

APPENDIX 2

- LIST OF MY BOOKS, CONTRIBUTIONS TO BOOKS AND ARTICLES IN LEGAL JOURNALS
- COVER OF MY GERMAN COMMENTARY
- FULL COPIES OF ARTICLES:
 - > EuZW 1995, 199-203 (Appeals)
 - > EuZW 1996, 327-335 (Interim measures)
 - > EuZW 1997, 197-206 (taxation procedure)
 - > EuZW 2000, 37-42 (preliminary rulings)
 - > EuZW 2001, 680-685 (access to documents)
 - > EuZW 2003, 517-520 (Appeals, follow-up)
 - > ZEuS 2007, 161-218 (the right of appeal)
 - > EuZW 2013, 930-937 (case-law 2012/2013)
 - > *Liber Amicorum* Prof. Dausen (2014), 461-473.

Bertrand Wägenbaur LL.M. (Northumbria)
Rechtsanwalt (Hamburg)
Avocat associé (Barreau Français de Bruxelles)

Alber & Geiger
Brussels

Last update: 28.01.2015

LIST OF PUBLICATIONS

I) Books / book chapters

- 1) Bertrand Wägenbaur, **The Statute and Rules of Procedure of the ECJ: A Commentary**, (January 2013, Beck-Hart Publishing-Nomos), 950 pages
- 2) Bertrand Wägenbaur, **Kommentar zur Satzung und Verfahrensordnungen des EuGH und EuG** (September 2008 by Beck-Verlag), 450 pages
- 3) Co-author of Festschrift (*liber amicorum*) für Prof. Dr. Dr. mult. Manfred Dausen ENA, (2014), 14 pages
- 4) Co-author of "Enzyklopädie des EU-Rechts" (Hatje / Müller-Graff); **chapter on the procedural rules of the EU Courts** (2014), by Nomos-Verlag, Germany), 40 pages
- 5) Co-author of Loewenheim/Meesen/Riesenkampff, „Kommentar zum europäischen und deutschen Kartellrecht“; subject: **Beispielskatalog Art. 81 Abs. 1 Buchstaben a) – e) EGV (competition law, article 81 litera a) – e) EC-Treaty**; 2005, Beck-Verlag, 50 pages, now second edition

II) Articles

- 1) EuZW* 1994, p. 711 – 715 (**money laundering**)

Ist der Anwendungsbereich der EG-Richtlinie zur Bekämpfung der Geldwäsche hinreichend bestimmt?

- 2) EuZW 1995, p. 199-203 (**conditions of admissibility/scope of appeals to the ECJ**)

Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren

- 3) EuZW 1996, p. 327 – 335 (**interim measures at the Court & CFI**)

Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes

- 4) EuZW 1997, p. 197 – 206 (taxation of costs at the Court & CFI)

Das Kostenfestsetzungsverfahren vor den Gemeinschaftsgerichten. Wer klagt gewinnt ?

- 5) EuZW 1999, p. 144 – 149 (EU-tobacco advertising ban; absence of legal basis)

Das gemeinschaftsweite Verbot der Tabakwerbung – Heiligt der Zweck die Mittel ?

- 6) EuZW 2000, p. 37 – 42 (conditions of admissibility of referrals to the ECJ)

Stolpersteine des Vorabentscheidungsverfahrens

- 7) EuZW 2000, p. 549-551 (limits of EU competences in the area of health protection)

Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation

- 8) EuZW 2001, p. 680-685 (access to documents)

Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen

- 9) EuZW 2002, p. 293-297 (money laundering)

Der zweite Feldzug gegen die Geldwäsche

- 10) EuZW 2003, p. 107-109 (tobacco labelling)

Tabak- Ende der Diskussion, oder Diskussion ohne Ende ?

- 11) EuZW, 2003, p. 517-520 (appeal procedure to the ECJ)

* Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (European Journal of Business Law)

** Zeitschrift für Europäische Studien

*** Zeitschrift für die Anwaltliche Praxis

Neuere Entwicklungen im Bereich des Rechtsmittelverfahrens

12)... ZEuS**, 2007, 161-218. (appeal procedure to the ECJ and the CFI)

The right of appeal to the Community Courts – a history of hurdles and opportunities

13) Zeitschrift für die Anwaltliche Praxis***, 2007, 561-570 (**legal remedies to the ECJ, the CFI and the ECHR**)

„Zugang und Verfahren vor EuGH, EuGH und EGMR“

14) EuZW, 2013, 930-937 (evolution of procedural rules in 2012/2013)

“Die Entwicklung des europäischen Prozess- und Verfahrensrechts in den Jahren 2012/2013”

III) Annotations

- 1) EuZW, 2000, 694, Annotation to Case C-376/98, **Germany / EP and European Council (Court quashes tobacco advertising directive)**
- 2) EuZW, 2002, 404, Annotation to Case C-406/01, **Germany / EP and European Council (admissibility of direct challenge against tobacco control directive)**
- 3) EuZW, 2007, 99, Annotation to Case C-229/05 P, **PKK and KNK v. Council (manifest distortion of evidence by CFI)**

IV) Shorter articles

- 1) EuZW 2000, p. 737 (**European values**)

Europa: Eine Rückbesinnung auf die Wurzeln tut Not !

* Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (European Journal of Business Law)

** Zeitschrift für Europäische Studien

*** Zeitschrift für die Anwaltliche Praxis

2) EuZW 2002, p. 513 (Schengen-Treaty)

Schengen – sind wir grenzenlos sicher ?

3) EuZW 2002, p. 609 (tobacco)

Steter Tropfen höhlt den Tabak.

4) EuZW 2003, p. 129 (European values)

Europa, Dein Bewusstsein lässt zu wünschen übrig !

5) EuZW 2003, p. 609 (recitals of European constitution)

Die europäische Verfassung, (k)ein Platz für abendländische Werte ?

6) EuZW 2003, 705 (official and working languages in the EU)

Die Erweiterung der Union – zwischen Sprachenvielfalt und Sprachlosigkeit

7) EuZW 2005, 129 (ratification of EU constitution)

Die EU-Verfassung vor dem Ratifizierungsdilemma

8) EuZW 2007, 321 (procedural rights and equality)

Das EU-Prozessrecht – gleiches Recht für alle ?

* Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (European Journal of Business Law)

** Zeitschrift für Europäische Studien

*** Zeitschrift für die Anwaltliche Praxis

Schnelle Orientierung vor den Europäischen Gerichten

Der neue Kommentar

erläutert praxisnah das gesamte vor dem EuG und dem EuGH geltende Verfahrensrecht. Im Mittelpunkt stehen die formellen Voraussetzungen der verschiedenen europäischen Rechtsbehelfe, wie sie insbesondere durch das Protokoll über

Satzung des Gerichtshofs und die Verfahrensordnungen des EuGH und EuG geregelt werden. Das auf mehrere Ebenen verteilte Europäische Prozess- und Verfahrensrecht wird anhand der einschlägigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte kommentiert. Einbezogen werden auch die von den Gerichten selbst erlassenen Leitlinien, wie z.B. die »Dienst-anweisungen« und »Praktischen Anweisungen für die Parteien«. Die durch die langjährige Erfahrung des Autors vor den Gemeinschaftsgerichten geprägte Darstellung bietet die Möglichkeit einer schnellen Orientierung bei Klagen vor den Europäischen Gerichten.

Wägenbaur

**EuGH
VerfO**

Bertrand Wägenbaur

**EuGH
VerfO**

**Satzung und Verfahrens-
ordnungen EuGH/EuG**

Kommentar



C.H. Beck



Der Inhalt

- Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs
- Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (VerfO EuGH)
- Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (VerfO EuG)
- Die wichtigsten Leitlinien auf einer CD-ROM, darunter »Hinweise für die Prozessvertreter«, und zur »Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte«.

Der Autor

Bertrand Wägenbaur, LL.M., ist Rechtsanwalt in Brüssel und in über zweihundert Verfahren als Prozessvertreter vor den Gemeinschaftsgerichten aufgetreten.

Fax-Coupon

___ Expl. 978-3-406-55200-7
**Wägenbaur, Satzung und Verfahrensordnungen
EuGH/EuG (EuGH/VerfO)**
2008. XVI, 526 Seiten. In Leinen mit CD-ROM € 78,-

Name _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____

153286

Bei schriftlicher oder telefonischer Bestellung haben Sie das Recht, die Ware innerhalb von 2 Wochen nach Lieferung ohne Begründung an Ihren Lieferanten (Buchhändler, beck-shop.de oder Verlag C.H. Beck, ein Nürtinger Verlag) zurückzugeben, wobei die Rücksendung frachtfrei ist. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Lieferant.
Ihr Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80601 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
beck-shop.de oder Verlag C.H. Beck · 80791 München
Fax: 089/38189-402 · www.beck.de



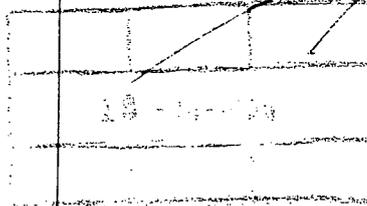
Europäische Zeitschrift **EuZW** für Wirtschaftsrecht

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von
Georg Albrechtskirchinger
Prof. Dr. Jürgen Basedow
Prof. Dr. Peter Behrens
Prof. Dr. Jean-Bernard Blaise
Dr. Guido Brosio
Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris
Richard D. B. Cooper
Prof. Dr. Manfred A. Daus
Dr. Martin Heidenhain
Prof. Dr. Dr. Klaus J. Hopt
Prof. Dr. Ulrich Hübner
Prof. Dr. Ulrich Immenga
Dr. Gert Meier
Prof. Dr. Ingolf Pernice
Prof. Dr. Dr. Dr. h. c. mult. Georg Ress
Prof. Dr. Uwe H. Schneider
Jochim Sedemund
Prof. Dr. Franz Wassermeyer

Aus dem Inhalt

- F. Lettieri, Wirksamere Maßnahmen zum Schutz der finanziellen Interessen der EU S. 193
- B. Wägenbaur, Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren S. 199
- R. Jäger, Mitregierungsvarianten an Gemeinschaftsunternehmen S. 203
- F. Schreiber, Vereinbarkeit der Umlegung der Kfz-Steuer auf die Mineralölsteuer mit Art. 76 EGV S. 206
- EuGH: Zuständigkeit zum Abschluß des WTO-Abkommens – Gutachten 1/94 S. 210
- BVerfG: Strafschadensersatz nach US-amerikanischem Recht (m. Anm. Kronke) S. 218
- VGH Kassel: Zuteilung zusätzlicher Importlizenzen für Bananen S. 222



6. Jahrgang **7/1995** 10. April 1995 · S. 193–224
Verlag C. H. Beck München und Frankfurt a. M.

Aufsätze und Berichte

Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, Brüssel/Hamburg

Seit nunmehr fünf Jahren steht gegen die Entscheidungen des EuG ein Rechtsmittel zum EuGH offen. Von dieser zusätzlichen Rechtsschutzmöglichkeit wird zunehmend Gebrauch gemacht – ein Trend, der sich angesichts der sukzessiven Erweiterungen der erstinstanzlichen Zuständigkeiten gewiß fortsetzen wird. Die bisher ergangenen Rechtsmittelentscheidungen zeigen allerdings, daß bei etlichen Rechtsmittelparteien die zentralen Verfahrensvorschriften des Rechtsmittelverfahrens sowie insbesondere die Grenzen der Prüfungskompetenz des Gerichtshofs nicht hinreichend bekannt sind. Nachfolgend werden die häufigsten Verfahrensfehler der Rechtsmittelparteien anhand der Rechtsprechung des Gerichtshofs erläutert und bisher ungeklärte Verfahrensfragen aufgezeigt.

I. Einleitung

Das EuG hat im Oktober 1989, ein Jahr nach seiner Schaffung¹, seine Tätigkeit aufgenommen². Seine anfangs eher begrenzten Zuständigkeiten³ wurden nach und nach erweitert; mittlerweile ist das EuG für nahezu alle direkten Klagen natürlicher oder juristischer Personen zuständig⁴. Als Eingangsinstanz ist das EuG zugleich Tatsachen- und Rechtsinstanz⁵.

Die Vorschrift des Art. 168 a EGV⁶ ermöglicht es der unterliegenden Partei, gegen die Entscheidung⁷ des EuG ein Rechtsmittel beim *Gerichtshof* einzulegen. Das Nähere regeln Art. 94 ff. Protokoll über die Satzung des *Gerichtshofs*⁸ sowie Art. 110 ff. VerFO des *Gerichtshofs*⁹. Die „Kernvorschriften“ des Rechtsmittelverfahrens bilden Art. 168 a I EGV, wonach das Rechtsmittel auf *Rechtsfragen*¹⁰ beschränkt ist, sowie Art. 51 I 2 Satzung des *Gerichtshofs*, der drei Kategorien von Rechtsmittelgründen vorsieht. Das Rechtsmittel kann demnach auf die Unzuständigkeit des EuG, auf Verfahrensfehler, soweit dadurch die Interessen des Rechtsmittelführers beeinträchtigt werden, sowie auf eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch das EuG gestützt werden. Dieser Katalog ist abschließend¹¹.

Diese Vorschriften verdeutlichen, daß der *Gerichtshof* im Rechtsmittelverfahren nicht als Berufungsinstanz – d. h. im Sinne einer Tatsachen- und einer Rechtskontrolle – agiert, sondern vergleichbar der deutschen Revisions- bzw. französischen Kassationsinstanz auf eine Rechtskontrolle beschränkt ist. Hierdurch wird der *Gerichtshof* entlastet und in die Lage versetzt, zur Aufrechterhaltung der Qualität und der Effizienz des Rechtsschutzes seine Tätigkeit auf seine grundlegende Aufgabe – die Gewährleistung einer einheitlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts – zu konzentrieren¹².

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat die näheren Konturen dieser Rechtskontrolle nicht definiert – in der weisen Erkenntnis, daß die häufig schwierige Unterscheidung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen besser in der

Rechtsprechung des *Gerichtshofs* herausgearbeitet würde¹³. Hierzu erhielt der *Gerichtshof* gerade in jüngerer Zeit öfters Gelegenheit, wobei er auch zu anderen zentralen Fragen des Rechtsmittelverfahrens Stellung genommen hat. Die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* läßt im wesentlichen drei Problembereiche des Rechtsmittelverfahrens erkennen, die nachfolgend erläutert werden: Die Rechtsmittelgründe, die Unterscheidung zwischen Rechts- und Tatsachenfragen und die Bindung an den Streitgegenstand.

II. Typische Problembereiche im Rechtsmittelverfahren

1. Die Angabe der Rechtsmittelgründe (Art. 112 § 1 VerFO)

Die Vorschrift des Art. 112 § 1 VerFO des *Gerichtshofs* bestimmt, daß die Rechtsmittelschrift neben dem Namen und der Anschrift des Rechtsmittelführers, der Bezeichnung der anderen Parteien des Verfahrens vor dem EuG und den Anträgen des Rechtsmittelführers die Rechtsmittelgründe enthalten muß¹⁴. Die Rechtsmittelgründe bilden die Grundlage für die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung. Ihrer zentralen Bedeutung entsprechend hat der *Gerichtshof* festgestellt, daß die beanstandeten Teile der Entscheidung des EuG sowie die Rechtsmittelgründe in der Rechtsmittelschrift „genau angegeben“ sein müssen¹⁵.

1) Vgl. den Beschluß des Rates 88/591/EGKS, EWG, Euratom v. 24. 10. 1988 zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, ABIEG Nr. L 319 v. 25. 11. 1988, S. 1.

2) Vgl. ABIEG Nr. L 317 v. 31. 10. 1989, S. 48.

3) S. o. Fußn. 1.

4) Vgl. den oben in Fußn. 1 zitierten Beschluß des Rates 88/591/EGKS, EWG, Euratom sowie die Änderungsbeschlüsse des Rates v. 8. 6. 1992 ABIEG Nr. L 144 v. 16. 6. 1993, S. 21 (s. Niemeyer, EuZW 1993, 529) sowie v. 10. 3. 1994, ABIEG Nr. L 66 v. 10. 3. 1994, S. 29.

5) Zu den Einzelheiten vgl. Jung, Das Gericht erster Instanz, 1991.

6) Vgl. die gleichlautenden Vorschriften in Art. 32 EGKS und Art. 140 EAGV.

7) In Gestalt eines Urteils oder eines Beschlusses mit Ausnahme der Kostenentscheidung; zu den Einzelheiten vgl. die Art. 49 u. 51 II Protokoll der Satzung des *Gerichtshofs*.

8) Vgl. die für EG, EGKS und Euratom gleichlautenden Vorschriften in den Art. 5 bis 9 Beschluß des Rates v. 24. 10. 1988 zur Errichtung des EuG (o. Fußn. 1).

9) Vgl. ABIEG Nr. L 176 v. 4. 7. 1991, S. 7 sowie die Berichtigungen in: ABIEG Nr. L 383 v. 29. 12. 1992, S. 117.

10) Vgl. auch die gleichlautende Vorschrift des Art. 51 I 1 Satzung.

11) Die Rechtsmittelgründe entsprechen den in Art. 173 II EGV aufgeführten Klagegründen (mit Ausnahme der Rüge des Ermessensmißbrauchs). Sie entsprechen z. B. auch den im Verfahren vor dem französischen *Conseil d'Etat* zulässigen Rechtsmittelgründen; vgl. hierzu *Debbasch/Rici*, *Contentieux Administratif*, 1990, S. 665 f.

12) Vgl. die Erwägungsgründe 3 bis 5 des Beschlusses des Rates v. 24. 10. 1988 zur Errichtung des EuG (o. Fußn. 1).

13) Vgl. die Begründung zu Art. 48 des Vorschlages des *Gerichtshofs* zur Errichtung eines Gerichts erster Instanz, abgedr. bei *Schwarze*, Fortentwicklung des Rechtsschutzes in der Europäischen Gemeinschaft, 1988, S. 247.

14) Vgl. Art. 112 I lit. d VerFO des *Gerichtshofs* i. V. mit Art. 51 I 2 Satzung.

15) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 819 Tz. 18 – de Hoe/Kommission sowie *EuGH*, Beschl. v. 26. 4. 1993 – Rs. C-244/92 P – Kupka-Florida/WSA.

Diese so evident wirkende Regel wird in der Praxis immer wieder verkannt. Ein Rechtsmittelkläger, der in seiner Rechtsmittelschrift keinerlei Rechtsmittelgründe aufführt, verstößt offensichtlich gegen Art. 112 VerfO¹⁶. Der Vorschrift des Art. 112 VerfO wird auch derjenige Rechtsmittelkläger nicht gerecht, der lediglich vorträgt, das EuG habe ein bestimmtes Urteil anders auslegen müssen, ohne für diese Ansicht ein rechtliches Argument anzuführen¹⁷.

Gegen Art. 112 VerfO verstößt ferner, wer in seiner Rechtsmittelschrift bzw. seiner Erwiderung¹⁸ erklärt, er halte sämtliche erstinstanzlichen Rechtsausführungen und Argumente aufrecht¹⁹. Es stellt schließlich einen Verfahrensverstöß dar, wenn ein Rechtsmittelkläger mit seinen Rechtsmittelgründen die inhaltliche Prüfung seiner sämtlichen Rügen durch das EuG beanstandet und die bereits in der ersten Instanz vorgetragenen Argumente einschließlich derjenigen, die auf vom EuG zurückgewiesenem Tatsachenvorbringen gestützt waren, lediglich wiederholt oder wörtlich wiedergibt, ohne daß sie Rechtsausführungen zur Begründung der Rechtsmittelanträge enthalten. Solche Rechtsmittelgründe zielen in Wirklichkeit auf eine bloße erneute Prüfung der beim EuG eingereichten Klageschrift ab, wozu der *Gerichtshof* nicht befugt ist²⁰. In all diesen Fällen wurde das Rechtsmittel als offensichtlich unzulässig zurückgewiesen.

Allerdings braucht ein Rechtsmittelgrund nicht ausdrücklich vorgetragen zu werden, solange er hinreichend bestimmt ist²¹; gleichwohl scheint es ratsam, es nicht darauf ankommen zu lassen.

2. Die Abgrenzung zwischen Rechtsfragen und Tatsachenfragen

Gem. Art. 168 a EGV und Art. 51 Satzung ist das Rechtsmittel auf „Rechtsfragen“ beschränkt. Mithin ist der *Gerichtshof* nicht für die Tatsachenkontrolle zuständig, die Sache des EuG bleibt. Allerdings fällt den Rechtsmittelparteien die Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen nicht immer leicht, denn diese machen in ca. 30% aller bisher entschiedenen Rechtsmittelverfahren nicht nur Rechtsausführungen, sondern nehmen – unzulässigerweise – auch zu Tatsachenfragen Stellung²². Hierbei werden die vom EuG getroffenen Tatsachenfeststellungen und -bewertungen durch neuen Tatsachenvortrag in Frage gestellt, die erstinstanzlichen Beweiswürdigungen bemängelt usw. Auf diese Weise erhielt der *Gerichtshof* gerade in jüngerer Zeit immer wieder Gelegenheit, Rechtsfragen und Tatsachenfragen voneinander abzugrenzen und dadurch die Reichweite seiner Prüfungskompetenz zu präzisieren. Die Prüfungskompetenz des *Gerichtshofs* im Rechtsmittelverfahren umfaßt nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung folgendes:

a) *Überprüfung der Rechtsanwendung und -auslegung.* Zu den ureigensten Aufgaben der Rechtsmittelinstanz zählt die Überprüfung der erstinstanzlichen Rechtsanwendung und -auslegung. Allerdings bleibt fraglich, wie der *Gerichtshof* die ihm zugewiesene Rolle, die „einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts“ zu gewährleisten²³, in der Praxis definiert. Hebt er die Entscheidungen des EuG nur für den Fall auf, daß die erstinstanzliche Rechtsauslegung die Einheit des Gemeinschaftsrechts tatsächlich oder potentiell gefährdet? Oder hat der *Gerichtshof* nicht vielmehr jede Entscheidung aufzuheben, die auf einer fehlerhaften Auslegung bzw. Anwendung des Gemeinschaftsrechts beruht²⁴? Die bisherigen Rechtsmittelentscheidungen lassen erkennen, daß der *Gerichtshof* seine Prüfungskompetenz am zuletzt genannten Maßstab ausrichtet. Er untersucht – natürlich nur bei Vorliegen mindestens einer entsprechenden Rüge –, ob und gegebenenfalls wie das EuG eine Rechtsvorschrift des Gemeinschaftsrechts angewandt und ausgelegt

hat. Hierzu zählen neben dem primären und sekundären Recht auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze²⁵ des Gemeinschaftsrechts²⁶ sowie die Grundrechte, wie sie z. B. in der EMRK niedergelegt sind²⁷.

b) *Überprüfung der Subsumtion.* Ferner kann der *Gerichtshof*, wie er nunmehr ausdrücklich bestätigt hat²⁸, überprüfen, ob das EuG einen bestimmten Sachverhalt rechtlich zutreffend eingeordnet hat²⁹. Mit anderen Worten, die Rechtsmittelparteien können gegebenenfalls rügen, das EuG habe bestimmte Tatsachen überhaupt nicht subsumiert – was zwar selten ist, aber doch vorkommt³⁰ – bzw. rechtsfehlerhaft subsumiert. Ein Subsumtionsfehler ist ein Fall unzureichender Begründung des Urteils, was einen Rechtsverstoß darstellt, der in der Rechtsmittelinstanz revisibel ist. Voraussetzung ist jedoch eine entsprechende Rüge. Wurde letztere nicht erhoben, so kann der *Gerichtshof* einen im Zuge der Rechtsprüfung zufällig festgestellten Subsumtionsfehler nicht berücksichtigen³¹.

Bei der Subsumtionsprüfung geht der *Gerichtshof* von denjenigen Tatsachen aus, die das EuG im erstinstanzlichen Urteil bzw. Beschluß festgestellt hat³², d. h. denjenigen Tatsachen, die dieses für seine Entscheidung als relevant erachtet hat. Der *Gerichtshof* kann also nicht untersuchen, ob das EuG andere Tatsachen, die sich z. B. aus den Schriftsätzen der Parteien bzw. dem Sitzungsbericht des Berichterstatters ergeben, in den Tatbestand des Urteils und damit in die Subsumtion hätte einbeziehen müssen. Zum einen ist der *Gerichtshof*

16) Vgl. z. B. *EuGH*, Beschl. v. 1. 2. 1993 – Rs. C-318/92 P – Moat/Kommission.

17) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 819 Tz. 26 – de Hoe/Kommission.

18) Eine Erwiderung im Rechtsmittelverfahren setzt – anders als im erstinstanzlichen Verfahren – einen entsprechenden Antrag voraus (vgl. Art. 117 VerfO des *Gerichtshofs*).

19) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 26. 4. 1993 – Rs. C-244/92 P – Kupka-Floridi/WSA, sowie das Rechtsmittel v. 6. 9. 1993 gegen das erstinstanzliche Urteil in der Rs. T-92/91 – Henrichs/Kommission, ABIEG Nr. C 274 v. 12. 10. 1993, S. 5 f. (noch anhängig).

20) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 26. 9. 1994 – Rs. C-26/94 P – Lunghi/Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 26. 4. 1993 – Rs. C-244/92 P – Kupka-Floridi/WSA; *EuGH*, Slg. I 1994, 819 Tz. 19 – de Hoe/Kommission; *EuGH*, Urt. v. 22. 12. 1993 – Rs. C-354/92 P – Eppe/Kommission.

21) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 1981 Tz. 34 – Kommission/Brazzelli u. a.

22) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 1423 Tz. 13, 14 – Turner/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1991, 4339 Tz. 11 bis 16 – Vidranyi/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1991, 5211 Tz. 12 – Parlament/Virgili-Schettini; *EuGH*, Slg. I 1991, 5745 Tz. 9 bis 11 – Schwedler/Parlament.

23) Vgl. die Erwägungsgründe 3 bis 5 des in Fußn. 1 zitierten Beschlusses des Rates.

24) Vgl. *Lenaerts*, *EuR* 1990, 228 (242 f.); vgl. auch den Beschl. des 60. DJT (NJW 1994, 3081), wonach Rechtsmittel gegen Urteile des EuG nur zulässig sein sollten, wenn „die angefochtene Entscheidung grundsätzliche Bedeutung besitzt oder Grundrechte oder grundrechtsähnliche Positionen verletzen könnte“.

25) So z. B. das Verbot der Rückwirkung, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, das Prinzip von Treu und Glauben, der Grundsatz der Verwirkung usw.; vgl. hierzu *Bleckmann*, in: *Dausies*, Hdb. des EG-WirtschaftsR, 1993, B. I Tz. 60 ff.

26) Wobei der *Gerichtshof* auch prüfen kann, ob sich aus dem nationalen Recht ein im Gemeinschaftsrecht anerkennender allgemeiner Rechtsgrundsatz ergibt.

27) Für den Bereich des Wettbewerbsrechts vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1991, 2925 = *EuZW* 1991, 507 Tz. 41 = *NJW* 1992, 2621 L – ERT, wo Art. 10 EMRK (Meinungsfreiheit) geprüft wurde. Für den Bereich des Personalrechts s. z. B. *EuGH*, *NJW* 1994, 3005 = *EuZW* 1995, 160 L – X/Kommission, wo auf Art. 8 EMRK (Menschliche Gesundheit, Auskunftsverweigerungsrecht) abgestellt wird.

28) Vgl. *EuGH*, *EuZW* 1994, 702 – Peugeot/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 1981 Tz. 49 – Kommission/Brazzelli u. a.; *EuGH*, Urt. v. 2. 6. 1994 – Rs. C-326/91 P – de Compte/Parlament.

29) Zu den frühen Befürwortern einer Subsumtionsprüfung in der Rechtsmittelinstanz zählen *Lenaerts*, *EuR* 1990, 228 (242); *Biancarelli*, *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, 1990, 1 (21); sowie Generalanwalt *van Gerven*, in: Slg. I 1991, 5458 (5459) – Costacurta/Kommission.

30) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 3009, Tz. 20, 24 – Klinker/*Gerichtshof*.

31) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 1981 Tz. 52 – Kommission/Brazzelli u. a.

32) Gem. Art. 81 VerfO des EuG enthält das Urteil „eine kurze Zusammenfassung“ der Tatsachen.

ohnehin nicht befugt, die Tatsachenfeststellungen des *EuG* zu überprüfen. Zum anderen sind weder die erstinstanzlichen Schriftsätze³³ noch der Bericht des Berichterstatters³⁴ Teil des Urteils. Allerdings kann der *Gerichtshof* im Falle einer Aufhebung des Urteils die Rechtssache an das *EuG* zurückverweisen, falls er weitere Tatsachenfeststellungen für erforderlich hält. Dies ist allerdings die Ausnahme, denn in aller Regel entscheidet der *Gerichtshof* den Rechtsstreit selbst (vgl. dazu unten III).

c) *Überprüfung der Tatsachenfeststellungen?* Im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens kann der *Gerichtshof* ferner nachprüfen, ob dem *EuG* bei der Feststellung der relevanten Tatsachen ein Rechtsfehler unterlaufen ist:

Der *Gerichtshof* stellte in der Rechtssache *Kommission/Brazzelli* u. a.³⁵ fest, daß für die Tatsachenfeststellung allein das *EuG* zuständig ist, „sofern sich nicht aus den Prozeßakten ergibt, daß seine Feststellungen falsch sind“. Mithin können die Rechtsmittelparteien gegebenenfalls rügen, das Urteil des *EuG* beruhe auf tatsächlichen Annahmen, die im Widerspruch zum Inhalt der erstinstanzlichen Akten stünden³⁶. Wohlgermerkt stellt der *Gerichtshof* allein auf die in den *erstinstanzlichen Akten* enthaltenen Tatsachen ab; keinesfalls nimmt er die Rolle des erstinstanzlichen Gerichts ein, d. h. er ermittelt keine neuen Tatsachen bzw. läßt keinen neuen Tatsachenvortrag zu. Diese Prüfungskompetenz des *Gerichtshofs* wie auch seine Befugnis, die in der ersten Instanz vorgenommene Subsumtion zu überprüfen (vgl. oben 2 b), entspricht den Prüfungskompetenzen des französischen *Conseil d'Etat*³⁷ bzw. des deutschen *BVerwG*³⁸.

Wie es scheint, hat der europäische Gesetzgeber diese Prüfungskompetenz des *Gerichtshofs* gewollt, denn Art. 111 § 2 *VerfO* bestimmt, daß dem *Gerichtshof* im Rechtsmittelverfahren außer dem angefochtenen erstinstanzlichen Urteil auch sämtliche erstinstanzlichen Akten vorliegen.

Im Rechtsmittelverfahren unterliegt ferner jede erstinstanzliche *Beweiswürdigung* der Rechtskontrolle des *Gerichtshofs*. So kann der *Gerichtshof* prüfen³⁹, ob das *EuG* bei seiner *Beweiswürdigung* ein bestimmtes Beweismittel „verfälscht“ hat⁴⁰. Der *Gerichtshof* prüft also, ob das *EuG* ein bestimmtes Beweismittel offensichtlich verkannt hat. Eine derartige Prüfungskompetenz ist gerechtfertigt, denn sie ist die logische Vorstufe der Subsumtionsprüfung (vgl. oben 2 b). Der *Gerichtshof* kann ferner untersuchen, ob das *EuG* die Prüfung bestimmter Beweismittel „unterlassen“ hat⁴¹. Schließlich kann der *Gerichtshof* prüfen, ob die Beweise in der ersten Instanz „ordnungsgemäß erbracht und die allgemeinen Regeln und Rechtsgrundsätze zur Beweislast und die Vorschriften über das Beweisverfahren“⁴² eingehalten worden sind⁴³. Auch hier scheint sich der *Gerichtshof* an den z. B. im französischen Kassationsverfahren sowie im Revisionsverfahren vor dem *BVerwG*⁴⁴ bestehenden Prüfungskompetenzen zu orientieren.

Wie steht es aber mit der Rüge einer Rechtsmittelpartei, das *EuG* habe bei seinen Tatsachenfeststellungen bzw. *Beweiswürdigungen* gegen die Gesetze der Logik oder gegen allgemeine Erfahrungssätze verstoßen? Eine solche Rüge wurde erstmals in der Rechtssache *Hilti* erhoben⁴⁵ und vom *Gerichtshof* zurückgewiesen. Der *Gerichtshof* entschied, der gerügte „offenkundige logische Fehler in der Beweisführung“ sei keine Rechtsfrage und daher nicht revisibel⁴⁶.

Diese Beurteilung mag unter den besonderen Umständen der Rechtssache *Hilti* zutreffen. In dieser Rechtssache kam es zu einem umfangreichen Beweisverfahren und einer dementsprechend umfangreichen *Beweiswürdigung*⁴⁷. Bereits deshalb war der angebliche „offenkundige logische Fehler in der Beweisführung“ gar nicht so offenkundig wie behauptet. Vielmehr hätte sich der *Gerichtshof* zur Prüfung dieser Rüge wohl erst intensiv mit den

Beweismitteln auseinandersetzen müssen, d. h. in die Tatsachenfragen einsteigen müssen, und dies ist nun einmal nicht Sache der Rechtsmittelinstanz.

Etwas anderes sollte allerdings für Fälle gelten, in denen ein Verstoß gegen die Denkgesetze offensichtlich, d. h. ohne weiteres erkennbar ist⁴⁸. Ein solcher Verstoß gleicht nämlich eher einer Rechtsfrage als einer Tatsachenfrage. Die Denkgesetze, d. h. die Regeln der Logik bedürfen keines Beweises und besitzen – ebenso wie Rechtsnormen – Allgemeingültigkeit. Von solchen Überlegungen dürfte auch Generalanwalt *Lenz*⁴⁹ in der Rechtssache *C-39/93 P – SFEI, DHL, International Service Crie und May Courier/Kommission*⁵⁰ ausgegangen sein, wo er die Ansicht vertritt, eine Tatsachenkontrolle sei in denjenigen Fällen denkbar und angezeigt, in denen das *EuG* sich bei der Tatsachenfeststellung „offensichtlich geirrt“ habe, z. B. weil es gegen die Gesetze der Logik verstoßen hat. Ein solcher Verstoß kann z. B. vor dem *BGH*⁵¹, dem *BVerwG*⁵², aber auch z. B. den britischen bzw. belgischen Kassationsinstanzen⁵³ gerügt werden. Schließlich setzt eine auf offensichtliche Verstöße gegen die Denkgesetze beschränkte Tatsachenkontrolle definitionsgemäß keine umfangreiche Prüfung voraus und würde daher den *Gerichtshof* bei der Wahrnehmung der ihm als Rechtsmittelinstanz zugewiesenen Aufgaben nicht beeinträchtigen.

Die Frage, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen die Denkgesetze revisibel ist, kann allerdings dahingestellt bleiben, sofern sich ein solcher Verstoß auf die Begründung des erstinstanzlichen Urteils auswirkt⁵⁴. Denn eine mangelhafte oder widersprüchliche Begründung des erstinstanzlichen Urteils ist ein Rechtsverstoß⁵⁵ und kann daher in der Rechtsmittelinstanz ohne weiteres gerügt werden.⁵⁶

d) *Überprüfung der Tatsachenbeurteilung?* Nach der Tatsachenfeststellung nimmt das *EuG* gegebenenfalls eine Tatsa-

33) Am Ende des Tatbestandes eines erstinstanzlichen Urteils findet sich keine „salvatorische Klausel“, mit der manche nationalen Gerichte auf die Schriftsätze und sonstigen Akten des Verfahrens zu verweisen pflegen.

34) Vgl. *Jung*, *EuR* 1992, 246 (253).

35) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 1981 Tz. 49 – *Kommission/Brazzelli* u. a.

36) Vgl. z. B. das Rechtsmittel des Europäischen Parlaments gegen das Urteil in der Rs. T-15/93 – *Vienne/Parlament*, *ABIEG* Nr. C 76 v. 12. 3. 1994, S. 16.

37) Vgl. dazu *Debbasch/Rici* (o. Fußn. 11), S. 666.

38) Vgl. die Nachw. bei *Kopp*, *VwGO*, 1986, § 137 Rdnr. 19.

39) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 667 = *EuZW* 1994, 316 Tz. 42, 43 – *Hilti/Kommission*.

40) Auch die Revisionsinstanz im französischen Kassationsverfahren kann prüfen, ob ein Beweismittel verfälscht („dénaturé“) worden ist; vgl. dazu *Debbasch/Rici* (o. Fußn. 11), S. 669.

41) Vgl. *EuGH*, *Urt.v.* 22.12. 1993 – Rs. C-244/91 P – *Pincherle* u. a./*Kommission*.

42) Vgl. die Art. 65 bis 76 *VerfO* des *EuG*.

43) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 1981 Tz. 66 – *Kommission/Brazzelli* u. a.; *EuGH*, *Slg.* I 1994, 667 = *EuZW* 1994, 316 Tz. 40 ff. – *Hilti/Kommission*.

44) Vgl. *Kopp* (o. Fußn. 38), § 137 Rdnr. 25 a.

45) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 667 = *EuZW* 1994, 316 Tz. 9 – *Hilti/Kommission*.

46) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 667 = *EuZW* 1994, 316 Tz. 9, 10 u. 42 – *Hilti/Kommission*.

47) In der Rs. *Hilti* lagen dem *EuG* insgesamt vier Gutachten bzw. Marktstudien vor.

48) Zweifelsohne handelt es sich um höchst seltene Fälle.

49) Vgl. auch *Grabitz/Jung*, *EWGV*, Art. 168 a Rdnr. 157.

50) Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts *Lenz* v. 10. 2. 1994, Tz. 30, 31.

51) Vgl. *BGH*, *NJW* 1991, 1894 = *LM* § 286 ZPO Nr. 80.

52) Vgl. die Zitate bei *Kopp* (o. Fußn. 38), § 137 Rdnr. 19, 25.

53) Vgl. die Zitate bei *Louis/Vandersanden/Waelbroeck/Waelbroeck*, *Commentaire Megret*, 1993, Bd. 10, Nr. 14.

54) So *Tizziano*, in: *Liber Amicorum Pierre Pescatore*, 1987, S. 691, 719.

55) Vgl. z. B. *EuGH*, *Slg.* I 1994, 2091 Tz. 64, 96 – *de Compte/Parlament*, wobei der *Gerichtshof* ausdrücklich darauf hinweist, daß ein reines Redaktionsversehen des *EuG* keinen Begründungsmangel darstellt.

56) In Wettbewerbsachen überprüft der *Gerichtshof* nicht nur, ob die Beurteilung des *EuG* hinreichend begründet ist, sondern gegebenenfalls auch, ob die Kommission ihre Entscheidung ausreichend begründet hat. Vgl. die

chenbeurteilung vor⁵⁷. So wird das *EuG* in einem Wettbewerbsverfahren z. B. darüber zu befinden haben, ob und gegebenenfalls inwieweit die Kommission in einem bestimmten Schreiben einem Antrag auf Freistellung entsprochen hat oder nicht. Der *Gerichtshof* lehnt bisher jegliche Überprüfung der erstinstanzlichen Tatsachenbeurteilungen ab, da es sich hierbei nicht um eine Rechts-, sondern um eine Tatfrage handele⁵⁸. Indes stellt sich auch hier, wie schon bei der Tatsachenfeststellung (vgl. oben 2 c, cc), die Frage, ob ein offensichtlicher Verstoß gegen die Gesetze der Logik in der Rechtsmittelinstanz gerügt werden könnte⁵⁹. Dafür sprechen die gleichen Gründe wie bei der Tatsachenfeststellung. Auch entschied z. B. ein britisches Revisionsgericht, daß sich seine Rechtskontrolle darauf erstreckt, ob die Vorinstanz „acted without any evidence or upon a view of the facts which could not reasonably be entertained“⁶⁰.

3. Tatsachenvortrag in der Rechtsmittelinstanz?

Betrachtet man den Wortlaut der Art. 168 a EGV und Art. 51 Satzung, wonach ein Rechtsmittel auf Rechtsfragen beschränkt ist⁶¹, so ist jeglicher Tatsachenvortrag in der Rechtsmittelinstanz unzulässig⁶². Bei genauerer Betrachtung kann ein Tatsachenvortrag jedoch zumindest im Falle einer Unzuständigkeitsrüge sowie einer Verfahrensrüge (vgl. Art. 41 I 2 Satzung) zulässig sein⁶³. Rügt eine Rechtsmittelpartei die Unzuständigkeit des *EuG*, so muß es dieser Partei gestattet sein, tatsächliche Feststellungen des *EuG*, die der Entscheidung über die Zuständigkeit zugrunde liegen, in der Rechtsmittelinstanz anzugreifen. Denn der *Gerichtshof* hat die Zuständigkeitsordnung im Rechtsmittelverfahren von Amts wegen zu wahren, d. h. er muß auch ohne ausdrückliche Rechtsmittelrüge die Zuständigkeit des *EuG* prüfen. Dabei hat er auch die erforderlichen Tatsachenfeststellungen zu treffen.

Dieser Rechtsmittelgrund hat freilich kaum noch Bedeutung, da das *EuG* heute für praktisch alle direkten Klagen natürlicher und juristischer Personen zuständig ist⁶⁴. Auch werden in der Praxis Klagen, die unter offensichtlicher Verkennung der Zuständigkeit beim *Gerichtshof* eingereicht wurden, ohne formelles Verfahren an das *EuG* weitergeleitet und umgekehrt⁶⁵.

Schließlich muß es einer Rechtsmittelpartei auch bei bestimmten Verfahrensrügen (vgl. Art. 51 I 2 Satzung) gestattet sein, entsprechende Tatsachen vorzutragen⁶⁶. Gerügt werden können Verfahrensfehler⁶⁷, durch die „die Interessen des Rechtsmittelführers beeinträchtigt werden“⁶⁸. Zur Begründung solcher Rügen wird der Rechtsmittelkläger neben den notwendigen Rechtsausführungen den Nachweis erbringen können, daß der gerügte Verfahrensfehler tatsächlich vorlag⁶⁹. Nicht jeder Verfahrensfehler aber ergibt sich aus dem Inhalt der Entscheidung⁷⁰, so daß insoweit ein Tatsachenvortrag der Rechtsmittelpartei erforderlich ist.

Von diesen Konstellationen ist der Fall zu unterscheiden, daß bestimmte Tatsachen oder Beweismittel erst nach Erlass des Urteils erster Instanz bekannt werden. In solchen Fällen ist gem. Art. 41 Satzung eine Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Verfahrens möglich⁷¹.

4. Veränderung des Streitgegenstandes

Die Rechtsmittelparteien dürfen „den vor dem Gericht verhandelten Streitgegenstand“ nicht verändern (vgl. Art. 113 § 2, Art. 116 § 2 VerfO). Hierdurch soll das Rechtsmittelverfahren von Angriffs- und Verteidigungsmitteln freigehalten werden, die nicht bereits Gegenstand der Entscheidung des *EuG* waren⁷². Denn im Rechtsmittelverfahren wird die Entscheidung des *EuG*, d. h. dessen Urteil oder Beschluß, überprüft, nicht aber eine neue Debatte über sämtli-

che Rechtsaspekte des zugrundeliegenden Sachverhalts eröffnet.

Allerdings verstößt es nicht gegen Art. 113 § 2, Art. 116 § 2 VerfO, wenn die Rechtsmittelparteien ihre in der ersten Instanz vorgetragenen Rechtspunkte in der Rechtsmittelinstanz fortentwickeln⁷³. Der Streitgegenstand bleibt auch dann unverändert, wenn in der Rechtsmittelinstanz erstmals die Verletzung von Vorschriften gerügt wird, die zum *ordre public* gehören. Hierzu zählen z. B. die Vorschriften über Beschwerde- und Klagefristen; diese sind zwingend und stehen nicht zur Disposition der Parteien⁷⁴. Der *Gerichtshof* muß diese mithin von Amts wegen berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn das *EuG* dies nicht getan hat.

Hingegen ist es unzulässig, erstmals in der Rechtsmittelinstanz einen Rechtspunkt zu rügen, den die Rechtsmittelpartei vor dem *EuG* nicht vorgebracht hat⁷⁵. Den Streitgegenstand verändert auch derjenige Rechtsmittelkläger, der vor

Schlußanträge des Generalanwalts *Gulmann* v. 1. 6. 1994, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P Tz. 198 ff. – Radio Televis Eireann/Kommission; anders hingegen die Schlußanträge des Generalanwalts *Jacobs*, in: Slg. I 1994, 669 (687 ff.), wonach sich der *Gerichtshof* bei seiner Überprüfung ohne weiteres auf die in dem Urteil enthaltene Begründung beschränken kann.

57) Im Gegensatz zur rechtlichen Qualifizierung, d. h. der Subsumtion (vgl. dazu 2 b).

58) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 2091 Tz. 41 – de Compte/Parlament; ebenso *EuGH*, Slg. I 1994, 667 = *EuZW* 1994, 316 Tz. 19 – Hilti/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 1981 Tz. 49 – Kommission/Brazzelli u. a.; zur Frage der Revision von Geldbußen s. *EuGH*, Urt. v. 15. 12. 1994 – Rs. C-320/92 P – Societá Finanziaria Siderurgica Finsider SpA/Kommission.

59) Vgl. hierzu das Rechtsmittel in der Rs. Branco/Rechnungshof gegen den Beschl. des *EuG* v. 20. 7. 1994 (Rs. T-45/93, eingelegt am 20. 9. 1994, ABIEG Nr. C 331 v. 26. 11. 1994, S. 3), mit dem der Rechtsmittelführer u. a. einen „offensichtlichen Irrtum“ des Gerichts rügt.

60) Vgl. *Louis/Vandersanden/Waelbroeck/Waelbroeck* (o. Fußn. 53), Nr. 14 Fußn. 22.

61) Noch eindeutiger hieß es im Entwurf der Satzung des *Gerichtshofs*: „Die Berufung auf einen Tatsachenirrtum ist ausgeschlossen“ (abgedr. bei *Schwarze* [o. Fußn. 13], S. 246).

62) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1992, 3997 Tz. 44 – V/Parlament; *EuGH*, Beschl. v. 30. 9. 1992 – Rs. C-294/91 P – Sebastiani/Parlament.

63) In diesem Sinne *Grabitz/Jung* (o. Fußn. 49), Art. 168 a Rdnrn. 152 f.

64) Nach der früheren Kompetenzverteilung konnte z. B. zweifelhaft sein, ob es sich bei einer Schadensersatzklage eines an die Krankenkasse der Gemeinschaft angeschlossenen Angehörigen eines Beamten um eine Beamtenklage gem. Art. 179 EGV handelte (wofür das *EuG* zuständig ist) oder um eine Klage gem. Art. 215 II EGV, wofür bis vor kurzem noch der *Gerichtshof* zuständig war.

65) Soweit es sich nicht um Fälle handelt, in denen weder der *Gerichtshof* noch das *EuG* zuständig sind. So ist z. B. den Bediensteten des „Technischen Zentrums für Zusammenarbeit in der Landwirtschaft und im ländlichen Bereich“, einer im Rahmen des Lomé-Abkommens geschaffenen Verwaltung, der Rechtsweg vor die Gemeinschaftsgerichte verwehrt. Streitsachen zwischen den Bediensteten und dem Zentrum sind ausschließlich im Wege des Vergleichs- und Schiedsverfahrens zu regeln (vgl. ABIEG Nr. L 53 v. 4. 3. 1993, S. 33, 47).

66) Vgl. dazu z. B. die Rspr. des *BVenUG*, zitiert bei *Kopp* (o. Fußn. 38), § 137 Rdnrn. 26 ff.

67) Dies wird vor allem bei Verstößen gegen Vorschriften der Fall sein, die das rechtliche Gehör der betroffenen Partei sichern, sowie bei Verletzung von Vorschriften, die unmittelbar für den Entscheidungsfindungsprozeß relevant sind, wie z. B. Vorschriften über die Beweisaufnahme.

68) Hingegen ist die Verletzung einer reinen Form- oder Ordnungsvorschrift, wie z. B. die Verlängerung einer Klagebeantwortungsfrist oder die Gewährung von Prozeßkostenhilfe, kein revisibler Verfahrensfehler. So ist es z. B. allein Sache des *EuG*, ob es unter dem Gesichtspunkt der ordnungsgemäßen Rechtspflege gerechtfertigt war, die Entscheidung über eine vom Rechtsmittelgegner erhobene Unzulässigkeitsrede sofort zu treffen oder sie dem Endurteil vorzubehalten (vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 781 Tz. 6 – *Bocos Viciano*/Kommission).

69) Vgl. zutr. *Grabitz/Jung* (o. Fußn. 49), Art. 169 a Rdnr. 153.

70) Man nehme z. B. den Fall einer Befangenenheitsrüge.

71) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 4. 11. 1992 – Rs. T-8/89 REV – DSM NV/Kommission; *EuG*, Beschl. v. 4. 11. 1992 – Rs. T-14/89 REV – Montecatini SpA/Kommission.

72) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1992, 3997 Tz. 21 – V/Parlament.

73) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 20. 10. 1994 – Rs. C-76/93 P – Scaramuzza/Kommission.

74) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1991, 235 Tz. 33 – Weyrich/Kommission.

75) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 1981 Tz. 57 bis 59 – Kommission/Brazzelli u. a.

dem *EuG* die Aufhebung einer Entscheidung begehrte, in der Rechtsmittelinstanz jedoch außerdem noch Schadensersatz verlangt⁷⁶. Begründet ein Rechtsmittelbeklagter seine Schadensersatzforderung mit der Einlegung des Rechtsmittels, so verändert er zwangsläufig den Streitgegenstand⁷⁷. Schließlich ist es unzulässig, in der Rechtsmittelinstanz Rechtspunkte vorzutragen, auf die in der ersten Instanz ausdrücklich verzichtet wurde⁷⁸.

III. Aufhebung des Urteils – Zurückverweisung an das *EuG*?

Ist das Rechtsmittel begründet, so hebt der *Gerichtshof* die angefochtene Entscheidung des *EuG* auf. Er entscheidet sodann nach freiem Ermessen, ob er den Rechtsstreit selbst endgültig entscheidet oder die Sache zur Entscheidung an das *EuG* zurückverweist⁷⁹.

1. Begründetheit des Rechtsmittels

Das Rechtsmittel ist begründet, wenn das *EuG* einen bestimmten Rechtspunkt falsch beurteilt und sich dieser Rechtspunkt zuungunsten des Rechtsmittelführers ausgewirkt hat⁸⁰. Es genügt ein einziger begründeter Rechtsmittelgrund; die übrigen Rechtsmittelgründe werden dann nicht mehr untersucht⁸¹. Indes ist das Rechtsmittel unbegründet, wenn das *EuG* zwar erwiesenermaßen einen Rechtsfehler begangen hat, der Tenor der erstinstanzlichen Entscheidung jedoch aus anderen Gründen zutreffend ist⁸².

2. Was folgt auf die Aufhebung?

Im Falle einer Aufhebung entscheidet der *Gerichtshof* nach freiem Ermessen, ob er den Rechtsstreit selbst endgültig entscheiden kann oder ob er ihn an das *EuG* zurückverweist⁸³. Dies hängt in der Regel davon ab, ob die Sache „entscheidungsreif“ ist⁸⁴. Eine Rechtssache ist entscheidungsreif, wenn alle für die Sachentscheidung erforderlichen Tatsachen unbestritten bzw. vom *EuG* ordnungsgemäß festgestellt worden sind oder wenn etwa noch erforderliche Tatsachenfeststellungen vom *Gerichtshof* selbst ohne weitere Verzögerung vorgenommen werden können⁸⁵. Der *Gerichtshof* kann den Rechtsstreit jedoch trotz festgestellter Entscheidungsreife an das *EuG* zurückverweisen, wenn er dies nach den Umständen des jeweiligen Falles für gerechtfertigt hält⁸⁶.

Die Verfahrensordnung regelt nicht die Frage, ob der Rechtsstreit gegebenenfalls an die gleiche erstinstanzliche Kammer oder aber an eine andere Kammer verwiesen wird. In der bisherigen Praxis wurden die Verfahren jeweils an diejenigen Kammern verwiesen, die auch die aufgehobene Entscheidung erlassen haben⁸⁷. Freilich mag sich die Zusammensetzung dieser Kammern angesichts des langen Zeitraums zwischen Rechtsmitteleinlegung und Verweisung in der Zwischenzeit geändert haben.

Im Fall einer Verweisung an das *EuG* benennt der *Gerichtshof* die Rechtspunkte, über die das *EuG* zu befinden hat⁸⁸. An diese rechtliche Beurteilung ist das *EuG* bei seiner Entscheidung gebunden (vgl. Art. 54 II Satzung). Indes entfaltet das Urteil der Rechtsmittelinstanz keine Bindungswirkungen für andere vor der ersten Instanz anhängigen Rechtssachen, mögen diese Fälle noch so ähnlich liegen.

Schließlich hat eine Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils mit anschließender Verweisung an das *EuG* zur Folge, daß die im aufgehobenen Urteil getroffenen Tatsachenfeststellungen nicht mehr existieren⁸⁹.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Der *Gerichtshof* hat in seiner nunmehr fünfjährigen Praxis als Rechtsmittelinstanz eine Reihe wichtiger prozeduraler Fragen geklärt und die Grenzen seiner Prüfungscompetenz

im wesentlichen aufgezeigt. Es hat sich dabei gezeigt, daß der *Gerichtshof* den Begriff „Rechtsfragen“ und damit seine Rolle als Rechtsmittelinstanz extensiv auslegt. Ebenso wird deutlich, daß ihm hierbei z. B. die revisionsrechtliche Rechtsprechung des französischen *Conseil d'Etat* und des *BVerwG* als Maßstab dienen.

Für die Rechtsmittelparteien schafft die Rechtsprechung des *Gerichtshofs* deutlich mehr Klarheit; sie fordert jedoch auch dazu heraus, sich bei künftigen Rechtsmittelverfahren stärker als bisher an den revisionsrechtlichen Maßstäben der Mitgliedstaaten zu orientieren, wobei die künftige Entwicklung zeigen wird, bis zu welchem Punkt der *Gerichtshof* bereit ist, sich diese Maßstäbe zu eigen zu machen.

76) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 4339 Tz. 8 u. 9 – Vidranyi/Kommission.

77) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 18. 3. 1993 – Rs. C-35/92 P – Parlament/Fredricksen.

78) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 22. 12. 1993 – Rs. C-354/92 P – Eppe/Kommission.

79) Vgl. Art. 54 I Protokoll der Satzung des *Gerichtshofs*.

80) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 5449 Tz. 11 – Costacurta/Kommission.

81) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 159 – Boessen/WSA.

82) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 15. 12. 1994 – Rs. C-320/92 P – Società Finanziaria Siderurgica Finsider SpA/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 1911 = *EuZW* 1994, 631 Tz. 33 – SEP/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1992, 3755 Tz. 27, 28 – Lestelle/Kommission.

83) Hebt der *Gerichtshof* das erstinstanzliche Urteil wegen Unzuständigkeit des *EuG* auf, so kommt eine Zurückverweisung natürlich nicht in Betracht.

84) In der Praxis entscheidet der *Gerichtshof* in aller Regel selbst. Bisher sind nur zwei Urteile nach Zurückverweisung ergangen, nämlich *EuG*, Urt. v. 23. 3. 1993 – Rs. T-43/89 RV – Gill/Kommission und *EuG*, Urt. v. 10. 12. 1993 – Rs. T-20/89 RV – Moritz/Kommission.

85) Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts v. 10. 12. 1991, in: Slg. I 1991, 971 (977) – Parlament/Hanning.

86) Vgl. dazu *Grabitz/Jung* (o. Fußn. 49), Art. 168 a Rdnr. 169.

87) In der Rs. Moritz/Kommission jeweils die fünfte Kammer; in der Rs. Gill/Kommission jeweils die vierte Kammer.

88) Vgl. z. B. *EuGH*, Urt. v. 17. 12. 1992 – Rs. C-68/91 P – Moritz/Kommission.

89) Vgl. *EuG*, Urt. v. 23. 3. 1993 – Rs. T-43/89 RV – Gill/Kommission.

Mitregierungsvarianten an Gemeinschaftsunternehmen

Analyse der Entscheidungen der Merger Task Force

Von Rechtsanwältin Dr. Regina Jäger, Düsseldorf

Die Fusionskontroll-Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 erfaßt auch Gemeinschaftsunternehmen. Ein Gemeinschaftsunternehmen setzt gemeinsame Kontrolle voraus. Der vorliegende Beitrag setzt sich damit auseinander, was gemeinsame Kontrolle bedeutet, genauer was paritätische, aber auch Mehrheits- bzw. Minderheitspartner voneinander erlangen und erhalten, um im Gemeinschaftsunternehmen mitzuregieren.

I. Einführung

Die Fusionskontroll-Verordnung ist seit gut vier Jahren in Kraft.¹ Seither hat die Merger Task Force mehr als 200

1) Verordnung (EWG) Nr. 4064/89, v. 21. 12. 1989, ABIEG 1989 Nr. L 395, S. 1, in Kraft getreten gem. Art. 25 Verordnung (EWG)

Aufsätze und Berichte

Die jüngere Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbauer, Brüssel/Hamburg

Im Gemeinschaftsrecht gibt es wohl kaum einen hürdenreicheren Rechtsbehelf als den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz. In der Regel steht der Antragsteller bereits deshalb unter Zeitdruck, weil er zusätzlich zum Klageverfahren noch ein Antragsverfahren bewältigen muß. Die Suche nach den konkreten Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen eines solchen Antrags führt an besonders enigmatischen Verfahrensvorschriften vorbei hin zu der Rechtsprechung des EuGH und des EuG. Diese ist allerdings recht umfangreich und aufgrund manch wechselnder Definition nicht immer zweifelsfrei. Der nachfolgende Beitrag erläutert und veranschaulicht die einzelnen Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen anhand der Rechtsprechung der letzten fünf Jahre, wobei die gesamte Judikatur des EuG berücksichtigt wird.

I. Einleitung

Alle Mitgliedstaaten¹ kennen das Institut des vorläufigen Rechtsschutzes, denn jeder Rechtsbehelf würde weitgehend um seine Wirksamkeit gebracht, wenn im Laufe des Klageverfahrens durch Vollziehung oder Zwangsvollstreckung der angefochtenen Maßnahme vollendete Tatsachen geschaffen würden oder dem Rechtssuchenden sonst irreparable Schäden entstünden². Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat diesen rechtsstaatlichen Standard übernommen³ und drei verschiedene Verfahrensarten geschaffen. Der in Art. 185 S. 2 EGV⁴ geregelte Antrag auf Aussetzung „der Durchführung der angefochtenen Handlung“ ist im Falle einer Nichtigkeitssache (Art. 173 EGV), einer Drittwiderspruchs⁵ bzw. einer dienstrechtlichen Klage (Art. 179 EGV) statthaft⁶. Wer hingegen eine Untätigkeits- (Art. 175 EGV) oder Amtshaftungsklage (Art. 178 i. V. mit 215 II EGV) einreicht, kann gem. Art. 186 EGV⁷ den Erlaß einer einstweiligen Anordnung beantragen, deren Inhalt von der jeweiligen Fallkonstellation abhängt. Schließlich ermöglicht der Gemeinschaftsgesetzgeber gegen die drohende Zwangsvollstreckung einer auf Zahlung gerichteten Entscheidung des Rates oder der Kommission, nach Art. 192 IV EGV⁸ einen Antrag auf Aussetzung der Zwangsvollstreckung⁹.

Von diesen Verfahrensarten sind in der Praxis allein die ersten beiden relevant¹⁰. Bevor deren Voraussetzungen¹¹ erläutert werden, sei auf zwei grundsätzliche Unterschiede zum deutschen Verwaltungsprozeßrecht hingewiesen. Erstens haben Klagen¹² bzw. Rechtsmittel¹³ vor den Gemeinschaftsgerichten keine aufschiebende Wirkung¹⁴. Jeder Kläger bleibt also weiterhin verpflichtet, die im angefochtenen Akt enthaltenen Gebote und Verbote zu befolgen; andernfalls riskiert er deren zwangsweise Durchsetzung. Die in der Literatur¹⁵ hierfür gegebene Begründung lautet, der Gemeinschaftsgesetzgeber gewährleiste auf diese Weise die Kontinuität der gemeinschaftlichen Verwaltungspraxis, die nur für den Fall endet, daß der Gemeinschaftsrichter einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stattgibt. Verglichen mit dem deutschen Verwaltungsprozeß-

recht, wo Widerspruch und Anfechtungsklage *grundsätzlich* aufschiebende Wirkung haben, wirkt die gemeinschaftsrechtliche Regelung¹⁶ ausgesprochen „verwaltungsfreundlich“. Manche mögen hierin gar ein gewisses Defizit an Rechtsstaatlichkeit vermuten. Vor allzu schneller Kritik sei indes gewarnt. So legt das BVerfG die in Art. 19 IV GG verankerte Rechtsweggarantie in ständiger Rechtsprechung dahin aus, daß bei Rechtsbehelfen eine aufschiebende Wirkung „nicht schlechthin“ gewährleistet sein müsse¹⁷. Freilich, auch hierzu mag man Argumente pro und contra finden. Feststeht jedenfalls, daß eine Änderung der Art. 185, 186 EWG bisher nicht auf der Tagesordnung der im März 1996 beginnenden Regierungskonferenz zur Revision des EU-Vertrages steht¹⁸. Zweitens setzt jeder vor dem Gemeinschaftsrichter gestellte Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz eine anhängige Klage voraus¹⁹ (vgl. unten II 2).

1) Vgl. zum vorläufigen Rechtsschutz im deutschen Recht z. B. § 32 BVerfGG, §§ 80 u. 123 VwGO sowie § 114 FGO.

2) Zum deutschen Verfassungsrecht vgl. Schmidt-Aßmann, in: Maunz-Dürig/Herzog, Art. 19 Rdnrn. 273 ff.

3) Ebenso der Internationale Gerichtshof im Haag (vgl. Art. 41 Statut des IGH). Der vorläufige Rechtsschutz ist hingegen weder in der Europäischen Menschenrechtskonvention noch in der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (vgl. jeweils Art. 6) erwähnt.

4) Vgl. auch die gleichlautenden Art. 157 II EAGV und Art. 39 II EGKSV.

5) Vgl. Art. 123, 124 VerFO des EuG sowie Art. 97 VerFO des EuGH.

6) Der Antrag auf einstweilige Aussetzung gem. Art. 185 EGV ist ein Spezialfall des Antrages auf einstweilige Anordnung gem. Art. 186 EGV; vgl. z. B. Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der Europäischen Union, 1994, Tz. 529 ff., 563.

7) Vgl. auch Art. 158 EAGV sowie Art. 39 III EGKSV.

8) Vgl. auch Art. 164 III EAGV sowie Art. 92 III ESKV.

9) Art. 192 IV EGV ist ein Spezialfall des Art. 185 S. 2 EGV.

10) In den letzten fünf Jahren war, soweit ersichtlich, kein einziges Verfahren nach Art. 192 IV EGV anhängig.

11) Vgl. Art. 104–110 VerFO des EuG, ferner die – bis auf die Vorschriften über das Rechtsmittel – gleichlautenden Art. 83–90 VerFO des EuGH sowie Art. 36, 50 Abs. 2, 53 Protokoll über die Satzung des EuGH (EWG) und Art. 33 Satzung (EGKSV).

12) Vgl. Art. 185 S. 1 EGV sowie Art. 39 I EGKSV. Gem. Art. 157 S. 1 EAGV gilt dies grundsätzlich auch für den Euratom-Vertrag. Vgl. aber die Ausnahmen in Art. 18 II EAGV (Klagen gegen Entscheidungen des Schiedsausschusses der EAG) sowie Art. 83 Nr. 2 Abs. 2 EAGV (Klagen gegen Entscheidungen der Kommission über die Verhängung bestimmter Zwangsmaßnahmen).

13) Vgl. Art. 53 Satzung.

14) Im Gegensatz zu Widerspruch und Anfechtungsklage (§ 80 I VwGO); vgl. jedoch die in § 80 II VwGO genannten Ausnahmen.

15) Vgl. z. B. Borchardt, in: Lenz, EGV, 1994, Art. 185 Rdnr. 1.

16) Die offenbar dem französischen Verwaltungsrecht entstammt; vgl. Art. R 102 Code des tribunaux administratifs.

17) Vgl. z. B. BVerfGE 51, 268 (284 f.) = NJW 1980, 35; BVerfGE 65, 1 (70 f.) = NJW 1984, 419.

18) Auch der „Bericht des EuGH über bestimmte Aspekte der Anwendung des Vertrages über die Europäische Union“ sowie der „Beitrag des EuG im Hinblick auf die Regierungskonferenz 1996“ (vgl. Tätigkeiten des Gerichtshofs und des EuG, Nr. 15/95) enthalten keine Änderungsvorschläge.

19) Vgl. Art. 185 EGV (sowie Art. 157 II EAGV, Art. 39 II EGKSV) und 186 EGV (sowie Art. 158 EAGV; auch für Art. 39 III EGKSV wird nach einhelliger Meinung die Rechtshängigkeit der Hauptsache vorausgesetzt). Allerdings bieten die Art. 185 und 186 EGV in Fällen des Sofortvollzuges, wie z. B. bei Maßnahmen gem. Art. 14 I Verordnung Nr. 17, nur einen theoretischen Schutz. Daher befürwortet z. B. v. Winterfeld, NJW 1988, 1409 (1413) für diese Fälle einen vorläufigen Rechtsschutz vor der Klageerhebung; vgl. auch Allkemper, Der Rechtsschutz des einzelnen nach dem EG-Vertrag, 1994, S. 146 ff.

II. Die Zulässigkeit des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz

Vor der Prüfung der Zulässigkeit wie übrigens auch der Begründetheit eines Antrages sollte man sich vergegenwärtigen, daß der vorläufige Rechtsschutz im Verhältnis zur Hauptsache akzessorisch²⁰ ist. Der vorläufige Rechtsschutz setzt eine gleichzeitig anhängige Klage in der Hauptsache voraus, schließt aber, weil er ja nichts anderes als „vorläufig“ ist, jede Vorwegnahme der Entscheidung in der Hauptsache aus²¹. Diese Akzessorietät bedeutet zum einen, daß sich die Frage der Zulässigkeit und Begründetheit der Klage prinzipiell bereits im Rahmen des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz stellt. Zum anderen folgt hieraus, daß die Zulässigkeit und Begründetheit der Hauptsache im Rahmen des Antrages keinesfalls im gleichen Umfang geprüft werden darf wie in der Hauptsache. In der Praxis ist damit eine Gratwanderung angesagt, die sich wie ein roter Faden durch die Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen eines jeden Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz zieht.

1. Zuständigkeit

Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz²² ist vor dem für die Klage zuständigen²³ Gemeinschaftsgericht²⁴ zu stellen. Irrtümer hinsichtlich der Zuständigkeit sind zwar seit Schaffung des *EuG*²⁵ möglich, kommen jedoch selten vor²⁶, was nicht zuletzt auf die mittlerweile recht klare Kompetenzabgrenzung zwischen *EuG* und *Gerichtshof*²⁷ zurückzuführen sein dürfte²⁸. Sind Klage und Antrag ausnahmsweise einmal vor der falschen Instanz erhoben worden, so werden die Rechtssachen an die zuständige Instanz verwiesen²⁹.

2. Anhängigkeit des Hauptsacheverfahrens

Ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz ist unzulässig, solange keine Klage in der Hauptsache anhängig ist³⁰. Der Antrag muß also gleichzeitig mit der Klageschrift oder später eingereicht werden³¹ (vgl. hierzu die Beispiele unter II 5). Dies gilt unabhängig von der Klage-³² bzw. Antragsart³³. Der Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz wird unzulässig, wenn *EuG* bzw. *Gerichtshof* zwischenzeitlich die Klage in der Hauptsache³⁴ bzw. den Klageantrag, auf den sich der Antrag bezog³⁵, als unzulässig abgewiesen haben³⁶.

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Zulässigkeit der Klage im Rahmen des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz zu berücksichtigen ist³⁷. Hier kann man einen gewissen Wandel in der Rechtsprechung beobachten. Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung wird die Zulässigkeit der Klage grundsätzlich nicht geprüft, „um der Entscheidung in der Hauptsache nicht vorzugreifen“³⁸. Rügt der Antragsgegner jedoch ausdrücklich die offensichtliche Unzulässigkeit der Klage³⁹ oder stellt er in der Hauptsache einen Antrag⁴⁰ auf Vorabentscheidung über eine die Zulässigkeit hindernde Einrede⁴¹, so kann der Richter prüfen, „ob die Klage auf den ersten Blick Merkmale aufweist, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit den Schluß zulassen, daß sie zulässig ist“⁴². Stellt sich dabei allerdings heraus, daß dies eine eingehende Zulässigkeitsprüfung voraussetzt⁴³, so bleibt diese Frage dem Hauptsacheverfahren vorbehalten⁴⁴.

Neuerdings scheint eine ausdrückliche Rüge der offensichtlichen Unzulässigkeit nicht mehr zwingend erforderlich. So prüfte der Richter z. B. in der Rechtssache *Postbank/Kommission*⁴⁵ die Zulässigkeit der Klage, obwohl die Kommission, wie er ausdrücklich feststellt, „nur eine einfache Unzulässigkeit der Klage geltend macht und nicht von offensichtlicher Unzulässigkeit spricht“⁴⁶. In einem anderen Beschluß⁴⁷ heißt es, der Präsident habe, „soweit die Akten schlüssige Anhaltspunkte dafür liefern“, zu prüfen, ob der Antrag auf den ersten Blick als zulässig angesehen werden

kann, „auch wenn sich die Institution nicht auf eine offensichtliche Unzulässigkeit beruft“⁴⁸. Diese neueren Beschlüs-

20) Vgl. zutr. *EuGH*, Slg. I 1994, 307 Tz. 98 – *Kommission/Griechenland*. Im Beschl. v. 12. 2. 1996 – Rs. T-228/95 R – *Lehrfreund/Rat u. Kommission* erklärte das *EuG* einen auf die *Auslegung* einer Verordnungsgerichteten Antrag für unzulässig, da ein solcher Antrag ggf. im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 177 EGV, nicht aber im Rahmen einer Direktklage, d. h. der Klage in der Hauptsache, zulässig ist.

21) Vgl. hierzu Art. 107 § 4 VerFO des *EuG* sowie Art. 86 § 4 VerFO des *EuGH*.

22) Die Verfahrenssprache ist dieselbe wie die im Hauptverfahren gewählte (vgl. Art. 29 VerFO des *EuGH* bzw. Art. 35 VerFO des *EuG*).

23) Vgl. Beschl. des Rates 88/591/EGKS, EWG, Euratom v. 24. 10. 1988 zur Errichtung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, ABIEG Nr. L 319 v. 25. 11. 1988, S. 1 ff.; geändert durch Beschl. des Rates v. 8. 6. 1993, ABIEG Nr. L 144 v. 16. 6. 1993, S. 21 f. sowie v. 7. 3. 1994, ABIEG Nr. L 66 v. 10. 3. 1994, S. 29 i. V. mit Art. 168 a EGV, Art. 140 EAGV sowie Art. 32 d EGKS.

24) Zu der Frage, ob ein nationales Gericht bei Zweifeln an dem zugrundeliegenden Gemeinschaftsrecht die Vollziehung eines Rechtsaktes im vorläufigen Rechtsschutz analog Art. 185 EGV aussetzen kann oder muß vgl. *EuGH*, *EuZW* 1995, 837 – *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH u. a./Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*; vgl. ferner *Rengeling/Middleke/Gellermann* (o. Fußn. 6), S. 278, Fußn. 10.

25) Das *EuG*, mit Beschl. des Rates 88/591/EGKS, EWG, Euratom v. 24. 10. 1988 (o. Fußn. 23) geschaffen, hat im Oktober 1989 seine Tätigkeit aufgenommen.

26) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1991, 2723 – *PTT/Kommission*, wo der *Gerichtshof* eine in einer Wettbewerbs-sache gem. Art. 173 II EGV erhobene Nichtigkeitsklage an das *EuG* verwies – das die Sache aufgrund der beim *Gerichtshof* anhängigen Klage eines Mitgliedstaats auf Nichtigerklärung desselben Rechtsakts gem. Art. 47 III Satzung zurückverwies. Vgl. ferner *EuG*, Beschl. v. 18. 8. 1995 – Rs. T-146/95 R – *Bernardi/Europäisches Parlament*.

27) Zur funktionellen Zuständigkeit der Präsidenten des *Gerichtshofs* bzw. *EuG* vgl. Art. 85 VerFO des *EuGH* sowie Art. 106 VerFO des *EuG*.

28) Das *EuG* ist mittlerweile z. B. auch für Amtshaftungsklagen natürlicher oder juristischer Personen (vgl. Art. 178 i. V. mit 215 II EGV) zuständig. Insoweit entfällt, zumindest unter dem Gesichtspunkt der Zuständigkeit, die bisweilen schwierige Abgrenzung zu dienstrechtlichen Schadenersatzklagen nach Art. 179 EGV.

29) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 18. 8. 1995 – Rs. T-146/95 R – *Bernardi/Europäisches Parlament*.

30) Vgl. Art. 104 § 1 II VerFO des *EuG* bzw. den gleichlautenden Art. 83 § 1 II VerFO des *EuGH*, deren etwas mißverständlicher Wortlaut allerdings nicht dahin zu verstehen ist, das Einreichen einer Klage sei die *einzig* Zulässigkeitsvoraussetzung eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz.

31) Gem. Art. 17 Satzung des *EuGH* gilt auch für den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz Anwaltszwang.

32) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 3037 Tz. 42 – *Kommission/Griechische Republik*.

33) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 22. 11. 1995 – Rs. T-395/94 R II – *Atlantic Container Line AB u. a./Kommission*.

34) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2177 Tz. 4 – *Yvan Blot u. Front National/Europäisches Parlament*; *EuGH*, Slg. I 1993, 3920 Tz. 4 – *Leon von Paris u. a./Rat u. Kommission*; *EuGH*, Slg. I 1993, 3958 Tz. 4 – *Donatab Srl u. a./Kommission*; *EuGH*, Slg. I 1992, 5069 – *Landbouwschap/Kommission*.

35) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1993, 3920 Tz. 5 f. – *Van Paris u. a./Kommission*.

36) In solchen Fällen wird über die Kosten des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens im Beschluß entschieden.

37) Vgl. hierzu den instruktiven Überblick bei *Pastor/van Gindenachter*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 561 (588 ff.).

38) Vgl. z. B. *EuG*, Beschl. v. 15. 3. 1995 – Rs. T-6/95 R – *Cantine dei Colli Berici/Kommission*; *EuGH*, Slg. I 1994, 1701 Tz. 13 – *Schulz/Kommission*; *EuGH*, Slg. I 1991, 3353 Tz. 7 – *Bosman/Kommission*; *EuGH*, Slg. I 1990, 3377 Tz. 22 – *Emerald Meats Limited/Kommission*. S. auch allgemein *Krick*, in: *Grabitz*, EWGV, Art. 186 Rdnr. 8.

39) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 449 Tz. 20 – *CCE Vittel u. CE Pierval/Kommission* sowie *EuG*, Slg. II 1992, 1589 – *Cimenteries CBR SA u. a./Kommission*, wo der Präsident die offensichtliche Unzulässigkeit der Klagen in der Hauptsache bejahte, den Antrag aber gleichwohl wegen mangelnder Begründetheit abwies.

40) Vgl. Art. 114 VerFO des *EuG*, Art. 91 VerFO des *EuGH*.

41) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 1032 (1033) – *Nutral/Kommission*.

42) Diese Ausnahme beruht auf der Erwägung, daß mit Erlaß einer vorläufigen Maßnahme bei einer offensichtlich unzulässigen Klage dem Antragsteller mehr gewährt würde als er im Hauptsacheverfahren erreichen könnte.

43) Z. B. bei der Frage, ob eine Entscheidung ein Unternehmen unmittelbar und individuell betrifft und es daher gemäß Art. 173 EGV klagebefugt ist, vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 449 Tz. 25 f. – *CCE Vittel u. CE Pierval/Kommission*.

44) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 552 – *CMBT/Kommission*.

se lassen erkennen, daß es für den Richter vor allem darauf ankommt, was der Antragsgegner gegen die Zulässigkeit der Klage vorträgt und nicht primär darauf, ob er die offensichtliche Unzulässigkeit der Klage rügt. Obwohl dies darauf hinausläuft, daß der Richter im Verfahren des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz die Frage der Zulässigkeit der Klage nunmehr von Amts wegen prüft, bleibt jeder Antragsgegner gut beraten, sich – eine entsprechende Tatsachen- und Beweislage vorausgesetzt – auf die offensichtliche Unzulässigkeit der Klage zu berufen.

3. Antragsgegenstand

Zwischen dem Antragsgegenstand, der in der Antragschrift⁴⁹ bezeichnet werden muß, und dem Streitgegenstand der Hauptsache muß ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen⁵⁰. Mit anderen Worten: In einem auf vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahren dürfen nur solche Anträge gestellt werden, die sich auf den Gegenstand der Hauptsache beziehen und mit denen nicht mehr begehrt wird, als im Hauptsacheverfahren gewährt werden kann. Hieran fehlt es, wenn mit dem Antrag nicht die Aussetzung der Maßnahme beantragt wird, gegen die sich die Klage richtet, bzw. der Antrag sich nicht auf den Rechtsstreit bezieht, der Gegenstand der genannten Klage ist⁵¹. Unzulässig ist auch ein Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes, der mit dem Klageantrag identisch ist oder gar über das Klagebegehren hinausgeht⁵².

Gegenstand eines Antrages nach Art. 185 S. 2 EGV (Aussetzung der Durchführung der angefochtenen Handlung) können sämtliche belastenden Maßnahmen der Gemeinschaftsorgane sein, die geeignet sind, Rechtswirkungen zu erzeugen und Gegenstand einer Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage sein können. Dies ist nicht der Fall bei einer auf Art. 15 VI Verordnung Nr. 17/62 gestützten Entscheidung der Kommission⁵³, denn sie beschränkt sich darauf, dem Unternehmen, an das sie gerichtet ist, die vorläufige Auffassung der Kommission über die Vereinbarkeit einer angemeldeten Vereinbarung mit Art. 85 EGV zu übermitteln und bedarf keinerlei Anordnung und damit keines Vollzuges. Daher kann eine solche Entscheidung nicht Gegenstand eines Antrages auf vorläufigen Rechtsschutzes sein⁵⁴.

Gegenstand eines Antrages gem. Art. 186 EGV (einstweilige Anordnung) können jegliche Gebote oder Verbote sein, die zur vorläufigen Gestaltung oder Regelung streitiger Rechtsverhältnisse geeignet und erforderlich sind. So ist es z. B. der Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens unbenommen, gem. Art. 186 EGV eine einstweilige Anordnung zu beantragen, um den betroffenen Mitgliedstaat zur Aussetzung der im Hauptverfahren beanstandeten Maßnahmen zu zwingen⁵⁵, denn Art. 186 EGV enthält keine Ausnahme oder Unterscheidung im Hinblick auf das Wesen der Rechtssache⁵⁶. Freilich kann eine Partei im Rahmen eines solchen Antrages nicht dasjenige nachholen, was sie im Verwaltungsverfahren, d. h. im vorprozessualen Stadium, versäumt hat⁵⁷.

Ansonsten ist der Richter nicht streng an den Inhalt des Antrages auf vorläufigen Rechtsschutz gebunden⁵⁸, sondern verfügt über ein bestimmtes Auslegungsermessen. So hat z. B. das *EuG* die Tatsache, daß ein Antrag auf Aussetzung des Vollzuges einer im Wege der Nichtigkeitsklage angefochtenen Entscheidung auf Art. 186 EGV anstatt auf Art. 185 EGV gestützt wurde⁵⁹, nicht beanstandet. Es entschied auch, daß in einem Fall, in dem die Kommission von der Beitreibung einer Geldbuße absieht, weil der Antragsteller ordnungsgemäß eine Bankbürgschaft gestellt hat, ein Antrag auf Aussetzung des Vollzuges einer Entscheidung, mit der der Antragsteller zur Zahlung einer Geldbu-

ße verpflichtet wird, „sinnvollerweise nur als Antrag auf Befreiung der Verpflichtung verstanden werden [kann], als Voraussetzung für die Anwendung des sofortigen Vollzuges der Entscheidung eine Bankbürgschaft zu stellen“⁶⁰. Schließlich kann der Rechtssuchende einen Antrag gem. Art. 185 EGV mit einem Antrag gem. Art. 186 EGV kumulieren⁶¹ bzw. den einen als Hauptantrag und den anderen als Hilfsantrag⁶² stellen. Wer sich nicht sicher ist, kann unbedenklich den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes⁶³ auf beide in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen stützen⁶⁴.

