengrenzen voraussetzt, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital sichergestellt ist, wird sich für den Gemeinschaftsbürger äußerst vorteilhaft auswirken. Freilich wird die Beseitigung der Steuergrenzen zwischen den Mitgliedstaaten, die unerläßlich für die Vollendung des Binnenmarktes ist, mindestens eine Auswirkung haben, die jedenfalls gefühlsmäßig von den Bürgern nicht besonders freundlich aufgenommen werden wird: ich meine die Beseitigung der Möglichkeit, Waren steuerfrei (duty-free) einzukaufen. Diese Möglichkeit wird nämlich mit Ablauf einer Frist, die am 30. Juni 1999 endet, entfallen, wohlgemerkt für Reisen innerhalb der Gemeinschaft.

Das vorliegende Verfahren könnte den Augenblick näher bringen, in dem es Reisenden, die innerhalb der Gemeinschaft Flug- oder Seereisen unternehmen, nicht mehr möglich sein wird, steuerfrei Waren zu erwerben. Die dem Gerichtshof vom Tribunal de commerce Paris zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen betreffen nämlich die Gültigkeit des Artikels 28k der Richtlinie 77/388/EWG (nachstehend: Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie) [1] in der Fassung der Richtlinie 91/680/EWG [2] sowie die Gültigkeit des Artikels 28 der Richtlinie 92/12/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 über das allgemeine System, den Besitz, die Beförderung und die Kontrolle verbrauchsteuerpflichtiger Waren (nachstehend: Verbrauchsteuerrichtlinie) [3]. Es geht um eben die Vorschriften, die den Staaten gestatten, das Steuerbefreiungssystem für den innergemeinschaftlichen Flug- und Schiffsreiseverkehr bis zum 30. Juni 1999 beizubehalten.

Rechtlicher Rahmen

2. Die Richtlinie 91/680 und die Verbrauchsteuerrichtlinie bezwecken in erster Linie, die Voraussetzungen für die Beseitigung der Steuergrenzen innerhalb der Gemeinschaft vom 1. Januar 1993 an zu aktualisieren. Um den Übergang zum endgültigen System der Umsatzbesteuerung im Herkunftsland der Ware zu erleichtern, sahen diese Richtlinien eine Übergangszeit vor, die am 30. Dezember 1996 ablief. In den Begründungserwä-

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern — Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage (ABl. L 145, S. 1).

2 — Dieser Artikel ist nämlich durch Artikel 1 Ziffer 22 der Richtlinie 91/680/EWG des Rates vom 16. Dezember 1991 zur Ergänzung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystem und zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG (ABl. L 376, S. 1) in die Sechste Mehrwertsteuerrichtlinie eingefügt worden.

3 — ABl. L 76, S. 1.

gungen der beiden Richtlinien heißt es allerdings: „Die Übergangszeit für die Besteuerung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs muß genutzt werden, um die erforderlichen Maßnahmen zur Linderung der sozialen Auswirkungen in den betroffenen Bereichen und zugleich der regionalen Schwierigkeiten, insbesondere in den Grenzgebieten, zu treffen, die aufgrund der Beseitigung der Besteuerung bei der Einfuhr und der Steuerfreiheit bei der Ausfuhr im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten entstehen könnten. Daher soll den Mitgliedstaaten gestattet werden, während eines am 30. Juni 1999 ablaufenden Zeitraums für die Lieferungen von Gegenständen Steuerfreiheit zu gewähren, die innerhalb der vorgesehenen Grenzen durch Tax-free-Verkaufsstellen steuerfrei im Rahmen der Personenbeförderung auf dem Luft- oder Seeweg zwischen den Mitgliedstaaten durchgeführt werden." [4]

Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie, der in der soeben angeführten Begründungserwägung begründet wird, bestimmt, soweit hier von Interesse:

„Für die Zeit bis zum 30. Juni 1999 gelten folgende Bestimmungen:

(1) Die Mitgliedstaaten können für Lieferungen von Gegenständen durch Tax-free-Verkaufsstellen zur Mitführung im persönlichen Gepäck von Reisenden, die sich im innergemeinschaftlichen Luft- oder Seeverkehr in einen anderen Mitgliedstaat begeben, Steuerfreiheit gewähren.

...

Den Lieferungen von Gegenständen durch Tax-free-Verkaufsstellen gleichgestellt sind Lieferungen von Gegenständen an Bord eines Flugzeugs oder Schiffes während der innergemeinschaftlichen Beförderung von Reisenden.

Diese Befreiung gilt auch für Lieferungen von Gegenständen durch Tax-free-Verkaufsstellen auf dem Gelände der beiden Kanaltunnel-Terminals im Falle von Reisenden, die einen gültigen Fahrausweis für die Strecke zwischen den beiden Terminals besitzen.

(2) Die Steuerfreiheit nach Ziffer 1 gilt nur für Lieferungen von Gegenständen,

a) deren Gegenwert pro Person und pro Reise die Höchstgrenzen nicht über-

4 — Vgl. 13. Begründungserwägung der Richtlinie 91/680. Nahezu gleich lautet die 23. Begründungserwägung der Verbrauchsteuerrichtlinie.

schreitet, die in den Gemeinschaftsbestimmungen für den Reiseverkehr zwischen Drittländern und der Gemeinschaft vorgesehen sind ...“

Artikel 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie enthält Bestimmungen, die den gleichen Inhalt haben und im wesentlichen ähnlich gefaßt sind.

Zur Vervollständigung des rechtlichen Rahmens sei darauf hingewiesen, daß die Beschränkungen für den steuerfreien Erwerb nach Artikel 28k Ziffer 2 Buchstabe a der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie durch die Richtlinie 94/4/EG des Rates vom 14. Februar 1994 geändert worden sind [5]. Infolge dieser Änderung bestimmt die betreffende Vorschrift nunmehr, daß die Steuerbefreiung lediglich für den Erwerb von Waren gilt, „deren Gesamtwert pro Person und pro Reise 90 ECU nicht übersteigt“.

3. Frankreich, das die betreffenden Richtlinien durch das Gesetz Nr. 92-677 vom 17. Juli 1992 umgesetzt hat, machte von der in Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und Artikel 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie gebotenen Möglichkeit der Steuerbefreiung Gebrauch. Die nationalen Durchführungsvorschriften, die die einschlägigen Bestimmungen der genannten Artikel wörtlich übernehmen, befreien nämlich bis zum 30. Juni 1999 die Einkäufe von Flug- und Schiffsreisenden im innergemeinschaftlichen Verkehr sowie im (französischen) Zugangsbereich zur Eisenbahnverbindung im Ärmelkanaltunnel von der Entrichtung der Mehrwert- und Verbrauchsteuern [6].

Sachverhalt und Vorlagefragen

4. Im Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens stehen sich gegenüber einerseits die Gesellschaften, die gemeinsam die feste Eisenbahnverbindung durch den Ärmelkanaltunnel betreiben, d. h. die Gesellschaften französischen Rechts Eurotunnel SA und France Manche sowie die Gesellschaften englischen Rechts Eurotunnel PLC und The Channel Tunnel Group LTD (nachstehend: Eurotunnel), andererseits eines der Seeschiffahrtsunternehmen, die Überfahrten über den Ärmelkanal durchführen, die Gesellschaft Nouvelle d'Armement Transmanche (derzeitige Firma: SeaFrance; nachstehend: SNAT), eine Tochtergesellschaft der SNCF, die zusammen mit der Gesellschaft STENA unter dem Namen „Sealink“ einige Schiffe betreibt. Am 14. Juni 1995 erhob Eurotunnel

5 — Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 69/169/EWG und 77/388/EWG sowie zur Erhöhung der Freibeträge für Reisende aus Drittländern und der Höchstgrenzen für steuerfreie Käufe im innergemeinschaftlichen Reiseverkehr (Abl. L 60, S. 14). Diese Richtlinie hat aber die in der Verbrauchsteuerrichtlinie festgelegten Höchstgrenzen nicht geändert, die daher so weitergelten, wie sie „in den Gemeinschaftsbestimmungen für den Reiseverkehr zwischen Drittländern und der Gemeinschaft vorgesehen sind“ (Artikel 28 Nr. 2 der Verbrauchsteuerrichtlinie).

6 — Genauer gesagt befreit der durch Artikel 17 II des Gesetzes Nr. 92-677 eingefügte Artikel 262e des Code général des impôts bis zum 30. Juni 1999 den Einkauf in Verkaufsstellen innerhalb eines Flughafens oder Hafens oder des (französischen) Zugangsbereichs zur Eisenbahnverbindung im Ärmelkanaltunnel von der Entrichtung der Mehrwertsteuer. Der durch Artikel 59 des Gesetzes Nr. 92-677 eingefügte Artikel 302 F des Code général des impôts enthält entsprechende Bestimmungen für die Entrichtung der Verbrauchsteuern.

beim Tribunal de Commerce Paris eine Wettbewerbsklage gegen die SNAT [7] mit dem Antrag festzustellen, daß die SNAT seit dem 22. Dezember 1994, als der „Shuttle" mit dem Transport von Touristenfahrzeugen begonnen hatte, gegenüber Eurotunnel unlauteren Wettbewerb betreibt, ihr demzufolge zu untersagen, mehrwert- und verbrauchsteuerfreie Umsätze zu tätigen, und sie zu verurteilen, Eurotunnel Schadensersatz in Höhe von 77 Millionen FF für die Zeit vom 22. Dezember 1994 bis zum 31. Mai 1995 und von 15 Millionen FF für jeden folgenden Monat sowie 500 000 FF gemäß Artikel 700 des neuen Code de la procédure civile zu leisten.