4. Antragsbefugnis

Antragsberechtigt sind alle Rechtssubjekte, die zur Klage in der Hauptsache berechtigt sind, d. h. den Schutz eigener Interessen verfolgen. Hierzu zählen grundsätzlich natürliche und juristische Personen. Als sogenannte „privilegierte Antragsberechtigte“ sind die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten darüber hinaus befugt, den Schutz der Interessen Dritter zu verfolgen⁶⁵. Demgegenüber können Streit- helfer im Hauptsacheverfahren grundsätzlich keinen Antrag auf Erlaß einer Eilmaßnahme stellen, es sei denn, sie können

45) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1141 Tz. 25 – Postbank/Kommission.

46) Vgl. auch *EuG*, Slg. II 1995, 449 (496) – Industries des Poudres sphériques/Rat, wo der Richter prüfte, ob die Klage offensichtlich unzulässig ist, obwohl der Antragsteller lediglich „Zweifel an der Zulässigkeit der Klage“ geltend gemacht hatte.

47) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 10. 4. 1995 – Rs. T-66/95 R – Kuchlenz-Winter/Kommission.

48) In seinem Beschl. Slg. I 1990, 3841 Tz. 11/12 – Italsolar SpA/Kommission äußerte der *Gerichtshof* „ernsthafte Zweifel“ an der Zulässigkeit der Klage, obwohl die Antragsgegnerin keine entsprechende Rüge erhoben hatte, entschied jedoch es sei im Rahmen des vorliegenden Verfahrens „nicht notwendig“, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.

49) Der Antrag setzt einen besonderen Schriftsatz voraus, vgl. Art. 83 § 3 VerfO des *EuGH* sowie Art. 104 § 3 VerfO des *EuG*.

50) Vgl. Art. 83 § 1 VerfO des *EuGH* sowie Art. 104 § 1 VerfO des *EuG*.

51) Vgl. zum Wettbewerbsrecht *EuG*, Slg. II 1994, 263 Tz. 33 – Société commerciale des potasses et de l'azote u. Entreprise minière et chimique/Kommission sowie *EuG*, Slg. II 1993, 1409 – Gestevisión Telecinco/Kommission. Vgl. zum Beihilferecht *EuGH*, Slg. I 1991, 2557 Tz. 23 – CIRFS u. a./Kommission sowie allgemein *EuG*, Slg. II 1991, 133 Tz. 15 – Léon Bodson/Europäisches Parlament.

52) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 2557 – CIRFS u. a./Kommission.

53) Gem. Art. 15 VI Verordnung Nr. 17 findet Abs. 5 dieser Vorschrift keine Anwendung, wenn die Kommission den betreffenden Unternehmen mitgeteilt hat, daß sie nach einer vorläufigen Prüfung die Voraussetzungen des Art. 85 I EGV für gegeben erachtet und eine Anwendung des Art. 85 III EGV nicht gerechtfertigt erscheint.

54) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1991, 271 – Vichy/Kommission.

55) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3351 (3356) = *EuZW* 1990, 349 – Kommission/Deutschland.

56) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 3037 Tz. 42 – Kommission/Griechische Republik.

57) So jedenfalls im Bereich des öffentlichen Dienstrechts, vgl. *EuG*, Slg. II 1991, 133 Tz. 17 – Bodson/Europäisches Parlament.

58) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1099 Tz. 36 – Blanchard/Kommission; *EuG*, Beschl. v. 12. 2. 1996 – Rs. T-228/95 R – Lehrfreund/Rat u. Kommission.

59) Vgl. *EuG*, Slg. II 1990, 197 – Peugeot/Kommission.

60) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1279 Tz. 21/22 – Laakmann Karton GmbH/Kommission; *EuG*, Slg. II 1994, 1265 Tz. 24 – Buchmann GmbH/Kommission. Einem solchen Antrag kann nur stattgegeben werden, wenn „außergewöhnliche Umstände“ vorliegen, d. h. der Antragsteller die entsprechende Dringlichkeit und Notwendigkeit nachweist.

61) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1993, 3920 Tz. 2 – Van Parijs U. A./Rat und Kommission; *EuG*, Slg. II 1991, 689 Tz. 2 – Carine Smets/Kommission.

62) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 791 Tz. 16–18 – Vittel u. CE Pierval/Kommission (Hauptantrag gem. Art. 185 EGV, Hilfsantrag gem. Art. 186 EGV). Vgl. zum umgekehrten Fall z. B. *EuG*, Slg. II 1992, 2166 – SPO u. a./Kommission.

63) Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz können, ebenso wie die Klage in der Hauptsache, verbunden werden, wenn sie den gleichen Gegenstand haben und derart in Zusammenhang stehen, daß über sie in ein und demselben Beschluß zu entscheiden ist, vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 – Comos-Tank u. a./Kommission.

64) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1990, 2170 – Comos-Tank u. a./Kommission.

65) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2715 = *EuZW* 1990, 255 – Kommission/BR Deutschland.

ein eigenes Rechtsschutzinteresse geltend machen oder zählen zu den privilegierten Klageberechtigten⁶⁶.

5. „Antragsfrist“

Für den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gelten keine Rechtsfristen. Allerdings kann der Antrag frühestens mit Klageerhebung eingereicht⁶⁷, und muß spätestens vor Erlaß des Urteils gestellt werden⁶⁸. Meist werden Antrag und Klageschrift gleichzeitig eingereicht; es gibt jedoch auch Fälle, in denen die Kläger ihren Antrag erst einen⁶⁹, drei⁷⁰ oder gar fünf Monate⁷¹ später anhängig gemacht haben. Freilich ist dies nicht ohne Risiko. Denn ein größerer Zeitraum zwischen Klage und Antrag macht es nicht eben leichter, den Richter von der Dringlichkeit des Antrages bzw. von der Existenz eines Rechtsschutzinteresses zu überzeugen⁷².

6. Rechtsschutzinteresse

Das Rechtsschutzinteresse besteht, wenn zur Wahrung der Rechte des Antragstellers vorläufiger Rechtsschutz erforderlich ist. Diese Zulässigkeitsvoraussetzung ist in aller Regel erfüllt. Es fehlt jedoch, wenn z. B. der angefochtene Gemeinschaftsrechtsakt vor Erlaß der vorläufigen Maßnahme bereits wieder aufgehoben oder geändert wurde⁷³. Aus dem gleichen Grunde ist ein Antrag unzulässig, wenn ohne weiteres absehbar ist, daß die beantragte einstweilige Maßnahme ohne „effet utile“ für den Antragsteller bleibt⁷⁴. Indes ist das Rechtsschutzinteresse nicht deshalb ausgeschlossen, weil die beklagte Partei im Hauptsacheverfahren einen Antrag auf Vorabentscheidung über die Zulässigkeit der Klage gestellt hat⁷⁵.

7. Ergebnis

Im Ergebnis kann man festhalten, daß die wenigsten Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz an der Zulässigkeit scheitern. Wird ein solcher Antrag für unzulässig erklärt, so meist deshalb, weil die Klage in der Zwischenzeit als unzulässig abgewiesen wurde⁷⁶ oder der Antrag über den Rahmen des Klageverfahrens hinausgeht⁷⁷. In anderen Fällen bekunden die erkennenden Richter zwar ausdrücklich ihre Zweifel hinsichtlich dieser oder jener Zulässigkeitsvoraussetzung, lassen jedoch die Frage in aller Regel offen⁷⁸, wenn die weitere Prüfung ergibt, daß der Antrag unbegründet ist.

III. Die Begründetheit

Laut Verfahrensordnung⁷⁹ ist ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz begründet, wenn er die Umstände anführt, „aus denen sich die Dringlichkeit ergibt; ferner ist die Notwendigkeit der beantragten Anordnung in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht glaubhaft zu machen“⁸⁰. Solchermaßen formuliert sind die Begründetheitsvoraussetzungen jedoch reichlich abstrakt und zudem nicht vollständig (vgl. hierzu III 1 b).

1. Dringlichkeit

Es ist Sache des Antragstellers⁸¹, den Richter davon zu überzeugen, daß er des vorläufigen Rechtsschutzes⁸² bedarf, weil ihm aufgrund der streitigen Gemeinschaftsmaßnahme ein persönlicher, schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden droht und er deshalb den Ausgang des Verfahrens in der Hauptsache nicht abwarten kann⁸³. Darüber hinaus muß er den erkennenden Richter davon überzeugen, daß die Interessen des Antragstellers, verglichen mit denen der übrigen Verfahrensbeteiligten bzw. Dritter überwiegen und daher mehr für als gegen die beantragte vorläufige Maßnahme spricht (vgl. hierzu unten 1 b)⁸⁴.

a) *Schwerer und nicht wiedergutzumachender Schaden.* Der Schadensbegriff umfaßt alle materiellen und immateriellen Nachteile, die der Antragsteller an *seinen*⁸⁵ rechtlich ge-

schützten Gütern und Vermögenswerten erleiden kann⁸⁶. Bei der Ermittlung des Schadens wird keine pauschale Bewertung vorgenommen, sondern auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles abgestellt⁸⁷.

(1) *Wann ist ein Schaden „schwer und nicht wiedergutzumachen“?* Nicht selten tragen Antragsteller vor, aufgrund der streitigen Gemeinschaftsmaßnahme drohe ihnen eine – mehr oder weniger große – finanzielle Einbuße. Indes gelten solche Einbußen nach ständiger Rechtsprechung nur dann als schwerer, nicht wiedergutzumachender Schaden, wenn sie auch im Falle eines Obsiegens des Antragstellers im Hauptsacheverfahren nicht bzw. nicht vollständig ersetzt werden können, d. h. wenn ein Ersatz in Geld den Geschädigten nicht wieder in die Lage versetzen kann, in der er sich vor Eintritt des Schadens befand⁸⁸. Letzteres kann nur an Hand des jeweiligen Einzelfalles beurteilt werden, wie die nachfolgende Übersicht verdeutlicht.

66) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1990, 2715 = *EuZW* 1990, 255 – Kommission/BR Deutschland.

67) Vgl. Art. 83 § 1 VerfO des *EuGH* bzw. Art. 104 § 1 VerfO des *EuG*. Bei dienstrechtlichen Streitigkeiten kann ein solcher Antrag gem. Art. 91 IV Statut bereits während des Vorverfahrens gestellt werden, sofern er mit der Klage verbunden wird.

68) Was bedingt, daß man den Verkündungstermin kennt.

69) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1991, 265 Tz. 1/2 – Vichy/Kommission.

70) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3377 Tz. 1/2 – Emerald Meats Limited/Kommission.

71) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 2557 Tz. 1 – CIRFS u. a./Kommission.

72) Dies dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn das schriftliche Verfahren abgeschlossen ist, bzw. die mündliche Verhandlung bereits stattgefunden hat.

73) Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. I 1990, 561 – Griechenland/Kommission.

74) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 1020 Tz. 21 – Branco/Rechnungshof sowie *EuG*, Beschl. v. 12. 2. 1996 – R. s. T-228/95 R – Lehrfreund/Rat u. Kommission, in den das *EuG* feststellt, daß ein vorläufiger Rechtsschutz keinen Schaden beseitigen kann, der bereits eingetreten ist.

75) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 341 Tz. 3 – Hogan/Europäisches Parlament.

76) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1990, 2177 – Blot und Front National/Europäisches Parlament; vgl. auch *Allkemper* (o. Fußn. 19), S. 145 f.

77) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1991, 2557 Tz. 23 f. – CIRFS u. a./Kommission.

78) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1992, 1571 Tz. 54 – Cimenteries CBR u. a./Kommission; *EuGH*, Slg. I 1990, 2175 Tz. 33 – Comos-Tank u. a./Kommission. Im Beschl. v. 27. 2. 1996 – R. s. T-235/95 R – Goldstein/Kommission prüft das *EuG* hingegen ausf. die Zulässigkeit, verneint diese und untersucht dann ebenso ausf. die Kriterien der Begründetheit.

79) Vgl. Art. 83 § 2 VerfO des *EuGH* und Art. 104 § 2 VerfO des *EuG*.

80) Diese Voraussetzungen können, müssen aber nicht in dieser Reihenfolge geprüft werden; vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1994, 1141 (1154 f.) – Postbank/Kommission; *EuG*, Slg. II 1994, 1159 (1175) – Union Carbide/Kommission.

81) So ausdrücklich z. B. *EuG*, Beschl. v. 12. 5. 1995 – verb. R. s. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF u. British Railways Board/Kommission, ebenso *EuGH*, Slg. I 1991, 2557 Tz. 17 – Cirfs u. a./Kommission.

82) Diese Begründetheitsvoraussetzungen gelten sowohl für Art. 185 wie für Art. 186 EGV, vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3841 – Italsolar/Kommission.

83) Ein Überblick über die Dauer der einzelnen Verfahrensarten findet sich im Tätigkeitsbericht des *EuGH* 1992–1994.

84) Rechtsdogmatisch gesehen ist die Prüfung der Dringlichkeit, d. h. ob dem Antragsteller ein schwerer, nicht wiedergutzumachender Schaden droht, der erste Schritt der Interessenabwägung (vgl. *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – R. s. C-149/95 P [R] – Kommission/Atlantic Container u. a.). Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Dringlichkeit und die Interessenabwägung getrennt dargestellt.

85) Eine mögliche Beeinträchtigung nationaler Interessen genügt, für sich genommen, nicht, vgl. zum Beihilferecht *EuGH*, Slg. I 1991, 2423 Tz. 24 – Belgien/Kommission.

86) Nicht entschieden wurde bisher, inwieweit die Gemeinschaftsgerichte bei der Prüfung des Vorliegens eines Schadens Beurteilungen „politischer Natur“ vornehmen dürfen; *EuGH*, Slg. I 1994, 3037 Tz. 94 – Kommission/Griechenland.

87) Vgl. *EuG*, Slg. II 1991, 679 (685) – Hoyer/Kommission; ebenso *EuG*, Slg. II 1991, 689 (695) – Smets/Kommission.

88) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1995, 485 Tz. 28 – Industries des poudres sphériques/Rat; *EuG*, Slg. II 1990, 705 Tz. 23 – Speybrouck/Europäisches Parlament; *EuGH*, Slg. I 1990, 3841 Tz. 15 – Italsolar SpA/Kommission; *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 – Comos Tank/Kommission.

Im Bereich des *Wettbewerbsrechts*⁸⁹ wurde eine Kommissionsentscheidung ausgesetzt, die ein auf dem niederländischen Bauprodukt bestehendes System der Wettbewerbs- und Preisreglementierung, das seit langem den verfahrensmäßigen Rahmen für diesen Markt bildete, für wettbewerbswidrig erklärte. Das *EuG* befand, daß diese Veränderungen bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht wieder rückgängig zu machen wären, weshalb die Antragstellerinnen keinerlei Möglichkeiten hätten, die streitigen Regelungen erneut zur Anwendung zu bringen⁹⁰. Mit der gleichen Begründung setzte das *EuG* eine Kartellentscheidung aus, die geeignet war, die Vertriebssysteme der Antragsteller in schwerwiegender Weise zu beeinträchtigen und damit möglicherweise eine Entwicklung auf dem betroffenen Markt auslösen konnte, die später nicht oder nur schwer wieder rückgängig gemacht werden kann⁹¹. Das *EuG* hat einen schweren nicht wiedergutzumachenden Schaden auch für den Fall bejaht, daß im Rahmen eines nationalen Gerichtsverfahrens die Beschwerdepunkte und das Anhörungsprotokoll aus einem bei der Kommission abhängigen Wettbewerbsverfahren vorgelegt werden sollen und Dritte hiervon Kenntnis erlangen⁹². Die Genehmigung einer Fusion hingegen wirkt sich prinzipiell nicht auf die Rechte der Arbeitnehmer desjenigen Unternehmens aus, dessen Eigentum infolge der Fusion gewechselt hat und verursacht daher keinen Schaden⁹³. Schließlich fehlt es auch dann an einem schweren Schaden, wenn die Kommission dem Antragsteller für den Fall der Zuwiderhandlung oder Nichterfüllung ein Zwangsgeld androht und es dabei allein vom Verhalten des Antragstellers abhängt, ob es fällig wird oder nicht⁹⁴.

Im Bereich des *Antidumpingrechts* begründen die mit der Einführung eines Antidumpingzolls untrennbar verbundenen Folgen, d. h. die Erhöhung des Preises der mit diesem Zoll belasteten Ware und der entsprechende Rückgang der Anteile am Gemeinschaftsmarkt, für sich genommen keinen schweren und nicht wiedergutzumachenden Schaden. Denn der Zweck eines Antidumpingzolls liegt gerade darin, zum Ausgleich der festgestellten Dumpingspanne eine Erhöhung des Preises der betreffenden Ware herbeizuführen. Nach der Rechtsprechung ist vielmehr der Nachweis eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens erforderlich, der dem Antragsteller in besonderer Weise durch die Einführung eines Antidumpingzolls entsteht⁹⁵. Hierzu müssen zumindest Umstände aufgezeigt werden, die belegen, daß ohne eine solche Aussetzung das Überleben des Antragstellers gefährdet wäre oder seine Position auf dem Markt in irreversibler Weise beeinträchtigt wäre⁹⁶.

Im *Landwirtschaftssektor* kann ein schwerer nicht wiedergutzumachender Schaden vorliegen, wenn von einer Gemeinschaftsmaßnahme nachteilige Auswirkungen auf das Beschäftigungsniveau eines ganzen Sektors sowie die Lebenshaltungskosten ausgehen⁹⁷. Das gleiche gilt, wenn das wirtschaftliche Überleben eines landwirtschaftlichen Unternehmens gefährdet ist und im Falle eines Obsiegens in der Hauptsache nicht wiederhergestellt werden könnte⁹⁸. Es genügt jedoch nicht, wenn die angefochtene Maßnahme zu „schweren Spannungen“ zwischen Mitgliedern einer Erzeugerorganisation, einer „Vergeudung menschlicher Arbeitskraft“ bzw. einem „Übermaß bürokratischer Vorgänge“ führt⁹⁹.

Im Bereich des *Verkehrsrechts* bejaht die Rechtsprechung einen schweren, nicht wiedergutzumachenden Schaden, wenn die streitige Gemeinschaftsmaßnahme die Existenz des betreffenden Unternehmens bedroht¹⁰⁰. Das gleiche gilt, wenn hinsichtlich der Verteilung der Marktanteile zwischen Unternehmen aus verschiedenen Mitgliedstaaten eine unumkehrbare Veränderung droht¹⁰¹.

Auch im Bereich des *Zollrechts* hat der *Gerichtshof* einen schweren, nicht wiedergutzumachenden Schaden bejaht, wenn die streitige Gemeinschaftsmaßnahme die Existenz des betreffenden Unternehmens bedroht oder wenn der Schaden selbst bei seinem Eintritt nicht beziffert werden kann¹⁰². Ein Verlust von ca. 3,5 bis 5,5 Mio. Holländischen Gulden bei einem Gesamtumsatz von ca. 157,5 Mio. Holländischen Gulden kann einen schweren Schaden darstellen¹⁰³. Allerdings ist eine Umsatzstrafe von jährlich 2 Mio. Holländischen Gulden bei einem Jahresumsatz von 750 Mio. Holländischen Gulden nicht hinreichend schwer, um einen vorläufigen Rechtsschutz zu rechtfertigen¹⁰⁴.

Zum gemeinschaftsrechtlichen *Dienstrecht* schließlich existiert eine umfangreiche Rechtsprechung, die sich im wesentlichen auf angebliche materielle Schäden bezieht und wegen ihres spezifischen Charakters vorliegend nicht näher untersucht wird. Sie ist je-

doch von allgemeinem Interesse, soweit sie *immaterielle Schäden* betrifft, also z. B. die Verletzung des Rufes, der Ehre oder der Würde einer natürlichen Person. Bisher zeigte sich das *EuG* hierbei eher zurückhaltend¹⁰⁵ – nicht jedoch in seinem jüngst ergangenen Beschluß in der Rechtssache *Connolly/Kommission*¹⁰⁶, der durch die Presse ging. Dieser Rechtssache liegt ein Disziplinarverfahren zugrunde, das die Kommission gegen einen Beamten einleitete, weil er ein Buch veröffentlicht hat¹⁰⁷, ohne die beamtenrechtlich vorgesehene vorherige Genehmigung seines Dienstherrn einzuholen. Das *EuG* wies die Kommission an, sämtliche Maßnahmen zu ergreifen, damit künftig keinerlei Informationen über die Karriere, die Persönlichkeit, die Ansichten oder die Gesundheit des betreffenden Beamten an die Öffentlichkeit gelangen, die unmittelbar oder mittelbar geeignet sind, seinem beruflichen bzw. persönlichen Ruf zu schaden.

(2) *Zeitliche Nähe des Schadens*. Der Eintritt des schweren, nicht wiedergutzumachenden Schadens muß unmittelbar bevorstehen. Allerdings muß der Antragsteller dies nicht mit letzter Sicherheit nachweisen. Es genügt, daß der jeweilige Schaden, insbesondere wenn er von mehreren Faktoren abhängt, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit vorhersehbar ist¹⁰⁸. Mithin reicht eine zukünftige, ungewisse und vom Zufall abhängige Gefahr, bei deren Konkretisierung der Antragsteller seine Rechte vor dem Gemeinschaftsrichter geltend machen könnte, nicht aus¹⁰⁹. Die Dringlichkeit ist auch dann nicht gegeben, wenn der Antragsteller den Schaden selbst abschätzen und seinen Eintritt, wenn ihm dies angebracht erscheint, jederzeit vermeiden kann¹¹⁰. Ebensowenig genügen allgemeine Umstände, die nicht als zwangsläufige

89) Vgl. hierzu den instruktiven Überblick bei *de Bronett*, WuW, 1994, 813 (814), sowie bei *Piroche*, Revue Trimestrielle de Droit Européen 1989, 439 (440).

90) Vgl. *EuGH*, Slg. II 1992, 2161 Tz. 31 – SPO u. a./Kommission.

91) Vgl. *EuG*, Slg. II 1992, 1839 = EuZW 1992, 485 Tz. 29 – Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel/Kommission.

92) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1141 – Postbank/Kommission.

93) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 794 – CCE Vittel und CE Pierval/Kommission.

94) Vgl. *EuG*, Slg. II 1990, 195 Tz. 31 f. – Peugeot/Kommission.

95) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 867 Tz. 16/17 – Descom/Rat.

96) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 485 Tz. 34 – Industrie des poudres sphériques/Rat.

97) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1993, 3677 Tz. 27 – Deutschland/Rat.

98) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 15. 3. 1995 – Rs. T-6/95 R – Cantine dei Colli Berici/Kommission.

99) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 5109 Tz. 21 – Albertain SAT Ltda. u. a./Kommission.

100) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3351 = EuZW 1990, 349 Tz. 44 – Kommission/Deutschland.

101) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3351 = EuZW 1990, 349 Tz. 39 – Kommission/Deutschland.

102) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 Tz. 24 – Comos Tank u. a./Kommission.

103) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 Tz. 31 – Comos Tank u. a./Kommission. Allerdings hatte das Unternehmen nicht dargetan, daß diese Verluste nicht vollständig ausgeglichen werden können, wenn die Antragstellerin in der Hauptsache obsiegt.

104) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 Tz. 25/26 – Comos Tank u. a./Kommission. Zu der in dieser Rs. ebenfalls aufgeworfenen Frage, ob ein drohender Verlust von ca. 3,2 Mio. Holländischen Gulden bei einem jährlichen Gesamtumsatz von ca. 27 Mio. Holländischen Gulden einen schweren Schaden darstellt brauchte der *Gerichtshof* nicht Stellung zu nehmen.

105) Vgl. *EuG*, Slg. ÖD I-A, 1994, 81 – de Santis/Kommission; *EuG*, Slg. ÖD I-A, 1994, 5 (8) – SFIE/Kommission; *EuG*, Slg. II 1993, 1359 Tz. 43 – D./Kommission; *EuG*, Slg. II 1993, 474 Tz. 37 – Peixoto/Kommission; *EuG*, Slg. II 1991, 133 Tz. 18 – Bodson/Parlament; *EuG*, Slg. II 1993, 1021 Tz. 23 – Branco/Rechnungshof; *EuG*, Slg. II 1991, 689 Tz. 23/24 – Hoyer/Kommission.

106) *EuG*, Beschl. v. 12. 12. 1995 – Rs. T-203/95 R – Connolly/Kommission.

107) Es trägt den Titel „The Rotten Heart of Europe. The dirty war for Europe's money“ und setzt sich kritisch mit der geplanten einheitlichen europäischen Währung auseinander.

108) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – Kommission/Atlantic Container Line AB.

109) Vgl. *EuGH*, Slg. II 1994, 263 Tz. 39 – Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique/Kommission.

110) Vgl. *EuG*, Slg. II 1991, 265 Tz. 20 – Vichy/Kommission.

Folgen des Vollzugs einer streitigen Entscheidung angesehen werden¹¹¹, wenn bei deren Konkretisierung der Antragsteller seine Rechte vor dem Gemeinschaftsrichter geltend machen könnte¹¹². Ein nur potentiell Risiko, das sich noch nicht realisiert hat, genügt ebenfalls nicht¹¹³. Schließlich reicht eine vage und hypothetische Behauptung des Antragstellers, die auf keinerlei Beweismittel gestützt ist, offensichtlich nicht aus¹¹⁴.

Zum Thema Dringlichkeit des Schadens bleibt als Fazit festzuhalten, daß die Meßlatte für den Nachweis eines drohenden schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens hoch hängt. Hieran scheitern die meisten Verfahren.

b) *Interessenabwägung*. Nach ständiger Rechtsprechung¹¹⁵ muß der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes das Interesse des Antragstellers (vgl. oben III 1 a) gegen die Belange des Antragsgegners bzw. etwaiger Dritter abwägen¹¹⁶. Hierbei muß er auch das „Interesse an einer geordneten Rechtspflege“ berücksichtigen¹¹⁷. Diese durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebotene Interessenabwägung gilt sowohl für Verfahren gem. Art. 185 als auch gem. Art. 186 EGV¹¹⁸. So muß der erkennende Richter im Falle eines Antrages gem. Art. 185 EGV die Interessen des Antragstellers, namentlich die drohende Beeinträchtigung seiner Rechtsphäre ohne Erlaß der vorläufigen Vollzugssetzung auf der einen Seite (vgl. oben III 1 a) mit dem Interesse des Gemeinschaftsorgans an der sofortigen Vollziehung und den drohenden Nachteilen für Drittbetroffene auf der anderen Seite abwägen¹¹⁹. Ist er hingegen mit einem Antrag gem. Art. 186 EGV befaßt, so muß er das Interesse an einer geordneten Rechtspflege einerseits und die Interessen der Beteiligten, einschließlich des Interesses des Gemeinschaftsorgans, andererseits in der Weise gegeneinander abwägen, daß sowohl die Schaffung einer unumkehrbaren Lage als auch die Entstehung eines schweren und nicht wiedergutzumachenden Schadens für einen der Beteiligten an dem Rechtsstreit vermieden wird¹²⁰. Die Parteien sollten dabei folgendes beachten: Trifft eine von ihnen ein Mitverschulden, so kann dies verhindern, daß die Interessenabwägung zu ihren Gunsten ausfällt¹²¹. Falls die beantragten Maßnahmen gravierende Konsequenzen für die Rechte und Interessen Dritter haben können, gelten dementsprechend höhere Maßstäbe für den den Antragstellern drohenden Schaden¹²².

In der Rechtssache Langnese-Iglo und Schöller/Kommission¹²³ endete die Interessenabwägung mit einer Pattsituation. Denn einerseits stellte der Richter fest, daß der sofortige Vollzug der auf Art. 85 I EGV gestützten Entscheidung die von den Antragstellern eingerichteten Vertriebssysteme in schwerwiegender Weise beeinträchtigen und damit eine Entwicklung auf dem Markt auslösen könne, die sich später nur schwer oder gar nicht umkehren ließe. Andererseits kam er zu dem Schluß, daß die Aussetzung des Vollzuges der Kommissionsentscheidung zu einer Konsolidierung der gegenwärtigen Struktur des Marktes beitragen könne, die es den Antragstellern ermöglicht hätte, einem Wettbewerber die Nutzung eines Wettbewerbsvorteils mehr und mehr zu erschweren. Daraufhin wählte der Richter eine „Übergangslösung“, mit der sich vermeiden läßt, daß der Markt eine unumkehrbare Veränderung erfährt, und die zugleich das Interesse der Kommission an der sofortigen Abstellung der von ihr festgestellten Verstöße gegen die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages und die wesentlichen Interessen der Beteiligten an dem Rechtsstreit wahrt.

All dies veranschaulicht die Weite des Gestaltungsspielraums des Richters, der ihm ein hohes Maß an Einzelfallgerechtigkeit ermöglicht.

2. Notwendigkeit der beantragten Anordnung

Die „Notwendigkeit“ der beantragten vorläufigen Maßnahme besteht, wenn der Richter der *Klage* eine hinreichende Aussicht auf Erfolg beimißt¹²⁴. Feststeht, daß diese Prüfung nur summarisch ist und – wie schon mehrfach betont wurde – die Hauptsache keinesfalls vorwegnehmen darf¹²⁵.

Schwieriger ist es für den Rechtssuchenden, den genauen Umfang dieser Prüfung zu ermitteln, d. h. die Gründlichkeit, mit der die Richter die Erfolgsaussichten der Hauptsache prüfen. Denn durch die Rechtsprechung geistern eine Vielzahl von Definitionen¹²⁶, was der *Gerichtshof* in der kürzlich entschiedenen Rechtssache *Atlantic Container*¹²⁷ ausdrücklich eingeräumt hat. Der Rechtssuchende sollte sich hiervon jedoch nicht verwirren lassen. Die Gemeinschaftsrichter unterscheiden nämlich, wie ein Vergleich der Rechtsprechung ergibt, zwischen zwei Prüfungsmaßstäben:

a) *Fumus boni juris*. Nach ständiger Rechtsprechung prüft der erkennende Richter, den „fumus boni juris“ der Klage¹²⁸. Leider kennen die Gemeinschaftsgerichte hierfür keine einheitliche Definition.

In jüngeren Fällen wird der Begriff des „fumus boni juris“ entweder ohne weiteres als bekannt vorausgesetzt¹²⁹, oder der Richter stellt darauf ab, ob das Vorbringen des Antragstellers zur Begründung seiner Klage in Anbetracht der tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Rechtsstreits „vertretbar“ ist¹³⁰. In anderen, ebenfalls jüngeren Rechtssachen prüft der Gemeinschaftsrichter, ob im schriftlichen und mündlichen Vorbringen des Antragstellers „Gesichtspunkte erkennbar sind, die die Ergebnisse, zu denen die Gemeinschaftsbehörde gelangt ist, in Frage stellen könnten“¹³¹. In älteren Rechtssachen fordert die Judikatur z. B. eine „starke Vermutung für die Begründetheit des Hauptantrages“ bzw. die „Glaubhaftmachung der Begründetheit der Klage. In ganz frühen Entscheidungen forderte der *Gerichtshof* gar, daß „die Klage im Hauptprozeß prima facie als offensichtlich begründet erscheint“¹³².

111) Vgl. *EuG*, Slg. ÖD I-A 1994, 5 (8) – SFIE/Kommission; *EuG*, Slg. II 1994, 249 Tz. 26 – Candiotte/Rat.

112) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 263 Tz. 39 – Société commerciale des potasses et de l'azote u. a. /Kommission; ebenso *EuG*, Slg. II 1993, 553 Tz. 34 – CMBT/Kommission.

113) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 12. 5. 1995 – verb. Rs. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF u. British Railways Board/Kommission; ebenso *EuGH*, Slg. I 1994, 5229 Tz. 34 – Frankreich/Kommission.

114) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 16. 2. 1995 – Rs. T-5/95 R – Amicale des Résidents du Square d'Auvergne/Kommission.

115) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 792 Tz. 19 – Vittel u. Pierval/Kommission.

116) Die Rspr. weist ausdrücklich darauf hin, daß ein Antrag nur begründet ist, wenn die folgenden drei Voraussetzungen „nebeneinander“ vorliegen: Dringlichkeit, Notwendigkeit und Interessenabwägung zugunsten des Antragstellers; vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 867 Tz. 15 – Descorn/Rat.

117) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1992, 1839 = *EuZW* 1992, 485 Tz. 28 – Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel/Kommission.

118) Zutr. *Grabitz*, in: *Grabitz* (o. Fußn. 38), Art. 186 Rdnr. 15; *Borchardt* (o. Fußn. 15), Art. 186 Rdnr. 8 sowie *Bergeres*, *Contentieux Communautaire*, 1994, S. 168.

119) Vgl. z. B. *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – Kommission/Atlantic Container Linie AB sowie *EuGH*, Slg. I 1994, 867 Tz. 14 – Descorn/Rat.

120) Vgl. z. B. *EuG*, Beschl. v. 18. 8. 1995 – Rs. T-146/95 R – Bernardi/Kommission sowie *EuGH*, Slg. I 1990, 4787 – Compagnia Italiana Alcool/Kommission.

121) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 1395 Tz. 41 – Kommission/Belgien.

122) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 792 Tz. 20 – CCE Vittel u. CE Pierval/Kommission.

123) Vgl. *EuG*, Slg. II 1992, 1839 = *EuZW* 1992, 485 Tz. 29/30 – Langnese-Iglo u. Schöller/Kommission.

124) So ausdrücklich *EuGH*, Slg. I 1990, 3351 (3357) = *EuZW* 1990, 349 – Kommission/Deutschland.

125) Vgl. Art. 86 § 4 VerfO des *EuGH* sowie Art. 107 § 4 VerfO des *EuG*.

126) Vgl. hierzu *M. Waelbroeck*, *Commentaire Megret*, 1993, S. 398 ff.

127) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – Kommission/Atlantic Container Line AB u. a.; vgl. auch den Überblick bei *Pastor/van Ginderachter*, *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1989, 561 (596 f.).

128) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 12. 5. 1995 – verb. Rs. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF u. BR/Kommission.

129) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 12. 5. 1995 – verb. Rs. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF u. BR/Kommission.

130) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1154 m. w. Nachw. – Postbank/Kommission.

131) Vgl. *EuGH*, Slg. II 1995, 497 Tz. 25 – Industries des poudres sphériques/Rat.

132) Vgl. die Nachw. aus der Rspr. bei *Grabitz* (o. Fußn. 118); Art. 185 Rdnrn. 27 f.

Der Rechtssuchende kann diese Wortlautunterschiede dahingestellt lassen, denn letztlich prüft der Richter, ob die Klage dem ersten Anschein nach als begründet erscheint, einerlei wie er diese Prüfung nennt. Dabei gilt, daß die Anforderungen an den *fumus boni juris* der Klage desto strenger sind, je gravierender die möglichen Konsequenzen für den Antragsgegner sind¹³³.

b) *Fumus non mali juris*. Wirft die Rechtsache schwierige Rechtsfragen auf, die einer eingehenden und umfangreichen Prüfung bedürfen¹³⁴, oder betrifft sie Grundsatzfragen, die von den Gemeinschaftsgerichten bisher noch nicht entschieden wurden¹³⁵, so wäre es mit der akzessorischen Natur des vorläufigen Rechtsschutzes und dessen Charakter als Eilverfahren nicht zu vereinbaren, wenn der Richter den *fumus boni juris* der Klage prüfen würde. Daher untersucht er lediglich, ob die Klage dem ersten Anschein nach nicht unbegründet erscheint¹³⁶. Mithin beschränkt sich der Richter in diesen Fällen darauf, den „*fumus non mali juris*“¹³⁷ der Klage zu untersuchen. Allerdings enthält er sich bei besonders schweren Fragen offenbar jeglicher Prüfung und überläßt diese ganz dem Verfahren in der Hauptsache¹³⁸.

Zu den schwierigen, über den Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes hinausgehenden Rechtsfragen zählte das *EuG* im Falle des Art. 85 I EGV z. B. die Bestimmung eines relevanten Marktes, die Ermittlung der tatsächlichen Bedingungen des Marktzugangs¹³⁹ sowie die Feststellung, ob sich der Antragsteller an einer bestimmten Vereinbarung bzw. an abgestimmten Verhaltensweisen beteiligt hat¹⁴⁰. Ferner zählt hierzu die Frage, ob die Kommission bei der Übermittlung einer an bestimmte Unternehmen gerichteten Mitteilung der Beschwerdepunkte an Dritte sicherstellen muß, daß ein solches Schriftstück nur im Rahmen des bei ihr anhängigen Verwaltungsverfahrens verwendet wird¹⁴¹.

Im Rahmen des Art. 86 EGV darf der Richter des einstweiligen Rechtsschutzes nicht prüfen, ob ein Unternehmen seine marktbeherrschende Stellung mißbraucht, indem es nicht die erforderlichen Maßnahmen trifft, um den Antragsteller zu beliefern, sondern im Gegenteil versucht, ihn vom Markt auszuschließen¹⁴².

Auf den gleichen Prüfungsmaßstab greift der Richter zurück, wenn er eine „Eilentscheidung“ erläßt¹⁴³, d. h. einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stattgibt, bevor die Stellungnahme der Gegenpartei eingeht¹⁴⁴. Letztlich hängt es von der jeweiligen konkreten Fallkonstellation ab, ob der Richter den *fumus boni juris* prüft oder sich auf eine Untersuchung des *fumus non mali juris* beschränkt. Es bleibt also festzuhalten, daß der Gemeinschaftsrichter auch bei der Prüfung der Notwendigkeit über einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum verfügt.

3. Glaubhaftmachung

Der Antragsteller muß den Richter¹⁴⁵ von der Begründetheit seines Antrages überzeugen, indem er die Dringlichkeit und Notwendigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes „glaubhaft“ macht. Der Rechtsnatur des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechend kommt es, im Gegensatz zum Hauptverfahren, nicht auf gesicherte Erkenntnisse an, sondern auf den Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der behaupteten Tatsachen¹⁴⁶, wobei sich der Antragsteller aller zulässigen Beweismittel bedienen kann¹⁴⁷. Hierbei berücksichtigt der Richter den Inhalt des Antrages sowie die mündlichen Ausführungen des Antragstellers und, im Rahmen der Prüfung des *fumus boni juris*, den Inhalt der Klageschrift¹⁴⁸. Der Antragsteller wird gut daran tun, bei der Formulierung seiner Anträge zu berücksichtigen, daß die Gemeinschaftsgerichte in diesem Zusammenhang nur in den seltensten Fällen einen Beweisbeschluß erlassen¹⁴⁹. Es kommt maßgeblich auf die Überzeugungskraft an, mit der der Antragsteller seine Argumente in seinem Schriftsatz sowie in der mündlichen Anhörung vorträgt.

IV. Der Beschluß

1. Allgemeines

Über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz entscheidet der Präsident des *EuG* bzw. des *Gerichtshofs*. Der Präsident des *Gerichtshofs* kann diese Befugnis „dem *Gerichtshof*“, d. h. dem Plenum, übertragen¹⁵⁰, z. B. wenn eine Rechtsache von grundsätzlicher Bedeutung anliegt¹⁵¹. Der Präsident des *EuG* kann seine Befugnisse an die mit der Hauptsache befaßte *Kammer* delegieren, oder an das Plenum, wenn diesem die Hauptsache zugewiesen worden ist¹⁵².

Der Entscheidungsbefugnis des erkennenden Richters sind Grenzen gezogen, da der einstweilige Rechtsschutz, wie sein Name sagt, einen Rechtszustand nur vorläufig regelt. Daher kann der Richter dem Urteil des *EuG* bzw. des *Gerichtshofs* nicht vorgreifen¹⁵³. Hiergegen verstößt der Richter des vorläufigen Rechtsschutzes, wenn er eine der betroffenen Parteien endgültig vor den Folgen schützt, die sich aus dem Urteil für die Zeit vor seiner Verkündung ergeben können¹⁵⁴.

Darüber hinaus ist der erkennende Richter daran gehindert, an Stelle des zur Entscheidung berufenen Gemeinschaftsorgans zu entscheiden¹⁵⁵. So ist es z. B. in Wettbewerbsangelegenheiten allein Sache der Kommission, bei der Ausübung der im EG-Vertrag und in der Verordnung Nr. 17 verliehenen Kontrollbefugnisse gem. Art. 3 I der Verordnung Nr. 17 zu entscheiden, ob einstweilige Maßnahmen

133) Vgl. zutr. *M. Waelbroeck* (o. Fußn. 126), S. 399.

134) Vgl. zur Rechtmäßigkeit der Marktordnung für Bananen *EuGH*, *EuZW* 1993, 483 Tz. 21 – Deutschland/Kommission; vgl. außerdem *EuGH*, *Slg.* I 1993, 4187 Tz. 17 – Frankreich/Kommission sowie *EuGH*, *Slg.* I 1993, 4197 Tz. 17 – Irland/Kommission.

135) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1991, 231 Tz. 29 – Europäisches Parlament/Han-

ning.

136) Vgl. *EuG*, *Beschl.* v. 12. 5. 1995, – verb. Rs. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF u. British Railways Board/Kommission.

137) Diesen einprägsamen Begriff verwendete die Kommission in *EuGH*, *Beschl.* v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – Kommission/Atlantic Container Line AB u. a.

138) Vgl. z. B. *EuG*, *Beschl.* v. 12. 5. 1995, – verb. Rs. T-79/95 R u. T-80/95 R – SNCF und BR/Kommission; ebenso *EuG*, *Slg.* II 1992, 1839 = *EuZW* 1992, 485 Tz. 27 – Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel/Kommission.

139) Vgl. *EuG*, *EuZW* 1993, 356 Tz. 38 – Langnese-Iglo u. Schöller Lebensmittel/Kommission m. w. Nachw.

140) Vgl. *EuG*, *Slg.* II 1995, 265 Tz. 49 – Cascades SA/Kommission.

141) Vgl. *EuG*, *Slg.* II 1994, 1141 (1155) – Postbank/Kommission.

142) Vgl. *EuG*, *Slg.* II 1995, 485 (497) – Industrie des poudres sphériques/Rat.

143) Vgl. Art. 84 § 2 *VerfO* des *EuGH* bzw. Art. 105 § 2 *VerfO* des *EuG*.

144) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1990, 2715 = *EuZW* 1990, 255 Tz. 19 – Kommission/Deutschland.

145) So ausdrücklich *EuGH*, *Slg.* I 1994, 867 Tz. 14/15 – Descom/Rat; ebenso *EuGH*, *Slg.* I 1994, 1395 Tz. 24/25 – Kommission/Belgien.

146) Vgl. *Borchardt* (o. Fußn. 15), Art. 185 Rdnr. 8.

147) Was allerdings die Anordnung einer Beweisaufnahme nicht ausschließt, vgl. Art. 84 § 2 *VerfO* des *EuGH* sowie Art. 105 § 2 *VerfO* des *EuG*.

148) Vgl. *EuG*, *Slg.* II 1992, 2161 Rz. 34 – SPO u. a./Kommission.

149) Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß der Richter im Zeitpunkt der mündlichen Anhörung noch nicht über alle für den Erlaß eines Beschlusses erforderlichen Angaben verfügt und den Parteien aufgibt, innerhalb einer bestimmten Frist zu diesem oder jenem Punkt Angaben nachzu-

reichen (vgl. IV 2).

150) Vgl. Art. 85 *VerfO* des *EuGH* i. V. mit Art. 165 EGV.

151) Vgl. z. B. *EuGH*, *Slg.* I 1990, 3351 = *EuZW* 1990, 349 – Kommission/Deutschland (Straßenbenutzungsgebühr für Lkw).

152) Vgl. Art. 106 *VerfO* des *EuG*.

153) Vgl. Art. 36 *Satzung* (EWG), Art. 86 § 4 *VerfO* des *EuGH*, Art. 107 § 4 *VerfO* des *EuG*. Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1991, 2557 Tz. 24 – CIRFS u. a./Kommission.

154) Vgl. *EuGH*, *Slg.* I 1992, 3389 Tz. 29 – Kommission/Vereinigtes Königreich.

155) Im Bereich des europäischen Dienstrechts ist zu beachten, daß der Richter im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes (wie auch im Hauptsacheverfahren) einer Institution keine Anweisungen erteilen darf, wenn er damit in deren Befugnisse eingreifen würde, vgl. z. B. *EuG*, *Slg.* II 1993, 1021 Tz. 21 – Branco/Rechnungshof.

zu ergreifen sind, wenn dies bei ihr beantragt wurde¹⁵⁶. Diese Maßnahmen müssen jedoch vorläufiger Art sein und auf das bei der gegebenen Rechtslage Notwendige beschränkt bleiben. Die Rolle des Gerichts besteht in der Ausübung der gerichtlichen Kontrolle über das entsprechende Vorgehen der Kommission und nicht darin, an die Stelle der Kommission bei der Ausübung der ihr durch die genannten Bestimmungen eingeräumten Befugnisse zu treten¹⁵⁷. Der Richter prüft somit lediglich, ob die nachteiligen Wirkungen der von der Kommission erlassenen vorläufigen Maßnahme in der Zwischenzeit zu Schäden führen, die erheblich größer sind als die unvermeidlichen, aber vorübergehenden negativen Begleiterscheinungen einer solchen Maßnahme. Noch ungeklärt ist, ob der *Gerichtshof* befugt ist, im Wege einer vorläufigen Anordnung den nationalen Behörden aufzugeben, eine Gemeinschaftsverordnung in einer bestimmten Weise anzuwenden¹⁵⁸.

2. Der Inhalt des Beschlusses

Der Inhalt des Beschlusses¹⁵⁹ hängt von der Antragsart ab und nicht zuletzt davon, ob der Richter über *alle* für eine Entscheidung erforderlichen tatsächlichen Angaben verfügt. Haben die Parteien alle erforderlichen Angaben vorgetragen und ist der Antrag begründet¹⁶⁰, so setzt der Richter im Falle eines Antrages gem. Art. 185 EGV den Vollzug der Gemeinschaftsmaßnahme einstweilen aus. Geht es hingegen um einen Antrag gem. Art. 186 EGV, so erläßt er eine oder mehrere einstweilige Maßnahmen. Der Richter darf nicht über die Anträge hinausgehen, verfügt aber ansonsten über einen Ermessensspielraum, insbesondere bei einstweiligen Anordnungen. Auch kann er die Entscheidungen mit gemeinschaftsrechtlich konformen Bedingungen¹⁶¹, Befristungen¹⁶² oder Auflagen versehen. Zu letzteren zählt z. B. die Sicherheitsleistung¹⁶³. Sie kommt in Betracht, wenn die Partei, die die Sicherheit zu leisten hat, Schuldner der Beträge ist, deren Zahlung auf diese Weise gesichert werden soll und falls die Gefahr ihrer Zahlungsunfähigkeit besteht¹⁶⁴.

Verfügt der Präsident *nicht* über sämtliche erforderlichen Angaben, so bestimmt er per Beschluß, manchmal auch schon im mündlichen Termin¹⁶⁵, welche Informationen ihm von welcher Partei innerhalb welcher Frist zu übermitteln sind. Ein solcher Beschluß schließt nicht aus, daß der Präsident zugleich „im Interesse einer ordnungsgemäßen Rechtspflege“ die vorläufige Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung anordnet, bis zur Verkündung des Beschlusses, der das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes beendet¹⁶⁶.

Schließlich kommt es vor, daß der Richter, obwohl er ausdrücklich festgestellt hat, daß der Antrag unbegründet ist, dennoch bestimmte Maßnahmen anordnet, die er für erforderlich hält¹⁶⁷. Allerdings läßt sich dies kaum mit der ständigen Rechtsprechung vereinbaren, die für eine Aussetzung gem. Art. 185 EGV bzw. eine Anordnung gem. Art. 186 EGV ausdrücklich verlangt, daß die Voraussetzungen der Dringlichkeit, der Notwendigkeit und einer zugunsten des Antragstellers ausgehenden Interessenabwägung „nebeneinander“ vorliegen¹⁶⁸.

Die Kostenentscheidung bleibt grundsätzlich dem Endurteil vorbehalten¹⁶⁹. Etwas anderes gilt, wenn die Klage und damit der Antrag wegen Unzulässigkeit abgewiesen wurden¹⁷⁰.

3. Zeitpunkt des Beschlusses

Im Normalfall ergeht der Beschluß im Anschluß an das schriftliche und mündliche Verfahren, wobei der Richter von letzterem absehen kann¹⁷¹. Jedoch kann der Präsident in außergewöhnlichen Eilfällen¹⁷², von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei¹⁷³, einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stattgeben, *bevor* die Stellungnahme der Ge-

genpartei eingeht¹⁷⁴ und a fortiori ohne mündliche Verhandlung. Eine solche Entscheidung wirkt spätestens bis zum Abschluß des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes, kann aber auch vorher von Amts wegen geändert oder aufgehoben werden¹⁷⁵. Sofern er keine besondere Frist enthält, tritt der Beschluß mit Verkündung des Endurteils außer Kraft¹⁷⁶.

4. Vollstreckbarkeit des Beschlusses

Gem. Art. 187 EGV¹⁷⁷ i. V. mit Art. 192 EGV sind auch die im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ergangenen Beschlüsse grundsätzlich vollstreckbar, soweit sie einen vollstreckbaren Inhalt haben. Die Vollstreckung des Beschlusses, also z. B. die Aussetzung des Vollzuges einer Kartellentscheidung, kann davon abhängig gemacht werden, daß der Antragsteller für die Zeit bis zur Entscheidung des Gemeinschaftsgerichts eine Sicherheit leistet, deren Höhe und Art nach Maßgabe der Umstände festzusetzen sind¹⁷⁸. Der Antragsteller kann z. B. eine Bankbürgschaft erbringen, wobei es dem Richter allerdings unbenommen bleibt, eine Bürgschaft zu verlangen, deren Höhe die Eigenmittel des Antragstellers übersteigt¹⁷⁹. Bei der Frage, ob z. B. ein Unternehmen fähig ist, eine Bankbürgschaft in bestimmter Höhe zu stellen, wird nicht nur dessen Situation berücksichtigt, sondern auch die finanziellen Möglichkeiten seiner Gesellschafter und diejenigen Mittel, über die die Unternehmensgrup-

156) Vgl. *EuG*, Slg. II 1990, 1 (5) – Cosimex/Kommission.

157) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1159 Tz. 26 f. – Union Carbide/Kommission; *EuG*, Slg. II 1993, 1419 Tz. 24 – Gestevisión Telecinco/Kommission; *EuG*, Slg. II 1990, 195 Tz. 17 – Peugeot/Kommission.

158) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 2167 Tz. 33 – Comos-Tank u. a./Kommission.

159) Der zuständige Präsident bzw. Spruchkörper entscheidet gem. Art. 86 § 1 VerfO des *EuGH* bzw. Art. 107 § 1 VerfO des *EuG* durch Beschluß; in bestimmten atomrechtlichen Bereichen entscheidet er durch Verfügung (vgl. Art. 90 § 2 VerfO des *EuGH* und Art. 81 III, IV EAGV).

160) Ein Antrag ist nur dann begründet, wenn die Voraussetzungen der Dringlichkeit, Notwendigkeit und einer Interessenabwägung zugunsten des Antragstellers „nebeneinander“ erfüllt sind, vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 867 Tz. 25 – Descom/Rat.

161) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1995, 265 – Cascades/Kommission.

162) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1990, 705 (714) – Speybrouck/Europäisches Parlament.

163) Vgl. Art. 86 § 2 VerfO des *EuGH* sowie Art. 107 § 2 VerfO des *EuG*.

164) Letzteres ist z. B. im Falle der Gemeinschaft ausgeschlossen, vgl. *EuGH*, Slg. I 1990, 3351 = *EuZW* 1990, 349 Tz. 48 – Kommission/Deutschland.

165) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1992, 2161 Tz. 10 – SPO u. a./Kommission.

166) Vgl. *EuG*; Slg. II 1992, 1713 Tz. 22 – Langnese u. Schöller/Kommission.

167) In *EuG*, Slg. II 1992, 1571 Tz. 55 f. – Cimenteries CBR SA u. a./Kommission wies der Richter die Anträge auf einstweilige Anordnung zurück, weil es bereits an der Dringlichkeit fehlte und er deshalb von einer Prüfung der Notwendigkeit absah. Dennoch ordnete er die Verlängerung der Frist für die Beantwortung der Mitteilung der Beschwerdepunkte an.

168) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 1395 Tz. 24/25 – Kommission/Belgien sowie *EuGH*, Slg. I 1994, 867 Tz. 14/15 – Descom/Rat.

169) Was einen Antrag des Inhalts, der Antragsgegner möge dem Antragsteller einen Vorschuß auf die in der Hauptsache zu erwartende Kostenentscheidung entrichten, ausschließt; vgl. *EuGH*, Beschl. v. 16. 2. 1995 – Rs. T-5/95 R – Amicale des Résidents du Square d'Auvergne/Kommission.

170) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 1023 – Nutral/Kommission.

171) Vgl. z. B. *EuG*, Beschl. v. 10. 4. 1995 – Rs. T-66/95 R – Kuchlenz-Winter/Kommission.

172) Vgl. Art. 84 § 2 VerfO des *EuGH* bzw. Art. 105 § 2 VerfO des *EuG*.

173) Vgl. zu einem erfolgreichen Antrag *EuGH*, Slg. I 1990, 2715 = *EuZW* 1990, 255 Tz. 3 – Kommission/Deutschland; sowie zu einem erfolglosen Antrag *EuG*, Slg. II 1992, 2161 Tz. 6 – SPO u. a./Kommission.

174) Dies ist eine Art „einstweiliger Rechtsschutz“ im Rahmen eines auf vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahrens.

175) Vgl. Art. 84 § 2 VerfO des *EuGH*, Art. 105 § 2 VerfO des *EuG*.

176) Vgl. Art. 86 § 3 VerfO des *EuGH*, Art. 107 § 3 VerfO des *EuG*.

177) Vgl. auch Art. 159 EAGV u. Art. 44 EGKS.

178) Vgl. Art. 86 § 2 VerfO des *EuGH* sowie Art. 107 § 2 VerfO des *EuG*.

179) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1995, 467 Tz. 16 – Transacciones Marítimas u. a./Kommission.

pe, dem das Unternehmen angehört, insgesamt verfügt¹⁸⁰. Ein Antrag auf Befreiung von der Verpflichtung zur Stellung einer Bankbürgschaft ist zwar möglich, nach ständiger Rechtsprechung jedoch nur dann begründet, wenn der Antragsteller die Dringlichkeit und Notwendigkeit dieser Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft macht¹⁸¹. Regelmäßig reicht eine allgemein gehaltene eidesstattliche Versicherung, die Stellung der verlangten Bürgschaft sei unmöglich, nicht aus¹⁸².

V. Was kann man gegen den Beschluß unternehmen?

1. Änderung der Tatsachenlage

Bis zum Erlaß des die Hauptsache abschließenden Urteils kann der Beschluß auf Antrag einer Partei¹⁸³ jederzeit wegen veränderter Umstände abgeändert oder aufgehoben werden¹⁸⁴. Auch kann der Antragsteller im Falle neuer Tatsachen, die noch nicht Gegenstand des vorangegangenen Verfahrens waren, jederzeit einen neuen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz stellen¹⁸⁵.

2. Rechtsmittel

Die Beschlüsse des *Gerichtshofs* sind unanfechtbar¹⁸⁶. Gegen die Beschlüsse des *EuG* kann binnen zwei Monaten (vgl. Art. 50 II, 51 Satzung¹⁸⁷) ein Rechtsmittel eingelegt werden¹⁸⁸. Jedes Rechtsmittel¹⁸⁹ – auch das gegen einen im vorläufigen Rechtsschutzverfahren erlassenen Beschluß¹⁹⁰ gerichtete – ist auf *Rechtsfragen* beschränkt¹⁹¹. Es hat, ebenso wie die Klage, keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 53 Satzung). Will die Partei die Aussetzung der Vollstreckung des Urteils des *EuG* erreichen, gegen das sie ein Rechtsmittel eingelegt hat, so muß sie dies gem. Art. 185 EGV beantragen¹⁹². Freilich ist ein Rechtsmittel nicht deshalb unzulässig, weil sich der Rechtsmittelführer in seiner Rechtsmittelschrift auf Art. 49 statt auf Art. 50 Protokoll der Satzung des *Gerichtshofs* beruft¹⁹³.

VI. Einstweiliger Rechtsschutz im Rechtsmittelverfahren

Auch im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens kann einstweiliger Rechtsschutz erlangt werden (vgl. Art. 53 II Satzung). Er besteht darin, daß der *Gerichtshof*, wenn er es den Umständen nach für geboten hält, die Vollstreckung des angefochtenen Urteils aussetzt¹⁹⁴. Hierfür gelten die gleichen Voraussetzungen wie beim vorläufigen Rechtsschutz vor dem *EuG*, d. h. der Antragsteller muß die Dringlichkeit und Notwendigkeit der Maßnahme in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht glaubhaft machen (vgl. oben II, III). Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten, bis die Kostenentscheidung im Rahmen des erstinstanzlichen Klageverfahrens ergeht.

VII. Fazit

Die Gemeinschaftsgerichte haben sich im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes in zweifacher Weise verdient gemacht. Zum einen haben sie die vom Gemeinschaftsgesetzgeber vorgegebenen ausgesprochen unbestimmten Rechtsbegriffe konkretisiert und damit den formellen und materiellen Verfahrensvoraussetzungen greifbare Konturen verliehen. Hierbei bleibt zu hoffen, daß die Gemeinschaftsgerichte ihre Definitionen, insbesondere diejenige der Notwendigkeit, in Zukunft stärker als bisher vereinheitlichen.

Zum anderen haben die Gemeinschaftsrichter gezeigt, daß sie sich bei der Prüfung der Zulässigkeits- und Begründetheitsvoraussetzungen nicht an starre Schemata klammern – obwohl ihnen dies erlauben würde, eine Reihe von

Rechtssachen „kurz und schmerzlos“ zu erledigen. Vielmehr hat nahezu jeder Fall seine eigene den jeweiligen Fakten angepaßte Prüfungsreihenfolge. Dabei kann man beobachten, daß der Richter immer wieder auch Punkte untersucht, deren Prüfung – ginge es streng nach Prüfungsschema – entbehrlich wäre. An alledem erkennt man das Bemühen, die Parteien durch eine möglichst erschöpfende Prüfung von der Richtigkeit des gefundenen Tenors zu überzeugen. Eine solchermaßen verstandene Priorität kann man nicht nachhaltig genug begrüßen; ihr gebührt der Vorrang vor einem „kalten“ Herunterleiern von Schematas. Im übrigen trägt sie gewiß dazu bei, den allenthalben zu hörenden Vorwurf, die Gemeinschaftsgerichte neigten zu einem apodiktischen Stil, zu entkräften.

180) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1995, 467 Tz. 12 – *Transacciones Marítimas* u. a./Kommission sowie *EuG*, Slg. II 1994, 1279 Tz. 26 – *Laakmann Karton/Kommission*.

181) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 265 Tz. 43 – *Cascades/Kommission*.

182) Vgl. *EuG*, Slg. II 1994, 1279 Tz. 24 – *Laakmann Karton/Kommission*.

183) Vgl. Art. 87 VerfO des *EuGH* sowie Art. 108 VerfO *EuG*.

184) Zu einem erfolglosen Antrag vgl. *EuGH*, Slg. I 1992, 3929 – *Kommission/Italien* sowie *EuGH*, Slg. I, 1990, 2715 = *EuZW* 1990, 255 – *Kommission/Deutschland*.

185) Vgl. Art. 88 VerfO des *EuGH* sowie Art. 109 VerfO des *EuG*.

186) Vgl. Art. 86 § 1 VerfO des *EuGH*.

187) Vgl. auch Art. 50 f. Satzung (EGKS) und Art. 51 f. Satzung (EAGV).

188) Vgl. Art. 50 II Protokoll über die Satzung des *Gerichtshofs*.

189) Vgl. Art. 168 a EGV sowie Art. 51 Satzung.

190) Vgl. Art. 50 II Satzung sowie *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – *Kommission/Atlantic Container Line AB* u. a.

191) Vgl. hierzu B. *Wägenbaur*, *EuZW* 1995, 199.

192) Vgl. *EuG*, Slg. II 1991, 1285 – *Hochbaum/Kommission*.

193) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 19. 7. 1995 – Rs. C-149/95 P (R) – *Kommission/Atlantic Container Line AB* u. a.

194) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1991, 231 Tz. 24/25 – *Europäisches Parlament/Hanning*.

Grenzüberschreitende Prozeßführungsverbote (antisuit injunctions) und Zustellungsverweigerung

Von Dr. Heinz-Peter Mansel, Heidelberg

Das OLG Düsseldorf (*EuZW* 1996, 351 [in diesem Heft]) hat die Zustellung einer von dem englischen High Court of Justice erlassenen einstweiligen Anordnung abgelehnt, die dem Anordnungsgegner untersagt, einen in Deutschland anhängigen Prozeß weiter zu betreiben. Der Beschluß des OLG klärt Fragen des Haager Zustellungsübereinkommens (HZÜ). Der folgende Beitrag analysiert Art. 13 HZÜ, nimmt zur Bedeutung des *EuGVÜ* für die aufgeworfenen Fragen Stellung und erörtert die Frage, inwieweit im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG eine Vorlage an den *EuGH* in Betracht kommt.

I. Einführung

Das OLG Düsseldorf¹ verschafft inländischen Parteien Schutz vor ausländischen Prozeßführungsverboten. Dem verdienstvollen und mutigen Beschluß ist zuzustimmen.

1) OLG Düsseldorf, *EuZW* 1996, 351 (in diesem Heft).

Das Kostenfestsetzungsverfahren vor den Gemeinschaftsgerichten Wer klagt gewinnt?

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbauer, Brüssel/Hamburg

Im Vergleich zu anderen Rechtsbehelfen wirkt das Kostenfestsetzungsverfahren auf Anheiß wie eine Randfigur. Doch dieser Schein trügt. Denn die Gemeinschaftsgerichte bescheinigen den Parteien eines Rechtsstreits lediglich, wer von ihnen die Kosten des Verfahrens trägt. Welche Kosten dem glücklichen Sieger letztlich zu erstatten sind, und in welcher Höhe, steht damit freilich noch nicht fest. Dies zu bestimmen ist, jedenfalls fürs erste, Sache der Parteien. Sie sind aufgerufen sich gütlich zu einigen und können, wenn nichts mehr hilft, die Gemeinschaftsgerichte anrufen mit einem Antrag auf Kostenfestsetzung. Der nachfolgende Beitrag schildert die Voraussetzungen dieses bisher wenig behandelten Rechtsbehelfs unter Berücksichtigung der – weitgehend unveröffentlichten – Rechtsprechung, und erläutert die Praxis der Gemeinschaftsgerichte.

I. Einleitung

Alle Endurteile und verfahrensbeendenden Beschlüsse¹ enthalten einen Kostentenor², der bestimmt³, welche Partei die Kostenlast trägt. Es gelten im wesentlichen folgende Regeln⁴: Wer unterliegt wird auf Antrag zur Tragung „der Kosten“ verurteilt⁵; bei mehreren Personen werden die Kosten verteilt⁶. Falls jede Partei teils gewinnt und teils verliert, trägt jede von ihnen entweder einen Teil der Kosten der anderen oder die eigenen Kosten⁷. Wer gewinnt, der Gegenpartei aber ohne angemessenen Grund oder böswillig Kosten verursacht hat, kann zur Tragung aller oder eines Teiles der Kosten verurteilt werden⁸. Weniger vorhersehbar ist der Kostentenor, wenn Streithelfer beteiligt sind⁹, die Klage bzw. der Antrag zurückgenommen werden¹⁰ oder die Hauptsache für erledigt erklärt wurde¹¹.

Jeder Kostentenor ist zunächst einmal irreführend, scheint er doch zu suggerieren, daß der Kostenschuldner dem Gläubiger die „Kosten des Verfahrens“ zu ersetzen hat. Doch ganz so einfach liegen die Dinge nicht. Der Gemeinschaftsgesetzgeber ist gegen eine völlige Überwälzung der Kosten, d. h. eine Schadloshaltung des Kostengläubigers, weil, wie z. B. Wolf treffend formuliert, „der obsiegenden Partei gewisse Opfer im Kampf um ihr Recht durchaus zugemutet werden können“¹². Nicht zuletzt soll der Kostengläubiger daran gehindert werden, die Gegenpartei durch allerlei Aufwendungen, die für die Rechtsverfolgung objektiv nicht notwendig und womöglich auch noch maßlos sind, zu schädigen. Daher bedurfte es eines Regulativs¹³, das den Anspruch des Kostengläubigers im Kern davon abhängen läßt, ob und inwieweit seine Ausgaben für das Verfahren „notwendig“ waren¹⁴.

In der Theorie mag dies einleuchten. In der Praxis jedoch gleicht die Kostenfestsetzung eher einer Geheimwissenschaft¹⁵, bei der z. B. die Nichtveröffentlichung der Kostenfestsetzungsbeschlüsse¹⁶ und die unzureichende, ja zum Teil gänzlich fehlende Begründung der Beschlüsse¹⁷ recht häufig sind.

II. Kosten

Die Verfahrensvorschriften unterscheiden zwischen außergerichtlichen Kosten bzw. Leistungen an Zeugen und Sachverständigen und Gerichtskosten. Letztere spielen in der Praxis kaum eine Rolle und werden daher nur kurz besprochen.

1. Gerichtskosten

Grundsätzlich ist die Inanspruchnahme der Gemeinschaftsgerichte kostenfrei¹⁸. Hiervon gelten jedoch vier Ausnahmen. Erstens, die Gemeinschaftsgerichte können Kosten, die „vermeidbar“ gewesen wären, derjenigen Partei auferlegen, die sie veranlaßt hat¹⁹. Zweitens, Kosten für Schreib- und Übersetzungsarbeiten²⁰, die nach Ansicht des Kanzlers das gewöhnliche Maß überschreiten, sind von derjenigen Partei zu tragen, die diese Arbeiten beantragt hat²¹. Drittens, der Kostenschuldner hat dem Gemeinschaftsge-

1) Mit Ausnahme der Urteile in Vorabentscheidungsverfahren, wo die Festsetzung und ggf. das Kostenfestsetzungsverfahren nach den auf das Ausgangsverfahren anwendbaren nationalen Vorschriften erfolgt; vgl. *EuGH*, Slg. 1973, 275 Tz. 6 – Bollmann/Hauptzollamt Hamburg-Waltershof.

2) Vgl. Art. 69 § 1 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 1 VerFO des *EuG*.

3) Der Kostentenor als solcher ist weder rechtsmittelfähig (vgl. Art. 51 II Satzung des *EuGH*) noch durch einen sonstigen Rechtsbehelf isoliert anfechtbar.

4) Näheres bei *Regeling/Middeke/Gellermann*, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1994, S. 409 ff.; ebenso *Wolf*, *EuR* 1976, 7.

5) Vgl. Art. 69 § 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 2 VerFO des *EuG*. Bei dienstrechtlichen Streitigkeiten gelten, jedenfalls vor dem *EuG*, besondere Regeln; vgl. Art. 88 VerFO des *EuG*.

6) Vgl. Art. 69 § 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 2 VerFO des *EuG*.

7) Vgl. Art. 69 § 3 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 3 VerFO des *EuG*.

8) Vgl. Art. 69 § 3 Unterabs. 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 3 Unterabs. 2 VerFO des *EuG*.

9) Vgl. Art. 69 § 4 Unterabs. 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 4 Unterabs. 2 VerFO des *EuG*.

10) Vgl. Art. 69 § 5 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 5 VerFO des *EuG*.

11) Vgl. Art. 69 § 6 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 6 VerFO des *EuG*.

12) Vgl. *Wolf*, *EuR*, 1976, 7 (26).

13) Vgl. Art. 73 ff. VerFO des *EuGH* sowie die gleichlautenden Art. 90 ff. VerFO des *EuG*.

14) Vgl. auch § 162 I VwGO: „Kosten sind die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten einschließlich der Kosten des Vorverfahrens“.

15) Eine hilfreiche Quelle der Inspiration bietet die Kostenfestsetzungspraxis des *EGMR*. Vgl. dazu *Pettiti/Decaux/Imbert*, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1995, S. 816 ff., 822 f.. Vgl. ferner die Kostenfestsetzungspraxis der deutschen Verwaltungsgerichte bei *Redeker/v. Oertzen*, *VwGO*, 1991, § 162.

16) Auch kommerzielle Datenbanken, wie z. B. CELEX, helfen hier nicht weiter.

17) Sie tragen üblicherweise dieselbe Rechtssachennummer wie das Verfahren, auf das sie sich beziehen. Zu beklagen ist allerdings, daß die verhältnismäßig wenigen veröffentlichten Kostenbeschlüsse nicht immer mit einem entsprechenden Rechtssachenkürzel („DEP“ bzw. „Kosten“) gekennzeichnet sind, was die Suche nach solchen Beschlüssen nicht eben erleichtert.

18) Vgl. Art. 72 VerFO des *EuGH* sowie Art. 90 VerFO des *EuG*.

19) Vgl. Art. 72 lit. a VerFO des *EuGH* sowie Art. 90 lit. a VerFO des *EuG*. Unklar bleibt, was hierunter genau zu verstehen ist, da es hierzu, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung gibt.

20) Vgl. hierzu Art. 20 Dienstanweisung für den Kanzler des *EuGH*, ABIEG Nr. C 39 v. 15. 2. 1982, S. 35 ff.

21) Vgl. Art. 72 lit. b VerFO des *EuGH* sowie Art. 90 lit. b VerFO des *EuG*.

richt diejenigen Aufwendungen zu erstatten²², die es an Zeugen und Sachverständige gezahlt hat²³ (vgl. hierzu unten II 2 a). Die vierte Ausnahme bilden die im Rahmen der Prozeßkostenhilfe von der Gerichtskasse vorgestreckten Beträge²⁴.

Diese Ausnahmen sind keine Gerichtskosten im eigentlichen Sinne. Es handelt sich vielmehr um einen Ausgleich für einen über das übliche Maß hinausgehenden Aufwand. Diese Kosten trägt gegebenenfalls diejenige Partei, die sie verursacht hat; erstattungsbe-rechtigt sind die Gemeinschaftsgerichte. Sollte diese Partei den Rechtsstreit gewinnen, so kann sie sich diese Kosten nicht von der anderen Partei erstatten lassen. Dies gilt im übrigen auch für die Kanzleigeühren, wie z. B. für die Ausfertigung eines Urteils, für einen Auszug aus den Akten oder dergleichen²⁵.

2. Außergerichtliche Kosten und Leistungen an Zeugen und Sachverständige

Im Gegensatz zu den vorstehend genannten Posten, bei denen es sich in aller Regel um Bagatellbeträge handelt, stehen die „Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren notwendig waren“²⁶, im Mittelpunkt des Parteiinteresses. Das gleiche gilt, wenn auch in geringerem Maße, für die gegebenenfalls entrichteten „Leistungen an Zeugen und Sachverständige“²⁷.

a) *Leistungen an Zeugen und Sachverständige.* Beweisaufnahmen des Gemeinschaftsrichters sind ausgesprochen selten²⁸. Gegebenenfalls erfolgen sie durch Anhörung²⁹ von Zeugen³⁰ oder Sachverständigen. Die Gemeinschaftsgerichte können die Ladung von Zeugen, deren Vernehmung von einer Partei beantragt wird, davon abhängig machen, daß der Antragsteller bei der Gerichtskasse einen Vorschuß entrichtet, zur Deckung der voraussichtlichen Kosten. Zeugen, die von Amts wegen geladen werden, gewährt die Gerichtskasse die erforderlichen Vorschüsse³¹.

Nach der Beweisaufnahme können die Zeugen³² bzw. Sachverständigen von der Gerichtskasse Erstattung³³ ihrer Reise- und Aufenthaltskosten³⁴ verlangen³⁵, soweit ihnen noch kein Vorschuß gewährt wurde³⁶. Ferner erhalten Zeugen u. U. eine „Entschädigung für Verdienstaussfall“, Sachverständige haben Anspruch auf „Vergütung ihrer Tätigkeit“³⁷. Dies gilt freilich nur für diejenigen Zeugen bzw. Sachverständigen, die von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei gehört wurden³⁸. Zeugen bzw. Sachverständige, die auf alleinige Initiative einer Partei tätig werden, haben keinerlei Anspruch auf Kostenerstattung gegen die Gerichtskasse³⁹. Jedoch haben die auftraggebenden Parteien einen Erstattungsanspruch gegen den Kostenschuldner, falls das Gemeinschaftsgericht ihre insoweit getätigten Aufwendungen für notwendig⁴⁰ befundet.

Für die Erstattung durch die Gerichtskasse gilt folgendes: Zeugen reichen einen Beleg über Auslagen und Verdienstaussfall ein; Sachverständige eine Rechnung über ihre Vergütung mit einem Nachweis ihrer Tätigkeit und ihrer Auslagen⁴¹. Die Höhe der Erstattung richtet sich nicht nach einer gemeinschaftsrechtlichen⁴² Gebührentabelle bzw. festen Sätzen⁴³, sondern nach den Umständen des Einzelfalles. Reise- und Aufenthaltskosten sind die Ausgaben für die Reise vom Wohnort nach Luxemburg und die Übernachtung⁴⁴ vor Ort⁴⁵, wobei den Gerichtskassen die Rechtsprechung zu den Reise- und Aufenthaltskosten der Bevollmächtigten bzw. Rechtsanwälte (vgl. II 2 b aa) als Leitfadenelemente dürfte. Andere, durch den Beweisbeschluß nicht gedeckte Reise- bzw. Aufenthaltskosten werden nicht erstattet⁴⁶. Auch im Falle des Verdienstaussfalls eines Zeugen bzw. der Vergütung eines Sachverständigen ist die Gerichtskasse – mangels gemeinschaftsrechtlicher Tabelle – auf die Angaben der Zeugen bzw. Sachverständigen angewiesen. Während die Vergütung eines Sachverständigen in aller Regel auf der Grundlage des schriftlichen Gutachterauftrages objektiviert werden kann, ist der genaue Umfang des Verdienstaussfalls eines Zeugen in der Regel schwerer zu beziffern. Hier dürften Pauschalbeträge, in Gestalt von Tagessätzen, weiterhelfen. Schließ-

lich können die Gemeinschaftsgerichte die Höhe der zu erstattenden Kosten kontrollieren. So kann der Kanzler des *EuGH* den von Zeugen bzw. Sachverständigen verlangten Betrag von Amts wegen herabsetzen oder eine Auszahlung in Raten anordnen, wenn er den Betrag für zu hoch hält⁴⁷. Der Kanzler des *EuG* hingegen entscheidet offenbar nicht selbst, sondern legt die Angelegenheit gegebenenfalls dem Präsidenten vor⁴⁸. Erstattungsfähig sind schließlich die im Zusammenhang mit einem Rechtshilfeersuchen entstandenen Kosten⁴⁹.

Diese Beträge kann sich die Gerichtskasse⁵⁰ vom Kostenschuldner erstatten lassen⁵¹, notfalls im Wege der Zwangsvollstreckung⁵². Im Streitfall kann der Kostenschuldner einen Antrag auf Kostenfestsetzung stellen⁵³, wobei er allerdings berücksichtigen sollte, daß die Gerichtskasse die Höhe dieser Beträge im Verhältnis zu den Zeugen bzw. Sachverständigen bereits geprüft hat.

b) *Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren notwendig waren.* Wichtigster Fall sind die „Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren notwendig waren, insbesondere Reise- und Aufenthaltskosten sowie die Vergütung der Bevollmächtigten, Beistände und Anwälte“⁵⁴. Der Wortlaut ist

22) Vgl. Art. 73 lit. a VerFO des *EuGH* sowie Art. 91 lit. a VerFO des *EuG*.

23) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1983, 2703 – Kommission / Royale Belge.

24) S. Art. 76 V VerFO des *EuGH* sowie Art. 97 III VerFO des *EuG*.

25) Vgl. Art. 20 Dienstanweisung für die Kanzlei des *EuGH* sowie Art. 16 Dienstanweisung für den Kanzler des *EuG*.

26) Vgl. Art. 73 lit b VerFO des *EuGH* sowie Art. 91 lit b VerFO des *EuG*.

27) Vgl. Art. 73 lit a i. V. mit Art. 51 VerFO des *EuGH* sowie Art. 91 lit a i. V. mit 74 VerFO des *EuG*.

28) Beim *EuG* sind Beweisaufnahmen selten, beim *EuGH* die absolute Ausnahme.

29) Sie erfolgt ggf. im Wege der Rechtshilfe; vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1984, 675 – Oryzomyli Kavalles / Kommission.

30) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 249 – Blackman/Europäisches Parlament.

31) Vgl. Art. 47 III VerFO des *EuGH* sowie Art. 68 III VerFO des *EuG*.

32) Eine Ausnahme gilt für die Europäischen Institutionen. Sie tragen die Kosten für diejenigen Beamten, die als Zeugen gehört werden, selbst; vgl. *EuGH*, Slg. 1965, 751 – Prakash / Kommission der EAG.

33) Das Nähere regelt im Falle des *EuG* die „Dienstanweisung für den Kanzler des Gerichts erster Instanz“ v. 3. 3. 1994, ABIEG Nr. L 78 v. 22. 3. 1994, S. 32 f. und im Falle des *EuGH* die „Dienstanweisung für den Kanzler“ v. 4. 12. 1974, ABIEG Nr. L 380 v. 28. 12. 1974, S. 33 sowie die kodifizierte (nicht rechtsverbindliche Fassung) in ABIEG Nr. C 39 v. 15. 2. 1982, S. 35 ff.

34) Vgl. Art. 51 § 1 VerFO des *EuGH* sowie Art. 74 § 1 VerFO des *EuG*.

35) Dies dürfte auch für Beamte der Europäischen Institutionen gelten; vgl. in diesem Sinne den Beschluß *EuGH*, Slg. 1979, 2131 – Dietz / Kommission.

36) Vgl. hierzu Art. 47 ff. VerFO des *EuGH* sowie Art. 68 ff. VerFO des *EuG*.

37) Vgl. Art. 51 § 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 74 § 2 VerFO des *EuG*.

38) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1993, 285 – Blackman / Europäisches Parlament.

39) Sie haben aber ggf. einen Anspruch gegen die auftraggebende Partei.

40) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 1. 12. 1976 – Rs. 74/020 – Kali-Chemie / Kommission.

41) Vgl. Art. 13 II Dienstanweisung für den Kanzler des *EuG*.

42) Ein Rückgriff auf das jeweilige nationale Recht (vgl. z. B. das ZeugenschadigungsG) ist ohnehin ausgeschlossen.

43) Dieser Maßstab gilt z. B. für Prozeßbevollmächtigte einer Institution; vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 2131 (2133) – Dietz / Kommission.

44) Bzw. in der näheren Umgebung.

45) Was auch die Bewirtungskosten einschließen dürfte.

46) Wobei sich die Gerichtskasse an der zu den Reise- und Aufenthaltskosten der Bevollmächtigten etc. ergangenen Rechtsprechung orientieren dürfte.

47) Vgl. Art. 21 § 2 Unterabs. 2 Dienstanweisung des Kanzlers des *EuGH*.

48) Vgl. Art. 13 III Dienstanweisung des Kanzlers des *EuG*.

49) Vgl. Art. 26 Satzung des *EuGH*.

50) Immer vorausgesetzt sie hat die Aufwendungen erstattet. Sollte die auftraggebende Partei diese Kosten erstattet haben, so dürfte sie, im Falle ihres Obsiegens, einen Erstattungsanspruch gegen die unterliegende Partei erlangen.

51) Vgl. z. B. Art. 13 IV Dienstanweisung für den Kanzler des *EuG*.

52) Vgl. Art. 15 Dienstanweisung für den Kanzler des *EuG*.

53) Vgl. Art. 74 § 1 VerFO des *EuGH* sowie Art. 92 § 2 VerFO des *EuG*.