Eurotunnel räumt vor dem vorlegenden Gericht zwar ein, sich in wenigen Monaten recht bedeutende Anteile am Verkehr über den Ärmelkanal gesichert zu haben, behauptet aber, daß gegen sie ein Handelskrieg wegen der Bedingungen für die Überfahrten geführt werde, und zwar durch den Verkauf von Fahrkarten unter den Gestehungskosten, was durch die Förderung ihrer Meinung nach überzogener steuerfreier Verkäufe von alkoholischen Getränken und Tabakwaren auf den Ärmelkanalfähren ausgeglichen werde. Dies werde durch Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und Artikel 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie gestattet, die sie für rechtsunwirksam halte; daher bedürfe es einer Entscheidung des Gerichtshofes über deren Gültigkeit. Auf diesen Gründen beruht also die Klage von Eurotunnel.

Die SNAT beantragt Abweisung der Anträge von Eurotunnel und macht geltend, sie habe lediglich nationale Vorschriften angewendet, die eine getreue Übernahme von Gemeinschaftsbestimmungen seien, so daß ihr kein wettbewerbswidriges Verhalten angelastet werden könne, das im übrigen auch nicht nachgewiesen sei. Die Klage von Eurotunnel bezwecke im übrigen nur die Feststellung der Nichtigkeit der betreffenden Richtlinien, was aus zwei Gründen ausgeschlossen sei. Erstens habe es Eurotunnel unterlassen, die betreffenden Richtlinien nach Artikel 173 anzufechten, obwohl sie hierzu befugt gewesen sei. Zweitens sei der Antrag von Eurotunnel, die Nichtigkeit feststellen zu lassen, bereits von einem englischen Gericht zurückgewiesen worden. Dieser Hinweis bezieht sich auf das Urteil des High Court of Justice vom 17. Februar 1995, mit dem dieser die Klage von Eurotunnel vom 30. Juni 1994 gegen die englischen Vorschriften zur Durchführung der hier in Rede stehenden Richtlinien nicht zugelassen hatte [8].

7 — Als Streithelfer sind der SNAT beigetreten der Verband der im Duty-free-Gewerbe tätigen Unternehmen (International Duty Free Confederation), der Verband, der den größten Teil der Flughäfen des Vereinigten Königreichs zusammenschließt und deren Interessen vertritt (Airport Operators Association Ltd), die Gesellschaft, die Schiffslinien über den Ärmelkanal mit Ausnahme des Pas de Calais betreibt (Bretagne Angleterre Irlande SA) sowie der Verband, der die Gesellschaften für den Personenschiffsverkehr von und nach England vertritt (Passenger Shipping Association Ltd).

8 — Genauer gesagt hat der High Court of Justice es abgelehnt, die Frist von drei Monaten nach den nationalen Vorschriften zu verlängern, und hat die Nichtigkeitsklage von Eurotunnel nicht zugelassen. Allerdings hat er Eurotunnel gestattet, Klage wegen der steuerfreien Verkäufe bei „booze-cruises", das sind Fahrten mit Hin- und Rückreise am selben Tag und sogar mit demselben Schiff, zu erheben; Eurotunnel hat von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch gemacht.

5. Das Tribunal de commerce führt aus, daß Eurotunnel Einnahmeverluste infolge des Wettbewerbs durch die SNAT erleide und daß in Frankreich nur der Verlustverkauf von Waren und nicht der von Dienstleistungen verboten sei, und kommt zu dem Ergebnis, daß der einzige Klagegrund, den Eurotunnel mit einer Wettbewerbsklage geltend machen könne, die Anwendung einer nationalen Vorschrift durch die SNAT sei, die eine rechtswidrige Bestimmung des Rates (getreu) umgesetzt habe.

Das vorlegende Gericht erachtet es daher als notwendig und entscheidungserheblich, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen, und hat folgende Fragen vorgelegt:

1. Ist angesichts des Umstands, daß Eurotunnel gegen die Richtlinien 91/680/EWG und 92/12/EWG des Rates, soweit diese die Steuerregelung (Mehrwert- und sonstige Verbrauchsteuern) für die Ärmelkanalverbindungen betreffen, keine Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 erhoben hat und daß ihre Anträge durch eine Entscheidung des High Court of Justice vom 17. Februar 1995 zurückgewiesen wurden, der Antrag von Eurotunnel zulässig, diese Richtlinien auf der Grundlage des Artikels 177 des Vertrages für nichtig zu erklären?

2. Falls die erste Frage zu bejahen ist: Hat der Rat diese Richtlinien ordnungsgemäß erlassen?

   Hilfsweise: Heilt die Richtlinie 94/4/EG eine etwaige Nichtigerklärung dieser beiden Richtlinien?

3. Für den Fall der Nichtigerklärung: Ist es der SNAT SA — Nouvelle d'armement transmanche — als Fehlverhalten zuzurechnen, daß sie die aufgrund dieser Richtlinien ergangenen Steuergesetze angewandt hat? Zu welchem Zeitpunkt hätte dieses Fehlverhalten begonnen?

6. Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zielen daher auf die Feststellung, ob Eurotunnel die Nichtigkeit der streitigen Richtlinien [9] im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens geltend machen kann, obwohl sie diese nicht im Wege einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 angefochten hat (Frage 1), ob diese beiden Richtlinien rechtmäßig erlassen worden sind (Frage 2), und welche Wirkungen eine mögliche Nichtigerklärung dieser Richtlinien auf die Wettbewerbsklage, insbesondere auf den angeblichen Schadensersatzanspruch von Eurotunnel hat (Frage 3).

Vor der Prüfung des besonderen Problems der Zulässigkeit, wie es das vorlegende Gericht mit seiner ersten Vorlagefrage

9 — Betrifft nur die italienische Fassung.

aufwirft, muß ich zwei weitere Zulässigkeitsprobleme mehr allgemeiner Art behandeln, die im Verlauf des Verfahrens aufgetreten sind. Die SNAT und ihre Streithelfer haben nämlich geltend gemacht, daß der Gerichtshof keine der ihm vorgelegten Fragen beantworten dürfe. Die von Eurotunnel beim nationalen Gericht erhobene Klage sei offensichtlich nur konstruiert, die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen seien jedenfalls nicht erheblich für die Entscheidung des beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits und ihre Beantwortung daher auch für die Entscheidung im Ausgangsverfahren nicht notwendig.

Die These der SNAT entspricht aber, soweit sie sich auf den fiktiven Charakter des Rechtsstreits und auf die offensichtliche Unerheblichkeit der Fragen für dessen Entscheidung stützt, genau den beiden Fallgestaltungen, für die der Gerichtshof entsprechend der soeben angeführten Rechtsprechung [11] die Befugnis beansprucht, dem vorlegenden Gericht nicht zu antworten und mithin eine Entscheidung abzulehnen.

— *Zum fiktiven Charakter des Rechtsstreits*

Zur Zulässigkeit

7. Ich weise zunächst darauf hin, daß es nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes Sache des nationalen Gerichts ist, vor dem eine Frage nach der Gültigkeit einer Rechtshandlung eines Gemeinschaftsorgans aufgeworfen wird, darüber zu befinden, ob für seine Entscheidung eine Klärung dieses Punktes erforderlich ist und ob es den Gerichtshof ersucht, über diese Frage zu erkennen. „Diesem obliegt es dann im Rahmen der durch Artikel 177 begründeten engen Zusammenarbeit mit den nationalen Gerichten, die vom nationalen Gericht gestellte Frage zu beantworten, *es sei denn, es wäre für ihn keinerlei Zusammenhang zwischen der gestellten Frage und der Wirklichkeit oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits erkennbar.*“ [10]

8. Die SNAT und ihre Streithelfer weisen darauf hin, daß wahrer Gegenstand des Ausgangsverfahrens nicht die angeblichen Schadensersatzansprüche von Eurotunnel seien, sondern das Problem der Gültigkeit der Richtlinien, die bis zum 30. Juni 1999 die Beibehaltung des Duty-free-Verkaufs gestatteten. Der eigentliche Zweck der Klage von Eurotunnel sei die Nichtigerklärung dieser Richtlinien und nicht die Erlangung von Schadensersatz, was sich sowohl daraus ergebe, daß Eurotunnel bereits, wenn auch

10 — Urteil vom 13. Dezember 1994 in der Rechtssache C-306/93 (SMW Winzersekt, Slg. 1994, I-5555, Randnr. 15; Hervorhebung von mir).

11 — Diese Rechtsprechung hat sich größtenteils im Rahmen von Auslegungsersuchen entwickelt. Nach der nunmehr „klassischen“ Formel des Gerichtshofes entscheidet er „grundsätzlich ohne Prüfung der Umstände, die die nationalen Gerichte veranlaßt haben, ihm die Fragen vorzulegen, und unter denen sie die Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, um deren Auslegung sie ihn ersucht haben, anzuwenden beabsichtigen ... Etwas anderes gälte nur, wenn sich herausstellen sollte, daß der Gerichtshof unter Mißbrauch des Artikels 177 des Vertrages in Wirklichkeit durch einen fiktiven Rechtsstreit zu einer Entscheidung veranlaßt werden soll, oder wenn die Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, um deren Auslegung der Gerichtshof ersucht wird, offensichtlich nicht anwendbar ist“ (vgl. in diesem Sinn zuletzt Urteil vom 5. Dezember 1996 in der Rechtssache C-85/95, Reisdorf, Slg. 1996, I-6257, Randnrn. 15 und 16).

erfolglos, versucht habe, zu diesem Punkt eine Vorlageentscheidung des High Court of Justice zu erwirken, als auch aus öffentlichen Erklärungen ihres Präsidenten [12].

Unter diesen Umständen sei es offensichtlich, daß die von Eurotunnel erhobene Wettbewerbsklage ein Verfahrenskunstgriff und ein Mittel sei, um den Gerichtshof zu einer Entscheidung über die Gültigkeit der beiden Richtlinien zu bewegen. Eine solche Verwendung des Artikels 177 stelle indessen einen Mißbrauch dar und müsse Anlaß für den Gerichtshof sein, sich wie in den Urteilen Foglia [13] für unzuständig zu erklären, die Fragen des vorlegenden Gerichts zu beantworten.