54) Vgl. Art. 73 lit b VerFO des *EuGH* sowie Art. 91 lit b VerFO des *EuG*.

leicht verunglückt⁵⁵, da er suggeriert, die „Reise- und Aufenthaltskosten“ sowie „die Vergütung der Bevollmächtigten, Beistände oder Anwälte“ seien ipso facto notwendig und damit erstattungsfähig⁵⁶. Tatsächlich kommt es bei jeder einzelnen Aufwendung darauf an, ob sie für das Verfahren notwendig war. Das Verständnis dieser Vorschriften wird aber vor allem dadurch erschwert, daß die Gemeinschaftsgerichte den zentralen Begriff des Kostenerstattungsrechts, d. h. „notwendige Aufwendungen“, bisher nicht präzise definiert haben. Statt dessen haben sie eine Reihe von Kriterien entwickelt, die diesen Begriff in positiver wie negativer Hinsicht umschreiben. Demnach haben die Gemeinschaftsrichter „den Gegenstand und die Art des Rechtsstreits, seine Bedeutung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht sowie seinen Schwierigkeitsgrad, den Zeitaufwand der tätig gewordenen Bevollmächtigten oder Beistände im Zusammenhang mit dem Verfahren und das wirtschaftliche Interesse zu berücksichtigen, das die Parteien am Ausgang des Rechtsstreits haben“⁵⁷ und diese Begriffe „frei zu würdigen“. Mit anderen Worten, nicht notwendig sind all diejenigen Aufwendungen, die vermieden werden können⁵⁸. Dank so vieler Parameter verfügen die Gemeinschaftsgerichte über einen denkbar weiten Ermessensspielraum.

aa) *Reise- und Aufenthaltskosten der Bevollmächtigten, Beistände oder Rechtsanwälte*. Hier kommt es im wesentlichen auf Zweck und Anzahl der Reisen, Anzahl der Reisenden und Höhe der getätigten Aufwendungen an. Die Reise, Übernachtung und Bewirtung⁵⁹ der Bevollmächtigten, Beistände bzw. Rechtsanwälte⁶⁰ zwecks Teilnahme an einer mündlichen Verhandlung⁶¹ sind in aller Regel erstattungsfähig. Allerdings ist je Rechtssache, d. h. pro mündliche Verhandlung, grundsätzlich nur eine Reise erstattungsfähig⁶². Plädiert ein Rechtsanwalt mehrere Rechtssachen am gleichen Tage, so sind seine Reisekosten nur einmal erstattungsfähig⁶³. Andere im Rahmen des Gerichtsverfahrens unternommene Reisen sind grundsätzlich nicht erstattungsfähig. Geradezu evident ist dies bei Fahrten eines Rechtsanwalts nach Luxemburg, um Schriftsätze einzureichen⁶⁴ oder an einem Verkündungstermin teilzunehmen, da erstere per Post, gegebenenfalls per Einschreiben⁶⁵ übermittelt werden können und für die Übermittlung von Urteilen und Schlußanträgen der Zustellungsbevollmächtigte zuständig ist⁶⁶. Reisen in Drittstaaten sind nicht erstattungsfähig, es sei denn, die Partei wäre in keinem Mitgliedstaat niedergelassen oder es gäbe keine hinreichend modernen Telekommunikationsmittel⁶⁷. So gut wie ungeklärt ist hingegen die Erstattung von Reisen innerhalb der Gemeinschaft, z. B. zum Mandanten⁶⁸. Allerdings dürften die Gemeinschaftsgerichte hier eher noch restriktiver sein, da sich Kontakte mit dem in der EU ansässigen Mandanten ohne weiteres über E-Mail, Kurierdienste, Fernkopie, Telekonferenz usw. herstellen lassen.

Ferner müssen die Parteien wissen, daß grundsätzlich nur die Reise- und Aufenthaltskosten eines Prozeßbevollmächtigten, Beistands bzw. Rechtsanwalts erstattungsfähig sind⁶⁹. So hat ein Unternehmen, das bereits anwaltlich vertreten wird, keinen Anspruch auf Erstattung der Reisekosten eines Syndikusanwalts, wenn dessen Anwesenheit weder angeordnet wurde noch den Umständen nach für die mündliche Verhandlung erforderlich war⁷⁰. Etwas anderes gilt, wenn es um mehrere verbundene Rechtssachen von besonderer Bedeutung geht, mit einer entsprechenden Anzahl an Klägern⁷¹.

Hinsichtlich der Höhe der Reise- und Aufenthaltskosten machen weder Gesetzgeber noch Gemeinschaftsgerichte ausdrückliche Vorgaben, so daß zumindest die privaten Parteien über einen beachtlichen Spielraum verfügen, der allerdings auch seine Grenzen haben dürfte. Denn man wird wohl niemanden davon überzeugen können, daß z. B. exorbitante Reisekosten⁷² oder maßlose Hotel- bzw. Bewir-

tungsspesen eines Rechtsanwalts oder Prozeßbevollmächtigten für das Verfahren notwendig waren und daher zu erstatten sind. Tröstlich bleibt immerhin, daß die vergleichsweise knapp bemessenen Reisekosten- und Tagesgeldsätze der Gemeinschaftsorgane nicht für andere Parteien gelten⁷³. In prozeduraler Hinsicht empfiehlt es sich, die Reisekosten gesondert aufzuführen, d. h. nicht einen pauschalen Betrag für alle erstattungsfähigen Beträge zu verlangen⁷⁴ (vgl. hierzu unten 5).

bb) *Vergütung der Bevollmächtigten, Beistände oder Anwälte*. Die Gemeinschaftsinstitutionen und Mitgliedstaaten werden durch einen Bevollmächtigten vertreten⁷⁵. Außerdem können sie einen Beistand bzw. Rechtsanwalt hinzuziehen⁷⁶. Für natürliche und juristische Personen hingegen herrscht Anwaltszwang.

Die Gemeinschaftsinstitutionen⁷⁷ bevollmächtigen einen⁷⁸ ihrer Beamten. Zusätzlich können sie einen Dritten⁷⁹, z. B. einen Rechtsanwalt, beauftragen. Dessen Honorare sind prinzipiell erstattungsfähig, im Gegensatz zu dem Sold des Beamten⁸⁰. Die Gemeinschaftsgerichte begründen dies damit, daß die Gemeinschaftsbeamten auf der Gehaltsliste ihrer jeweiligen Anstellungsbehörde stehen und letztere beraten, was die mit der Vertretung vor den Gemeinschaftsge-

55) Vgl. Art. 73 lit b VerFO des EuGH sowie Art. 91 lit b VerFO des EuG.

56) Eindeutiger wäre z. B. folgende Formulierung: „... gelten als erstattungsfähige Kosten: Aufwendungen der Parteien, insbesondere Reise- und Aufenthaltskosten sowie die Vergütung der Bevollmächtigten, Beistände oder Anwälte, soweit sie für das Verfahren notwendig waren“.

57) Vgl. z. B. EuGH, Slg. I 1994, 5425 Tz. 13 – British Aerospace / Kommission; ebenso EuGH, Slg. 1981, 1731 Tz. 3 – DVG / EWG u. EuGH, Slg. 1985, 3727 Tz. 3 – Leeuwarder Papierwarenfabrik BV / Kommission.

58) Vgl. EuGH, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 DEP – Empresa Nacional de Uranio SA / Kommission.

59) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1979, 2131 – Dietz / Kommission.

60) Zu den Reise- und Aufenthaltskosten der Parteien vgl. II 3 b cc.

61) Sowie mündliche Anhörung, z. B. in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes; vgl. hierzu EuGH, Beschl. v. 22. 9. 1988 – Rs. 65/87 – Pfizer International Inc. / Kommission.

62) In einem Fall erachtete der EuGH drei Reisen eines Rechtsanwalts nach Luxemburg offenbar nur deshalb als erstattungsfähig, weil die betreffende Institution die Notwendigkeit dieser Reisen nicht bestritt, vgl. EuGH, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84 – Bernardi / Europäisches Parlament.

63) Vgl. EuGH, Slg. 1981, 1723 Tz. 5 – Ireks-Arkady / EWG.

64) Eine Reise, die er vor allem dann auf sich nehmen dürfte, wenn die Frist für die Einreichung eines Schriftsatzes so weit fortgeschritten ist, daß sie nur noch auf diesem Wege gewahrt werden kann.

65) Vgl. EuGH, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 – Ahlström u. a. / Kommission sowie EuGH, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio / Kommission.

66) Vgl. EuGH, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 – Ahlström u. a. / Kommission.

67) Vgl. EuGH, Beschl. v. 22. 9. 1988 – Rs. 65/87 – Pfizer International Inc. / Kommission.

68) Zu der Frage der Reisekosten einer Partei zum Kanzleiort des Rechtsanwalts vgl. II 3 b cc.

69) Der in den Verfahrensordnungen verwendete Plural spiegelt wohlge- merkt nicht die Rechtslage wider.

70) Vgl. EuGH, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 – Ahlström u. a. / Kommission.

71) Ebenso Beschl. EuGH, Slg. 1981, 1731 Tz. 5 – DVG/EWG.

72) Z. B. chartern eines Privatjets.

73) Beamte erhalten ein Reisegeld in Gestalt einer Bahnfahrt 1. Klasse nach Luxemburg sowie ein Tagesgeld.

74) Vgl. EuGH, Slg. 1982, 1748 Tz. 4 – Dumortier / Rat.

75) Vgl. Art. 17 der Satzung, der gem. Art. 46 auch für das EuG gilt. Vgl. auch die Ausdehnung auf die Mitgliedstaaten des EWR durch Beschluß des Rates v. 22. 12. 1994 zur Änderung des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft, ABIEG Nr. L 379 vom 31. 12. 1994, S. 1 f.

76) Vgl. Art. 17 IV der Satzung i. d. F. des Beschlusses des Rates v. 22. 12. 1994 zur Änderung des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, ABIEG Nr. L 379 v. 31. 12. 1994, S. 1 ff.

77) Mit Ausnahme der von den Gemeinschaften geschaffenen Stiftungen, Zentren und Agenturen, die sich aus personellen Gründen oftmals durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen.

78) Oder je nach Umfang der Rechtssache mehrere Beamte.

79) Vgl. EuGH, Slg. 1979, 2131 Tz. 5 – Dietz / Kommission.

80) Die Gemeinschaftsorgane haben jedoch die Möglichkeit, einen Rechtsanwalt als Beistand einzuschalten, dessen Honorare erstattungsfähig sind.

richten verbundene Wahrnehmung der Interessen des vertretenen Organs mit einschließen⁸¹. Mithin besagt die Höhe der Aufwendungen, die einer obsiegenden Gemeinschaftsinstitution erstattet werden, nichts über die Höhe der Aufwendungen, die sie zu erstatten hat, wenn sie verliert⁸².

Es sprechen indes Gründe für eine Nuancierung dieser Rechtsprechung. Gewiß, die einem bevollmächtigten Beamten gewährte Besoldung ist keine eigens für dieses oder jenes Verfahren notwendig gewordene finanzielle Aufwendung der Behörde. Dennoch bildet sie eine Voraussetzung für das Tätigwerden des bevollmächtigten Beamten und ist so gesehen eine notwendige Aufwendung. Zumindest im Falle rechtsmißbräuchlicher oder offensichtlich unzulässiger bzw. unbegründeter Klage- und Rechtsmittelverfahren sollte den Institutionen (notfalls de lege ferenda) ein Anspruch auf Erstattung der damit verbundenen Personalkosten zugestanden werden. Denn erstens ist nicht einzusehen, warum die betroffene Gemeinschaftsinstitution⁸³ und damit letztlich auch der europäische Steuerzahler die finanziellen Konsequenzen, nämlich die Bindung personeller Kräfte in solchen Verfahren zu tragen hätte. Zweitens rechtfertigen zumindest solche Verfahren eine wirksame Sanktion. Doch die gibt es bisher nicht, denn selbst der rechtsmißbräuchlich handelnde Kostenschuldner muß der Institution lediglich deren Auslagen ersetzen, d. h. die Reisekosten des Beamten sowie dessen Tagesgeld, soweit sie keinen Rechtsanwalt eingeschaltet hat. Selbst die als Sanktion gedachten Vorschriften⁸⁴, die es den Gemeinschaftsgerichten erlauben, einer Partei diejenigen Kosten aufzuerlegen, die sie der Gegenpartei „ohne angemessenen Grund oder böswillig“ verursacht hat, haben sich als stumpfes Schwert erwiesen. Denn nach derzeitiger Rechtslage kann die Institution selbst in diesen Fällen nur die Reise- und Bewirtungskosten ihres Beamten in Rechnung stellen⁸⁵. Im übrigen würde eine anteilige Abwälzung der Personalkosten auf die rechtsmißbräuchlich handelnde Partei zweifelsohne dazu beitragen, die wachsende Zahl manifest unzulässiger bzw. unbegründeter Verfahren zu begrenzen. Dies würde, last but not least, auch die Gemeinschaftsgerichte entlasten.

Aus den gleichen Gründen ist es bisher auch den Mitgliedstaaten verwehrt, die Besoldung ihrer prozeßbevollmächtigten Beamten in Rechnung zu stellen⁸⁶. Das gilt ebenso für diejenigen Unternehmen, die einen Syndikus-Anwalt benennen⁸⁷. Tröstlich bleibt, daß die Betroffenen dieses Problem in der Praxis durch Einschaltung eines Rechtsanwalts – bis zu einem gewissen Grad – umgehen können, da dessen Honorare, jedenfalls dem Grunde nach, immer erstattungsfähig sind⁸⁸.

Die Gemeinschaftsorgane und Mitgliedstaaten können die Prozeßvertretung, neben ihrem Prozeßbevollmächtigten, auch einem Beistand, d. h. einem Rechtsanwalt, übertragen⁸⁹. Dessen Honorare sind erstattungsfähig, soweit sie für das Verfahren notwendig waren⁹⁰. Dies gilt selbst im Falle eines Rechtsanwalts, der die Institution zwar nicht vor den Gemeinschaftsgerichten vertritt, jedoch auftragsgemäß eine gutachterliche Stellungnahme abgegeben bzw. an einem Schriftsatz mitgewirkt hat⁹¹.

Daß die dem Beistand gewährten Honorare unterhalb des marktüblichen Niveaus liegen, ist ein offenes Geheimnis. In der Regel liegen sie sogar unterhalb des erfahrungsgemäß als erstattungsfähig anerkannten Niveaus, was eine Erstattung gegebenenfalls so gut wie garantiert. Die Mitgliedstaaten dürften sich eine ähnliche Politik zu eigen gemacht haben⁹².

„Notwendig“ i. S. der Verfahrensordnung ist grundsätzlich nur ein Rechtsanwalt⁹³. Im Falle eines „besonderen Schwierigkeitsgrades“ können mehrere Rechtsanwälte notwendig sein. Dies ist jedoch die absolute Ausnahme. In der Rechtssache Leeuwarder Papierwarenfabrik⁹⁴ befand der *EuGH* „im Hinblick auf die Schwierigkeit des Falles“ die Einschaltung mehrerer Anwälte sowie des „ständigen“ Anwalts der Antragstellerin für gerechtfertigt. Im Verfahren *Empresa Nacional de Uranio*⁹⁵ rechtfertigte der besondere Schwierigkeitsgrad der euratomrechtlichen Fragen die Ein-

schaltung zweier Rechtsanwälte. Im Verfahren *Peine-Salzgitter*⁹⁶ befand das *EuG* die Vertretung durch mehrere Anwälte für notwendig, da diese EGKS-Klage „bedeutende neue Rechts- und schwierige Sachfragen“ aufwarf und die Beklagte einen Universitätsprofessor hinzugezogen hatte. Im Fall *AITEC*⁹⁷ schließlich berücksichtigte das *EuG* u. a. die notwendige Zusammenarbeit eines italienischen und eines französischen Rechtsanwalts. In der Rechtssache *PPG Industries Glass*⁹⁸ hingegen entschied das *EuG*, daß die Beauftragung von vier Rechtsanwälten nebst Mitarbeitern, die zwei verschiedenen Kanzleien angehören und in drei verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, nicht notwendig sei. Schließlich sollte sich auch eine Streitgenossenschaft, deren Mitglieder alle dasselbe Interesse am Ausgang des Rechtsstreits haben, nur durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen⁹⁹.

Dieser Rechtsprechung ist prinzipiell zuzustimmen. Allerdings müssen sich die Gemeinschaftsgerichte die Frage gefallen lassen¹⁰⁰, warum sie ihren erhenen Grundsatz „ein Rechtsanwalt pro Partei“ nicht auch denjenigen Klägern entgegenhalten, die sich durch zwei¹⁰¹ und manchmal sogar drei britische bzw. irische Rechtsanwälte¹⁰² vertreten las-

81) Vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 2131 – Dietz / Kommission.

82) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 13. 3. 1989 – Rs. 148/87 – Th. Frydendahl Pedersen A/S / Kommission.

83) Dies gilt übrigens auch für die Gemeinschaftsgerichte.

84) Vgl. Art. 69 § 3 Unterabs. 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 87 § 3 Unterabs. 2 VerFO des *EuG*.

85) Falls sie keinen Rechtsanwalt eingeschaltet hat.

86) Obsiegt die Kommission im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens, so verlangt sie von dem unterlegenen Mitgliedstaat keine Erstattung von Prozeßkosten, sofern der Mitgliedstaat im Falle eines Obsiegens in solchen Verfahren seinerseits keine Kostenerstattung von der Kommission verlangt; vgl. Antwort von Herrn *Delors* auf die schriftliche Anfrage Nr. 2256/91, ABIEG Nr. C 102 v. 22. 4. 1992, S. 39 f.

87) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 2. 1995 – Rs. C-104/85 – *Bowater Inc. / Kommission*, Nota bene: Der *EGMR* ist insoweit großzügiger, vgl. den Rechtsprechungsnachw. bei *Pettiti/Decaux/Imbert* (o. Fußn. 15), S. 817.

88) Im Falle der Gemeinschaftsinstitutionen hängt die Einschaltung eines Rechtsanwalts von mehreren Faktoren, wie z. B. Verfahrenssprache, verfügbare Beamten usw. ab, und erfolgt daher keinesfalls systematisch.

89) Vgl. Art. 17 I und 46 I EG-Satzung sowie *EuGH*, Slg. 1979, 2131 Tz. 5 – Dietz / Kommission.

90) Der *Gerichtshof* ist der in der Rs. T-460/93 *DEP (EuG, Slg. II 1995, 234 Tz. 3 – Tête u. a./EIB)* vertretenen Ansicht, die Aufwendungen eines Rechtsanwalts seien ohne weiteres notwendig, weil die Satzung des *EuGH* jedem Organ das Recht verleiht, sich des Beistands eines Rechtsanwalts zu bedienen, nicht gefolgt.

91) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 4. 1991 – Rs. C-301/89 u. C-301/89 R – *Kommission / Eurotempo*.

92) Vgl. z. B. *EuGH*, Beschl. v. 26. 9. 1985 – Rs. 147/83 – *Münchener Import-Weinkellerei Herold Binderer GmbH / Kommission*, in dem die Honorare des Rechtsanwalts der als Streithelferin der Kommission aufgetretenen Bundesrepublik Deutschland voll erstattet wurden.

93) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 584 Tz. 39 – *PPG Industries Glass / Kommission*.

94) Vgl. *EuGH*, Slg. 1985, 3727 – *Leeuwarder Papierwarenfabrik BV / Kommission*.

95) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – *Empresa Nacional de Uranio S. A. / Kommission*.

96) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 8. 11. 1996 – Rs. T-120/89 (92) – *Stahlwerke Peine-Salzgitter AG / Kommission*.

97) Sehr instruktiv *EuG*, Beschl. v. 28. 11. 1996 – Rs. T-447/93 (92) – *AITEC / Kommission*; vgl. ferner *EuG*, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 *DEP – Air France / Kommission*.

98) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 584 Tz. 39 – *PPG Industries Glass / Kommission*.

99) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 5. 7. 1976 – Rs. 74/073 – *Groupement des Fabricants de Papier Peints de Belgique u. a. / Kommission*.

100) Wie z. B. der Prozeßvertreter der Kommission in der Rs. *Tiercé Ladbroke SA (EuG, Beschl. v. 11. 10. 1994 – Rs. T-86/92)* zu Recht hervorhebt.

101) D. h. einen Barrister und einen Solicitor.

102) Nämlich einen Senior Counsel, einen Junior Counsel sowie einen Solicitor. Dabei ist auch der Tatsache Rechnung zu tragen, daß Barristers und Solicitors sowohl nach der Dienstleistungs-Richtlinie wie nach der in status nascendi befindlichen Niederlassungs-Richtlinie unterschiedslos als Rechtsanwälte gelten.

sen¹⁰³, und zwar unabhängig vom Schwierigkeitsgrad. Diese wenig konsequente Haltung ist um so erstaunlicher, als die Gemeinschaftsrichter seit jeher betonen, daß sie nicht an nationale Verfahrensvorschriften, wie z. B. Gebührenordnungen für Rechtsanwälte¹⁰⁴, Honorarvereinbarungen¹⁰⁵, bzw. das nationale Kostenrecht¹⁰⁶, gebunden sind¹⁰⁷. Die Gemeinschaftsgerichte scheinen zwar in diesen Fällen den Kostengläubigern im Endeffekt nicht mehr zuzusprechen, als sie mit einem Rechtsanwalt erhalten hätten. Gleichwohl bleibt zu hoffen, daß die Gemeinschaftsgerichte in diesem Punkte konsequenter werden.

Die für das Verfahren notwendigen Porto-, Fernsprech-, Fernschreib-, und Vervielfältigungskosten eines Rechtsanwalts sind ebenfalls erstattungsfähig¹⁰⁸, als Pauschale oder in tatsächlicher Höhe¹⁰⁹, ebenso wie die auf die Rechtsanwaltshonorare bzw. Unkosten gegebenenfalls anfallende Mehrwertsteuer¹¹⁰. Etwas anderes dürfte indes für laufende Unkosten, z. B. Sekretariatskosten¹¹¹, gelten, da sie in der Regel nicht eigens für das betreffende Verfahren notwendig wurden. Schließlich trägt die Partei die außerhalb oder an der Peripherie eines Verfahrens liegenden Ausgaben in aller Regel selbst, wie z. B. die Honorare für die Abstimmung mit anderen Klägern, soweit sie vom Gemeinschaftsgericht nicht angeordnet wurde¹¹², und für Kontakte mit Regierungsvertretern¹¹³. Das gleiche gilt für die eigens in Rechnung gestellte anwaltliche Auswertung der Rechtsprechung zwecks Vorbereitung der Schriftsätze, das Studium der Schlußanträge des Generalanwalts¹¹⁴ bzw. des Urteils des Gemeinschaftsgerichts¹¹⁵.

cc) *Andere Aufwendungen.* Dank der generalklauselartigen Weite der Verfahrensvorschriften¹¹⁶ sind darüber hinaus auch andere Aufwendungen erstattungsfähig, solange sie nachweislich für das Verfahren notwendig waren:

Wer sich die Suche nach dem „richtigen“ Prozeßvertreter etwas kosten läßt, hat wenig Aussichten auf Erstattung dieser Ausgaben. So erging es jedenfalls einem Kläger, der zwecks Beratung zu einem Rechtsanwalt nach Mailand reiste und sich anschließend durch einen römischen Anwalt vertreten ließ¹¹⁷. Will eine Partei die mündliche Verhandlung miterleben, so tut sie dies auf eigene Kosten, auch wenn ihr Rechtsanwalt ihre Anwesenheit für erforderlich hält¹¹⁸. Etwas anderes gilt in den seltenen Fällen, in denen das Gericht die persönliche Anwesenheit der Partei anordnet, Zeugen zu Vorgängen hört, an denen die Partei beteiligt war oder die Ereignisse, in die besagte Partei verwickelt war, sehr kompliziert sind und den Kern der mündlichen Verhandlung darstellen¹¹⁹. Sämtliche im Rahmen des Verfahrens getätigten Telefon- und Portogebühren trägt die Partei jedoch selbst, es sei denn, sie waren für das Verfahren als solches notwendig¹²⁰. Die Kostenerstattung folgt den gleichen Kriterien wie im Falle der Zeugen¹²¹ und dürfte somit auch einen eventuellen Verdienstausschlag umfassen¹²².

Bei den Sachverständigenkosten kommt es darauf an, wer den Sachverständigen bestellt hat und wofür. Die Honorare eines gerichtlich bestellten Sachverständigen sind im Prinzip immer erstattungsfähig¹²³. Doch geht eine Partei leer aus¹²⁴, wenn sie ein Gutachten nur deswegen nicht vorlegt, weil ihr die gerichtlich angeordnete Entfernung der Geschäftsgeheimnisse zu aufwendig war. Wer aus eigener Initiative¹²⁵ einen juristischen Experten bemüht, tut dies in der Regel auf eigene Kosten¹²⁶. Zu Recht verlangen die Gemeinschaftsgerichte, daß der Rechtsanwalt das Gemeinschaftsrecht in aller Regel selbst beherrscht¹²⁷. So wird eine Partei kaum auf Verständnis stoßen, wenn sich herausstellt, daß der Beitrag des Gutachters für die Entscheidungsfindung nicht notwendig war¹²⁸ oder ein Universitätsprofessor eingeschaltet wurde, um ein einfaches, in der Sphäre des nationalen Rechts liegendes Rechtsproblem zu begutachten¹²⁹. Schwierige

Fragen des EAG-Vertrages hingegen rechtfertigten die Teilnahme eines Universitätsprofessors an der mündlichen Verhandlung¹³⁰.

Bezüglich der Kosten für Übersetzungen kommen die Gemeinschaftsgerichte den Kostengläubigern¹³¹ bereits sehr entgegen, da sie sämtliche Schriftsätze auf Gerichtskosten¹³² in die Arbeitssprache, d. h. französisch, übersetzen lassen. Dies mag erklären, warum die Gemeinschaftsgerichte die Übersetzung anderer Unterlagen in der Regel¹³³ nicht für notwendig erachten¹³⁴. Immerhin hat ein Streit-

103) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 – British Aerospace/Kommission; *EuG*, Beschl. v. 11. 10. 1994 – Rs. T-86/92 Kosten – Tercé Ladbroke SA / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 5. 7. 1988 – Rs. 258/84 – Nippon Seiko KK / Rat.

104) Vgl. *EuGH*, Slg. 1981, 1723 Tz. 2 – Ireks-Arkady GmbH / EWG.

105) Vgl. *EuG*, Slg. II 1992, 153 Tz. 13 – Tagaras/*EuGH*.

106) So zutr. *Kirschner*, Das Gericht erster Instanz, 1995, Tz. 139.

107) Abgesehen davon ist selbst nach britischem Recht die Einschaltung dreier Rechtsanwälte nicht vorgeschrieben.

108) Vgl. *EuGH*, Slg. 1981, 1731 Tz. 5 – DVG / EWG sowie *EuGH*, Slg. 1981, 1723 Tz. 5 – Ireks-Arkady GmbH / EWG.

109) Vgl. *Rengeling/Middeke/Gellermann* (o. Fußn. 4), S. 418. Vgl. auch *EuG*, Slg. II 1993, 760 Tz. 6 – Meskens / Europäisches Parlament, zu der in Belgien pro hektographierten Seite berechneten Pauschale.

110) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1985, 3727 Tz. 4 – Leeuwarder Papierwarenfabrik BV.

111) *Lasok*, The European Court of Justice, 1994, S. 464 nennt hier, unter Hinweis auf *EuGH*, Beschl. v. 12. 7. 1957 – Rs. 10/55 – Mirosevich / Hohe Behörde außerdem noch Kosten für „care and consideration“.

112) Was z. B. der Fall ist, wenn das Gemeinschaftsgericht die Parteien aufruft, sich über einen Sachverständigen zu einigen und die Plädoyers untereinander abzustimmen.

113) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 DEP – Ahlström u. a. / Kommission.

114) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 DEP – Ahlström u. a. / Kommission.

115) In diesem Sinne wohl *EuGH*, Beschl. v. 12. 6. 1986 – Rs. 228 u. 229/82 – Ford / Kommission.

116) „Aufwendungen der Parteien, die für das Verfahren notwendig waren“.

117) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84 – Bernardi / Europäisches Parlament.

118) Vgl. *EuGH*, Slg. 1981, 2229 – Oberthür / Kommission.

119) Vgl. *EuGH*, Slg. 1981, 2229 Tz. 3 – Oberthür / Kommission.

120) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84 – Bernardi / Europäisches Parlament.

121) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 13. 7. 1966 – Rs. 63/068 – Luhleisch / Eurotom-Behörde.

122) Vgl. zu der für Zeugen geltenden Regelung die Art. 51 § 2 VerFO des *EuGH* sowie Art. 74 § 2 VerFO des *EuG*.

123) Vgl. Art. 73 lit. a VerFO des *EuGH* sowie Art. 91 lit. a VerFO des *EuG*.

124) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 12. 6. 1975 – Rs. 69/49 – BASF / Kommission.

125) Anders wenn sich die Parteien auf einen Sachverständigen einigen und dies zur Erledigung der Rechtssache führt; vgl. *EuGH*, Slg. 1987, 3569 Tz. 11 – De Nayer / Kommission. (Fall eines einvernehmlich beauftragten Arztes).

126) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 1. 12. 1976 – Rs. 74/20 – Kali-Chemie / Kommission.

127) Z. B. wenn es um Fragen des Sozial- und Pensionsrechts des europäischen Dienstrechts geht; vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84 – Bernardi / Europäisches Parlament.

128) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 1. 12. 1976 – Rs. 74/020 – Kali-Chemie / Kommission.

129) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1985 – Rs. 84/102 – Dillinger Hüttenwerke / Kommission.

130) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio / Kommission, obwohl der Professor, der Bekl. zufolge, keine mündliche Stellungnahme abgegeben hat. Vgl. ferner *EuG*, Beschl. v. 8. 11. 1996 – Rs. T-120/89 (92) – Stahlwerke Peine-Salzgitter AG / Kommission.

131) Mit Ausnahme derjenigen Gemeinschaftsinstitution, die über einen eigenen Übersetzungsdienst verfügen. Diese Kosten sind allerdings nicht erstattungsfähig. Etwas anderes dürfte für Institutionen ohne eigenen Übersetzungsdienst gelten, die Übersetzungsaufträge nach außen vergeben müssen.

132) Vgl. jedoch Art. 72 lit. b VerFO des *EuGH* sowie Art. 90 lit. b VerFO des *EuG*.

133) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 17. 4. 1996 – Rs. T-2/93(92) – Air France / Kommission.

134) Offengelassen bei Übersetzungskosten zwecks Vorbereitung einer Klage (vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 DEP – Ciara / Fe-diol).

helfer Aussichten auf Erstattung, falls er Schriftsätze der Hauptpartei, deren Sprache er nicht mächtig ist, übersetzen lassen muß¹³⁵.

Der Aufwand eines Streithelfers ist zwangsläufig geringer¹³⁶ als derjenige der Hauptpartei. Dies gilt vor allem, wenn sich der Streithelfer im wesentlichen den Ausführungen der Hauptpartei anschließt¹³⁷ bzw. keine für die Entscheidung des Rechtsstreits ausschlaggebenden eigenen Argumente vorbringt, die sich wesentlich von den Argumenten der Hauptpartei unterscheiden¹³⁸. Besonders gering sind die Erstattungsansprüche im Falle von Parallelverfahren, z. B. diejenigen, die alle mit ähnlichen Rügen gegen dieselbe Verordnung geführt und in der gleichen mündlichen Verhandlung sowie am gleichen Tage entschieden wurden¹³⁹. Das gleiche gilt, wenn sich das Hauptverfahren auf Zulässigkeitsfragen beschränkt¹⁴⁰. Im Falle einer Intervention auf Seiten einer Institution ist schließlich zu beachten, daß die dieser Institution erstatteten Rechtsanwalts honorare keine Referenzgröße für die Aufwendungen des Streithelfers sind¹⁴¹.

Bei einer Streitgenossenschaft kommt der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie naturgemäß besonders zum Tragen. Deshalb sollten Streitgenossen, die alle das gleiche Interesse am Ausgang des Verfahrens haben, um sicher zu gehen, denselben Rechtsanwalt beauftragen¹⁴², zumal wenn die Verfahrenssprache sowie die rechtlichen Probleme in allen Sachen gleich sind und mithin eine Verbindung der Verfahren zu erwarten ist¹⁴³.

Da die Verfahrensordnung einen Zustellungsbevollmächtigten vorschreibt¹⁴⁴, sind dessen Honorare¹⁴⁵ erstattungsfähig¹⁴⁶. Sie müssen allerdings in angemessenem Verhältnis zu dessen Aufgaben¹⁴⁷, d. h. Entgegennahme und Weiterleitung von Dokumenten, stehen. Auch sollte der Zustellungsbevollmächtigte, gleich welcher Nationalität, in Luxemburg ansässig sein, da die Kosten eines entsandten Zustellungsbevollmächtigten kaum erstattungsfähig sind¹⁴⁸. Das gleiche gilt für alle Leistungen, die nicht zum eigentlichen Aufgabenbereich des Zustellungsbevollmächtigten zählen, wie z. B. die Rechtsberatung¹⁴⁹.

Die Kosten einer Bankbürgschaft¹⁵⁰, die vor allem im Kartellrecht eine Rolle spielt, sind nicht erstattungsfähig¹⁵¹. Die Bürgschaft dient zwar der Abwendung der Vollstreckung der Bußgeldentscheidung und wird im Hinblick auf eine Nichtigkeitsklage vor den Gemeinschaftsgerichten gestellt. Damit ist sie jedoch noch keine Aufwendung „für“ das Klageverfahren¹⁵².

dd) Die übrigen Voraussetzungen der Erstattung. Die Höhe der erstattungsfähigen Beträge hängt ab von Art und Gegenstand des Rechtsstreits, seiner Bedeutung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, seinem Schwierigkeitsgrad, dem Zeitaufwand der Bevollmächtigten bzw. Beistände und, last but not least, dem wirtschaftlichen Interesse der Parteien am Ausgang des Rechtsstreits¹⁵³.

– „Gegenstand und Art des Rechtsstreits“: Die Gemeinschaftsgerichte haben dieses eher vage Kriterium bisher, soweit ersichtlich, nur einmal herangezogen, und zwar in der Rechtssache Air France / Kommission, wo das EuG feststellt, daß ein um eine Fusionskontrollentscheidung geführter Rechtsstreit „hohe Anwaltsgebühren“ rechtfertigt¹⁵⁴.

– „Bedeutung aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht“: In den Augen der Gemeinschaftsgerichte erlangt ein Rechtsstreit vor allem dann eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung, wenn er neue Rechtsfragen bzw. schwierige Sachfragen aufwirft, die umfangreiche Untersuchungen erfordern¹⁵⁵. Im übrigen sind die Übergänge zwischen der Bedeutung des Rechtsstreits aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht und seinem Schwierigkeitsgrad (vgl. unten) fließend.

– „Schwierigkeitsgrad“: Die Gemeinschaftsrichter unterscheiden zwischen tatsächlichem und rechtlichem Schwierigkeitsgrad. Als rechtlich „schwierig“ gilt ein Rechtsstreit nur dann, wenn er

neue¹⁵⁶, erhebliche¹⁵⁷ oder objektiv schwierige¹⁵⁸ materielle Rechtsfragen aufwirft. Die anderen rechtlichen Konstellationen¹⁵⁹ mögen mehr oder weniger aufwendig sein (vgl. unten), gelten jedoch im Kontext der Kostenerstattung nicht als schwierig. Bei verbundenen Rechtssachen¹⁶⁰ und Parallelverfahren¹⁶¹ prüfen die Gemeinschaftsgerichte immer, ob die rechtlichen Probleme die gleichen sind. Dabei gilt im Falle eines Streithelfers das von ihm unterstützte Klageverfahren weder als schwierig noch komplex, wenn ihm die streitige Verordnung „bestens bekannt“ war¹⁶². Ausnahmsweise tragen die Gemeinschaftsgerichte auch der besonderen Komplexität eines Sachverhalts Rechnung, wie übrigens auch einem eventuellen Mangel an Ordnung und Klarheit in den Akten der einen oder anderen Partei¹⁶³.

– „Zeitaufwand der tätig gewordenen Bevollmächtigten und Beistände“: Diesem Punkt schenken die Gemeinschaftsgerichte naturgemäß besondere Aufmerksamkeit. Zum einen berücksichtigen sie prozedurale Aspekte, wie Art des Verfahrens¹⁶⁴ und Anzahl der einge-

135) Vgl. EuG, Beschl. v. 17. 4. 1996 Rs. T-2/93(92) Air France / Kommission.

136) Vgl. EuGH, Beschl. v. 4. 2. 1993 Rs. C-191/86 Tokyo Electric / Rat; EuGH, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 – Ciara / Fediol.

137) Vgl. EuGH, Slg. 1975, 985 – Nold / Kommission.

138) Vgl. EuG, Slg. II 1995, 2059 Tz. 30 – Peugeot / Kommission; ebenso EuG, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission.

139) Vgl. EuGH, Beschl. v. 5. 7. 1988 – Rs. C-258/84 – Nippon Seiko KK / Rat.

140) Vgl. EuGH, Beschl. v. 19. 11. 1987 – Rs. C-282/85 – DEFI / Kommission.

141) Vgl. EuGH, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 – Ciara / Fediol.

142) Vgl. EuGH, Beschl. v. 5. 7. 1976 – Rs. C-74/73 – Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique u. a. / Kommission.

143) Vgl. EuGH, Slg. 1982, 1748 Tz. 3 – P. Dumortier Frères S. A. u. a. / Rat.

144) Vgl. Art. 73 b VerFO des EuGH bzw. Art. 91 b VerFO des EuG.

145) Zum Vergleich: Im Jahre 1964 betrug ein anerkannter Auslagensatz 2500 Luxemburgische Francs (EuGH, Slg. 1964, 1209 – Maudet / Kommission), während ein im Jahre 1990 anerkannter sich auf 37370 Luxemburgische Francs belief (vgl. EuGH, Slg. I, 1994, 5425 – British Aerospace / Kommission).

146) Mit Ausnahme derjenigen Gemeinschaftsinstitutionen, die in Luxemburg eine Vertretung unterhalten.

147) Vgl. Art. 44 § 2 VerFO des EuG.

148) In diesem Sinne EuGH, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio / Kommission.

149) Vgl. EuGH, Slg. 1994, 1209 – Maudet / Kommission: Jeder Partei steht es frei, sich auch durch den Zustellungsbevollmächtigten außergerichtlich beraten zu lassen.

150) Das Verlangen, durch Stellung einer Bankbürgschaft Sicherheit für die eventuelle Zahlung der Geldbuße zuzüglich etwaiger Verzugszinsen zu leisten, geht auf ein von der Kommission im Jahre 1981 eingeführtes allgemeines Verfahren zurück, das vom Präsidenten des Gerichtshofs – außer bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände – sowohl im Rahmen des EGKS-Vertrags für den Stahlsektor als auch im Rahmen des EWG-Vertrags für das Wettbewerbsrecht als gerechtfertigt anerkannt worden ist.

151) Vgl. z. B. EuGH, Beschl. v. 15. 2. 1995 – Rs. C-104/85 – Bewater / Kommission.

152) Vgl. EuGH, Slg. 1987, 4611 Tz. 10 – Krupp / Kommission.

153) Vgl. z. B. EuGH, Slg. I 1994, 5423 Tz. 13 – British Aerospace / Kommission; ebenso EuGH, Slg. 1981, 1731 Tz. 3 – DVG / EWG u. EuGH, Slg. 1985, 3727 Tz. 3 – Leeuwarder Papierwarenfabrik BV / Kommission.

154) Vgl. EuG, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission.

155) Vgl. EuG, Slg. II 1993, 573 Tz. 42 – PPG Industries Glass / Kommission (Mißbrauch einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung). Vgl. ferner EuG, Beschl. Rs. T-120/89 (92) – Stahlwerke Peine-Salzgitter AG / Kommission.

156) Vgl. z. B. EuG, Slg. II 1993, 573 Tz. 24 – PPG Industries Glass / Kommission (Mißbrauch einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung).

157) Vgl. EuGH, Slg. 1981, 1731 Tz. 5 – DVG / EWG; EuGH, Slg. 1982, 1748 – Dumortier / Rat (Erstattung bei der Erzeugung von Maisgritz); EuG, Slg. II 1995, 2059 Tz. 27 – Peugeot / Kommission (Fragen der Paralleleinführung und der Öffnung der nationalen Märkte im Rahmen eines Kfz-Vertriebsystems, für das eine Gruppenfreistellungsverordnung gilt).

158) Vgl. EuGH, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio SA / Kommission (schwierige Fragen des EAG-Vertrages).

159) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1975, 985 Tz. 3 – Nold / Kommission.

160) Vgl. EuGH, Slg. 1981, 1731 Tz. 4 – DVG / EWG.

161) Vgl. EuGH, Slg. 1981, 1723 Tz. 4 – Ireks-Arkady / EWG.

162) Vgl. EuGH, Slg. 1975, 985 – Nold / Kommission.

163) Vgl. EuG, Slg. II 1993, 573 Tz. 43 – PPG Industries Glass / Kommission.

reichten Schriftsätze¹⁶⁵, einen Wechsel des Rechtsanwalts vor der mündlichen Verhandlung¹⁶⁶, eine auf die Klageerhebung¹⁶⁷ bzw. Klagebeantwortung¹⁶⁸ folgende Streichung der Rechtssache, daß die Beklagte die Zulässigkeit und Begründetheit der Klage sofort anerkennt¹⁶⁹ usw. Zum anderen bewerten die Gemeinschaftsrichter den Arbeitsaufwand des oder der Rechtsanwält(e)n¹⁷⁰ im Lichte der Schwierigkeit der jeweiligen wirtschaftlichen¹⁷¹ bzw. juristischen Fragen¹⁷², des Umfangs der Recherchen¹⁷³, der Schwierigkeit der Beschaffung bestimmter Arbeitsmittel¹⁷⁴, der Dauer einer Reise nach Luxemburg¹⁷⁵ usw. In weiser Voraussicht haben die Gemeinschaftsgerichte bisher nicht dazu Stellung genommen, ob auch der „Bekanntheitsgrad“ eines Rechtsanwalts¹⁷⁶ zu berücksichtigen ist¹⁷⁷.

– „Wirtschaftliche Interessen der Parteien am Ausgang des Verfahrens“: Auch hier hängt die Meßlatte vergleichsweise hoch. Ein hohes wirtschaftliches Interesse wurde z. B. ausdrücklich bejaht im Falle einer Klage gegen ein Fusionsvorhaben¹⁷⁸, eines Bußgelds von 1700000 ECU¹⁷⁹, einer staatlichen Beihilfe in Höhe von 44,4 Mio. Pfund¹⁸⁰ und eines euratomrechtlichen Sachverhalts¹⁸¹. Es wurde hingegen verneint im Falle eines Kredits der Europäischen Investitionsbank in Höhe von 7,2 Mrd. Belgischen Francs¹⁸².

Im Ergebnis kann man festhalten, daß sich die vorstehenden Kriterien teilweise überschneiden und die Gemeinschaftsgerichte diesen Kriterien keinesfalls das gleiche Gewicht beimessen¹⁸³. Im übrigen sollte man nicht aus den Augen verlieren, daß sich die Gemeinschaftsgerichte – wie könnte es anders sein – an ihrer eigenen Kasuistik orientieren¹⁸⁴.

ee) *Das Verfahren als Rahmen, in dem die Aufwendungen getätigt werden.* Die Erstattung setzt ferner voraus, daß die Aufwendungen „für das Verfahren“ getätigt werden¹⁸⁵. Hierunter fällt das eigentliche Gerichtsverfahren¹⁸⁶, nicht jedoch das Vorverfahren¹⁸⁷, wie z. B. das Verwaltungsverfahren in Wettbewerbs-¹⁸⁸ und Antidumping-Verfahren, das Vorverfahren bei Untätigkeitsklagen i. S. des Art. 175 EGV¹⁸⁹ sowie das Beschwerdeverfahren¹⁹⁰ in Personalsachen¹⁹¹. Im Vorverfahren anfallende Anwaltshonorare und andere Kosten sind nicht erstattungsfähig¹⁹², und zwar selbst dann nicht, wenn dadurch im Hauptverfahren nachweislich Kosten vermieden wurden¹⁹³, indem eine Partei z. B. den Inhalt ihrer Beschwerde in ihrer Klageschrift wiederholt¹⁹⁴.

Man mag sich fragen, ob diese Auslegung zwingend ist, spricht doch die Verfahrensordnung lediglich von „Verfahren“¹⁹⁵ und nicht, wie an anderer Stelle¹⁹⁶, von „Verfahren vor dem Gerichtshof“ bzw. „vor dem Gericht“. Vor allem aber drängt sich die Frage auf, ob die derzeitige Rechtslage nicht die Institutionen in unbilliger Weise bevorteilt. Denn wenn z. B. ein Verfahren nach Art. 85 I EGV mit einer Kartellentscheidung endet und diese Entscheidung anschließend rechtskräftig für nichtig erklärt wird, so ist nicht einzusehen, warum die obsiegende Partei auf sämtlichen – in der Regel erheblichen – Kosten eines Vorverfahrens „sitzen bleiben“ soll, das ihr, wie sich hinterher herausgestellt hat, zu Unrecht aufgezungen worden ist. Von solchen Überlegungen mag der deutsche Gesetzgeber ausgegangen sein, als er z. B. die Kosten des verwaltungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens für erstattungsfähig erklärte¹⁹⁷.

Die Gemeinschaftsgerichte berücksichtigen bei der Kostenfestsetzung „alle Umstände der Rechtssache bis zum Zeitpunkt der Kostenfestsetzung“ und damit auch die Kosten dieses Nachverfahrens¹⁹⁸. Es ist daher ratsam, bei letzterem den finanziellen Aufwand in Grenzen zu halten¹⁹⁹. Verzugszinsen werden weder ab Erlass der den Kostentenor enthaltenden Entscheidung, noch ab Einreichung des Antrages

Kommission: nur eine Klageschrift sowie ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz, die zudem ähnlich waren.

166) So z. B. *EuGH*, Beschl. v. 5. 7. 1988 – Rs. 258/84 – Nippon Seiko KK / Rat.

167) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 11. 10. 1994 – Rs. T-86/92 – Tiercé Ladbroke / Kommission.

168) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 9. 1988 – Rs. 65/87 – Pfizer International Inc. / Kommission.

169) *S. EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1988 – Rs. 321/85 – Schwiering / Rechnungshof.

170) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission (schwierige wirtschaftliche sowie juristische Fragen aus dem Bereich der Fusionskontroll-Verordnung rechtfertigen die Einschaltung zweier Rechtsanwält(e)n für das schriftliche wie mündliche Verfahren).

171) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission.

172) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 2059 Tz. 28 – Peugeot / Kommission (kein besonderer Schwierigkeitsgrad, wenn ein Rechtsbegriff unter Heranziehung des nationalen Rechts erörtert wird, in dem dieser Rechtsbegriff schöpfend untersucht wird).

173) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission (zu Fragen der Fusionskontroll-Verordnung gemachte rechtsvergleichende Ausführungen sind nicht überflüssig); *EuGH*, Beschl. v. 13. 3. 1989 – Rs. 148/87 – Frydendahl Pedersen / Kommission (durch einen Übersetzungsfehler in einer Verordnung verursachter Mehraufwand).

174) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 2059 Tz. 28 – Peugeot / Kommission (leicht zugängliche Rechtsprechungsnachweise zur Auslegung einer Bestimmung wie Art. 3 Nr. 11 Verordnung [EWG] 123/85 über die Anwendung von Art. 85 III EWGV auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge).

175) Vgl. *EuG*, Slg. II 1992, 153 – Tagaras/*EuGH*.

176) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 2059 Tz. 17 – Peugeot / Kommission.

177) Denn wer über diese Frage nachdenkt, könnte rasch zu dem Schluß kommen, daß ein bekannter, weil routinierter und erfolgreicher Rechtsanwalt für die Prozeßführung weniger Zeit benötigt als andere. Solche Überlegungen würden die Büchse der Pandora weiter öffnen, als manchem lieb ist.

178) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 8. 3. 1995 – Rs. T-2/93 DEP – Air France / Kommission (Fusion zweier Fluggesellschaften rechtfertigt hohe Anwalts-honorare).

179) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 573 Tz. 44 – PPG Industries Glass / Kommission. Vgl. ferner *EuG*, Beschl. v. 8. 11. 1996 – Stahlwerke Peine-Salzgitter AG / Kommission (Schadensersatzklage eines EGKS-Unternehmens).

180) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 – British Aerospace / Kommission.

181) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio / Kommission.

182) Das *EuG* hat diesem Aspekt in seinem Beschl. Slg. II 1995, 229 Tz. 3 – Tête u. a. / EIB nicht Rechnung getragen.

183) So stellen sie z. B. selbst im Falle eines bedeutenden wirtschaftlichen Interesses der Parteien am Verfahrensausgang auf den Schwierigkeitsgrad der streitigen Rechtsfragen ab. Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 5. 7. 1976 – Rs. C-74/73 – Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique u. a. / Kommission.

184) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II ÖR 1995, 483 Rz. 28 – Hoyer u. Smets / Kommission.

185) Vgl. Art. 73 b VerfO des *EuGH* und Art. 91 b VerfO des *EuG*.

186) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1970, 901 – Hake / Kommission.

187) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 Tz. 12 – British Aerospace / Kommission; ebenso *EuGH*, Slg. I 1994, 5431 Tz. 13 – SFEI u. a. / Kommission.

188) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1970, 901 – Hake / Kommission.

189) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 3. 1994 – Rs. C-107/91 – Empresa Nacional de Uranio / Kommission. Vgl. zu einer Untätigkeitsklage gem. EGKS-Vertrag *EuGH*, Slg. 1970, 901 – Hake / Kommission.

190) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84 – Bernardi / Europäisches Parlament (Aufwendungen, die vor Erhebung einer Klage im Zusammenhang mit einer Ärztkommission, Übersetzungen von medizinischen Dokumenten etc. getätigt wurden, sind nicht erstattungsfähig).

191) Vgl. *EuGH*, Slg. 1978, 601 – Herpels / Kommission.

192) So z. B. die Kosten eines „Wirtschaftsgutachtens“, das im Hinblick auf die Einlegung der ursprünglichen Beschwerde bei der Kommission erstellt worden war, vgl. hierzu *EuGH*, Slg. I 1994, 5431 Tz. 13 – SFEI u. a. / Kommission.

193) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 757 Tz. 14 – Meskens / Europäisches Parlament.

194) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 7. 6. 1995 – Rs. T-36/92 DEP – SFEI / Kommission.

195) Vgl. Art. 73 VerfO des *EuGH* sowie Art. 91 VerfO des *EuG*.

196) Vgl. Art. 72 VerfO des *EuGH* sowie Art. 90 VerfO des *EuG*.

197) Vgl. z. B. zum Kostenerstattungsrecht im deutschen Verwaltungsrecht die Vorschrift des § 162 VwGO sowie die Rspr. des *EGMR* bei *Pettiti / Decaux / Imbert* (o. Fußn. 15), S. 817 f.

198) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 5425 Tz. 14 – British Aerospace / Kommission.

199) Denn der Kostengläubiger kann diese Kosten der Institution nicht gewissermaßen im Voraus in Rechnung stellen.

164) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 6. 11. 1996 – Rs. C-220/91 P-DEP – Preussag Stahl AG (früher Stahlwerke Peine-Salzgitter AG) / Kommission (Arbeitsaufwand im Rechtsmittelverfahren geringer als im erstinstanzlichen Verfahren); *EuG*, Slg. II 1995, 229 Tz. 12 – Tête u. a. / EIB (Antrag auf Vorabentscheidung über die Zulässigkeit einer Klage).

165) Vgl. *EuG*, Slg. II 1992 II, 153 – Tagaras / Gerichtshof (in abstracto) sowie *EuGH*, Beschl. v. 22. 9. 1988 – Rs. 65/87 – Pfizer International Inc. /

auf Kostenfestsetzung bzw. Zahlung des Rechtsanwalts²⁰⁰ gewährt, sondern erst ab Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses²⁰¹. Schließlich werden die erstattungsfähigen Kosten in der Währung des jeweiligen Mitgliedstaats ausgezahlt²⁰².

4. Beispiele aus der Praxis

a) Hauptpartei:

Rechtssache	Verlangt	Angeboten	Zugesprochen
Pfizer 65/87	ca. 175 000 DM	ca. 9000 DM	ca. 15 000 DM
Frydendahl 148/87	ca. 40 000 DM	ca. 12 500 DM	ca. 28 000 DM
Tagaras T-18/89 u. T-24/89	ca. 13 000 DM	ca. 11 000 DM	ca. 11 000 DM
PPG Industries T-78/89	ca. 600 000 DM	ca. 58 000 DM	ca. 300 000 DM
Brit. Aerospace C-294/90	ca. 460 000 DM	ca. 86 000 DM	ca. 115 000 DM
CIRFS C-313/90	ca. 88 000 DM	ca. 69 000 DM	ca. 84 000 DM
ENU C-107/91	ca. 140 000 DM	ca. 40 000 DM	ca. 52 000 DM
Tiercé Ladbroke T-86/92	ca. 46 000 DM	ca. 7000 DM	ca. 12 500 DM
SFEI u. a. C-222/92	ca. 470 000 DM	ca. 15 000 DM	ca. 30 000 DM ²⁰³
Tête u. a. T-460/93	ca. 50 000 DM	ca. 9000 DM	ca. 11 000 DM

Bei diesen Beispielen liegt der Quotient zwischen verlangter und angebotener Summe im Durchschnitt bei 29%, während der durchschnittliche Quotient zwischen verlangten und zugesprochenen Beträgen 43% beträgt. Diese Zahlen verdeutlichen, daß sich ein Antrag auf Kostenfestsetzung „lohn“²⁰⁴, jedenfalls insoweit, als die zugesprochenen Beträge praktisch immer über den angebotenen liegen. Angesichts dieser Zahlen erhebt sich aber vor allem die Frage, ob die Praxis der Gemeinschaftsgerichte den wirtschaftlichen Realitäten immer gerecht wird. Denn mittlerweile liegen zahlreichen Verfahren²⁰⁴, nicht nur umfangreiche und bisweilen schwierige Sachverhalte zugrunde, sondern werfen auch tendenziell komplexer werdende Rechtsfragen auf²⁰⁵.

b) Streithelfer:

Rechtssache	Verlangt	Geboten	Zugesprochen
Nippon Seiko C-258/84	ca. 21 000 DM	ca. 5500 DM	ca. 10 000 DM
Ciara C-187/85	ca. 180 000 DM	ca. 10 000 DM	ca. 22 000 DM
Tokyo Electric C-191/86	ca. 100 000 DM	ca. 9000 DM	ca. 15 000 DM
Peugeot T-23/90 u. T-9/92	ca. 250 000 DM	ca. 70 000 DM	ca. 100 000 DM
Air France T-2/93	ca. 100 000 DM	ca. 20 000 DM	ca. 66 000 DM

Bei diesen Beispielen liegen die Quotienten naturgemäß niedriger, als im Falle von Hauptparteien. Zwischen verlangter und angebotener Summe beträgt er im Durchschnitt 17%, während er zwischen verlangten und zugesprochenen Beträgen bei 36% liegt.

5. Prozedurale Aspekte der Kostenfestsetzung

a) *Das Verfahren vor den Gemeinschaftsinstitutionen.* Da die Bewertung der Aufwendungen von der Genauigkeit der Angaben abhängt²⁰⁶ sollte jeder Kostengläubiger seinem Erstattungsantrag²⁰⁷ eine detaillierte Aufstellung der verlangten Kosten und geleisteten Arbeiten beifügen²⁰⁸, soweit er nicht die Kopie einer entsprechend detaillierten Honorarabrechnung vorlegt. Verständlicherweise wird der Kostengläu-

biger versucht sein, den Anteil an erstattungsfähigen Kosten möglichst hoch, die Gemeinschaftsinstitutionen den Betrag möglichst niedrig zu veranschlagen (vgl. 4).

Daß die Gemeinschaftsinstitutionen regelmäßig den Zeitaufwand des Rechtsanwalts²⁰⁹ anders bewerten als die Partei, bleibt ihnen unbenommen. Allerdings bildet der Arbeitsaufwand des jeweils federführenden Beamten keinen sehr realistischen Maßstab, da sich dessen Situation mit derjenigen eines Rechtsanwalts nicht oder nur bedingt vergleichen läßt. Während das einschlägige Rechtsgebiet das tägliche Brot des Beamten ist, wird der Rechtsanwalt bekanntlich in den verschiedensten Rechtsbereichen tätig und muß sich oftmals ad hoc einarbeiten. Schließlich gilt es zu bedenken, daß sich der Beamte weder in einem dem Rechtsanwalt vergleichbaren Mandatsverhältnis befindet, noch den betriebswirtschaftlichen Imperativen eines Freiberuflers unterliegt.

Die Zahlungsaufforderung ist nicht fristgebunden. Allerdings verwirkt der Kostengläubiger seinen Erstattungsanspruch, wenn anzunehmen ist, daß er auf die Ausübung dieses Rechts verzichtet hat. Hier zeigen sich die Gemeinschaftsgerichte jedoch großzügig. Der Kostengläubiger kann nach Erlaß des Urteils vier²¹⁰, acht²¹¹, zwölf²¹² oder selbst 14 Monate²¹³ warten, ohne sein Recht zu verwirken.

b) *Das Verfahren vor den Gemeinschaftsgerichten.* Für Form und Inhalt des Kostenfestsetzungsantrages gelten die allgemeinen Verfahrensvorschriften²¹⁴ sowie folgende besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen:

Der Antrag, dessen Ausgangspunkt ein Kostentenor ist, muß auf die Bestimmung der erstattungsfähigen Kosten gerichtet sein²¹⁵ und die Kostenarten, d. h. Honorare, Reisekosten usw., im einzelnen aufzählen. Denn die Aufwendungen werden nicht von Amts wegen erstattet²¹⁶. Es bleibt hingegen Sache der Parteien, ob sie ihre Anträge beziffern²¹⁷ und ob sie vor Gericht mehr²¹⁸ oder weni-

200) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, Tz. 24f. – PPG Industries Glass / Kommission.

201) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 573 Tz. 29 – PPG Industries Glass / Kommission sowie *EuGH*, Slg. 1975, 495 Tz. 5 – Europemballage u. Continental Can / Kommission.

202) Vgl. Slg. 1975, 495 – Europemballage u. Continental Can / Kommission.

203) In dieser Rs. gab es nur eine Klageschrift und, nachdem die Kommission die begehrte Entscheidung erlassen hat, einen Antrag auf Feststellung der Erledigung der Hauptsache.

204) Dies trifft besonders für Kartell-, Beihilfe-, und Dumping-Klagen zu. 205) Dies wird im übrigen auch daran deutlich, daß z. B. die Kommission bei großen Verfahren nicht selten mehrere Beamte zu Prozeßbevollmächtigten bestellt und oftmals auch noch einen Rechtsanwalt hinzuzieht.

206) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/85 – Ahlström u. a. / Kommission sowie *EuGH*, Beschl. v. 11. 10. 1994 – Rs. T-86/92 – Tiercé Ladbroke.

207) Und nicht erst vier Monate später, wie z. B. im Fall *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 – British Aerospace / Kommission.

208) So zutr. die Ansicht der Kommission in *EuGH*, Slg. I 1994, 5431 Tz. 8 – *SFEI u. a. / Kommission*.

209) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 Tz. 6 – British Aerospace / Kommission.

210) Vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 2131 – Dietz/Kommission.

211) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 3. 1994 Rs. C-107/91 Empresa Nacional de Uranio / Kommission.

212) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 – Ciara / Fediol.

213) Vgl. *EuG*, Beschl. v. 17. 4. 1996 – Rs. T-2/93(92) – Air France / Kommission.

214) Vgl. hinsichtlich der Form Art. 37 VerFO des *EuGH* und Art. 43 VerFO des *EuG* sowie hinsichtlich des Inhalts Art. 38 VerFO des *EuGH* und Art. 44 VerFO des *EuG* analog. Die VerFO regelt nicht die Frage, ob der Ast. auf die Stellungnahme des Ag. erwidern und letzterer eine Gegenwiderrung einreichen darf. Unter dem Gesichtspunkt des rechtlichen Gehörs dürfte dies zulässig sein, setzt aber möglicherweise einen entsprechenden Antrag voraus.

215) Daran fehlt es, wenn der Antrag in Wirklichkeit dahin geht, von den Kosten für eine Zeugenanhörung befreit zu werden. Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 837 Tz. 5 – Blackman / Europäisches Parlament.

216) Vgl. *EuGH*, Slg. 1982, 1748 Tz. 4 – Dumortier Frères u. a. / Rat.

217) Was allerdings die Regel ist; vgl. zu einer Ausnahme *EuGH*, Beschl. v. 4. 2. 1993 – Rs. C-191/86 DEP – Tokyo Electric / Rat.

218) So die Kommission in der Rs. Ahlström Osakeyhtio / Kommission. Dem hat sich der *Gerichtshof* jedoch nicht angeschlossen, vgl. *EuGH*, Beschl. v. 7. 6. 1994 Rs. C-313/90 DEP – CIRFS / Kommission.

ger verlangen²¹⁹ bzw. bieten²²⁰ als während der Verhandlungen mit der Institution. Ferner muß der Antragsteller eine Aufstellung der Honorare und Unkosten nebst Kalkulationskriterien²²¹ und Belegen²²² beifügen, da z. B. die Beurteilung der anwaltlichen Leistungen von der Präzision der gelieferten Informationen abhängt²²³. Dabei kommt es offenbar vor, daß die Gemeinschaftsgerichte vertrauliche Unterlagen unberücksichtigt lassen²²⁴.

Ein Kostenfestsetzungsantrag ist nur zulässig, wenn zwischen den Parteien eine „Streitigkeit“ besteht²²⁵. Dies ist der Fall, wenn der Kostenschuldner²²⁶ die Höhe der gestellten Kostenforderung oder einen bestimmten Kostenposten in Frage stellt bzw. die Zahlung ganz oder teilweise verweigert²²⁷. Es fehlt hingegen an einer Streitigkeit, wenn der Antrag gegen die grundsätzliche Entscheidung des Gemeinschaftsgerichts in einem vorhergehenden Urteil über die Kostenpflicht gerichtet ist²²⁸ oder auf eine Anfechtung des Kostenentors hinausläuft, d. h. auf eine Änderung der Kostenverteilung, statt auf eine Kostenfestsetzung²²⁹. Das gleiche gilt, wenn es sich eine Institution zur Praxis gemacht hat, die Kosten erst bei Vorliegen eines Kostenfestsetzungsbeschlusses zu begleichen²³⁰. Sind einzelne Posten unstrittig, z. B. die in Rechnung gestellten Unkosten, so sprechen die Gemeinschaftsgerichte den verlangten Betrag zu²³¹. Allgemein wird man sagen können, daß der Antrag auf Kostenfestsetzung nur solange statthaft ist, wie sich die Parteien noch nicht ausdrücklich oder stillschweigend über die Kosten geeinigt haben²³².

Der Antrag auf Kostenfestsetzung ist, ebenso wie die vorhergehende Zahlungsaufforderung (vgl. oben b) nicht fristgebunden. Auch hier gilt, daß der Antrag innerhalb eines „angemessenen“ Zeitraums gestellt werden muß, der keinerlei Anlaß zu der Annahme bietet, daß der Kostengläubiger auf seine Rechte verzichtet hätte²³³ (vgl. oben b). Einen nach mehr als zweieinhalbjähriger Unterbrechung der Kostenverhandlungen gestellten Antrag auf Kostenfestsetzung hat der *EuGH* offenbar nur deshalb für zulässig erklärt, weil die Kostenschuldnerin keine Einrede der Verwirkung erhoben hat²³⁴. Um einer Verwirkung vorzubeugen dürfte es genügen, so bald wie möglich einen Antrag auf Kostenfestsetzung zu stellen und die detaillierte Aufstellung dieser Kosten nachzureichen²³⁵.

Zuständig ist die mit der Hauptsache befaßte Kammer. In Verfahren vor dem *EuGH* wird der Generalanwalt gehört. Die Gemeinschaftsrichter entscheiden ohne mündliche Verhandlung. Ein Kostenerstattungsanspruch aus einem Prozeß vor einem nationalen Gericht, der u. a. die Rechtmäßigkeit einer Verordnung zum Gegenstand hatte, die danach im Verfahren gem. Art. 177 EGV vor dem *EuGH* für nichtig erklärt wurde, ist ausschließlich vor den nationalen Gerichten nach nationalem Recht geltend zu machen. Eine Schadensersatzklage vor dem *EuG*, mit der von der Gemeinschaft Prozeßkosten eingefordert werden, die dem Kläger im Rahmen des nationalen Verfahrens nicht erstattet wurden, ist unzulässig²³⁶.

Auch im Kostenfestsetzungsverfahren setzen die Gemeinschaftsgerichte Fristen, so daß ein nach Fristablauf eingereichter Schriftsatz nicht mehr berücksichtigt wird²³⁷.

Die Gemeinschaftsgerichte befinden nicht über die von den Parteien ihren eigenen Anwälten geschuldeten Vergütungen, sondern bestimmen den Betrag, bis zu dem die Erstattung dieser Vergütungen von der zur Tragung der Kosten verurteilten Partei verlangt werden kann²³⁸. Sie sind dabei weder an Gebührenvereinbarungen²³⁹ noch an Gebührentabellen gebunden. Der erstattungsfähige Betrag wird pauschal in der Währung des Mitgliedstaates des Kostenschuldners festgesetzt²⁴⁰, zuzüglich der eventuellen Mehrwertsteuer²⁴¹.

Die Gemeinschaftsgerichte entscheiden durch Beschluß, der keine Kostenentscheidung enthält, auch nicht im Falle einer Rücknahme des Antrages²⁴². Er ist unanfechtbar²⁴³, kann jedoch Gegenstand eines Auslegungsantrages sein. Die Parteien können für die Zwecke der Zwangsvollstreckung eine vollstreckbare Ausfertigung des Kostenfestsetzungsbeschlusses beantragen. Das Verfahren der Zwangsvollstreckung ist in Art. 192 EGV geregelt²⁴⁴. Die Kosten der Zwangsvollstreckung bezahlt der Kostenschuldner gem. den Maßstäben des Mitgliedstaates in dem die Zwangsvollstreckung stattfindet²⁴⁵. Die eigentliche Zwangsvollstreckung ist Sache der zuständigen nationalen Instanzen.

III. Schlußbemerkungen

Das gravierendste Defizit der gemeinschaftsrechtlichen Kostenfestsetzungspraxis ist wohl ihr Mangel an Transparenz. Viele – zu viele – Kostenfestsetzungsbeschlüsse sind nicht hinreichend mit Gründen versehen; manche lassen gar überhaupt keine Subsumtion erkennen²⁴⁶. Dies gilt vor allem für den *EuGH*²⁴⁷. So erschöpfte sich z. B. sein in der Rechtssache SA Intermills²⁴⁸ ergangener Beschluß²⁴⁹ in folgenden Erwägungen:

Par arrêt du 14 novembre 1984, la Commission, partie défenderesse dans le litige au principal, à été condamnée aux dépens de l'instance, y compris ceux des parties intervenantes.

A défaut d'accord sur le montant des dépens récupérables, la partie requérante au principal et les parties intervenantes, ont, le 14 février 1985, en application de l'article 74, paragraphe 1, du règle-

219) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 4. 2. 1993 – Rs. C-191/86 DEP – Tokyo Electric / Rat.

220) Vgl. z. B. *EuGH*, Beschl. v. 7. 6. 1994 – Rs. C-313/90 DEP – CIRFS/Kommission, in dem die Kommission die während der Verhandlungen gebotenen 38000 DM im Rahmen des Kostenfestsetzungsverfahrens auf ca. 68 000 DM erhöhte.

221) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 573 Tz. 22 – PPG Industries Glass / Kommission.

222) Die Gemeinschaftsgerichte können die Erstattung davon abhängig machen, daß der Kl. Existenz und Umfang dieser Aufwendungen nachweist; vgl. *EuGH*, Beschl. v. 22. 5. 1987 – Rs. 150/84, Bernardi.

223) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 9. 11. 1995 – Rs. C-89/95 – Ahlström Osakeyhtio u. a./Kommission sowie *EuG*, Beschl. v. 8. 11. 1996 – Rs. T-120/89 (92) – Stahlwerke Peine-Salzgitter AG / Kommission.

224) Vgl. *EuGH*, Slg. I 1994, 5431 Tz. 9 – SFEI u. a. / Kommission.

225) Vgl. *EuGH*, Slg. 1967, 151 – Simet / Hohe Behörde; vgl. ferner *EuGH*, Slg. 1968, 389 – Acciaiere San Michele / Hohe Behörde.

226) Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1975, 495 – Europemballage Corporation u. Continental Can / Kommission, in dem der Kostenschuldner eine Summe zahlte, die der Kostengläubiger ablehnte, weil er der Ansicht war, daß ihm mehr zustünde.

227) Reagiert ein Kostenschuldner 14 Monate lang nicht auf eine Zahlungsaufforderung des Kostengläubigers, so fehlt es deshalb noch nicht an einer Streitigkeit, vgl. hierzu *EuG*, Beschl. v. 17. 4. 1996 – Rs. T-2/93(92) – Air France / Kommission.

228) Vgl. *EuGH*, Slg. 1985, 1381 Tz. 11 – Hansen-Meyer / WSA.

229) Vgl. *EuG*, Slg. II 1993, 837 Tz. 5 – Blackman / Europäisches Parlament.

230) Vgl. *EuGH*, Slg. 1967, 151 – SIMET / Hohe Behörde.

231) Vgl. z. B. *EuGH*, Beschl. v. 13. 3. 1989 – Rs. C-148/87 – Fryden-dahl Pedersen A/S / Kommission.

232) Vgl. *Rengeling/Middeke/Gellermann* (o. Fußn. 4), S. 412.

233) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 – Ciara / Fediol; *EuGH*, Slg. 1979, 2131 Tz. 1 – Dietz / Kommission.

234) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 – Ciara / Fediol; ebenso *EuGH*, Beschl. v. 22. 4. 1986 – Rs. C-264/81 – SpA COSTA / Kommission.

235) Vgl. *Lasok* (o. Fußn. 111), S. 465.

236) Vgl. *EuG*, *EuZW* 1996, 405 – Detlef Nölle/Rat u. Kommission.

237) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1988 – Rs. 321/85 – Schwiering / Rechnungshof.

238) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 Tz. 10 – British Aerospace / Kommission.

239) So z. B. *EuGH*, Beschl. v. 15. 6. 1992 – Rs. C-187/85 DEP – Ciara / Fediol.

240) Vgl. *EuGH*, Slg. 1975, 495 – Europemballage u. Continental Can / Kommission.

241) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. II 1992, 153 Tz. 14 – Tagaras / Gerichtshof.

242) Vgl. *EuGH*, Slg. 1967, 150 – Simet / Hohe Behörde.

243) Vgl. Art. 74 VerfO des *EuGH* sowie Art. 92 VerfO des *EuG*.

244) Sowie Art. 92 EGKSV und Art. 164 EAGV.

245) Vgl. Art. 71 VerfO des *EuGH* sowie Art. 89 VerfO des *EuG*.

246) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1975, 495 – Europemballage u. Continental Can / Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 5423 Tz. 15 – British Aerospace / Kommission; *EuGH*, Slg. I 1994, 5431 Tz. 14 – SFEI u. a. / Kommission.

247) Das *EuG* hingegen ist sichtlich bemüht, seine Beschlüsse zu begründen.

248) Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 20. 5. 1985 – Rs. C-323/82 – Intermills / Kommission.

249) Praktisch wortgleich sind z. B. *EuGH*, Beschl. v. 29. 3. 1984 – Rs. 210/81 – Schmidt / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 22. 3. 1984 – Rs. 6/83 – Mattar-Pankert / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 26. 9. 1985 – Rs. 74/85 – Remy / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 22. 4. 1986 – Rs. 264/81 – SpA COSTA / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 12. 6. 1986 – Rs. 228 u. 229/82 – Ford / Kommission; *EuGH*, Beschl. v. 19. 11. 1987 – Rs. 282/85 – CIRFS / Kommission.

ment de procédure, demandé à la Cour, de statuer et de fixer leurs dépens récupérables à un montant de 2 143 039 FB.

La Commission a présenté ses observations sur cette demande le 18 mars 1985. Aux termes de l'article 73, alinéa b), du règlement de procédure, sont considérés comme dépens récupérables les frais indispensables exposés par les parties aux fins de la procédure, notamment les frais de déplacement et de séjour et la rémunération d'un agent, conseil ou avocat.

La Cour n'est pas appelée à taxer les honoraires dus par les parties à leurs propres avocats et conseils mais à déterminer le montant à concurrence duquel ces rémunérations peuvent être récupérées contre la partie condamnée aux dépens.

La Cour apprécie librement le caractère récupérable des dépens selon les données de l'espèce, en tenant compte de l'objet, de la nature et de la difficulté du litige, de son importance sous l'angle du droit communautaire, de l'ampleur du travail que la procédure contentieuse a pu causer aux avocats et conseils et des intérêts économiques que le litige a représenté pour les parties.

Dans les circonstances de l'espèce, et compte tenu des critères précités, il sera fait une juste appréciation de l'ensemble des dépens récupérables en les fixant à 750 000 FB. . . .

Daß die Gemeinschaftsrichter bei der Kostenfestsetzung die Gegebenheiten des Einzelfalles „frei zu würdigen“ haben²⁵⁰, entbindet sie gewiß nicht von ihrer Verpflichtung, jeden Beschluß hinreichend mit Gründen zu versehen. Die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte wird nämlich, wie z. B. *Everling*²⁵¹ treffend feststellt, von der betroffenen Öffentlichkeit daran gemessen, ob sie „richtige“, als gerecht empfundene Lösungen für die entschiedenen Rechtsfragen bringt. Denn „Recht gilt noch nicht allein dadurch, daß entsprechend beauftragte Institutionen mit dem Anspruch auf Befolgung Recht setzen oder sprechen. Es bedarf zur Geltung in der sozialen Wirklichkeit der Akzeptanz durch die Rechtsgenossen“²⁵². Dies gilt auch und vor allem in den scheinbar sekundären Rechtsmaterien wie dem Kostenfestsetzungsrecht.

250) Vgl. *EuG*, Slg. II 1995, 2057 Tz. 24 – Peugeot / Kommission.

251) *Everling*, *EuR* 1994, 127 (128).

252) *Everling*, *EuR* 1994, 127 (131).

Gemeinschaftsrechtliche Unzulässigkeit einstweiliger Regulationsanordnungen gem. § 123 I VwGO im mitgliedstaatlichen Vollzug einer Gemeinsamen Marktorganisation?

Von Professor Dr. Christian Koenig LL. M., Marburg

In seiner Vorabentscheidung vom 26. 11. 1996 betreffend Härtefälle in der Gemeinsamen Marktorganisation für Bananen (EuZW 1997, 61 – T. Port) spricht der EuGH den nationalen Verwaltungsgerichten die „Zuständigkeit“ ab, über streitbefangene Rechte von Marktteilnehmern in Bezug auf eine EG-Verordnung einstweilige Regulationsanordnungen im vorläufigen Rechtsschutz zu treffen, solange nicht die Kommission Härtefallregelungen erläßt. Die folgende Kritik skizziert die angreifbaren Prämissen des Urteils, auf deren Grundlage der EuGH die Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Gerichte für vorläufige Regulationsanordnungen gegenüber innerstaatlichen Vollzugsbe-

hörden im Bereich Gemeinsamer Marktorganisationen einschneidend beschränkt. Dies kann in Härtefällen den effektiven Rechtsschutz verkürzen, solange das EG-Prozessrecht nur die – auf Feststellung beschränkte – Untätigkeitsklage (Art. 175 EGV) und im einstweiligen Rechtsschutz (Art. 186 EGV) keine Regelungsanordnung mit vorläufiger Verpflichtungswirkung bereithält.

I. Das Urteil des EuGH

Der *EuGH*¹ beantwortet die ihm vom *VGH Kassel*² vorgelegte dritte Frage – auf Konfrontationskurs mit dem *BVerfG*³ – wie folgt: „Nach dem EG-Vertrag sind die nationalen Gerichte nicht befugt, im Rahmen eines Verfahrens zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vorläufige Maßnahmen zu erlassen, bis die Kommission nach Art. 30 Verordnung (EWG) Nr. 404/93 einen Rechtsakt zur Regelung der bei den Marktbeteiligten vorliegenden Härtefälle erlassen hat.“ (Tenor) In dem Verwaltungsstreitverfahren zwischen der T. Port GmbH & Co. KG (Klägerin) und der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) begehrte die Klägerin eine einstweilige Regulationsanordnung nach § 123 I VwGO gegenüber der BLE (nicht der Kommission) auf vorläufige Erteilung eines höheren Importkontingents.

Während der *EuGH* in seinen Süderdithmarschen⁴- und Atlanta-Entscheidungen⁵ die vorläufige Vollzugsaussetzung seitens mitgliedstaatlicher Gerichte lediglich „einheitlichen Regeln“ zur Sicherung der praktisch wirksamen und gleichförmigen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unterwirft⁶, verwehrt der *EuGH* den nationalen Gerichten in der Bananenmarktordnungs-Entscheidung die Befugnis für vorläufige Regulationsanordnungen über streitbefangene Rechte in Bezug auf eine EG-Verordnung. Solange nicht das zuständige Gemeinschaftsorgan, hier die Kommission, Härtefallregelungen in Änderung oder Ergänzung der Bananenmarkt-Verordnung erlassen habe, fehle den mitgliedstaatlichen Gerichten die Zuständigkeit, einer Gemeinschaftsregelung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren vorzugreifen. Für die Kontrolle der Untätigkeit (Art. 175 EGV) bis zum Erlass von gemeinschaftsrechtlichen Härtefallregelungen sei allein der *EuGH* bzw. das *EuG* zuständig und folglich auch ausschließlich befugt, vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren (Art. 186 EGV)⁷. Der *EuGH* argumentiert insoweit hypothetisch, als der vorläufige Rechtsschutz nach Art. 186 EGV akzessorisch die Rechtshängigkeit einer gemeinschaftsgerichtlichen Klage in der Hauptsache voraussetzt⁸, die Klägerin aber gar keine (Individual-)Untätigkeitsklage nach Art. 175 III EGV zum *EuG* erhoben hatte. Der *EuGH* geht in seiner Begründung nicht näher auf den von Generalanwalt *Elmer*⁹ herausgearbeiteten Gesichtspunkt ein, daß der vorläufige Rechtsschutz nach Art. 186 EGV über den Fest-

1) *EuGH*, *EuZW* 1997, 61 – T. Port GmbH & Co. KG/Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung.

2) *VGH Kassel*, *EuZW* 1995, 222.

3) Nach dem am 25. 1. 1995 in der gleichen Sache ergangenen Beschluß des *BVerfG* erfordert gerade Art. 19 IV GG i. V. mit Art. 14 I GG gegebenenfalls den Erlass einer vorläufigen Regulationsanordnung zur Abwendung eines den effektiven Rechtsschutz in der Hauptsache vereitelnden Konkurses (*EuZW* 1995, 126 = *JZ* 1995, 352 m. Anm. *Rupp*).

4) *EuGH*, Slg. I 1991, 415 (436 ff.) = *EuZW* 1991, 313 – Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG u. a. / Hauptzollämter Itzehoe u. Paderborn.

5) *EuGH*, Slg. I 1995, 3761 = *EuZW* 1995, 837 = *NJW* 1996, 1333 – Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH / Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft; dazu Anm. *Burmeister*, *EuZW* 1995, 840.

6) *Koenig/Sander*, Einführung in das EG-Prozessrecht, 1997, Rdnr. 35.

7) *EuGH*, *EuZW* 1997, 61 Tz. 53 u. 60 – T. Port.

8) *Koenig/Sander* (o. Fußn. 6), Rdnr. 511.

9) Schlußanträge von Generalanwalt *Elmer*, Tz. 48 ff.

Aufsätze und Berichte

Stolpersteine des Vorabentscheidungsverfahrens

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, Brüssel/Hamburg*

Der „Geist der Zusammenarbeit“ muss den Ablauf des Vorabentscheidungsverfahrens bestimmen. So will es eine oft beschworene Devise des Gerichtshofs. In der Praxis jedoch tun sich die nationalen Gerichte nicht immer leicht, die verschiedenen Facetten der Arbeitsteilung mit dem EuGH genau zu erkennen. Dies bewirkt allerlei Reibungsverluste, – nicht selten in Gestalt von Unzulässigkeitsbeschlüssen –, die das für die europäische Integration so wichtige Instrument des Vorabentscheidungsverfahrens unnötig schwächen. Der nachfolgende Beitrag beschreibt die wichtigsten Fehlerquellen anhand der Rechtsprechung der letzten vier Jahre.