9. Ich teile diese Auffassung nicht. Zwar hat der Gerichtshof im Urteil Foglia II entschieden, daß, wenn er sich in bestimmten Fällen für unzuständig erklärt, „damit in keiner Weise in die Befugnisse des nationalen Gerichts eingegriffen, sondern verhindert [wird], daß das Verfahren nach Artikel 177 zu anderen als den diesem Verfahren eigenen Zwecken benutzt wird"; er hat jedoch zuvor klargestellt, daß er nicht „für die Beantwortung von Auslegungsfragen zuständig [wäre], die ihm im Rahmen konstruierter Verfahren vorgelegt würden, mit deren Hilfe die Parteien den Gerichtshof zur Stellungnahme zu gemeinschaftsrechtlichen Fragen veranlassen wollen, deren Beantwortung für die Entscheidung eines Rechtsstreits nicht objektiv erforderlich ist" [14].

Es läßt sich auch, wenn man den Fall Eurotunnel insgesamt betrachtet, gewiß nicht ausschließen, daß das Verfahren vor dem vorlegenden Gericht von Eurotunnel nur deshalb hartnäckig betrieben und gewollt wurde, um die Nichtigerklärung der streitigen Richtlinien zu erlangen [15]. Dies ändert aber nichts daran, daß das Ausgangsverfahren durchaus nicht den Charakter eines von den Parteien konstruierten Verfahrens in dem vom Gerichtshof definierten Sinne hat. Im Gegenteil ist nur allzu offensichtlich, daß sich im vorliegenden Fall die Parteien über nichts einig sind, weder über die Notwendigkeit einer Vorlage an den Gerichtshof, da die SNAT sogar die Zulässigkeit der Vorlagefragen bestreitet, noch über das Ergebnis in der Sache.

10. Selbst wenn man davon ausginge, daß der Begriff des konstruierten Rechtsstreits nicht auf den Fall beschränkt ist, daß sich die

12 — Gemeint ist ein Interview mit Sir Alastair Morton in der Zeitschrift *Frontier* vom September 1995. In diesem Interview hat der Präsident von Eurotunnel nämlich erklärt: „Der Ersatz des Schadens durch das kleinste Fährunternehmen ist nicht von Bedeutung. Wir wollen eine Gerichtsentscheidung."

13 — Urteil vom 11. März 1980 in der Rechtssache 104/79 (Foglia I, Slg. 1980, 745) und vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia II, Slg. 1981, 3045).

14 — Urteil Foglia II (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 18).

15 — Der Vollständigkeit halber weise ich darauf hin, daß auch die Auffassung, Eurotunnel habe kein Klageinteresse — weil die streitigen Vorschriften der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und der Verbrauchsteuerrichtlinie die Interessen von Eurotunnel keineswegs negativ beeinflußten, sondern ihr vielmehr die Durchführung von Tax-free-Verkäufen gestatteten und ihr daher günstig seien —, nichts an dem Problem ändert. Es genügt hierzu der Hinweis, daß bei fehlendem Klageinteresse zwar das Vorliegen eines Rechtsstreits verneint werden könnte, so daß eine der unverzichtbaren Voraussetzungen für die Durchführung eines Verfahrens nach Artikel 177 fehlte, daß aber die Frage, ob ein Klageinteresse (und damit ein Rechtsstreit) gegeben ist, vom vorlegenden Gericht anhand der Verfahrensvorschriften seines nationalen Rechts hätte geprüft werden müssen.

Parteien sowohl über den Streitgegenstand als auch über die Anrufung des Gerichtshofes einig sind, sondern auch andere Fallgestaltungen umfaßt, in denen Artikel 177 in einer nicht mit seinem Zweck zu vereinbarenden Art und Weise verwendet wird, muß doch der Begriff des Verfahrensmißbrauchs strikt auf außergewöhnliche Fallgestaltungen beschränkt bleiben [16]. Diese Lösung drängt sich insbesondere auf, wenn man die Rolle bedenkt, die im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens das vorlegende Gericht spielt, das gewiß nicht als bloßes „Instrument" in den Händen der Parteien oder einer von ihnen betrachtet werden darf [17].

Es gibt daher meines Erachtens keine Anhaltspunkte dafür, daß es sich bei dem Ausgangsverfahren um einen konstruierten Rechtsstreit handeln könnte. Außerdem kann dem von Eurotunnel mit ihrer Klage beim vorlegenden Gericht verfolgten Zweck nicht eine solche Bedeutung zukommen, daß die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen als ein Mißbrauch des Verfahrens und des Zieles des Artikels 177 angesehen werden müßten.

16 — Es ist sicherlich kein Zufall, daß die in den Urteilen Foglia verankerten Grundsätze, die doch im Lauf der Jahre ständig wiederholt wurden, in der Rechtsprechung seither keine praktische Anwendung mehr gefunden haben. Der Fall Foglia bleibt daher ein zwar berühmter, aber doch isolierter Fall.

17 — Hier sei darauf hingewiesen, daß Artikel 177 „ein unmittelbares Zusammenwirken des Gerichtshofes mit den nationalen Gerichten in einem nichtstreitigen Verfahren vor[sieht], in dem die Parteien keinerlei Initiativrechte, sondern nur Gelegenheit zur Äußerung haben" (Urteil vom 19. Januar 1994 in der Rechtssache C-364/92 (SAT Fluggesellschaft, Slg. 1994, I-43, Randnr. 9).

— Zur Erheblichkeit der Fragen

11. Die SNAT und ihre Streithelfer machen geltend, die Vorlagefragen seien in der Sache nicht entscheidungserheblich, da die SNAT, selbst wenn die streitigen Richtlinien für nichtig erklärt werden sollten, gleichwohl nicht für die angeblichen Schäden von Eurotunnel haftbar gemacht werden könne. Die SNAT habe nämlich lediglich in gutem Glauben ein nationales Gesetz angewandt, das die streitigen Richtlinien ordnungsgemäß umgesetzt habe; ihre Vorgehensweise könne daher nicht als ein haftungsauslösendes Fehlverhalten gewertet werden. Mithin sei es für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ausgangsverfahren nicht notwendig, daß sich der Gerichtshof zur Gültigkeit der Richtlinien äußere.

12. Diese Auffassung zwingt zur Prüfung der Frage, ob die Antwort auf die Vorlagefragen im vorliegenden Verfahren dem vorlegenden Gericht helfen kann, den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden. Eine solche, wenn auch nur marginale, Erheblichkeitsprüfung hat den Gerichtshof bisher zu einer Verweigerung der Antwort nur bei Fragen geführt, die „in keinem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits" stehen [18], „hypothetischer Natur" sind [19] oder „sich nicht auf eine

18 — In diesem Sinn Beschluß vom 26. Februar 1990 in der Rechtssache C-286/88 (Falciola, Slg. 1990, I-191, Randnr. 9) sowie Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-343/90 (Lourenço Dias, Slg. 1992, I-4673, Randnr. 42).

19 — Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnrn. 28 bis 30).

Auslegung des Gemeinschaftsrechts beziehen, die für die vom ... Richter zu erlassende Entscheidung objektiv erforderlich ist" [20].

Unter diesem Blickwinkel gewinnen die Gründe besondere Bedeutung, die ein Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen anführt, um den Zusammenhang zwischen den gestellten Fragen und dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit und damit die Notwendigkeit einer Beantwortung durch den Gerichtshof zu erläutern [21].

13. Im vorliegenden Fall hat sich nun das vorlegende Gericht auf die Aussage beschränkt, daß als einzige Grundlage einer Wettbewerbsklage die Anwendung einer nationalen Vorschrift durch die SNAT in Frage komme, die eine rechtswidrige Bestimmung des Rates (getreu) umgesetzt habe. Während also die Gültigkeit der fraglichen Richtlinien eindeutig zur Abweisung der Anträge von Eurotunnel führen würde, ist unklar, wie sich eine etwaige Nichtigerklärung auf den Ausgang der Wettbewerbsklage, insbesondere auf den Schadensersatzanspruch von Eurotunnel gegen die SNAT, auswirken würde.

20 — Beschluß vom 16. Mai 1994 in der Rechtssache C-428/93 (Monin Automobiles II, Slg. 1994, I-1707, Randnr. 15).

21 — Das erklärt, weshalb in der einschlägigen Rechtsprechung vor allem in den letzten Jahren immer häufiger als „unerläßlich" bezeichnet wird, „daß das vorlegende Gericht die Gründe darlegt, aus denen es eine Beantwortung seiner Fragen als für die Entscheidung des Rechtsstreits erforderlich ansieht" (vgl. in diesem Sinn z. B. das Urteil Lourenço Dias, zitiert in Fußnote 18, Randnr. 19).

Reicht dies für die Annahme aus, daß die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen für die Entscheidung des beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht erheblich sind? Auch wenn der Vorlagebeschluß insoweit gewiß kein Muster an Klarheit ist, bin ich doch der Auffassung, daß diese Frage verneint werden muß.

14. Zunächst läßt sich die Nützlichkeit der Antwort des Gerichtshofes für die Entscheidung im Ausgangsverfahren dann nicht bestreiten, wenn die Prüfung der Vorlagefragen nichts erkennen läßt, was die Gültigkeit der streitigen Richtlinien beeinträchtigen könnte [22]. Zweitens könnte das Vorbringen der SNAT, sie könnte selbst für den Fall, daß die streitigen Richtlinien für nichtig erklärt werden sollten, nicht für die angeblichen Schäden von Eurotunnel haftbar gemacht

22 — In diesem Fall müßten nämlich die Anträge von Eurotunnel, wie bereits ausgeführt, abgewiesen werden. Insoweit darf auf die noch anhängige Rechtssache C-105/94 (Celestini) hingewiesen werden, die nicht wenige Parallelen zu unserem heutigen Fall aufweist und wie folgt zusammengefaßt dargestellt werden kann: Ein italienisches Gericht befragte, um über die Schadensersatzklage eines italienischen gegen ein deutsches Unternehmen entscheiden zu können, dem ersteres eine Partie Wein verkauft hatte, die von den deutschen Behörden als für den Verzehr ungeeignet nach Italien zurückgesandt worden war, den Gerichtshof über die Vereinbarkeit eines bestimmten von den deutschen Behörden angewandten Weinkontrollsystems mit dem Gemeinschaftsrecht. Gegenüber der Auffassung der Kommission, daß die Vorlagefragen offensichtlich unerheblich für die Entscheidung des Rechtsstreits seien, hielt es Generalanwalt Fennelly in seinen Schlußanträgen vom 26. September 1996 für die Erheblichkeit der Fragen für ausreichend, daß das vorlegende Gericht ausgeführt habe, „daß die gesamte Klage abzuweisen sei, wenn die Antworten des Gerichtshofes dahin lauteten, daß der angewandte Test mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei" (Nr. 28). Zu Recht meinte der Generalanwalt: „Die Pflicht zur Zusammenarbeit, die das Verhältnis zwischen nationalen Gerichten und dem Gerichtshof in Verfahren nach Artikel 177 beherrscht, verpflichtet den Gerichtshof ... dazu, die Beantwortung vorgelegter Fragen nur unter solchen Umständen abzulehnen, unter denen ganz klar ist, daß vernünftigerweise keine wirklich zweckmäßige Antwort gegeben werden kann" (Nr. 29).

werden [23], als solches nicht dazu führen, daß für die Wettbewerbsklage jedes Rechtsschutzinteresse entfiele [24].

Ich hielte es also für gezwungen, zu sagen, daß die Vorlagefragen *offensichtlich* keinerlei Zusammenhang mit dem Gegenstand des Ausgangsverfahrens aufwiesen oder *objektiv* nicht notwendig seien, um den Rechtsstreit zu entscheiden [25]. Ich gehe damit zur Prüfung der Fragen des vorlegenden Gerichts über.

Zur ersten Frage

15. Mit der ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Eurotunnel die Nichtigkeit der betreffenden Richtlinien in einem Vorabentscheidungsverfahren geltend machen kann. Die Zweifel hieran, wie sie in der Frage selbst zum Ausdruck kommen, beruhen darauf, daß Eurotunnel diese Richtlinien nicht mit einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 angefochten hat, sowie darauf, daß die Klage von Eurotunnel vor dem High Court of Justice, mit der die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Vorschriften des Vereinigten Königreichs zur Umsetzung der streitigen Bestimmungen durchgesetzt werden sollte, durch Urteil vom 17. Februar 1995 abgewiesen worden ist.

16. Zum letztgenannten Problem betont das vorlegende Gericht in seinem Vorlagebeschluß, es sei „nicht [seine] Sache, die Entscheidung des High Court of Justice auszulegen, der allein hierzu befugt ist, und auch nicht, nach den Gründen dieser Entscheidung zu fragen"; ferner führt es aus, daß „das Londoner Verfahren nicht vollständig mitgeteilt worden ist [und daß] die Parteien verschieden sind".

Ich möchte hierzu nur bemerken, daß die Klage von Eurotunnel vor dem High Court of Justice in keiner Weise für das vorliegende Verfahren erheblich ist. Abgesehen davon, daß es sich um eine andere Klage mit anderen Parteien handelt, liegt es nämlich klar auf der Hand, daß der Gerichtshof im Rahmen des Verfahrens nach Artikel 177 die Notwendigkeit einer Vorlage zur Vorabentscheidung nicht nach Maßgabe der Entscheidung eines ähnlichen Problems durch ein nationales Gericht überprüfen kann. Schließlich handelt es sich um ein Verfahren zwischen Gerichten, in dem das vorlegende Gericht befugt bleibt, dem Gerichtshof Fragen zu stellen, wenn es Zweifel bei einer Frage hat, die die Auslegung und/oder die Gültigkeit von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts betrifft.

23 — Dieses Problem wird in der dritten Vorlagefrage angesprochen, vgl. unten Nrn. 33 bis 36.

24 — Die etwaige Ungültigkeit der streitigen Richtlinien wäre, soweit sie es, wie das vorlegende Gericht im Vorlagebeschluß anzudeuten scheint, erlauben würde, das Verhalten der SNAT als „unlauteren Wettbewerb" zu qualifizieren, unzweifelhaft insoweit nützlich für das vorlegende Gericht, als es (wenigstens) der SNAT aufgeben könnte, dieses Verhalten einzustellen, d. h. den Duty-free-Verkauf nicht fortzusetzen, was übrigens einem der Anträge von Eurotunnel im Ausgangsverfahren entspricht (vgl. oben, Nr. 4).

25 — Vgl. hierzu Fußnote 11 sowie oben, Nr. 12, insbesondere Fußnoten 18 und 20.

17. Bezüglich des anderen Zulässigkeitsproblems, das mit dieser Frage angesprochen wird, ist demgegenüber zu prüfen, ob das nationale Gericht, vor dem Eurotunnel die Frage der Gültigkeit der streitigen Richtlinien aufgeworfen hat, daran gehindert sein soll, den Gerichtshof nach Artikel 177 Absatz 1 Buchstabe b zu diesem Punkt um eine Stellungnahme zu ersuchen, nur weil Eurotunnel diese Richtlinien nicht mit einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 angefochten hat, immer unterstellt, daß sie hierzu überhaupt befugt gewesen wäre. Diese Frage ist, wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, wegen des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache TWD Textilwerke Deggendorf [26] vorgelegt worden.

Mit diesem Urteil hat der Gerichtshof nämlich seine bisherige Rechtsprechung zu diesem Problem in Frage gestellt, aus der sich ausdrücklich [27] oder auch nur stillschweigend [28] ergab, daß Privatpersonen die Nichtigkeit von Gemeinschaftshandlungen im Verfahren nach Artikel 177 geltend machen können, ohne daß festzustellen wäre, ob ihnen etwa die Befugnis zur unmittelbaren Anfechtung der Handlung zusteht.

18. Das Urteil TWD hat diesen Ansatz teilweise geändert. In diesem Urteil hat der Gerichtshof nämlich dargelegt, daß ein Empfänger staatlicher Beihilfen die Gültigkeit einer Entscheidung der Kommission, die an den Staat gerichtet war, der die Beihilfe gezahlt und deren Rückzahlung verlangt hatte, im Rahmen eines Verfahrens vor dem vorlegenden Gericht nicht in Frage stellen kann, weil das betreffende Unternehmen diese Entscheidung gemäß Artikel 173 hätte anfechten können, da es hierzu berechtigt war. Eine andere Entscheidung würde nach Auffassung des Gerichtshofes bedeuten, daß — in diesem Fall zugunsten des Beihilfeempfängers — die Möglichkeit bestünde, die Bestandskraft in Frage zu stellen, die nach dem Grundsatz der Rechtssicherheit einer Entscheidung nach Ablauf der Klagefrist gemäß Artikel 173 zukommen muß [29].

Im Namen der Rechtssicherheit hat der Gerichtshof mithin eine weitgehend gebilligte Rechtsprechung geändert, die meines Erachtens auch richtiger war, weil sie dem Geist der Zusammenarbeit zwischen nationalem und Gemeinschaftsgericht gerecht wurde, der dem Verfahren nach Artikel 177 zugrunde liegt. Nimmt man dem nationalen Gericht die Möglichkeit, bei Zweifeln an der Gültigkeit eines Gemeinschaftsaktes den Gerichtshof anzurufen, so läuft dies auf eine Absage an diesen Geist der Zusammenarbeit und letztlich auf eine Denaturierung des Vorabentscheidungsverfahrens hinaus.

26 — Urteil vom 9. März 1994 in der Rechtssache C-188/92 (Slg. 1994, I-833).

27 — Vgl. Urteil vom 27. September 1983 in der Rechtssache 216/82 (Universität Hamburg, Slg. 1983, 2771, Randnrn. 7 bis 11) sowie Urteil vom 21. Mai 1987 in den verbundenen Rechtssachen 133/85 bis 136/85 (Rau u. a., Slg. 1987, 2289, Randnrn. 11 und 12).

28 — Vgl. z. B. Urteil vom 22. Oktober 1987 in der Rechtssache 314/85 (Foto-Frost, Slg. 1987, 4199), in dem sich der Gerichtshof zu Fragen äußerte, die die Gültigkeit einer *Entscheidung* betrafen, die der Kläger des Ausgangsverfahrens sehr wohl nach Artikel 173 hätte anfechten können. Vgl. ferner Urteil vom 1. Dezember 1965 in der Rechtssache 16/65 (Schwarze, Slg. 1965, 1151), in dem der Gerichtshof zum Verhältnis von Artikel 173 und 177 im Rahmen einer Gültigkeitsvorabentscheidung Stellung nahm und ausführte: „Es läßt sich nicht behaupten, die Parteien des Hauptprozesses hätten die Vorschriften von Artikel 173 EWG-Vertrag umgangen und das vorlegende Gericht habe auf innerstaatlicher Ebene über Rechtsfragen befinden wollen, deren Entscheidung ausschließlich der Gerichtsbarkeit der Gemeinschaft vorbehalten sei; richtig ist allein, daß die Parteien beantragt haben, bestimmte Fragen nach Maßgabe des Vertrages dem Gerichtshof vorzulegen, und daß das Gericht dem entsprochen hat" (1165).

29 — Die gleichen Gründe führt der Gerichtshof in dem späteren Urteil vom 30. Januar 1997 in der Rechtssache C-178/95 (Wiljo, Slg. 1997, I-585, Randnrn. 20 bis 23) an; in dieser Rechtssache war die Adressatin der nicht nach Artikel 173 angefochtenen Entscheidung auch Klägerin des Ausgangsverfahrens.