I. Einleitung

Das Vorabentscheidungsverfahren¹ (vgl. Art. 234 EG, bisher Art. 177 EGV)², ermöglicht es den mitgliedstaatlichen Gerichten sich vom Europäischen Gerichtshof diejenigen Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben zu lassen, die sie für den jeweils anhängigen nationalen Rechtsstreit benötigen³. Ferner können sie im Wege dieses Verfahrens die Gültigkeit einer Gemeinschaftsnorm prüfen lassen. Diese Verfahrensart hat, wie kaum eine andere, zur Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts beigetragen. Auf diesem Wege wurden so fundamentale Grundsätze wie der Vorrang des Gemeinschaftsrechts⁴, die unmittelbare Wirkung⁵, der Schutz der Grundrechte⁶ und, last but not least, die mitgliedstaatliche Haftung wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht⁷ geschaffen. Angesichts des stetig wachsenden primären⁸ und vor allem sekundären Gemeinschaftsrechts wird die Bedeutung des Vorabentscheidungsverfahrens gewiss nicht abnehmen⁹, zumal angesichts der kommenden Erweiterung der Europäischen Union.

Das Vorabentscheidungsverfahren ist keine Klageart im klassischen Sinne, sondern ein Konsultationsverfahren, das die „prozessuale Nahtstelle zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht“¹⁰ bildet. Zentrales Prinzip ist die strikte Arbeitsteilung zwischen EuGH und dem jeweiligen nationalen Gericht¹¹, die nicht durch eine „hierarchische Über- und Unterordnung“¹² geprägt ist, dafür jedoch um so mehr einen „Geist der Zusammenarbeit“¹³ voraussetzt. In diesem Rahmen besteht die primäre Aufgabe des Gerichtshofs darin, dem jeweiligen nationalen Gericht sachdienliche Antworten zu geben, und dadurch zugleich eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten¹⁴. Darüber hinaus dient das Vorabentscheidungsverfahren dem EuGH aber auch zur Fortentwicklung des Gemeinschaftsrechts¹⁵.

Demgegenüber besteht die Rolle des nationalen Richters, vereinfacht gesagt, darin, die gemeinschaftsrechtlichen Fragen des Ausgangsfalles zu identifizieren und sodann dem Gerichtshof die entsprechenden tatsächlichen und rechtlichen Angaben an die Hand geben, um auf die Vor-

lagefrage(n) in möglichst hilfreicher Weise antworten zu können. Die erste Hürde des für viele Richter aber auch manche Rechtsanwälte „exotisch“ wirkenden Vorabentscheidungsverfahrens besteht jedoch darin, dass jedes Vorabentscheidungsersuchen bestimmten Zulässigkeitskriterien¹⁶ genügen muss¹⁷, die in erster Linie in der Judikatur, und nur sehr bedingt in den Verfahrensvorschriften¹⁸ definiert sind.

II. Zulässigkeitsvoraussetzungen des Vorabentscheidungsverfahrens

1. „Gericht eines Mitgliedstaates“

Gem. Art. 234 II und III EG ist jedes „Gericht eines Mitgliedstaats“ bzw. „einzelstaatliche Gericht“ zu einer Vorlage berechtigt bzw. ggf. verpflichtet¹⁹. Unter diesem ge-

* Der Autor ist Partner in der Kanzlei Kemmler, Rapp, Böhlke & Crosby, Brüssel

1) Vgl. hierzu z. B. Gündisch, Rechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1994; Dausies, in: Dausies, Handbuch des EU-WirtschaftsR, 1999, Bd. 2, Kap. P. II; Rengeling/Middeke/Gellermann, Rechtsschutz in der EU, 1994 S. 187 ff.; Krück, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Komm. z. EUV/EGV, 5. Aufl. (1997), Art. 177, Rdnrn. 1 ff.

2) Vgl. auch den weitgehend übereinstimmenden Art. 150 EAGV, sowie den ähnlichen Art. 41 EGKSV.

3) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1998, I-3101 (3107) Rdnr. 10 – Nour.

4) Vgl. EuGH, Slg. 1964, 1251 = NJW 1964, 2371 – Costa/Enel.

5) Vgl. EuGH, Slg. 1963, 1 = NJW 1963, 974 – Van Gend en Loos.

6) Vgl. EuGH, Slg. 1969, 419 = NJW 1970, 1016 – Stauder; EuGH, Slg. 1970, 1125 = NJW 1971, 343 – Internationale Handelsgesellschaft mbH.

7) Vgl. EuGH, Slg. 1991, I-5357 = EuZW 1991, 758 = NJW 1992, 165 – Francovich.

8) Vgl. den durch den Vertrag von Amsterdam neu eingeführten Art. 35 EU, der die Möglichkeit der Vorlage von Vorabentscheidungsfragen regelt, die im Zusammenhang mit den Bestimmungen über die EU-Zusammenarbeit von Polizei und Justiz in Strafsachen steht.

9) Vorabentscheidungsersuchen sind die mit Abstand häufigste Verfahrensart. Anhängig waren: 1995: 251 (gesamt: 415); 1996: 256 (gesamt: 423); 1997: 239 (gesamt: 445); 1998: 264 (gesamt: 485); Quelle: Tätigkeitsberichte des EuGH.

10) Dausies, in: Festschr. für Everling, Bd. I, 1995, S. 223.

11) So bereits EuGH, Slg. 1965, XI-3 (8) – Albatros GmbH.

12) Rengeling/Middeke/Gellermann, (o. Fußn. 1), S. 190.

13) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1981, 3045 – Foglia/Novello (II).

14) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1997, I-6013 (6043) Rdnr. 23 = EuZW 1998, 22 – Parfums Christian Dior.

15) Vgl. Rengeling/Middeke/Gellermann (o. Fußn. 1), S. 189.

16) Vgl. hierzu aus der englischsprachigen Literatur Barnard/Sharpston, Common Market Law Review, 1997, S. 1113 ff.; sowie O'Keefe, European Law Review, 1998, S. 509 ff.

17) Zwischen 1990 und 1997 erklärte der EuGH insgesamt 20 Vorlageverfahren für unzulässig; vgl. Nachweise bei Barnard/Sharpston, (o. Fußn. 16), S. 1126, Fußn. 67.

18) Vgl. zum Gemeinschaftsrecht Art. 234 EG, Art. 20 der Satzung des EuGH i. d. F. der Satzung vom 22. 12. 1994, ABIEG Nr. L 379 v. 31. 12. 1994, S. 1 sowie Art. 103 und 104 VerFO; kodifizierte Fassung veröffentlicht in ABIEG Nr. C 65 v. 6. 3. 1999, S. 1 ff.

19) Vgl. hierzu insbesondere Dausies, Vorabentscheidungsverfahren vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, 1994, S. 11 ff. Siehe speziell zum Prinzip des „acte claire“: EuGH, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 – CILFIT.

meinschaftsrechtlichen Begriff versteht der *Gerichtshof* ein Organ, das in völliger Unabhängigkeit im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden hat, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt²⁰. Zu berücksichtigende Kriterien sind z. B. die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, deren ständiger Charakter und Unabhängigkeit und ob es sich um eine obligatorische Gerichtsbarkeit, sowie ein Streitiges Verfahren handelt²¹.

„Gerichte im Sinne des Art. 234 II und III EG²² sind demnach z. B. der *Präsident eines italienischen Gerichts* im Rahmen eines Mahnverfahrens nach der italienischen Zivilprozessordnung²³, der *Benelux-Gerichtshof*²⁴, der italienische *Consiglio di Stato*, wenn er in einem Verwaltungsrechtsstreit als Rechtsmittelinstanz entscheidet, bzw. über eine außerordentliche Beschwerde eine Stellungnahme abgibt²⁵, der für öffentliches Auftragswesen zuständige österreichische *Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes*²⁶, das *Tiroler Landesvergabeamt*²⁷, sowie der *Unabhängige Verwaltungssenat Kärnten*²⁸ und schließlich eine Rechtsbehelfsinstanz für landwirtschaftliche Beihilfesachen wie der finnische *Masseuuelinkeinojen valituslautakunta*²⁹.

Nicht vorlageberechtigt sind hingegen z. B. die italienische *Procura della Repubblica*, da sie ggf. als Prozesspartei eine Strafklage erhebt, nicht aber ein Verfahren entscheidet³⁰; der belgische *Directeur régional des contributions directes*, weil er Teil der Finanzverwaltung ist³¹; ein italienisches *Tribunale civile et penale*, wenn es in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Genehmigung einer Gesellschaftssatzung entscheidet³², wie auch der schwedische *Skatterättsnämnde*, da er im Wesentlichen eine Verwaltungstätigkeit ausübt³³.

Die „Gerichte“ im Sinne dieser Definition verfügen über ein Vorlagemonopol. So sind z. B. die am Ausgangsverfahren beteiligten Parteien³⁴ – deren erste Aufgabe darin besteht, das nationale Gericht ggf. von der Notwendigkeit und dem einschlägigen Inhalt einer Vorlage zu überzeugen – nicht befugt, den *Gerichtshof* anzurufen³⁵. Sie haben lediglich das Recht, in dem durch das vorliegende Gericht abgesteckten Rahmen vor dem *EuGH* schriftliche bzw. ggf. mündliche Stellungnahmen abzugeben³⁶. Ebenso wenig dürfen die Prozessparteien unter Berufung auf Art. 40 Satzung *EuGH* bzw. Art. 102 VerfO die Auslegung eines gemäß Art. 234 EG ergangenen Urteils beantragen, oder, gestützt auf Art. 41 Satzung *EuGH* bzw. Art. 98 bis 100 VerfO, den *EuGH* um Wiederaufnahme eines abgeschlossenen Vorabentscheidungsverfahrens ersuchen. Nur das nationale Gericht, an das ein solches Urteil gerichtet ist, könnte dem *Gerichtshof* ggf. neue Gesichtspunkte unterbreiten, die ihn dazu veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage erneut bzw. abweichend zu beantworten³⁷. Dritte, d. h. natürliche bzw. juristische Personen, die am Ausgangsverfahren nicht beteiligt sind, haben keine Möglichkeit einem Vorabentscheidungsverfahren beizutreten, da Art. 234 EG kein Streitverfahren eröffnet³⁸.

2. Kompetenzverteilung zwischen *EuGH* und nationalem Gericht

Um beurteilen zu können, ob und ggf. mit welchen Fragen es den *Gerichtshof* anruft, muss das nationale Gericht eine präzise Vorstellung haben, wofür der *EuGH* im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens zuständig ist, und wofür nicht. Zu den wichtigsten Kompetenzen des *Gerichtshofs* zählen (vgl. Art. 234 I lit. a und b EG) die Auslegung des EG-Vertrages und, wenn auch in sehr begrenztem Umfang, des EU-Vertrages³⁹, sowie die Entscheidung über die Gültigkeit⁴⁰ bzw. die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft⁴¹. Die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts – der in der Praxis häufigste Fall – besteht darin, dass der *EuGH* die Bedeutung und Tragweite dieser Vorschrift, so wie diese seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre, erforderlichenfalls erläutert und verdeutlicht⁴². Diese Auslegungskompetenz ist

umfassend. So ist der *Gerichtshof* z. B. auch befugt, dem nationalen Gericht die Kriterien des Gemeinschaftsrechts aufzuzeigen, die zur Lösung der Zuständigkeitsfrage, die sich diesem Gericht stellt, beitragen können⁴³. In Anwendung dieser Rechtsprechung hat der *Gerichtshof* wiederholt seine Zuständigkeit für die Entscheidung über Vorabentscheidungsersuchen bejaht, die Gemeinschaftsvorschriften in Fällen betreffen, in denen der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht unter das Gemeinschaftsrecht fiel, aber die genannten Vorschriften entweder durch das nationale Recht oder aufgrund bloßer Vertragsbestimmungen für anwendbar erklärt worden waren⁴⁴. Schließlich ist der *EuGH* gemäß Art. 234 selbst dann für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig, wenn dieses den fraglichen Sachverhalt nicht unmittelbar regelt, aber der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der Bestimmungen einer Richtlinie in nationales Recht beschlossen hat, rein innerstaatliche Sachverhalte und Sachverhalte, die unter die Richtlinie fallen, gleichzubehandeln, und seine innerstaatlichen Rechtsvorschriften deshalb an das Gemeinschaftsrecht angepasst werden⁴⁵.

20) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1997, I-4961 (4992) Rdnr. 23 = *EuZW* 1997, 625 – Dorsch Consult, sowie *EuGH*, Slg. 1996, I-6609 (6635) Rdnr. 18 = *EuZW* 1997, 506 – Strafverfahren gegen X.

21) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, 6267 (6297) Rdnr. 18 – Jokela und Pitkäranta; *EuGH*, Slg. 1997, I-5603 (5628) Rdnr. 19 – Garofalo U. A.

22) Einen Überblick über die ältere Rechtsprechung geben *Barnard/Sharpston*, (o. Fußn. 16), S. 1113 (1134) Fußn. 109.

23) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-3949 (3990) Rdnr. 23 – Corsica Ferries France.

24) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-6013 (6042) Rdnr. 19 = *EuZW* 1998, 22 – Parfums Christian Dior.

25) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-5603, 5628 Rdnr. 17 – Garofalo U. A.

26) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1997, I-4961, 4992 Rdnr. 23 = *EuZW* 1997, 625 – Dorsch Consult.

27) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4. 2. 1999, Rs. C-103/97 – Köllensberger/Gemeindeverband Bezirkskrankenhaus Schwaz (Quelle: Tätigkeiten des *EuGH* und *EuG* Nr. 3/99).

28) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4. 3. 1999, Rs. C-258/97 = *EuZW* 1999, 320 L HI/Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft (Quelle: Tätigkeiten *EuGH* und *EuG*, Nr. 6/99).

29) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-6267 (6298) Rdnr. 24 – Jokela und Pitkäranta.

30) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-6267 (6298) Rdnr. 24 – Jokela und Pitkäranta.

31) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-4599 (4622) Rdnr. 17 = *EuZW* 1996, 636 – Peterbroeck.

32) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-3361 (3387) Rdnr. 11 = *EuZW* 1996, 47 – Job Centre.

33) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-7023 (7050 ff.) – Victoria Film.

34) „Beteiligte Parteien“ sind nur diejenigen Personen, die diese Eigenschaft im Verfahren vor dem nationalen Gericht haben; vgl. Art. 20 I und II Satzung *EuGH* sowie *EuGH*, Slg. 1996, 717 (721) Rdnr. 6 – Biogen.

35) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-5141 (5165) Rdnr. 23 – Kainuun Liikenne und Pohjolan Liikenne.

36) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-1889 (1894) Rdnr. 8 – Reisebüro Binder.

37) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, 1889 (1894) Rdnrn. 7–9 – Reisebüro Binder.

38) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, 717 (721) Rdnr. 5 – Biogen.

39) Gemäß Art. 46 (ex-Art. L) des EU-Vertrages kann ein nationales Gericht Art. 234 EG nur für ganz bestimmte Vorschriften des EU-Vertrages anwenden, so z. B. nicht für Art. 2 (ex-Art. B); vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1995, I-1023 (1027) Rdnr. 6 – Grau Gomis u. a.

40) Die in der Praxis vergleichsweise seltene Gültigkeitsprüfung erfolgt nach den gleichen Maßstäben wie den in Art. 230 (ex Art. 173) genannten Rechtsmängeln.

41) Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Handlungen unmittelbar anwendbar sind oder nicht. Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1997, I-4025 (4045) Rdnr. 21 = *EuZW* 1997, 538 – Palmisani.

42) Std. Rspr. vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-2229 (2264) Rdnr. 42 = *EuZW* 1995, 707 – Roders u. a.

43) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-6307 (6331) Rdnr. 15 m. w. Nachw. = *EuZW* 1998, 719 – IN.CO.GE'90 u. a.

44) *EuGH*, Slg. 1998, I-8095 (8121) Rdnr. 14 m. w. Nachw. – Schoonbroodt.

45) *EuGH*, Slg. 1997, I-4161 (4202) Rdnr. 34 = *EuZW* 1997, 658 – Leur-Bloem.

Mitunter stehen nationale Gerichte vor der Frage, was alles unter den Begriff „Gemeinschaftsrecht“ fällt. Hierzu zählt z. B. auch die Vorschrift des Art. 50 des TRIPS-Abkommens, das von der Gemeinschaft für ihren Zuständigkeitsbereich ratifiziert worden ist⁴⁶. Unzuständig ist der *EuGH* hingegen für die Auslegung eines von mehreren Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrages, an dem die Gemeinschaft nicht beteiligt ist, selbst wenn dessen Abschluss in einer Richtlinie vorgesehen ist⁴⁷. Das gleiche gilt hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs durch Verfahrensvorschriften, die auf eine nicht in den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallende nationale Regelung anwendbar sind⁴⁸. Der *EuGH* ist ferner dann nicht für eine Auslegung zuständig, wenn das vorliegende Gericht kraft einer nationalen Vorschrift letztlich frei entscheiden kann, ob die Auslegung des *EuGH* für das vorliegende Gericht verbindlich ist⁴⁹. Der *EuGH* ist auch nicht für die Auslegung des EWR-Abkommens im Hinblick auf seine Anwendung in den EWR-Staaten zuständig⁵⁰, oder für die Beurteilung der Gültigkeit einer Verordnung im Hinblick auf Regeln des Völkergewohnheitsrechts⁵¹.

Für alles andere bleibt das vorliegende Gericht zuständig. So ist es ausschließlich seine Sache, die dem Ausgangsrechtsstreit zugrunde liegenden Tatsachen festzustellen⁵², bzw. in tatsächlicher Hinsicht zu bewerten. Gerade Letzteres wird des Öfteren verkannt. So fragte z. B. ein nationales Gericht in einem Markenrechtsfall den *EuGH* u. a., ob bei den jeweils für Schuhwaren verwendeten Bezeichnungen „Lloyd“ und „Loint's“ für den Verbraucher eine Verwechslungsgefahr bestehe⁵³. Ebenso ist es Sache des vorliegenden Gerichts festzustellen, ob die eingetragene Marke „Cambozola“ eine „Anspielung“ auf die eingetragene Ursprungsbezeichnung „Gorgonzola“ ist⁵⁴. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Befugnis des *EuGH* im Rahmen der Gültigkeitsprüfung eines Gemeinschaftsrechtsakts bestimmte Tatsachen zu überprüfen, die die Sphäre des Gemeinschaftsgesetzgebers betreffen, z. B. ob die Kommission einen bestimmten Ausschuss angehört hat, oder nicht⁵⁵. Ebenso bleibt allein das nationale Gericht dazu aufgerufen, ggf. die nationale Rechtsprechung bzw. mitgliedstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften⁵⁶ auszulegen oder auf deren jeweilige Gültigkeit hin zu prüfen. In letzter Konsequenz bleibt es damit den nationalen Instanzen vorbehalten, ein zwecks Umsetzung einer Richtlinie erlassenes Gesetz unter voller Ausschöpfung des Spielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden⁵⁷. Besonders häufig wird verkannt, dass allein das vorliegende Gericht darüber zu befinden hat, ob eine nationale Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist⁵⁸. Der *EuGH* darf zwar eine entsprechend formulierte Vorlagefrage nicht beantworten, ist aber nicht gehindert, dem nationalen Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die es diesem ermöglichen, diese Frage zu beurteilen⁵⁹. Nach Abschluss des Vorabentscheidungsverfahrens ist allein das vorliegende Gericht dafür zuständig, das vom *EuGH* ausgelegte Gemeinschaftsrecht auf den jeweiligen Einzelfall anzuwenden⁶⁰.

3. Der nationale Richter als „Souverän“ seines Vorabentscheidungsersuchens

Das nationale Gericht entscheidet, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache, in eigener Regie über die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung⁶¹, deren Zeitpunkt⁶² sowie die Erheblichkeit⁶³ der dem *Gerichtshof* vorgelegten Frage(n). Denn allein der

nationale Richter verfügt über eine unmittelbare Kenntnis des Sachverhalts⁶⁴, und trägt die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung⁶⁵. Folglich entscheidet der *Gerichtshof* grundsätzlich ohne Prüfung der Umstände, die die nationalen Gerichte veranlasst haben, ihm die Fragen vorzulegen, und unter denen sie die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, um deren Auslegung sie ihn ersucht haben, anzuwenden beabsichtigen⁶⁶. Fazit: Wenn die von den nationalen Gerichten gestellten Fragen die Auslegung einer Bestimmung des Gemeinschaftsrechts betreffen, ist der *Gerichtshof* grundsätzlich gehalten, darüber zu befinden⁶⁷.

Indes kann der *EuGH* ein Vorabentscheidungsersuchen zurückweisen, wenn offensichtlich kein Zusammenhang zwischen der erbetenen Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw. Prüfung der Gültigkeit einer Vorschrift und der Realität⁶⁸ oder dem Gegenstand⁶⁹ des Ausgangsrechtsstreits besteht. Das Gleiche gilt für völlig allgemeine bzw. hypothetische Fragen⁷⁰ oder wenn die Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, um deren Auslegung der *Gerichtshof* ersucht wird, offensichtlich nicht anwendbar ist⁷¹.

Allerdings ist ein Vorabentscheidungsersuchen, das ein anhängiges Ausgangsverfahren voraussetzt⁷², nicht bereits

46) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-3603 (3648) Rdnr. 31 = *EuZW* 1998, 572 – Hermès.

47) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-7083 (7088) Rdnr. 9 – Hartmann.

48) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-2909 (2919) Rdnr. 13 – Maurin.

49) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-615 (641) Rdnrn. 23–24 – Kleinwort Benson.

50) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 15. 6. 1999, Rs. C-321/97, Andersson u. a./Schwedischer Staat (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

51) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-3655 (3700) Rdnr. 27 = *EuZW* 1998, 694 – Racke.

52) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-7835 (7867) Rdnr. 26 = *EuZW* 1999, 248 – Levez.

53) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 22. 6. 1999 – Rs. C-342/97 – Lloyd Schuhfabrik/Klijns Handel BV.

54) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4. 3. 1999 – Rs. C-87/97 = *EuZW* 1999, 284 – Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola/Käserei Champignon U. A.

55) Vgl. hierzu z. B. *EuGH*, Slg. 1994, I-171 = *EuZW* 1994, 213 – Angelopharm.

56) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, 4631 (4654) Rdnr. 11 – Allain.

57) Vgl. z. B. *EuGH* Slg. 1998, I-2011 (2034) Rdnr. 22 – CNAVTS/Thibault.

58) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-7875 (7899) Rdnr. 19 = *EuZW* 1999, 317 – Ambry; *EuGH*, Slg. 1995, I-511 (516) Rdnr. 6 – Saddik. Diese Frage bildet ggf. den Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens.

59) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-2039 (2049) Rdnr. 22 – Sodiprem u. a.

60) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, 1225 (1244) Rdnr. 12 – Sjöberg.

61) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1999, I-135 (171) Rdnr. 20 = *EuZW* 1999, 212 – Bagnasco u. a.

62) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-3101 (3108) Rdnr. 17 – Nour.

63) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-6795 (6808) Rdnr. 37 – Awoyemi; *EuGH* Slg. 1998, I-3949 (3991) Rdnr. 27 – Corsica Ferries France. *EuGH*, Slg. 1996, 4631, 4654 Rdnr. 13 – Allain.

64) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-179 (214) Rdnr. 10 = *EuZW* 1995, 250 – Leclerc-Siplec.

65) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-1883 (1912) = *EuZW* 1995, 705 – BP Soupergaz.

66) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-3101 (3106) Rdnr. 11 – Nour.

67) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-3603 (3648) Rdnr. 31 = *EuZW* 1998, 572 – Hermès; *EuGH*, Slg. 1996, I-6471 (6503) Rdnr. 22 = *EuZW* 1997, 173 – RTI u. a.

68) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-1149 (1162) Rdnr. 18 – Djabali.

69) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1996, I-6643 (6662) Rdnr. 11 = *EuZW* 1997, 248 – Kontogeorgas, sowie *EuGH*, Slg. 1996, I-6471 (6503) Rdnr. 23 = *EuZW* 1997, 173 – RTI u. a.

70) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-3101 (3106) Rdnr. 12 – Nour; *EuGH*, Slg. 1997, I-4291 (4302) Rdnr. 22 = *EuZW* 1997, 726 – Giloy; *EuGH*, Slg. 1995, I-4921 (5059) Rdnr. 60 = *EuZW* 1996, 82 – Bosman.

71) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-6257 (6279) Rdnr. 16 = *EuZW* 1997, 58 – Reisdorf.

72) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-1567 (1586) Rdnr. 28 = *EuZW* 1995, 619 – Zabala Erasan u. a.

deshalb unzulässig, weil der ihm zugrunde liegende Ausgangsrechtsstreit mit der Absicht provoziert wurde, dem *EuGH* Fragen vorlegen zu lassen, was z. B. bei der *Cassis de Dijon*-Vorlage⁷³ der Fall war⁷⁴. Mit anderen Worten, ein Ausgangsrechtsstreit mag zwar herbeigeführt worden sein, aber durchaus einen echten Rechtsstreit darstellen. Davon zu unterscheiden sind diejenigen Vorlagen, die auf einem Rechtsstreit fußen, der nur vorgibt, ein solcher zu sein, in Wirklichkeit aber unecht ist und als reines Mittel zum Zweck dient, um den *Gerichtshof* zu einer Entscheidung zu verpflichten⁷⁵. Denn die Rechtfertigung des Vorabentscheidungsverfahrens liegt darin, dass das Ersuchen für die tatsächliche Entscheidung eines Rechtsstreits erforderlich ist⁷⁶ und die Antwort des *EuGH* einen Beitrag zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten darstellt⁷⁷. Wer diese Finalität missbraucht, muss mit einem Unzulässigkeitsbeschluss rechnen.

Der *Gerichtshof* hat es z. B. abgelehnt, Fragen zu einem angeblichen Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beantworten, wenn der Rechtsstreit nur eine rein hypothetische Aussicht auf Ausübung der im Vertrag vorgesehenen Freiheiten bietet⁷⁸. Das Gleiche gilt, wenn die im Rahmen eines Strafverfahrens erbetene Auslegung des Gemeinschaftsrechts die Strafverfolgung nicht beeinflussen würde⁷⁹. Schließlich hat der *Gerichtshof* wiederholt entschieden, dass zwar jeder Freiheitsentzug geeignet ist, die Ausübung des Rechts des Betroffenen auf Freizügigkeit zu behindern, jedoch die rein hypothetische Aussicht auf die Ausübung dieses Rechts keinen Bezug zum Gemeinschaftsrecht herstellt, der eng genug wäre, um die Anwendung der Gemeinschaftsbestimmungen zu rechtfertigen⁸⁰.

Anzahl und Inhalt der Vorlagefragen sind, wie bereits hervorgehoben, ebenfalls Sache des nationalen Gerichts. Allerdings genießt der *Gerichtshof* hier einen recht weiten Ermessensspielraum: Im Falle ungenau formulierter Fragen kann er aus allen vom nationalen Gericht gelieferten Angaben und aus den Akten des Ausgangsverfahrens diejenigen Elemente des Gemeinschaftsrechts herausarbeiten, die unter Berücksichtigung des Gegenstands dieses Verfahrens einer Auslegung bedürfen⁸¹. Denn dies liegt im Interesse einer vollständigen und zweckdienlichen Beantwortung des Vorabentscheidungsersuchens⁸². Ebenso ist es ständige Praxis des *EuGH* ggf. die Reihenfolge der Vorlagefragen zu ändern⁸³, wodurch sich ggf. eine Antwort auf die eine oder andere Frage erübrigt, oder auf bestimmte Fragen eine gemeinsame Antwort zu geben. Es bleibt dem *Gerichtshof* ferner unbenommen, im Interesse einer sachdienlichen Antwort die Vorlagefragen im Lichte der tatsächlichen Umstände einzugrenzen, wie sie sich aus den Fragen und aus dem vom vorlegenden Gericht übermittelten Akten ergeben⁸⁴. Wohlgedenkt kann der *Gerichtshof* die gestellten Fragen nur anhand des aus dem Vorlageurteil hervorgehenden Sachverhalts beurteilen. Würde der *EuGH* den Sachverhalt zugrunde legen, der ihm im Laufe des Verfahrens unterbreitet worden ist, so würde hierdurch das Wesen des durch die Vorlagefragen aufgeworfenen Problems verändert. In diesem Fall müsste er nämlich auf der Grundlage eines Sachverhalts, der einer Präzisierung bedürft hätte, um eine sachgerechte Antwort zu ermöglichen, zu einem grundsätzlichen Problem Stellung nehmen, zu dem er sich bisher noch nicht zu äussern brauchte⁸⁵.

Da der *Gerichtshof* im Rahmen des Art. 234 EG befugt ist, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, kann er sich zu diesem Zweck auch veranlasst sehen⁸⁶, Vorschriften des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, auf die das vorlegende Gericht bei der Darlegung seiner Fragen nicht Bezug

genommen hat⁸⁷, oder umgekehrt, z. B. Vorschriften des in der Vorlage angesprochenen Primärrechts außer Acht lassen, wenn das Sekundärrecht diesen Bereich bereits abschließend regelt⁸⁸. Ein nationales Gericht, das in seiner Frage nicht nur auf bestimmte Gemeinschaftsrechtsvorschriften verweist, sondern – als eine Art salvatorische Klausel – auf „jede andere Bestimmung des EG-Vertrags“ verweist, muss damit rechnen, dass der *EuGH* zu diesen „anderen Bestimmungen“ nicht Stellung nimmt⁸⁹. Zu einer materiellen Änderung des Gehalts des Vorabentscheidungsersuchens ist der *EuGH* nicht befugt, da dies mit seiner durch Art. 234 EG übertragenen Rolle, sowie mit seiner Verpflichtung unvereinbar ist, den Regierungen der Mitgliedstaaten und den Verfahrensbeteiligten die Möglichkeit zu verschaffen, gemäß Art. 20 der Satzung Erklärungen abzugeben⁹⁰.

Schließlich ist zu beachten, dass der *Gerichtshof* an ein Vorabentscheidungsersuchen gebunden bleibt, solange es nicht aufgrund eines im nationalen Recht eventuell vorgesehenen Rechtsbehelfs aufgehoben worden ist⁹¹, oder vom nationalen Richter zurückgezogen wurde⁹². Allerdings kann der *Gerichtshof* das vorlegende Gericht z. B. fragen⁹³, ob es an einem Vorlageverfahren im Lichte eines bestimmten Urteils festhält⁹⁴. Im übrigen können die Vorlagefragen nicht deshalb als mittlerweile gegenstandslos angesehen

73) Vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 649 ff. = NJW 1979, 1766 – Rewe.

74) Dies ist z. B. den Rs. *Banchemo I* und *II* (vgl. *EuGH*, Slg. 1993, I-1085 und *EuGH*, Slg. 1995, I-4663 = *EuZW* 1996, 437) geradezu auf die Stirn geschrieben.

75) Vgl. insbesondere *EuGH*, Slg. 1980, 745 (760) Rdnr. 11 = NJW 1980, 2640 – *Foglia/Novello (I)*. Dies war die allererste Rechtssache, in der sich der *Gerichtshof* für unzuständig erklärt hat. Vgl. ferner *EuGH*, Slg. 1981, 3045 ff. – *Foglia/Novello (II)*.

76) *EuGH*, Slg. 1998, I-1149 (1162) Rdnr. 19 – *Djabali*.

77) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1997, I-6619 (6645) Rdnr. 41 – *Somalfruit und Camar*.

78) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-3101 (3108) Rdnr. 19 – *Nour*.

79) Vgl. *EuGH* Slg. 1998, 2181 (2189) Rdnr. 17 – *Testa u. Modesti*.

80) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-2629 (2645) Rdnr. 16 – *Krenzwow*.

81) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1996, I-4705 (4724) Rdnr. 21 = *EuZW* 1997, 318 – *Arcaro*. Vgl. aber *EuGH* Slg. 1995, 5085 (5087) Rdnr. 6 – *Max Mara*, wo der *EuGH* feststellt, dass der Vorlagebeschluss keine klaren Fragen enthält.

82) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-913 (931) Rdnr. 19 = *EuZW* 1995, 652 – *Flip und Verdegem*.

83) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1996, I-4345 (4368) Rdnr. 11 = *EuZW* 1996, 659 – *Gallotti u. a.*

84) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-47 (65) Rdnr. 9 = *EuZW* 1998, 118 – *Schöning-Kougetopoulou* sowie *EuGH*, Slg. 1998, I-4301 (4339) Rdnr. 18 = *EuZW* 1999, 252 – *Safety Hi-Tech*.

85) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-1729 (1744) Rdnr. 12 = *EuZW* 1997, 310 – *Phyteron International*.

86) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-1409 (1423) Rdnr. 11 – *Huijbrechts*.

87) Allerdings hat der *EuGH* dies in einem Fall abgelehnt, in dem das nationale Gericht nach Art. 36 EGV, nicht aber nach Art. 7 Richtlinie 89/104/EWG gefragt hat. Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-3671 (3681) Rdnr. 11 ff. = *EuZW* 1996, 544 L – *MPA Pharma*; ebenso *EuGH*, Slg. 1996, I-3603 (3616) Rdnr. 25 = *EuZW* 1996, 532 – *Eurim-Pharm*.

88) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1999, I-431 (477) – *Unilever*: Kein Rückgriff auf Art. 36 EGV falls eine bestimmte Richtlinie erschöpfend ist.

89) Vgl. z. B. *EuGH*, Urt. v. 21. 9. 1999 – Rs. C-124/97 – *Läärä*.

90) *EuGH*, Slg. 1998, I-4531 (4566) Rdnr. 26 = *EuZW* 1998, 598 – *Dumon und Froment*.

91) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-3547 (3586) Rdnr. 24 = *EuZW* 1996, 564 – *SFEI u. a.*

92) Allerdings ist es nicht gerade im Sinne der Kooperation mit dem *EuGH*, wenn das vorlegende Gericht das Vorabentscheidungsersuchen ohne Angabe von Gründen an dem Tag zurückzieht, an dem der Generalanwalt seine – umfangreichen – Schlussanträge verkündet hat; vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1997, I-4681 ff. – *Canadane Cheese Trading und Kouri*.

93) Vgl. z. B. *EuGH*, 1996, I-1281 (1301) Rdnrn. 10 f. = *EuZW* 1996, 236 – *El Corte Inglés*.

94) Dies war z. B. der Fall hinsichtlich eines Vorabentscheidungsersuchens, das der *High Court London* im Anschluss an das Urteil in der Rs. *Lisa Grant* zurückgezogen hat; vgl. hierzu „*Agence Europe*“ vom 30. 10. 1998, S. 14.

werden, weil eine nationale Vorschrift zwischenzeitlich durch eine andere Vorschrift ersetzt worden ist⁹⁵. Ein ursprünglich zulässiges Vorabentscheidungsersuchen wird jedoch dadurch unzulässig, dass der ihm zugrundeliegende Rechtsstreit zwischenzeitlich gegenstandslos geworden ist⁹⁶.

4. Erläuterung des faktischen und legislativen Kontextes

Das nationale Gericht übermittelt dem EuGH nicht nur das eigentliche Vorabentscheidungsersuchen⁹⁷, sondern in der Regel auch die Prozessakten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass es Sache des EuGH wäre, sich den faktischen und legislativen Kontext des Ausgangsverfahrens aus den Akten zusammenzusuchen. Vielmehr gebietet es die Notwendigkeit, zu einer für das nationale Gericht sachdienlichen Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu gelangen, sowie der Umstand, dass den Institutionen und Regierungen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 20 Satzung EuGH nur der Vorlagebeschluss zugestellt wird⁹⁸, dass das vorliegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen „den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen umreißt, in den sich die gestellten Fragen einfügen, oder dass es zumindest die tatsächlichen Annahmen erläutert, auf denen diese Fragen beruhen“⁹⁹. Entschlüsselt bedeutet dies in der Praxis Folgendes: Das nationale Gericht muss in seinem Vorabentscheidungsersuchen den für das Ausgangsverfahren relevanten Sachverhalt zusammenfassen¹⁰⁰ und die Finalität der anwendbaren nationalen Gesetzgebung angeben¹⁰¹. Es muss ferner ein Mindestmaß an Erläuterungen zu den Gründen für die Wahl der Gemeinschaftsbestimmungen angeben, um deren Auslegung es ersucht, und den Zusammenhang geben, den es zwischen diesen Bestimmungen und den auf den Rechtsstreit anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften herstellt¹⁰². Schließlich muss der nationale Richter darlegen, warum er die Beantwortung seiner Fragen für die Entscheidung des Verfahrens für erforderlich hält¹⁰³.

Das Verkennen dieser „Bringschuld“¹⁰⁴ zählt zu den Hauptgründen für das Scheitern von Vorabentscheidungsersuchen¹⁰⁵. Über die Ursachen kann man nur spekulieren. Neben einer unzureichenden Erfahrung mit Vorabentscheidungsersuchen mag manches nationale Gericht dem Trugschluss erliegen, der EuGH werde sich aus den übermittelten Akten, die übrigens nur zum Teil übersetzt werden, „das was er braucht“ schon herausuchen¹⁰⁶. Derartige quitiert der *Gerichtshof* im Extremfall mit einem Unzulässigkeitsbeschluss, wobei es manchmal sogar vorkommt, dass sich Gerichte bei einer anschließenden Neuvorlage an den EuGH erneut einen Unzulässigkeitsbeschluss einhandeln¹⁰⁷.

Der Umfang dieser tatsächlichen und rechtlichen Erläuterungen hängt vom Einzelfall ab. So ist die Angabe der Gründe, aus denen das vorliegende Gericht die jeweilige Vorschrift unter den tatsächlichen und rechtlichen Umständen des Ausgangsrechtsstreits für auslegungsbedürftig hält, z. B. ganz besonders im Bereich des Wettbewerbsrechts erforderlich, der durch komplexe tatsächlich und rechtliche Verhältnisse gekennzeichnet ist¹⁰⁸. Diese „Darlegungslast“ ist hingegen in dem Punkt weniger zwingend, in dem sich die Fragen auf präzise fachliche Punkte beziehen und es dem *Gerichtshof* erlauben, eine sachdienliche Antwort zu geben, selbst wenn das vorliegende Gericht die sachliche und tatsächliche Lage nicht erschöpfend dargestellt hat¹⁰⁹.

In der Praxis scheint der EuGH nach der Wichtigkeit der Rechtssache zu differenzieren¹¹⁰. Es gibt Fälle, in denen er feststellt, dass das vorliegende Gericht den Sachverhalt, den es als feststehend erachtet, „nicht sehr genau“ beschrieben hat und daher die Antworten des EuGH nur dann entscheidungserheblich sind, wenn die von den Beschwerdeführern des Ausgangsverfahrens vorgetragene Umstände tatsächlich vorliegen¹¹¹. In anderen Fällen weist der EuGH darauf hin, dass die in den Akten enthaltenen

Angaben es ihm erlauben, die Vorlagefragen unter Offenlassung einiger Aspekte zu beantworten¹¹². Jedenfalls führt der Umstand, dass der tatsächliche und rechtliche Rahmen einer Vorlagefrage nur „sehr knapp“¹¹³ bzw. „nicht erschöpfend“¹¹⁴ dargestellt ist, nicht automatisch zur Unzulässigkeit der Vorlage.

Im Zweifel sollte das vorliegende Gericht daher in seinem Vorlagebeschluss eher zuviel, als zu wenig Angaben machen, mit dem Ziel einer aus sich heraus verständlichen Vorlage.

III. Ausblick

Die vorstehend geschilderten Fehlerquellen verursachen nicht nur eine unnötige Arbeitsbelastung des EuGH, wie übrigens auch der jeweiligen Verfahrensbeteiligten und nationalen Richter. Vielmehr schwächen sie die Integrationswirkung des Vorabentscheidungsverfahrens. Denn eine unzureichende Kenntnis der Finalität dieser Verfahrensart bzw. der Arbeitsteilung mit dem EuGH, kann auch dazu führen, dass manche an und für sich interessanten Vorlagefragen ohne Antwort bleiben, während andere Vorlagefragen entweder nicht gestellt, weil nicht erkannt werden, oder zwar gestellt, sich dann aber als ganz oder zumindest teilweise überflüssig herausstellen, weil der EuGH hierauf bereits geantwortet hat¹¹⁵.

95) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-2201 (2238) Rdnr. 20 = *EuZW* 1996, 379 – *CIA Security International*.

96) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-1149 (1163) Rdnr. 21 – *Djabali*.

97) Das je nach Mitgliedstaat in Form eines Beschlusses oder Urteils ergeht.

98) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1996, I-4345 (4367) Rdnr. 8 = *EuZW* 1996, 659 – *Gallotti u. a.*

99) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-2181 (2185) Rdnr. 5 m. w. Nachw. – *Testa und Modesti*; *EuGH*, Slg. 1996, I-4345 (4367) Rdnr. 7 = *EuZW* 1996, 659 – *Gallotti u. a.*; und *EuGH*, Slg. 1993, 393 – *Telemarsicabruzzo*.

100) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-4261 (4266) Rdnr. 6 – *Agostini*.

101) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-3757 (3765) Rdnr. 17 – *Banco de Fomento E Exterior (II)*, wonach der schlichte Verweis auf die „einschlägigen Vorschriften des Gesetzes“ nicht hinreichend genau den nationalen rechtlichen Rahmen der Vorlagefrage angibt.

102) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-1023 (1028) Rdnr. 9 – *Grau Gomis u. a.*

103) *EuGH*, Slg. 1998, I-2181 (2188) Rdnrn. 13 ff. – *Testa u. Modesti*.

104) Vgl. eingehend hierzu O'Keefe, aaO, S. 509 ff.

105) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1995, I-511 (517) Rdnr. 12 m. w. Nachw. – *Saddik*.

106) Zu Recht weist Generalanwalt *Gulmann* in seinen Schlussanträgen zu *EuGH*, Slg. 1993, I-393 ff. – *Telemarsicabruzzo*, darauf hin, dass dies nicht nur sehr arbeitsaufwendig sein kann, sondern auch die Gefahr von Irrtümern mit sich bringt.

107) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-1385 – *Banco de Fomento Exterior SA (I)* und *EuGH*, Slg. 1997, I-3757 – *Banco de Fomento Exterior SA (II)*; *EuGH*, Slg. 1996, I-3018 – *Italia Testa und Modesti (I)* sowie *EuGH*, Slg. 1996, I-3937 – *Italia Testa und Modesti (II)*; und *EuGH*, Slg. 1998, 2181 ff. – *Italia Testa u. Modesti (II)*; *EuGH*, Slg. 1993, I-2049 – *Monin (I)* und *EuGH*, Slg. 1994, I-1707 – *Monin (II)*; siehe auch *EuGH*, Slg. 1993, I-1085 – *Banchero (I)* und *EuGH*, Slg. 1995, I-4663, 4690 Rdnr. 19 = *EuZW* 1996, 437 – *Banchero (II)*.

108) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-5171 (5193) Rdnr. 10 = *EuZW* 1998, 700 – *FDV*.

109) Vgl. *EuGH*, Slg. 1997, I-3757 (3763) Rdnr. 9 – *Banco de Fomento Exterior SA*.

110) So auch *Barnard/Sharpston*, (o. Fußn. 16) S. 1144 u. 1149.

111) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-4943 (4965) Rdnr. 11 = *EuZW* 1996, 732 – *Hendrikman und Feyen*.

112) *EuGH*, Slg. 1998, I-3949 (3991) Rdnr. 25 – *Corsica Ferries France*.

113) *EuGH*, Slg. 1999, I-483 (508) Rdnr. 29 = *EuZW* 1999, 480 L – *Kooy*; sowie *EuGH*, Slg. 1996, I-3547 (3587) Rdnr. 27 = *EuZW* 1996, 564 – *SFEI u. a.*

114) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-2919 (2946) Rdnrn. 18, 19 – *Aprile*.

115) Vgl. hierzu ausführlich Generalanwalt *Jacobs* in seinem Schlussanträgen zu *EuGH*, Slg. 1997, I-6495 (6499 ff.) – *Wiener*; sowie *Borchardt*, *EuZW* 1998, 257.

Im Bewusstsein um diese Probleme veröffentlichte der *EuGH* im Dezember 1996, in allen Amtssprachen, seine „Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die innerstaatlichen Gerichte“¹¹⁶. Diese Initiative ist sehr zu begrüßen. Ihr effé utile dürfte sich indes in Grenzen halten. In logistischer Sicht stellt sich die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten diese Hinweise effektiv an ihre jeweiligen Justizorgane weiterleiten¹¹⁷. Inhaltlich sind die „Hinweise“ des *EuGH* relativ allgemein gehalten¹¹⁸. Schließlich werden die Konsequenzen einer Nichtbeachtung dieser formellen Aspekte des Vorabentscheidungsverfahrens m.E. nicht deutlich genug hervorgehoben¹¹⁹. Tatsache ist jedenfalls, dass auch nach Veröffentlichung der Hinweise eine Reihe von Vorabentscheidungsverfahren für unzulässig erklärt worden sind¹²⁰.

All dies mag den *Gerichtshof* bewegen haben, nunmehr eine gesetzgeberische Lösung anzustreben. In diesem Sinne hat er dem Rat der Justizminister im Mai 1999 ein Reflexionspapier zur Zukunft des Gerichtssystems der Europäischen Union¹²¹ unterbreitet, in dem er u. a. das Recht fordert, nationale Gerichte zwecks Klarstellung des Sachverhalts befragen zu dürfen¹²², sowie in Fällen, in denen sich die Antwort aus der bestehenden Rechtsprechung ergibt, per Beschluss entscheiden zu dürfen¹²³. Diese auf eine Rationalisierung des Vorabentscheidungsverfahrens gerichteten legislativen Vorschläge betreffen jedoch, soweit ersichtlich, ausschließlich das sich an ein Vorabentscheidungsverfahren anschließende Verfahren vor dem *Gerichtshof*. Sie beziehen sich hingegen nicht auf die vorangehende Phase, d. h. insbesondere die formellen und materiellen Mindestanforderungen, die an einen Vorlagebeschluss zu stellen sind. Dabei wäre eine positivrechtliche Normierung dieser Anforderungen – angesichts der oben aufgezeigten Rechtsprechung und einer in diesem Punkt überaus lakonischen Verfahrensordnung¹²⁴ bzw. Satzung des *EuGH* – dringend erforderlich. Es bliebe dem *EuGH* im übrigen unbenommen als flankierende Maßnahme ein formblattähnliches Muster eines Vorabentscheidungsbeschlusses zu veröffentlichen, dessen Rubriken jedem vorlageberechtigten und –willigen nationalen Gericht eine konkrete, wenn auch unverbindliche Hilfe wären. Derartige „an der Quelle“ ansetzende Maßnahmen dürften sich nicht nur positiv auf die Qualität mancher Vorlagen auswirken, sondern auch manchem nationalen Richter die Scheu vor einer Anrufung des *EuGH* nehmen.

116) Vgl. *EuZW* 1997, 142, sowie *Stotz*, *EuZW* 1997, 129.

117) Bzw. überall ein entsprechender Zugriff über Internet gewährleistet ist (vgl. dort www.curia.eu.int).

118) So auch *Barnard/Sharpston*, (o. Fußn. 16) S. 1113, 1169.

119) Die vom *Gerichtshof* gewählten Worte sind ein kaum zu übertreffendes Understatement: „Praktische Hinweise, die angesichts der im Vorabentscheidungsverfahren gesammelten Erfahrungen nützlich sein können, um Schwierigkeiten zu vermeiden, denen sich der *Gerichtshof* bisweilen gegenüber gesehen hat“, *EuZW*, 1997, 142.

120) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-4261 ff – Agostini; *EuGH*, Slg. 1998, I-3101 ff – Nour; *EuGH*, Slg. 1998, I-2181 – Testa und Modesti; *EuGH*, Slg. 1998, I-7023 ff – Victoria Film; *EuGH*, Slg. 1998, I-7083 – Hartmann.

121) Abgedruckt in: *EuZW* 1999, 750.

122) Davon zu unterscheiden ist das Recht des *EuGH*, das nationale Gericht zu fragen, ob im Lichte eines von letzterem übermittelten Dokuments das nationale Verfahren nicht gegenstandslos geworden ist; vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1995, I-4223 (4245) Rdnr. 7 – Esso Española.

123) Bisher darf der *EuGH* gem. Art. 103 § 3 VerfO nur dann per Beschluss urteilen, wenn die Vorlagefrage offensichtlich mit einer bereits entschiedenen Frage übereinstimmt.

124) Derzeit gilt Art. 103 § 1 VerfO *EuGH*, wonach die Bestimmungen der VerfO „unter Berücksichtigung der Eigenart der Vorabentscheidungsvorlage“ entsprechende Anwendung finden. Die Crux liegt aber gerade in der Frage, was unter „Eigenart“ zu verstehen ist.

Entschädigung für die unbeteiligten „Opfer“ des Hormon- und Bananenstreites nach Art. 288 II EG?

Von ao. Univ.-Prof. MMag., Dr. August Reinisch
LL.M. (NYU), Wien*

Der *EuGH* hat mit Urte. v. 14. 10. 1999, Rs. C-104/97 P – Atlanta/Rat und Kommission, eine Klage auf Schadenersatz gem. Art. 288 II EG (früher Art. 215 EGV) aus vorwiegend prozessualen Gründen abgewiesen und damit die Möglichkeit nicht genutzt, die Voraussetzungen von Art. 288 II EG zu prüfen. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass die europäischen Exporteure, die durch die amerikanischen Strafzölle im Bananen- und Hormonstreit geschädigt wurden, bei sorgfältiger Prüfung unter Umständen erfolgreich Schadenersatz gem. Art. 288 II EG verlangen können.

I. Einleitung

Der Streit zwischen den USA und der EU über die Zulässigkeit der Vermarktung von hormonbehandeltem Rindfleisch sowie über die europäische Bananenmarktordnung hat die Dynamik einer von beiden Seiten erhofften neuen transatlantischen Agenda¹ wiederholt ins Stocken gebracht. Der Bananenkonflikt hat darüber hinaus eine innergemeinschaftliche Krise von verfassungsrechtlicher Dimension provoziert. Entsprechend umfangreich ist mittlerweile auch die Literatur zu diesen Bereichen².

Noch relativ unbeleuchtet geblieben sind hingegen die Probleme der Folgekonsequenzen dieses Streites, insbesondere, welche Rechte den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern verbleiben, die zu den „Nebenopfern“ des transatlantischen Disputes gehören. Zum „collateral damage“ des Hormon- und Bananenkrieges sind speziell auch die wirtschaftlichen Schäden jener europäischen Exporteure zu rechnen, die aus den amerikanischen, als Reaktion auf die europäischen Einfuhrrestriktionen verhängten Sanktionen resultieren. So hat das Office des US Trade Representative bereits seit Ende 1998 verschiedene Listen von Gemeinschaftsprodukten veröffentlicht, auf deren Einfuhr die USA einen 100% Strafzoll zu erheben gedenken, sollte die EG ihren Forderungen nach einer GATT-konformen Gestaltung der Importregeln für hormonbehandeltes Rindfleisch bzw. außergemeinschaftliche und nicht präferenzielle Bananen nicht nachkommen. War es ursprünglich die berüchtigte „Pecorino-Liste“³, so fanden sich auf den im April bzw. Juli 1999 veröffentlichten endgültigen Warenaufstellungen vor allem Produkte aus Frankreich, Großbritannien und Deutschland wie etwa Badeschaum und Badesalz, Kunststoffhandtaschen, Filzpapier, Baumwollbettwäsche, etc. im Gesamtwert von 191,4 Mio.

* Der Autor ist Universitätsprofessor für Völkerrecht und Europarecht an der Universität Wien. Dieser Beitrag beruht auf einem an der TU Dresden im Juli 1999 gehaltenen Vortrag. Das Manuskript wurde im September 1999 abgeschlossen. Spätere Entwicklungen konnten nur mehr teilweise berücksichtigt werden.

1) Vgl. *Krenzler/Schomaker*, A New Transatlantic Agenda, 1 *European Foreign Affairs*, 1996, 9–28.

2) *Everling*, 33 *Common Market Law Review* 1996, 401–437; *Hahn/Schuster*, *EuropaR*, 1993, 261–281; *Stein*, *EuZW* 1998, 261–264; *Wenstenfeld*, Die Bananenmarktordnung der EG und der Handel mit Drittstaaten, 1997; *Zuleeg*, *NJW* 1997, 1201–1207.

3) Office to the United States Trade Representative (= USTR Office), Press Release 98–113, 21. 12. 1998, USTR Announces List of European Products Subject to Increased Tariffs, diese und später veröffentlichte Listen enthielten als ersten Zollposten „Pecorino cheese, from sheep's milk, in original loaves, not suitable for grating“.

Zur Lösung kann m. E. auf eine französische Regelung zurückgegriffen werden. In Frankreich findet sich im Rahmen von Unternehmensumstrukturierungen eine Technik, die dasselbe Ergebnis wie die in Deutschland angewendete Buchwertverknüpfung erreicht. Nach diesem Verfahren werden die stillen Reserven aufgelöst und die so entstehenden Gewinne durch Bildung einer gleich hohen Rücklage neutralisiert. Diese Rücklage wird aufgelöst, sobald das entsprechende Wirtschaftsgut veräußert wird, bzw. bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern entsprechend den Abschreibungen weiterentwickelt. Die Rücklagenauflösung erfolgt in Höhe der Differenz zwischen der tatsächlichen Abschreibung und der theoretischen, auf Basis des ursprünglichen Buchwertes vorzunehmenden Abschreibung. Die Entwicklung der Rücklage ist – in Grenzen – mit der Fortschreibung des Eigenkapitals in deutschen Ergänzungsbilanzen vergleichbar³¹. Damit wird im Staat der bisherigen Steuerverhaftung ein latenter Steueranspruch zwar festgestellt, jedoch lediglich insoweit erhoben, als in dem anderen Staat eine Steuerreduktion durch Abschreibungen oder verminderte Veräußerungsgewinne erfolgt³². Zur Vereinfachung kann auch zugelassen werden, teilweise³³ die Fortentwicklung der Rücklage ex post typisierend festzulegen³⁴.

IV. Fazit

Während die rechtlichen Regelungen zur Errichtung einer europäischen Aktiengesellschaft ab 2004 gelten, fehlt bisher eine Flankierung durch steuerliche Vorschriften. Entgegen geäußerten Forderungen nach speziellen steuerlichen Regelungen, die ein eigenes Steuerregime für die SE bewirken würden, reichen nach Auffassung des Verfassers punktuelle Maßnahmen, die den üblichen grenzüberschreitenden Kollisionsregelungen zuzuordnen sind. Regelungsbedürftig sind zwei Punkte: Die grenzüberschreitende Verlustverrechnung sowie die Steuerneutralität grenzüberschreitender Umstrukturierungen. Für beide Punkte kann auf bereits bestehende Richtlinien bzw. Richtlinienvorschläge zurückgegriffen werden. Damit ist es möglich, entweder gleichzeitig oder später entsprechende Regelungen auch auf die fortbestehenden nationalstaatlichen Unternehmensformen zu erstrecken. Bezüglich der Verlustverrechnung wurde auf den bestehenden, allerdings schon etwas älteren Richtlinienvorschlag zurückgegriffen. Abgesehen von Detailänderungen könnte dieser Vorschlag auch auf die SE angewendet werden. Für grenzüberschreitende Umstrukturierungen existiert mit der Fusionsrichtlinie 90/434/EWG zwar eine bereits verabschiedete Richtlinie, diese sollte jedoch für Fälle, in denen die Steuerverhaftung der stillen Reserven nicht sichergestellt ist, erweitert werden. Für diese Konstellationen wurde eine Alternative zur Buchwertverknüpfung vorgeschlagen.

31) Vgl. zu diesem französischen Verfahren: *Sass*, DB 1993, 1892 (1895); *Tumpel* (o. Fußn. 30), S. 210; *Ault* (o. Fußn. 14), S. 329; oder *Dautzenberg* (o. Fußn. 10), S. 256 f.

32) Der Unterschied des französischen Modells zu der üblichen Buchwertverknüpfung besteht hinsichtlich des Steuergebiets, in dem die steuerlichen Folgen eintreten. Bei dem französischen Modell erfolgt im Emigrationsstaat eine Besteuerung der stillen Reserven zum dortigen Steuerersatz, während Abschreibungen zu Steuererminderungen im Immigrationsstaat führen. Bei der Buchwertverknüpfung würden im Emigrationsstaat keine steuerlichen Folgen mehr eintreten, dort angesammelte stille Reserven könnten der dortigen Besteuerung zu Gunsten des Immigrationsstaats entzogen werden.

33) Eine ex post Festlegung scheidet naturgemäß bei Wirtschaftsgütern aus, die nicht planmäßig abgeschrieben werden.

34) In Frankreich wird die Rücklage typisierend über 5 bzw. 15 Jahre für Gebäude aufgelöst.

Der Zugang zu EU-Dokumenten – Transparenz zum Anfassen

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, Brüssel/Hamburg*

Wie alle Rechtsprinzipien lebt auch der heute vielbeschworene Grundsatz der Transparenz letztlich nicht von Worten, sondern von konkreten Handlungen. Den wohl jüngsten Beitrag leistet die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission (abgedruckt in EuZW 2001, 685 – in diesem Heft). Sie tritt an die Stelle der bisherigen, eher heterogenen Rechtsinstrumente und verändert, mehr noch als bisher, das Kräfteverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger im Bereich des Zugangs zu Dokumenten. Für Rechtsanwälte, Unternehmer, Interessenvertreter, und die vielen anderen den Dialog mit den Institutionen suchenden Personen ist diese Verordnung ein nützliches „fact finding“-Instrument, dessen Stärken und Schwächen nachfolgend geschildert werden.

I. Einleitung

Ab dem 3. 12. 2001 gilt die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission¹. Damit sind besagte Institutionen ihrem in Art. 255 II EG enthaltenen Auftrag fristgerecht nachgekommen². Diese durch den Vertrag von Amsterdam in das Primärrecht eingefügte Vorschrift entspricht dem in Art. 42 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrecht auf Zugang zu Dokumenten³. Beide Vorschriften konkretisieren das Postulat des Art. 1 II EU, wonach „die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden“⁴ und sind damit Ausdruck des Prinzips der Transparenz⁵. Dieses soll eine bessere Beteiligung der Bürger am gemeinschaftlichen Entscheidungsprozess ermöglichen und eine größere Legitimität, Effizienz und Verantwortung der Verwaltung gegenüber dem Bürger in einem demokratischen System gewährleisten (vgl. 2. Erwägungsgrund). Letztlich soll die tatsächliche und wirksame Kontrolle der Bürger über die Ausübung der den Gemeinschaftsorganen verliehenen Macht und damit sein Vertrauen in die Verwaltung gestärkt werden.

* Der Autor ist Partner in der Kanzlei *Kemmler, Rapp, Böhlke* in Brüssel.

1) Vgl. ABIEG Nr. L 145 v. 31. 5. 2001, S. 43.

2) Der Zugang zu Dokumenten ist im EGKS- bzw. Euratom-Vertrag nicht geregelt. Durch die Erklärung Nr. 41 der Schlussakte des Vertrags von Amsterdam verpflichten sich Rat, Kommission und Parlament, entsprechende Anträge auf Zugang zu Dokumenten im Lichte der Verordnung zu behandeln.

3) Die Tatsache, dass besagte Charta nicht rechtsverbindlich ist, ändert hieran nichts.

4) In der Erklärung Nr. 17 des Vertrages von Maastricht hat die Gemeinschaft erstmals die große Bedeutung des Rechts auf „Zugang zu Informationen“ betont, vgl. hierzu die Erläuterungen des Generalanwalts Léger in seinen Schlussanträgen v. 10. 7. 2001 in der Rs. C-353/99 P – Rät/Heidi Hautala, sowie, auf der Ebene des Sekundärrechts, z. B. die Entschließung über die Transparenz in der EU, ABIEG Nr. C. 104 v. 14. 4. 1999, S. 20.

5) Nicht geklärt ist hingegen die Frage, ob die in Art. 10 EMRK verbürgte Meinungsfreiheit einen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten umfasst.

Das Prinzip der Transparenz fußt auf der Erkenntnis, dass einer Verwaltung, einerlei ob sie auf lokaler, nationaler oder supranationaler Ebene angesiedelt ist, nicht die Rolle eines Gegenspielers zukommt. Sie ist kein von den Bürgern entrückter, vom Geheimhaltungsgrundsatz⁶ geprägter Selbstzweck, sondern ein im Auftrag jedes Einzelnen geschaffenes und damit kollektives Instrument der öffentlichen Interessenverwaltung. Dies stimmt jedenfalls solange, wie der Staat die organisierte Gesamtheit seiner Bürger darstellt⁷. Nichts anderes gilt, jedenfalls im Prinzip, für die Europäische Union. Zum Anwalt für mehr Transparenz machte sich vor allem das Europäische Parlament, dessen Änderungsvorschläge vom 16. 11. 2000 zum Teil weit über den Vorschlag der Kommission⁸ hinausgingen, dann aber in den – quasi obligatorischen – Kompromiss mündeten.

In 13 der 15 Mitgliedstaaten⁹, allen voran in Schweden und Finnland¹⁰, existiert bereits seit längerem ein grundsätzliches Recht auf Zugang zu Dokumenten der jeweiligen nationalen Verwaltungen¹¹. Trotzdem hat dieses Prinzip mehr als drei Jahrzehnte gebraucht, um Einzug in das Gemeinschaftsrecht zu halten. Den Anfang machten Kommission und Rat im Jahr 1993 in Gestalt eines gemeinsamen Verhaltenskodex¹², den beide Institutionen im gleichen Jahr kraft ihrer Organisationsgewalt durch entsprechende Beschlüsse¹³ umsetzen, gefolgt vom Europäischen Parlament im Jahr 1997¹⁴ und, in jüngerer Zeit, auch anderen Gemeinschaftseinrichtungen¹⁵.

Der Grundsatz der Transparenz ist Teil eines umfangreichen Fächers von Zielen und Maßnahmen, die im jüngsten Weißbuch der Kommission¹⁶ mit dem Schlagwort „Europäisches Regieren“ („european governance“) bezeichnet werden. Darin werden eine Reihe von „Grundsätzen des guten Regierens“, „Offenheit, Partizipation, Rechenschaftspflicht, Effektivität und Kohärenz“ verbunden mit „Vorschlägen für einen Wandel“, sowie eine Debatte über die Zukunft Europas vorgestellt und erläutert¹⁷.

Das Weißbuch liest sich wie ein Manifest zu Gunsten eines ebenso selbstkritischen wie profunden Wandels des Selbstverständnisses der Institutionen im Verhältnis zu den Gemeinschaftsbürgern. Es zeugt von einem Reformwillen, der geeignet ist, jeden Euroskeptiker zumindest insoweit eines besseren zu belehren. Allerdings muss sich auch das Weißbuch letztlich nicht an seinen Worten, sondern an seiner Umsetzung messen lassen. Aus der Sicht eines Praktikers misst sich Reformwillen auch an den scheinbar kleinen, alltäglichen Dingen im Leben der Organe. So hätte es wohl die ganz überwiegende Mehrheit der Gemeinschaftsbürger begrüßt, wenn der Gemeinschaftsgesetzgeber davon abgesehen hätte, den EG-Vertrag in scheinbar löblicher Bereinigungsabsicht vollständig umzumünzieren und damit ein in über 40 Jahren gewachsenes System von „Hausnummern“ einfach beiseite zu wischen. Es wäre ebenfalls im Sinne einer greifbaren Transparenz, wenn die vielen Bereiche der Sekundärgesetzgebung, die sich auf Grund zahlreicher bzw. häufiger Änderungsvorschriften geradezu in stetem Fluss befinden, regelmäßiger und systematischer kodifiziert würden. Man sollte selbst Details nicht außer acht lassen, wie z. B. die Entscheidung der Kommission, das bewährte und der Vielfalt der Sprachen Rechnung tragende römische Zahlensystem zur Bezeichnung ihrer Generaldirektionen (z. B. GD IV) – wohl als Konzession an den Zeitgeist – durch Akronyme, zu ersetzen. Ist es wirklich im Sinne von mehr Offenheit, Generaldirektionen in „Tren“, „Jei“, „Sanco“, „Pesc“, „Taxud“, oder „Relex“ umzutauften, was innerhalb und außerhalb der Institution für mehr Verwirrung als Erleuchtung sorgte?

II. Der Inhalt der Verordnung

Die Verordnung ist inhaltlich insofern nicht erschöpfend, als Art. 255 III EG vorsieht, dass jedes Organ in seiner Geschäftsordnung „Sonderbestimmungen“ hinsichtlich des Zugangs zu seinen Dokumenten festlegt. Bei genauem

Hinsehen handelt es sich um Durchführungsvorschriften, die im Einklang mit der Verordnung stehen müssen (vgl. den 12. Erwägungsgrund). Soweit im Gemeinschaftsrecht die Vertraulichkeit von Dokumenten in Gestalt einer *lex specialis* geregelt ist, darf letztere natürlich nicht im Widerspruch zu der Verordnung ausgelegt werden¹⁸.

1. Zugangsberechtigte

Einen Anspruch auf Zugang zu Dokumenten haben, wie schon bisher, alle Unionsbürger, sowie alle natürlichen oder juristischen Personen mit Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat (vgl. Art. 2 I Verordnung [EG] Nr. 1049/2001). Neu ist, dass die Organe dieses grundsätzliche Recht auf alle natürlichen oder juristischen Personen ausdehnen können, die keinen Wohnsitz oder Sitz in einem Mitgliedstaat haben (vgl. Art. 2 II Verordnung [EG] Nr. 1049/2001). Die Tatsache, dass es sich hierbei um eine Kannvorschrift handelt, mag auf der Erkenntnis beruhen, dass ungleiches ungleich behandelt werden muss. Allerdings wird man sich angesichts der naheliegenden Umgehungsgefahr fragen müssen, warum „Dritten“ ein solcher Anspruch – vorausgesetzt er geht nicht über die Rechte der Gemeinschaftsbürger hinaus – nicht von vornherein eingeräumt worden ist.

2. Antragsadressat und -Gegenstand

Der Kreis der zur Offenlegung der Dokumente verpflichteten Organe (vgl. Art. 1 lit. a Verordnung [EG] Nr. 1049/2001) besteht aus Kommission, Parlament und Rat.

Dieser durch Art. 255 EG vorgegebene *numerus clausus* ist wenig konsequent¹⁹. Denn kraft des bereits erwähnten Art. 1 II EU gilt das Prinzip der Transparenz und damit auch das grundsätzliche Recht auf Zugang zu Dokumenten für alle Organe der EU. Deren in Art. 7 I EG geregelte Anzahl geht aber deutlich über das in der Verordnung genannte Trio hinaus. Der Zugang zu Dokumenten muss daher, jedenfalls im Prinzip, auch für den *EuGH* gelten, selbst wenn in seinem Fall viele Dokumente von vorn herein unter eine oder gar mehrere Ausnahmen fallen dürf-

6) Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 1996 I-2169 Rdnr. 36 = *EuZW* 1995, 499 = *NVwZ* 1996, 991 L – Niederlande/Rat.

7) Hieran erinnerte – in einer Zeit in der es hierauf besonders ankam – z. B. *Rauchberg*, *Krieg und staatsbürgerliche Erziehung*, 1918, S. 19.

8) Vgl. *ABIEG* Nr. C 177 E v. 27. 6. 2000, S. 70.

9) Einen instruktiven Überblick gibt Generalanwalt *Léger* in seinen Schlussanträgen v. 10. 7. 2001 in der Rs. C-353/99 P – Rat/Heidi Hautala.

10) Vgl. den Überblick bei *Wegener*, in: *Callies/Ruffert*, *Komm. z. EUV/EGV*, 1. Aufl. (1999), Art. 255 EG Rdnr. 3.

11) Eine vergleichende Analyse der Kommission der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten findet sich unter www.europa.eu.int.

12) Vgl. Verhaltenskodex 93/730/EG für den Zugang der Öffentlichkeit zur Rats- und Kommissionsdokumenten, *ABIEG* Nr. L 340 v. 31. 12. 1993, S. 41 f.

13) Vgl. den Beschl. 94/90/EGKS, EG, Euratom, der Kommission v. 8. 2. 1994 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den der Kommission vorliegenden Dokumenten, *ABIEG* Nr. L 46 v. 18. 2. 1994, S. 58 f., zuletzt geändert durch den Beschl. 96/567/EG, EGKS, Euratom v. 19. 9. 1996, *ABIEG* Nr. L 247 v. 28. 9. 1996, S. 45, sowie den Beschl. 93/731/EG des Rates v. 20. 12. 1993 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten, *ABIEG* Nr. L 340 v. 31. 12. 1993, S. 43, zuletzt geändert durch den Beschl. 2000/527/EG v. 14. 8. 2000, *ABIEG* Nr. L 212 v. 23. 8. 2000, S. 9 f.

14) Vgl. den Beschl. des Europäischen Parlaments 97/632/EGKS, EG, Euratom vom 10. 7. 1997 über den Zugang der Öffentlichkeit zu den Dokumenten des Europäischen Parlaments, *ABIEG* 1997 Nr. L 263, S. 1.

15) Vgl. z. B. den Beschluss des Verwaltungsrates der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen v. 21. 11. 1997 über einen Verhaltenskodex für den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten der Europäischen Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, *ABIEG* Nr. L 296 v. 17. 11. 1999, S. 25 f.

16) *KOM* (2001) 428 endg. *ABIEG* Nr. C 287 v. 12. 10. 2001, S. 1.

17) Bisherige Ansätze sind z. B. der „Kodex für gute Verwaltungspraxis“ der Kommission, *ABIEG* Nr. L 267 v. 20. 10. 2000.

18) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, II-3269 – *JT's Corporation Ltd/Kommission*.

19) So zu Recht *Wegener* (o. Fußn. 10), Art. 255 Rdnr. 8.

ten. Das gleiche gilt für die zahlreichen Agenturen und anderen dezentralisierten Verwaltungseinheiten der EU²⁰. Zwar bestimmt der 8. Erwägungsgrund Verordnung (EG) Nr. 1049/2001, dass „alle von den Organen geschaffenen Einrichtungen die in dieser Verordnung festgelegten Grundsätze anwenden sollten“. Dieser lakonische Erwägungsgrund ist jedoch nach Qualität und Inhalt derart unverbindlich, dass dadurch heterogenen Regeln über den Zugang zu Dokumenten Tür und Tor geöffnet wird. Die Tatsache, dass die Kommission im Verwaltungsrat der jeweiligen Agenturen vertreten ist, leistet nur bedingt Abhilfe. Eine verbindliche Vorschrift²¹ hätte den Vorteil gehabt, die Dinge klarzustellen, ohne im Widerspruch zu Art. 255 EG zu stehen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat den ebenfalls zentralen Begriff „Dokument“ erfreulich weit definiert. Der Anspruch auf Zugang gilt hinsichtlich aller Dokumente eines Organs, d. h. Dokumente aus allen Tätigkeitsbereichen der Union, die von dem jeweiligen Organ erstellt wurden²² oder bei ihm eingegangen und sich in seinem Besitz befinden (vgl. Art. 2 III Verordnung [EG] Nr. 1049/2001)²³. Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 stellt ergänzend klar, welche Gattungen von Dokumenten ohnehin, nämlich im Amtsblatt, veröffentlicht werden.

Auch hier ist ein Fortschritt zu verzeichnen, denn das bisherige System erfasst nur die vom jeweiligen Organ erstellten Dokumente. Der Anspruch auf Zugang bezieht sich allerdings nur auf bereits vorhandene Informationen. Keinesfalls verpflichtet er die Organe der Gemeinschaft zu einer Informationsbeschaffung²⁴. Eine praktische Schwierigkeit könnte allerdings darin bestehen, dass der Bürger seinen Anspruch naturgemäß nur im Verhältnis zu Dokumenten geltend machen kann, deren Existenz ihm zuvor bekannt ist. Letzteres setzt voraus, dass die jeweilige Institution Dokumente, soweit sie nicht „sensibel“ i. S. des Art. 9 sind, nicht kurzerhand zu „non-papern“ erklären darf, mit der Folge dass diese Dokumente dann offiziell nicht existieren und bereits deshalb ein Zugang ausgeschlossen ist. Gewiss, jedes Organ ist künftig gemäß Art. 11 I Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 verpflichtet, ein „Dokumentenregister“ zu führen und öffentlich zugänglich zu machen. Allerdings schweigt die Verordnung – mit Ausnahme des die „sensiblen Dokumente“ betreffenden Art. 9 – hinsichtlich der Frage, welchen konkreten Umfang die Registrierpflichten der Organe haben, – wobei die große Anzahl an täglich produzierten Dokumenten eine zusätzliche logistische Herausforderung mit sich bringt. Immerhin, mit der nunmehr umfassenden Definition des Begriffs „Dokument“ dürfte klargestellt sein, dass die Beratungen sowie Dokumente der zahlreichen zur Unterstützung eines Organs tätigen Ausschüsse, wie z. B. des Verbrauchsteuerausschusses²⁵, oder des Ausschusses für den Zollkodex²⁶, dem jeweiligen Organ zuzurechnen sind.

Hinsichtlich des Zugangs zu Dokumenten *Dritter* – auch dies ist ein Novum – kommt dem jeweiligen Organ eine Treuhänder-Rolle zu, da es den jeweiligen Dritten vorher konsultieren muss (vgl. Art. 4 IV Verordnung [EG] Nr. 1049/2001). Handelt es sich bei den Dritten um Mitgliedstaaten so können letztere dem jeweiligen Organ *de facto* verbieten, einem Antragsteller Zugang zu Dokumenten aus diesem Mitgliedstaat zu gewähren (vgl. Art. 4 V Verordnung [EG] Nr. 1049/2001).

3. Ausnahmen

Die Grenzen des Anspruchs auf Zugang zu Dokumenten bilden die in Art. 255 EG naturgemäß nur sehr abstrakt, dafür in Art. 4 Verordnung [EG] Nr. 1049/2001 vergleichsweise konkret aufgeführten Ausnahmen. Mit ihren sieben Absätzen handelt es sich praktisch um die längste Vorschrift der Verordnung²⁷. Ihr liegt der schon die bisherige Rechtslage prägende Gedanke zu Grunde, dass das Recht des Einzelnen auf Zugang zu den Dokumenten der Institutionen dort seine Grenze findet, wo das legitime öffentliche bzw. private Interesse an einer Geheimhaltung anfängt. Das Prinzip eines Ausnahmekataloges in Frage zu stellen würde bedeuten, die Existenz legitimer Rechte Dritter zu negieren.

Also bestand die Herausforderung darin, umfassende, verhältnismäßige und zugleich die Rechtssicherheit fördernde Ausnahmen zu definieren; wobei nicht zuletzt die bisherige Rechtsprechung Pate stand. Hierzu hat der Gemeinschaftsgesetzgeber die bisherigen zwingenden Ausnahmen im Wesentlichen beibehalten, die bisherigen „fakultativen“ Ausnahmegründe²⁸ hingegen substantiell verändert. So kommt es künftig nicht mehr darauf an, ob die öffentlichen bzw. privaten Interessen durch eine Freigabe von Dokumenten „verletzt werden könnten“, sondern ob sie „beeinträchtigt würden“. Vor allem aber ist für die überwiegende Anzahl an Ausnahmen nunmehr ausdrücklich eine Abwägung zwischen dem Schutz der jeweiligen Interessen und dem Interesse der Öffentlichkeit an einem Zugang zu den Dokumenten vorgeschrieben. Schließlich wird es ab dem 3. 12. 2001 nicht mehr möglich sein, die Ausnahmetatbestände durch einen auf nationaler Ebene gestellten Antrag auf Zugang zu EU-Dokumenten zu umgehen (vgl. Art. 5 Verordnung [EG] Nr. 1049/2001), da der jeweilige Mitgliedstaat das jeweilige Organ konsultieren muss. Es bleibt indes mit Sicherheit dabei, dass auch die neuformulierten Ausnahmen, wie schon bisher²⁹, eng auszulegen und anzuwenden sein werden.

a) *Zwingende Hinderungsgründe*. Die „zwingenden“, weil absoluten, Hinderungsgründe fußen auf der schon bisher einschlägigen Überlegung, dass die in Art. 4 I lit. a Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 genannten öffentlichen Interessen („öffentliche Sicherheit“, „Verteidigung und militärische Belange“ usw.) von derart überragender Bedeutung sind, dass sie *zwingend* vor jedem Zugang durch Dritte zu schützen sind, einerlei wie groß deren Interesse an einem Zugang sein mag. Diese Vorschrift ist zwar strenger als der Kommissionsvorschlag, tritt dafür aber an die Stelle der darin vorgesehenen Ermensselemente³⁰ und sorgt damit für mehr Rechtssicherheit, selbst wenn die Organe – innerhalb der für alle Ausnahmen gebotenen restriktiven Auslegung – auch weiterhin ein gewisses Auslegungsermessens haben.

Art. 4 I lit. a Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 schützt das „öffentliche Interesse“ im Hinblick auf die „öffentliche Sicherheit“, „Verteidigung und militärische Belange“, usw. Dem Kriterium des „öffentlichen Interesses“ kommt, wie z. B. Art. 4 I 1. Spiegelstrich des Beschlusses 93/731/EG verdeutlicht, keine eigenständige Bedeutung zu. Es handelt sich um den Oberbegriff der anschließend aufgezählten

20) Vgl. die in www.europa.eu.int enthaltene Liste.

21) Es käme z. B. folgender Wortlaut in Frage: „Die Organe sorgen dafür, dass die von ihnen geschaffenen Einrichtungen die in dieser Verordnung festgelegten Grundsätze anwenden“.

22) Erfasst sind mithin „jedes beliebige unveröffentlichte“ Dokument der jeweiligen Institution, vgl. z. B. *EuG*, Slg. 1999, II-3217 Rdnr. 37 = *ISr* 1999, 734 – *The Bavarian Lager Company Ltd./Kommission u. Vereinigtes Königreich*.

23) Art. 28 EU stellt klar, dass das Zugangsrecht grundsätzlich auch für Dokumente der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gilt.

24) So zutreffend *Wegener* (o. Fußn. 10), Art. 255 Rdnr. 9.

25) Vgl. *EuG*, Urt. v. 10. 10. 2001 – Rs. T-111/00 – *British American Tobacco/Kommission*.

26) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-2463 Rdnr. 62 – *Rothmans International BV/Kommission*.

27) So zu Recht R. *Wägenbaur*, *EuZW* 2000, 193.

28) Den Unterschied zwischen zwingenden und fakultativen Ausnahmen erläutert z. B. *EuG*, Slg. 1997, II-313 Rdnrn. 58 f. = *NVwZ* 1998, 493 – *WWF UK/Kommission*.

29) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, II-3011 Rdnr. 45 – *Denkavit Nederland BV/Kommission*, ebenso *EuGH*, Slg. 2000, I-1 Rdnr. 27 = *EuZW* 2000, 346 = *NVwZ* 2000, 905 = *NJW* 2000, 2807 L – *Niederlande u. Van der Wal/Kommission*.

30) Art. 4 lautete im Vorschlag der Kommission wie folgt: „Die Organe verweigern den Zugang zu den Dokumenten, deren Verbreitung folgendes wesentlich beeinträchtigt: a) Den Schutz des öffentlichen Interesses, insbesondere im Hinblick auf: – die öffentliche Sicherheit usw. ... b) Den Schutz des Einzelnen und der Privatsphäre, insbesondere im Hinblick auf: – die Personalakten ...“.

Ausnahmegründe. Der genaue Inhalt des an erster Stelle genannten Begriffs der „öffentlichen Sicherheit“ ist nicht ganz klar. Versteht man hierunter den z. B. im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht zentralen Begriff der „öffentlichen Sicherheit und Ordnung“, so wäre dieser Terminus in einem weiten Sinne zu verstehen. Indes deuten die anderen in Art. 4 I Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 aufgeführten Fallgruppen (z. B. Verteidigung und militärische Belange), darauf hin, dass der Begriff der „öffentlichen Sicherheit“ ein gewisses Gewicht haben muss. In diese Richtung deutet auch die bisherige Rechtsprechung, wonach z. B. die „öffentliche Sicherheit“, die innere wie äußere Sicherheit eines Mitgliedstaats, die Versorgung mit Erzeugnissen von wesentlicher Bedeutung (z. B. Erdölzeugnisse), Sachverhalte, in denen der Zugang der Öffentlichkeit zu bestimmten Dokumenten unmittelbar die Bemühungen der Behörden behindert, Straftaten zu verhindern, usw.³¹

Der absolute Schutz von Dokumenten aus den Bereichen „Verteidigung und militärische Belange“ ist, zumal angesichts der derzeitigen Weltlage, geradezu selbstverständlich, dürfte jedoch angesichts der eher beschränkten Kompetenzen der EU in diesem Bereich bis auf weiteres eine untergeordnete Rolle spielen. Unter die Rubrik „internationale Beziehungen“³² fallen z. B. zum internen Gebrauch und damit nicht zur Veröffentlichung verfasste Dokumente, die Formulierungen und Ausdrücke über die Frage der Achtung der Menschenrechte enthalten, die zu Spannungen mit Drittstaaten führen könnten³³. Der an letzter Stelle genannte Schutz der „Finanz-, Währungs- oder Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft oder eines Mitgliedstaates“ geht deutlich über die bisher geschützte Währungsstabilität hinaus und umfasst damit auch die Art. 98–124 EG.