19. Allerdings darf auch die Neuorientierung in diesem Bereich nicht so verstanden werden, als sei aufgrund des Urteils TWD den einzelnen immer dann die Möglichkeit genommen, die Ungültigkeit eines Gemeinschaftsaktes vor dem nationalen Gericht geltend zu machen — und diesem folglich die Möglichkeit, den Gerichtshof um Vorabentscheidung zu ersuchen —, wenn sie die betreffende Handlung mit einer Klage nach Artikel 173 hätten anfechten können. Der Gerichtshof hat nämlich zur Zulässigkeit von Vorlagefragen betreffend die Gültigkeit einer Verordnung ausgeführt, daß es „bei einer Gemeinschaftsverordnung, deren streitige Bestimmungen allgemein für abstrakt umschriebene Personengruppen und objektiv bestimmte Situationen gelten, *nicht offenkundig ist, daß eine Klage ... gegen diese Verordnung* gemäß Artikel 173 EG-Vertrag *zulässig gewesen wäre*" [30]. Der Gerichtshof ist damit zu dem Ergebnis gelangt, daß die Ungültigkeit der Verordnung sehr wohl vor dem vorlegenden Gericht einredeweise geltend gemacht werden konnte, und er hat dabei klargestellt, daß in Fällen dieser Art der Hinweis auf das Urteil TWD fehlgehe, da es sich dort um eine Gesellschaft gehandelt habe, „die *unstreitig* berechtigt war, Nichtigkeitsklage gegen einen Rechtsakt der Gemeinschaft zu erheben, dessen Rechtswidrigkeit sie vor dem nationalen Gericht im Wege der Einrede geltend gemacht hatte, und die dieses Recht auch kannte" [31].

Diese Ausführungen belegen, daß die Möglichkeit, die Ungültigkeit einer Gemeinschaftshandlung über Artikel 177 geltend zu machen, nur dann versagt werden kann, wenn die betreffende natürliche oder juristische Person „unstreitig" berechtigt war, gegen den betreffenden Rechtsakt der Gemeinschaft Klage nach Artikel 173 zu erheben. Es reicht mit anderen Worten nicht aus, daß die betreffende Person die Möglichkeit hatte, den Rechtsakt mit einer Nichtigkeitsklage anzufechten, vielmehr durften auch keinerlei Zweifel an der Zulässigkeit der Klage bestehen, weil die betreffende Person entweder Adressat dieser Handlung oder wie im Fall TWD mit Sicherheit klagebefugt war und dies auch wußte.

20. Wenn wir nun zu unserem Fall zurückkehren, so ist im Lichte der soeben dargestellten Rechtsprechung davon auszugehen, daß Eurotunnel nicht als „unstreitig" berechtigt angesehen werden kann, eine Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 zu erheben. Es genügt insoweit der Hinweis, daß die Rechtsakte, deren Gültigkeit im Ausgangsverfahren umstritten ist, Richtlinien sind, mithin Rechtsakte, die jedenfalls grundsätzlich normative Bedeutung haben, so daß *nicht offenkundig ist*, daß eine Klage nach Artikel 173 gegen diese Richtlinien zulässig gewesen wäre.

Dies reicht meines Erachtens für die Feststellung aus, daß Eurotunnel nicht „unstreitig" berechtigt war, eine Nichtigkeitsklage zu erheben, und daß sie daher die Nichtigkeit der streitigen Richtlinien im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens geltend machen kann.

30 — Urteil vom 12. Dezember 1996 in der Rechtssache C-241/95 (Accrington Beef u. a., Slg. 1996, I-6699, Randnr. 15; Hervorhebung von mir).

31 — A. a. O., Randnr. 16; Hervorhebung von mir.

21. Der Vollständigkeit halber sei angefügt, daß zwar der Gerichtshof die Möglichkeit für den einzelnen, die Bestimmungen einer Richtlinie anzufechten, nicht von vornherein ausgeschlossen hat [32], daß hierfür aber die betreffenden Bestimmungen den Charakter einer Entscheidung haben müssen, die die einzelnen unmittelbar und individuell betrifft. Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und Artikel 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie beschränken sich darauf, den Mitgliedstaaten die Beibehaltung der Möglichkeit des Verkaufs in Duty-free-Verkaufsstellen im innergemeinschaftlichen Flug- und Schiffsverkehr einschließlich der Überquerung des Ärmelkanals bis zum 30. Juni 1999 zu gestatten. Augenscheinlich handelt es sich um eine Befugnis der Mitgliedstaaten und nicht um eine Pflicht. Das heißt, daß die streitigen Bestimmungen keine unmittelbare Wirkung haben und ihre Anwendung das Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers voraussetzt, der genausogut hätte beschließen können, nicht von dieser Befugnis Gebrauch zu machen und damit die streitigen Bestimmungen nicht in sein innerstaatliches Recht umzusetzen. Schon dieser Umstand reicht aus, um auszuschließen, daß Eurotunnel im Sinne und für die Zwecke des Artikels 173 „unmittelbar und individuell" von diesen Bestimmungen betroffen sein könnte.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen deutlich, daß Eurotunnel nicht nur nicht als „unstreitig" zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 gegen die streitigen Bestimmungen der beiden Richtlinien berechtigt angesehen werden konnte, sondern auch, daß eine solche Klage unzulässig gewesen wäre. Daher ist die erste Frage eindeutig so zu beantworten, daß Eurotunnel berechtigt ist, die Nichtigkeit der beiden Richtlinien vor dem vorlegenden Gericht geltend zu machen.

Zur zweiten Frage

22. Mit der zweiten Vorlagefrage will das vorlegende Gericht vom Gerichtshof lediglich wissen, ob die Richtlinie 91/680 und die Verbrauchsteuerrichtlinie „ordnungsgemäß", d. h. unter Beachtung der für diesen Zweck festgelegten Bestimmungen, erlassen worden sind. Es bezieht sich insbesondere, wie sich aus dem Vorlagebeschluß selbst ergibt, darauf, daß die Vorschläge der Kommission die streitigen Bestimmungen nicht enthielten und das Parlament nach deren Einfügung vom Rat nicht erneut hierzu angehört worden ist.

Eurotunnel hat indessen für die Nichtigkeit der betreffenden Richtlinien zusätzlich zu

32 — Vgl. Beschlüsse vom 27. April 1988 in der Rechtssache 352/87 (Farzoo und Kortmann/Kommission, Slg. 1988, 2281) sowie vom 7. Dezember 1988 in der Rechtssache 138/88 (Flourez u. a./Rat, Slg. 1988, 6393) und in der Rechtssache 160/88 (Fedesa u. a./Rat, Slg. 1988, 6399) sowie insbesondere Urteil vom 29. Juni 1993 in der Rechtssache C-298/89 (Gibraltar/Rat, Slg. 1993, I-3605, Randnrn. 15 bis 19). Widerwilliger scheint das Gericht erster Instanz die Unanfechtbarkeit von Richtlinien durch einzelne anzuerkennen; im Beschluß vom 20. Oktober 1994 in der Rechtssache T-99/94 (Asocarne/Rat, Slg. 1994, II-871) führt es hierzu aus: „Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages sieht — für den einzelnen — keine direkte Klage vor dem Gemeinschaftsrichter gegen Richtlinien oder Entscheidungen, die als Richtlinie ergangen sind, vor. Dieser Ausschluß ist dadurch gerechtfertigt, daß im Fall der Richtlinien der gerichtliche Rechtsschutz des einzelnen ordnungsgemäß und ausreichend von den nationalen Gerichten gesichert wird, die die Umsetzung der Richtlinien in das jeweilige innerstaatliche Recht kontrollieren" (Randnr. 17). Das Gericht hat allerdings im selben Urteil hinzugefügt: „Hinzu kommt, daß, selbst wenn man — entgegen dem Wortlaut von Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages — davon ausgeht, daß die Richtlinien den Verordnungen gleichgesetzt werden könnten, um eine Klage gegen eine ‚als' Richtlinie ergangene Entscheidung zuzulassen, die streitige Richtlinie keine ‚verschleierte' Entscheidung darstellt und keine spezielle Vorschrift enthält, die den Charakter einer individuellen Entscheidung hätte" (Randnr. 18).

den vom vorlegenden Gericht im Vorlagebeschluß angeführten Gründen noch die fehlende Begründung, eine Verletzung der Gemeinschaftsbestimmungen über staatliche Beihilfen, einen Verstoß gegen die Artikel 99 und 7a des Vertrages, einen Ermessensmißbrauch seitens des Rates, eine Verletzung der Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit und der Verhältnismäßigkeit sowie einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ins Feld geführt. Da die Vorlagefrage zur Gültigkeit in allgemeinen Wendungen gehalten sei und das Adverb „ordnungsgemäß" nicht so ausgelegt werden könne, als habe das vorlegende Gericht die Prüfung der Gültigkeit auf Verfahrensfehler beschränken wollen, habe der Gerichtshof wie in früheren Fällen diese Gründe, die sie im Vorabentscheidungsverfahren und schon vor dem vorlegenden Gericht geltend gemacht habe, mit zu berücksichtigen.

23. Dieser Auffassung ist meines Erachtens nicht zu folgen. Zwar hat der Gerichtshof in einigen Urteilen Nichtigkeitsgründe geprüft, die vom vorlegenden Gericht nicht erwähnt, wohl aber von den Parteien im Verfahren geltend gemacht worden waren, doch hat er dies nur dann getan, wenn diese Rügen in ganz allgemeinen Wendungen formuliert und dem Vorlagebeschluß in keiner Weise die Gründe zu entnehmen waren, die das vorlegende Gericht veranlaßt hatten, die Gültigkeit der betreffenden Handlung in Zweifel zu ziehen [33]. Man darf davon ausgehen, daß der Gerichtshof in Fällen dieser Art angenommen hat, das vorlegende Gericht habe sich bei der Entscheidung über die Vorlage auf die von den Parteien angeführten Gründe gestützt.

Unser Fall liegt indessen ganz anders. Auch wenn man dem Adverb „ordnungsgemäß" keine spezifische Bedeutung zuerkennen möchte, geht nämlich aus dem Vorlagebeschluß klar hervor, daß sich das vorlegende Gericht auf das Fehlen der streitigen Bestimmungen in den Vorschlägen der Kommission und das Unterbleiben einer erneuten Anhörung des Parlaments bezieht [34]. Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob der Gerichtshof neben den Mängeln, die in den Vorlagefragen angesprochen oder in der Begründung des Vorlagebeschlusses angeführt werden, auch die anderen Mängel berücksichtigen kann und/oder muß, die von einer der Parteien des Ausgangsverfahrens geltend gemacht werden.

24. Ich weise insoweit vor allem auf ein Urteil von 1964 hin, in dem der Gerichtshof zu einem ähnlichen Problem entschieden hat, daß er sich auf die Prüfung der in den Vorlagefragen angeführten Mängel nur beschränken könne, wenn die beanstandeten Entscheidungen „mit von Amts wegen zu

33 — Vgl. z. B. Urteil vom 13. März 1968 in der Rechtssache 5/67 (Beus, Slg. 1968, 127, insbesondere 144), Urteil vom 25. Oktober 1978 in den verbundenen Rechtssachen 103/77 und 145/77 (Royal Scholten-Honig, Slg. 1978, 2037, Randnrn. 16 und 17), Urteil vom 11. Juli 1990 in der Rechtssache C-323/88 (Sermes, Slg. 1990, 3027, Randnr. 13), und Urteil vom 5. Oktober 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-13/92, C-14/92, C-15/92 und C-16/92 (Driessen u. a., Slg. 1993, I-4751, Randnrn. 17 bis 20)

34 — Dies wird dadurch bestätigt, daß das vorlegende Gericht mit dieser Frage hilfsweise wissen möchte, ob der etwaige „nicht ordungsgemäße" Erlaß der betreffenden Richtlinien durch den späteren „ordnungsgemäßen" Erlaß der Richtlinie 94/4 geheilt werden kann, durch die die Obergrenzen für den steuerfreien Einkauf pro Person und Reise geändert worden sind.

beachtenden Mängeln behaftet sind" [35]. Dieser Ausrichtung ist der Gerichtshof später gefolgt, ohne allerdings die Frage ausdrücklich wieder anzusprechen; er hat nämlich, falls erforderlich, ihm vorgelegte Gültigkeitsfragen auch im Hinblick auf Mängel geprüft, die das vorlegende Gericht nicht angeführt hatte, die aber von Amts wegen zu beachten waren, z. B. die Pflicht zur Begründung [36].

Dies ist meines Erachtens die Lösung, die unserem Problem am ehesten gerecht wird. Sie wird außerdem durch die ständige Rechtsprechung nahegelegt: „Die Angaben und Fragen in den Vorlageentscheidungen sollen auch den Regierungen der Mitgliedstaaten und den anderen Beteiligten die Möglichkeit geben, gemäß Artikel 20 der EG-Satzung des Gerichtshofes Erklärungen abzugeben ... Der Gerichtshof hat darauf zu achten, daß diese Möglichkeit gewahrt wird; dabei ist zu berücksichtigen, daß den Beteiligten nach der genannten Vorschrift nur die Vorlageentscheidungen zugestellt werden" [37]. Es versteht sich nämlich von selbst, daß diese Möglichkeit nicht gewahrt wäre, wenn weder die vom vorlegenden Gericht gestellten Fragen noch die Begründung des Vorlagebeschlusses die Nichtigkeitsgründe erkennen ließen.

Aufgrund dieser Ausführungen komme ich zu dem Ergebnis, daß der Gerichtshof von den Beanstandungen, die Eurotunnel geltend gemacht hat und die im Vorlagebeschluß nicht angeführt sind, lediglich die der fehlenden Begründung zu prüfen hat. Das Fehlen der Begründung ist, da es eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften darstellt, von Amts wegen zu beachten, wie der Gerichtshof bereits mehrfach entschieden hat [38]. Die Prüfung der Gültigkeit der streitigen Bestimmungen erfolgt daher vor allem unter dem Blickwinkel der Pflicht zur Begründung nach Artikel 190 des Vertrages.

— Zum Fehlen der Begründung

25. Ich weise vorab darauf hin, daß nach ständiger Rechtsprechung die nach Artikel 190 erforderliche Begründung von der Art des betreffenden Rechtsakts und von den

35 — Urteil vom 18. Februar 1964 in den verbundenen Rechtssachen 73/63 und 74/63 (Rotterdam und Puttershoek, Slg. 1964, 1, 29). In diesem Fall gelangte er zu dem Ergebnis, daß „das Unterbleiben einer notwendigen Veröffentlichung von Amts wegen zu beachten ist". Demgegenüber hat sich der Gerichtshof geweigert, nicht von Amts wegen zu beachtende Mängel zu berücksichtigen, die von den Parteien geltend gemacht und vom vorlegenden Gericht nicht beachtet worden waren (vgl. z. B. Urteil vom 27. Oktober 1971 der Rechtssache 6/71, Rheinmühlen, Slg. 1971, 823, Randnr. 13, sowie Schlußanträge von Generalanwalt Dutheillet De Lamothe in ebendieser Rechtssache, 842, insbesondere 852 ff.).

36 — So hat es z. B. der Gerichtshof im Urteil „Butterfahrten", in dem er sich zur Gültigkeit einer Verordnung unter dem Blickwinkel der Verletzung einiger grundlegender Prinzipien der Gemeinschaftsordnung zu äußern hatte, für sinnvoll erachtet, vor der Prüfung der Verordnung anhand dieser Maßstäbe „zu klären, ob sie den Begründungserfordernissen des Artikels 190 EWG-Vertrag genügt" (Urteil vom 7. Juli 1981 in der Rechtssache 158/80, Rewe, Slg. 1981, 1805, Randnrn. 18 und 19).

37 — Vgl. u. a. Beschlüsse vom 19. Juli 1996 in der Rechtssache C-191/96 (Modesti, Slg. 1996, I-3937, Randnr. 5) und in der Rechtssache C-196/96 (Hassan, Slg. 1996, I-3945, Randnr. 5); in diesem Sinn bereits Urteil vom 1. April 1982 in den verbundenen Rechtssachen 141/81, 142/81 und 143/81 (Holdijk, Slg. 1982, 1299, Randnr. 6).

38 — Vgl. insoweit die Zitate in Fußnote 36. In die gleiche Richtung geht auch die Rechtsprechung zur Nichtigkeitsklage nach Artikel 173, vgl. z. B. Urteil vom 28. Juni 1972 in der Rechtssache 32/71 (Jamet/Kommission, Slg. 1972, 483, Randnrn. 11 und 12) und Urteil vom 1. Juli 1986 in der Rechtssache 185/85 (Usinor/Kommission, Slg. 1986, 2079, Randnr. 19).

Umständen abhängt, unter denen er erlassen wurde [39]. Insbesondere muß sie „die Überlegungen des Gemeinschaftsorgans, das den Rechtsakt erlassen hat, so klar und eindeutig zum Ausdruck bringen, daß die Betroffenen ihr die Gründe für die erlassene Maßnahme entnehmen können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann" [40]. Dies belegt nur noch einmal, daß das Fehlen der Begründung als Formmangel von den etwaigen Beanstandungen hinsichtlich der Begründetheit der Maßnahme zu unterscheiden ist [41].

Es genügt hier die Feststellung, daß nach der 13. Begründungserwägung der Richtlinie 91/680 und der 23. Begründungserwägung der Verbrauchsteuerrichtlinie die Übergangszeit, in der die Mitgliedstaaten Mehrwert- und Verbrauchsteuerfreiheit für Lieferungen bei Personenbeförderungen im innergemeinschaftlichen Luft- und Seeverkehr gewähren können, erforderlich ist zur Linderung der sozialen Auswirkungen in den betroffenen Bereichen und zugleich der regionalen Schwierigkeiten, insbesondere in den Grenzgebieten, die aufgrund der Beseitigung der Besteuerung bei der Einfuhr und der Steuerfreiheit bei der Ausfuhr im Handelsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten entstehen könnten. Die Gesichtspunkte, auf die sich der Rat gestützt hat, sind daher so genau angegeben, daß die Betroffenen die Begründetheit der Maßnahme beanstanden können und der Gerichtshof seine Kontrollaufgabe wahrnehmen kann. Folglich sind die streitigen Bestimmungen ausreichend begründet worden.

39 — Vgl. z. B. Urteil vom 11. Januar 1973 in der Rechtssache 13/72 (Niederlande/Kommission, Slg. 1973, 27) sowie Urteil vom 14. Januar 1981 in der Rechtssache 819/79 (Deutschland/Kommission, Slg. 1981, 21).

40 — Urteil vom 13. Juni 1996 in der Rechtssache C-205/94 (Binder, Slg. 1996, I-2871, Randnr. 25)

41 — Vgl. hierzu Schlußanträge des zum Generalanwalt bestellten Richters Vesterdorf vom 10. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen T-1/89 bis T-4/89 und T-6/89 bis T-15/89 (Polypropylen, Slg. 1991, II-869, II-908).

— *Zum Fehlen eines Kommissionsvorschlags und zum Unterbleiben einer erneuten Anhörung des Parlaments*

26. Wie bereits ausgeführt, stellt die Begründung des Vorlagebeschlusses klar, daß die Gültigkeit der Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie sowohl bezüglich der Befugnis des Rates, die streitigen Bestimmungen trotz Fehlens eines Kommissionsvorschlags in die erlassene Richtlinie aufzunehmen, als auch wegen des Unterbleibens einer erneuten Anhörung des Europäischen Parlaments nach deren Einfügung angezweifelt wird.

Da feststeht, daß die ursprünglichen Vorschläge der Kommission die betreffenden Bestimmungen nicht enthielten [42], die der Rat in der Schlußphase der Verhandlungen und daher ohne erneute Anhörung des Parlaments eingefügt hat [43], bleibt nur zu prüfen, ob die von Eurotunnel geltend gemachten Rügen begründet sind.

27. Zum Fehlen eines Kommissionsvorschlags sollten wenige Hinweise genügen.

42 — Der Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Ergänzung des gemeinsamen Mehrwertsteuersystems und zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG im Hinblick auf die Beseitigung der Steuergrenzen wurde am 7. August 1987 vorgelegt (ABl. C 252, S. 2) und in der Folge am 17. Mai 1990 (ABl. C 176, S. 8) und am 2. Mai 1991 (ABl. C 131, S. 3) abgeändert; die letzte Änderung erfolgte im Anschluß an die Anhörung des Parlaments und übernahm, wie zu zeigen sein wird, einige von dessen Vorschlägen. Der ursprüngliche Vorschlag einer Verbrauchsteuerrichtlinie wurde von der Kommission am 27. September 1990 vorgelegt (ABl. C 322, S. 1) und später am 24. Januar 1991 abgeändert (ABl. C 45, S. 10).