Der in Art. 4 I lit. b Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 garantierte „Schutz der Privatsphäre“ und der „Integrität des Einzelnen“ sowie der „Schutz personenbezogener Daten“ illustriert, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber nicht etwa einen umfassenden Schutz sämtlicher Rechte natürlicher Personen schaffen wollte und konnte. Ein solcher umfassender Schutz wird vielmehr durch den neu hinzugekommenen Begriff der „Privatsphäre“ sichergestellt.

Ob die in Art. 9 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 genannten „sensiblen Dokumente“, die im Vorschlag der Kommission weder geregelt noch erwähnt waren, ebenfalls einen zwingenden, d. h. absoluten Schutz genießen, ist nicht völlig klar. Einerseits verweist Art. 9 I auf Art. 4 I lit. a Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 und damit auf einen zwingenden Ausnahmegrund, wobei Art. 17 I Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 zu entnehmen ist, dass die sensiblen Dokumente nicht, jedenfalls nicht alle, in das Dokumentenregister i. S. des Art. 11 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 aufgenommen werden. Andererseits deutet Art. 9 III³⁴ darauf hin, dass der Zugang zu sensiblen Dokumenten eben nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Letztlich dürfte die Vorschrift des Art. 9 einen besonderen Fall eines zwingenden Hinderungsgrundes i. S. des Art. 4 I darstellen. Dementsprechend wird man davon ausgehen müssen, dass es keinen Zugang zu „sensiblen Dokumenten“ geben wird³⁵.

b) *Nicht zwingende Hinderungsgründe.* Im Gegensatz zu Art. 4 I sind die in Art. 4 II und III Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 enthaltenen Ausnahmen insofern nicht zwingend, als ein Dokument, auf das einer oder mehrere der in diesen Vorschriften genannten Gründe zutrifft, gleichwohl freigegeben werden muss, falls „ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verbreitung“ besteht. Um jedoch ein echtes, dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragendes Novum darzustellen wird es sehr darauf ankommen, nach welchen Kriterien diese wohl von Amts wegen vorzunehmende Interessenabwägung durchgeführt wird.

Der an erster Stelle genannte „Schutz der geschäftlichen Interessen einer natürlichen oder juristischen Personen, einschließlich des geistigen Eigentums“ stellt beide Elemente auf die

gleiche Stufe. Dagegen spricht bereits, dass das geistige Eigentum im Gegensatz zu „geschäftlichen Interessen“ absolut geschützt ist. Vor allem aber sind die „geschäftlichen Interessen“ ein ausgesprochen weiter Begriff. Er birgt das Risiko einer übermäßigen Einschränkung des Anspruchs auf Zugang zu Dokumenten: Während bisher die „Geschäfts- und Industriegeheimnisse“ und damit ein auch in anderen Bereichen, wie z. B. dem Wettbewerbsrecht, bekannter und damit eingrenzbarer Bereich geschützt werden, besteht die Gefahr, dass künftig nicht nur alle direkten, sondern auch alle indirekten wirtschaftlichen Interessen eines Dritten auf Kosten der Transparenz geschützt werden³⁶. Das Risiko unverhältnismäßiger Entscheidungen wird auch noch dadurch potenziert, dass die Beurteilung des geschäftlichen Interesses mangels einer in der Verordnung vorgesehenen Anhörung des betreffenden Unternehmens allein dem jeweiligen Organ obliegt. Ob diese Risiken durch die gem. Art. 4 II und III EG zwingende Mitberücksichtigung eines eventuell überwiegenden öffentlichen Interesses ausgeglichen werden, steht in den Sternen.

Der „Schutz von Gerichtsverfahren und der Rechtsberatung“, ist nicht neu, dafür aber umfassender als der bisherige, etwas vage Begriff der „Rechtspflege“. Auch dieser Schutz versteht sich von selbst. Denn ein Antragsteller kann nicht von einer Institution, z. B. der Kommission, Unterlagen zu einem Prozess erhalten, die er weder vom *EuGH* noch von einem beteiligten Rechtsanwalt erhalten würde.

Allerdings kann aus Art. 6 EMRK bzw. dem gemeinschaftsrechtlichen Anspruch auf einen fairen Prozess bzw. ein unabhängiges Gericht nicht abgeleitet werden, dass allein das Gericht, bei dem ein Rechtsstreit anhängig ist, befugt ist, den Zugang zu den fraglichen Verfahrensunterlagen zu gewähren³⁷. Auch steht der Schutz des öffentlichen Interesses nach der bisherigen Rechtsprechung einer Weitergabe des Inhalts von Dokumenten entgegen, die die Kommission nur für ein bestimmtes Gerichtsverfahren erstellt hat³⁸. Der Schutz von Gerichtsverfahren umfasst nicht nur die eingereichten Schriftsätze oder Dokumente und die internen Schriftstücke, die die Bearbeitung der anhängigen Rechtssache betreffen, sondern auch den Schriftwechsel über die Rechtssache zwischen der betroffenen Generaldirektion und dem Juristischen Dienst oder einer Rechtsanwaltskanzlei³⁹. Dies gilt jedoch nicht für Dokumente, die im Rahmen einer „reinen Verwaltungsangelegenheit“ erstellt wurden, auch wenn die Vorlage dieser Dokumente für die jeweilige Institution in einem Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter nachteilig sein könnte⁴⁰. Die Tatsache, dass eine juristische Person im Rahmen eines Rechtsstreits im Wege prozessleitender Maßnahmen bzw. unter Berufung auf ihre Verteidigungsrechte Zugang zu Dokumenten erhält, schließt einen Anspruch nach der Verordnung nicht aus⁴¹.

Der an dritter Stelle genannte Schutz des Zwecks von Inspektions-, Untersuchungs- und Audittätigkeiten betrifft

31) Vgl. die Rechtsprechungsnachweise in *EuG*, Slg. 1998, II-2289 Rdnr. 121 = *NVwZ* 1999, 59 – Svenska Journalistförbundet/Rat.

32) Vgl. *EuG*, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99 – Olli Mattila/Rat und Kommission.

33) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-2489 Rdnr. 73 – Hautala/Rat.

34) „Sensible Dokumente werden nur mit Zustimmung des Urhebers im Register aufgeführt oder freigegeben“.

35) Nach welchen Kriterien Dokumente als „Top Secret“, „Secret“ bzw. „Confidential“ eingestuft werden, mag intern jeweils definiert sein, ist aber extern nicht erkennbar.

36) Hinzu kommt, dass der Schutz derartiger Dokumente unter Umständen länger als 30 Jahre dauert (vgl. Art. 4 VII Verordnung [EG] Nr. 1049/2001).

37) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, I-1, Rdnr. 17 = *EuZW* 2000, 346 = *NVwZ* 2000 905 = *NJW* 2000, 2807 L – Niederlande u. G. van der Wal/Kommission.

38) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-3521 Rdnr. 40 – Interporc II/Kommission.

39) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-3521 Rdnr. 41 – Interporc II/Kommission.

40) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-3521 Rdnr. 42 – Interporc II/Kommission.

41) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-3521 Rdnr. 44 – Interporc II/Kommission.

klassische administrative Tätigkeiten des jeweiligen Organs und ist ebenfalls elementar.

Der in Art. 4 III Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 eigens geregelte Zugang zu Dokumenten, die von einem Organ für den „internen Gebrauch“⁴² erstellt wurden und sich auf eine Angelegenheit beziehen, in der das Organ noch keinen Beschluss gefasst hat, wird im Gegensatz zu Art. 4 I und II nur im Fall einer „ernstlichen“ Beeinträchtigung des Entscheidungsprozesses des jeweiligen Organs verweigert. Diese differenzierende Vorschrift trägt der Tatsache Rechnung, dass nicht jedes Internum gleich relevant ist, antwortet indes nicht auf die Frage, was die Organe in der Praxis unter einer „ernstlichen“ Beeinträchtigung verstehen werden. Aus der Tatsache, dass ein Dokument öffentlich bekannt gemachte Informationen enthält, folgt jedenfalls nicht, dass die betreffende Institution verpflichtet ist, Zugang zu diesem Dokument zu gewähren, wenn es vorbereitenden Charakter hat und für den internen Gebrauch bestimmt ist⁴³.

Dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit hat der Gemeinschaftsgesetzgeber auch noch unter zwei weiteren Gesichtspunkten Rechnung getragen. Zum einen bestimmt der die Kernaussage in der Rs. Hautala/Rat widerspiegelnde Art. 4 VI Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 im Ergebnis, dass diejenigen Teile eines Dokuments, die keiner Ausnahme unterliegen, freigegeben werden müssen. Allerdings dürfte auch weiterhin gelten, dass nach dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Verwaltung das Gebot der teilweisen Zugangsgewährung nicht zu einem im Verhältnis zum Interesse des Antragstellers am Erhalt dieser Informationen unangemessenen Verwaltungsaufwand führen darf⁴⁴. Eine Institution ist jedenfalls dann berechtigt, keinen teilweisen Zugang zu gewähren, wenn der teilweise Zugang sinnlos wäre, weil die Teile dieser Dokumente im Fall ihrer Zugänglichmachung für den Antragsteller völlig wertlos wären⁴⁵. In zeitlicher Hinsicht gelten die in den Abs. 1 bis 3 des Art. 4 genannten Ausnahmen „nur für den Zeitraum, in dem der Schutz auf Grund des Inhalts des Dokuments gerechtfertigt ist“ (vgl. Art. 4 VII). Eine gewisse Rechtsunsicherheit bleibt auch hier nicht aus.

Angesichts der zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe in der Verordnung wird in der Praxis vieles von der Auslegung und Ermessensausübung, kurz von der Existenz einer guten Verwaltungspraxis abhängen, zu deren Schaffung die Organe gem. Art. 15 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 verpflichtet sind.

III. Das Antragsverfahren

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat am Prinzip des zweistufigen Antragsverfahrens (vgl. Art. 6–8) festgehalten, die Modalitäten jedoch bürgerfreundlicher gestaltet. Klar gestellt ist nunmehr, dass Anträge nicht mit Gründen versehen sein müssen (vgl. Art. 6 I 2). Dies ist konsequent, hat doch jeder Antragsteller, vorbehaltlich der in Art. 4 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 geregelten Ausnahmen, einen gesetzlich verbrieften Anspruch auf Zugang zu Dokumenten. In der Praxis dürfte jedoch de facto zumindest hinsichtlich des zweiten Antrages (vgl. Art. 8 Verordnung [EG] Nr. 1049/2001) ein Begründungszwang bestehen. Denn der Sinn des zweiten Antrages besteht im Wesentlichen darin, die im ersten ablehnenden Bescheid geltend gemachte(n) Ausnahmegründe zu widerlegen bzw. im Falle der Art. 4 II und III darzulegen, warum ggf. das öffentliche Interesse an der Verbreitung der gewünschten Dokumente aus Sicht des Antragstellers überwiegt. Andernfalls würde sich sein zweiter Antrag darin erschöpfen, den ersten, bereits abgelehnten Antrag zu wiederholen.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber kommt dem Kreis potenzieller Antragsteller auch dadurch entgegen, dass er die Frist zwischen Registrierung des Erst- bzw. Zweit-antrages und der jeweiligen Entscheidung auf 15 Arbeitstage, d. h. drei Wochen, und damit im Verhältnis zu der von der Kommission vorgeschlagenen Monatsfrist nicht unerheblich reduziert hat (vgl. Art. 7 I). Demgegenüber ist der mutige Vor-

schlag der Kommission⁴⁶, ein Schweigen auf den Zweit-antrag als stattgebende Entscheidung zu fingieren⁴⁷, zu Gunsten einer rechtsdogmatisch zwar verbreiteten, dafür aber sehr viel weniger bürgerfreundlichen Vorschrift gewichen, derzufolge das Schweigen des Organs als stillschweigende Ablehnung gilt.

Vor seiner Entscheidung über einen Erst- bzw. Zweit-antrag auf Zugang zu den Dokumenten muss das jeweilige Organ auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Informationen und der jeweiligen Umstände des Einzelfalles⁴⁸, für jedes beantragte Dokument⁴⁹, und zwar hinsichtlich aller im jeweiligen Dokument enthaltenen Informationen⁵⁰, prüfen, ob die Verbreitung tatsächlich geeignet ist, ein durch die Ausnahmeregelung(en)⁵¹ geschütztes öffentliches Interesse zu beeinträchtigen.

Die jeweilige Institution muss folglich in der Begründung ihrer Entscheidung (vgl. hierzu Art. 7 I und Art. 8 I Verordnung [EG] Nr. 1049/2001) erkennen lassen, dass sie eine konkrete Beurteilung der betreffenden Dokumente vorgenommen hat⁵². Die Begründungspflicht dient einem doppelten Ziel: Zum einen soll es den Betroffenen ermöglicht werden, die tragenden Gründe für die erlassene Maßnahme zu erkennen, um ihre Rechte zu wahren. Zum anderen soll der Gemeinschaftsrichter in die Lage versetzt werden, die Entscheidung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Frage, ob die Begründung einer Entscheidung diesen Erfordernissen genügt, ist nicht nur im Hinblick auf ihren Wortlaut zu beurteilen, sondern auch anhand ihres Kontextes, sowie sämtlicher Rechtsvorschriften, die das betreffende Gebiet regeln⁵³. Diese Verpflichtung bedeutet jedoch nicht, dass Rat, Kommission und Parlament unter allen Umständen gehalten wären, für jedes Dokument die zwingenden Gründe anzugeben, die die Anwendung der Ausnahme zum Schutz des öffentlichen Interesses rechtfertigen, da sonst die wesentliche Funktion dieser Ausnahme gefährdet wäre. Es könnte sich nämlich als unmöglich erweisen, die Gründe für die vertrauliche Behandlung jedes Dokuments anzugeben, ohne den Inhalt dieses Dokuments bekannt zu machen und ohne der Ausnahme damit ihre wesentliche Zweckbestimmung zu nehmen⁵⁴. Allerdings genügt das Organ seiner Begründungspflicht nicht, wenn es sich ausschließlich auf die allgemeinen Merkmale der angeforderten Dokumentenkategorien stützt⁵⁵, oder sich einer Schlussfolgerung erschöpft, eine bestimmte Ausnahme greife ein⁵⁶.

42) Zu den administrativen internen Dokumenten zählt z. B. eine Stellungnahme des Juristischen Dienstes einer Institution; vgl. hierzu *EuG*, Slg. 1998, II-485 – Carlsen U. A./Rat.

43) Vgl. *EuG*, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99, Olli Mattila/Rat und Kommission.

44) Vgl. *EuG*, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99, Olli Mattila/Rat und Kommission.

45) Vgl. *EuG*, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99, Olli Mattila/Rat und Kommission.

46) Vgl. dort Art. 6 II Unterabs. 2.

47) Vgl. z. B. Art. 90, 91 Beamtenstatut.

48) Vgl. *EuG*, Slg. 1999, II-2489 Rdnr. 67 = NVwZ 1999, 1216 – Hautala/Rat.

49) Etwas unklar, ob dies für jedes einzelne Dokument oder zumindest für jede Gruppe von Dokumenten gilt, so *EuG*, Slg. 1998, II-2289 Rdnr. 117 = NVwZ 1999, 59 – Svenska Journalistförbundet/Rat.

50) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, II-3269 Rdnr. 46 – JT's Corporation Ltd/Kommission.

51) Eine Institution kann sich auf mehrere Ausnahmen berufen, die entweder der gleichen Kategorie angehören, z. B. zu Art. 4 I lit. a oder verschiedenen Kategorien, z. B. Art. 4 I und II (vgl. in diesem Sinne *EuG*, Slg. 2000, II-3011 Rdnr. 40 – Denkavit Nederland BV/Kommission, sowie *EuG*, Slg. 1998, II-2289 Rdnr. 114 = NVwZ 1999, 59 – Svenska Journalistförbundet/Rat).

52) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, II-3269 Rdnr. 65 m. w. Nachw. – JT's Corporation Ltd/Kommission.

53) Vgl. z. B. *EuG*, Slg. 2000, II-1959 Rdnr. 36 m. w. Nachw. – Aldo Kuijter/Rat.

54) Vgl. *EuG*, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99 – Olli Mattila/Rat und Kommission.

55) Vgl. *EuG*, Slg. 2000, II-3269 Rdnr. 65 m. w. Nachw. – JT's Corporation Ltd/Kommission.

56) Vgl. hierzu *EuG*, Slg. 1998, II-231 Rdnr. 55 – Interporc I/Kommission.

Der in den Art. 10 und 12 Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 geregelt Zugang im Anschluss an einen positiven Bescheid ist verhältnismäßig unbürokratisch gestaltet, da die Dokumente in elektronischer Form erhältlich und die anfallenden Kosten beschränkt sind.

IV. Gerichtsverfahren

Wird der Zweitantrag abgelehnt oder antwortet das jeweilige Organ nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist, so kann der Antragsteller Beschwerde beim Bürgerbeauftragten einlegen und/oder eine Klage gegen das jeweilige Organ erheben (vgl. Art. 8). Der Verweis auf den möglichen Beschwerdeweg ist ebenfalls ein Novum, das möglicherweise auf der Erkenntnis beruht, dass sich diese Materie eher für den die Rolle eines außergerichtlichen Streit-schlichters einnehmenden Bürgerbeauftragten eignet, als für das EuG. Diese Vorschrift hat jedoch nur dann einen Sinn, wenn beide die gleiche Prüfungskompetenz haben (vgl. hierzu nachfolgend). Kommt es zu einem Gerichtsverfahren, in der Regel in Gestalt einer Nichtigkeitsklage⁵⁷ – was bisher in ca. 25 Fällen geschehen ist – so darf das EuG lediglich prüfen, ob die Verfahrensbestimmungen und die Bestimmungen über die Begründung eingehalten worden sind, ob der Sachverhalt zutrifft, ob bei der Tatsachewürdigung kein offensichtlicher Fehler unterlaufen ist und ob kein Ermessenmissbrauch vorliegt⁵⁸. Keinesfalls ist das EuG befugt, an die Stelle des jeweiligen Organs zu treten und dessen Ermessensausübung im Einzelnen nachzuprüfen. Trotzdem hatten bisher mehr als die Hälfte aller Klagen Erfolg⁵⁹ – ein Rekord in der Geschichte der Gemeinschaftsgerichte⁶⁰. Wissen sollte ein Kläger allerdings auch, dass ein Organ, dessen Entscheidung durch ein Urteil aufgehoben wurde, nicht gehindert ist, im Rahmen der Umsetzung des Urteils einen anderen Ausnahmegrund geltend zu machen, als im Rahmen der aufgehobenen Entscheidung⁶¹. In prozeduraler Hinsicht kann das EuG die Vorlage der Dokumente verlangen (vgl. Art. 65 b, 66 I und 67 III VerfO EuG), was ggf. von einer Partei angeregt bzw. beantragt werden kann, ohne dass diese Partei Einblick in diese Unterlagen erhält⁶².

V. Bewertung und Ausblick

Die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten stärkt die Kontrolle der Bürger über die Organe der EU⁶³. Gleichzeitig liefert sie für viele in der Sphäre des Gemeinschaftsrechts tätigen Rechtsanwälte, Firmen-, Verbands- und Interessenvertreter ein wertvolles Arbeitsinstrument. Die Einsichtnahme in unveröffentlichte Dokumente eines Organs kann den Einzelnen, z. B. im Hinblick auf ein bevorstehendes Gesetzgebungsverfahren, konkret orientieren. Durch den Zugang zu Dokumenten lässt sich ggf. auch besser sondieren, ob und ggf. welche Chancen eine Direktklage gegen einen Rechtsakt, bzw. ein auf eine Gültigkeitsprüfung gerichtetes Vorabentscheidungsverfahren, haben kann. Denn es lässt sich auf diesem Wege z. B. prüfen, ob die für die Rechtmäßigkeit zahlreicher Richtlinien, Verordnungen bzw. Entscheidungen unabdingbare Anhörung bzw. Miteinbeziehung eines beratenden Ausschusses stattgefunden hat und ggf. mit welchem Ergebnis. Dies spielt in vielen Bereichen des Sekundärrechts, wie z. B. dem Lebensmittel-, Human- und Tierarzneimittel-, Kosmetik-, Mehrwertsteuer- und Sonderverbrauchssteuerrecht, der Zulassung von chemischen Stoffen und Substanzen usw. eine wichtige Rolle. Ferner kann auf diesem Wege z. B. hinsichtlich der dem Gesundheitsschutz dienenden und nicht selten durch den Hinweis auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse motivierten Harmonisierungsgesetzgebung

überprüft werden, ob und ggf. auf welche neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse (vgl. hierzu Art. 95 V EG) sich der Gemeinschaftsgesetzgeber stützt⁶⁴.

Die Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 hat aber auch das Verdienst, die bisherigen Rechtsinstrumente durch eine homogenere und bürgerfreundlichere Regelung zu ersetzen. Allerdings wird letztlich auch bei dieser Verordnung vieles von der Praxis der Organe abhängen. Hier gilt es für Kommission, Rat und Parlament Abschied zu nehmen von einer bisher auffallend restriktiven Verwaltungspraxis, die durch die Gemeinschaftsgerichte seit 1994 in einer geradezu unglaublich hohen Anzahl von Fällen sanktioniert worden ist⁶⁵. Dies setzt als erstes einen entsprechenden Bewusstseinswandel der Institutionen voraus.

57) Deren Zulässigkeit sich freilich nach den allgemeinen Regeln richtet; vgl. zu einem Fall der Unzulässigkeit EuG, Slg. 2001, II-717 – Pit-siorlas/Rat und EZB.

58) Vgl. EuG, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99 – Olli Mattila/Rat und Kommission, ebenso EuG, Slg. 1999, II-2489 Rdnr. 72 – Hautala/Rat.

59) Vgl. z. B. EuG, Urt. v. 10. 10. 2001 – Rs. T-111/00 – British American Tobacco/Kommission.

60) Hinzu kommen eine Reihe von Beschlüssen, mit denen das EuG das jeweilige Klageverfahren für erledigt erklärt und der Institution die Kosten auferlegt hat, vgl. EuG, Slg. 1999, II-3509 – Elder/Kommission, sowie, unter dem Aspekt der Kostenfestsetzung, EuG, Beschl. v. 27. 11. 2000 – Rs. T-78/99 (92) – Elder/Kommission.

61) Vgl. EuG, Slg. 1999, II-3521 Rdnrn. 54–56 – Interporc II/Kommission.

62) Erfolg hatte ein solcher Antrag in EuG, Beschl. v. 19. 2. 2001 – Rs. T-111/00 – British American Tobacco/Kommission, keinen Erfolg hingegen in EuG, Urt. v. 12. 7. 2001 – Rs. T-204/99 – Olli Mattila/Rat und Kommission.

63) Da dies wiederum voraussetzt, dass möglichst viele Gemeinschaftsbürger von der Existenz dieser Verordnung erfahren, hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber verpflichtet, die Öffentlichkeit über ihre in der Verordnung garantierten Rechte zu unterrichten (vgl. Art. 14).

64) Vgl. z. B. die anhängige Rs. T-311/00, British American Tobacco/Kommission, ABIEG Nr. C 355 v. 9. 12. 2000, S. 36.

65) Bisher sind die drei Organe in über der Hälfte aller Klageverfahren unterlegen, wobei die Fälle, in denen es zu einer durch das Verhalten der Institution gerechtfertigten Klagerücknahme (vgl. z. B. EuG, Slg. 1997, II-2097 – Berge/Kommission) bzw. Erledigung der Hauptsache mit Kostentragungspflicht der jeweiligen Institution (vgl. z. B. Rs. T-78/99 – Sonia Marion Elder/Kommission, ABIEG Nr. C 174 v. 19. 6. 1999, S. 11 und T-178/99, Sonia Marion Elder/Kommission, ABIEG Nr. C 281 v. 2. 10. 1999, S. 28) noch hinzukommen.

Texte und Dokumente

Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. 5. 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission

DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DER RAT DER EUROPÄISCHEN UNION – gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere auf Art. 255 II EG, auf Vorschlag der Kommission¹, gem. dem Verfahren des Art. 251 EG², in Erwägung nachstehender Gründe:

1. In Art. 1 II EU, wonach der Vertrag eine neue Stufe bei der Verwirklichung einer immer engeren Union der Völker Europas darstellt, in der die Entscheidungen möglichst offen und möglichst bürgernah getroffen werden, ist das Prinzip der Transparenz verankert.

1) ABIEG Nr. C 177 E v. 27. 6. 2000, S. 70.

2) Stellungnahme des Europäischen Parlaments v. 3. 5. 2001 und Beschl. des Rates v. 28. 5. 2001.

Aufsätze und Berichte

Neuere Entwicklungen im Bereich des Rechtsmittelverfahrens

Von Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, Hamburg / Brüssel*

Anknüpfend an die Darstellung der Reichweite der Prüfungskompetenz des EuGH in Rechtsmittelverfahren (Wägenbaur, EuZW 1995, 199) schildert der nachfolgende Beitrag die für das „ob“ und „wie“ eines jeden Rechtsmittels relevanten neueren Entwicklungen im Bereich der Rechtsprechung und Verfahrensordnung des EuGH.

I. Einleitung

Derzeit gehen bei den Gemeinschaftsgerichten Jahr für Jahr ziemlich konstant um die 700 neue Rechtssachen ein. Jede Klage- und Verfahrensart erlebt dabei ihre eigene Konjunktur. Ist z. B. die Anzahl an Vorabentscheidungsersuchen seit 1995, trotz dreier neuer Mitgliedstaaten, eher rückläufig – was sich ab 2004 übrigens wieder ändern dürfte – so haben z. B. die Rechtsmittel im gleichen Zeitraum merklich zugenommen. Dadurch erhielt der EuGH nicht nur Gelegenheit seine st. Rspr. zu zentralen Fragen zu bestätigen, sondern, mehr noch als in der Vergangenheit, bisher eher versteckt gebliebene Aspekte des Rechtsmittelverfahrens zu beleuchten. In jüngerer Zeit kam dann erstmals seine bis dato eher theoretisch gebliebene Rechtsprechung zum „Entstellen von Tatsachen“ (vgl. nachfolgend II. 4. a.) gleich in mehreren Fällen zum Tragen.

II. Die neueren Entwicklungen

1. Das „Ob“ eines Rechtsmittels

Es mag müßig erscheinen über die Gründe zu reflektieren, die eine erstinstanzliche Partei veranlassen, ein Rechtsmittel einzulegen, ist doch der EuGH nicht dazu aufgerufen selbige zu überprüfen, mit Ausnahme der von Amts wegen stattfindenden Prüfung des Rechtsschutzinteresses (vgl. unten II. 6.)¹. Indes sollte kein Rechtsmittelmotiv und sei es noch so wichtig, den potenziellen Rechtsmittelkläger davon abhalten, sich zu aller erst ein objektives und vollständiges Bild über den Inhalt der erstinstanzlichen Entscheidung zu verschaffen. Diese so selbstverständlich wirkende Übung zu unterschätzen kann gravierende Folgen haben. Denn wie der EuGH, erstaunlicherweise erst in jüngerer Zeit, festgestellt hat, ist jede Rüge, die darauf beruht, dass eine Rechtsmittelpartei bestimmte Teile der erstinstanzlichen Entscheidung falsch verstanden oder nicht zur Kenntnis genommen hat, unbegründet² wenn nicht sogar offensichtlich unbegründet³. Anders gesagt: Kein noch so legitimes und aussichtsreich wirkendes rechtliches, wirtschaftliches oder gar politisches Motiv sollte den potenziellen Rechtsmittelführer dazu verleiten, Dinge in eine erstinstanzliche Entscheidung hineinzulesen, die dort entweder nicht oder nicht in dieser Form stehen⁴. Dies schließt freilich nicht aus, ein eventuelles Defizit oder gar einen Widerspruch in der Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung zu rügen, da es sich hierbei um eine in der Rechtsmittelinanz überprüfbare Rechtsfrage handelt (vgl. unten II. 5.).

2. Der Gegenstand eines Rechtsmittels

Die Vorschriften der Art. 56 I sowie 57 I und II Satzung EuGH, wonach ein Rechtsmittel gegen Endentscheidungen des EuG, Entscheidungen, die über einen Teil des Streitgegenstands ergangen sind oder die einen Zwischenstreit i. S. des Art. 114 VerFO EuG beenden, sowie im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ergangene Entscheidungen, zulässig ist⁵, werfen nur selten Probleme auf. Fest steht, so es einer solchen Klarstellung

überhaupt bedurfte, dass es einer in erster Instanz nur teilweise unterlegenen Partei unbenommen bleibt, insoweit ein Rechtsmittel einzulegen⁶. In anderen Fällen ist eine derartige „isolierte“ Anfechtung hingegen unzulässig. Stellt das EuG im Rahmen seiner Endentscheidung z. B. fest, dass ein Zwischenstreit über eine im Rahmen dieses Verfahrens erhobene Einrede der Unzulässigkeit beendet ist, so ist ein nur gegen diese Feststellung gerichtetes Rechtsmittel unzulässig⁷. Das gleiche gilt hinsichtlich eines Rechtsmittels gegen einen erstinstanzlichen Beschluss, der es einer Partei aufgibt, Dokumente vorzulegen, um sie zu den Verfahrensakten zu nehmen und der Gegenpartei zur Kenntnis zu bringen⁸.

3. Inhalt der Rechtsmittelschrift

Anders als noch in den Anfangsjahren neigen Rechtsmittelkläger heute weniger dazu, das Rechtsmittel mit einem die Überprüfung von Rechts- und Tatsachenfragen umfassenden Berufungsverfahren zu verwechseln. Dem liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass ein Rechtsmittel nicht der Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens dient und die Rechtsmittelschrift den in Art. 112 und 113 VerFO EuGH enthaltenen Vorgaben entsprechen muss. Dennoch ist es selbst heute, ca. 13 Jahre nach Schaffung der europäischen Rechtsmittelinanz, keineswegs immer leicht, sich im Spannungsverhältnis zwischen dem Verbot der schlichten Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens⁹, dem Verbot jeglicher Veränderung des erstinstanzlichen Streitgegenstandes¹⁰ und der Pflicht einer genauen Angabe von Rechtsmittelgründen (vgl. Art. 112 § 1 VerFO EuGH) zu rechtzufinden. Es mag diese Erkenntnis gewesen sein, die den EuGH in jüngerer Zeit zu einer – an sich längst fälligen – Klarstellung bewegt hat: Ein Rechtsmittelkläger kann sich auf seine bereits in erster Instanz vorgetragene Argumentation stützen und sie gegebenenfalls sogar wortgleich wiederholen¹¹, um darzutun, dass das EuG durch die Zurückweisung der Klagegründe und Argumente das Gemeinschaftsrecht verletzt hat¹², solange er dabei die mit dem

* Der Autor ist Partner in der Kanzlei Kemmler, Rapp, Böhle in Brüssel. Bester Dank gilt Herrn Rechtsreferendar Gérard Cabolet für seine freundliche Unterstützung.

1) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1999, I-4125 – Kommission/Anic Participazioni.

2) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1997, I-1229 – Galtieri/Parlament; Slg. 1998, I-7183 = EuZW 1999, 181 – Kruidvat/Kommission.

3) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 2000, I-3061 – Deutsche Post/IECC u. Kommission.

4) Ein gem. Art. 129 VerFO EuG an sich möglicher Antrag auf Auslegung von Urteilen bleibt in dieser Situation völlig theoretisch, da die Rechtsmittelfrist zwischenzeitlich weiter läuft.

5) Rechtsmittelfähig ist ferner der einen Antrag auf Zulassung als Streithelfer ablehnende Beschluss (vgl. Art. 57 Satzung EuGH).

6) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 2001, I-6251 = EuZW 2001, 666 – Procter & Gamble/Harmonisierungsamt; vgl. ferner EuGH, Slg. 2001, I-5603 Rdnrn. 24 f. – Kommission u. a./TFI.

7) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 2002, I-1873 – Rat/Böhringer Ingelheim.

8) Vgl. EuGH, Slg. 1999, I-6467 – Kommission/ADT Projekt.

9) St. Rspr., vgl. hierzu z. B. EuGH, Slg. 2001, I-5005 – Eridania.

10) Vgl. Art. 113 VerFO EuGH.

11) Vgl. z. B. EuGH, Slg. 2001, I-3811 – FNAB, SETRAB u. Est Distribution SARL/Rat; Slg. 2001, I-4239 – Sadam Zucherifici/Società Esercizi Commerciali Industriali SpA u. a.

12) Vgl. EuGH, Slg. 2001, I-3811 – FNAB, SETRAB und Est Distribution SARL/Rat.

Rechtsmittel gerügten Teile der erstinstanzlichen Entscheidung eindeutig identifiziert¹³. In einem solchen Vorbringen eine unzulässige Wiederholung der erstinstanzlichen Instanz zu sehen würde dem Rechtsmittelverfahren „einen Teil seiner Bedeutung nehmen“, wie es nunmehr, ein wenig euphemistisch, in der neueren Rechtsprechung des *EuGH* heißt¹⁴. Da die Abgrenzung zwischen „simpler“, will heißen unzulässiger Wiederholung des erstinstanzlichen Verfahrens und zulässigem Rechtsmittelvorbringen im Einzelfall trotzdem Probleme bereiten kann¹⁵, sollten Rechtsmittelparteien jedenfalls darauf achten, die streitigen Teile der erstinstanzlichen Entscheidung, also die einschlägige Randnummer(n) oder gegebenenfalls den beanstandeten Satz oder Halbsatz in ihrer Rechtsmittelschrift exakt zu bezeichnen. Man sollte also z. B. keinesfalls davon ausgehen, dass der *EuGH* die gerügten Stellen ex officio, anhand einer Gesamtschau des Vorbringens, herausarbeiten wird. Indes ist eine Rechtsmittellüge nicht schon deshalb unzulässig, weil sie sich nicht auf sämtliche Gründe bezieht, die der streitigen Rechtsansicht des *EuG* zu Grunde liegen¹⁶. Davon abgesehen bleibt es bei dem Verbot jeglicher Veränderung des erstinstanzlichen Streitgegenstandes¹⁷, und damit jedem Rechtsmittelführer z. B. auch verwehrt, den *EuGH* um eine Prüfung der Begründetheit zu ersuchen, wenn das *EuG*, sei es von Amts wegen oder auf Grund einer entsprechenden Einrede i. S. des Art. 114 VerfO *EuG*, lediglich die Zulässigkeit der Klage geprüft hat¹⁸.

Hinsichtlich des übrigen Inhalts der Rechtsmittelschrift, zu dem auch die eventuell beigefügten Anlagen zählen, hat der *EuGH* entschieden, dass ein Verstoß gegen die in Art. 112 § 1 i. V. mit Art. 37 VerfO *EuGH* enthaltene Pflicht, jedem Schriftsatz die jeweils erforderlichen Anlagen beizufügen, nicht die Unzulässigkeit des Rechtsmittels zur Folge hat, zumal wenn diese Unterlagen den Parteien bereits aus dem erstinstanzlichen Verfahren bekannt sind¹⁹. Schließlich ist ein Rechtsmittel nicht schon deshalb unzulässig, weil der Rechtsmittelführer nicht eigens die Namen der anderen am erstinstanzlichen Verfahren beteiligten Parteien aufgeführt, sowie das Datum angegeben hat, an dem ihm die erstinstanzliche Entscheidung zugestellt worden ist²⁰.

4. Insbesondere: Die Abgrenzung zwischen Tatsachen- und Rechtsfragen

Die – gleich an zwei Stellen²¹ verankerte – Beschränkung des Rechtsmittels auf Rechtsfragen ist heute kein Geheimnis mehr, was freilich nicht heißt, dass sich alle Parteien hieran halten. Zumindest die offensichtlichsten Verstöße, wie z. B. das Anbieten neuer Beweismittel in der Rechtsmittelinstanz, sind selten geworden. Die Rechtsprechung lässt aber auch erkennen, dass die Rechtsmittelkläger zunehmend versuchen, sich die zwar schmale aber eben durchaus vorhandene Zuständigkeit des *EuGH* im Bereich der Tatsachenfeststellung bzw. -bewertung zu Nutze zu machen, wie erste zwischenzeitlich erzielte Erfolge belegen.

a) *Tatsachenfeststellung*. Der *EuGH* hat schon früh bestätigt, dass das Feststellen von Tatsachen grundsätzlich Sache des *EuG* bleibt, er jedoch überprüfen kann, ob eine in erstinstanzliche Tatsachenfeststellung auf der Grundlage der vorliegenden Prozessunterlagen „objektiv falsch“ ist²². Dies ist der Fall, wenn das *EuG* den ihm unterbreiteten Tatsachenvortrag „entstellt“ hat²³, was, ebenso wie im Falle des Verfälschens von Beweismitteln (vgl. nachfolgend b.) ein gewisses Maß an Offensichtlichkeit voraussetzen dürfte²⁴. Eine solche Rüge hatte erst in jüngerer Zeit, dafür gleich mehrmals, Erfolg:

In der Rs. *DIR International Film*²⁵ stellte der *EuGH* fest, dass das *EuG* die streitige Kommissionsentscheidung in seinem Urteil unzutreffend zitiert und damit deren Inhalt unrichtig wiedergegeben hat. Der Rechtsfehler des *EuG* bestand darin, die in der

streitigen Entscheidung enthaltene Begründung durch eine eigene ersetzt zu haben.

In der Rs. *Kommission/Trenker*²⁶ sowie sieben weiteren, gegen einstweilige Beschlüsse des *EuG* gerichteten und inhaltlich allesamt eng miteinander verbundenen Rechtsmittelverfahren²⁷ kam der *EuGH* zu dem Ergebnis, dass das *EuG* bei der Beurteilung des *fumus boni juris* und der Interessenabwägung keine „auch nur summarische Prüfung der Begründung in Anhang II der angefochtenen Entscheidung“ vorgenommen habe²⁸.

Während also das *EuG* in der Rs. *DIR International Film* die Tatsachen geprüft, dabei aber in gewissem Umfang entstellt hat, betreffen die 8 Schwesterverfahren *Trenker* gewissermaßen eine Steigerungsform, nämlich den Fall, dass das *EuG* in einer streitigen Kommissions-Entscheidung enthaltene Tatsachen erst gar nicht berücksichtigt hat. Ein derartiges Unterlassen stellt also selbst im Rahmen des seiner Natur nach summarischen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes²⁹ einen Rechtsfehler dar, der durch den *EuGH* überprüft werden kann. Beide vorstehend erläuterten Varianten, zumal die zweite, bilden in der Praxis eine nicht zu unterschätzende Hürde, wie die nicht wenigen untauglichen Versuche illustrieren³⁰.

b) *Tatsachenwürdigung*. Auch die tatsächliche Würdigung von Fakten – nicht zu verwechseln mit der in die Zuständigkeit des *EuGH*³¹ fallenden Überprüfung der rechtlichen Würdigung von Tatsachen³² – bleibt grundsätzlich Sache des *EuG*³³. Der *EuGH* kann allerdings überprüfen, ob das *EuG* ein Beweismittel „verfälscht“ hat³⁴. In seiner deutschen Fassung ist dieser Begriff nicht gerade aus sich heraus verständlich. Klar ist nur, dass damit etwas anderes gemeint ist, als das – ausnahmslos unzulässige – Ersetzen der erstinstanzlichen Beurteilung der Beweiselemente durch eine eigene Beurteilung des *EuGH*³⁵. Anhand der englischen

13) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 9. 1. 2003 – Rs. C-76/00 – *Petrobub u. Republica/Rat*.

14) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2002, I-4287 Rdnr. 49 – *ARAP und RAR/Kommission*.

15) Vgl. *Hackspiel*, in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Hdb. des Rechtsschutzes in der EU, 2. Aufl. (2003), S. 502.

16) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-5281 – *Ismeri Europa/Rechnungshof*; vgl. ferner *EuGH*, Slg. 2000, I-8147 – *Industrie des Poudres sphériques/Rat*.

17) Vgl. Art. 113 § 2 VerfO *EuGH*.

18) Vgl. z. B. die Schlussanträge, Slg. 2000, I-3977 – *Ca'Pasta/Kommission*.

19) Vgl. *EuGH*, Urt. v. 24. 10. 2002 – Rs. C-82/01 – *Aéroports de Paris/Kommission*.

20) Vgl. *EuGH*, Slg. 1996, I-5547 Rdnrn. 10f. – *Tremblay u. a./Kommission*.

21) Vgl. Art. 225 I EG u. Art. 58 VerfO *EuGH*.

22) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-9197 – *Z/Parlament*; Slg. 1999, I-4287 Rdnr. 60 – *Hüls/Kommission*.

23) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-5281 – *Ismeri Europa/Rechnungshof*.

24) Vgl. in diesem Sinne *EuGH*, Slg. 2000, I-4549 Rdnr. 46 – *Dorsch Consult/Rat*.

25) Vgl. *EuGH*, Slg. 2000, I-447 Rdnrn. 43f. – *DIR International Film u. a./Kommission*.

26) Vgl. *EuGH*, Slg. 2001, I-2823 – *Kommission/Laboratoires pharmaceutiques Trenker SA*.

27) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-2865 – *Kommission/Cambridge Healthcare Supplies Ltd.*

28) Besagter Anhang enthielt die wissenschaftlichen Schlussfolgerungen eines Sachverständigenausschusses.

29) Vgl. hierzu B. *Wägenbaur*, *EuZW*, 1996, 327.

30) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-3875 = *EuZW* 2001, 590 – *IECC/Kommission*.

31) St. Rspr., vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-9197 Rdnr. 37 – *Z/Parlament*.

32) Diese Rüge ist jedoch unzulässig, wenn sie in Wirklichkeit auf eine Überprüfung der Tatsachen hinausläuft, vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 2001, I-6733 Rdnr. 46 – *EIB/van Houtem*.

33) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2002, I-867 Rdnr. 59 – *Conserva Italia Soc. Coop. arl/Kommission*.

34) St. Rspr., vgl. *EuGH*, Slg. 2001, I-5333, Rdnr. 17 – *Irish Sugar/Kommission*.

35) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2002, I 3793 Rdnr. 24 – *Campogrande/Kommission*.

Fassung wird deutlich, dass ein Beweismittel verfälscht ist „where the clear sense of the evidence produced before it has been distorted“³⁶. Mit anderen Worten, ein Beweismittel, z. B. eine Urkunde, verfälscht, wer es offensichtlich fehlerinterpretiert³⁷. Es lässt sich nur schwer einschätzen, ob hierin nun eine noch höhere Hürde liegt, als hinsichtlich der Rüge des Entstellens von Fakten. Tatsache ist jedenfalls, dass bis dato alle insoweit unternommenen Versuche erfolglos geblieben sind, sei es weil die betreffenden Rechtsmittelkläger das aus ihrer Sicht verfälschte Beweismittel nicht bezeichnet haben oder zwar angeben, dann aber keine genaue Begründung³⁸ liefern, sei es weil sie damit in Wirklichkeit eine erneute Prüfung von Sachverhaltsfragen anstreben, für die allein das *EuG* zuständig ist³⁹.

c) *Gemengelagen*. Es werden wohl immer Bereiche verbleiben, in denen Tatsachen- und Rechtelelemente derart miteinander verquickt sind, dass eine Einordnung nicht auf der Hand liegt. Um eine solche hybride Situation handelt es sich z. B. bei der Frage, ob die Dauer eines Verwaltungs- oder Klageverfahrens übermäßig lang war. Hier dürfte eine Gesamtbetrachtung weiterhelfen: Die zeitliche Dauer ist, isoliert betrachtet, eine Tatsachenfrage, was nicht hindert, dass es sich insgesamt gesehen um eine Rechtsfrage handelt⁴⁰.

d) *Abgrenzung zur Rüge der unzureichenden Begründung*. Zwischen der Rüge der widersprüchlichen oder unzulänglichen erstinstanzlichen Begründung⁴¹ und der Rüge des Entstellens von Tatsachen bzw. Verfälschens von Beweismitteln besteht nur eine scheinbare Ähnlichkeit, was jedoch gegebenenfalls nicht ausschließt, bestimmte Situationen unter beiden Blickwinkeln zu betrachten. Dies mag den *EuGH* bewogen haben, eine für unzulässig erklärte Rüge der Nichtberücksichtigung von Beweismitteln in eine Rüge der mangelnden Begründung umzudeuten⁴². Das *EuG* ist indes nicht verpflichtet, die Würdigung der einzelnen ihm vorgelegten Beweismittel ausdrücklich zu begründen, insbesondere wenn es der Auffassung ist, dass diese bedeutungslos oder für den Ausgang des Rechtsstreits unerheblich sind⁴³.

e) *Sonstige Zuständigkeitsfragen*. In der Zwischenzeit hatte der *EuGH* auch Gelegenheit, die Reichweite seiner Prüfungskompetenz im Bereich des Wettbewerbs- und Schadensersatzrechts zu präzisieren. So ist es nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Beurteilung des *EuG*, das in Ausübung seiner unbeschränkten Nachprüfungsbefugnis über den Betrag der gegen Unternehmen wegen ihres Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht festgesetzten Geldbußen entscheidet, aus Gründen der Billigkeit durch seine eigene Beurteilung zu ersetzen⁴⁴. Allerdings ist der *EuGH* für eine solche Überprüfung durchaus zuständig, wenn er keine weiteren tatsächlichen Feststellungen bzw. eine eigene Bewertung der Schwere des Verstoßes vornehmen muss⁴⁵. Es bleibt hingegen alleinige Sache des *EuG*, im Rahmen einer Schadensersatzklage über Art und Umfang des Schadensersatzes zu befinden⁴⁶. Ob sich das *EuG* bei der Abweisung einer Klage auch auf nicht mit den Klägern erörterte Angaben zum Sachverhalt stützen kann, ist hingegen eine Rechtsfrage⁴⁷. Das gleiche gilt für die in Art. 44 I Satzung *EuGH* (Antrag auf Wiederaufnahme) enthaltene Wendung: „Tatsache von entscheidender Bedeutung. ..., die vor Verkündung des Urteils dem *EuGH* und der die Wiederaufnahme beantragenden Partei unbekannt war“⁴⁸.

5. Fristen

Rechtsmittelparteien werden natürlich auch in Zukunft damit leben müssen, dass die für das Rechtsmittel wie die Rechtsmittelbeantwortung jeweils geltende zweimonatige Frist⁴⁹ zwingender Natur ist⁵⁰, was jede Fristverlängerung ausschließt. Jedoch hat der Gesetzgeber in der Zwischenzeit zumindest den Umgang mit diesem starren Rahmen für alle Beteiligten spürbar erleichtert, und zwar in dreierlei Hinsicht:

Erstens beträgt die zu der zweimonatigen Rechtsmittelfrist hinzukommende Entfernungsfrist seit dem 1. 2. 2001⁵¹, pauschal, d. h. für alle Mitgliedstaaten, 10 Tage⁵². Damit gewinnt z. B. ein in Deutschland ansässiger Rechtsmittelführer immerhin 4 Tage Frist hinzu, hatte er doch bisher nur Anspruch auf 6 Tage Entfernungsfrist.

Zweitens hat der Gesetzgeber – endlich – der Evolution der Telekommunikation durch eine entsprechende Anpassung der Verfahrensordnungen Rechnung getragen, – womit er die bis zum 1. 2. 2001 z. B. hinsichtlich der Übermittlung von Schriftsätzen per Telefax bestehende Diskrepanz zwischen der Praxis des *EuG* und derjenigen des *EuGH*, der nicht wenige Rechtsmittelkläger zum Opfer gefallen sind, aus der Welt geschafft hat. So wirkt die Übermittlung von Schriftsätzen mittels Fernkopierer oder „sonstiger technischer Kommunikationsmittel“, gemeint ist hiermit vor allem die elektronische Post⁵³, innerhalb der Rechtsmittelfrist zusätzlich Entfernungsfrist fristwährend, sofern die Urschrift des Schriftsatzes nebst Anlagen und Abschriften spätestens zehn Tage danach bei der Kanzlei des *EuGH* eingereicht werden⁵⁴.

Drittens können sich die Rechtsmittelparteien, ebenfalls seit dem 1. 2. 2001, die mit der bisher vorgeschriebenen Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten in Luxemburg verbundenen Kosten wie zeitlichen Verzögerungen sparen, indem sie sich gegenüber dem *EuGH* damit einverstanden erklären, dass Zustellungen mittels Fernkopierer oder sonstiger technischer Kommunikationsmittel, direkt an die Adresse ihres Prozessbevollmächtigten erfolgen⁵⁵.

Eine weitere Erleichterung, die sich weniger auf die Fristen, als vielmehr auf die – nicht minder wichtige – Gesamtdauer des Rechtsmittelverfahrens auswirkt, bringt das neue Instrument des beschleunigten Verfahrens: Dessen Hürde besteht freilich zum einen darin, dass der Rechtsmittelkläger den *EuGH* im Wege eines entsprechenden, mit besonderem Schriftsatz gestellten Antrages⁵⁶

36) Vgl. z. B. *EuGH*, Urt. v. 7. 11. 2002 – Rs. C-24/01 – Glencore Grain/Kommission; Slg. 2001, I-6041 Rdnr. 26 – Personalrat der EZB u. a./EZB; vgl. ferner *EuGH*, Slg. 1998, I-3111 Rdnr. 22 – John Deere/Kommission: „where the evidence has been fundamentally misconstrued“.

37) Vgl. hierzu *EuGH*, Slg. 2001, I-4741 – Moccia Irme SpA u. a./Kommission, wonach es auf den Nachweis einer „offenbaren Unrichtigkeit“ ankommt.

38) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2002, I-8375 – Limburgse Vinyl Maatschappij/Kommission.

39) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-3947 = *EuZW* 2001, 590 – IECC/Kommission; Slg. 2000, I-4549 – Dorsch Consult/Rat; Slg. 2001, I-5333 – Irish Sugar/Kommission.

40) Vgl. Schlussanträge, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe/Kommission; implizit bestätigt durch *EuGH*, Slg. 1998, I-8417 = *EuZW* 1999, 155 – Baustahlgewebe/Kommission.

41) St. Rspr. vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 2001, I-10 315 Rdnr. 20 – Cubero Vermurie/Kommission.

42) Vgl. z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-4147 – Niederländische Antillen/Rat.

43) Vgl. *EuGH* Slg. 2001, I-4809 – Alsace International Car Services/Parlament.

44) Vgl. *EuGH*, Slg. 1995, I-865 = *EuZW* 1995, 445 – British Gypsum/Kommission.

45) Vgl. die Rs. „Karton“, z. B. *EuGH*, Slg. 2000, I-9641 (9689), sowie z. B. *EuGH*, Slg. 1998, I-8417 – Baustahlgewebe, besprochen bei *Hackspiel* (o. Fußn. 15), S. 505 f.

46) Vgl. *EuGH*, Slg. 1998, I-2915 (2945) Rdnr. 32 – Rat/de Nil u. Impens.

47) Vgl. *EuGH*, Slg. 2002, I-265 – Gerry Plant/Kommission.

48) Vgl. *EuGH*, Slg. 1999, I-4695 – DSM/Kommission.

49) Für Streithelfer sieht Art. 57 Satzung *EuGH* hingegen nur eine zweiwöchige (!) Rechtsmittelfrist vor. Ebenso wie die Frist für das Stellen eines Antrages auf Beitritt als Streithelfer nicht mehr, wie früher, 3 Monate beträgt, sondern seit dem 1. 2. 2001 nur mehr 6 Wochen (vgl. Art. 93 I VerFO *EuGH* sowie Art. 115 § 1 VerFO *EuG*).

50) Vgl. zu den Problemen bei der Wahrung einer Klagefrist B. *Wägenbaur*, *EuZW* 2002, 406.

51) Vgl. die Änderungen der Verfahrensordnung des *EuGH* v. 28. 11. 2000, ABIEG Nr. L 322 v. 19. 12. 2000, S. 1.

52) Vgl. Art. 81 § 2 VerFO *EuGH*.

53) Das per E-Mail übermittelte Original muss jedoch unbedingt die „eingescannte“ Originalunterschrift enthalten.

54) Vgl. Art. 37 § 6 VerFO *EuGH*, bestätigt in: *EuGH*, Urt. v. 15. 5. 2003 – Rs. C-193/01 Rdnrn. 15 f. – Pitsiorlas/Rat u. EZB.

55) Vgl. Art. 79 II VerFO *EuGH*.

56) Vgl. Art. 62a VerFO *EuGH*.

zu überzeugen muss, dass hinsichtlich des jeweiligen Rechtsmittels eine „besondere Dringlichkeit“ besteht und der EuGH zum anderen solchen Anträgen nur „ausnahmsweise“ stattgibt, wobei zumindest hinsichtlich der „besonderen Dringlichkeit“ eine gewisse Überschneidung mit einer einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz rechtfertigenden „Dringlichkeit“ nicht auszuschließen ist. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so gewinnt die jeweilige Rechtsmittelpartei viel Zeit, und zwar weil ein zweiter Austausch von Schriftsätzen grundsätzlich ausgeschlossen ist⁵⁷, alle Schritte des schriftlichen Verfahrens beschleunigt werden⁵⁸, und der EuGH alsbald nach Anhörung des Generalanwalts entscheidet, d.h. ohne dass die Rechtsmittelparteien auf entsprechende Schlussanträge warten müssen⁵⁹. Im Falle des Rechtsmittelverfahrens C-39/03 P, Kommission/Artegodan, betrug die Zeitspanne zwischen Erheben des Rechtsmittels und Urteil nur 5 1/2 Monate. Von dem beschleunigten Verfahren ist wiederum die gegebenenfalls von Amts wegen oder auf Antrag getroffene Entscheidung des EuGH zu unterscheiden, eine bestimmte Rechtssache in besonderen Fällen im Rahmen des mündlichen Verfahrens vorrangig zu behandeln⁶⁰.

Nervenschonend wirkt schließlich gegebenenfalls auch die Klarstellung, dass der Anspruch eines Rechtsmittelführers, einen verfahrenseinleitenden Schriftsatz bis zum letzten Werktag der Rechtsmittelfrist einzureichen, das Recht umfasst, einen ersten verfahrenseinleitenden Schriftsatz bis zum Ablauf dieser Frist zurückzunehmen und innerhalb derselben Frist durch eine berichtigte Fassung der ursprünglichen Rechtsmittelschrift zu ersetzen⁶¹.

6. Rechtsschutzinteresse

Diese von Amts wegen⁶² zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung wird gelegentlich unterschätzt. Zwar ist hieran, soweit ersichtlich, noch kein Rechtsmittel insgesamt gescheitert, wohl aber einzelne Rügen. So fehlt es am erforderlichen Rechtsschutzinteresse – das übrigens in manchen Fällen nicht losgelöst von der Frage der Begründetheit geprüft werden kann⁶³ – wenn das Rechtsmittel dem jeweiligen Rechtsmittelführer im Ergebnis keinen Vorteil verschaffen kann⁶⁴. Dies ist z.B. der Fall, wenn eine nach Verkündung des Urteils des EuGH eingetretene Tatsache den Wegfall der Beschwer des Rechtsmittelführers bewirkt.

III. Fazit

Die für das Rechtsmittelverfahren geltenden Zulässigkeits- und Begründetheitsparameter haben sich seit 1995 zwar nicht *grundlegend* gewandelt, woran auch die Anpassung der Verfahrensordnung des EuGH⁶⁵ an den Vertrag von Nizza nichts ändert⁶⁶, dafür aber in der Rechtswirklichkeit ein ganzes Stück durchgesetzt. Angesichts der Chancen, die dieser in so mannigfacher Hinsicht vom „normalen“ Klageverfahren abweichende Rechtsbehelf birgt, bleiben alle Rechtsmittelkläger gut beraten, sich mit der gebotenen Sorgfalt an die formelle und materielle Gestaltung ihres Rechtsmittels zu begeben, und es nicht auf ein gleichsam automatisches Folgeszenario zu reduzieren, mit dem am Ende womöglich niemandem gedient ist.

57) Vgl. Art. 62a II VerfO EuGH. Der Austausch von Erwidern und Gegenerwidern ist auch im „normalen“ Rechtsmittelverfahren eingeschränkt worden, vgl. hierzu Art. 117 § 1 VerfO EuGH.

58) Vgl. Art. 62a III VerfO EuGH.

59) Vgl. Art. 62a IV VerfO EuGH.

60) Vgl. Art. 55 § 2 VerfO EuGH.

61) Vgl. EuGH, Slg. 2002, I-5999 – Odette Simon/Kommission.

62) Vgl. EuGH, Slg. 1995, I-3319 – Rendo/Kommission.

63) Vgl. EuGH, Slg. 2002, I-6677 Rdnr. 23 = EuZW 2002, 529 – Unión de Pequeños Agricultores/Rat.

64) Vgl. hierzu EuGH, Slg. 2001, I-727 – Lech-Stahlwerke GmbH/Kommission; Slg. 1995, I-3319 – Rendo u. a./Kommission; vgl. ferner EuGH, Slg. 2002, I-7759 – Kish Glass/Kommission.

65) Vgl. ABIEU Nr. L 147 v. 14. 6. 2003, S. 17 f.

66) Die im Vertrag von Nizza vorgesehenen Änderungen betreffen vor allem den Gerichts Aufbau, vgl. hierzu näher Hackspiel (o. FuBn. 15), S. 514-516.

Europäische ÖPNV-Systeme im Lichte der europäischen Reformtendenzen

Von Dr. Sascha Michaels, Berlin und Mag. Sabine Kühschelm, Wien*

Mit dem Urteil des EuGH in der Rs. Altmark Trans (EuZW 2003, 496) ist die Diskussion über die Liberalisierung des ÖPNV wieder in Bewegung geraten. Dass ein staatlich gewählter Zuschuss an ein öffentliches Verkehrsunternehmen bei Einhaltung der vom EuGH aufgestellten Transparenzkriterien auf Basis einer ex-ante Kostenanalyse oder eines Ausschreibungsverfahrens keine vorab der Kommission zu notifizierende Beihilfe darstellt, kann dem Gedanken der Rechtssicherheit in diesem Bereich allerdings nicht ausreichend Rechnung tragen. Besser als eine Liberalisierung durch die „beihilfenrechtliche Hintertür“ ist eine neue Marktzugangsverordnung der Gemeinschaft. Der Beitrag beleuchtet den seit 2002 vorliegenden Verordnungsentwurf der Kommission vor dem Hintergrund mitgliedstaatlicher Regulierungssysteme. Aus diesen Erfahrungen können Erkenntnisse gewonnen werden, wie der Daseinsvorsorgeauftrag des ÖPNV einerseits mit Wettbewerb andererseits verbunden werden kann.

I. Einleitung

Im Rahmen der fortschreitenden Deregulierung der Infrastrukturmärkte¹ stellt sich der öffentliche Personenverkehr als ein noch sehr geschlossener Markt dar. Während der Güterverkehr bereits weitgehend liberalisiert ist, ist der öffentliche Personenverkehr lediglich in den Bereichen Luft- und Schifffahrt dem Markt völlig geöffnet. Im Schienenverkehr sind die Weichen bereits in Richtung Netzöffnung gestellt. Als letzte „Bastion“ eines geschlossenen Marktes bleibt nur noch der Stadt-, Vorort- und Regionalverkehr übrig. Die Binnenmarktrelevanz des Nahverkehrs ergibt sich neben dem Grenzverkehr, also der nahverkehrsmäßigen Erschließung grenznaher Gebiete, insbesondere daraus, dass Unternehmen aus einem Mitgliedstaat sich auch für die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat interessieren und zu diesem Zwecke eigene Niederlassungen gründen. Dem ÖPNV als Daseinsvorsorgeleistung wird in Zukunft, nicht zuletzt angesichts der demographischen Veränderungen (Alterung der Gesellschaft) und der noch zukünftig zu bewältigenden Umweltprobleme² in der ganzen Union ein immer größerer Stellenwert zukommen. In allen Mitgliedstaaten ist anerkannt, dass dieser nicht vollständig ohne öffentliche Zuschüsse auskommen kann. Hierdurch kann es jedoch zu starken Wettbewerbsverzerrungen kommen. Seit 2000 hat die Kommission den nunmehr zweiten Vorschlag³ für eine neue Verord-

* Der Erstautor ist Rechtsanwalt in der Sozietät Becker Büttner Held, Berlin, die Zweitautorin Rechtsanwaltsanwältin in der Kanzlei Sattler & Schanda, Wien.

1) Vgl. zu aktuellen Entwicklungen insgesamt Theobald, NJW 2003, 324.

2) Der Europäische Rat von Göteborg v. 15. und 16. 6. 2001 stellte die Verkehrsverlagerung auch in den Mittelpunkt der Strategie der Gemeinschaft für eine nachhaltige Entwicklung.

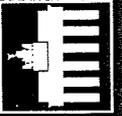
3) Erster Vorschlag: KOM (2000) 7; geänderter Vorschlag KOM (2002) 107.



ZEUS

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN

SONDERDRUCK



BWL • BERLINER



EUROPA-
INSTITUT

Sektion Rechtswissenschaft

The Right of Appeal to the Community Courts – Hurdles and Opportunities

Bertrand Wägenbaur*

Table of Contents	163
A. Introduction	164
I. The past – the legislature's choices	164
II. Appeals in the daily practice – turning procedural rules into empty words?	165
III. The future – towards a limitation of appeals?	165
B. The right of appeal to the ECJ	165
I. Introduction	166
II. Missed opportunities?	166
1. Late implementation	167
2. Was it imperative to limit the appeal to points of law?	167
a) Reasons for extending the ECJ's review to issues of fact	167
b) Limits	168
III. The procedural rules governing the appeal – a series of stumbling blocks	168
1. Introduction	169
2. General procedural rules	169
3. Time-limit	170
4. Interest in bringing the proceedings	171
5. Who may lodge an appeal?	171
a) Parties	171
b) Interveners	172

* Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur LL.M., Hamburg/Brussels, is a partner at the EU law firm Kemmler, Rapp, Böhlke (Brussels). This article is based on a master thesis that the author wrote at Newcastle University in 2006. The author thanks Rechtsreferendar Kristian Berthel for his useful assistance.

c) The questionable prerogatives of Member States and institutions	173
6. Scope of the appeal	174
a) Decisions open to appeal	174
b) Acts not open to appeal	175
7. The pleas in law – the potentially thorny backbone of every appeal	176
a) Introduction	176
b) The scope of the ECJ's review	177
c) Distinguishing points of law and issues of fact	178
8. Drafting the appeal	189
a) Introduction	189
b) Indicating the name and address of the appellant	190
c) Indicating the names of the other parties	190
d) Indicating the pleas in law – yet another stumbling block	190
e) Indicating the form or order sought by the appellant	194
f) Other provisions	194
9. No changing of the subject-matter	195
a) Introduction	195
b) No new form or order sought	195
c) No new legal grounds	196
10. The written and oral procedure before the ECJ	197
a) Introduction	197
b) Written procedure	197
c) Oral procedure	198
d) The right to discontinue the proceedings	200
11. Interim measures in the context of an appeal	201
a) Introduction	201
b) Overview on applicable rules	201
12. Rulings in appeals proceedings	202
a) Introduction	202
b) When is an appeal “well founded”?	203

c) What happens next if the appeal is “well founded”?	203
d) “Effet utile” of ECJ judgements on appeal	204
C. The right of appeal to the CFI	205
I. Introduction	205
II. Judicial panels	206
1. The Civil Service Tribunal	206
a) Is it “attached” to the CFI?	206
b) The appeal to the CFI – towards a new genre of legal remedy?!	207
2. Future judicial panels	208
D. Is there a need for reform?	209
I. Introduction	209
II. The ECJ's workload – a chronic problem!	210
III. Possible solutions	211
1. Introduction	211
2. Making better use of Article 119 ECJ Rules of procedure?	211
3. Increasing the number of judges?	212
4. Filter mechanisms	213
a) Limiting the appeals “a limine”?	213
b) Financial deterrents	214
E. Conclusions	217

A. Introduction

The right of appeal to the Court of Justice of the European Communities (hereafter: ECJ), not to mention its twin brother, the appeal to the Court of First Instance of the European Communities (hereafter: CFI), is still a newcomer amongst the legal remedies in EU law. Both provide a second chance to have a judicial decision reviewed. Yet their purpose, scope and procedural rules are not always fully understood, either out of ignorance or sometimes even deliberately. The purpose of the present article is to critically assess the various procedural hurdles and, by the same token, highlight the opportunities provided by these legal remedies.

I. The past – the legislature's choices

During its first three decades the European integration was mainly in the hands of the legislature and the judiciary. At a rather early stage the ECJ created *inter alia* a number of specific fundamental principles, such as supremacy and direct effect. In the meantime the legislature was busy adopting first generation secondary legislation in order to fill out the multitude of areas covered by the various Treaties, essentially the EC Treaty. By contrast, primary law, including those provisions governing the European judicial system, remained literally unchanged.

During the last twenty years, however, the judicial system underwent major changes: It all began in 1986 when the "European Single Act" provided *inter alia* the basis for a further judicial instance, the CFI, and a right of appeal to the ECJ, limited to points of law. Both were implemented in 1989. Subsequently, the gradual extension of the CFI's jurisdiction and the ensuing substantial increase of cases brought before it inevitably generated the need for improving the CFI's conditions of operation. This issue and the ECJ's equally high workload were finally addressed in the context of the Treaty of Nice¹. It resulted *inter alia* in a legal basis for the creation of a third judicial layer, composed of "judicial panels" and the possibility of an appeal to the CFI. It took another five years until the first of such panels, the "European Union Civil Service Tribunal" (hereafter: Civil Service Tribunal) was created. It became operational some twelve months ago and a number of its decisions have since been challenged at the CFI².

II. Appeals in the daily practice – turning procedural rules into empty words?

Gradually the right of appeal to the ECJ has become an important legal remedy. The proportion of CFI decisions appealed varies between roughly a quarter and a third.³ In the meantime the ECJ has handed down well over 700 appeals decisions, thereby shedding more light on the rather arid and somewhat unfamiliar provisions governing the appeals procedure. By the same token, the ECJ's appeal judgments and in particular its orders are something like a negative record: No other legal remedy suffers from so many infringements of its procedural rules, in such a chronic way. Even European institutions, which lodge comparatively few appeals⁴, get it wrong sometimes⁵.

¹ Which entered into force on 1st February 2003.

² While the ECJ's website provides a helpful "numerical access" to *inter alia* all cases pending at the ECJ and the CFI the appeals cases are difficult to detect, as the relevant case numbers do not bear the commonly used "P"-letter.

³ See *Jacobs*, Recent and ongoing measures to improve the efficiency of the European court of Justice, [2004] European Law Review, Vol. 29 No. 6, p. 826.

III. The future – towards a limitation of appeals?

Parts of the debate preceding the Treaty of Nice turned on the likely effects of the then forthcoming major enlargement of the EU on the workload of the ECJ and the need for reform of the EU's judiciary. One of the issues was the need to curb the number of appeals through appropriate filtering mechanisms – but so far these discussions have never led to any tangible result. Today, seven years later, while the first appeals are pending at the CFI, the same questions arise (see D. hereafter).

B. The right of appeal to the ECJ

I. Introduction

The creation of the right of appeal to the ECJ was never an end in itself. Rather, it is something like a "by-product" of the creation of the CFI⁶. Thus, understanding the causes for the creation of such a right starts by looking at the reasons for establishing the CFI, which were political, rather than legal: The European Community⁷ is "based on the rule of law in which its institutions are subject to judicial review of the compatibility of their acts with the Treaty"⁸. This does not, however, mean that the European Community was *de jure* obliged to create a multi stage judicial system: Article 6 ECHR merely guarantees the access to judicial protection, but remains silent as to the number of judicial instances. Thus, the reasons for the creation of the CFI were mainly political: The idea was to both reduce the ECJ's workload by enabling it "to concentrate its activities on its fundamental task of ensuring uniform interpretation of Community law"⁹ and improve the judicial protection of individ-

⁴ Many of which are successful, see e.g. Case C-312/00 P, *Commission / CAMAR a.o.*, [2002] ECR I-11355; Case C-142/00 P, *Commission / Nederlandse Antillen*, [2003] ECR I-3483; Case C-111/02 P, *Parliament / Reynolds*, [2004] ECR I-5475; Case C-198/03 P, *Commission / CFI/A*, [2005] ECR I-6357; Case C-78/03 P, *Commission / Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, [2005] ECR I-1737; Case C-373/04 P, *Commission / Alvarez-Moreno*, [2006] (not yet published in the ECR).

⁵ See e.g. the Commission's cross-appeal in Case C-346/90 P, *France / Commission*, [1992] ECR I-2707, para. 18; Case C-153/99 P, *Commission / Giannini*, [2000] ECR I-2905, para. 13; Case C-236/03 P, *Commission / CMA CGM a.o.*, [2004] (not yet published in the ECR), para. 25, 26, 43, 49.

⁶ See the former Article 168a ECT.

⁷ Regarding the European Union see third recital and Article 6 (1) and (2) of the Treaty on the European Union.

⁸ Case C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores / Council*, [2002] ECR I-6677, para. 38 and 39.

⁹ See 4th recital of Council Decision 88/591/EEC, EEC, Euratom: Council Decision of 24 October establishing a Court of First Instance of the European Communities, OJEC L 319, 25.11.1988, p. 1-8.

uals at first instance "in respect of actions requiring close examination of complex facts".¹⁰ This generated the need for a legal remedy designed to ensure the uniform interpretation of Community law.

II. Missed opportunities?

1. Late implementation

No one could have seriously expected the Member States to establish a multi stage judicial system in the early years of the Common Market, as it was then called. At the time, and still today the vast majority of international judicial bodies, such as the European Court of Human Rights¹¹, the International Court of Justice¹², the International Tribunal for the Law of the Sea¹³, etc., comprise only one instance. The International Criminal Court is a specific exception, which has an appeal on points of fact.¹⁴ But even in the absence of such precedents, there were a number of reasons for acting earlier than in 1986:

Firstly, the issue of the ECJ's workload and its repercussions e.g. in terms of duration of proceedings existed well before that date. Already in the 1980s a referral procedure took an average of 12 months.¹⁵

Secondly, there was never much justification for entrusting the ECJ with peripheral matters such as staff cases. It was clear that their number was bound to increase over the years, as a result of enlargements and also due to the fact that the rules on costs applying to staff cases were "official-friendly".¹⁶ In 1974 already, the Council anticipated this evolution and advocated the creation of a special Court for staff cases.¹⁷ In 1978 the Commission put forward such a proposal,¹⁸ which failed in the early 1980s.¹⁹ The ECJ itself reflected on the need to create a Court of first instance

¹⁰ See 5th recital of Council Decision 88/591/EEC, EEC, Euratom, *ibid.*

¹¹ See Article 44 (2) ECHR.

¹² See Article 60 of the Statute of the ICJ.

¹³ See Article 33 of the Statute of the International Court of the Law of the Sea.

¹⁴ See Article 83 of the Statute of the International Criminal Court.

¹⁵ See "Report by the working party on the future of the European Communities Court System", (2000), p. 7, (hereafter: "Due"-Report). This duration needs to be added to the duration of the national procedure.

¹⁶ See Article 88 CFI Rules of procedure.

¹⁷ See *Jing* in: von der Groeben/Schwarze, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, [2004], Articles 224-225, para. 6.

¹⁸ See Commission's proposal in OJEC C 225, 22.9.1978, p. 6.

¹⁹ See *Bélou*, Überlegungen für eine Weiterentwicklung des Rechts der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit, [1980] Europarecht, Vol. 15, p. 315/316.

for certain categories of cases, such as competition and extra-contractual liability matters.²⁰ But in the end there was, apparently, not sufficient political will to go any further.

Thirdly, the current success rate of appeals seems to indicate that some of the judgments the ECJ has handed down during its 30 years as a single judicial body would have been set aside had there been the possibility of an appeal. Today, approximately 15 percent of all appeals are successful.²¹ There is no reason to minimise this figure, as some tend to do.²² On the contrary, it reflects a relatively high rate of errors, bearing in mind that these cases were heard by three and, in many instances, five CFI-judges.

The reason behind the Member States' slow reaction could be a fear that the European judicial system might develop into a much too complex system.²³ Lastly, there clearly was and still is a certain reticence to provide the European Community with too many symbols typical of a State. Any future initiative to reshape the European judicial system can hardly afford to simply ignore these parameters.

2. Was it imperative to limit the appeal to points of law?

The official reason for limiting the appeal to points of law²⁴ is that the ECJ operates as "the supreme court within the legal system" and that it was thus "necessary to make certain that the Court of Justice was not compelled, on appeal, to re-examine the facts already established by the Court of First Instance".²⁵ But does this status necessarily rule out any review on points of fact, even if strictly limited?

a) Reasons for extending the ECJ's review to issues of fact

There are a number of reasons for extending, in principle, the ECJ's review to the facts found or assessed by the CFI: If it is acknowledged that there is a genuine risk of errors on points of law, which is why the appeal was created in the first place, why would there be no risk of getting it wrong when it comes to issues of fact? Moreover, in some areas of EU law, such as competition, the facts tend to be both numerous and complex, while the purely legal aspects are often less demanding. It

²⁰ See *von der Groeben/Schwarze*, *op. cit.*, fn. 17, para. 6.

²¹ See statistics in *Sonelli*, Appeal on points of law in the Community system - a review, [1998], Common Market Law Review, Vol. 35, No. 4, p. 872.

²² *Ibid.*

²³ This term is taken from the article of *van Gerven*, The Role and Structure of the European Judiciary now and in the future [1996] European Law Review, Vol. 21, No. 3, p. 217.

²⁴ See Article 225, para. 1, ECT.

²⁵ See AG *Tesaur*'s Opinion in Case C-132/90 P, *Schmedler/Parliament*, [1991] ECR I-5756, para. 2.

also needs to be stressed that most of these cases involve very substantial economic interests. It thus appears rather imbalanced, at least with respect to this category of cases, to limit the assessment of the facts to a single instance, the CFI, while questions of law can be reviewed on appeal by the ECJ. Consequently, even though not each and every error on facts has a bearing on the legal characterisation it seems appropriate and justified to extend the ECJ's review to points of fact, at least in principle. The question, however, is to what extent.

b) Limits

It should be clear from the outset that extending the scope of an appeal to points of fact cannot result in a full retrial of the first instance. Such enhancement of the individual's judicial protection would be at the price of a substantial increase of the ECJ's workload, while the CFI and the appeals procedure were created to achieve the opposite effect. The risk is also that in the end the ECJ might be no longer able to hand down its decisions within a reasonable period of time.²⁶ However, its workload is unlikely to increase significantly, if the appellant's right to contest the facts was strictly limited to those factual findings and assessments which are both mentioned in the CFI's decision and relevant for the legal characterisation.

III. The procedural rules governing the appeal – a series of stumbling blocks

1. Introduction

Procedural rules are something like the backbone of all contentious proceedings: ignoring or misunderstanding them can make the best arguments on substance worthless. This has become increasingly relevant with respect to appeals, since the CFI became gradually competent to hear all direct challenges lodged by natural and legal persons,²⁷ including trade-mark and Community plant-variety rights litigation.²⁸ That said, the procedural rules governing the appeal to the ECJ are not a masterpiece of transparency.

²⁶ Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P and C-254/99 P, *Laminage Vinyl Maatschappij a.o./Commission*, [2002] ECR I-8375, para. 179.

²⁷ See in particular Council Decision 93/350, ECSC, Euratom: Council Decision of 8 June 1993 amending Council Decision 88/591/EEC, EEC, Euratom establishing a Court of First Instance of the European Communities, OJEC L 144, 16.6.1993, p. 12-22; Council Decision 94/149/ECSC, EC, Euratom: Council Decision of 7 March amending Decision 93/350/Euratom, ECSC, EEC amending Decision 88/591/EEC, EEC, Euratom establishing a Court of First Instance of the European Communities, OJEC L 66, 10.3.1994, p. 29.

²⁸ Council Reg. No. 40/94, OJEC L 11, 14.1.1994, p. 1, as amended by Reg. No. 3288/94, OJEC 1994, L 349, 31.12.1994, p. 83; Council Reg. No. 2100/94, OJEC 1994, L 227, 1.9.1994, p. 1, as amended by Council Reg. No. 2506/95, OJEC L 258, 28.10.1995, p. 3.

First, the term "appeal" is a bit unfortunate as in English²⁹ and to a lesser extent in German³⁰ it is also used as a generic expression covering various kinds of contentious proceedings before the CFI and the ECJ³¹ as well as administrative, i.e. pre-contentious, complaints.³² Next, the relevant rules are scattered over three legislative sources: the EC-Treaty³³, the Statute of the ECJ³⁴ and the rules of procedure of the ECJ³⁵. Thus, they are not always easy to find. Moreover, the appeal is one of the few legal remedies which is governed by a combination of general provisions (see 2.) below) and a catalogue of specific rules. Thus, the ECJ, albeit at a rather late stage, decided to publish "practice directions"³⁶ and, more recently, an update of its "Notes for the guidance of Counsel"³⁷, in order to prevent the more recurrent errors regarding the relevant procedural rules.

2. General procedural rules

The general procedural rules governing appeals include those mentioned in Articles 112 (1),³⁸ 115 (2) and 118 of the Rules of procedure. On the whole they do not pose particular problems in practice. By contrast, some of the more specific rules tend to be a hurdle to many and will thus be analysed in 3.-12. below.

3. Time-limit

An appeal may be brought before the ECJ within two months of the notification of the judgment or order³⁹ appealed against⁴⁰, to which a deadline of 10 days on

²⁹ The French expression ("pouvoi") is more explicit.

³⁰ Confusions occur between the word "Rechtsmittel" and the genuinely generic expression "Rechtsbehelf".

³¹ See e.g. Articles 230 and 233 ECT.

³² See e.g. Article 66 of Decision No. 9/2005 of the ACP-EC Committee of Ambassadors of 27 July 2005 concerning the Staff Regulations of the Centre for the Development of Enterprise (CDE), OJEC L 348, 30.12.2005, p. 54.

³³ See Article 225 ECT.

³⁴ See Articles 56-61 ECJ Statute. The Treaty of Nice merges the EC and the Euratom Statute.

³⁵ See Articles 110-123 ECJ Rules of procedure.

³⁶ See "Practice directions relating to direct actions and appeals", OJEC L 361, 8.12.2004, p. 15.

³⁷ See www.curia.eu.int.

³⁸ Limited to §§ 2 and 3 of Article 38; See Case C-294/98 P, *Metsä-Serla a.o./Commission*, [2000] ECR I-10079, para. 15.

³⁹ E.g. in interim proceedings.

⁴⁰ See Article 56 (1) ECJ Statute.

account of distance is to be added.⁴¹ The latter even applies if the party has its habitual residence in Luxembourg.⁴² In the case of a CFI decision dismissing a third party's application to intervene the deadline for an appeal is only two weeks.⁴³ However, no right shall be prejudiced in consequence of the expiry of the time-limit if the party concerned proves the existence of unforeseeable circumstances or of *force majeure*.⁴⁴ Hardly any appellants⁴⁵ have missed the time-limit for appeals, by contrast to certain other applications to the CFI⁴⁶ and the ECJ.⁴⁷ Thus, the issues raised in this respect are essentially of a practical nature. Given their importance it appears useful to enumerate some of them:

Regarding the date of notification of the CFI's decision which is appealed against, a lawyer should never provide the ECJ's registrar with wrong or misleading information, as the postal receipt indicates that date.⁴⁸ Whenever travel plans are likely to interfere with the signing of the appeal, the lawyer who has the power of attorney should prepare a last page indicating the order sought and bearing his signature. Any signing by a partner, who is not entitled to plead in one of the Member states is likely to result in the appeal being rejected.⁴⁹

In any event, all appellants should keep in mind, that they remain entitled, until the last day of the time-limit, to withdraw a first document instituting appeal proceedings in order to replace it, within the same period, by a new version of that document.⁵⁰

4. Interest in bringing the proceedings

This condition, which the ECJ examines *ex officio*⁵¹ with respect to both the appeal as a whole and the individual legal pleas⁵², raises no particular problems either. The

appellant has an interest in bringing proceedings if the appeal is likely, if successful, to procure him an advantage.⁵³ By contrast, the appellant has no such interest if an event subsequent to the judgment of the CFI, e.g. a decision of the administration, removes the prejudicial effect thereof as regards the appellant.