43 — Das Parlament hat seine Stellungnahme zum Vorschlag der Richtlinie 91/680 am 20. November 1990 vorgelegt (ABl. C 324, S. 97). Die Stellungnahme zum Vorschlag einer Verbrauchsteuerrichtlinie wurde hingegen in der Sitzung vom 12. Juni 1991 gebilligt (ABl. C 183, S. 122).

Artikel 189a Absatz 1 des Vertrages gibt dem Rat die Befugnis, einen Rechtsakt, der eine Änderung eines Kommissionsvorschlags darstellt, einstimmig zu beschließen [44]. Da die beiden Richtlinien auf Artikel 99 des Vertrages gestützt sind, d. h. auf eine Bestimmung, die für den Erlaß des betreffenden Aktes Einstimmigkeit voraussetzt, ist diese Voraussetzung selbstverständlich beachtet worden.

Es bedarf kaum der Ergänzung, daß das Vorbringen von Eurotunnel, das Vorliegen eines Kommissionsvorschlags sei ein absolutes Erfordernis für die Ausübung der dem Rat nach Artikel 99 übertragenen Befugnisse, jeglicher Grundlage entbehrt. Entscheidend ist, wie der Rat selbst unterstrichen hat, daß die beschlossenen Änderungen nicht den im Vorschlag umrissenen Anwendungsbereich des betreffenden Aktes verlassen. Es ist aber wohl nicht zweifelhaft, daß die Einfügung von Bestimmungen, die die vorübergehende Beibehaltung der Steuerfreiheit für Lieferungen bei Personenbeförderungen im innergemeinschaftlichen Luft- und Seeverkehr gestatten, in vollem Umfang in den Anwendungsbereich von Richtlinien fällt, die die notwendigen Voraussetzungen für die Beseitigung der Steuergrenzen innerhalb der Gemeinschaft aktualisieren sollen.

28. Komplexer ist dagegen die Situation bei der Verpflichtung zur Anhörung des Parlaments. Nach jetzt gefestigter Rechtsprechung schließt das „Erfordernis der Anhörung des Europäischen Parlaments während des Gesetzgebungsverfahrens in den vom Vertrag vorgesehenen Fällen ... das Erfordernis ein, das Europäische Parlament immer dann erneut anzuhören, wenn der endgültig verabschiedete Text als Ganzes gesehen in seinem Wesen von demjenigen abweicht, zu dem das Parlament bereits angehört worden ist, es sei denn, die Änderungen entsprechen im wesentlichen einem vom Parlament selbst geäußerten Wunsch“ [45].

Eine erneute Anhörung des Parlaments ist daher nur in zwei Fällen nicht notwendig: wenn der endgültig verabschiedete Text als Ganzes gesehen in seinem Wesen nicht von demjenigen abweicht, zu dem das Parlament bereits angehört worden ist, oder wenn die später eingefügten Änderungen im wesentlichen einem vom Parlament selbst geäußerten Wunsch entsprechen.

29. Bei der Prüfung, ob die vom Rat vorgenommenen Änderungen wesentlich sind, ist naturgemäß der Text, zu dem das Parlament Stellung genommen hat, mit dem Text der verabschiedeten Richtlinie zu vergleichen. Zweck dieser Richtlinien war es bekanntlich, den Übergang zu einem durch das Fehlen jeglicher Steuergrenzen gekennzeichneten System sicherzustellen; hierzu sehen sie eine Übergangsregelung vor, um die Anpassung an die neue Lage zu ermöglichen (dies gilt

44 — Zum maßgeblichen Zeitpunkt war dies in Artikel 149 Absatz 1 geregelt.

45 — Urteil vom 5. Juli 1995 in der Rechtssache C-21/94 (Parlament/Rat, Slg. 1995, I-1827, Randnr. 18). Im gleichen Sinn vgl. u. a. Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-280/93 (Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 38) und Urteil vom 5. Oktober 1993 (zitiert in Fußnote 33, Randnr. 23).

insbesondere für die Richtlinie 91/680), oder Bestimmungen, die die Abschaffung von Kontrollen an den Grenzen berücksichtigen (dies gilt für die Verbrauchsteuerrichtlinie). Demnach bleibt nur noch zu prüfen, ob die Bestimmungen, die die Befreiung von Mehrwert- und Verbrauchsteuern, freilich unter vorher genau festgelegten Voraussetzungen und für einen begrenzten Zeitraum, zu dem Zweck gestatten, einen Ausgleich für etwaige Schwierigkeiten in den Regionen und in den betroffenen Sektoren zu schaffen, in den wesentlichen Gehalt der betreffenden Richtlinien eingegriffen haben.

Meines Erachtens ist dies angesichts des Gesamtsystems der betreffenden Richtlinien und des Zieles, das diese im Auge haben, zu verneinen. Zwar trifft es zu, daß die Abschaffung der Duty-free-Verkäufe um einige Jahre aufgeschoben worden ist, es ist aber ebenfalls richtig, daß es sich um Änderungen handelt, die nicht nur das Endziel dieser Richtlinien nicht in Frage stellen, sondern auch ihren Anwendungsbereich nicht ändern. Hinzu kommt, daß die Fälle, in denen der Gerichtshof eine erneute Anhörung des Parlaments für erforderlich hielt, Änderungen betrafen, die im Vergleich zu dem Vorschlag, zu dem das Parlament gehört worden war, dessen Anwendungsbereich oder sogar die verfolgten Ziele spürbar änderten, so daß sie „den Kern der getroffenen Regelung [berühren] und daher als wesentlich anzusehen [sind] [46]. Ich kann dies beim vorliegenden Sachverhalt nicht als gegeben ansehen, obwohl ich einräume, daß die Änderungen durch den Rat nicht nur technischer Natur sind [47]. Da die Änderungen durch den Rat nicht wesentlicher Natur sind, war daher eine erneute Anhörung des Parlaments nicht erforderlich.

30. Jedenfalls meine ich, daß man zum gleichen Ergebnis auch aufgrund einer Prüfung der Änderungen gelangt, die das Parlament aus Anlaß seiner Anhörung vorgeschlagen hat. Zu der vorgeschlagenen Mehrwertsteuerrichtlinie hatte das Parlament nämlich u. a. die Änderungen Nr. 6 und Nr. 31 vorgeschlagen. Mit der ersten hatte es die Einfügung folgender neuer Begründungserwägung vorgeschlagen: „Die Übergangszeit muß dazu genutzt werden, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sowohl die sozialen Auswirkungen in den betroffenen Berufszweigen aufzufangen als auch die regionalen Schwierigkeiten zu bekämpfen, die insbesondere in den grenznahen Regionen aufgrund des Wegfalls der Steuergrenzen entstehen könnten" (Erwägung 4f). Der Änderungsvorschlag Nr. 31 betraf die Einfügung einer weiteren Begründungserwägung mit folgendem Wortlaut: „Die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der Vollendung des Binnenmarktes bei abgabenfreien Verkäufen werden in einem Bericht beurteilt, der von der Kommission ausgearbeitet und dem Rat und dem Europäischen Parlament vorgelegt wird" (Erwägung 4g).

46 — In diesem Sinn Urteil vom 5. Juli 1995 (zitiert in Fußnote 45, Randnrn. 20 bis 22), Urteil vom 1. Juni 1994 in der Rechtssache C-388/92 (Parlament/Rat, Slg. 1994, I-2067, Randnrn. 11 bis 13) sowie Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-65/90 (Parlament/Rat, Slg. 1992, I-4593, Randnrn. 19 bis 21).

47 — Es ist darauf hinzuweisen, daß die Fälle, in denen der Gerichtshof eine neue Anhörung des Parlaments nicht für unerläßlich hielt, kleinere Änderungen nur technischer Natur betrafen. Vgl. z. B. Urteil vom 10. Mai 1995 in der Rechtssache C-417/93 (Parlament/Rat, Slg. 1995, I-1185, Randnrn. 30 bis 33) sowie Urteil Deutschland/Rat (zitiert in Fußnote 45, Randnrn. 40 bis 42).

Eben dieser Änderungsvorschlag Nr. 6, der von der Kommission in ihren geänderten Vorschlag vom 2. Mai 1991 aufgenommen worden war [48], wurde vom Rat als Begründung für Artikel 28k herangezogen. Der Rat hat ferner — meines Erachtens nicht ohne Berechtigung — geltend gemacht, daß die Fassung des Änderungsvorschlags Nr. 31, insbesondere die Forderung nach einem Bericht der Kommission über die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen bei abgabenfreien Verkäufen, die Annahme zulasse, daß das Parlament von einer — wohlgemerkt vorübergehenden — Beibehaltung der betreffenden Regelung ausgegangen sei. Dessen Standpunkt [49], wonach der betreffende Bericht vorausgesetzt habe, daß das System der Duty-free-Verkäufe vollständig beseitigt werde und daß die im Änderungsvorschlag Nr. 6 genannten negativen Auswirkungen eher das Schicksal der Zöllner beträfen, überzeugt mich überhaupt nicht, vor allem wenn man den Hinweis auf die Notwendigkeit berücksichtigt, die Übergangszeit für die Linderung der negativen Auswirkungen der Beseitigung der Steuergrenzen auf die betreffenden Bereiche zu nutzen.

31. Noch weniger überzeugend, ja geradezu unhaltbar ist der Standpunkt des Parlaments zu den Änderungsvorschlägen Nr. 25 und Nr. 38, mit denen folgende Ergänzung des Artikels 18 des Vorschlags einer Verbrauchsteuerrichtlinie vorgeschlagen worden war: „Die Vorschriften dieser Richtlinie gelten nicht für Vereinbarungen über den Verkauf von verbrauchsteuerpflichtigen Waren in Duty-free-Läden in Häfen und Flughäfen sowie an Bord von Flugzeugen in der Luft bzw. Schiffen auf See bis zum 31. Dezember 1995." [50] Entgegen der Behauptung des Parlaments kann dieser Vorschlag sicherlich schon allein deswegen nicht auf den außergemeinschaftlichen Verkehr bezogen werden, weil die Verbrauchsteuerrichtlinie den Besitz und die Beförderung verbrauchsteuerpflichtiger Waren für die innergemeinschaftlichen Beziehungen und nicht im Verhältnis zu Drittländern regelt.

Unter diesen Umständen läßt sich unabhängig davon, welche Absichten das Parlament nun wirklich verfolgte, vernünftigerweise nicht behaupten, daß der Rat mit der Einfügung des Artikels 28 die Verbrauchsteuerrichtlinie in einem den ausdrücklichen Wünschen des Parlaments entgegengesetzten Sinn geändert hätte [51].

32. Die vorstehenden Ausführungen zeigen, daß die Prüfung der Fragen nichts ergeben hat, was die Gültigkeit der streitigen Bestimmungen berühren könnte. Für den Fall, daß

48 — Vgl. Fußnote 42.

49 — Gemäß Artikel 21 der Satzung des Gerichtshofes hat das Parlament nämlich im vorliegenden Verfahren Erklärungen abgegeben.

50 — Es bedarf kaum des Hinweises, daß die Kommission diese Änderung nicht in ihren dem Rat vorgelegten geänderten Vorschlag einer Richtlinie aufgenommen hat. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß die Kommission sich stets gegen eine Beibehaltung der hier in Rede stehenden Regelung ausgesprochen und bei der Verabschiedung der beiden Richtlinien eine Erklärung zu Protokoll gegeben hat, in der sie ihre ablehnende Haltung bekräftigte. Dieser Umstand hat naturgemäß keine Auswirkung auf das uns hier beschäftigende Problem; die Kommission hat darüber hinaus selbst im Lauf des Verfahrens vorgebracht, daß die Änderungen des Rates nicht geeignet gewesen seien, die beiden Richtlinien in ihrem Wesensgehalt zu berühren.

51 — Richtig ist allerdings, daß der Vorschlag des Parlaments sich auf eine Übergangszeit bezieht, die am 31. Dezember 1995 endet, während die schließlich erlassene Richtlinie den Ablauf der Übergangszeit auf den 30. Juni 1999 festlegt. Ich bin aber der Meinung, daß eine solche „Abweichung" nicht wie eine Änderung behandelt werden kann, die das Wesen des Aktes als Ganzes gesehen berührt.

der Gerichtshof zu einem anderen Ergebnis gelangen sollte, möchte ich noch hinzufügen, daß der „ordnungsgemäße" Erlaß der Richtlinie 94/4, mit der der Rat die Höchstgrenzen für steuerfreie Käufe im innergemeinschaftlichen Reiseverkehr erhöht hat, nicht geeignet wäre, rückwirkend eine Verletzung wesentlicher Formvorschriften zu heilen, die wegen Nichtbeachtung der vorgeschriebenen Pflicht zur Anhörung des Parlaments der Richtlinie 91/680 und der Verbrauchsteuerrichtlinie entgegenzuhalten wäre.

Zur dritten Frage

33. Mit der dritten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Anwendung einer nationalen Vorschrift, die ordnungsgemäß eine später für nichtig erklärte Richtlinie des Rates umgesetzt hat, ein Rechtsverstoß und damit Grundlage für eine außervertragliche Haftung sein kann. Mit dieser Frage fragt das vorlegende Gericht den Gerichtshof zugleich, zu welchem Zeitpunkt die Nichtigkeit der betreffenden Bestimmungen ihre Wirkung entfaltet habe, ersucht also um Stellungnahme zu einer etwaigen zeitlichen Begrenzung der Wirkungen des Urteils.

Angesichts der Ergebnisse, zu denen ich bei der zweiten Frage gelangt bin, wäre es nicht notwendig, zu dieser letzten Frage Stellung zu nehmen, die, wie ich in Erinnerung rufen möchte, bereits bei der Behandlung des Problems der Zulässigkeit wegen angeblicher Unerheblichkeit der Vorlagefragen angesprochen wurde [52]. Insoweit möchte ich mich daher auf einige kurze und punktuelle Bemerkungen beschränken.

34. Für unrichtig halte ich vor allem die Auffassung, da es Aufgabe des vorlegenden Gerichts sei, über die Rechtswirkungen (auf nationaler Ebene) der Nichtigerklärung eines Gemeinschaftsakts zu befinden, habe sich der Gerichtshof hierzu nicht zu äußern. Allein der Umstand, daß das vorlegende Gericht dem Gerichtshof eine solche Frage vorgelegt hat, kann doch meines Erachtens nur bedeuten, daß es wissen möchte, ob es das Gemeinschaftsrecht vorschreibt oder zumindest zuläßt, daß die Anwendung von Gemeinschaftsbestimmungen, die später für nichtig erklärt werden, als Rechtsverstoß bewertet wird. Ich bin mit anderen Worten der Auffassung, daß das vorlegende Gericht diese Frage gerade deshalb gestellt hat, weil die etwa für nichtig erklärte Norm eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts ist, und weil dieses Gericht für den Fall, daß das Verhalten der SNAT nach Gemeinschaftsrecht nicht als rechtswidrig betrachtet werden könnte, die Haftung der SNAT gegenüber Eurotunnel nicht bejahen könnte, woran zu zweifeln ich keinen Anlaß habe und auch nicht zu zweifeln wage.

52 — Nach Meinung der SNAT hätte nämlich der Gerichtshof diese Fragen gerade deshalb nicht beantworten sollen, weil es selbst für den Fall, daß die betreffenden Richtlinien für nichtig erklärt worden wären, nicht möglich gewesen wäre, hieraus in irgendeiner Weise die Haftung einer Privatperson für deren Verhalten aufgrund der Anwendung einer Rechtsnorm herzuleiten (vgl. oben, Nrn. 11 und 13).

35. Dies vorausgeschickt meine ich, daß das Gemeinschaftsrecht keinerlei Rechtsgrundlage dafür bietet, daß derjenige, der sich einer Norm des Gemeinschaftsrechts gemäß verhält, die später für nichtig erklärt wird, für etwaige Schäden eines Wettbewerbers verantwortlich gemacht werden könnte. Bei einem Sachverhalt wie dem unseren, bei dem sich der Private darauf beschränkt hat, eine nationale Vorschrift zur Durchführung einer Gemeinschaftsbestimmung anzuwenden, ist dies noch offensichtlicher. Es versteht sich nämlich von selbst, daß man allenfalls eine Verantwortlichkeit des Organs in Erwägung ziehen könnte, das den später für nichtig erklärten Akt erlassen hat, aber sicher nicht des Staates, der verpflichtet war, die Durchführungsvorschrift zu erlassen, und noch viel weniger des Privaten, der diese aus dem Gemeinschaftsrecht abgeleitete nationale Vorschrift angewandt hat.

Zum gleichen Ergebnis, d. h. zur Unmöglichkeit, die außervertragliche Haftung auf eine Gemeinschaftsbestimmung zu stützen, ist auch der Gerichtshof in einem Fall gelangt, in dem der Empfänger einer Beihilfe, die sich später als unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erwies, für die Schäden in Anspruch genommen wurde, die einem Wettbewerber entstanden waren; der Gerichtshof entschied so, obwohl dieser Empfänger es versäumt hatte, sich zu vergewissern, daß die Beihilfe ordnungsgemäß gewährt und insbesondere zuvor der Kommission mitgeteilt worden war [53].

36. Im selben Urteil hat der Gerichtshof allerdings auch ausgeführt: „Dies tut jedoch der eventuellen Anwendung des nationalen Rechts der außervertraglichen Haftung keinen Abbruch. Kann die Annahme einer rechtswidrigen Unterstützung durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die geeignet ist, andere Wirtschaftsteilnehmer zu schädigen, nach diesem Recht unter bestimmten Umständen dessen Haftung auslösen, so kann der Grundsatz der Nichtdiskriminierung das nationale Gericht dazu veranlassen, den Empfänger einer unter Verstoß gegen Artikel 93 Absatz 3 des Vertrages gezahlten staatlichen Beihilfe für haftbar zu erklären." [54] Der nationale Richter kann mit anderen Worten die Haftung des Empfängers einer „rechtswidrigen" Beihilfe bejahen, falls diesem deren Rechtswidrigkeit bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, sofern ähnliche Sachverhalte, in denen nur das nationale Recht maßgebend ist, ebenso behandelt werden.

Unser Fall ist aber ganz anders gelagert. Der SNAT kann nämlich keinerlei Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, da sie lediglich eine Möglichkeit genutzt hat, die in nationalen Vorschriften zur Umsetzung von Bestimmungen in Gemeinschaftsrichtlinien ausdrücklich vorgesehen war. Ganz allgemein — und ganz kategorisch — ist auszuschließen, daß ein einzelner, der eine nationale Vorschrift, mit der eine Gemeinschaftsbestimmung (ordnungsgemäß) umgesetzt worden ist, anwendet — und gegebenfalls hierzu verpflichtet ist —, sich damit haftbar machen könnte. Eine andere Lösung wäre zumindest bizarr, und zwar in jeder Hinsicht.

53 — Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94 (SFEI u. a., Slg. 1996, I-3547, Randnr. 74).

54 — A. a. O., Randnr. 75.

37. Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vom Tribunal de commerce Paris zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Ein einzelner ist an der Geltendmachung der Nichtigkeit von Vorschriften einer Richtlinie wie Artikel 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie und Artikel 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie in einem nationalen Verfahren nicht deshalb gehindert, weil er diese zuvor nicht mit einer Nichtigkeitsklage nach Artikel 173 Absatz 4 des Vertrages angefochten hat.

2. Die Prüfung der Vorlagefrage hat nichts ergeben, was die Gültigkeit des Artikels 28k der Sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie oder des Artikels 28 der Verbrauchsteuerrichtlinie in Frage stellen könnte.