5. Who may lodge an appeal?

By contrast to the above, some of the rules determining the rights of the parties, the interveners, and in particular the Member States and institutions, raise question marks:

a) Parties

An appeal may be brought by any party which has been unsuccessful, "in whole or in part, in its submissions" before the CFI.⁵⁴ *Prima facie* this seems to be a rather simple test. It is, however, not merely a matter of analysing the operative part of the CFI's decision, as the wording of the provision seems to suggest.⁵⁵

An appellant is also considered to be partly unsuccessful if the operative part of the CFI's judgment gives him full satisfaction, while the grounds of the contested judgment give him only partial satisfaction.⁵⁶ Thus, the Commission was entitled to appeal a judgment by which the CFI rejected an application against a Commission decision as inadmissible, on the grounds that the challenged decision is "non-existent", due to major procedural defects.⁵⁷ An institution's appeal is also admissible if the CFI declares an application admissible but unfounded, while the institution had raised a plea of inadmissibility.⁵⁸

It is also easily overlooked that a defendant may not only seek to dismiss, in whole or in part, the appeal, but may also seek to set aside, in whole or in part, the decision of the CFI.⁵⁹ Such a "cross-appeal"⁶⁰, which needs to be integrated into the

⁴¹ See Article 81 (2) ECJ Rules of procedure.

⁴² This was different under the previous rules, see Case C-245/95 P, *Commission / NTN Corporation and Koyo Seiko*, [1998] ECF I-426, para. 20-23.

⁴³ See Article 57 (1) ECJ Statute.

⁴⁴ See Article 45 (2) ECJ Statute.

⁴⁵ The only known exception is Case C-369/03 P, *Forum des migrants / Commission*, [2004] ECR-I-1981. See e.g. Case T-126/00, *Confindustria a.o. / Commission*, [2001] ECR II-95; Case T-124/98, *Corrado Politi / European Training Foundations*, [1999] ECR-SC IA-9, II-29.

⁴⁶ See e.g. Case C-406/01, *Germany / Council and Parliament*, [2002] ECR I-4561.

⁴⁷ See Case C-7/99 P, *Campoli / Commission*, ECR I-2680, para. 3.

⁴⁸ See Case T-37/98, *Foreign Trade Association a.o. / Council*, [2000] ECR II-373.

⁴⁹ Case C-274/00 P, *Simon / Commission*, [2002] ECR I-6013, para. 29-30.

⁵⁰ See Case C-19/93 P, *Rendo a.o. / Commission*, [1995] ECR I-3336, para. 13; C-241/00 P, *Kish Glais / Commission*, [2001] ECR I-7760, para. 20; Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores / Council*, op. cit., fn. 8, para. 21; Case C-277/01 P, *Parliament / Sanper*, [2003] ECR I-3033, para. 28.

⁵² See Case C-277/95 P, *Lenz / Commission*, [1996] ECR I-6110, para. 46.

⁵³ See Case C-111/99, *Lech Stahlwerke / Commission*, [2001] ECR I-727, para. 18; Case C-82/04 P, *Audi / OHIM*, [2006] (not yet published in the ECR), para. 20.

⁵⁴ See Article 56 (2) ECJ Statute.

⁵⁵ As AG *Mindho* rightly points out in Case C-73/97 P, *France / Comaffrica a.o.*, [1998] ECR I-188, para. 12.

⁵⁶ Case C-383/99 P, *Procter & Gamble / OHIM*, [2001] ECR I-6251, summary point 1.

⁵⁷ Case C-137/92 P, *Commission / BASF a.o.*, [1994] ECR I-2555 et seq.

⁵⁸ Case C-73/97 P, *France / Comaffrica a.o.*, op. cit., fn. 55.

⁵⁹ See Article 116 (1) ECJ Rules of procedure.

⁶⁰ Expression commonly used by the ECJ, but not contained in the Rules of procedure.

defendant's response and thus lodged within the time-limit of two months⁶¹, may be used to question parts of the judgment unaffected by the appeal.⁶² It is, however, not an autonomous legal remedy in that it loses its object in case the appeal is withdrawn, turns out to be inadmissible or loses its object.

b) Interveners

In this respect the procedural rules follow the same logic as Article 230 (4) ECT: Interveners other than Member States and the institutions⁶³ may bring an appeal only "where the decision of the Court of First Instance directly affects them"⁶⁴. Furthermore, they must "show a direct, present interest in seeing those forms of order granted"⁶⁵. Thus, individuals who can establish only an indirect interest in the result of the case by reason of similarities between their and one of the parties' situation, will not be admitted.⁶⁶ However, interveners before the CFI are regarded as interveners in the appeal before the ECJ. They do not have to submit a fresh application to intervene before the ECJ,⁶⁷ which would be rejected as inadmissible.⁶⁸

Another particularity is that the interveners must, in the absence of any express limitation such as the one existing for the intervention in proceedings before the CFI, be able to raise pleas relating to any point of law on which the contested judgment is based.⁶⁹

It is unclear however, whether an intervener may lodge a cross-appeal if the main party, which it helped at first instance, has partially lost, but limits itself to requesting the dismissal of the appeal, i.e. without lodging itself a cross-appeal: On the one hand, Article 40 (4) ECJ Statute, which provides that the intervention is limited to supporting the form of order sought by one of the parties, seems to plead against such right. But on the other hand, Article 56 (2) ECJ Statute grants interveners, who are directly affected by the CFI's decision, the right to lodge an appeal independent

⁶¹ Article 115 (1) ECJ Rules of procedure.

⁶² Case C-136/92 P, *Commission/Brazzelli I. v. a.o.*, [1994] ECR I-2016, para. 72.

⁶³ Both of which are privileged, see, e.g. more recently case C-418/05 P, *ASA/A and others/Conail*, [2006] (not yet reported in the ECR).

⁶⁴ See Article 56 (2), 2nd sentence, ECJ Statute.

⁶⁵ See Case C-76/93 P, *Scaramuzze/Commission*, [1993] ECR I-5716, para. 5 and 6; Case C-186/02 P, *Ramondin and Ramondin Capulas/Commission*, [2003] ECR I-2418, para. 7; Case C-130/06 P (I), *An Post/Commission*, [2006] ECR I-53, para. 8.

⁶⁶ See case C-76/93 P, *Scaramuzze/Commission*, loc. cit., fn. 65, para. 11.

⁶⁷ See Case C-244/91 P, *Pinchehrle/Commission*, [1993] ECR I-6996, para. 16.

⁶⁸ See Case C-245/95 P, *Commission/NTN Corporation*, [1996] ECR I-554, para. 7-9; Case C-245/95 P, *Commission/NTN Corporation and Koyo Seiko Co.KG*, [1998] ECR I-426, para. 23.

⁶⁹ Case C-390/95 P, *Antillean Rice Mills a.o./Commission*, ECR I-797, para. 21 and 22.

dently of the main party. This leads to the conclusion that interveners benefit from the right to lodge an autonomous cross-appeal which may, however, not go beyond the order thought by the main party in the first instance.

c) The questionable prerogatives of Member States and institutions

Unlike natural or legal persons, the Member States and institutions do not need to demonstrate that they are directly affected, nor do they have to have a direct interest when it comes to intervening in an appeals procedure. But they enjoy an even further-reaching right, laid down in Article 56 (3) ECJ Statute. It provides that any Community institution⁷⁰ or Member State⁷¹, whether or not it was a party to the case at first instance, may bring an appeal against a decision of the CFI, even though none of the parties at first instance appealed. Such an appeal is "in the nature of an action brought in the interests of the correct interpretation and application of Community law"⁷². It is not merely an "interesting aspect"⁷³, but raises several question marks:⁷⁴

Firstly, all proceedings at first instance involve an institution, mostly in the role of the defendant. If the institution concerned does not appeal against the CFI's decision, because it is of the opinion that there is no risk of inconsistent evolution of EU law, then why should a Member State be entitled to nevertheless lodge an appeal, i.e. *de facto* overrule the institution's decision.⁷⁵

Secondly, the legislature excludes such autonomous rights to appeal in "disputes between the communities and their servants"⁷⁶, which are determined by the subject matter of the action,⁷⁷ because it accepts that insofar the individual interest prevails over the community interest. But why should this not be the case in other sectors, such as competition matters, which almost always involve considerable financial, i.e. individual interests? It is true that the legislature has provided a certain pro-

⁷⁰ See Case C-49/92 P, *Commission/Amic Participazioni*, [1999] ECR I-4125, para. 171-172.

⁷¹ See Case C-73/97 P, *France/Comptrea a.o.*, op. cit., fn. 55.

⁷² As AG Mischo puts it in case C-73/97 P, *France/Comptrea a.o.*, op. cit., fn. 55, para. 14.

⁷³ See *Kepczynski and VerLoren van Themaat*, Introduction to the Law of the European Communities, [1998], p. 267.

⁷⁴ See also *Tizziana*, La Cour de Justice et l'Acte unique européen, in: Du droit international au droit de l'intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore, [1987] p. 720 and *Hoffmann*, The Community Courts post-Nice: A European certiorari revisited, [2003], International and Comparative Law Quarterly, Vol. 52, p. 913.

⁷⁵ See B. *Wiggenhans*, Das EU-Prozessrecht – gleiches Recht für alle?, [2007], Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, (awats publication).

⁷⁶ See 1st sentence of Article 56 (3) ECJ Statute.

⁷⁷ Case C-434/98 P, *Conail/Busacca a.o.*, [2000] ECR I-8587, para. 21.

tection of the parties concerned since the ECJ "may, if it considers this necessary, state which of the effects of the decision of the Court of First Instance which has been quashed shall be considered as definitive in respect of the parties of the litigation"⁷⁸. This provision, however, – provided it is used – merely mitigates the consequences of such appeal, without removing the question of principle.

Thirdly, it would be consistent with the Commission's role as the guardian of the Treaty⁷⁹ if it was granted an exclusive right of lodging an autonomous appeal. Besides, the current provision seems somewhat absurd in that it allows even the ECJ in its capacity as an institution,⁸⁰ to lodge an autonomous appeal, which the very same ECJ would subsequently hear.⁸¹

6. Scope of the appeal

Any potential appellant should also have a clear idea as to which decisions can be challenged by way of an appeal, bearing in mind that the ECJ examines this question of its own motion.⁸²

a) Decisions open to appeal

Appeals may be brought "against final decisions of the Court of First Instance and decisions of that Court disposing of the substantive issues in part only or disposing of a procedural issue concerning a plea of lack of competence or inadmissibility"⁸³. In addition decisions dismissing an application to intervene⁸⁴ and orders concerning interim proceedings⁸⁵ may be appealed as well, in the former case only by the potential intervener, not the main party. In both cases the appeal is, in principle, limited to points of law, as in the main proceedings.⁸⁶

⁷⁸ See Article 61 (3) ECJ Statute.

⁷⁹ See Article 211 ECT.

⁸⁰ See Article 7 ECT.

⁸¹ See Article 18 ECJ Statute regulates conflicts of interest of Judges.

⁸² Case C-23/00 P, *Cornhill/Boehringer*, [2002] ECR I-1873, para. 46.

⁸³ See Article 56 (1) ECJ Rules of procedure.

⁸⁴ See Article 57 (1) EJC Rules of procedure; e.g. Joined Cases C-151 and 157/97 P (I), *National Power and PowerGen/British Coal/Commission*, [1997] ECR I-3491 et seq.

⁸⁵ See Article 57 (2) ECJ Rules of procedure.

⁸⁶ See e.g. Case C-329/99 P (R), *Pfizer Animal Health/Conail*, [1999] ECR I-8343, para. 60-61; Case C-300/00 P (R), *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa a.o./Conail*, [2000] ECR I-8797, para. 31 and 32; Case C-233/03 P (R), *Linea GIG/Commission*, [2003] ECR I-7911, para. 34, 36-37.

b) Acts not open to appeal

All other decisions not fitting into this *numerus clausus* cannot be appealed:

aa) Purely internal decisions

The ECJ cannot review measures of organisation,⁸⁷ which have a predominantly internal effect such as the deferral of cases,⁸⁸ the modification of measures of organization of procedure,⁸⁹ the designation of an Advocate General,⁹⁰ the joinder of proceedings,⁹¹ the possibility of referring a case at any time to the Court of First Instance sitting in plenary session⁹², the wrongful transmission of procedural documents,⁹³ the adoption of appropriate measures of enquiry,⁹⁴ and of transferring the case to a given Chamber of the Court of First Instance.⁹⁵

The same applies to those measures which seem to affect a party more directly, such as the CFI's decision to postpone the adjudication upon an objection of inadmissibility until the final judgement⁹⁶ or its order instructing the defendant to produce documents so that they can be placed in the case-file and made available to the other party.⁹⁷

bb) Decisions on costs and legal aid

The operative part of a CFI decision regarding costs⁹⁸ and orders fixing the amount of recoverable costs⁹⁹ or regarding legal aid¹⁰⁰ cannot be appealed either. This is

⁸⁷ See Case C-173/95 P, *Högan/Court of Justice*, [1995] ECR I-4907, para. 15.

⁸⁸ See Article 55 CFI Rules of procedure.

⁸⁹ See Articles 49 and 64 (4) CFI Rules of procedure.

⁹⁰ See Article 18 CFI Rules of procedure.

⁹¹ See Article 50 CFI Rules of procedure.

⁹² See Articles 11, 14 and 51, last sentence CFI Rules of procedure.

⁹³ See Article 25 (1) CFI Rules of procedure.

⁹⁴ See Article 65 (c) CFI Rules of procedure.

⁹⁵ See Case C-173/95 P, *Högan/Court of Justice*, op. cit. fn. 87, para. 11 and 15.

⁹⁶ See Case C-126/90 P, *Boas Vitiano/Commission*, [1991] ECR I-781, para. 6.

⁹⁷ See Case C-349/99 P, *Commission/ADT Projéct*, [1999] ECR I-6468, summary.

⁹⁸ See Article 58 (2) ECJ Statute and Case C-264/94 P, *Bonnamy/Conail*, [1995] ECR I-17, para. 14; Case C-253/94 P, *Roujaniké/Conail*, [1995] ECR I-9, para. 14; Case C-396/93 P, *Henrichs/Commission*, [1995] ECR I-2632, para. 66; Case C-49/69 P, *Pragouli/Commission*, [1996] ECR I-6804, para. 35; Case C-303/96 P, *Bernardi/Parliament*, [1996] ECR I-1241, para. 49.

⁹⁹ E.g. Case T-132/01 DEP, *Euralhages a.o/Commission*, [2006] (not yet published).

¹⁰⁰ E.g. T-49/04 AJ, *Foraj Hasian/Conail and Commission*, [2006] (not yet published).

undoubtedly justified as regards the former, as the operative part on costs merely reflects, ideally speaking, the judgment as a whole. By contrast, a CFI's decision to refuse a request for legal aid directly affects the person concerned in that it prevents him or her from acceding to justice – despite a right to effective judicial protection.¹⁰¹ This highlights a structural problem of the EU's judicial system, as it stands: It does not provide a judicial complaint or similar legal remedy. Thus, any decision of the CFI, which does not match the specific requirements of the appeals procedure, is definite.

cc) Judgments by default

Lastly, it is not clear whether judgements by default¹⁰² may be appealed against or are a matter for an application to set them aside.¹⁰³ Since the latter is merely an option for the person concerned, it would seem that it remains free to choose between an appeal and such application. An appeal against the CFI's decision on an application to set the judgment by default aside is in any event admissible.

7. The pleas in law – the potentially thorny backbone of every appeal

a) Introduction

The decision whether to lodge an appeal and the reflection on how to optimize its chances of success are important challenges, which raise a broad spectrum of questions. There are, however, a number of preliminary steps, which should not be underestimated either:

Every potential appellant needs to keep in mind that the first instance will generally seek to make its judgment or order as “appeal proof” as possible. For this purpose the CFI tends to base a given legal finding on both legal and factual arguments,¹⁰⁴ bearing in mind that the latter cannot be reviewed by the ECJ, or on several legal arguments.¹⁰⁵ It is, furthermore, vital to have a clear idea of the contents of the contested decision. Neither can the appellant afford an incorrect reading of a judgment¹⁰⁶ or an order¹⁰⁷, nor should his understanding in this regard be “mani-

¹⁰¹ See e.g. Case 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, [1986] ECR 1651, para. 17 and 18; Case T-111/96, *III Promedica/Commission*, [1998] ECR II-2937, para. 60; Case C-269/99, *Carl Kühne a.o.*, [2001] ECR I-9517, para. 57-58.

¹⁰² See Article 94 ECJ Rules of procedure.

¹⁰³ See Article 41 ECJ Statute.

¹⁰⁴ See e.g. Case T-320/02, *Erich-Leonhardt a.o./ECB*, [2004] ECR-SC II-79, para. 86 and 87.

¹⁰⁵ See e.g. Case C-73/93 P, *Vihola/Commission*, [1996] ECR I-5457, para. 22.

¹⁰⁶ See e.g. Case C-137/95 P, *SPO a.o./Commission*, [1996] ECR I-1613, para. 39, 40, 43; Case C-293/95 P, *Odigitria/ Council and Commission*, [1996] ECR I-6131, para. 17 and 24.

festly selective”¹⁰⁸. Next, the appellant needs to be perfectly aware of the scope of the ECJ's review and the difference between points of law and issues of fact.

b) The scope of the ECJ's review

The ECJ's review of decisions of the CFI is limited by two important parameters:

Firstly, the right of appeal is limited to “points of law”, irrespective of the nature of the judgment or order appealed against.¹⁰⁹ The legislature deemed this limitation so important that it created no less than three provisions to this effect¹¹⁰ – which have not however, prevented many appellants from disregarding this particular rule (see c) below).

Secondly, the legislature has created three categories of legal grounds.¹¹¹ This *numerus clausus* is reminiscent of Article 230 (4) ECT and overlapping:

aa) Lack of competence of the CFI

The wording of Article 58 (1) ECJ Statute (“grounds of lack of competence”) is slightly misleading, since it also covers cases in which CFI wrongly negated its competence.¹¹² That said, this legal ground is no longer relevant, since the CFI is now competent for all applications lodged by natural and legal persons. Besides, Article 54 (1) and (2) of the ECJ Statute allows referrals from the ECJ to the CFI and vice-versa in case of manifest “error of address” or where the CFI or the ECJ find that they have no jurisdiction.

bb) Breach of procedure

The broad wording of the second category (“breach of procedure” which “adversely affects the interests of the appellant”) sounds promising, but there are two substantial limits.

Firstly, the procedural rule concerned must be designed to protect the interests of the appellant. This is particularly the case with rules guaranteeing procedural

¹⁰⁷ See Case C-268/96 P (R), *JSCX and FNK/Commission*, [1996] ECR I-4973, para. 49.

¹⁰⁸ See e.g. Case C-150/96 P, *Galitiri/Parliament*, [1996] ECR I-1230, para. 15.

¹⁰⁹ See *Linnak*, The European Court of Justice, [1994], p. 472.

¹¹⁰ Explicitly in Articles 225 (1) ECT and 58 (1) ECJ Statute and implicitly in Article 112 (1) (c) ECJ Rules of procedure.

¹¹¹ See Article 58 (1) ECJ Statute.

¹¹² See e.g. Case C-253/94 P, *Rojimskyj/Council*, op. cit., fn. 98, para. 5 et seq.

rights.¹¹³ Consequently, purely internal organisational measures, such as choosing the Advocate General, the chamber etc.,¹¹⁴ do not come within this category. Similarly, the appellant cannot claim that the CFI committed a breach of procedure, if he either agreed with the measure at issue or did not make use of a legal remedy, even though he could have done so, e.g. rejecting a witness.¹¹⁵

Secondly, the abovementioned breach of procedure must have had an impact on the CFI's decision¹¹⁶ or, at the very least, such ramification cannot be excluded.

cc) Infringement of community law

This is the general clause *par excellence* and thus the most important amongst the three categories. It covers infringements of literally all sources of EU law, ranging from primary and secondary legislation to fundamental rights, and general principles of law, such as the rights of defence¹¹⁷ and the protection of legitimate expectations¹¹⁸ etc.

c) Distinguishing points of law and issues of fact

aa) Introduction

It is not always easy to draw the dividing line between issues of fact and questions of law.¹¹⁹ One would thus expect that the appellant would essentially err on the exact boundaries of this "grey zone".¹²⁰ In practice however, the picture is different. Many appellants seek to contest clear cut findings and/or assessments of factual issues, even though this is evidently inadmissible.

¹¹³ See Case C-185/95 P, *Battabene/Commission*, [1998] ECR I-8485, para. 26 et seq.; the right to fair legal process within a reasonable period (para. 33); principles of unfettered appraisal of evidence and of the benefit of the doubt (para. 55); Case C-119/87 P, *Uflex/Commission*, [1999] ECR I-1341, para. 110; rejection of the appellants' request to order production of a document; Case C-199/92 P, *Hilti/Commission*, [1999] ECR I-4336, para. 94 et seq.; refusing to reopen the oral procedure and to order measures of organisation of procedure and of inquiry.

¹¹⁴ See Case C-173/95 P, *Högan/ECJ*, op. cit., fn. 87, para. 15.

¹¹⁵ See Case C-244/92 P, *Kupka Florida/ECOSOC*, [1993] ECR I-1993, 2046.

¹¹⁶ See e.g. Case C-51/92 P, *Hercher/Chemicals/Commission*, [1999] ECR I-4250, para. 86.

¹¹⁷ See e.g. Case C-480/99 P, *Gerry Plant a.o./Commission*, [2002] ECR I-265, para. 20.

¹¹⁸ See Case C-320/92 P, *Finisider/Commission*, [1994] ECR I-5697, para. 25 et seq.

¹¹⁹ There is unanimity in this respect, see e.g. AG Jacobs in Case C-53/92 P, *Hilti/Commission*, [1993] ECR I-669, para. 46; *Brown*, The first five years of the Court of first instance and appeals to the Court of Justice: assessment and statistics, [1995], Common Market Law Review, Vol. 32, p. 746; *Somelli*, op. cit., fn. 21, p. 872.

¹²⁰ Which is analysed in detail by e.g. *Lemaerts/Arts*, *Europees Procesrecht*, [1999] p. 399-406.

These infringements were not limited to the early years of the appeals procedure,¹²¹ as one might have thought, but have become a chronic phenomenon. Much of this has to do with a certain degree of ignorance vis-à-vis this still rather new legal remedy. One of the reasons might be that even though the appeal is inspired from certain appeals in the Member States,¹²² it does not carry the "national terminology" such as the French expression "cassation" or the German "Revision". In some cases though, the lawyers seem to deliberately ignore these and other procedural rules, possibly because they would otherwise have to admit that there is not much to be put into their appeals. It is thus important to go into an in depth analysis of the difference between points of law and issues of fact.

bb) Points of law

The points of law comprise four categories of errors which, by order of logic, rather than importance, are as follows:

aaa) First category

It comprises the rare cases in which the first instance applies a provision even though it is no longer in force, or has been declared void¹²³ or is otherwise not the right provision.¹²⁴

bbb) Second category

The second category, still rather rare, covers cases in which the CFI infringes EU law. A common legal plea is the alleged infringement of Article 253 ECT if the appellant considers that the decision's reasoning is insufficient¹²⁵ or contradictory or otherwise inadequate.¹²⁶ But this requires a cautious approach.

¹²¹ See B. Wägenhaar, Die Prüfungskompetenz des EuGH im Rechtsmittelverfahren, [1995], Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, p. 199 et seq.

¹²² See e.g. AG Van Gerven's Opinion in Case C-145/90 P, *Costa/Commission*, [1991] ECR I-5458, para. 3 and references in footnote 2.

¹²³ See e.g. Case C-30/91 P, *Lastelle/Commission*, [1992] ECR I-3755, para. 15, 27.

¹²⁴ See AG Tesaro's Opinion in Case C-132/90 P, *Schweidler/Parliament*, op. cit., fn. 25, para. 2.

¹²⁵ See Case C-68/91 P, *Mortig/Commission*, [1992] ECR I-6849, para. 21-25; Case C-188/96 P, *Commission/V*, [1997] ECR I-6575, para. 24; Case C-199/92 P, *Hilti/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 66.

¹²⁶ See Case C-13/99 P, *Team Srl/Commission*, [2000] ECR I-4686, para. 49; Case C-446/00 P, *Calbero/Veruni/Commission*, [2001] ECR I-10315, para. 20.

Primarily, the appellant has to make sure that the alleged insufficiency is not merely a drafting error, which does not justify the annulment of the contested judgment on that point.¹²⁷ The actual challenge is perhaps less easy to meet: It is true that the CFI must, in principle, reply to the arguments presented in the course of the procedure,¹²⁸ in particular in the case of an important argument.¹²⁹ However, the appellant should keep in mind that the obligation to state reasons does not require the CFI to provide an account that follows exhaustively and one by one all the reasoning articulated by the parties to the case. The reasoning may, therefore, be implicit on condition that it enables the persons concerned to know why the measures in question were taken and provides the competent court with sufficient material for it to exercise its power of review.¹³⁰ Similarly, the CFI cannot be required, every time that a party raises a new plea in law which clearly does not satisfy the requirements of Article 48 (2) of its Rules of Procedure, either to explain in its judgment the reasons for which that plea is inadmissible, or to examine it in detail.¹³¹ Also, the CFI cannot, subject to its obligation to observe general principles and the Rules of Procedure relating to the burden of proof and the adducing of evidence and not to distort the true sense of the evidence, "be required to give express reasons for its assessment of the value of each piece of evidence presented to it, in particular where it considers that that evidence is unimportant or irrelevant to the outcome of the dispute."¹³² The above is *a fortiori* the case of the judge hearing an application for interim measures (see 11) below): He cannot be required to reply explicitly to all the points of fact and law raised in the course of the interlocutory proceedings. It is sufficient that the reasons given validly justify his order in the light of the circumstances of the case and enable the ECJ to exercise its powers of review.¹³³

ccc) Third category

This category comprises cases where the CFI applies the appropriate provision, but interprets it in an erroneous manner.¹³⁴

¹²⁷ See Case C-326/91 P, *de Compte/Parliament*, [1994] ECR I-2139, para. 96.

¹²⁸ See to this effect, Case C-259/96 P, *Connil/De Nil and Impans* [1998] ECR I-2915, para. 32.

¹²⁹ See Case C-197/99 P, *Belgium/Commission*, [2003] ECR I-8506, para. 127 et seq.

¹³⁰ See Jointed Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland a.o./Commission*, [2004] ECR I-123, para. 372.

¹³¹ Jointed Cases C-395/96 P and C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports a.o./Commission*, [2000] ECR I-1365, para. 107.

¹³² See Case C-237/98 P, *Dorsch Consult/Conail and Commission*, [2000] ECR I-4564, para. 51; Case C-330/00 P, *AICS/Parliament*, [2001] ECR I-4811, para. 37.

¹³³ See Case C-148/96 P (R), *Goldstein/Commission*, [1996] ECR I-3885, para. 25; Case C-248/97 P (R), *Chaves Fonseca Ferrao/OHIM*, [1997] ECR I-4731, summary 4.

ddd) Fourth category

A further category of even greater significance consists of errors regarding the legal characterisation of facts. This was not clear from the outset. Advocate General *van Gerven*¹³⁵ was the first to stress that the term "point of law" also comprises the case "where a given set of facts is wrongly categorized in law"¹³⁶. In its judgment the ECJ assessed the legal characterisation of facts, but did not explicitly confirm the AG's views. Only after a number of implicit confirmations¹³⁷ did the ECJ finally, in 1994, clarify this point explicitly.¹³⁸

It is arguable, that the characterisation of facts covers an independent area of review, since it results in control over interpretation¹³⁹ (see ccc) above). But it should be treated as such, for the sake of clarity. The presumably worst error in this respect is the omission by the CFI to characterize a given plea, e.g. by not answering the plea advanced by the applicant and responding to a different plea which had not been raised by him,¹⁴⁰ or otherwise misunderstanding a given pleas meaning.¹⁴¹

The legal characterisation of facts is in the immediate vicinity of what appears to be a rather vast subject, i.e. "issues of fact". Here again, the potential appellant faces a number of hurdles, but also opportunities, since some aspects appear as issues of fact, while they are points of law and can thus be reviewed by the ECJ.

ccc) Points of fact

aaa) Preliminary comments

The finding and assessing of facts cannot be challenged by way of an appeal, as this is a matter for the CFI (see bbb) and ccc) below). It is usually too late to reflect about these limits when the question of an appeal to the ECJ arises. The parties to an appeal need to be aware of this well before, i.e. while initiating proceedings at first instance. While this may sound obvious to some, it is very much ignored by many. It is thus appropriate to recall some basic rules in this respect:

¹³⁴ See e.g. Case C-329/02 P, *SatellitenFernsehen/OHMI*, [2004] ECR I-8317, para. 37.

¹³⁵ See AG *Van Gerven's* Opinion in Case C-145/90 P, *Cotacarta/Commission*, op. cit., fn. 122, para. 3.

¹³⁶ Closely followed by e.g. AG *Tassaro's* Opinion in Case C-132/90 P, *Schweidler/Parliament*, op. cit., fn. 25, para. 2.

¹³⁷ See e.g. Case C-255/90 P, *Burhan/Parliament*, [1992] ECR I-2268, para. 5 et seq.

¹³⁸ Case C-136/92 P, *Commission/Braccelli Lualiti a.o.*, op. cit., fn. 62, para. 49; Case C-470/00 P, *Parliament/Ripa di Meana a.o.*, [2004] ECR I-4167, para. 40-41; Case C-499/03 P, *Biagi Nadringsnittel and Commofood/Commission*, [2005] ECR I-1751, para. 40-41.

¹³⁹ See *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 885.

¹⁴⁰ Case C-298/93 P, *Künke/ECJ*, [1994] ECR I-3009, para. 20.

¹⁴¹ Case C-298/93 P, *Künke/ECJ*, loc. cit., fn. 140, para. 24.

Firstly, the CFI can only legally characterise those facts, which are on the file. Thus the parties will have to concentrate on providing the CFI with all the relevant facts and appropriate evidence – bearing in mind that at the level of an appeal it is too late.

Secondly, the applicant to the CFI, *alias* the potential appellant to the ECJ, has to carry out this exercise within a rather tight time-limit: two months¹⁴² plus ten days on account of distance¹⁴³ in the case of applications for annulment. Unless the applicant is an European official or temporary agent lodging a staff case¹⁴⁴ in which case the time-limit is three months¹⁴⁵ plus ten days on account of distance.

Thirdly, every applicant to the CFI should pay particular attention to the *Judge-Rapporteur's* report for the hearing.¹⁴⁶ Its purpose¹⁴⁷ is “precisely to present in summary form the elements of fact and law in the case and the pleas and arguments of the parties, and it is open to the parties before or during the hearing to ask for corrections to be made or to express reservations”¹⁴⁸. Such corrections and reservations should always be put in writing, in particular when they relate to factual issues.

bbb) Finding the facts

The CFI is exclusively competent for finding the facts on which it bases its decision. That said, some aspects look very much like factual issues, while the ECJ considers them as points of law. Finding the facts is, by definition, a very important step in any judicial proceeding, given its bearing on the subsequent legal characterisation of facts. A single nuance can make the difference between winning and losing a case. The CFI is exclusively competent for finding the facts, be it at the level of the written¹⁴⁹ or oral proceedings,¹⁵⁰ including in interim proceedings.¹⁵¹ Thus, it is also a matter for the CFI to assess the evidence submitted by the parties.¹⁵² Such general

exclusion of review of evidence goes too far, however, since assessing evidence may prove to be necessary when verifying e.g. the CFI's competence or a procedural mistake.¹⁵³ Moreover, the ECJ may review if the evidence was duly obtained, the rules and general principles of law relating to the burden of proof¹⁵⁴ and standard of proof,¹⁵⁵ were observed, such as e.g. the presumption of innocence,¹⁵⁶ and also the rules of procedure in relation to the taking of evidence.¹⁵⁷

Consequently, a party to appeals proceedings may not, e.g. request the ECJ to verify e.g. whether a natural person has suffered a financial or moral prejudice,¹⁵⁸ make offers of evidence in order to establish a given fact,¹⁵⁹ or request the ECJ to review the CFI's economic assessment or judgment, which is normally limited to verifying e.g. in competition cases, that the Commission is not guilty of any manifest error of appraisal or abuse of power.¹⁶⁰

During the early years, the ECJ emphasised that an appeal excluded “any issue challenging the facts as established by the Court of First Instance”¹⁶¹. Consequently, it quasi systematically pointed its finger¹⁶² at any direct or indirect attempt to challenge the CFI's findings.¹⁶³ Only sometimes the ECJ would leave it open, as to whether a given point is a legal or factual issue and add a legal argument to indicate that the plea is in any event unfounded.¹⁶⁴ That said, it has happened that the ECJ construed a point of fact as alleging an error of law.¹⁶⁵

¹⁵² See Case C-294/91 P, *Sebastiani/Parliament*, [1992] ECR I-4998, para. 13; Case C-190/04 P, *French a.o./Council and Commission*, [2005], (not yet published in the ECR), para. 13.

¹⁵³ See in this respect Case C-480/99 P, *Gerry Plant a.o./Commission*, op. cit., fn. 117, para. 20.

¹⁵⁴ Although it may have an impact on the CFI's findings re. facts, see Joined Cases C-2/01 P and C-3/01 P, *Bundverband der Arzneimittel-Importeure/Commission*, [2004], ECR I-23, para. 61.

¹⁵⁵ Which was the central issue in Case C-12/03 P, *Tetra Laval/Commission*, [2005] I-987.

¹⁵⁶ See Case C-199/92 P, *Hilti/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 65.

¹⁵⁷ See Case C-136/92 P, *Commission/Brazzelli Lualdi a.o.*, op. cit., fn. 62, para. 66.

¹⁵⁸ See e.g. Case C-257/98 P, *Lucaioni/Commission*, [1999] ECR I-5276, para. 34.

¹⁵⁹ See Case C-396/93, *Henrichs/Commission*, op. cit., fn. 98, para. 14; Case C-199/92 P, *Hilti/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 90.

¹⁶⁰ See *Brown*, op. cit., fn. 119, p. 755 and the case comment on the *Hilti* case, by *Topping*, “Finally nailed down: the Hilti appeal to the ECJ” [1994] *European Intellectual Property Review*, Vol. 16, No. 12, p. 545.

¹⁶¹ See e.g. Case C-18/91 P, *V./Parliament*, [1992] ECR I-4008, para. 15.

¹⁶² *Hakenberg and Stix-Haacké*, Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, [2005], p. 104.

¹⁶³ See e.g. Case C-378/90 P, *Pitroni/Commission*, [1992] ECR I-2375, para. 11-12; Case C-346/90 P, *France/Commission*, op. cit., fn. 5, para. 7-10 and 16-18.

¹⁶⁴ See e.g. Case C-255/90 P, *Burban/Parliament*, op. cit., fn. 137, para. 24.

¹⁶⁵ See e.g. Case C-35/92 P, *Parliament/Fredriksson*, [1993] ECR I-1023, para. 25.

¹⁴² See Article 230 (5) ECT.

¹⁴³ See Article 102 (2) CFI Rules of procedure.

¹⁴⁴ See Article 236 EC.

¹⁴⁵ See Article 91 (2) of the Staff Regulations of EU officials.

¹⁴⁶ See Article 35 (5) CFI Rules of procedure.

¹⁴⁷ The European Union Civil Service Tribunal has opted for a “preliminary report for the hearing”, which is much more succinct and thus of little value to the parties.

¹⁴⁸ Case C-161/97 P, *Kernkraftwerke Lippe-Ems/Commission*, [1999] ECR I-4237, para. 58.

¹⁴⁹ See e.g. Case C-416/04 P, *Sunrider/Olimp*, [2006] ECR I-4237, para. 49.

¹⁵⁰ See e.g. Case C-151/03 P, *Meyer/Commission*, [2004] (not yet reported in the ECR), para. 39.

¹⁵¹ Case C-149/95 P (R), *Commission/Atlantic Container Line AB a.o.*, [1995] ECR I-2168, para. 17-18; Case C-148/96 P (R), *Goldstein/Commission*, op. cit., fn. 133, para. 22.

ccc) Assessing / Appraising the facts

The CFI is, furthermore, exclusively competent for “assessing” or “appraising”¹⁶⁶ the facts¹⁶⁷ (hereafter: appraising). This means that any contesting¹⁶⁸ or putting into doubt¹⁶⁹ of such appraising at the level of an appeal is manifestly inadmissible. The meaning of “appraising the facts” is best illustrated by an example: Determining the marks achieved by an EU official during a given period is a matter of finding the facts. Determining whether these marks have improved as compared to those received for an earlier period is a matter of appraising the facts¹⁷⁰. While “appraising” the facts is not the same as “finding” them, it is normally neither difficult nor really necessary to distinguish both, since the CFI is in any event exclusively competent.

By contrast, it is not always easy to determine whether a given part of the CFI decision is an appraisal of facts, and hence not challengeable, or a legal characterisation of facts, which is a point of law and can thus be reviewed by the ECJ (see bb) above): In the *SFEI* case the ECJ held that “in analyzing the contested letter as a document without legal effects, the Court of First Instance not only assessed the facts but also assigned to them a classification. The Court therefore has jurisdiction to examine this plea”¹⁷¹. This also means that the ECJ did not follow Advocate General *Lenz* who viewed the CFI’s analysis as an appraisal of facts, while rightly emphasising that the “dividing line between questions of fact and law is very difficult to draw”¹⁷².

The difficulties resulting from this opacity do not, however, explain a certain lack of clarity in the ECJ’s case law, which is reminiscent of the lacunas regarding the finding of facts (see bbb) (3) above): On the one hand, the ECJ emphasises that “an appeal may be based only on grounds relating to the infringement of rules of law, to the exclusion of any appraisal of the facts”¹⁷³. Such wording clearly leaves no

room for any exception. On the other hand, the ECJ handed down at least as many judgments in which it held that it may review an appraisal of facts “where the clear sense of the evidence has been distorted”¹⁷⁴.

ddd) Borderline cases – “manifest distortions of facts”

There are however, two specific circumstances which on the face of it concern issues of fact, but were considered by the ECJ, back in 1994, as being points of law. Both concern manifest “distortions of facts”:

(1) Manifest distortions of the contents of documents

This comprises cases “where a substantive inaccuracy of the CFI’s findings is apparent from the documents submitted to it”¹⁷⁵. While the ECJ may thus review whether the CFI distorted the claims¹⁷⁶ or parties’ arguments¹⁷⁷ contained in written submissions the supreme judiciary never explicitly explained why it considers such “substantive inaccuracy” to be a point of law. Later the ECJ specified that such inaccuracy “must be obvious from the documents before the Court without its being necessary to undertake a fresh assessment of the facts”¹⁷⁸. This means, in less abstract words, that it is a point of law if the CFI manifestly distorts a statement on facts contained in a written submission, i.e. application and statement of defence¹⁷⁹, or written reply to a question of the CFI.

¹⁶⁶ The ECJ uses both expressions as synonyms.

¹⁶⁷ See e.g. Case C-325/94 P, *Air France and WIFF UK/Commission*, [1996] ECR I-3727, para. 28-29; Case C-416/04 P, *Sunrider/OHIM*, op. cit., fn. 149, para. 88; Case C-171/05 P, *Pian/Commission*, [2006] ECR I-37, para. 22.

¹⁶⁸ See e.g. Case C-352/03 P, *Del Vaglio/Commission*, [2004] (not yet published in the ECR), para. 35-36; Case C-111/04 P, *Adriatica di Navigazione/Commission*, [2006] ECR I-22, para. 54.

¹⁶⁹ See e.g. Case C-447/02 P, *KIVS Saati/OHMI*, [2004] ECR I-10107, para. 34.

¹⁷⁰ See Case C-115/90 P, *Turner/Commission*, [1991] ECR I-1423, para. 13.

¹⁷¹ Case C-39/93 P, *SFEI a.o./Commission*, [1994] ECR I-2701, para. 26.

¹⁷² See the Opinion of AG *Lenz* in Case C-39/93 P, *SFEI a.o./Commission*, loc. cit., fn. 171, para. 29 et seq.

¹⁷³ Emphasis added, see Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 P, *RTE and ITP/Commission*, [1995] ECR I-743, para. 67; C-91/95 P, *Tremblay a.o./Commission*, [1996] ECR I-5547, para. 14, 17; Case C-362/95 P, *Blackspur a.o./Council and Commission*, [1997] ECR I-4775, para. 16; Case C-59/96 P,

Kaelham/Commission, [1997] ECR I-4809, para. 31 and 33; Case C-149/98, *Toller/Commission*, [1998] ECR I-7623, para. 21; Case C-174/97 P, *FFSA a.o./Commission*, [1998] ECR I-1303, para. 21, 36, 39.

¹⁷⁴ See Case C-390/95 P, *Antillean Rice Mills a.o./Commission*, op. cit., fn. 69, para. 29; Joined Cases C-280/99 P to C-282/99 P, *Mocsa Irny a.o./Commission* [2001] ECR I-4717, para. 78; Case C-430/00 P, *Dürbeck/Commission*, [2001] ECR I-8547, para. 24; Case C-274/00 P, *Simon/Commission*, op. cit., fn. 50, para. 46.

¹⁷⁵ See Case C-136/92 P, *Commission/Brazzelli Luaditi a.o.*, op. cit., fn. 62, para. 49; Case C-119/97 P, *Ujfox/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 66.

¹⁷⁶ See Case C-412/92 P, *Parliament/Meckens*, [1994] ECR I-3757, para. 7 and 12.

¹⁷⁷ See Case C-293/95 P, *Obdigrina/Council*, op. cit., fn. 106, para. 33.

¹⁷⁸ See Case C-265/97 P, *VBA/Flormex a.o.*, [2000] ECR I-2095, para. 139; Case C-266/97 P, *VBA/VBG a.o.*, [2000] ECR I-2158, para. 92.

¹⁷⁹ Including a reply and rejoinder if such second exchange of submissions is granted by the CFI, see Article 47 CFI Rules of procedure.

(2) Manifest distortions of evidence

In *Hilti*¹⁸⁰ the ECJ held that it may also revise the CFI's appraisal of the evidence put before it where "the clear sense of that evidence has been distorted", thus rejecting the Advocate General's¹⁸¹ more restrictive approach.

Even though this issue is about the scope of the ECJ's competence in appeals proceedings it did not, for a number of years, provide guidance as to what exactly is to be understood by a "clear distortion of the evidence".¹⁸² Only recently did it specify that the appellant "must indicate precisely the evidence alleged to have been distorted by that Court and show the errors of appraisal which, in his view, led to that distortion"¹⁸³. It then added¹⁸⁴ that the distortion "must be obvious from the documents on the Court's file, without there being any need to carry out a new assessment of the facts and the evidence". In its recent *PKK* judgment¹⁸⁵, however, the ECJ loosened this strict standard, as suggested by Advocate General *Kočka*, by concluding that "there is such distortion where, without recourse to new evidence, the assessment of the existing evidence appears to be clearly incorrect". Even though this test is less rigid than the previous one it still requires a manifest error and thus rules out a detailed appraisal of the evidence, which is a matter for the CFI. The particular length of the assessment carried out in the *PKK* case¹⁸⁶ raises some doubt as to whether the ECJ remained within the limits of its newly defined test.¹⁸⁷

(3) Examples of manifest distortions

Many appellants have pleaded one or the other category of manifest distortion of facts, but have frequently misinterpreted and/or wrongly applied these concepts. So far the successful cases can be divided into two categories.¹⁸⁸

¹⁸⁰ See Case C-53/92 P, *Hilti/Commission*, op. cit., fn. 119, para. 42.

¹⁸¹ See AG Jacobs in Case C-53/92 P, *Hilti/Commission*, op. cit., fn. 119, para. 46.

¹⁸² As rightly emphasised by *Topping*, op. cit., fn. 160, p. 545.

¹⁸³ See Joined Cases C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P and C-219/00 P, *Aalborg Portland a.o./Commission*, op. cit., fn. 130, para. 50-51.

¹⁸⁴ See Case C-116/03 P, *Fichtner/Commission*, [2004] (not published in the ECR), para. 34; C-551/03 P, *General Motors Nederland and Opel Nederland/Commission*, [2006] ECR I-3173, para. 54.

¹⁸⁵ See Case C-229/05 P, *PKK and KNK/Conail*, [2007], (not yet published in the ECR), para. 37.

¹⁸⁶ See Case C-229/05 P, *PKK and KNK/Conail*, *ibid.*, para. 37-52.

¹⁸⁷ See in this respect B. Wägenbaur, Bericht aus Luxemburg re. Case C-229/05 P, *PKK and KNK/Conail*, [2007], Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, p. 99.

¹⁸⁸ See also B. Wägenbaur, Neuere Entwicklungen im Bereich des Rechtsmittelverfahrens, [2003] Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, p. 517 et seq.

The first category comprises cases in which the CFI either took account of the challenged decisions, but changed their respective contents/reasoning¹⁸⁹ or, worse, omitted to take account of an important part of the challenged decision:

– In *DIR International Film*¹⁹⁰ the ECJ ruled

"that the contents of the contested decision was distorted. It was precisely that distortion which enabled the Court of First Instance to set aside the interpretation put forward by the Commission [...]".¹⁹¹

– In *Belgium v Commission*¹⁹² it held that:

"By incorrectly identifying the SNCI and Belfin loans covered by the contested decision, the Court of First Instance therefore distorted the scope of the decision".¹⁹³

– In *Commission v Trenker*¹⁹⁴ and seven parallel appeals all concerning interim proceedings,¹⁹⁵ the president of the ECJ, referring to the findings of the president of the CFI regarding the contents of the challenged decision, held the following:

"Those findings are not based on even a cursory analysis of the statement of reasons for the contested decision as set out in Annex II to the decision, to which Article 2 refers."

The second category comprises genuine distortions of evidence:

– In *Parliament v Samper*¹⁹⁶, the ECJ held:

"In the light of that fact, it appears that the findings, in paragraph 40 of the judgment under appeal, that, in its note of 27 November 1997, the appointing authority took the view that the decisive criterion for promotion was the level

¹⁸⁹ Further examples are Joined Cases C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P and C-180/01 P, *International Power s.o./NALOO*, [2003], I-11421, para. 156 and Joined Cases C-442/03 P and C-471/03 P, *P&O European Ferries (Vizcaya)/Commission and Diputación Foral de Vizcaya/Commission*, [2006], (not yet published in the ECR), para. 63 et seq.

¹⁹⁰ See Case C-164/98 P, *DIR International Film Srl/Commission*, [2000] ECR I-468, para. 44, 48.

¹⁹¹ Not detected by the Advocate General.

¹⁹² See Case C-197/99 P, *Belgium/Commission*, op. cit., fn. 129, para. 67.

¹⁹³ Thus following Advocate General Léger, *loc. cit.*, cf. para. 120.

¹⁹⁴ Case C-459/00 P (R), *Commission/Trenker*, [2001] ECR I-2823, para. 52.

¹⁹⁵ See Case C-471/00 P (R), *Commission/Cambridge Healthcare Supplies*, [2001] ECR I-2865, para. 48; Case C-474/00 P (R), *Commission/Bruno Farmaceutici a.o.*, [2001] ECR I-2909, para. 50; Case C-475/00 P (R), *Commission/Händler*, [2001] ECR I-2953, para. 50; Case C-476/00 P (R), *Commission/Schuck*, [2001] ECR I-2995, para. 50; Case C-477/00 P (R), *Commission/Roussel and Roussel Diamant*, ECR I-3037, para. 50; Case C-478/00 P (R), *Commission/Roussel and Roussel Iberia*, [2001] ECR I-3079, para. 50; Case C-479/00 P (R), *Commission/Gerrit*, [2001] ECR I-3121, para. 45.

¹⁹⁶ See Case C-277/01 P, *Parliament/Semper*, op. cit., fn. 51, para. 40.

of responsibility deployed, was made without reference to the context and dis-
torts the contents of that note.”

– And in *PKK and KVK v Council*¹⁹⁷, the ECJ concluded, that

“the findings of fact in paragraphs 35 and 37 of the contested order are there-
fore incorrect and distort the clear sense of the evidence available to the Court
of First Instance”.

It appears from the above, that there is a certain degree of confusion regarding the
terminology used with respect of these “border-line” cases: It has been stated that
the *DIR and Belgium v Commission* cases contain “a change to the contents of the evi-
dence”¹⁹⁸ and that the *Tronker* case (and the seven parallel cases) are about a “dis-
tortion of evidence”¹⁹⁹ (emphasis added). However, in all of these cases the ECJ held
that the first instance distorted the contents of the decision respectively challenged.
The latter, however, is clearly not a piece of evidence, i.e. a given document pro-
vided by the parties and designed to prove a factual statement, but the very object
of the contentious procedure before the CFI.²⁰⁰ Thus, it appears that the ECJ uses
the term “evidence” in the non-technical sense of the word, which is rather con-
fusing.²⁰¹ One way of removing the confusion would be the use of a generic expres-
sion, e.g. “manifest distortion of facts”.

eee) Room for further exceptions?

So far the ECJ has resisted attempts to broaden its case law in the light of the
national experiences regarding the “fact/law” distinction²⁰². In *British Airways*²⁰³,
the Advocate General suggested that an “obvious infringement of the laws of logic”
is also a legal ground. In *Hiltl*²⁰⁴ the Advocate General had similar views, but so far
the ECJ did not accept this as a legal ground. The reasons for the ECJ’s implicit
refusal are a matter for speculation, but could be twofold: It might be of the opin-

ion that the magistrates sitting at the CFI are of such high level²⁰⁵ that they would
simply never infringe the laws of logic, be it in an obvious way or otherwise.
Besides, adding such infringement to the catalogue of legal grounds could be detri-
mental in terms of the CFI’s and thus institution’s image. More importantly, the
ECJ could argue that there is no need for such legal ground, since an obvious
infringement of the laws of logic will generally also result in an error of motivation,
which can be reviewed by the ECJ.

fff) Other limits to the ECJ’s jurisdiction

Appellants need also to bear in mind that it is not for the ECJ, when ruling on ques-
tions of law in the context of an appeal, to substitute, on grounds of fairness, its
own assessment for that of the CFI exercising its unlimited jurisdiction to rule on
the amount of fines imposed on undertakings for infringements of Community
law.²⁰⁶ Thus, the ECJ cannot verify whether a fine is proportionate in relation to
the gravity and duration of the infringement as established by the CFI on comple-
tion of its appraisal of the facts.²⁰⁷

In contrast, the ECJ does have jurisdiction to consider whether the CFI has
responded to a sufficient legal standard to all the arguments raised by the appellant
seeking to have the fine abolished or reduced.²⁰⁸ However, when the amount of the
fines imposed is determined the exercise of unlimited jurisdiction must not result in
discrimination between undertakings which have participated in a cartel contrary to
Article 85(1) ECT.²⁰⁹

8. Drafting the appeal

a) Introduction

Before drafting the appeal the appellant should carefully read the “Practice direc-
tions relating to direct actions and appeals”²¹⁰ and “Notes for Guidance of

²⁰⁵ See Article 223 ECT.

²⁰⁶ See Case C-310/93 P, *BPB Industries and British Gypsum/Commission*, [1995] ECR I-865, para. 34;
Case C-185/95 P, *Baustahlwerke/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 129; Case C-248/98 P, *KNP
BT/Commission*, [2000] ECR I-9641, para. 54; Case C-359/01 P, *British Sugar/Commission*, [2004]
ECR I-4933, para. 48; Case C-281/04 P, *Leighton a.o./Council and Commission*, [2005] (not yet
reported in the ECR), para. 15-16.

²⁰⁷ See Case C-338/00 P, *Volkswagen/Commission*, [2003] ECR I-9189, para. 151.

²⁰⁸ See Case C-219/95 P, *Ferraria Nord/Commission*, [1997] ECR I-4411, para. 31.

²⁰⁹ See Case C-280/98 P, *Montz J. Weg/Commission*, [2000] ECR I-9757, para. 63.

²¹⁰ See OJEC L 361 of 8.12.2004, p. 15 et seq.

¹⁹⁷ See Case C-C-229/05 P, *PKK and KNK/Council*, [2007], (not yet published in the ECR), para. 53.

¹⁹⁸ See Advocate General Léger’s Opinion in Case C-57/02 P, *Aerinas/Commission*, [2005] ECR I-
6689, para. 162, and Advocate General Kokott’s Opinion in Case C-229/05 P, *PKK and KNK/
Council*, [2006], (not yet published in the ECR), para. 43.

¹⁹⁹ See *Jung* in: von der Gröben/Schwarze, op. cit., fn. 17, p. 411, para. 195, who erroneously refers
to Case C-459/00 P (R), *Commission/Tronker*, fn. 194, as a “distortion of evidence”.

²⁰⁰ Which needs to be annexed to every application; see Article 43 (1) CFI Rules of procedure.

²⁰¹ See in this respect also *Harkspiel* in: Rengelin/Middelde/Gellermann, Handbuch des Rechts-
schutzes in der Europäischen Union, [2003], p. 505, para. 28.

²⁰² See *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 872.

²⁰³ See Opinion of AG Kokott in Case C-95/04 P, *British Airways/Commission*, (not yet reported in the
ECR), para. 83.

²⁰⁴ See Case C-53/92, *Hiltl/Commission*, op. cit., fn. 119.

Council²¹¹ published by the ECJ. While the drafting of an appeal looks like a straightforward exercise, it nevertheless remains a challenge, in particular as regards the indication of the pleas in law and legal arguments (see d) below).

b) Indicating the name and address of the appellant

The appeal shall, as a first element, contain “the name and the address of the appellant”²¹². The ECJ is not formalistic in this respect: An appellant who indicates the city where his administrative offices are said to be based rather than the town where the company is established for the purposes of national law, commits an irregularity. But it is not substantial enough to make the appeal formally inadmissible.²¹³ That said, on a related subject, any potential appellant should know that he needs to be represented by a lawyer,²¹⁴ which means he cannot validly sign an appeal himself – even if he is a fully qualified lawyer.²¹⁵

c) Indicating the names of the other parties

The obligation to indicate “the names of the other parties to the proceedings before the Court of First Instance”²¹⁶ is not a source of procedural mistakes either. And the ECJ is also not at all formalistic in this respect: Not indicating the names of the other parties to the proceedings before the CFI and not mentioning the date on which the judgment under appeal was notified to the appellant is not sufficient to render the appeal inadmissible.²¹⁷

d) Indicating the pleas in law – yet another stumbling block

aa) Introduction

The appeal shall furthermore contain “the pleas in law and legal arguments relied on”²¹⁸. This innocent looking provision is one of the procedural cornerstones of

the appeals proceedings. A number of appellants underestimate it, others disregard it totally.²¹⁹ Understanding this provision requires an understanding of the appeal’s ratio: It is a review by the ECJ of the legality of the CFI’s decision. Thus, it is not a retrial, i.e. a re-examination of the application submitted before the CFI. It is in the light of this ratio that the ECJ has “put some flesh” on the otherwise laconic wording of Article 112 (1) (c) EJC Rules of procedure.

bb) Indicating which aspects of the contested CFI decision are criticised

This first requirement does not flow from the wording of Article 112 (1) (c), but is determined by the ratio of the appeals procedure: The appellant has to indicate those parts of the CFI’s decision he intends to challenge, which means that he cannot expect the ECJ to investigate this *ex officio*. That said, the ECJ’s case law regarding the exact extent of the appellant’s obligation is slightly ambiguous: On the one hand the appellant has to “indicate precisely the elements of the contested judgment which it disputes”²²⁰. On the other hand the ECJ held, at least in some cases, that it does not matter if the appeal does “not formally identify on each occasion the precise points” of the contested decision, as long as the defendant is properly able to take a position on the arguments brought against it.²²¹ In the same vein the ECJ accepted that an appeal challenges “by implication but clearly, the operative part of the judgment of the Court of First Instance”²²².

Against this background every potential appellant is well advised to opt for a cautious approach.²²³ He should indicate exactly the paragraph(s)/parts of paragraphs containing the legal finding of the CFI’s decision challenged by the appeal.²²⁴ He should furthermore specify which legal ground relates to which of these paragraphs and also explain why, in his view, each legal ground is well founded (see cc) below).

219 See e.g. Case C-114/03 P, *Pizzioneri/Parliament*, [2004] (not yet reported in the ECR), para. 8; Case C-215/05 P, *Papoulakas/Italy and Commission*, [2006] ECR I-18, para. 9.

220 Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P and C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij a.o./Commission*, op. cit., fn. 26, para. 500; C-107/03 P, *Procter & Gamble/OHIM*, [2004] (not yet reported in the ECR), para. 34-35; Case C-279/02 P, *Autis de Campos/Parliament*, [2004] (not yet reported in the ECR), para. 48, 56; Case C-114/03 P, *Pizzioneri/Parliament*, [2004] (not yet published in the ECR), para. 7-9; Case C-315/04 P, *Dipaez/Hab*, [2005] (not yet reported in the ECR), para. 6-7.

221 Case C-447/98 P, *Molkerei Großbrunnshain und Bone Nahrungsmittel/Commission*, [2000] ECR I-9100, para. 61; see also to this effect Case C-208/03 P, *Le Pen/Parliament*, [2005] ECR I-6051, para. 41.

222 See Case C-136/92 P, *Commission/Brazzelli Ludati a.o.*, op. cit., fn. 62, para. 34.

223 See also *Hackepiel*, op. cit., fn. 201, p. 507, para. 31.

224 There are also cases where the appellant raises an absence of legal findings, see e.g. Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P, and C-254/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij a.o./Commission*, op. cit., fn. 26, para. 423.

cc) Indicating the legal arguments which specifically support the appeal

Under the second requirement, which is explicitly provided in Article 112 (1) ECJ Rules of procedure, the appellant needs to indicate the "pleas in law and legal arguments relied on". Thus, the appellant needs to first select the right arguments and then present them in an appropriate way.

aaa) Selecting the legal arguments

This is not merely a matter of detecting the legal arguments with the highest degree of persuasion. Prior to this exercise, the appellant needs to know the following:

He may not rely on pleas of law "which he expressly withdrew in the proceedings before the Court of First Instance or on pleas declared inadmissible by that court, where the finding that they are inadmissible is not contested"²²⁵. Similarly, the ECJ is prevented from upholding an error of law, which it has spotted, but which had not been pleaded in the appeal.²²⁶ In particular the appellant may not simply reiterate, be it by repeating,²²⁷ without reproducing,²²⁸ repeating "purely by reference",²²⁹ or reproducing verbatim²³⁰, the pleas in law and arguments already submitted to the CFI, including those based on factual allegations expressly dismissed by that Court²³¹ or considered as irrelevant.²³² Such repetition would amount to a retrial or re-examination of the first instance.²³³ That said, the appellant may repeat those legal grounds already raised at first instance, if he wishes by using the same wording,²³⁴ provided he indicates the contested parts of the CFI's judgement²³⁵

²²⁵ See Case C-354/92 P, *Eppe/Commission*, [1993] ECR I-7045, para. 13.

²²⁶ See Case C-136/92 P, *Commission/Bragelli Luatdi*, op. cit., fn. 62, para. 52.

²²⁷ See Case C-244/92 P, *Kapka-Floridi/ECOSOC*, fn. 115, op. cit., para. 9 and 10; Case C-338/93 P, *De Hoo/Commission*, [1994] ECR I-821, para. 19; Case C-260/02 P, *Becker/Court of Auditors*, [2005] (not yet published in the ECR), para. 21-22.

²²⁸ Joined Cases C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-251/99 P, C-252/99 P and C-254/99 P, *Lunburg Viny/Maatschappij a.o./Commission*, op. cit., fn. 26, para. 530.

²²⁹ See Case C-354/92 P, *Eppe/Commission*, op. cit., fn. 225, para. 8; Case C-87/95 P, *CN44P/Council*, [1996] ECR I-2005, para. 31; Case C-162/05 P, *Entorn/Commission*, [2006] ECR I-12, para. 42 et seq.

²³⁰ See e.g. Case C-26/94 P, *X/Commission*, [1994] ECR I-4381, para. 14; Case C-190/04 P, *French a.o./Council and Commission*, op. cit., fn. 152, para. 17 and 18; Case C-268/05 P, *Lehdeff/Commission*, [2006] ECR I-19, para. 15.

²³¹ See Case C-26/94 P, *X/Commission*, [1994] ECR I-4379, para. 15; Case C-62/94 P, *Tanner/Commission*, [1994] ECR I-3177, para. 17.

²³² See Case C-31/95 P, *Del Plata/Commission*, [1996] ECR I-1443, para. 22.

²³³ See most recently the opinion of AG *Six-Hoels* in Case C-68/05 P, *Coorn/Commission*, [2006] (not yet published in the ECR), para. 52 and 53.

²³⁴ Case C-41/99 P, *Sadam Zuehorjif a.o./Council*, [2001] ECR I-4250, para. 19.

and contests the application or interpretation of EU law made by the CFI.²³⁶ In this respect the ECJ clarified, albeit at a rather late stage, that "if an appellant could not thus base his appeal on pleas in law and arguments already relied on before the Court of First Instance, an appeal would be deprived of part of its purpose".²³⁷

bbb) Presenting legal arguments in an appropriate way

Furthermore, the appellant "must clearly state the legal arguments which specifically support the request".²³⁸ Despite this rather strict standard, clearly inspired from the French procedural tradition ("moyens de droit"), the ECJ is not too formalistic in practice. In case of doubt it tends to disil the points of law out of the appellant's written / oral submission: In *Vidrány*,²³⁹ it held that a certain part of the appeal "may be understood only as a criticism of the Court of First Instance for having failed to criticize an infringement of the general principle of the observance of the rights of the defence." In *Luccioni*²⁴⁰ the ECJ adopted an even more appellant-friendly view: "In order to be rendered meaningful, the second part of the second limb of the plea must be construed as alleging that the judgment under appeal fails to state the grounds on which it is based as regards the criteria for determining the amount regarded by the Court of First Instance as making good the material damage suffered by the appellant." And in case *Comunità montana della Valnerina*²⁴¹ the ECJ held that it does not matter if two legal arguments, read separately, were slightly ambiguous, as long as their sense becomes clear if considered together.

The above indicates that a legal ground is admissible provided it is presented at least as a nucleus or at the very least implicitly, be it in a "laconic" way.²⁴² The fact that an appeal, or a plea in support of an appeal, does not refer to all the reasons which led the CFI to adopt a position on a question does not result in the plea being inad-

²³⁵ See Case C-386/96 P, *Dreyfus/Commission*, [1998] ECR I-2351, para. 38; Case C-391/96 P, *Compagnie Continentale (France) SA/Commission*, [1998] ECR I-2380, para. 36; Case C-403/96 P, *Glencore Grain/Commission*, [1998] ECR I-2408, para. 36; Case C-82/98 P, *Köglér/ECJ*, [2000] ECR I-3869, para. 23; Case C-353/01 P, *Mattila/Council and Commission*, [2004] ECR I-1073, para. 25-27; Case C-18/04 P, *Krkićević a.o./Parliament, Council and Commission*, [2004] (not yet published in the ECR), para. 21-22; Case C-254/03 P, *Eduardo Vaira/Commission*, [2005] ECR I-237, para. 32-33.

²³⁶ See e.g. Case C-187/03 P, *Drouis/Commission*, [2004] (not yet published in the ECR), para. 18.

²³⁷ Case C-321/99 P, *AR-AP a.o./Commission*, [2002] ECR I-4350, para. 49; Case C-200/01 *IPK München/Commission*, [2004] ECR I-4627, para. 48-51.

²³⁸ See e.g. Case C-76/00 P, *Petrouli a.o./Council*, [2003] ECR I-79, para. 71.

²³⁹ Case C-283/90 P, *Vidrány/Commission*, [1991] ECR I-4361, para. 19.

²⁴⁰ Case C-257/98 P, *Luccioni/Commission*, op. cit., fn. 158, para. 36.

²⁴¹ Case C-240/03 P, *Comunità montana della Valnerina/Commission*, [2006] ECR I-731, para. 110.

²⁴² See case C-299/98 P, *CPL Imperial/Commission*, [1999] ECR I-8686, para. 36.

missible.²⁴³ The same applies in case of an incorrect reference to the pertinent provisions.²⁴⁴

However, if the legal argument the appellant intends to make is too abstract it may well end up as inadmissible. This is particularly the case if the appellant confines himself to saying that the reasoning in the contested decision contains errors of law,²⁴⁵ or that the CFI ought to have interpreted a given judgment differently, without putting forward any legal argument in that respect.²⁴⁶ The same applies to those appellants who are of the opinion that the first instance ought to have construed a certain provision differently “for reasons of equity and/or natural justice, without stating anything further in this regard”²⁴⁷ and/or merely “refer back to arguments put forward in another context”, which must be dismissed as insufficiently substantiated and consequently clearly inadmissible.²⁴⁸ Thus, clarity is not only likely to prevent a given plea from being declared inadmissible, but also facilitate any self-critical assessment of the chances of success of the legal pleas chosen.

e) Indicating the form or order sought by the appellant

The appeal shall also contain “the form or order sought by the appellant”²⁴⁹ This provision does not raise any particular problems. The possible options are indicated in Article 113 (1) ECJ Rules of procedure. That said, the appellant should keep in mind that it is only the CFI’s judgment which can be the subject of an appeal, i.e. he cannot request the ECJ to annul the decision challenged in first instance.²⁵⁰

f) Other provisions

Article 112 (1), 2nd sub-paragraph, ECJ Rules of procedure provides that “Article 37 and Article 38 (2) and (3) of these Rules shall apply to appeals”. These provisions relate to a number of formalities every applicant has to comply with, such as the number of certified copies of the original to be handed in, the annexes, the address

²⁴³ Case C-458/98 P, *Industrie des papiers sphériques/Connaï*, [2000] ECR I-8177, para. 67; Case C-357/04 P, *Andolfi/Commission*, [2005] (not yet published in the ECR), para. 22.

²⁴⁴ Case C-149/95 P(R), *Commission/Atlantic Container Line AB a.o.*, op. cit., fn. 151, para. 14.

²⁴⁵ See e.g. Case C-156/96 P, *Williams/Compt of Auditors*, [1997] ECR I-239, para. 13 and 20.

²⁴⁶ See Case C-338/93 P, *De Hoel/Commission*, op. cit., fn. 227, para. 25 and 26.

²⁴⁷ See Case C-318/92 P, *Moat/Commission*, [1992] ECR I-481, para. 14.

²⁴⁸ See Case C-51/95 P, *Unifruit Hellas/Commission*, [1997] ECR I-727, summary 4 and para. 33.

²⁴⁹ See Article 112 (1) (d) ECJ Rules of procedure.

²⁵⁰ See e.g. Case C-198/99 P, *Enstetec/Commission*, [2003] (not yet published in the ECR), para. 32; Advocate General’s opinion of 22 June 2006 in Case C-266/05 P, *Jose Maria Sison/Connaï*, (not yet published in the ECR), para. 11.

for service, etc. In this respect it should be noted that the Rules of procedure now here do provide that failure to comply with the requirements of Article 37(1) and (4) thereof renders the appeal inadmissible.²⁵¹ The ECJ also confirmed that the reference to Article 38 (2) and (3) ECJ Rules of procedure means that the formalities provided for in Article 38 (5) of these Rules do not apply to appeal proceedings.²⁵² Also, there is no need to indicate in the appeal the date on which the contested decision was notified, as long as it is confirmed by a certificate of receipt.²⁵³

9. No changing of the subject-matter

a) Introduction

A further procedural corner-stone is enshrined in Article 113 (2) ECJ Rules of procedure,²⁵⁴ which provides that “the subject-matter of the proceedings before the Court of First Instance may not be changed”. Indeed, since an appeal is meant to review the CFI’s decision, thus excluding a retrial, any change of the subject-matter of the first instance is *a fortiori* excluded. This rule is self-explanatory, by contrast to a number of other procedural principles, such as the one in 8) above, and yet it is frequently ignored by appellants²⁵⁵ and sometimes even by institutions.²⁵⁶

b) No new form or order sought

This rule is relatively simple. It means e.g. that an annulment in the first instance cannot be completed by a claim in the appeal for compensation.²⁵⁷ Equally, an appellant cannot seek an annulment different from the one in first instance.²⁵⁸ Besides, the other party to the proceedings is not entitled to seek compensation for

²⁵¹ See Case C-82/01 P, *Aéroports de Paris/Commission*, [2002] ECR I-9334, para. 9-12.

²⁵² See Case C-294/98 P, *Mérida-Serla Oyj a.o./Commission*, op. cit., fn. 38, para. 15.

²⁵³ See Case C-263/02 P, *Commission/Jégo Quirès*, [2004] ECR I-3425, para. 22.

²⁵⁴ See the analogous provision in Article 116 (2) ECJ Rules of procedure, which concerns the response.

²⁵⁵ See e.g. Case C-19/95, *San Marco/Commission*, [1996] ECR I-4435, para. 49; Case C-95/98 P, *Edouard Dubois and son/Connaï and Commission*, [1999] ECR I-4835, para. 26; Case C-299/98 P, *CPL Imperial 2 and Unifruit/Commission*, op. cit., fn. 242, para. 41-42; Case C-217/01 P, *Hendriks/CEDEFOP*, [2003] ECR I-3701, para. 37; Case C-204/02 P, *Joynton/Commission*, [2003] ECR I-14763; Case C-488/01 P, *Martinez/Parlement*, [2003] ECR I-13355, para. 76; Case C-180/03, *Latino/Commission*, [2004] ECR I-1587, para. 42, 44; Joined Cases C-183/02 P and C-187/02 P, *Deusa and Territorio Histórico de Álava/Commission*, [2004] ECR I-10609, para. 59; Joined Cases C-186/02 P and C-188/02 P, *Ramondín a.o./Commission*, op. cit., fn. 35, para. 60.

²⁵⁶ See e.g. Case C-218/97 P, *Connaï/Fernandes Leite Matens*, [1997] ECR I-6945.

²⁵⁷ See Case C-283/90 P, *Vidrianyi/Commission*, op. cit., fn. 239, para. 9-10.

²⁵⁸ See e.g. Case C-174/97 P, *FFSA a.o./Commission*, op. cit., fn. 173, para. 44-45.

damage allegedly suffered by him as a result of the appeal lodged by the applicant.²⁵⁹

c) No new legal grounds

In order to avoid any possible misunderstandings, it should be pointed out from the outset that Article 113 (2) ECJ Rules of procedure is only concerned with pleas in law which have not been raised before the CFI.²⁶⁰ This has nothing to do with the general rule providing that “no new plea in law may be introduced in the course of proceedings unless it is based on matters of law or of fact which come to light in the course of the procedure”.²⁶¹ The latter rule is relevant in case the appeal and the response are – exceptionally – supplemented by a reply and a rejoinder.²⁶²

To allow a party to put forward for the first time before the ECJ a plea in law which it has not raised before the CFI would be to allow it to bring before the ECJ a case of wider ambit than that which came before the CFI.²⁶³ In an appeal the ECJ’s jurisdiction is thus confined to review the findings of law on the pleas argued before the CFI.²⁶⁴

This rule, however, is not as absolute as its wording suggests:

Firstly, it does not apply if it turns out that the CFI infringed a rule which the ECJ has to verify ex officio. This is the case of all ordre public rules, such as the obligation to state reasons,²⁶⁵ or the non competence of the acting institution.²⁶⁶

Secondly, appellants may very well raise a new plea of law if he or she is of the opinion that the CFI’s decision is e.g. in breach of a procedural rule and/or a general principle in law. In these circumstances the appellant could, by definition, not raise such legal grounds during the proceedings pending at the CFI, i.e. prior to its judgment. Any other reading would mean that the CFI’s judgment or order may be in breach of EU law, as long as it is not an aspect which has been already discussed at first instance.

²⁵⁹ See e.g. Case C-35/92 P, *Parliament/Fredrickson*, op. cit., fn. 165, para. 35

²⁶⁰ See e.g. Case C-183/02 P, *Dennis a.o./Commission*, [2004] op. cit, fn. 255, para. 69.

²⁶¹ See Article 118 and 42 (2) FCJ Rules of procedure.

²⁶² See Article 117 (1) ECJ Rules of procedure.

²⁶³ See Case C-230/05 P, *L/Commission*, [2006] ECR I-55, para. 99.

²⁶⁴ See Case C-136/92 P, *Commission/Bragaglia I nelli a.o.*, op. cit, fn. 62, para. 59; Case C-18/91 P, *l’Parliament*, op. cit., fn. 161, para. 21; Case C-1/98 P, *British Steel/Commission*, [2000] ECR I-10353, para. 47.

²⁶⁵ Case C-367/95 P, *Sytraval*, [1998] ECR I-1719.

²⁶⁶ Case C-210/98 P, *Salzgitter/Commission*, [2000] E-CR I-5843.

Thirdly, appellants remain entitled to develop legal arguments already raised at first instance²⁶⁷ (see 8.d) above).

10. The written and oral procedure before the ECJ

a) Introduction

The procedure before the ECJ shall consist²⁶⁸ of a written part and an oral part, but the ECJ may dispense with the oral procedure, if provided in the rules of procedure. These rules are the result of a compromise: On the one hand, the legislature had to make sure that the appeals procedure is sufficiently “light” in order to keep the ECJ’s workload within reasonable limits. On the other hand, it had to guarantee that the review of the first instance’s decision is sufficiently efficient. As a result the appeals procedure is both shorter and simpler than e.g. an application for annulment.²⁶⁹

b) Written procedure

The quest for simplification translates into a limitation of the parties’ rights:

aa) Limited rights of the applicant

In the vast majority of appeals the written procedure consists of a single exchange of written submissions, i.e. the appeal, followed by the response. If an appellant wishes to reply to the response he not only needs to apply for it within seven days as of receipt, but convince the President of the ECJ that this is necessary “in order to put forward his point of view or in order to provide a basis for the decision on appeal”.²⁷⁰ As to those appellants who have requested an expedited procedure²⁷¹ they may still apply for such a second exchange of submissions, but in practice their chances of success are rather slim. The only case where an appellant is entitled to lodge a reply to the response is when the defendant lodged a cross-appeal in his response.²⁷²

²⁶⁷ See Case C-76/93 P, *Saenz de Guatepequi/Commission*, op. cit., fn. 65, para. 8.

²⁶⁸ See Article 59 ECJ Statute.

²⁶⁹ See Article 230 ECT.

²⁷⁰ See Article 117 (1) ECJ Rules of procedure.

²⁷¹ See Articles 118 and 62a ECJ Rules of procedure.

²⁷² See Article 117 (2) ECJ Rules of procedure.

bb) Limited rights of the defendant

In appeals proceedings the defendant can neither raise a plea of inadmissibility,²⁷³ nor seek a judgment by default,²⁷⁴ as both procedures tend to lengthen the proceedings considerably. On the whole this restrictive policy is justified: On the one hand, the parties to an appeal are already familiar with the subject-matter and should thus be able to concentrate their arguments into a single exchange of submissions. On the other hand, they tend to misuse a second exchange of written submission, if obtained, in order to repeat themselves or to comment on new facts contained in the reply.²⁷⁵

c) Oral procedure

According to the wording of the relevant procedural rules²⁷⁶ a hearing is the rule and the absence of same the exception. This turns out to be misleading as in practice it tends to be the other way round.

aa) Absence of oral hearing

The ECJ makes frequent use of the possibility to reject appeals by way of order, i.e. without a hearing, after having found, on the basis of the submissions, that they are in whole or in part clearly inadmissible or clearly unfounded.²⁷⁷ Such an unpleasant outcome must be expected by those appellants who merely seek a retrial of the first instance, rather than putting forward legal grounds,²⁷⁸ contest issues of fact rather than raising points of law,²⁷⁹ or challenge a decision which is manifestly legal.²⁸⁰ In many cases, appellants commit multiple infringements of the same rule,²⁸¹ or of several rules governing the admissibility.²⁸²

²⁷³ See Article 118 ECJ Rules of procedure, which does not refer to Article 91 ECJ Rules of procedure.

²⁷⁴ See Article 116 ECJ Rules of procedure.

²⁷⁵ Case C-12/95 P, *Transoceanic Maritimas a.o./Commission*, [1995] ECR I-468, para. 8.

²⁷⁶ See Article 59, 1st sentence ECJ Rules of procedure.

²⁷⁷ See Article 119 ECJ Rules of procedure.

²⁷⁸ Case C-244/92 P, *Kypke Floridi/ECOSOC*, op. cit., fn. 115; Case C-338/93 P, *De Haer/Commission*, [1994], op. cit., fn. 227; Case C-26/94 P, *X/Commission*, [1994], op. cit., fn. 230; Case C-173/95 P, *Högen/ECJ*, op. cit., fn. 97.

²⁷⁹ See Case C-115/90 P, *Turner/Commission*, op. cit., fn. 170; Case C-294/91 P, *Sebastiani/Parliament*, op. cit., fn. 152.

²⁸⁰ Case C-275/93 P, *Boessen/ECOSOC*, [1994] ECR I-159 et seq.

²⁸¹ See e.g. Case C-403/95 P, *Ohst/Commission*, [1998] ECR I-27, para. 23, 35, 42.

²⁸² See e.g. Case C-431/98 P, *Prognalis/Commission*, [1999] ECR I-8319.

The ECJ may, furthermore, decide to dispense with the oral part of the procedure unless one of the parties submits an application "setting out the reasons for which he wishes to be heard".²⁸³ In this respect it should be kept in mind that an appellant's waiver of the right to request permission, in accordance with Article 117 (1) of the Rules of procedure, to lodge a reply does not give it a right to a decision by the Court, at its request, to hold a hearing, nor does it prove that the written procedure did not give it an opportunity to fully defend its point of view.²⁸⁴ In appeals concerning interim proceedings an oral hearing is the exception, since the judge will normally have all the information needed to give judgment on the appeal.²⁸⁵ In all other cases the ECJ will carry out an oral hearing.²⁸⁶

bb) Practical aspects of a hearing

Hearings in appeals proceedings involve a number of practical aspects, which appellants should be aware of:

In the average appeals proceedings, the "Judge rapporteur" and his fellow Judges do not pose many questions to the parties, unlike their counterparts from the CFI. But there is a certain tendency – again without generalising – towards putting more questions to the institution involved, which in most cases is in the role of the defendant. Appellants should not, however, take this as an indication of their chances of success. Much of this has to do with the fact that an institution is presumed to have – and in many cases has – a better vertical and horizontal knowledge of EU law, than the lawyers of natural persons or companies.

Moreover, there is at least a presumption that an institution's approach to EU law will normally be more objective – unless its legal views are to some extent distorted by politics, which tends to be the case in certain sensitive areas such as health protection.²⁸⁷ By contrast, the lawyers of individuals may well be specialised in the area of law concerned, but will, nevertheless, have a natural and to some extent understandable tendency to assess legal questions in the light of their client's individual interests. The latter are often dominated by considerable economic interests.

Similarly, the vast majority of oral hearings are public, and thus frequently attended by visitors, such as students, magistrates, officials from Member States, concerned representatives of the private sector, the press etc. Under these circumstances the

²⁸³ See Article 120 ECJ Rules of procedure.

²⁸⁴ Case C-291/98 P, *Serrão SA/Commission*, [2000] ECR I-1214, para. 11.

²⁸⁵ Case C-481/01 P(R), *NDC Health/IMS Health and Commission*, [2002] ECR I-3405, para. 52.

²⁸⁶ Regarding appeals a reopening of the oral hearing is extremely rare, see e.g. Case C-227/04 P, *Lindorfer/ Council*, [2006] (not yet published in the ECR).

²⁸⁷ See e.g. Directive 98/43/EC introducing a total ban on the advertising and sponsorship of tobacco products, quashed by Case C-376/98, *Germany/Parliament and Council*, [2000] ECR I-8419.

ECJ is – understandably – eager to prevent any impression on the side of the public that there could be something like sympathy, let alone collusion, between the ECJ in its capacity as an institution and the institution respectively concerned by the appeals proceedings. As a result the magistrates' questions are rarely indicative of their views of the case. On the contrary, sometimes one or the other question to the institution may not only be rather difficult, but even more or less hostile.²⁸⁸ Again, the appellant should not view this as circumstantial evidence indicating that the institution has a fair chance to lose the case.

Lastly, the ECJ is also understandably keen to avoid the risk of a party claiming an infringement of its right to be heard. In the worst of all cases this could end up with an application to the European Court for Human Rights in Strasbourg. This is why the ECJ has a certain tendency – again without drifting into a generalisation – not to interrupt the lawyers of individuals and companies whenever their pleadings deviate, as is sometimes the case, into more political views and/or comprise inadmissible aspects, such as the contesting of issues of fact.

d) The right to discontinue the proceedings

It is clear that the right to lodge an appeal comprises the right to discontinue the proceedings.²⁸⁹ The appellant may exercise this right at any time,²⁹⁰ fully or partially,²⁹¹ even after the oral hearing – until the date of the handing down of the judgment. In this respect suffice to note that this is the appellant's autonomous decision. The fact that the defendant (normally an institution) would state that it has "no objection to the discontinuance of the proceedings"²⁹² is merely a matter of courtesy. The sole issue then is one of costs, which are determined on the basis of the parties' claims²⁹³ and relevant rules,²⁹⁴ unless the parties have agreed on an amicable solution.²⁹⁵

²⁸⁸ As was the case e.g. during the oral hearing concerning case C-459/00 P (R), *Commission/Trauker*, op. cit., fn. 194.

²⁸⁹ See Article 78 ECJ Rules of procedure, e.g. Case C-197/05 P, *ET/OHIM*, [2006] (not yet published in the ECR).

²⁹⁰ E.g. over a year after lodging the appeal, see Case C-426/04 P, *AER/Schmitt*, [2006] (not yet published in the ECR).

²⁹¹ See e.g. Case C-243/05 P, *Agreaz a.o./Commission*, [2005] (not yet reported in the ECR).

²⁹² See for example Joined Cases C-372/90 P, C-372/90 P-R and C-22/91 P, *JEP/Commission*, [1991] ECR I-2043, para. 7-8.

²⁹³ No such claim was made by the Commission in Case C-276/03 P, *Scott/Commission*, [2005], ECR I-8437, para. 39.

²⁹⁴ Such orders are never published.

²⁹⁵ Such as the one in Case C-121/05 P, *OHIM/Dauntale Post Euro Express*, [2005] (not yet published in the ECR), para. 3.

11. Interim measures in the context of an appeal

a) Introduction

Appeals have no suspensory effect,²⁹⁶ unless the ECJ orders such effect as a result of interim proceedings.²⁹⁷ By excluding an automatic suspensory effect, which exists in some Member States, e.g. Germany,²⁹⁸ the legislature prevented appeals being lodged for the sole purpose of delaying the enforcement of CFI judgments. This would have increased the ECJ's workload dramatically and amounted, in many cases, to an abuse.

Every potential applicant, however, faces a major structural difficulty in that an application for suspension of operation cannot, in principle, be envisaged against a negative decision, such as a judgment at first instance dismissing the action in its entirety, since the grant of suspension could not have the effect of changing the applicant's position.²⁹⁹ The problem the potential appellant is facing here is that, statistically, the majority of proceedings at first instance result in a negative decision. Since a request for interim measures³⁰⁰ is ancillary to the appeals proceedings proper, i.e. not an appeals procedure as such, by contrast to an appeal lodged against interim measures adopted by the first instance, the following will be kept to a brief overview:

b) Overview on applicable rules

There is no particular requirement in terms of time-limit, other than the request for interim measures being lodged while the appeal is pending at the ECJ. In practice, both submissions should be submitted simultaneously, as this is consistent with the urgency and the *prima facie* case every applicant needs to demonstrate.

aa) Urgency

The ECJ consistently held that the urgency must be assessed in relation to the necessity for an order granting interim relief in order to prevent serious and

²⁹⁶ See Article 60 (1) ECJ Statute.

²⁹⁷ See Articles 242 and 243 EC and the less relevant Articles 157 and 158 of the EAEC Treaty.

²⁹⁸ See e.g. the various appeals in administrative matters ("Berufung" and "Revision"), §§ 124 and 132 Verwaltungsgerichtsordnung (rules of procedure).

²⁹⁹ See Case 206/89, *R S/Commission* [1989] ECR 2841, para. 14; Case C-89/97, *P (R) Miocia Iron/Commission* [1997] ECR I-2327, para. 45; Joined Cases C-486/01 P-R and C-488/01 P-R, *Front National and Marinier/Parliament*, [2002] ECR I-1845, para. 73.

³⁰⁰ See Articles 83-90 ECJ Rules of procedure.

irreparable damage to the party requesting the interim protection.³⁰¹ Thus, it is a bit of an irony that while the applicant is not entitled to put forward pleas of fact in the main proceedings, i.e. the appeal proper, he must demonstrate the urgency of his application for interim measures by submitting the appropriate facts. The situation where the appeal in the main proceedings is to be determined pursuant to an expedited procedure,³⁰² does not *ipso jure* mean that the application for interim measures is without object.³⁰³

bb) Prima facie case

The ECJ will, furthermore, assess the *sumus boni juris*, i.e. whether the appeal is *prima facie* not manifestly inadmissible³⁰⁴ and well founded. If the appeal raises a complex matter or a question of principle with no case law the ECJ will tend to apply a lower test, i.e. what could be called the *sumus non mali juris* test.³⁰⁵ In other words, it will assess whether the appeal does not, *prima facie*, appear as manifestly unfounded.

cc) Balancing of the interest

Where appropriate, the judge hearing such an application must also weigh up the interests involved.³⁰⁶

12. Rulings in appeals proceedings

a) Introduction

The success rate of appeals is relatively modest: In 2005 out of 50 appeals only 7 were wholly or at least partly successful.³⁰⁷

³⁰¹ See Case C-35/92 P-R, *Parliament/Fredriksen*, [1992] ECR I-2400, para. 2, 17-18.

³⁰² See Article 62a ECJ Rules of procedure.

³⁰³ See Case C-39/03 P-R, *Commission/Arbogård a.o.*, [2003] ECR I-4487, para. 4-5.

³⁰⁴ Joined Cases C-486/01 P-R and C-488/01 P-R, *Front National and Martinez/Parliament*, [2002] ECR I-1845, para. 79 et seq.

³⁰⁵ See Case C-345/90 P-R, *Parliament/Hanning*, [1991] ECR I-232, para. 29-30.

³⁰⁶ See Case C-326/05 P-R, *Industrias Químicas del Vallés/Commission* [2005] (not yet reported), para. 14.

³⁰⁷ See p. 237 of the ECJ's annual report for 2005, published on www.curia.eu.int.

b) When is an appeal "well founded"?

The answer is not as simple as the question seems to suggest, since not every pertinent plea of law results in the appeal being well founded:

If a criticism formulated by an appellant is directed against a *superabundant* ground of the judgment of the CFI it must be rejected as nugatory.³⁰⁸ If the pleas put forward by the applicant, directed against additional grounds, do not call the CFI's finding into question they must be rejected as inadmissible.³⁰⁹ Similarly, a plea is ineffectual if it concerns reasoning which the CFI included only for the sake of completeness.³¹⁰ Lastly, an appeal must be dismissed, even if the grounds of the challenged judgment or order disclose an infringement of EU law, when the operative part of the challenged decision is well founded for other reasons of law.³¹¹

c) What happens next if the appeal is "well founded"?

If the appeal is well-founded the ECJ shall quash the decision of the CFI. If the judgement or order is set aside in its entirety the findings of fact contained therein no longer exist. A request for revision based on that judgment is therefore inadmissible.³¹²

The ECJ may then itself give final judgment in the matter, where the state of the proceedings so permits, or refer the case back to the CFI for judgment,³¹³ provid-

³⁰⁸ See Case C-244/91 P, *Pineherle/Commission*, op. cit., fn. 67, para. 31; Case C-362/95 P, *Blackspur DIY a.o./Council and Commission*, op. cit., fn. 173, para. 23.

³⁰⁹ See Case C-326/91 P, *de Comptie/Parliament*, op. cit., fn. 127, para. 123; Case C-49/69 P, *Prognolis/Commission*, op. cit., fn. 98, para. 28; Case C-264/95 P, *Commission/UTC*, [1996] ECR I-1312, para. 48; Case C-288/03 P, *Zaait a.o./Commission*, (not yet published in the ECR), para. 13-20; Case C-153/04 P, *Euroagri/Commission*, [2005] (not yet published in the ECR), para. 46; Case C-553/03 P, *Paribellens Union of Cotton Ginners and Exporters/Commission*, [2005] (not yet published in the ECR), para. 34-35.

³¹⁰ See Case C-274/99 P, *Connolly/Commission*, [2001] ECR I-1589, para. 77; Case C-184/01 P, *Hirschfeldt/EEA*, [2002] ECR I-10189, para. 48.

³¹¹ See Case C-30/91 P, *Latella/Commission*, op. cit., fn. 123, para. 28; Case C-36/92 P, *SEP/Commission*, [1994] ECR I-1932, para. 33; Case C-320/92 P, *Finsider/Commission*, op. cit., fn. 118, para. 37; Case C-294/95 P, *Ojha/Commission*, [1996] ECR I-5902, para. 52; Case C-49/92 P, *Commission/Anic Partecipazioni*, op. cit., fn. 70, para. 120; Case C-150/98 P, *ECOSOC/En*, [1999] ECR I-8877, para. 17; Case C-265/97 P, *VBA/Florinex a.o.*, op. cit., fn. 178, para. 121; Case C-210/98 P, *Jalgitzer/Commission*, op. cit., fn. 266, para. 58; Case C-312/00 P, *Commission/Canar a.o.*, op. cit., fn. 4, para. 57; Joined Cases C-172/01 P, C-175/01 P, C-176/01 P and C-180/01 P, *International Power (ex National Power)/Commission*, [2003] ECR I-11421, para. 137; Case C-164/01 P, *van den Berg/Comair*, [2004] ECR I-10225, para. 95; Case C-226/03 P, *José Martí Paix/Commission*, [2004] ECR I-11421, para. 29; Case C-64/02 P, *OHIM/Erpo Möbelwerke*, [2004] ECR I-10031, para. 51-52; Case C-396/03 P, *Kilinger/Germany a.o.*, [2005] ECR I-4967, para. 12.

³¹² See Case T-43/89 RV, *Gill/Commission*, [1993] ECR II-303, para. 51.

³¹³ See Article 61 (4) ECJ Statute.

ed the latter is competent in the first place. The ECJ will opt for the latter whenever it considers that it is not in a position to give final judgment since it may be that findings of fact will have to be made in order to adjudicate on the other pleas raised at first instance.³¹⁴ This is often the case if the CFI wrongly declared the application as inadmissible,³¹⁵ wrongly declared a plea of law to be well-founded and subsequently did not assess the other pleas of law,³¹⁶ infringed procedural rules³¹⁷ or because claims for compensation for the damage allegedly caused are involved.³¹⁸

d) "Effet utile" of ECJ judgements on appeal

ECJ decisions not only have a bearing on the parties, but also on EU law in general. Thus, it is worthwhile to briefly explore this latter aspect.

First, it should be kept in mind that the creation of the appeal as such had an immediate effect on the quality of judicial protection of individuals since it forces the CFI to carefully motivate its decisions. Turning to the appeals decisions proper, their *effet utile* is in no way comparable to that of referral proceedings within the meaning of Article 234 ECT. The latter have generated such fundamental principles as the supremacy of EU law, its direct effect, and state liability, just to mention a few. But this has essentially to do with the fact that both legal remedies are not comparable. Many referral proceedings are concerned with the interface between supranational and national law, and thus a much wider area than the cases heard by the CFI, which relate to individual decisions directly and individually affecting an individual person.

The *effet utile* of appeals proceedings on the evolution of EU law can be divided into three categories:

The first one comprises a rare species of cases: Those in which the CFI did not follow the case-law established by the ECJ, which it normally tends to do.³¹⁹ A recent example is *Jégo-Quéré*³²⁰ in which the ECJ quashed the CFI's decision,³²¹ which, even though the applicant lacked individual concern according to the existing case law on Article 230 ECT, had applied a new, more liberal test to ensure an effective remedy.³²²

³¹⁴ See Case C-188/96 P, *Commission/V*, op. cit., fn. 125, para. 33.

³¹⁵ See Case C-404/96 P, *Glennon/Commission*, [1998] ECR I-2435, para. 57.

³¹⁶ See Case C-316/97 P, *Parliament/Gaeremynck*, [1998] ECR I-7597, para. 37.

³¹⁷ See Case C-433/97 P, *IPK/Commission*, [1999] ECR I-6795, para. 19.

³¹⁸ See Case C-68/91 P, *Moritz/Commission*, op. cit., fn. 125, para. 42.

³¹⁹ See *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 872.

³²⁰ See Case C-263/02 P, *Jégo-Quéré et Cie SA/Commission*, [2002] ECR II-2365.

³²¹ Case T-177/01, *Jégo-Quéré et Cie SA/Commission*, op. cit., fn. 321.

³²² See *Arnulf*, April shower for Jégo-Quéré, [2004], *European Law Review*, Vol. 29, No. 3, p. 287.

The second category comprises those cases in which the ECJ's judgments have some importance with respect to procedural questions, general principles of law, or the separation of powers between the legislature and the judiciary. Examples are the ECJ's rulings on the limitation of duration of proceedings,³²³ the single judge at the CFI who is not competent for hearing cases involving a plea of illegality³²⁴ and the CFI's somewhat eccentric case-law relating to the "non-existent" decision.³²⁵

The third category consists of contentious matters in which the interested public expected the ECJ to provide some guidance, which then did not materialise. A recent example is *Tetra Laval*,³²⁶ a merger case, in which the ECJ failed to clarify the exact limits of the CFI's power of assessment with respect to economic matters.³²⁷

C. The right of appeal to the CFI

I. Introduction

Article 220 (2) ECT provides that "judicial panels may be attached to the Court of First Instance under the conditions laid down in Article 225a [...]". Article 225a ECT,³²⁸ which was added by the Treaty of Nice, empowers the Council to create "judicial panels" to hear and determine at first instance certain classes of action or proceedings brought in specific areas, to lay down the rules on the organisation of the panel and the extent of the jurisdiction conferred upon it.³²⁹ As to the reasons for creating this third layer the Council Decision merely indicates that it would "improve the operation of the Community courts system".³³⁰ This is a bit of an understatement: The purpose is to take away some of the case load from the CFI and transfer it to specialised courts.³³¹ With respect to staff cases this case load is very substantial.³³²

³²³ See Case C-185/95 P, *Banqueparibas/Commission*, op. cit., fn. 113, para. 26 et seq.

³²⁴ See Case C-171/00 P, *Librairie/Commission*, [2002] ECR I-451.

³²⁵ See Case C-137/92 P, *Commission/BASF a.o.*, op. cit., fn. 67.

³²⁶ See Case C-12/03 P, *Commission/Tetra Laval*, op. cit., fn. 155.

³²⁷ See *Prati and Nucera*, Standard of proof and scope of judicial review in merger cases: everything clear after *Tetra Laval*, [2005] *European Competition Law Review*, Vol. 26 No. 12, p. 698.

³²⁸ And Article 140b Euratom Treaty.

³²⁹ See also 1st recital of Council Decision of 2 November 2004 establishing the European Union Civil Service Tribunal, OJEC L 333, 9.11.2004, p. 7 et seq.

³³⁰ See 2nd recital of Council Decision loc. cit.

³³¹ See *Lavranos*, The new specialised Courts with the European judicial system, [2005], *European Law Review*, Vol. 30, No. 2, p. 262.

³³² In 2005 there were 151 staff cases lodged at the CFI; see p. 226 of the ECJ's annual report for 2005, www.curia.eu.int.

Article 225a ECT³³³ furthermore provides that appeals may be lodged at the CFI against decisions of the judicial panels. The procedural rules governing this new appeal to the CFI³³⁴ are exactly the same as those applicable to appeals to the ECJ.³³⁵ Hence, the procedural questions discussed in this project (see B) above) apply also with respect to the appeal to the CFI.

II. Judicial panels

The most innovative change to the current judicial system, the possibility of establishing judicial panels,³³⁶ has now been implemented for the first time: The European Union Civil Service Tribunal (hereafter: Civil Service Tribunal) took up its work in early 2006 and held its first hearing on 28 March 2006.³³⁷ The status of the Civil Service Tribunal, as well as the future judicial panels, raises a number of question marks, which will be assessed hereafter.

1. The Civil Service Tribunal

a) Is it "attached" to the CFI?

First it needs to be emphasised that the terms used in Article 225a ECT ("judicial panel", "attached") are rather confusing: The term "judicial panel" is a new and indeed "strange expression",³³⁸ which is more reminiscent of the quasi-judicial dispute settlement procedure of the World Trade Organisation than a genuine judicial instance in the sphere of the EU.

The word "attached" is somewhat misleading. It suggests that a judicial panel has the status of a dependant body.³³⁹ This impression is reinforced by the French ("chambres juridictionnelles") and the German ("gerichtliche Kammern") expressions for "judicial panel", which suggest that the judicial panels are something like special chambers of an existing Tribunal.³⁴⁰ All of this is rather misleading as the Civil Service Tribunal is clearly an autonomous judicial instance. It has been argued

333 See 2nd sub-para. of para. 1.
334 See Art. 137-149 CFI Rules of procedure.
335 See Art. 110-123 ECJ Rules of procedure.
336 Hoffmann, op. cit., fn. 74, p. 912.
337 See EU Press Release No. 28/06.

338 See *Ewertig*, Grundlagen der Reform der Gerichtsbarkeit der Europäischen Union und ihres Verfahrens durch den Vertrag von Nizza, [2003], Europarecht, additional volume 1, p. 20.
339 See *Johnton*, Judicial Reform and the Treaty of Nice, [2001] Common Market Law Review, vol. 38, p. 503.
340 The Civil Service Tribunal has only 7 judges.

that the word "attached" was chosen in order to emphasise that the new judicial body is part of the ECJ in its capacity as an institution within the meaning of Article 7 ECT.³⁴¹ This reason, however, is not convincing: The CFI used to be "attached" to the ECJ,³⁴² but this is no longer the case since the Treaty of Nice. Nevertheless the CFI has not become a separate institution within the meaning of Article 7 ECT. The Commission elegantly circumvented these ambiguities, by using the term "tribunal", instead of "panel", which is closer to the expression used in the draft Treaty establishing a Constitution for Europe.³⁴³

b) The appeal to the CFI - towards a new genre of legal remedy?

A comparison between Articles 225 (2) ECT and 225a (3) ECT reveals that there is no longer a single model of appeal: By virtue of the former provision an appeal to the ECJ is limited to points of law (see B) above). By contrast, Articles 225a (3) ECT provides the legislature with the right to choose between "a right of appeal on points of law only" and "a right of appeal also on matters of fact". So far little or no attention is paid to this rather substantial difference,³⁴⁴ even though it is only a matter of time until it will materialise: In the case of the Civil Service Tribunal the legislature has opted for an appeal on points of law only,³⁴⁵ in line with the Commission's proposal. In the case of the Community Patent Court³⁴⁶ the Commission proposes an appeal both on points of law and issues of fact.³⁴⁷

The deeper reason for allowing the legislature to opt for an appeal on points of law and issues of fact is that some categories of cases are considered to be sufficiently "factual" to justify such an extended appeal.³⁴⁸ This is undoubtedly true for patents and, more generally, for intellectual and industrial property matters. But there are serious doubts as to the consistency of the legislature's approach: The vast major-

341 See *Brown*, op. cit., fn. 119, p. 750.

342 See the old Article 168a EC.

343 See Article I-29 and Article III-359, which refer to "specialized courts".

344 The 8th recital of the Council Decision establishing the European Union Civil Service Tribunal simply negates this option, by narrowing it down to appeals on points of law; see also e.g. *Nacziwara*, Community Courts in the area of judicial cooperation, [2005] International and Comparative Law Quarterly, p. 492.

345 See Article 11 of Annex I of Council Decision 2004 establishing the European Union Civil Service Tribunal, OJEC L 333, 9.11.2004, p. 7.

346 Based on Article 229a EC.

347 See Article 27 of the Commission's proposal of 23 December 2003 for a "Council Decision establishing the Community Patent Court and concerning appeals before the Court of First Instance", COM (2003) 828 final.

348 See the Commission's explanatory memorandum regarding its proposal for a Council Decision establishing the Community Patent Court, loc. cit.

ty of competition cases, in particular those involving cartels or mergers are very factual. Moreover, they involve substantial economic interests since the fines in e.g. cartel cases often reach tens, if not hundreds of millions of Euros, whereas the economic interests in certain merger cases go well into the billions. The question therefore remains, why competition matters should not benefit from an appeal on points of law and issues of fact?

2. Future judicial panels

The EC Treaty does not limit or otherwise specify the number of "judicial panels" the legislature may create.³⁴⁹ The Commission made use of this possibility and proposed a Community patent jurisdiction to be created by 2010 at the latest.³⁵⁰ Its faith is still unknown and it is thus unclear if and when further panels will be created. Does the EU need a special Tribunal for e.g. competition matters, as advocated by some?³⁵¹ This seems far from sure: Staff and patent matters tend to be numerous and predominantly factual. By contrast, competition cases are not very numerous and a decentralisation of competences regarding the application of Articles 81 and 82 ECT might reduce the number of cases heard by the CFI. On the other hand, the modernisation of EC antitrust law might lead to an increase in the number of actions for the annulment of Commission decisions, and subsequently of appeals to the ECJ.³⁵² Thus the factors characterizing staff and intellectual property cases cannot be compared to those typical for competition matters.³⁵³ It should, furthermore, not be underestimated that the institution of new panels requires an unanimous vote by the Council.³⁵⁴ Lastly, it should also be taken into account that with each new judicial body the risk of fragmentation of jurisprudence tends to increase.

³⁴⁹ See *Laurans*, op. cit., fn. 332, p. 262.

³⁵⁰ Proposal for a Council Decision establishing the Community Patent Court and concerning appeals before the Court of First Instance, of 23.12.2003, COM (2003) 828 final.

³⁵¹ See e.g. *Laurans*, op. cit., fn. 332, p. 271; *Vesterhoff*, *The Community Court system ten years from now and beyond: challenges and possibilities* [2003] *European Law Review* Vol. 28 No. 3, p. 317 and the *Due-Report*, op. cit., fn. 15, para. 29-35.

³⁵² See *Alanaitis and Eblermans*, *The modernization of EC antitrust law: consequences for the future role of the EC Courts*, [2002] *European Competition Law Review*, Vol. 23 No. 2, p. 74.

³⁵³ See *Heffernan*, op. cit., fn. 74, p. 913.

³⁵⁴ See Article 225a (1) ECT.

D. Is there a need for reform?

I. Introduction

In the context of the Intergovernmental Conference (IGC) 2000 designed to prepare the Treaty of Nice, the reform of the European judicial system was amongst the major issues. The debate turned on the need to define appropriate legal instruments in order to reduce the ECJ's workload. In the end, the Member States agreed essentially on a number of changes to the judicial architecture.³⁵⁵ The competence in referral proceedings was conferred on the CFI and the legislature created a legal basis for establishing "judicial panels", in order to alleviate the CFI (see C) above). The discussion also turned on the possible reform of the appeals procedure³⁵⁶ and a number of filter mechanisms, designed to "weed out" certain appeals at the source (hereafter: filter mechanism), were discussed, such as the creation of a European "certiorari"-procedure³⁵⁷ or a system of leave.³⁵⁸ But in the end, the Treaty of Nice, remained "conspicuously silent"³⁵⁹ in this respect, as no filter mechanisms were inserted at the level of primary law. Thus, a party to an action before the CFI still has an "automatic" right to appeal to the ECJ.³⁶⁰ That said, the EC-Treaty³⁶¹ provides that the right of appeal is granted "under the conditions and within the limits laid down by the Statute" – which means that filter mechanisms are a matter for secondary legislation, as the case may be. Thus, the question arises whether today – six years after the IGC 2000 and three years after the coming into force of the Treaty of Nice – there is a still a need for reducing the ECJ's workload and, if so, which filter mechanism(s) would seem appropriate.

³⁵⁵ Which is a structural change, contrary to what is stated in *Leonaerts/van Nuffel*, *Constitutional Law of the EU*, [2005], p. 64, para. 3-024.

³⁵⁶ See e.g. the "Contribution by the Court of Justice and the Court of First Instance to the Intergovernmental Conference" (2000) (hereafter: "contribution of the EJC" and the "Due"-Report, op. cit., fn. 15, p. 28.

³⁵⁷ See *Heffernan*, op. cit., fn. 74, p. 913.

³⁵⁸ See "The Future of the Judicial System in the European Union", published by the Commission, (1999), p. 15; see also *Korah, Terra Pack II* – lack of reasoning in Court's judgment, [1997], *European Competition Law Review*, Vol. 18, No. 2, p. 99.

³⁵⁹ See *Heffernan*, op. cit. fn. 74, p. 913.

³⁶⁰ See *Wentzenhill & Beaumont*, *EU Law*, [1999], p. 206.

³⁶¹ See Article 225(1) ECT.

II. The ECJ's workload – a chronic problem!

The ECJ's annual report for 2005³⁶² reveals the following average figures for the period 2000 to 2005:

Duration of appeals proceedings (in months)					
2000	2001	2002	2003	2004	2005
19	16,3	19,2	28,7	21,3	20,9

Number of new appeals lodged

2000	2001	2002	2003	2004	2005
66	72	46	63	52	66

Thus, on average the duration of appeals proceedings in 2005 was as long as it was in 2000. The 20,9 months in 2005 are exactly the same as the average duration for 2000-2005, which is 20,9 months.³⁶³ Similarly, the 66 appeals lodged in 2005 are as numerous as in 2000 and slightly above the average for the entire period, which is 60,8.

It is of course rather difficult to predict the future: On the one hand, the CFI will have to hear those appeals which will sooner or later be lodged against the decisions of the Civil Service Tribunal.³⁶⁴ On the other hand, the still recent enlargement will ultimately result in a greater number of appeals to the ECJ, as well as referral cases and infringement proceedings. But at this stage, the following conclusions can be drawn: Firstly, the number of appeals contributes substantially to the ECJ's workload. This in turn is potentially detrimental to all proceedings heard by the ECJ, in particular referral cases³⁶⁵ and vice-versa. Secondly, while the current duration of appeals proceedings is not an "excessive procedural delay" within the meaning of Article 6 ECHR and Article 47 Charter of Fundamental Rights³⁶⁶ it nonetheless goes, in many instances, beyond the planning periods of economic operators and individuals in a modern society.³⁶⁷ Thirdly, matters will not improve, at least in the near future. Thus, there is still a need to reduce the ECJ's workload. The next and indeed more difficult question is by which means this goal should be achieved.

³⁶² See <http://www.curia.eu.int/fr/insit/presentationfr/index.htm> (access date: 3.5.2007).

³⁶³ Which is approximately the same as in 1993 (19,2 months) and 1994 (21,2 months), see *Brown*, op. cit., fn. 119, p. 749.

³⁶⁴ Currently, there are more than 200 cases pending: 130 cases from 2005 "inherited" from the CFI and (to date) 77 cases lodged in 2006.

³⁶⁵ Which in 2005 took an average of 20,4 months (see ECJ report for 2005, op. cit.).

³⁶⁶ See *Case C-137/92 P, Commission/BASF a.o.*, op. cit., fn. 67.

³⁶⁷ See *Schöls*, La réforme du contentieux communautaire du point de vue des droits du particulier, [2005] *Cahiers de Droit Européen*, p. 664.

III. Possible solutions

1. Introduction

Fundamentally there are two ways of reducing the ECJ's workload and thus the duration of the appeals proceedings: by increasing the number of judges or by limiting the appellant's right to appeal, via adequate "filter mechanisms". Both approaches require changes to primary and/or secondary EU legislation, which might be difficult to implement. Thus, it should first be verified whether the existing rules cannot become part of the solution.

2. Making better use of Article 119 ECJ Rules of procedure?

Unlike genuine "filter mechanisms" Article 119 ECJ Rules of procedure, which provide that clearly inadmissible or clearly unfounded appeals may, at any time, be dismissed by reasoned order, does not "weed out" appeals at the source. But it has something in common with such a mechanism in that it is also designed to reduce the ECJ's workload. This leads to the question of how efficient Article 119 is.

The ECJ makes frequent use of this provision: In a number of cases appeals are not in line with elementary procedural rules and thus manifestly inadmissible. In other instances the ECJ rejects them as "clearly unfounded" – where it finds e.g. that this decision can be easily reached,³⁶⁸ or when the appellant attempts to reverse a decision of the CFI which has followed established case law and the appellate Court does not deem it necessary to reconsider it.³⁶⁹

All of this undoubtedly reduces the ECJ's workload to some extent, since the time the magistrates would otherwise have spent on hearing such cases is saved. The *effet utile* of Article 119, however, is limited as it does not apply e.g. to those appeals which, without being manifestly inadmissible or manifestly unfounded, tend to be numerous, e.g. in competition matters.³⁷⁰

Apart from these structural limits there are some doubts as to whether the ECJ makes an optimal use of Article 119.³⁷¹ The ECJ may have recourse to this provision "at any time". Thus, in case of a manifestly inadmissible or non-founded appeal the judges could hand down an order rather quickly, i.e. without notifying the appeal to the defendant and setting him the two months deadline for a response. This would not be to the detriment of the defendant, on the contrary, and would undoubtedly

³⁶⁸ See *Case C-338/93 P, De Hoe/Commission*, op. cit., fn. 227, para. 22.

³⁶⁹ *Case C-87/95 P, CNP-ALP/Conadi*, op. cit., fn. 229, paras 33 et seq; *Case C-126/90 P, Baccat/Commission*, op. cit., fn. 96, para. 13.

³⁷⁰ See *Harling and Gibbs*, Why go to Court in Europe? An analysis of cartel appeals 1995-2004, [2005] *European Law Review*, Vol. 30 No. 3, p. 357.

³⁷¹ See also *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 896.

save some time. Nevertheless, the ECJ hardly ever proceeds this way. One explanation could be that in clear cut cases it is ultimately more time efficient to let the defendant hand in a defence, which, in many instances, is likely to help the ECJ to decide whether there are sufficient reasons to make use of Article 119. As to all other cases the ECJ presumably does not want to take the risk inherent to hasty procedures, which could mean that some appeals are being rejected as clearly inadmissible or manifestly unfounded, even though they are not. Thus, there are clear limits to the possibilities of making use of Article 119 ECJ Rules of procedure.

That said, on this occasion it needs to be stressed that this provision is not the catalyst it was meant to be, as in some instances the ECJ takes considerable time to hand down its orders: In *Obst v Commission*³⁷², the ECJ needed more than two years to find that the appeal is partly manifestly inadmissible and partly manifestly unfounded; in *Becker v Court of Auditors*³⁷³ it took three years. Such delays are definitively too long for orders concerning obvious situations.

3. Increasing the number of judges?

This option is hardly ever discussed, let alone advocated,³⁷⁴ possibly because the questions it raises are primarily financial and political, rather than legal. Some argue that it also has to do with the Community judiciary's image and moral authority.³⁷⁵

At first sight, one might argue that this solution has the "beauty of simplicity".³⁷⁶ But this somewhat underestimates "that Article 6 § 1 of the Convention imposes on the Contracting States the duty to organise their legal systems in such a way that their courts can meet each of the requirements of that provision, including the obligation to decide cases within a reasonable time [...]".³⁷⁷ It should therefore provide the Community courts with the adequate number of judges in order to enable the judiciary to decide cases within a reasonable time period. The difficulty, however, is that this would require a unanimous amendment to the current rule of "One Member State, one judge".³⁷⁸ This is highly unlikely to be achieved under the pre-

³⁷² See Case C-403/95 P, *Obst/Commission*, op. cit., fn. 281.

³⁷³ See Case C-260/02 P, *Becker/Court of Auditors*, op. cit., fn. 227.

³⁷⁴ Two of the rare authors in favour are *Schöbe*, op. cit., fn. 367, see pages 667-668, and *Vogl*. The national perception of the Court of First Instance and the European Court of Justice, [1993], Common Market Law Review, Vol. 30, p. 1119.

³⁷⁵ See *van Garren*, op. cit., fn. 23, p. 218.

³⁷⁶ See *Sorrey*. A new model for the Communities' judicial architecture in the new Union, [1996] European Law Review, Vol. 21, p. 226.

³⁷⁷ See Judgment of the European Court of Human Rights of 25 March 1999 (Grand Chamber), *Pelissier and Sassi/France*, application no. 25444/94, para. 74.

³⁷⁸ See Article 221 (1) ECT as regards the ECJ and Article 224 (1) as regards the CFI.

sent circumstances.³⁷⁹ It would be certainly feasible to increase the number of supporting staff,³⁸⁰ but this might simply not be sufficient a measure. Thus, alternative or, rather, additional means need to be examined.

4. Filter mechanisms

There are essentially two mechanisms likely to curb the number of appeals and reduce the ECJ's workload accordingly: The first alternative, which was intensely debated in the context of the Treaty of Nice, consists of limiting the number of appeals *a limine*. The second alternative, which is hardly ever discussed, is to amend the rules regarding costs in order to deter a number of potential appellants. Both mechanisms are about "finding an appropriate balance between efficiency and judicial protection".³⁸¹ This rules out any filter or rules on costs which would simply exclude appeals in certain areas of the EU Treaty, or single out certain classes of cases,³⁸² such as staff cases,³⁸³ since this would be discriminatory.

a) Limiting the appeals "a limine"?

Several mechanisms, some inspired from those existing in the Member States³⁸⁴ and in the USA,³⁸⁵ have been discussed. There are essentially two schools of thought, which can be summarised as follows: One way would be to require an appeal "to have major importance either for the development of Community law or for the protection of individual rights".³⁸⁶ Another approach would be the commission of a "manifest error" on the part of the CFI.³⁸⁷ Such filter mechanisms,

³⁷⁹ As already mentioned, the Civil Service Tribunal comprises only 7 judges, which is quite the opposite trend.

³⁸⁰ See *Johnston*, op. cit., fn. 339, p. 516-517.

³⁸¹ See *Biondi*, Architectural Designs and Workload of the Community Courts, [2000] European Public Law, Vol. 6 No. 3, p. 311.

³⁸² See the contribution of the ECJ and the CFI to the Intergovernmental Conference, p. 3.

³⁸³ See *Rahé*, Zur Reform des Gerichtssystems der Europäischen Gemeinschaften, [2000] Europarecht, p. 814.

³⁸⁴ See the overview of *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 892-893, see also the comparative overview by *Silvestri*, Access to the Court of last resort: a comparative overview [1986] Civil Justice Quarterly, Vol. 5, p. 304 et seq.

³⁸⁵ See *Heffernan*, op. cit., fn. 74, p. 923 et seq.

³⁸⁶ See contribution of the ECJ, op. cit., p. 15; Due-Report, op. cit., fn. 15, p. 28, *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 875.

³⁸⁷ See *Jaqué* and *Weller*, On the Road to the European Union - A new Judicial Architecture: An Agenda for the Intergovernmental Conference, [1990] Common Market Law Review, vol. 27, p. 193.

however, whether implemented by a system of leave to appeal,³⁸⁸ be it at the level of the lower court or the appellate court,³⁸⁹ a "European certiorari system",³⁹⁰ or similar mechanisms, raise a number of question marks: Are they compatible with the European Single Act, which grants a "right of appeal"?³⁹¹ What do these abstract and subjective criteria³⁹² mean in practice and how would they be applied? Should the EU's interest in the particular case prevail over the individual's interest to act?³⁹³ Should an error in law committed by the CFI become definitive simply because the ECJ happens to consider that the appeal is of "minor" importance? Isn't there a risk that such power of a *limine* selection might be (mis-) used to avoid certain issues?³⁹⁴

Thus, such filters could ultimately generate "the impression of a denial of justice".³⁹⁵ The actual question is, therefore, whether the Community judicial system should bear this risk or seek alternative means, such as creating "financial deterrents"?

b) Financial deterrents

aa) Introduction

There is little doubt that a number of appeals are lodged for more or less futile or otherwise unjustified reasons: Some are merely the result of an "entrenched adversarial culture".³⁹⁶ Others are being pushed by the lawyer, rather than his client, e.g. in cases where the lawyer missed a time-limit at the CFI.³⁹⁷ And then, as already stated, a considerable number of appeals are rejected as manifestly inadmissible and/or manifestly unfounded. It is safe to assume that a number of these appeals would have never materialised if the rules governing the costs in appeals proceedings weren't so generous, both as regards the institutions and the ECJ.

³⁸⁸ As advocated by e.g. *Everling*, *Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union*, [1997], *Europarecht*, p. 416-417.

³⁸⁹ As rightly nuanced by *Brown*, op. cit., fn. 119, p. 744.

³⁹⁰ See *Heffernan*, op. cit., fn. 74, p. 923 et seq.

³⁹¹ See *Jacobs*, *Proposals for reform in the organization and procedure of the Court of Justice of the European Communities: with special reference to the proposed Court of first instance*, in: *Du droit international au droit de l'intégration – Liber Amicorum Pierre Pescatore*, [1987], p. 295.

³⁹² As rightly emphasised by *Heffernan*, op. cit., fn. 74, p. 927.

³⁹³ *Schubert*, op. cit., fn. 367, p. 665.

³⁹⁴ See *Sonelli*, op. cit., fn. 21, p. 898.

³⁹⁵ See *Vesterdorf*, op. cit., fn. 352, p. 315.

³⁹⁶ *Harling and Gibbs*, op. cit., fn. 371, p. 368.

³⁹⁷ See e.g. Case T-126/00, *Confidustria a.o./Commission*, op. cit., fn. 46; Case T-124/98, *Corrado Politi/European Training Foundation*, op. cit., fn. 46.

bb) The costs of the institutions

An appellant who loses an appeal generally bears the costs of the proceedings. But what does this mean in practice? This comprises the appellant's own costs, i.e. his lawyer's fees and expenditures. They are usually paid either by the appellant himself or by a third party, such as an insurance scheme, a trade association or, in certain staff cases, a trade union. In addition the appellant bears the costs of the defendant – in so far as such costs occurred and are considered to be reimbursable. This is where the problem lies:

If the defendant, who is almost always an institution, has recourse to an external lawyer the appellant will have to reimburse that lawyer's fees and expenses, within the limits of what is deemed "to be necessary for the purpose of the proceedings".³⁹⁸ Normally, however, the European institutions act solely through one or several officials of their respective legal services, i.e. do not involve external lawyers. In these cases the appellant will merely have to pay the official's travel and subsistence expenses, which, by contrast, is a very limited amount. Thus, it is an irony that in all cases in which the defendant has no recourse to an external lawyer and which are rejected via an order, i.e. without a hearing taking place, the appellant will receive no bill whatsoever from the defendant.

This has to do with the fact that institutions cannot, as the law stands today, charge the other side for the costs of occupying an official on a given case.³⁹⁹ This case-law is undoubtedly consistent with the current legislative rules. The question is, however, whether the latter are in all instances appropriate:

It is true that European officials are being paid to perform their duties as a whole, including the defence of their institution's interest in proceedings before the Community courts. However, every appeal which turns out to be either manifestly inadmissible or manifestly unfounded within the meaning of Article 119 ECJ Rules of procedure is ultimately a waste of time for everybody, including the official who has to deal with the case. In the year 2005 out of 44 appeals 19,400 i.e. almost one in two, were dismissed on the basis of this provision.⁴⁰¹ In all of these cases it was the Community budget who paid those officials who have to deal with such cases, – while the applicants didn't have to reimburse the defendants anything. In other words, the current rules on costs amount to the appellant being granted the right to lodge manifestly inadmissible or manifestly unfounded appeals at the European taxpayers' expense.

³⁹⁸ See Article 73 ECJ Rules of procedure.

³⁹⁹ See Case C-126/76, *Dietz*, [1979] ECR 2131; Case C-409/96 P-DEP, *Commission/Sheriger Botalurus and Henriksen*, [1999], ECR I-4941, summary.

⁴⁰⁰ See ECJ Report for 2005, op. cit.

⁴⁰¹ In 1997 the ratio was 15 orders and 17 judgments, see ECJ General Report 1997, p. 4, www.curia.eu.int.

Moreover, the current legislative rules do not treat appellants equally. It is the defendants', i.e. institutions', sole decision to have recourse to an external lawyer in a given case. This varies from one case to another and is quite often determined by the language of procedure chosen by the appellant. As a result some appellants who make a "normal" use of their right to appeal and ultimately lose their case could land up paying the fees of the institution's external lawyer, while those appellants, who lodge a manifestly inadmissible or unfounded appeal, do not have to bear such costs, if the institution did not have recourse to an external lawyer.

Under these circumstances, it seems necessary and appropriate to amend the rules of procedure⁴⁰² in such a way that an appellant, whose appeal has been thrown out as clearly inadmissible or clearly unfounded, would have to pay a certain amount which reflects the costs of the defendant in terms of human resources. An ancillary question would then be how these costs should be determined, e.g. as a lump sum. Such financial deterrent, which presents little risk of abuse on the side of the magistrates, is likely to make some appellants think twice before lodging manifestly inadmissible or otherwise unfounded appeals and thus wasting everybody's time. It would not be unfair to those appellants who might not necessarily be responsible for the fact that their lawyer missed e.g. the time limit for lodging the appeal or took points of facts for points of law: Those appellants could claim damages from their lawyer. Such a Damocles' sword should contribute to reducing the number of appeals.

cc) The costs of the ECJ

Proceedings before the ECJ shall be free of charge, except when a party "has caused the Court to incur avoidable costs".⁴⁰³ In that case the ECJ may, after hearing the Advocate General, order that party to refund these costs. This provision, as it stands, is not a legal basis for claiming costs from appellants who lodged a manifestly inadmissible or manifestly unfounded appeal, since such appeal does not cause the ECJ "to incur avoidable costs". But the underlying idea of this provision is that an appellant should, under certain circumstances, be held liable for compensation. The same concept is enshrined in Article 69 (3), 2nd sub-paragraph ECJ Rules of procedure, which provides that the Court may order a party "to pay costs which the Court considers that party to have unreasonably or vexatiously caused the opposite party to incur". Some appeals are so blatantly inadmissible or without the slightest chance of success that they are clearly "unreasonable", to say the least. Again, similarly to the institutions' officials (see bb) above) the question arises why

⁴⁰² Since the Treaty of Nice such amendment no longer requires unanimity in the Council, but merely a qualified majority; see Article 223 (6) ECT.

⁴⁰³ See Article 72 (a) ECJ Rules of procedure.

an appellant may force judges to spend a considerable share of their time and the ECJ's resources on such cases without participating in the costs generated.

E. Conclusions

From the outset the youngest amongst all legal remedies, the right of appeal to the Community Courts, has raised a number of question marks regarding the choice of the procedural rules and their practical implementation. These were generated by the Member States, the legislature, the judiciary and last but not least the parties to the appeals proceedings:

The Member States were not consistent in that they paved the way towards a coexistence between a right of appeal limited to points of law and an appeal covering both questions of law and fact.

Regarding the legislature two major omissions have become apparent:

Some legislative rules governing the appeals proceedings are so arid that they need to be infringed a considerable number of times until the judiciary shed more light on how to interpret the relevant legislative parameters. Thus, in the early years, a number of appellants became victims, rather than the authors of a non-compliance with procedural rules.

Another major omission is the absence of any filtering mechanisms designed to curb the number of appeals and thus reduce the ECJ's workload. Admittedly, a number of mechanisms, such as a system of leave, might create efficiency at the risk of appearing as a denial of justice. But the complexity of this subject cannot become a pretext for not creating any filtering mechanism whatsoever. While all appellants should remain entitled to lodge appeals, there is no reason why those who take the risk of lodging manifestly inadmissible/unfounded appeals should not bear, at least in principle, the financial consequences generated by such avoidable procedures.

The judiciary's merit is that it has added a considerable amount of "flesh" onto the rather minimalist and sometimes enigmatic procedural rules. The ECJ, moreover, was ready to interpret the term "points of law" extensively, thus taking on board some of the principles applicable at the level of the Member States, and on the whole its approach vis-à-vis the appellants is not too formalistic. On the other hand, a further clarification of certain specific points, in particular regarding the "grey zone" between points of law and issues of fact, would be most welcome.

Finally, the appellants – or rather their lawyers – bear a major responsibility in the appeals' tormented procedural life: Never before have the procedural rules of a legal remedy been, on the whole, so blatantly and continuously ignored. While this may have been, to some extent, excusable during the early years, given the novelty of this

legal remedy, it has now become very much inexcusable to act in what amounts, in many cases, to a misuse. Too many lawyers either ignore the rules or share their client's "nothing to lose attitude", thereby failing to act as objective filters.

It is thus time to create financial deterrents in order to prevent many of those appeals, which turn out to be manifestly inadmissible or unfounded and should therefore have never been lodged in the first place. If nothing is undertaken history might repeat itself with respect to the appeals to the CFI.

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Bertrand Wägenbaur, LL. M.*

Die Entwicklung des europäischen Prozess- und Verfahrensrechts in den Jahren 2012/2013

Diese erstmals erscheinende Übersicht stellt die wichtigsten legislativen Neuerungen im Bereich des Verfahrensrechts vor, insbesondere die novellierte Verfahrensordnung des EuGH, sowie die Entwicklung der prozessrechtlich relevanten Rechtsprechung in den Jahren 2012 und 2013.

This newly added overview describes the most important legislative innovations regarding procedural law, in particular the revised rules of procedure of the ECJ, as well as the evolution of the relevant case-law in 2012 and 2013.

I. Gesetzgebung

1. Satzung

Die den primärrechtlichen Rahmen des Verfahrensrechts bildende Satzung des *Gerichtshofs der Europäischen Union* ist seit jeher eine wenig dynamische Materie. Dies ist gewiss systemimmanent, erklärt indes nicht, warum der seit Anfang 2011 auf dem Tisch des Gesetzgebers liegende Änderungsvorschlag bisher im Wesentlichen ergebnislos geblieben ist.

a) Neue Richter für das EuG – ab wann und wie viele?

Die Mitgliedstaaten hatten offenbar keine Schwierigkeiten, die Anzahl der Generalanwälte am *EuGH* zu erhöhen, denn seit dem 1. 7. 2013 gibt es einen weiteren¹ und damit insgesamt neun Generalanwälte², wobei im Oktober 2015 zwei weitere hinzukommen werden³. Demgegenüber harrt ein dringenderes Problem nach wie vor einer Lösung: Die durchschnittliche Verfahrensdauer vor dem *EuG* ist über die Jahre – trotz Entlastung durch das *EuGöD*⁴ – stetig gestiegen und erreicht schon seit längerem kritische Grenzen, allen voran im Bereich des Wettbewerbsrechts. Abhilfe soll die im März 2011 vorgeschlagene Erhöhung der Anzahl der Richter am *EuG*⁵ leisten. Doch zu diesem Sprung von seinerzeit 27 auf 39⁶, d. h. seit dem Beitritt Kroatiens von 28 auf 40 Richter, ist es bisher nicht gekommen. Der Vorschlag geriet, wie absehbar, zu einem Zankapfel, denn die Mitgliedstaaten haben sich noch immer nicht darüber verständigt, wer von ihnen künftig zwei Richter am *EuG* ernennen darf. Auch ein Rotationsprinzip, wie es die sechs Gründerstaaten für ihre sieben Richter praktizierten, findet offenbar keinen Konsens. Alternativen, wie die Schaffung eines weiteren Fachgerichts⁷, z. B. für Klagen im Bereich des geistigen Eigentums⁸, bieten sich an, stehen aber offenbar für den *Gerichtshof* nicht auf der Tagesordnung. Dabei eignen sich doch gerade diese Fälle für eine Ausgliederung, da hier Tatsachenfragen im Vordergrund stehen und sich die Verflechtung dieser Materie mit dem übrigen EU-Recht in Grenzen hält. Vor allem aber machten die Markenfälle im Jahr 2012 immerhin 238 von insgesamt 617 und damit ca. 39 % aller neu eingegangenen Verfahren vor dem *EuG* aus. Freilich ginge der „Verlust“ der Markenfälle mit ihrer vergleichsweise kürzeren Verfahrensdauer zu Lasten der Gesamtstatistik des *EuG*, doch steht nirgends geschrieben, dass eine Lösung keinerlei Nachteile haben darf. Die derzeitige „Nichtlösung“ darf jedenfalls kein Dauerzustand werden.

b) Zehntägige Wegefrist

Im Zeitalter von Telefax, Eilkurieren und – neuerdings – e-Curia⁹ ist die zu jeder Verfahrensfrist hinzuzurechnende zehntägige „Wegefrist“ (Art. 45 I Satzung) an sich obsolet. Gleichwohl blieb der Vorschlag, sie abzuschaffen, erfolglos. Dies mag letztlich daran liegen, dass sie eine Fristverlängerung bewirkt, die gerade bei jenen Fristen, die nicht verlängerbar sind, wie z. B. in Vorabentscheidungs- und Rechtsmittelverfahren, in der Tat willkommen ist.

tägige „Wegefrist“ (Art. 45 I Satzung) an sich obsolet. Gleichwohl blieb der Vorschlag, sie abzuschaffen, erfolglos. Dies mag letztlich daran liegen, dass sie eine Fristverlängerung bewirkt, die gerade bei jenen Fristen, die nicht verlängerbar sind, wie z. B. in Vorabentscheidungs- und Rechtsmittelverfahren, in der Tat willkommen ist.

c) Sonstige Änderungen

Die übrigen Änderungen der Satzung sind eher institutioneller Natur, wie z. B. die Schaffung der Funktion eines Vize-Präsidenten des *EuGH*¹⁰ sowie die Anpassung der Anzahl an Richtern der *Großen Kammer*. Auch wird sich zeigen, ob die Schaffung der Funktion eines Richters *ad interim* am *EuGöD* eine effektive Lösung für vorübergehend ausfallende Richter darstellt.

2. EuGH

Seit Ende 2012 ist die Verfahrensordnung des *EuGH* um ca. 100 Artikel gewachsen¹¹, doch ist dies bereits deshalb kein Quantensprung, weil die Änderungen innerhalb des primärrechtlichen Rahmens bleiben müssen. Es ging dem Gesetzgeber in erster Linie darum, der seit Schaffung des *EuG* auf institutionelle Klagen (wie z. B. Vertragsverletzungsverfahren) und auf Vorabentscheidungsersuchen verlagerten Zuständigkeit des *EuGH* Rechnung zu tragen. Zugleich wurden viele Vorschriften durch eine Aufspaltung in mehrere Artikel einfacher, präziser und übersichtlicher gestaltet. Dankenswerterweise ist jeder Artikel nunmehr mit einer Überschrift versehen, was längst fällig war. Die Novelle umfasst auch einige neue

* Der Autor ist Partner in der Kanzlei *Alber & Geiger* in Brüssel.

- 1 Polen forderte schon seit langem einen „ständigen“ eigenen Generalanwalt.
- 2 Dies ergibt sich nicht aus einer Änderung der Satzung, sondern aus der Erklärung Nr. 38 zu Art. 252 AEUV.
- 3 *EuGH*, Pressemitteilung 139/13 v. 23. 10. 2013.
- 4 Die Anzahl neuer Klagen vor dem *EuGöD* liegt zwischen 100 und 150 pro Jahr.
- 5 Gem. Art. 19 EUV ernannt jeder Mitgliedstaat „mindestens“ einen Richter am *EuG*, im Gegensatz zum *EuGH*, der nicht mehr als einen Richter pro Mitgliedstaat zählt.
- 6 Art. 48 Satzung.
- 7 Vgl. hierzu *Lavranos*, ELR 2005, 261.
- 8 Nicht zu verwechseln mit dem im *status nascendi* befindlichen Europäischen Patentgericht, dessen Sitz in Paris liegen wird.
- 9 Vgl. *EuGH*, Beschl. v. 13. 9. 2011 über die Einreichung und die Zustellung von Verfahrensschriftstücken im Wege der Anwendung e-Curia, ABIEU Nr. C 289 v. 1. 10. 2011, S. 7; der Zugang zu e-Curia befindet sich auf der Website www.curia.europa.eu.
- 10 Vgl. hierzu *EuGH*, Beschl. v. 23. 10. 2012 über die richterlichen Aufgaben des Vizepräsidenten des Gerichtshofs, ABIEU Nr. L 300 v. 30. 10. 2012, S. 47.
- 11 Vgl. Überblick bei *Dittert*, EuZW 2013, 726.

Vorschriften, wobei für den Praktiker vor allem jene hinsichtlich der Länge der Schriftsätze, des Ersuchens um Vorabentscheidung sowie des Rechtsmittels von Interesse sind.

a) Länge der Schriftsätze

In Rechtsmittelverfahren¹² bzw. bei Anschlussrechtsmitteln¹³ können Seitenanzahl sowie Gegenstand des eventuellen zweiten Schriftsatzwechsels nunmehr begrenzt werden. Da die Verfahrensordnung zu den Modalitäten schweigt, liegen sie im richterlichen Ermessen, was für die Parteien wiederum wenig vorhersehbar ist.

Ein wichtigeres Novum bildet Art. 58 VerfO-EuGH, der es dem EuGH ermöglicht, im Wege eines im Amtsblatt veröffentlichten Beschlusses die maximale Länge der bei ihm eingereichten „Schriftsätze und Erklärungen“ festzulegen. Hierzu ist es noch nicht gekommen¹⁴, möglicherweise weil es delikat sein dürfte, den Mitgliedstaaten bzw. Institutionen allzu schnell verbindliche Vorgaben zu machen. Das Prinzip einer Seitenbegrenzung verstößt nicht *ipso jure* gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör. Vielmehr wird es darum gehen, mittels einer flexiblen Regelung den Parteien hinreichend Gelegenheit zu geben, sich schriftlich zu äußern und damit ihr Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 GRCh) zu wahren¹⁵.

b) Ersuchen um Vorabentscheidung

Dieses Konsultationsverfahren hat – seiner großen Bedeutung entsprechend – eine regelrechte Metamorphose erlebt. Die gerade einmal 4 Artikel sind einem Katalog von 22 Vorschriften gewichen, die sich über drei Kapitel erstrecken (Art. 93–114 VerfO-EuGH).

Die wohl überfälligste Neuerung¹⁶ ist die Definition des Inhalts des Vorabentscheidungsersuchens in Art. 95 VerfO-EuGH, die an die Stelle einer völlig verunglückten Vorschrift¹⁷ tritt, deren kaum zu überbietende Inhaltslosigkeit offenbar auch die mehrmals neu aufgelegten „Empfehlungen an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen“¹⁸ nicht auszugleichen vermochten. Es wird wohl einige Jahre dauern, bis diese neue Vorschrift Wirkung zeigt, denn zwölf Monate nach ihrem Inkrafttreten verkennen noch immer zu viele nationale Richter, welche Angaben sie in ihrem Vorabentscheidungsersuchen machen müssen, wobei sich damit keineswegs nur Gerichte „neuer“ Mitgliedstaaten schwertun. Offenbar sind die „Empfehlungen an die nationalen Gerichte“ zu abstrakt oder nicht genügend sichtbar. Es bedarf daher einer konkreten Hilfestellung, z. B. durch Schaffung eines entsprechenden Formulars, das jeder nationale Richter für ein Vorabentscheidungsersuchen benutzen kann bzw. muss.

Neu ist ferner, dass die Parteien des Ausgangsrechtsstreits ihre vom vorlegenden Gericht gewährte Anonymität beibehalten bzw. eine solche beim EuGH beantragen dürfen¹⁹. Ferner werden alle potenziellen Beteiligten daran erinnert, dass eine Nichtteilnahme am schriftlichen Verfahren eine Teilnahme am mündlichen Verfahren nicht ausschließt²⁰. Dies setzt freilich voraus, dass ein solches überhaupt stattfindet, was längst nicht mehr die Regel ist²¹.

c) Fristen

Für Mitgliedstaaten und Institutionen gleichermaßen willkommen dürfte die Verlängerung der Frist für Klagebeantwortungen sein, von bisher einem auf zwei Monate²², wie es bei den beiden anderen Gerichtsbarkeiten bereits der Fall ist. Ein Antrag auf Verlängerung ist damit zwar nicht aus-

geschlossen, aber auf Ausnahmefälle begrenzt. Alle übrigen Fristen, also insbesondere jene für Schriftsätze in Vorabentscheidungsersuchen und Rechtsmitteln bleiben freilich unverändert, was leider auch hinsichtlich der insoweit fehlenden Möglichkeit eines Antrags auf Verlängerung gilt.

d) Rechtsmittel

Das Rechtsmittel erlebte auch im Jahr 2012 ungebrochen Konjunktur, mit 136 Verfahren von insgesamt 632 neu eingegangenen Rechtssachen. Zu den Neuerungen der Novelle²³ zählt auch, dass eine Partei, die vor dem EuG in jeder Hinsicht obsiegt hat, kein Rechtsmittel einlegen kann, auch nicht, wenn sie die erstinstanzliche Begründung in bestimmten Punkten nicht teilt²⁴. Aus gutem Grund ist auch die *qua* Rechtsprechung bestehende Pflicht des Rechtsmittelführers, die gerügten Teile des erstinstanzlichen Urteils bzw. Beschlusses genau zu bezeichnen, nunmehr normativ verankert worden²⁵. Im Zuge der Verfahrensbeschleunigung sind ferner die Voraussetzungen für das Recht auf eine Erwiderung erschwert worden, wobei deren seitenmäßiger Umfang bzw. Gegenstand begrenzt werden kann, was damit auch für die Gegenerwidmung gilt²⁶. Anschlussrechtsmittel²⁷ müssen nunmehr mit gesondertem Schriftsatz eingereicht werden, und dementsprechend sind der Inhalt der Anschlussrechtsmittelschrift sowie der übrigen Schriftsätze gesondert geregelt²⁸. Schließlich wurde der von manchem Rechtsmittelführer gefürchtete und durch zahllose richterliche Beschlüsse bekannt gewordene Begriff des offensichtlich unzulässigen und/oder unbegründeten Rechtsmittels durch einen gegenteiligen Terminus angereichert: Jenen des „offensichtlich begründeten“ Rechtsmittels oder Anschlussrechtsmittels²⁹, was dem EuGH auch insoweit eine Entscheidung per Beschluss erlaubt. Indes suggeriert diese Neuschaffung, wenn auch vielleicht unbeabsichtigt, dass sie nötig war, weil die Richter des EuG das EU-Recht häufig genug in manifester Weise verkennen, was gewiss nicht der Fall ist.

e) Sonstige Vorschriften

Jede Novelle bietet auch Gelegenheit zu einer Modernisierung bestimmter Begriffe. Der bisherige „Hilfskanzler“ des EuGH, ein seit jeher unglücklich gewählter Begriff, nennt sich nunmehr „Beigeordneter Kanzler“³⁰. An anderer Stelle hingegen hat der Gesetzgeber einen Regelungsbedarf verkannt, so z. B. wenn in Art. 4 der Zusätzlichen Verfahrensordnung aus dem Jahre 2006 noch immer vom „Armenrecht“ die Rede ist. Im Übrigen sind die bis dato für die Prozessbevollmächtigten gel-

12 Art. 175 II VerfO-EuGH.

13 Art. 180 II VerfO-EuGH.

14 Demgegenüber gilt vor dem EuG bereits eine Regel-Ausnahme-Vorschrift.

15 Vgl. zum EuG nachfolgend unter I.3.

16 Hierzu B. Wägenbaur, Komm. z. Satzung und VerfO, 2008, Art. 103 Rdnr. 2.

17 Vgl. Art. 103 I VerfO-EuGH a.F.

18 ABIEU Nr. C 338 v. 6. 11. 2012, S. 1; vgl. ferner CCBE, Praktische Hinweise für Rechtsanwälte vor dem EuGH in Vorabentscheidungsverfahren, 2012, abrufbar unter <http://anwaltsverein.de/downloads/praxis/Leitfaden.pdf> (Datum des letzten Abrufs: 15. 11. 2013).

19 Art. 95 VerfO-EuGH.

20 Art. 96 II VerfO-EuGH.

21 Art. 99 VerfO-EuGH.

22 Art. 124 I VerfO-EuGH.

23 Art. 167–183 VerfO-EuGH.

24 Art. 169 I VerfO-EuGH.

25 Art. 169 II VerfO-EuGH.

26 Art. 175 II VerfO-EuGH.

27 Art. 176 VerfO-EuGH.

28 Art. 177–181 VerfO-EuGH.

29 Art. 182 VerfO-EuGH.

30 Art. 19 VerfO-EuGH.

tenden Vorrechte, Befreiungen und Privilegien nunmehr auf die Parteien des Ausgangsverfahrens ausgedehnt worden³¹.

3. EuG

Anfang 2012 hat das EuG seine „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“³², neu aufgelegt, im Wesentlichen um dem Ende 2011 geschaffenen elektronischen Übermittlungssystem zwischen den Parteien und den EU-Gerichten („e-Curia“) Rechnung zu tragen.

Keineswegs neu, dafür aber anhaltend kontrovers diskutiert ist die darin vorgesehene und damit verbindliche Begrenzung der Länge der Schriftsätze (Nrn. 15 und 16). So darf z. B. eine Klageschrift bzw. Klagebeantwortung in Verfahren vor dem EuG 50 Seiten nicht überschreiten, Erwiderung und Gegenwiderung sind auf 25 Seiten begrenzt und im Falle eines Rechtsmittels bzw. einer Rechtsmittelbeantwortung sind es gar nur 15 Seiten. Hier gilt es zwischen Prinzip und Modalitäten zu unterscheiden:

- Wie jedes Recht gilt auch der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht grenzenlos, denn dieses Recht ist zwangsläufig Teil einer Gleichung, deren Herausforderung darin besteht, die Rechte der Kläger mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör anderer Parteien, der Arbeitsbelastung des jeweiligen Gerichts und schließlich dem konvergierenden Interesse aller Beteiligten an einer rechtsstaatlich vertretbaren Verfahrensdauer miteinander in Einklang zu bringen. Mithin kann die Länge von Schriftsätzen nicht im völligen Belieben einer Partei stehen.
- Aber auch aus praxisbezogenen Gründen kann man dem EuG die Einführung einer Seitenbegrenzung nicht verdenken. Denn in der Vergangenheit haben nicht wenige Anwälte den Umfang ihrer Klageschriften bzw. sonstigen Schriftsätze einfach maßlos überzogen. Ein besonders krasses Beispiel – aber keineswegs einen Einzelfall – bildet dabei die Rs. Atlantic Container Line³³, in der jede der vier Klageschriften ca. 500 Seiten umfasste, nebst ca. 100 Aktenordnern Anlagen. Auf diese – vom EuG zu Recht als missbräuchlich bezeichnete – Weise wurde der Einführung einer Seitenbegrenzung Vorschub geleistet.
- Auch sind die Modalitäten der daraufhin geschaffenen Seitenbegrenzung in Verfahren vor dem EuG³⁴ nicht so starr, wie dies gelegentlich hingestellt wird³⁵. Gem. Nr. 15 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“ gelten die darin bestimmten „Obergrenzen“³⁶, wobei gem. Nr. 16 diese Obergrenzen in Fällen überschritten werden dürfen, „die in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besonders komplex sind“³⁷.

Das Problem liegt daher weniger in der Existenz der Obergrenze, denn es spricht einiges dafür³⁸, dass 50 Seiten zu knapp bemessen sind, wenn die angegriffene Entscheidung z. B. 190³⁹, 215⁴⁰, 256⁴¹ oder gar 296 Seiten⁴² umfasst und/oder der individuelle Streitwert Dutzende oder gar Hunderte Millionen Euro beträgt⁴³. Problematisch ist vielmehr die fehlende Antwort auf die Frage, unter welchen konkreten Umständen und in welchem Umfang eine Partei in den Genuss einer Ausnahme kommt. Denn diese Ungewissheit sorgt für ein Maß an Rechtsunsicherheit, das angesichts des Stellenwerts des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz (Art. 47 GRCh) nicht hinnehmbar ist:

- Zum einen schweigt Nr. 16 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“ hinsichtlich der Frage, wie man in den Genuss einer Ausnahme kommt. Klar ist nur, dass dies nicht von Amts wegen gewährt werden kann und die Parteien im Übrigen kein subjektives Recht auf einen positiven Bescheid haben. Ein Antragsteller sollte daher die Gründe für das Überschreiten der jeweiligen Seitenbegrenzung entweder im Wege eines vorherigen Antrags oder in einem Begleitschreiben zum Schriftsatz detailliert darlegen.
- Zum anderen ist mangels jeglicher öffentlicher Statistik nicht vorhersehbar, wie das EuG dieses Regel-Ausnahme-Prinzip in der Praxis handhabt. Erkennbar ist nur, dass die grundsätzliche Begrenzung auf 50 Seiten jeder Ausnahme faktisch gewisse Grenzen setzt, schon um zu vermeiden, dass der Grundsatz *ad absurdum* geführt wird. Andererseits wird man aber durch die Praxis gelegentlich eines Besseren be-

lehrt, denn das EuG hat z. B. zwei Rechtsmittelschriften – nach einigem Schriftwechsel mit dem Rechtsmittelführer – zugelassen, obwohl sie mit jeweils ca. 90 Seiten die insoweit geltende grundsätzliche Obergrenze von 15 Seiten gleich um ein Vielfaches überschritten⁴⁴. Hier hat das EuG die eigenen Regeln und damit auch das Prinzip der Waffengleichheit im Ergebnis negiert. In anderen Fällen hingegen schlägt dem Rechtsmittelführer die ganze Strenge der Vorschrift entgegen, so z. B. in jenem Fall, in dem das EuG einer Institution eine Rechtsmittelschrift zurückschickte, weil sie die Obergrenze von 15 Seiten um ganze 3 Seiten überschritten hatte⁴⁵.

4. EuGÖD

Die im Jahr 2012 neu aufgelegten „Praktischen Anweisungen für die Parteien“⁴⁶ in Verfahren vor dem EuGÖD haben ebenfalls die bis dato geltende Begrenzung der Schriftsätze auf grundsätzlich 30 Seiten beibehalten⁴⁷, die bisher mit einer gewissen Toleranz gehandhabt wurde. Wer diese Höchstgrenze nur dadurch einhält, dass er hinsichtlich Schriftgröße und Zeilenabstand von den „Hinweisen an die Parteien“ abweicht, läuft Gefahr, Gerichtskosten zahlen zu müssen⁴⁸ – eine Aussage, die auch die Parteien in Verfahren vor dem EuG und dem EuGH beherzigen sollten.

II. Rechtsprechung

1. EuGH

a) Vorabentscheidungsverfahren

Es gehört wohl zum ständigen Schicksal des Vorabentscheidungsverfahrens, dass sich nationale Richter immer wieder mit dessen prozeduralen Besonderheiten schwertun, so auch im Zeitraum 2012–2013. Doch äußert sich dies keineswegs nur durch Vorlagen, die teilweise⁴⁹ oder nicht selten insgesamt für unzulässig erklärt werden, z. B. weil die jeweilige nationale Instanz nicht vorlageberechtigt ist oder es versäumt,

31 Art. 43 VerfO-EuGH.

32 ABIEU Nr. L 68 v. 7. 3. 2012, S. 23.

33 EuG, Urt. v. 30. 9. 2003 – T-191/98 u. a., Slg. 2003, II-3275 = BeckRS 2008, 70886 – Atlantic Container Line u. a./Kommission.

34 Für Verfahren vor dem EuGÖD gelten Nrn. 12 und 32 der Praktischen Anweisungen für die Parteien zum Verfahren vor dem Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (ABIEU Nr. L 260 v. 27. 9. 2012, S. 6), die niedrigere Seitenzahlen vorsehen.

35 In diesem Sinne etwa *Soltész*, EuZW 2013, 601 (602).

36 50 Seiten für eine Klage bzw. Klagebeantwortung, 25 Seiten für eine Erwiderung bzw. Gegenwiderung, 20 Seiten in Rechtssachen des geistigen Eigentums, 15 Seiten für ein Rechtsmittel und die Rechtsmittelbeantwortung, usw.

37 Eine analoge Vorschrift gilt in Verfahren vor dem EuGÖD, vgl. Nr. 12 bzw. 32 der Praktischen Anweisungen für die Parteien.

38 So zu Recht *Karpenstein/Eckert*, Anwaltsblatt 4/2013, S. 249.

39 Kommission, Entscheidung v. 12. 11. 2009 – COMP/39 125, ABIEU Nr. C 339 v. 25. 7. 2009, S. 13 (Zusammenfassung) – Carglass.

40 Kommission, Entscheidung v. 11. 11. 2009 – COMP/38 589, ABIEU Nr. C 307 v. 12. 11. 2010, S. 9 (Zusammenfassung) – Wärmestabilisatoren.

41 Kommission, Entscheidung v. 17. 12. 2002 – COMP/37 956, ABIEU Nr. C 98 v. 30. 3. 2011, S. 16 (Zusammenfassung) – Betonstahl.

42 Kommission, Entscheidung v. 30. 6. 2010 – COMP/38 344, ABIEU Nr. C 339 v. 19. 11. 2011, S. 7 (Zusammenfassung) – Spannstahl.

43 Die Länge der resultierenden Urteile (vgl. hierzu z. B. *Schwarze*, EuR 2009, 717 [720]) ist zwar bei dieser Diskussion nicht direkt relevant, kann aber auch nicht völlig unberücksichtigt bleiben.

44 EuG, Urt. v. 13. 12. 2012 – T-199/11 P, BeckRS 2012, 82651 – Strack/Kommission, wobei dies nicht ganz folgenlos blieb, da dem Rechtsmittelführer jeweils 2000 Euro Gerichtskosten auferlegt wurden, eine Prämie in Verfahren vor dem EuG.

45 EuG, Urt. v. 12. 5. 2010 – T-560/08 P, Slg. 2010, II-1739 = BeckRS 2010, 90576 – Meierhofer.

46 S. o. Fußn. 34, ABIEU Nr. L 260 v. 27. 9. 2012, S. 6.

47 Wobei sich das EuGÖD hinsichtlich deren Einhaltung zusehends strenger zeigt.

48 Vgl. *a contrario* EuGÖD, Beschl. v. 9. 4. 2013 – F-126/12, BeckRS 2013, 81021 Rdnr. 7 – Carvalho/Kommission.

49 EuGH, Urt. v. 27. 11. 2012 – C-370/12, EuZW 2013, 100 = NJW 2013, 29 Rdnr. 87 – Pringle.

die relevanten Fakten und den rechtlichen Rahmen im Vorlageersuchen⁵⁰ zu erläutern⁵¹, und gegebenenfalls sogar die Nachfrage durch den *EuGH* zu bestimmten Fakten (Art. 101 Verfo-EuGH) letztlich unbeantwortet lässt⁵², hypothetische Fragen vorlegt⁵³, wenn die erbetene Auslegung des Unionsrechts offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der Realität oder dem Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits steht⁵⁴, weil es sich z. B. um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt⁵⁵, der *EuGH* um die Auslegung nationalen Rechts ersucht wird⁵⁶, usw. Denn eine unsichere Handhabung prozeduraler Aspekte kann sich auch auf den materiellen Inhalt eines Vorabentscheidungsersuchens auswirken, auf die Art und Weise, wie Vorlagefragen formuliert sind, usw. Solche Fehler unterlaufen keineswegs nur Richtern „neuer“ Mitgliedstaaten⁵⁷, was daran liegen dürfte, dass dieses Verfahren für viele zu weit abseits der richterlichen Routine liegt. Die überfällige Schaffung einer Definition des Vorlagebeschlusses⁵⁸ dürfte diesen Zustand nicht oder günstigstenfalls erst ganz allmählich grundlegend ändern.

aa) Zuständigkeit des EuGH

Neues brachte 2012/2013 insofern, als der *EuGH* seine Zuständigkeit hinsichtlich der Auslegung von Sitzabkommen, hier zwischen der EZB und der Bundesrepublik Deutschland⁵⁹, bestätigt hat. Wichtiger noch sind eine Reihe von Urteilen bzw. Beschlüssen, in denen er sich hinsichtlich der Auslegung der Grundrechtecharta für unzuständig erklärt hat, sofern das den Gegenstand des Ausgangsverfahrens bildende nationale Recht keine EU-Recht umsetzende Maßnahme darstellt⁶⁰.

bb) Vorlageberechtigung

Die nationalen Gerichte können den *EuGH* bekanntlich nur dann anrufen, wenn bei ihnen ein Rechtsstreit anhängig ist und sie im Rahmen eines Verfahrens zu entscheiden haben, das auf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter abzielt⁶¹. Handelt das vorliegende Organ hingegen als Verwaltungsbehörde, ohne dass es gleichzeitig im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* einen Rechtsstreit zu entscheiden hat, kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass es eine Rechtsprechungstätigkeit ausübt⁶². Wie schwierig diese Abgrenzung bisweilen ist, hat sich auch im Berichtszeitraum bewahrheitet:

- Geklärt wurde, dass die Vernehmung eines Zeugen durch ein Gericht sowie die Tragung der Vernehmungskosten in unmittelbarem Zusammenhang mit der Rechtsprechungsaufgabe des vorliegenden Gerichts stehen⁶³. Vorlageberechtigt sind ferner der für Insolvenzverfahren zuständige Richter des Tribunale di Cosenza, der eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter zu fällen hat, um einen Rechtsstreit im Rahmen eines streitigen Verfahrens zu entscheiden⁶⁴, die österreichische Schienen-Control Kommission⁶⁵, ein durch das Vergaberechtsgesetz geschaffenes Organ („Krajowa Izba Odwoławcza“), das mit einer ausschließlichen Zuständigkeit für die erstinstanzliche Entscheidung über Rechtsstreitigkeiten zwischen Wirtschaftsteilnehmern und öffentlichen Auftraggebern ausgestattet ist⁶⁶ sowie der österreichische „Bundeskommunikationssenat“⁶⁷ und schließlich das für die Überprüfung von Asylanträgen zuständige irische „Refugee Appeals Tribunal“⁶⁸.
- Nicht vorlageberechtigt ist hingegen der „Elegktiko Synedrio“, dessen Aufgabe darin besteht, einen anlässlich einer Vorabkontrolle von öffentlichen Ausgaben entstandenen Streit zwischen dem Kommissar des Elegktiko Synedrio beim Ministerium für Kultur und Tourismus und der Audit-Abteilung dieses Ministeriums zu klären⁶⁹. Das Gleiche gilt für die bulgarische „Kommission zum Schutz vor Diskriminierungen“⁷⁰.

cc) Beschleunigtes Verfahren

Der Wortlaut des früheren Art. 104 a Verfo-EuGH („außerordentliche Dringlichkeit“) wirkt deutlich anspruchsvoller

als jener des neuen Art. 105 I Verfo-EuGH („wenn die Art der Rechtssache ihre rasche Erledigung erfordert“), doch scheint dies in der Praxis nicht zu einer größeren Erfolgsquote zu führen. Der neue Wortlaut umschreibt nämlich letztlich nur das bisherige Erfordernis der Dringlichkeit⁷¹, wobei der *EuGH* auf seine bisherige Rechtsprechung verweist. So wurde im Zeitraum 2012/2013 nach der bisherigen Regelung nur ein einziger Fall im beschleunigten Verfahren gehört⁷², nach der neuen hingegen kein einziger. Entscheidend bleibt eben, dass nach Art. 105 Verfo-EuGH als Ausnahmevorschrift⁷³ der nationale Richter die besondere Dringlichkeit konkret darlegen muss⁷⁴. Dafür genügt es nicht, die besondere Bedeutung der Vorlagefragen herauszustellen oder auf die große Anzahl anhängiger nationaler Verfahren in gleicher Sache⁷⁵, die Rechtsunsicherheit der Kläger⁷⁶ bzw. ohne nähere Erläuterung auf eine Reihe von Urteilen des *EuGH*⁷⁷ oder auf das Risiko eines wirtschaftlichen Schadens bzw. die wirtschaftliche Bedeutung des Ausgangsverfahrens⁷⁸ zu verweisen.

- 50 *EuGH*, Beschl. v. 7. 6. 2012 – C-21/11, BeckRS 2012, 81567 Rdnrn. 12 f. – Volturmo Trasporti.
- 51 *EuGH*, Urt. v. 16. 2. 2012 – C-25/11, BeckRS 2012, 80347 Rdnrn. 30 f. – Varzim Sol.
- 52 *EuGH*, Beschl. v. 14. 3. 2013 – C-240/12, BeckRS 2013, 80673 – EBS Le Relais Nord-Pas-de-Calais.
- 53 *EuGH*, Beschl. v. 7. 2. 2013 – C-117/12, BeckRS 2013, 80328 Rdnr. 24 – La Retoucherie de Manuela.
- 54 *EuGH*, Urt. v. 14. 6. 2012 – C-618/10, EuZW 2012, 754 m. Anm. Wendenburg = NJW 2012, 2257 Rdnr. 77 – Banco Español de Crédito.
- 55 *EuGH*, Urt. v. 21. 2. 2013 – C-111/12, BeckRS 2013, 80343 Rdnrn. 34 f. – Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia.
- 56 *EuGH*, Beschl. v. 7. 3. 2012 – C-178/12, BeckRS 2013, 80574 Rdnrn. 50–54 – Rivas Montes.
- 57 *EuGH*, Beschl. v. 22. 11. 2012 – C-318/12, BeckRS 2012, 82548 – Jean Devillers.
- 58 S. hierzu o. unter I. 2. b).
- 59 *EuGH*, Urt. v. 19. 7. 2012 – C-62/11, BeckRS 2012, 81493 Rdnrn. 33 f. – Feyerbacher.
- 60 *EuGH*, Beschl. v. 30. 5. 2013 – C-106/13, BeckRS 2013, 81314 Rdnrn. 11–15 – Fierro u. a./Ronchi u. a.; v. 10. 5. 2012 – C-134/12, BeckRS 2012, 81552 – Corpul National al Polițiștilor.
- 61 *EuGH*, Beschl. v. 22. 1. 2002 – C-447/00, Slg. 2002, I-735, = BeckRS 2004, 77304 Rdnr. 17 – Holto; v. 12. 8. 2008 – C-296/08 PPU, Slg. 2008, I-6324 = NJW 2009, 657 Rdnr. 40 – Santesteban Goicoechea.
- 62 Vgl. z. B. *EuGH*, Urt. v. 19. 10. 1995 – C-111/94, Slg. 1995, I-3361 = BeckRS 2004, 74140 Rdnr. 11 – Job Centre.
- 63 *EuGH*, Urt. v. 17. 2. 2011 – C-283/09, Slg. 2011, I-601 = EuZW 2011, 261 Rdnrn. 44 f. – Werynsky.
- 64 *EuGH*, Urt. v. 19. 4. 2012 – C-443/09, EuZW 2012, 480 L = BeckRS 2012, 80743 – Grillo Star Fallimento.
- 65 *EuGH*, Urt. v. 22. 11. 2012 – C-136/11, NVwZ 2013, 355 Rdnr. 31 – Westbahn Management.
- 66 *EuGH*, Urt. v. 13. 12. 2012 – C-465/11, EuZW 2013, 151 m. Anm. Siegel, Rdnr. 18 – Forposta und ABC Direct Contact.
- 67 *EuGH*, Urt. v. 22. 1. 2013 – C-283/11, EuZW 2013, 347 m. Anm. Ziegenhorn, Rdnrn. 26–29 – Sky Österreich.
- 68 *EuGH*, Urt. v. 31. 1. 2013 – C-175/11, NVwZ-RR 2013, 334 Rdnrn. 83 ff. – D. und A.
- 69 *EuGH*, Urt. v. 19. 12. 2012 – C-363/11, BeckRS 2012, 82701 Rdnrn. 18, 28 – Epitropos tou Elegktikou Synedriou.
- 70 *EuGH*, Urt. v. 31. 1. 2013 – C-394/11, EuZW 2013, 233 L = BeckRS 2013, 80175 Rdnr. 51 – Belov.
- 71 *EuGH*, Beschl. v. 18. 7. 2013 – C-255/13, Rdnr. 13 – I/Health Service Executive.
- 72 *EuGH*, Beschl. v. 4. 10. 2012 – C-370/12, BeckRS 2012, 82308 – Pringle/Irland.
- 73 *EuGH*, Beschl. v. 18. 7. 2013 – C-42/13, Rdnr. 11 – Cartiera dell'Adda SpA.
- 74 *EuGH*, Beschl. v. 5. 10. 2012 – C-394/12, BeckRS 2012, 82367 – Abdullahi/Bundesasylamt.
- 75 *EuGH*, Beschl. v. 28. 6. 2013 – C-140/13, BeckRS 2013, 82200 Rdnr. 13 – Altmann u. a./BAFin.
- 76 *EuGH*, Beschl. v. 24. 10. 2013 – C-369/13, Rdnr. 24 m. w. Nachw. – Gielen u. a.
- 77 *EuGH*, Beschluss Cartiera dell'Adda SpA (o. Fußn. 73), Rdnr. 12.
- 78 *EuGH*, Beschl. v. 10. 4. 2013 – C-26/13, Rdnr. 14 m. w. Nachw. – Käsler.

b) Rechtsmittel

Während bei Vorabentscheidungsersuchen die meisten verfahrensrechtlichen Fehler auf diesbezüglicher Unkenntnis bzw. Berührungängsten beruhen, kann man sich auch in den Jahren 2012/2013 des Eindrucks nicht erwehren, dass nicht wenige Rechtsmittelführer die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Rechtsmittels mehr oder weniger bewusst ignorieren. Denn manch einer, der sich strikt an die Verfahrensregeln hält, d. h. den Unterschied zwischen Rechts- und Tatsachenfragen⁷⁹ (einschließlich des „Verfälschens von Tatsachen“⁸⁰), die Notwendigkeit, die Rechtsrügen⁸¹ und gerügten Teile der erstinstanzlichen Entscheidung genau zu bezeichnen⁸², das Verbot, den Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens im Rechtsmittelverfahren zu verändern⁸³ bzw. das Rechtsmittel allein gegen den Kostentenor zu richten⁸⁴, usw., wird am Ende womöglich feststellen, dass gar keine Grundlage für ein Rechtsmittel besteht. Dinge in die erstinstanzliche Entscheidung hineinzulesen, die so nicht darin stehen, ist ebenfalls nicht hilfreich⁸⁵. Andere Unzulässigkeitsbeschlüsse spiegeln hingegen die Unkenntnis des jeweiligen Anwalts wider, z. B. hinsichtlich der Zuständigkeit der EU-Gerichte⁸⁶ bzw. der genauen Bedeutung des Anwaltszwangs⁸⁷, oder gelegentlich auch dessen Unvermögen, dem Rechtsmittel eine kohärente Struktur und einen nachvollziehbaren Inhalt zu verleihen⁸⁸. Aber auch der Versuch einer vermeintlich maximalen Nutzung aller prozeduralen Möglichkeiten kann daneben gehen, so z. B. wenn eine Partei mit den Schlussanträgen des Generalanwalts nicht einverstanden ist und meint, mit dieser Begründung eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung beantragen zu können⁸⁹.

c) Überprüfung von Rechtsmittelentscheidungen des EuG

Die Überprüfung von Rechtsmittelentscheidungen des EuG nach Art. 191–195 VerfO-EuGH durch den EuGH ist nur scheinbar ein zweiter Instanzenzug, denn allein der erste Generalanwalt hat ein entsprechendes Vorschlagsrecht gegenüber dem EuGH. Dies schließt indes nicht aus, dass sich eine Partei gegebenenfalls schriftlich an besagten Generalanwalt wendet⁹⁰, wobei es allerdings unzulässig ist, einen förmlichen Antrag beim EuGH zu stellen⁹¹. Im Rahmen solcher Verfahren hat der EuGH dem EuG in 2013 gleich zweimal⁹² bescheinigt, dass es in Rechtsmittelverfahren gegen Entscheidungen des EuGöD die „Kohärenz des Unionsrechts“ beeinträchtigt hat. Im ersten, mit Abstand wichtigeren Fall hatte das EuG den Begriff der „angemessenen Frist“, der im Falle von Anfechtungsklagen gegen die Europäische Investitionsbank mangels einer legislativen Frist⁹³ zum Tragen kommt, falsch ausgelegt.

d) Kostenfestsetzung

Die Kostenfestsetzung ist primär für Rechtsmittel relevant, wobei die Rechtsprechung auch der Inspiration in Verfahren vor dem EuG dienen kann. Anträge auf Kostenfestsetzung unterliegen mangels einer entsprechenden Vorschrift dem Prinzip der „angemessenen Frist“, die der EuGH auch weiterhin eher großzügig auslegt: Ein Antrag auf Kostenfestsetzung wurde für zulässig erklärt, den der Antragsteller 2,8 Jahre nach dem Erlass des Rechtsmittelurteils⁹⁴ bzw. ca. 4 Jahre nach Abbruch der bilateralen Verhandlungen über den zu erstattenden Betrag gestellt hatte⁹⁵. In der Sache muss die betreffende Partei – anders als in Verfahren vor dem EuGöD⁹⁶ – nachweisen, dass sie die Anwaltshonorare, deren Erstattung sie verlangt, auch tatsächlich bezahlt hat⁹⁷ wobei der EuGH⁹⁸ kürzlich klargestellt hat, dass die „Haltung der

Parteien“ bei der Berechnung der erstattungsfähigen Kosten keine Rolle spielt⁹⁹.

2. EuG

a) Zuständigkeit

Trotz des auch hier geltenden und mithin *jede* Selbstvertretung ausschließenden¹⁰⁰ Anwaltszwangs¹⁰¹, wurde das EuG in den Jahren 2012/2013 mit einer Reihe von Klagen befasst, für die es offensichtlich nicht zuständig ist, wie z. B. eine Nichtigkeitsklage gegen den EGMR¹⁰², diverse Mitgliedstaaten¹⁰³ bzw. nationale Behörden¹⁰⁴ oder die „Eulex Kosovo“, die keine Rechtspersönlichkeit besitzt¹⁰⁵.

b) Klageschrift

Gemäß der hinlänglich bekannten ständigen Rechtsprechung dürfen die wesentlichen und tatsächlichen Umstände, auf denen die Klage beruht, zwar „gedrängt“ dargestellt werden, müssen sich aber jedenfalls zusammenhängend und verständlich aus der Klageschrift ergeben. Dabei mag es auch an der

79 EuGH, Beschl. v. 8. 2. 2012 – C-191/11 P, BeckRS 2012, 80591 Rdnr. 36 – Yorma's/OHIM.

80 Obwohl die Anforderungen dieser Rechtsrüge, die nicht von Amts wegen geprüft wird, besonders anspruchsvoll sind, wird sie häufig geltend gemacht, vgl. z. B. EuGH, Beschl. v. 13. 6. 2013 – C-346/12 P, BeckRS 2013, 81259 Rdnrn. 46 ff. – DMK/OHIM.

81 EuGH, Beschl. v. 22. 3. 2012 – C-200/11 P, BeckRS 2012, 81057 Rdnrn. 52–54 – Italien/Kommission.

82 EuGH, Beschl. v. 22. 3. 2012 – C-167/11 P, BeckRS 2012, 81055 Rdnrn. 99–100 – Cantiere navali De Poli/Kommission.

83 EuGH, Beschl. v. 26. 4. 2012 – C-307/11 P, GRUR 2013, 519 Rdnr. 65 – Deichmann/OHIM.

84 EuG, Beschl. v. 8. 3. 2012 – T-126/11 P, BeckRS 2012, 81097, Rdnr. 37 – Marcuccio/Kommission.

85 EuGH, Beschl. v. 30. 5. 2013 – C-357/12 P, BeckRS 2013, 81174 Rdnr. 53 – Wohlfarth/OHIM; v. 17. 1. 2013 – C-21/12 P, BeckRS 2013, 80173 Rdnr. 56 – Abbott Laboratories/OHIM.

86 EuGH, Beschl. v. 7. 3. 2013 – C-389/12 P, BeckRS 2013, 80737 – Tibor Szarvas/Ungarn; v. 3. 10. 2013 – C-78/13 P, BeckRS 2013, 81965 – Harsulescu/Rumänien.

87 EuGH, Beschl. v. 20. 6. 2013 – C-471/12 P, BeckRS 2013, 81379 – Holding kompanija Interspeed/Kommission.

88 EuGH, Beschl. v. 12. 7. 2012 – C-608/11 P, Rdnrn. 26 f. – Land Wien/Kommission.

89 EuGH, Urt. v. 22. 11. 2012 – C-89/11 P, EuZW 2013, 179 m. Komm. Werner – E.on/Kommission.

90 EuGH, Beschl. v. 7. 3. 2013 – C-433/12 P, BeckRS 2013, 80619 Rdnrn. 14 ff. – Marcuccio/Gerichtshof.

91 EuG, Beschl. v. 29. 4. 2013 – T-355/12, BeckRS 2013, 80957 Rdnrn. 14–19 – Marcuccio/Kommission.

92 EuGH, Urt. v. 28. 2. 2013 – C-334/12 RX-II, BeckRS 2013, 80417 – Arango Jaramillo u. a./EIB; v. 19. 9. 2013 – C-579/12 RX-II, BeckRS 2013, 81828 – Kommission/Strack.

93 Wobei diese seit Jahren existierende legislative Lücke nur danach verlangt, geschlossen zu werden.

94 EuGH, Beschl. v. 28. 2. 2013 – C-528/08 P-DEP, BeckRS 2013, 80565 Rdnrn. 14–17 – Kommission/Marcuccio.

95 EuGH, Beschl. v. 4. 7. 2013 – C-75/05 P-DEP u. a., BeckRS 2013, 81480 Rdnrn. 12–16 – Kronofrance/Deutschland.

96 Vgl. hierzu nachfolgend unter II. 3. b).

97 EuGH, Beschl. v. 28. 2. 2013 – C-465/09 P-DEP, BeckRS 2013, 80513 Rdnrn. 26–28 – Comunidad autónoma de la Rioja/Territorio Histórico de Vizcaya u. a.

98 EuGH, Beschl. v. 16. 5. 2013 – C-208/11 P-DEP, BeckRS 2013, 81033 Rdnr. 25 – Internationaler Hilfsfonds/Kommission.

99 Allerdings kann sich ein Verhalten einer Partei auf die – vorgelagerte – Frage der Kostenverteilung auswirken.

100 EuG, Beschl. v. 20. 9. 2012 – T-294/12, BeckRS 2012, 82106 – Oltra/Ombudsman.

101 Art. 19 III, IV, 21 Satzung.

102 EuG, Beschl. v. 19. 4. 2013 – T-49/13, BeckRS 2013, 80960 – Todorov/EGMR; v. 3. 7. 2012 – T-201/12, BeckRS 2012, 81751 – Marilena/EGMR.

103 EuG, Beschl. v. 18. 1. 2012 – T-609/11, BeckRS 2012, 80492 – Ortega/ Spanien.

104 EuG, Beschl. v. 13. 9. 2012 – T-308/12, BeckRS 2012, 82219 – Air Algérie/INPS u. a.

105 EuG, Beschl. v. 4. 6. 2013 – T-213/12, BeckRS 2013, 81222 – Elitaliana SpA/Eulex Kosovo.

zwingenden Begrenzung der Seitenzahlen¹⁰⁶ liegen – die indes nicht für die Anlagen gilt – dass manche Kläger das Risiko einer Unzulässigkeit eingehen. So etwa, wenn der Kläger in der Klageschrift¹⁰⁷ ohne weitere Darlegung auf deren Anlagen¹⁰⁸ verweist¹⁰⁹ oder sich auf ein „extrem knappes Vorbringen“ beschränkt¹¹⁰ – ein Fehler, vor dem auch Institutionen nicht gefeit sind, auch wenn dies in der Praxis sehr viel seltener vorkommt¹¹¹. Interessant ist auch die Klarstellung, dass es einem Kläger unbenommen bleibt, seine – im Übrigen eigenhändig und mithin nicht per facsimile unterschriebene¹¹² – Klageschrift nach deren Einreichen durch einen entsprechenden Schriftsatz zu ergänzen, solange letzterer vor Ablauf der Klagefrist eingereicht wird¹¹³.

c) Mündliche Verhandlung

Hinsichtlich des Protokolls der mündlichen Verhandlung hat das *EuG* daran erinnert, dass dessen Hauptfunktion darin besteht, die „wesentlichen“ Elemente der mündlichen Verhandlung und gegebenenfalls der Beweisaufnahme zu enthalten, wozu gegebenenfalls auch die „rechtserheblichen“ Erklärungen der Verfahrensbeteiligten zählen, wie z. B. der Verzicht auf ein Rechtsbegehren, die Anerkennung einer einschlägigen Tatsache usw. Es handelt sich somit keineswegs um eine Niederschrift oder gar ein erschöpfendes Protokoll der mündlichen Verhandlung, worin die dort geführten Erörterungen im Einzelnen wiedergegeben werden¹¹⁴.

d) Fristen

Auch die Wahrung der Klagefristen wie der übrigen Verfahrensfristen blieb in 2012/2013 ein immerwährendes Thema, nicht zuletzt wegen der komplex wirkenden Vorschriften¹¹⁵, bei denen sich auch Mitgliedstaaten irren können¹¹⁶. Das *EuG* hat klargestellt, dass eine per E-Mail übermittelte Entscheidung die Klagefrist auslöst, wenn der Empfänger eine Empfangsbestätigung geschickt hat¹¹⁷ und die Rechtswirkungen eines Eingangsstempels erläutert¹¹⁸. Doch nur wenn die Verfahrensfrist *zuzüglich* der zehntägigen Entfernungs- bzw. Wegefrist auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt, endet die Frist am Ende des darauffolgenden Werktags¹¹⁹. Insoweit wirkt die Reihenfolge der einschlägigen Vorschriften in der *VerfO-EuG* nach wie vor eher irreführend, da sie zuerst die „Wochenend- bzw. Feiertagsregelung“ (Art. 101 II *VerfO-EuG*) nennt, und erst anschließend die Entfernungsfrist (Art. 102 II *VerfO-EuG*), wohingegen es in der Praxis auf die umgekehrte Reihenfolge ankommt. Auch gilt es, die zehntägige Frist zwischen der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax und dem Eintreffen des – in jeder Hinsicht übereinstimmenden¹²⁰ – Originals (Art. 43 VI *VerfO-EuG*) von der – ebenfalls – zehntägigen Entfernungsfrist (Art. 102 II *VerfO-EuG*) zu unterscheiden¹²¹. Dabei verstößt die Tatsache, dass letztere auch für einen in einem Drittstaat ansässigen Kläger und damit pauschal gilt, nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz¹²². Von allgemeinem Interesse ist ferner der Hinweis, dass die Kanzlei des *EuG* nicht verpflichtet ist, den jeweiligen Anwalt unverzüglich auf prozedurale Unzulänglichkeiten hinzuweisen, um es ihm zu ermöglichen, selbige gegebenenfalls vor Ablauf der jeweiligen Verfahrensfrist zu korrigieren. Dies ist vielmehr Teil der Verantwortung des Anwalts, kraft des Anwaltszwangs¹²³.

e) Rechtsmittel

Wer ein Rechtsmittel einige Tage vor Ablauf der Frist per Telefax einreicht, muss innerhalb von zehn Tagen ab diesem Zeitpunkt – und nicht etwa ab Ende der Rechtsmittelfrist – das Original einreichen¹²⁴. Dies gilt dementsprechend auf für Rechtsmittel vor dem *EuGH*.

In der Rechtsmittelsache T-65/12 P¹²⁵ hat das *EuG* nunmehr überdies ausdrücklich bestätigt, dass die Entscheidung des *EuGöD*, einen Antrag auf Schadensersatz wegen überlanger Prozessdauer an das *EuG* zu verweisen, nicht rechtsmittelfähig ist. Von grundsätzlicher Bedeutung ist auch die ausdrückliche Bestätigung, dass das aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannte Prinzip des „gesetzlichen Richters“ nicht in Verfahren vor den EU-Gerichten gilt. Denn Art. 6 I EMRK verlangt ein „auf Gesetz beruhendes Gericht“, was voraussetzt, dass die Zusammensetzung des jeweiligen Gerichts und seine Zuständigkeiten vorab durch ein Gesetz bestimmt sind¹²⁶, eine Voraussetzung, die alle drei EU-Gerichtsbarkeiten erfüllen.

f) Gerichtskosten

Grundsätzlich fallen in Verfahren vor den EU-Gerichten und damit auch vor dem *EuG* keine Gerichtskosten an (Art. 90, S. 1 *VerfO-EuG*). Die insoweit geltenden Ausnahmen blieben bislang ohne Bedeutung – bis zum Erlass zweier Rechtsmittelurteile¹²⁷ im Dezember 2012, mit denen das *EuG* erstmals gem. Art. 90 lit. a *VerfO* Gerichtskosten in Rechnung gestellt hat. Mangels eines eigenen „Tarifs“ beliefen sich selbige auf jeweils 2000 Euro¹²⁸. Denn der Rechtsmittelkläger hatte mit

106 S. hierzu o. unter I. 3.

107 Dies gilt auch für eine Erwidern, vgl. *EuG*, Urt. v. 24. 5. 2012 – T-111/08, BeckRS 2012, 80963 Rdnr. 69 – Mastercard u. a./Kommission; vgl. ferner hins. eines in der Anlage einer Erwidern vorgelegten Rechtsgutachtens *EuG*, Urt. v. 14. 11. 2012 – T-135/09, BeckRS 2012, 82408 Rdnrn. 111 ff. – Nexans France und Nexans/Kommission.

108 Wobei das *EuG* bestätigt hat, dass ein internes Dokument des Rates, das nicht mittels eines Antrags auf Zugang zu Dokumenten im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 (ABIEG Nr. L 145 v. 31. 5. 2001, S. 43) erlangt wurde, auf Antrag der Beklagten aus den Anlagen zu entfernen ist, vgl. *EuG*, Beschl. v. 21. 2. 2013 – T-331/11, BeckRS 2013, 80637 – Besselink/Rat.

109 *EuG*, Beschl. v. 20. 1. 2012 – T-315/10, BeckRS 2012, 80242 – Groupe Partouche/Kommission.

110 So *EuG*, Urt. v. 21. 11. 2012 – T-270/08, BeckRS 2012, 82453 – Deutschland/Kommission.

111 *EuGH*, Urt. v. 19. 4. 2012 – C-141/10, BeckRS 2012, 81050 – Kommission/Niederlande.

112 *EuGH*, Beschl. v. 21. 9. 2012 – C-69/12 P, BeckRS 2012, 82334 – Noscira/OHIM.

113 *EuG*, Urt. v. 14. 6. 2012 – T-338/08, BeckRS 2012, 81235 Rdnrn. 20 f. – Stichting Natuur en Milieu et Pesticide Action Network Europe/Kommission.

114 *EuG*, Urt. v. 18. 9. 2012 – T-133/08 u. a., BeckRS 2012, 81916 Rdnrn. 190–191 – Schröder/OCVV – Hansson.

115 Wobei die EU-Gerichte regelmäßig betonen, dass die Vorschriften über die Fristen keine besonderen Auslegungsschwierigkeiten mit sich bringen, so z. B. *EuGH*, Beschluss Noscira/OHIM (o. Fußn. 112), BeckRS 2012, 82334 Rdnr. 35, was die Praxis jedoch nicht gerade bestätigt.

116 *EuG*, Beschl. v. 15. 10. 2013 – T-149/13 – Spanien/Kommission; v. 15. 10. 2013 – T-148/13 – Spanien/Kommission; v. 18. 12. 2012 – T-320/11, BeckRS 2013, 80093 – Ungarn/Kommission.

117 *EuG*, Beschl. v. 9. 7. 2013 – T-221/13, BeckRS 2013, 81674 Rdnrn. 12 f. m. w. Nachw. – Page Protective Services/SEAE.

118 *EuG*, Beschl. v. 18. 12. 2012 – T-205/11, BeckRS 2013, 80055 – Deutschland/Kommission.

119 *EuG*, Beschl. v. 11. 5. 2012 – T-130/12, BeckRS 2012, 81696 Rdnr. 8 m. w. Nachw. – Changshu Walsin Speciality Steel/Rat.

120 *EuG*, Beschl. v. 3. 10. 2012 – T-360/10, BeckRS 2012, 82166 Rdnr. 37 – Tecnimed/OHIM.

121 *EuG*, Beschl. v. 20. 2. 2013 – T-422/12, BeckRS 2013, 80450 – Kappa Filter Systems/OHIM.

122 *EuG*, Beschl. v. 20. 11. 2012 – T-120/12, BeckRS 2012, 82583 Rdnrn. 51–53 – Shahid Beheshti University/Rat.

123 Beschluss Noscira/OHIM (o. Fußn. 112), BeckRS 2012, 82334 Rdnr. 14.

124 *EuG*, Beschl. v. 28. 5. 2013 – T-130/13 P, BeckRS 2013, 81178 Rdnr. 16 – Honnefelder/Kommission.

125 *EuG*, Beschl. v. 12. 6. 2012 – T-65/12 P, BeckRS 2012, 81310 – Strack/Kommission.

126 *EuG*, Urt. v. 13. 12. 2012 – T-197/11 P u. a., BeckRS 2012, 82650 Rdnrn. 64–70 – Kommission/Strack.

127 *EuG*, Urteile Strack/Kommission (o. Fußn. 44), BeckRS 2012, 82651; Kommission/Strack (o. Fußn. 126), BeckRS 2012, 82650.

128 Mangels eines legislativ bestimmten Betrags hat sich das *EuG* an dem in der *VerfO-EuGöD* ausdr. vorgesehenen Höchstbetrag von 2000 Euro orientiert.

jeweils 80 bzw. 90 Seiten die für Rechtsmittelschriften geltende Höchstgrenze von 15 Seiten deutlich überschritten, eine Anpassung mehrmals verweigert und dem *EuG* damit erhebliche Kosten verursacht¹²⁹. Ob das *EuG* Gerichtskosten künftig nur in derart extremen Fällen erhebt, bleibt abzuwarten.

Auf einem anderen Blatt steht freilich die Frage, ob sich die grundsätzliche Befreiung von jeglichen Gerichtskosten heutzutage noch rechtfertigen lässt. Denn wie kann man dem europäischen Steuerzahler vermitteln, zumal in Zeiten knapper Kassen, dass Kläger in erster und gegebenenfalls zweiter Instanz keinerlei Gerichtskosten zahlen, wo doch jedes Gerichtsverfahren einen erheblichen personellen, zeitlichen und finanziellen Aufwand verursacht. Kostet z. B. eine Klage in Mietsachen vor dem Friedensrichter in Belgien derzeit 40 Euro Gerichtskosten, so zahlen Unternehmen vor dem *EuG* bzw. *EuGH* selbst dann keinerlei Gerichtskosten, wenn der Streitwert gegebenenfalls Hunderte von Millionen Euro beträgt. Diese Frage stellt sich im Übrigen erst Recht hinsichtlich in Drittstaaten ansässigen Unternehmen, die in der EU entweder keine bzw. nur vergleichsweise geringe Steuern zahlen.

g) Kostenfestsetzung

Eine obsiegende Partei muss damit leben, dass die Gemeinschaftsgerichte in aller Regel nur einen Teil – und gelegentlich nur einen Bruchteil – der bezahlten Honorare als für die jeweilige Rechtssache „notwendig“ erachten. Kommt es zu einem Kostenfestsetzungsverfahren, so hat der Antragsteller hinsichtlich zweier relevanter Kriterien, nämlich der Bedeutung des Rechtsstreits aus unionsrechtlicher Sicht sowie dem Schwierigkeitsgrad der Rechtssache, naturgemäß wenig Spielraum, denn dies hängt nicht von ihm ab. Umso mehr ist der Antragsteller hingegen bei der Darlegung seines wirtschaftlichen Interesses sowie dem mit dem Rechtsstreit verbundenen Arbeitsaufwand gefordert, wobei sich auch in 2012/2013 gezeigt hat, dass hier Geld bisweilen regelrecht verschenkt wird. Dies ist offensichtlich der Fall, wenn dem *EuG* keinerlei Informationen über die anwaltlichen Stundensätze sowie der Anzahl an geleisteten Stunden bzw. deren Aufschlüsselung gegeben werden¹³⁰. Nicht hinreichend detaillierte¹³¹ bzw. teils ungenaue¹³² Angaben hinsichtlich des Arbeitsaufwands sind einer größtmöglichen Erstattung der Honorare ebenfalls abträglich, was z. B. auch jener Antragsteller erfahren musste, der meinte, bestimmte als vertraulich erachtete Passagen in der Honorarabrechnung schwärzen zu müssen¹³³. Im Übrigen hat das *EuG*, wie schon der *EuGH*, entschieden, dass die Frage, ob die beklagte Institution den Rechtsstreit vermeiden konnte, ohne Einfluss auf die Höhe der zu erstattenden Kosten bleibt¹³⁴, und bestätigt, dass sich der Antragsteller seine Unkosten mangels Belege als Pauschale in Höhe von 5 % der für notwendig erklärten Honorare erstatten lassen kann¹³⁵.

h) Sonstige Rechtsbehelfe

Ein Kläger, der es versäumt hat, vor dem *EuGöD* zwecks Überprüfung der Tatsachenfeststellungen gem. Art. 119 Verfo-EuGöD binnen drei Monaten nach dem Tag, an dem er Kenntnis von der Tatsache erhielt, einen Antrag auf Wiederaufnahme zu stellen, kann dies nicht im Rahmen eines Rechtsmittels vor dem *EuG* nachholen¹³⁶.

i) Prozesskostenhilfe

Auch in 2012/2013 blieben Anträge auf Prozesskostenhilfe selten erfolgreich¹³⁷, was nicht zuletzt daran liegt, dass viele Antragsteller dem *EuG* (bzw. *EuGH*) eine Art Allzuständigkeit beimessen, die es ihnen vermeintlich erlaubt, z. B. gegen andere

natürliche Personen¹³⁸, Mitgliedstaaten¹³⁹, Bundesländer¹⁴⁰, nationale Behörden¹⁴¹ bzw. Gerichtsinstanzen¹⁴², Drittstaaten¹⁴³, den *EGMR*¹⁴⁴ und andere offensichtlich nicht unter die Gerichtsbarkeit des *EuG* fallende Behörden zu klagen. Man wird wohl nicht ohne Weiteres von so viel Unkenntnis auf den Informationsstand des durchschnittlichen EU-Bürgers schließen können, doch gibt sie – nach sechs Jahrzehnten europäischer Gerichtsbarkeit – doch zu denken. Jedenfalls verdeutlichen die doch zahlreichen Unzulässigkeitsbeschlüsse, wie sehr der Anwaltszwang vor den EU-Gerichten (Art. 19 Satzung) gerechtfertigt ist. Im Übrigen ist ein Antragsteller auch ohne Anwalt nicht davon befreit, sein Anliegen im entsprechenden Formular kohärent und verständlich darzustellen¹⁴⁵.

3. EuGöD

Das europäische Dienstrecht ist ein sektorieller Randbereich des EU-Rechts, doch wenn es um die Auslegung der verschiedensten allgemeinen Rechtsprinzipien sowie des Prozessrechts geht, erweist es sich als reichhaltige Fundgrube, die sich auch in Verfahren vor dem *EuG* bzw. *EuGH* als nützliche Quelle der Inspiration erweisen kann.

a) Klageschrift

Auch vor dem *EuGöD* ist eine Klageschrift unzulässig, wenn die Unterschrift auf der durch Telefax übermittelten Version von der postalisch übermittelten abweicht¹⁴⁶, wenn der Kläger Anwalt ist und daraufhin meint, sich selbst vertreten zu dürfen¹⁴⁷ oder die Klageschrift nicht eigenhändig, sondern mittels eines Stempels „unterschrieben“ wird¹⁴⁸.

- 129 Dabei dürfte es sich in erster Linie um Übersetzungskosten handeln.
 130 *EuG*, Beschl. v. 6. 6. 2013 – T-486/07 DEP, BeckRS 2013, 81270 Rdnr. 20 – Ford/OHIM; sowie Beschl. v. 5. 9. 2012 – T-581/08 DEP, BeckRS 2012, 82174 Rdnr. 13 – Perusahaan Otomobil u. a./OHIM.
 131 *EuG*, Beschl. v. 4. 9. 2013 – T-335/09 DEP, BeckRS 2013, 81956 Rdnr. 44 f. – Groupement Adrians u. a./Kommission.
 132 *EuG*, Beschl. v. 14. 1. 2013 – T-25/10 DEP, BeckRS 2013, 80242 Rdnr. 51 – BASF u. a./Kommission.
 133 *EuG*, Beschl. v. 25. 5. 2013 – T-43/10 DEP, BeckRS 2013, 81302 Rdnr. 69 – Elementis u. a./Kommission.
 134 *EuG*, Beschluss Elementis u. a./Kommission (o. Fußn. 133), BeckRS 2013, 81302 Rdnr. 77.
 135 *EuG*, Beschl. v. 3. 10. 2012 – T-573/08 P, BeckRS 2012, 82303 Rdnr. 34 – TF1/Kommission.
 136 *EuG*, Beschl. v. 6. 9. 2013 – T-199/11 P-REV, BeckRS 2013, 81850 Rdnr. 20 – Strack/Kommission.
 137 *EuG*, Beschl. v. 19. 12. 2012 – T-322/12 P-AJ, BeckRS 2013, 80108 – Pinto Branco/Gerichtshof; v. 29. 5. 2013 – T-506/12 P-AJ, BeckRS 2013, 81305 – Martorell/Kommission; v. 10. 9. 2013 – T-478/12 AJ, BeckRS 2013, 81854 – EI/Parlament und Kommission; v. 16. 9. 2013 – T-248/13 AJ – FK/Kommission; v. 6. 6. 2012 – T-646/11 AJ, BeckRS 2012, 82092 – CD/Rat.
 138 *EuG*, Beschl. v. 11. 7. 2013 – T-342/13 AJ, BeckRS 2013, 81686 – FZ/FX.
 139 *EuG*, Beschl. v. 4. 3. 2013 – T-21/13 AJ – EP/Frankreich; v. 27. 11. 2012 – T-481/12 AJ, BeckRS 2013, 80042 – EK/Deutschland; v. 10. 9. 2013 – T-353/13 AJ – GA/Portugal; v. 12. 9. 2013 – T-325/13 AJ, BeckRS 2013, 91955 – FY/Belgien und Kommission.
 140 *EuG*, Beschl. v. 19. 3. 2013 – T-72/13 AJ, BeckRS 2013, 80695 – DP/Land Baden-Württemberg.
 141 *EuG*, Beschl. v. 16. 1. 2013 – T-528/12 AJ, BeckRS 2013, 80246 – EM/Bezirksamt Mitte; v. 2. 7. 2013 – T-312/13 AJ, BeckRS 2013, 81684 – FV/Crown Prosecution Service und Vereinigtes Königreich.
 142 *EuG*, Beschl. v. 19. 3. 2013 – T-65/13 AJ, BeckRS 2013, 80693 – EM/LSG Berlin-Brandenburg und SG Berlin.
 143 *EuG*, Beschl. v. 5. 3. 2013 – T-40/13, BeckRS 2013, 80591 – EQ und ER/ES, ET und Fürstentum Liechtenstein.
 144 *EuG*, Beschl. v. 4. 10. 2013 – T-415/13 AJ – FN.
 145 *EuG*, Beschl. v. 10. 10. 2013 – T-391/13 AJ – GF/Parlament u. a.; v. 17. 4. 2013 – T-111/13, BeckRS 2013, 81034 – BL/Kommission u. a.
 146 *EuGöD*, Beschl. v. 30. 5. 2013 – F-102/11, BeckRS 2013, 81347 – Marcuccio/Kommission; v. 19. 9. 2013 – F-31/13, BeckRS 2013, 82030 Rdnr. 23 – Marcuccio/Kommission.
 147 *EuGöD*, Beschl. v. 13. 2. 2013 – F-123/11 – de Abreu/WSA.
 148 *EuGöD*, Beschl. v. 28. 1. 2013 – F-92/12, BeckRS 2013, 80299 Rdnr. 25 – Marcuccio/Kommission.

b) Kostenfestsetzung

Im Jahr 2011 hatte das *EuGöD* in einem Kostenfestsetzungsbeschluss erstmals für Recht erklärt, dass eine Beklagte, die sich eines externen Anwalts bedient, zunächst nachweisen muss, dass die Beauftragung dieses Anwalts „erforderlich“ war und sich erst dann die Frage stellt, ob und inwieweit dessen Honorare und Kosten im Sinne der klassischen Rechtsprechung „notwendig“ waren¹⁴⁹. Dieser Innovation hat das *EuG* jüngst eine an Deutlichkeit kaum zu überbietende Absage erteilt. Denn wie das *EuG* – zu Recht¹⁵⁰ – befand, steht es den Unionsorganen gem. Art. 19 I Satz 1 frei, sich der Hilfe eines externen Anwalts zu bedienen, ohne dass das Organ nachweisen müsste, dass eine solche Hilfe objektiv „gerechtfertigt“ war. Jede andere Beurteilung „würde in Wirklichkeit die durch Art. 19 I Satz 1 gewährte Freiheit mittelbar beschränken und den Unionsrichter dazu verpflichten, seine Beurteilung an die Stelle der Beurteilung der Organe und Einrichtungen zu setzen, die für die Organisation ihrer Dienststellen zuständig sind“¹⁵¹. Im gleichen Sinne hat sich kürzlich auch der *EuGH* mit deutlichen Worten geäußert¹⁵². Mithin stellt sich die Frage, wie lange das *EuGöD* seine abweichende Rechtsprechung noch halten kann, auch wenn, oder vielleicht gerade weil gegen entsprechende Kostenfestsetzungsbeschlüsse kein Rechtsmittel statthaft ist.

Das *EuGöD* prüft nicht nach, ob der Mandant seinem Anwalt tatsächlich die Honorare, deren Erstattung verlangt wird, bezahlt hat. Wenn allerdings die Beklagte der Meinung ist, dass „der Kläger und sein Rechtsanwalt betrügerisch vereinbart [hätten], einen fiktiv festgelegten Kostenbetrag zu verlangen, muss sie ihren Verdacht den zuständigen nationalen Standeseinrichtungen zur Kenntnis bringen, damit diese in voller Kenntnis der Sachlage prüfen können, ob ein derartiges Verhalten mit den einschlägigen Landesregeln vereinbar

ist“¹⁵³. Eine Autofahrt zu einer mündlichen Verhandlung kann der Anwalt auf der Grundlage einer Zugfahrt, 1. Klasse¹⁵⁴, die Reisezeit in Höhe der Hälfte seines üblichen Stundensatzes¹⁵⁵ und Bürokosten, für die keine Rechnungen vorgelegt werden, in Höhe von 5 % des erstattungsfähigen Honorars in Rechnung stellen¹⁵⁶.

III. Ausblick

Der *EuGH* hat die Novelle hinter sich, das *EuG* und das *EuGöD* überarbeiten derzeit ihre Verfahrensordnungen und so kann man gespannt sein, welche neuen und gegebenenfalls voneinander abweichenden Vorschriften der Gesetzgeber schaffen wird. Diese legislativen Entwicklungen wie auch die kaum noch zu überblickende Rechtsprechung zu prozessualen Fragen sollten jeden forensisch Tätigen an eine scheinbare Binsenweisheit erinnern: Was nützen die besten materiellen Argumente, wenn verfahrensrechtliche Parameter falsch verstanden oder gar außer Acht gelassen werden? ■

149 *EuGöD*, Beschl. v. 27. 9. 2011 – F-55/08 DEP, BeckRS 2012, 80095 Rdnrn. 40 ff. – De Nicola/EIB.

150 So bereits B. *Wägenbaur*, Commentary Court of Justice of the EU, Art. 91 RP GC, Rdnrn. 25 f.

151 *EuG*, Beschl. v. 28. 5. 2013 – T-278/07 P, BeckRS 2013, 81181 Rdnrn. 14 f. – Marcuccio/Kommission.

152 *EuGH*, Beschluss Internationaler Hilfsfonds/Kommission (o. Fußn. 98), BeckRS 2013, 81033.

153 *EuGöD*, Beschl. v. 22. 3. 2012 – F-5/08, BeckRS 2012, 80711 – Brune/Kommission.

154 *EuGöD*, Beschluss Brune/Kommission (o. Fußn. 153), BeckRS 2012, 80711 Rdnr. 35.

155 *EuGöD*, Beschluss Brune/Kommission (o. Fußn. 153), BeckRS 2012, 80711 Rdnr. 36.

156 *EuGöD*, Beschluss Brune/Kommission (o. Fußn. 153), BeckRS 2012, 80711 Rdnr. 36.

Zur Rechtsprechung

Rechtsanwälte Dr. Andreas Ebert-Weidenfeller und Dr. Carsten Gromotke, LL. M.*

Krankenkassen als Normadressaten des Lauterkeits- und Kartellrechts

Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts bewegen sich im Spannungsfeld zwischen öffentlich-rechtlich geregelter Leistungserbringung und marktwirtschaftlichem Wettbewerb. Soweit sie, wie z. B. bei der Mitgliederwerbung oder der Vermittlung von Zusatzversicherungen, am Dienstleistungswettbewerb teilnehmen, war ungeklärt, ob sie Normadressaten des Lauterkeitsrechts sind. Der *EuGH* hat in dem hier zu besprechenden Urteil klargestellt, dass Körperschaften des öffentlichen Rechts, die wie Krankenkassen im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnehmen, in den Anwendungsbereich des Lauterkeitsrechts fallen. Damit wird eine funktionelle Betrachtung vorgenommen. Die Entscheidung dürfte auch gewisse Schlussfolgerungen für die Einordnung von Krankenkassen im Rahmen des Kartellrechts zulassen.

I. Unternehmensbegriff im UWG

Die 1. UWG-Novelle von 2008¹ diente der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr

Health insurance funds, being organized as public membership organizations, act in a hazy area between the performance of services regulated by public law and a developing competitive environment. It was unclear whether their actions are regulated by unfair competition law, for example when they promote membership or supplementary insurance offerings to their members. The ECJ made clear in the judgment discussed here that public bodies that perform tasks of general interest, such as health insurance organizations, fall within the ambit of unfair competition law. Thus, a functional test applies. This decision may also have an impact on the treatment of public health insurance organizations as far as the application of competition law is concerned.

* Die Autoren sind Partner der Sozietät *Jones Day*, Frankfurt a.M. – Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 3. 10. 2013 – C-59/12, EuZW 2013, 941. (in diesem Heft) – BKK Mobil Oil/Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs.

1 BGBl I 2008, 2949.

FESTSCHRIFT FÜR
MANFRED A. DAUSES
ZUM
70. GEBURTSTAG

HERAUSGEGEBEN
VON
DANIELA HEID
RÜDIGER STOTZ
ARSÈNE VERNY

Sonderdruck



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2014

BERTRAND WÄGENBAUR

Die EU-Gerichtsbarkeit – Fasse Dich kurz?!

Übersicht

I. Einleitung	461
II. Urteile des Gerichtshofs – in der Kürze liegt die Würze?	462
III. Verfahrensrecht	463
1. Vorabentscheidungsverfahren	463
2. Länge der Klagefristen	464
3. Berechnung der Fristen	465
4. Übermittlung von Schriftstücken	465
5. Begrenzung des Umfangs von Schriftsätzen	466
6. Kostenfestsetzung	470
7. Gerichtskosten	470
IV. Schlussbetrachtung	472

I. Einleitung

Der Jubilar, dem diese Studie gewidmet ist, hat einmal geschrieben „Materielles Recht ist untrennbar mit den effektiven Mitteln seiner gerichtlichen Durchsetzung verbunden“ (Geleitwort zur 31. Ergänzungslieferung seines „Handbuchs des EU-Wirtschaftsrechts“, Juli 2012). Demensprechend hat er den europäischen Rechtsschutz seit Jahrzehnten zu einem der Schwerpunkte seiner Forschungstätigkeit erkoren. Die nachfolgenden Zeilen wollen einen Beitrag zu diesem Forschungsgebiet leisten.

„Nimm Rücksicht auf Wartende. Fasse Dich kurz!“ – diese Aufforderung zierte in Deutschland die meisten öffentlichen Fernsprecher von den 1930ern bis in die 1970er Jahre hinein. Was aus heutiger Sicht eher autoritär klingt war damals durchaus sinnvoll, denn private Telefonanschlüsse waren nicht die Regel und die Gesprächsdauer für Ortsgespräche blieb lange Zeit unbegrenzt, bis zur Einführung des Zeittakts Anfang der 80er Jahre. In anderen Bereichen hingegen ist diese Devise sehr viel zeitloser, so z. B. vor den EU-Gerichten. Die Verfahrensbeschleunigung ist längst auch Leitmotiv der Europäischen Gerichtsbarkeit, um dem Anspruch des Einzelnen auf rechtliches Gehör, d. h. auch auf Erlass einer gerichtlichen Entscheidung innerhalb eines angemessenen Zeitraums gerecht zu werden. Dies erklärt nicht alle, aber doch viele der vor kurzem vollzogenen Änderungen der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, der Verfahrensordnungen der drei EU-Gerichte¹, sowie des hiervon abgeleiteten Rechts und führt zu der Frage, ob dem jeweils zuständigen Gesetzgeber, aber auch der Judikative in ihrer

¹ www.curia.europa.eu.

täglichen Praxis, der Balanceakt zwischen Wahrung des Rechtsschutzes und der weitestmöglicher Rationalisierung bzw. Beschleunigung der verschiedenen Gerichtsverfahren immer gelungen ist.

II. Urteile des Gerichtshofs – in der Kürze liegt die Würze?

Insbesondere der Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) sieht sich immer wieder der Kritik ausgesetzt, seine Urteile seien zu knapp begründet², wohingegen das Gericht (nachfolgend: EuG) und Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union (nachfolgend: EuGÖD) hiervon weit weniger betroffen sind, – wohl weil es sich um Tatsacheninstanzen handelt und ihre Entscheidungen Gegenstand eines Rechtsmittels sein können. Begriffe wie „Begründungsdefizit“ kehren immer wieder, gelegentlich auch Metaphern wie „Telegrammstil“³, usw. Natürlich ist es für jeden Beobachter legitim, bei der Frage der Einhaltung der Begründungspflicht genau hinzuschauen. Denn die richterliche Legitimität entsteht nicht ein und für alle Mal mit der Schaffung einer entsprechenden primärrechtlichen Rechtsgrundlage, sondern lebt von der Überzeugungskraft der Urteile und schlussendlich von dem Maß an Akzeptanz durch die Parteien und, mehr noch, die Öffentlichkeit. Dabei sind jedoch zwei Themen auseinanderzuhalten, auch wenn sie sich in der Praxis nur schwer voneinander trennen lassen: Die Frage der Begründung der Urteile und die gerade in jüngerer Zeit immer wiederkehrende Debatte um die Abgrenzung zwischen Auslegung einerseits und Rechtsfortbildung bzw. –schöpfung andererseits⁴. Letzteres betrifft die diffizile Frage der Reichweite des rechtlichen bzw. politischen Mandats des EuGH, während ersteres vor allem die Art und Weise betrifft, in der der EuGH seine Begründungspflicht wahrnimmt, mithin also eher quantitative bzw. qualitative Aspekte der Urteilsgründe. Klar ist jedenfalls, dass sich beide Fragenbereiche nicht pauschal, sondern nur anhand des jeweiligen Einzelfalles beurteilen lassen.

Verweilt man beim Thema der Urteilsbegründung, so ist es jedenfalls müßig, insoweit die tatsächliche bzw. vermeintliche Begründungsfreudigkeit deutscher Gerichte zum Maßstab zu erklären, da z. B. der Urteilsstil des Bundesverfassungsgerichts immer wieder als „apodiktisch“ bezeichnet wird⁵. Auch kann man von einem supranationalen Gericht nicht erwarten, dass seine juristische Methodik und damit die Art und Weise wie es seine Entscheidungen begründet, der Tradition des einen oder anderen Mitgliedstaates entspricht, zumal wenn es derer mittlerweile 28 gibt. Überdies werden im Falle der EU-Gerichte einheitliche Gesetzesregeln von Richtern beurteilt, die bekanntlich aus zum Teil sehr unterschied-

² Vgl. z. B. S. Griller/H.P. Rill, „Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung“, 2011, S. 232, 233.; U. Everling, EuR Heft 29, 1994, S. 127 ff; Amann und Jahn, FAZ v. 26.6.2007, „Einfluss der Europarichter wächst“.

³ So L. Loaker, HAVE/REAS, Heft 4/2011, S. 351, 352–354.

⁴ M. Höpner, DMS – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, Heft 1/2010, S. 165 ff.; Herzog/Gerken, FAZ v. 8.9.2008, S. 8.

⁵ Vgl. hierzu z. B. R. Alleweldt, Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, 2006, S. 91; U. Hildebrandt, Süddeutsche Zeitung vom 28. August 2012.

lichen Rechtssystemen stammen, oftmals in größeren richterlichen Formationen sitzen und sich dabei am Ende des Tages auf *ein* Urteil einigen müssen, das keine „dissenting opinions“ zulässt. Im Übrigen fördert die notwendige Übersetzung der Urteile in alle Amtssprachen einen formelhaft wirkender Begründungsstil. So wird man also damit leben müssen, dass dem Umfang und Stil der Urteilsbegründung gewisse strukturelle Grenzen gesetzt sind. Wer diese Sichtweise teilt, steht sodann vor der Herausforderung, hinsichtlich einer gegebenen Urteilsbegründung die ggf. echten von den strukturell bedingten, und damit nur vermeintlichen, Begründungsdefiziten zu unterscheiden.

III. Verfahrensrecht

Im internationalen Vergleich ist das Verfahrensrecht der EU-Gerichte, das im Wesentlichen in der Satzung des EuGH, sowie in den Verfahrensordnungen der drei gerichtlichen Instanzen niedergelegt ist, vergleichsweise detailliert. Die jüngste Novelle der Verfahrensordnung des EuGH⁶ hat eine Reihe von Vorschriften präzisiert⁷, die entweder zu kurz geraten oder unübersichtlich waren, während andere Regelungen noch auf ihre Modernisierung warten⁸.

1. Vorabentscheidungsverfahren

Viel zu kurz gefasst hatte sich der Gesetzgeber bisher insbesondere hinsichtlich der Ersuchen um Vorabentscheidung. Deren stiefmütterliche Behandlung mit gerade einmal vier Vorschriften⁹ stand schon seit längerem in keinerlei Verhältnis zu der gewachsenen Bedeutung dieses Kooperationsverfahrens zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH, das heute in 22 Artikeln geregelt ist. So blieb der Inhalt des Vorabentscheidungsbeschlusses über Jahrzehnte undefiniert, denn Artikel 103 Abs. 1 VerfO EuGH lautete bis zu seiner Novellierung¹⁰ wie folgt: „*In den in Artikel 23 der Satzung bezeichneten Fällen finden auf das Verfahren die Bestimmungen dieser Verfahrensordnung unter Berücksichtigung der Eigenart der Vorabentscheidungsvorlage entsprechende Anwendung*“. Steine statt Brot, da es damit dem nationalen Richter überlassen blieb, sich aus der Masse der Bestimmungen der Verfahrensordnung einen entsprechenden Reim zu machen. Abhilfe leisten sollten zwar die „Hinweise zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte“, die zunächst nur im Amtsblatt und später auch, mehrfach überarbeitet, auf der Webseite des Gerichtshofs veröffentlicht wurden. Doch wird man an deren bisherigem Wirkungsgrad zweifeln dürfen, sind doch im Laufe der Jahre etliche Vorabentscheidungsersuchen aus formellen Gründen für unzulässig erklärt worden. Der neue Art. 94 VerfO EuGH schließt diese Regelungslücke, indem er den Mindest-

⁶ Vgl. ABl. EU L 265 vom 29.9.2012, S. 1–41.

⁷ Vgl. aus Sicht der anwaltlichen Praxis *U. Karpenstein/C. Eckart*, Anwaltsblatt 2013, 249 f.

⁸ Vgl. *B. Wägenbaur*, Commentary on Statute and Rules of Procedure, 2013, S. 7, 204 f.

⁹ Vgl. Art. 103 bis 104b VerfO EUGH.

¹⁰ Vgl. Art. 94 VerfO EuGH.

inhalt des Vorlagebeschlusses definiert. Ob dies ausreicht, um die Zahl an mangelhaften bzw. unzulässigen Vorabentscheidungsbeschlüssen zu verringern ist zwar ungewiss, doch hat der Gesetzgeber damit jedenfalls einen wesentlichen Beitrag hierzu geleistet¹¹.

2. Länge der Klagefristen

Manche Kläger müssen sich deshalb kürzer fassen, weil für Nichtigkeitsklagen je nach gerichtlicher Instanz unterschiedliche Klagefristen gelten: Wer eine Nichtigkeitsklage vor dem EuG einreichen will hat hierfür eine Frist von 2 Monaten¹², einerlei, ob es sich um eine natürliche bzw. juristische Person oder einen Mitgliedstaat handelt¹³. Anders hingegen, wenn es sich um einen Beamten bzw. Bediensteten auf Zeit der EU handelt, denn ihnen gewährt der Gesetzgeber für Nichtigkeitsklagen vor dem EuGÖD eine Frist von 3 Monaten.

Zu diesem doch ganz erheblichen Unterschied konnte es nur kommen, weil die zweimonatige Klagefrist primärrechtlich vorgegeben ist¹⁴, wohingegen die Nichtigkeitsklage in Personalsachen zwar ebenfalls im AEUV verankert ist¹⁵, die insoweit geltende dreimonatige Frist für Beamtenklagen jedoch im Statut der Beamten steht, d. h. einer Verordnung.¹⁶ Die damit bestehende Möglichkeit einer großzügigeren Klagefrist für Beamtenklagen impliziert jedoch weder einen gesetzgeberischen Auftrag, noch ist eine solche Frist *ipso jure* gerechtfertigt. Im Gegenteil, wer nach einer Rechtfertigung für eine derart unterschiedliche Behandlung sucht, wird an Folgendem kaum vorbeikommen: Die den Nichtigkeitsklagen vor dem EuG zugrundeliegenden Fakten und Rechtsfragen sind oftmals ungleich komplexer bzw. umfangreicher als im Falle von Beamtenklagen und vom Streitwert her meist in keiner Weise vergleichbar. Man denke nur an Klagen im Bereich der Fusionskontrolle, des Kartell- bzw. Beihilfen-, sowie des Außenhandelsrechts. Demgegenüber geht es bei Personalklagen in der Regel um überschaubare Szenarien, wobei sich der Streitwert bzw. die wirtschaftliche Bedeutung in Grenzen halten. Dass für Beamte dennoch eine sehr viel großzügigere Klagefrist gilt, leuchtet umso weniger ein, als ihren Klagen in aller Regel bereits ein förmliches Beschwerdeverfahren vorgegangen ist und sie mit der Materie daher bereits vertraut sind. Nach alledem sollte es an der Zeit sein, über eine Vereinheitlichung aller für Nichtigkeitsklagen geltenden Klagefristen nachzudenken¹⁷. Zu diesem Zweck sollte man die in Art. 263 Abs. 6 AEUV vorgesehene zweimonatige Frist um einen Monat verlängern. Zwar müsste der Beklagten dann im Zuge der Waffengleichheit die gleiche Frist für die Klagebeantwortung eingeräumt werden, doch dürfte dies die Verfahrensdauer nur unwesentlich verlängern.

¹¹ Die Verdienste des Gesetzgebers werden nicht dadurch geschmälert, dass sie maßgeblich auf Anregungen des EuGH zurückgehen.

¹² Zuzüglich der pauschalen Entfernungsfrist von 10 Tagen.

¹³ Vgl. Art. 263 Abs. 6 AEUV.

¹⁴ Vgl. Fn. 10.

¹⁵ Art. 267 AEUV.

¹⁶ Art. 91, Abs. 3 Statut der EU Beamten.

¹⁷ Vgl. B. Wägenbaur, EuZW 2007, 32.1

3. Berechnung der Fristen

Hinsichtlich der Berechnung der Fristen sehen die Satzung bzw. Verfahrensordnungen seit jeher eine ebenso umfangreiche wie umständlich wirkende Regelung vor und hier hätte sich der Gesetzgeber kürzer fassen können: Natürlich ist es Sache des jeweiligen Klägers, den Beginn und damit Ablauf der für ihn maßgeblichen Frist zu berechnen¹⁸. Doch ist die Reihenfolge der einschlägigen Vorschriften der Verfahrensordnungen eher irreführend, da sie *zunächst* die Wochend- bzw. Feiertagsregelung¹⁹ und erst *anschließend* die pauschale Entfernungsfrist von zehn Tagen enthalten²⁰. Dabei gilt in der Praxis die *umgekehrte* Reihenfolge, denn ausweislich der einschlägigen Rechtsprechung ist die pauschale Entfernungsfrist *Teil* der Klage- bzw. Verfahrensfrist²¹. Erst wenn das Ende dieser Frist auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag fällt endet die Frist mit dem Ablauf des nächstfolgenden Werktags²². Zumindest die Novelle der Verfahrensordnung des EuGH hätte sich angeboten, diese irreführende Sequenz zu berichtigen, was indes nicht der Fall ist²³. Jedenfalls hätte die Regelung kürzer ausfallen können, da die pauschale Entfernungsfrist im Zeitalter moderner Kommunikationsmittel, darunter e-Curia (vgl. nachfolgend) überflüssig geworden ist. Dennoch blieb der Vorschlag aus dem Jahr 2011, diese Frist aus der Satzung des EuGH zu streichen, erfolglos – bisher jedenfalls.

4. Übermittlung von Schriftstücken

Nach derzeitiger Rechtslage muss jede Partei dafür sorgen, dass das betreffende Schriftstück innerhalb der jeweiligen Frist in Luxemburg ankommt. Jede Sendung *reist mithin* auf Gefahr des Absenders, der sich im Falle von Verzögerungen bei der Übermittlung dann ggf. mit Rechtsfiguren wie „Zufall“, „höhere Gewalt“ bzw. „entschuldbarer Irrtum“ auseinandersetzen muss. Dabei wäre es für die Parteien doch so viel einfacher, wenn sie lediglich nachweisen müssten, dass sie den jeweiligen Schriftsatz nebst Kopien per Einschreiben bzw. Eilkurier innerhalb der maßgeblichen Frist *abgesandt* haben. Eine solche Regelung gilt z. B. in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht der ILO in Genf.

Einen ersten Schritt in diese Richtung hat der Gesetzgeber mit der Schaffung von e-Curia unternommen²⁴. Bei dieser elektronischen Übermittlung von Schriftstücken via Internet gilt ein Verfahrensstück in dem Zeitpunkt als beim jeweiligen Gericht eingegangen, zu dem die Einreichung dieses Schriftstücks, d. h. des ge-

¹⁸ Dies ist nicht etwa Aufgabe der Kanzlei des jeweiligen EU-Gerichts, wie mancher Kläger meint.

¹⁹ Art. 101, Abs. 2 VerfO EuG; Art. 100 Abs. 2 VerfO EuGÖD.

²⁰ Art. 102, Abs. 2 VerfO EuG; Art. 100 Abs. 3 VerfO EuGÖD.

²¹ Vgl. Confindustria Beschluss.

²² Vgl. EuG, Bschl.v. 19.1.2011 – T-126/00 – Slg. 2001, II-85 – Confindustria U.A. / Kommission.

²³ Vgl. Art. 49 (2) und Art. 51 VerfO EuGH.

²⁴ Vgl. Beschluss des Gerichtshofs vom 13.9.2011 über die Einreichung und die Zustellung von Verfahrensschriftstücken im Wege der Anwendung e-Curia, ABl. C-289/12 vom 1.10.2011, S. 7.

scannten Originals, durch den Prozessvertreter validiert wird. Dies befreit die Partei von der herkömmlichen Übersendung des Originals nebst beglaubigter Kopien. Wenn es aber im Falle von e-Curia für die Wahrung der jeweiligen Frist auf den Zeitpunkt der Übermittlung ankommt, so ist nicht einzusehen, warum eine analoge Regelung nicht auch bei der „klassischen“ und bislang mit e-Curia koexistierenden Übermittlung, d. h. dem Übersenden des Originals nebst beglaubigter Kopien, gelten soll. Es ist zwar gewiss legitim, einen Anreiz zugunsten der Nutzung von e-Curia zu schaffen, doch dürfte dies nur jene Prozessvertreter überzeugen, die regelmäßig vor den EU-Gerichten auftreten und damit ohnehin bereits quasi überzeugt sind, – während die vielen anderen auch weiterhin mit den Bürden der konventionellen Übermittlung von Schriftsätzen leben müssen.

5. Begrenzung des Umfangs von Schriftsätzen

Was viele Studenten bei der Abfassung von Haus- bzw. Diplomarbeiten gewohnt sind, stößt bei vielen Beobachtern bzw. Prozessvertretern vor den EU-Gerichten auf Befremden bzw. offene Kritik. So darf z. B. eine Klageschrift bzw. Klagebeantwortung in Verfahren vor dem EuG 50 Seiten nicht überschreiten, Erwiderung und Gegenerwiderung sind auf 25 Seiten begrenzt und im Falle eines Rechtsmittels bzw. einer Rechtsmittelbeantwortung sind es gar nur 15 Seiten²⁵. Dem wird entgegengehalten, es handle sich um eine Begrenzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, denn es sei eben nicht möglich, sich mittels 50 Seiten z. B. gegen Kartellrecht- oder Beihilfeentscheidungen zu verteidigen, die ggf. hunderte von Seiten umfassen²⁶, was auch dem Prinzip der Waffengleichheit zuwiderlaufen würde²⁷.

Auf den ersten Blick klingt dies durchaus überzeugend, doch handelt es sich wirklich um eine rigide Obergrenze, wie dies in den verschiedenen Kritiken an klingt? Bei dieser Debatte kann man zunächst einmal nicht völlig ausblenden, dass eine solche Quotenregelung für viele Praktiker bereits deshalb ein Stein des Anstoßes sein dürfte, weil sie ggf. und je nach Tätigkeitsschwerpunkt eine klare Inzidenz auf ihr Honorarvolumen hat. Dies vorweggeschickt – und ohne dabei zu suggerieren, dass diese wirtschaftlichen Interessen die rechtliche Debatte zwangsläufig verfälschen – gilt es in der Sache zwischen dem Prinzip einer Seitenbeschränkung und deren Modalitäten zu unterscheiden, und dies je nach gerichtlicher Instanz:

Vom *Prinzip* her wird man eine Beschränkung der Seitenzahlen nur schwer in Frage stellen können, da der Anspruch auf rechtliches Gehör der betreffenden Partei wohl kaum ein Recht verleiht, den Umfang dieses Anspruchs unilateral und damit quasi nach Belieben zu definieren. Mit anderen Worten, es kann einer Partei nicht vollständig überlassen bleiben, zu entscheiden wie viele Seiten ihre jeweiligen Schriftsätze umfassen sollen. Denn der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zwangsläufig Teil einer Gleichung, deren Schwierigkeit darin besteht, die Rechte

²⁵ Vgl. die „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“.

²⁶ Vgl. U. Karpenstein/C. Eckert, aaO, S. 249.

²⁷ Vgl. U. Soltész, EuZW 2013, 602.

der Kläger mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör anderer Parteien, der Arbeitsbelastung des jeweiligen Gerichts und schließlich dem konvergierenden Interesse aller Beteiligten an einer rechtsstaatlich vertretbaren Verfahrensdauer miteinander in Einklang zu bringen.

Wer dennoch meint, die Existenz einer Seitenbegrenzung hinterfragen zu müssen, sollte bedenken, wie es hierzu kam: In einer ganzen Reihe von erstinstanzlichen Verfahren gegen Wettbewerbs- bzw. Fusionskontroll-Entscheidungen erreichten die Klageschriften immer wieder völlig außergewöhnliche und bisweilen epische Proportionen. Ein besonders krasses Beispiel bildet dabei z. B. die aus der Zeit vor der Seitenbeschränkung stammende Rs. *Atlantic Container Line und andere/Kommission*²⁸, in der jede der vier Klageschriften ca. 500 Seiten umfasste, nebst ca. 100 Aktenordnern Anlagen. Dies hielt das EuG für missbräuchlich und verurteilte die Kläger zur Tragung ihrer eigenen Kosten, – obwohl sie obsiegt hatten. Zugleich war klar, dass solche Sanktionen, gegen die kein Rechtsmittel statthaft ist²⁹, nur in extremen Fällen in Frage kommen, und damit kein wirksames Instrument darstellen, um den Umfang von Schriftsätzen angemessen und unter Wahrung des Gleichheitsgrundsatzes zu begrenzen.

Wann aber ist der Umfang eines Schriftsatzes im Sinne des Anspruchs auf rechtliches Gehör „angemessen“? Dieses allgemeine Rechtsprinzip impliziert jedenfalls, dass die Seitenbegrenzung nicht starr sein darf, was übrigens auch das Prinzip der Gleichbehandlung, wonach ungleiches ungleich zu behandeln ist, gebietet. Betrachtet man die in Verfahren vor dem EuG geltenden Vorschriften, so fällt auf, dass die einschlägigen Regeln keineswegs so starr sind, wie dies gelegentlich hingestellt wird³⁰. Gemäß Ziffer 15 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“ gelten die darin bestimmten „Obergrenzen“³¹. Indes bestimmt Ziff. 16, dass diese Obergrenzen in Fällen überschritten werden dürfen, „die in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besonders komplex sind“³². In Verfahren vor dem EuGÖD gilt ein analoges Regel-Ausnahme-Prinzip, jedoch mit niedrigeren Seitenzahlen³³. Somit erlaubt der derzeit vor dem EuG (bzw. EuGÖD) geltende rechtliche Rahmen durchaus eine Differenzierung nach den jeweiligen Gegebenheiten des Falles, wenn z. B. die angegriffene Entscheidung besonders umfangreich ist und/oder die Tatsachen- bzw. Rechtsfragen besonders komplex sind.

Die Möglichkeit, eine Ausnahme zu erhalten beantwortet indes nicht die Frage ob die grundsätzlich geltende „Obergrenze“ von 50 Seiten für Klageschriften in einem angemessenen Verhältnis zum Anspruch auf rechtliches Gehör steht. Eine

²⁸ EuG, Urt. v. 30.9.2003 – verb.Rs. T-191, 2012–214/98 – *Atlantic Container Line U.A. / Kommission*, Slg. 2003, S. II-3275.

²⁹ Art. 58 Abs. 2 Satzung EuGH.

³⁰ In diesem Sinne *U. Soltész*, *EuZW* 2013, 601, 602.

³¹ 50 Seiten für eine Klage bzw. Klagebeantwortung; 25 Seiten für eine Erwiderung bzw. Gegenerwiderung; 20 Seiten in Rechtssachen des geistigen Eigentums, 15 Seiten für ein Rechtsmittel und die Rechtsmittelbeantwortung, usw.

³² Eine analoge Vorschrift gilt in Verfahren vor dem EuGÖD, vgl. Ziffer 12 bzw. 32 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien“.

³³ Vgl. Ziffern 12 und 32 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien zum Verfahren vor dem Gericht für den öffentlichen Dienst der Europäischen Union“.

einfache Antwort ist hier schon deshalb ausgeschlossen, weil einerseits hinsichtlich des Umfangs und Inhalts der angegriffenen Rechtsakte eine beachtliche Bandbreite besteht und andererseits die Schaffung sektorenspezifischer „Obergrenzen“ kaum in Betracht kommt. Die Frage der Gewähr eines effektiven Rechtsschutzes bzw. der Wahrung des rechtlichen Gehörs stellt sich jedoch spätestens dann, wenn die angegriffene Entscheidung z. B. 190³⁴, 215³⁵, 256³⁶ oder gar 296 Seiten³⁷ umfasst und/oder der individuelle Streitwert dutzende oder gar hunderte Mio. € beträgt³⁸. In einer solchen Situation sind 50 Seiten bereits auf den ersten Blick nicht angemessen, zumal die Parteien diese Begrenzung nicht mittels der Anlagen des jeweiligen Schriftsatzes³⁹ umgehen dürfen. Denn nach ständiger Rechtsprechung ist es nicht Sache des EuG, z. B. die Klagegründe, auf die sich die Klage möglicherweise stützen lässt, in den Anlagen zu suchen und zu bestimmen, denn die Anlagen haben eine bloße Beweis- und Hilfsfunktion⁴⁰.

Für eine großzügigere „Obergrenze“ in Verfahren vor dem EuG spricht im Übrigen auch die durch das EuGÖD eingeführte Seitenzahlbegrenzung. Hier darf eine Klage grundsätzlich maximal 30 Seiten umfassen, obwohl viele streitige Entscheidungen nicht länger als 2 bis 3 Seiten sind und sich der Streitwert mit jenen in Verfahren vor dem EuG oftmals in keiner Weise vergleichen lässt. Zugleich dürfte sich das Risiko, dass mit einer solchen Anhebung der Umfang *aller* Klageschriften inflationär werden könnte, in Grenzen halten.

Widmet man sich der in Ziffer 16 der „Praktischen Anweisungen für die Parteien vor dem Gericht“ vorgesehenen Ausnahme, so fällt als erstes auf, dass diese Vorschrift die Frage, *wie* man in den Genuss einer Ausnahme kommt, nicht regelt. Erkennbar ist, dass das EuG solche Ausnahmen nicht von Amts wegen gewähren kann und die Parteien im Übrigen kein subjektives Recht auf einen positiven Bescheid haben. Fakt bleibt jedenfalls, dass es damit jeder Partei unbenommen bleibt, ggf. die Gründe für das Überschreiten der jeweiligen Seitenbegrenzung entweder im Wege eines vorherigen Antrags oder in einem Begleitschreiben zum Schriftsatz detailliert darzulegen.

Womit man bei der Frage wäre, wie das EuG dieses Regel-Ausnahme-Prinzip in der Praxis handhabt. Leider gibt es hierzu keine öffentliche Statistik und vor allem muss man auch damit leben, dass die derzeit geltende Begrenzung auf 50 Seiten jeder Ausnahme faktisch gewisse Grenzen setzt, – ganz gleich wie ausführlich und überzeugend der jeweilige Antrag begründet ist. Andernfalls würde die Ausnahme den Grundsatz ad absurdum führen. Mithin lässt sich die limitative

³⁴ Entscheidung v. 12.11.2009, COMP/39.125 (Carglass).

³⁵ Entscheidung v. 11.11.2009, COMP/38.589 (Wärmestabilisatoren).

³⁶ Entscheidung v. 17.12.2002, COMP/37.956 (Betonstahl).

³⁷ Entscheidung v. 30.6.2010, COMP/38.344 (Spannstahl).

³⁸ Die Länge der resultierenden Urteile (vgl. hierzu z. B. J. Schwarze, EUR 2009, S. 717, 720) ist zwar bei dieser Diskussion nicht direkt relevant, kann aber auch nicht völlig unberücksichtigt bleiben.

³⁹ Hinsichtlich derer keine Seitenbegrenzung gilt.

⁴⁰ Vgl. z. B. EuG, Urt. v. 7.11.1997 – T-84/96 – Slg. II-2081, Rdnr. 34 – Cipeke/Kommission.

Wirkung der grundsätzlichen Seitenbegrenzung nicht oder nur bedingt durch eine großzügige Ausnahmenpraxis entschärfen.

Schließlich bleibt die Frage, wie eng sich die EU-Gerichte an die eigenen Vorschriften halten? Bemerkenswert ist, dass das EuG kürzlich z. B. zwei Rechtsmittelschriften zuließ, obwohl sie mit jeweils ca. 90 Seiten die insoweit geltende grundsätzliche Obergrenze von 15 Seiten gleich um ein Vielfaches überschritten, und nachdem der Rechtsmittelführer die Anweisung des Gerichts, sein Rechtsmittel zu kürzen, unter Hinweis auf seinen Anspruch auf rechtliches Gehör ignoriert hatte⁴¹. Die Quote von 15 Seiten ist gewiss eher knapp bemessen, doch illustriert dieses für den Rechtsmittelkläger scheinbar positiv verlaufene – aber in dieser extremen Form keineswegs nachahmenswerte Tauziehen –, dass das EuG hier die eigenen Regeln letztlich negiert hat⁴². Auch wäre ein entsprechend umfangreiches Rechtsmittel einer Institution wohl kaum durchgewunken worden. So wurde z. B. der Kommission eine beim EuG eingereichte Rechtsmittelschrift zurückgeschickt, weil sie die Obergrenze von 15 Seiten um ganze 3 Seiten überschritt und obwohl die Rechtsmittelklägerin dies schriftlich begründet hatte⁴³. Vor diesem Hintergrund kommt man nicht um die Frage umhin, ob gewährleistet ist, dass das EuG *insoweit* nicht mit zweierlei Maß misst⁴⁴?

Im Falle des EuGH gelten nach derzeitiger Rechtslage keine verbindlichen Obergrenzen mit Ausnahmemöglichkeit, sondern „Sollvorschriften“, die nach Art der Schriftsätze unterscheiden⁴⁵. Darüber hinaus kann der Präsident die Seitenanzahl und den Gegenstand einer Erwiderung bzw. Gegenerwiderung eines Rechtsmittels⁴⁶ bzw. eines Anschlussrechtsmittels⁴⁷ begrenzen, – eine im Vergleich zu Höchstgrenzen weniger einschneidende Regelung, die jedoch für die jeweilige Partei im Gegenzug wenig vorhersehbar ist.

Allerdings kann der EuGH gemäß Art. 58 n. F. der Verfahrensordnung im Wege eines im Amtsblatt zu veröffentlichenden Beschlusses „die maximale Länge der Schriftsätze oder Erklärungen festlegen, die bei ihm eingereicht werden.“ Macht der Gerichtshof von dieser Möglichkeit Gebrauch, was bisher nicht der Fall ist, so sollte es sich jedenfalls nicht um „starre“ Obergrenzen handeln, sondern vielmehr um ein Regel-Ausnahme-Prinzip, ähnlich wie es vor dem EuG und dem EuGÖD gilt. Denn auch in Verfahren vor dem Gerichtshof dürfen die Parteien selbstverständlich nicht daran gehindert werden, komplizierte Sachverhalte bzw. komplexe Rechtsfragen angemessen darzustellen. Dabei dürfte es zumindest gegenüber Mitgliedstaaten politisch delikater sein, allzu starre bzw. strenge Höchstgrenzen festzusetzen.

⁴¹ Vgl. EuG, Urt. v. 13.12.2012 – T-199/11 P, Strack/Kommission (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

⁴² Allerdings legte es dem Rechtsmittelführer Gerichtskosten in Höhe von je 2.000 € auf – eine Premiere in der über zwanzig jährigen Geschichte des EuG.

⁴³ Vgl. EuG, Urt. v. 12.5.2010 – T-560/08 P – Slg. II-1739, – Meierhofer.

⁴⁴ Womit also nicht behauptet wird, dass dies eine generelle Praxis des EuG ist.

⁴⁵ Vgl. z. B. Ziffern 44, 46 und 47 der „Praktischen Anweisungen für Klagen und Rechtsmittel“.

⁴⁶ Art. 175, Abs. 2, VerfO EuGH.

⁴⁷ Art. 180, Abs. 2, VerfO EuGH.

6. Kostenfestsetzung

Der Kostentenor der Urteile bzw. Beschlüsse verspricht bekanntlich mehr als er zu halten vermag, denn der Schuldner trägt letztlich nur jene Kosten des Verfahrens, die als „notwendig“ erachtet werden. Idealerweise einigen sich die Parteien hierüber gütlich, andernfalls müssen die Gerichte ggf. die Kosten festsetzen. Die Regeln der Kostenfestsetzung sind zwar dank der umfassenden Kasuistik, allen voran jener des EuG und des EuGÖD, weitgehend geklärt, doch bleibt deren Anwendung eine sehr approximative Wissenschaft. Nach ständiger Rechtsprechung brauchen die EU-Gerichte im Rahmen der Kostenfestsetzung weder eine nationale Gebührenordnung für Anwälte noch eine etwaige Honorarvereinbarung zwischen der Partei und ihrem Anwalt zu berücksichtigen⁴⁸. Gleichwohl stellt sich die Frage, wie weit sich die Richter bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Honorare und Kosten von den ökonomischen Realitäten entfernen dürfen. Die Anzahl der von Anwälten in einer bestimmten Rechtssache für die Schriftsätze, mündliche Verhandlung etc. geleisteten Stunden lässt sich, wenn auch mit einem unvermeidlichen Quantum an Theorie, immerhin annähernd einschätzen. Anders verhalten sich die Dinge hingegen z. B. hinsichtlich der Höhe des Stundensatzes. Die Praxis des EuG (sowie des EuGÖD) die Notwendigkeit der Höhe des Stundensatzes im Lichte der jeweiligen Rechtsmaterie und dem Erfahrungsgrad des Anwalts zu beurteilen, lässt den Umstand außer Acht, dass sich die Stundensätze auch und ggf. vor allem nach den Unkosten einer Kanzlei richten. Wenn aber Klagen gegen Entscheidungen z. B. im Bereich des Kartellrechts bzw. der Fusionskontrolle nur von großen bzw. mittelgroßen Kanzleien zu bewältigen sind, die über die entsprechenden logistischen Mittel verfügen, so sind die dementsprechenden Stundensätze notwendig, vorausgesetzt, dass sie sich im Bereich des marktüblichen bewegen. Mit anderen Worten, beantwortet der Richter die konkrete Frage der Notwendigkeit eines Stundensatzes nicht mittels einer Fiktion, wann immer er nur einen Teil eines Stundensatzes für notwendig erklärt, sofern die Partei beweisen kann, dass er marktüblich ist?

7. Gerichtskosten

a) Kostenlose Justiz?

In Verfahren vor den Gerichten der EU werden keine Gerichtskosten in Rechnung gestellt⁴⁹ und in Vorabentscheidungsersuchen entscheidet hierüber das jeweilige nationale Gericht. Ersteres ist eine aus heutiger Sicht überaus großzügige Regelung, über deren Grund man indes nur spekulieren kann. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber den Zugang zu der neugeschaffenen Gerichtsstanz EuGH soweit wie möglich erleichtern und damit bürgerfreundlich gestalten? Die heutigen Realitäten werfen indes die Frage auf, ob das Prinzip der völligen Kostenfreiheit für das Beschreiten des Rechtsweges vor den EU-Gerichten noch zu

⁴⁸ EuGÖD, Beschl. v. 22.3.2012 – F-5/08 – R.dnr. 22 – Brune.

⁴⁹ Vgl. Art. 143 VerFO EuGH; Art. 90 VerFO EuG; Art. 94 VerFO EUGÖD.

halten ist, wobei sich diese Frage in erster Linie für Klagen vor dem EuG stellt. Denn im Gegensatz zu den frühen Tagen des EuGH ist die Zahl der Klagen in Kartell-, Fusionskontroll- bzw. Beihilfeverfahren, wie auch der Umfang der entsprechenden Kommissions-Entscheidungen, im Laufe der Jahre erheblich gewachsen und damit einhergehend der Kosten- und Zeitaufwand für das EuG. Der Kostenfaktor dürfte in Zukunft übrigens noch einmal kräftig ansteigen, wenn es zu der im Jahr 2011 vorgeschlagenen Erhöhung der Anzahl an Richtern am EuG von seinerzeit 27⁵⁰ auf 39⁵¹ kommen sollte⁵². Doch wie kann die Europäische Union der europäischen Öffentlichkeit auf Dauer – zumal in Krisenzeiten – vermitteln, dass sich Unternehmen bei Klagen, deren Gesamtstreitwert gelegentlich mehrere hundert Millionen € beträgt oder gar über einer Milliarde €⁵³ liegt, in erster und ggf. zweiter Instanz mit *keinem* Cent an den Kosten der jeweiligen Gerichtsbarkeit⁵⁴ beteiligen müssen, gleichzeitig aber erhebliche Summen, ggf. etliche Millionen €, für ihre Anwälte ausgeben? Um es auf den Punkt zu bringen: Im Falle von rechtskräftig abgewiesenen Kartell-Klagen gehen die Gerichtskosten vollständig zu Lasten des Gemeinschaftshaushalts⁵⁵ und damit eben auch auf Rechnung der Steuerzahler, die zuvor ggf. bereits die finanziellen Konsequenzen jenes wettbewerbswidrigen Verhaltens tragen mussten, z. B. in Gestalt von – über Jahre bzw. ggf. Jahrzehnte hinweg – überteuerten Produkten. Vollends absurd wird die Situation, wenn es sich um in Drittstaaten ansässige Kläger handelt, die in der EU entweder nur geringe oder keinerlei Steuern zahlen. Es ist daher an der Zeit, eine Regelung über Gerichtskosten in Verfahren vor dem EuG zu schaffen, wobei freilich den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit gebührend Rechnung zu tragen ist. Die gleiche Frage stellt sich im Prinzip hinsichtlich von Rechtsmitteln vor dem EuGH, nicht oder nur in sehr viel geringerem Maße hingegen in Verfahren vor dem EuGÖD, schon weil der Streitwert in Personalfällen vergleichsweise gering ist.

b) Missbräuche

Wer den Rechtsweg vor den EU-Gerichten missbraucht, indem er ohne angemessenen Grund oder böswillig klagt, geht das Risiko ein, die eigenen bzw. ggf. gegnerischen Anwaltskosten tragen zu müssen⁵⁶, jedenfalls soweit sie für das jeweilige Verfahren notwendig waren⁵⁷. Eine Beteiligung an den Gerichtskosten bleibt den Parteien indes nach der derzeitigen Regelung selbst im Falle eines erwiesenen Missbrauchs weitgehend erspart: Einzig die Verfahrensordnung des EuGÖD sieht

⁵⁰ Und derzeit 28.

⁵¹ Bzw. 40.

⁵² Die Nettobelastung beträgt ca. 13 Mio. €, vgl. R. Müller, FAZ v. 2.8.2011.

⁵³ Vgl. z. B. die den Gegenstand der Rs. T-92/13, Philips/Kommission bildende Kommissionsentscheidung.

⁵⁴ Nur am Rande sei erwähnt, dass Klageverfahren auch ganz erhebliche Übersetzungs- bzw. Dolmetscherkosten verursachen.

⁵⁵ Der im Jahr 2013 mit über 310 Mio. € zur Finanzierung des Europäischen Gerichtshofs, d. h. als Institution, beiträgt.

⁵⁶ Vgl. z. B. Art. 87 Abs. 3 VerfÖ EuG.

⁵⁷ Vgl. z. B. Art. 92 VerfÖ EUGÖD.

vor⁵⁸, dass Kosten, die vermeidbar gewesen wären, insbesondere im Fall einer offensichtlich missbräuchlichen Klage, der betreffenden Partei auferlegt werden können, und zwar bis zu einem Höchstbetrag von 2.000 €. Demgegenüber kann das EuG „Kosten, die vermeidbar gewesen wären, der Partei auferlegen, die sie veranlasst hat“⁵⁹. Im Falle des EuGÖD kann man sich fragen, ob diese Sanktion geeignet ist, Viel- bzw. Dauerkläger, die mit immer neuen und sich wiederholenden manifest unzulässigen bzw. unbegründeten Klagen aufwarten, zur Vernunft zu bringen. Es wäre daher angezeigt, den Höchstbetrag deutlich zu erhöhen, was bereits als solches eine abschreckende Wirkung haben sollte.

Das EuG hat jüngst zum ersten Mal in seiner Geschichte Gerichtskosten wegen missbräuchlich eingelegten Rechtsmitteln erhoben, und zwar weil der Rechtsmittelführer die Höchstanzahl an Seiten nicht nur um ein Vielfaches überschritten hatte, sondern sich nachhaltig weigerte, sein Rechtsmittel zu kürzen⁶⁰. Da die Verfahrensordnung des EuG jedoch insoweit keinerlei Betrag vorsieht hat es sich an der Verfahrensordnung des EuGÖD orientiert. Der Gesetzgeber könnte diese Fälle mithin zum Anlass nehmen, um in der VerfO EuG eine ausdrückliche Höchstgrenze vorzusehen. Allerdings wäre auch hier eine strengere Regelung als der Maximalbetrag von 2.000 € vorzusehen. Solche Maßnahmen dürften dazu beitragen, dass sich manche Kläger bzw. Rechtsmittelkläger, die in ihren Schriftsätzen nicht nur zu epischer Breite neigen, sondern auch die richterlichen Hinweise ignorieren, zukünftig kürzer fassen.

IV. Schlussbetrachtung

Dank der sukzessiven Reformen des materiellen und formellen EU-Prozessrechts verfügt die EU heute über ein Rechtsschutzsystem, das auf internationaler Ebene seinesgleichen sucht. Auch das stete Bemühen um eine mit der Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes im Einklang stehenden Verfahrensbeschleunigung trägt seine Früchte: Wie der Jahresbericht des EuGH für 2012 zu Recht betont, ist die durchschnittliche Verfahrensdauer von Vorabentscheidungsverfahren gegenwärtig so kurz wie seit Ende der achtziger Jahre nicht mehr. Dieser Trend gilt auch für Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH⁶¹. Immer noch zu lang dauern indes erstinstanzliche Verfahren im Bereich des Wettbewerbsrechts, mit derzeit 48 Monaten (2012). Vor diesem Hintergrund ist es gewiss verständlich, dass das EuG bestrebt ist, die Länge der Schriftsätze für alle Parteien gleichermaßen zu begrenzen. Allerdings ist dies kein Allheilmittel gegen die derzeitige Arbeitsbelastung des EuG, wie der Vorschlag, zwölf weitere Richter zu ernennen, verdeutlicht. Es ist daher an der Zeit, das durch diesen Vorschlag entfachte politische Gerangel zu be-

⁵⁸ Art. 94a VerfO EuGÖD

⁵⁹ Art. 90a VerfO EuG.

⁶⁰ Vgl. EuG, Urt. v. 13.12.2012, Rs. T-199/11 P, – Strack/Kommission –, und EuG, Urt. v. 13.12.2012, – T-197/11 P et T-198/11 P, – Strack/Kommission.

⁶¹ 18,4 Monate im Jahr 2008 und 15,3 Monate im Jahr 2012.

enden und dem EuG endlich jene personelle Ausstattung zu Teil werden zu lassen, die es benötigt, um seinen Aufgaben gerecht zu werden. Wenn damit auch das Prinzip einer Seitenbegrenzung der Schriftsätze nicht entfällt, so sollte dies doch den Weg für eine großzügigere Regelung ebnen.