

Vorwort

Vor allem in der Zeit der Jahre 1996 bis 2001 hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR) eine Reihe von Urteilen erlassen, in denen das Institut der Generalanwälte bzw. Staatsanwälte bei den höchsten Gerichtshöfen mancher europäischer Staaten an den Maßstäben des Art. 6 I der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Menschenrechtskonvention bzw. EMRK) geprüft wurde.

Das Ziel dieser Magisterarbeit ist zu prüfen, ob diese EGMR-Rechtssprechung auf die Generalanwälte beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Gerichtshof bzw. EuGH), bzw. beim Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (Gericht erster Instanz bzw. EuG) übertragen werden kann. Dieser Prüfung liegt eine Analyse der relevanten Entscheidungen des EGMR, einer Entscheidung des EuGH und einer Entscheidung des französischen *Conseil d'Etat* zugrunde. Als weitere Voraussetzung einer solchen Prüfung werden auch die Stellung und die Rolle der Generalanwälte beim EuGH und beim EuG schwerpunktmäßig behandelt.

Mein herzlicher Dank für die Anregung des Themas dieser Magisterarbeit, für ihre Betreuung, und für die Unterstützung bei ihrer Erstellung gilt Herrn Universitätsprofessor Dr. Helmut Lecheler.

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	3
I. Der EuGH und der EGMR aus europäischer Perspektive	5
II. Das Verhältnis der EG/EU zum Europarat	7
III. Die <i>Vermeulen</i> -Rechtssprechung des EGMR	10
1. Das Urteil <i>Borgers</i>	10
2. Das Urteil <i>Vermeulen</i>	12
3. Das Urteil <i>Lobo Machado</i>	13
4. Das Urteil <i>Reinhardt und Slimane Kaïd</i>	15
IV. Andere wichtige Entscheidungen	17
1. Das Urteil <i>Mme. Esclatine</i>	17
2. Das Urteil <i>Kress</i>	18
3. Der <i>Emesa</i> -Beschluss des EuGH	23
V. Die Generalanwälte bei dem EuGH und bei dem EuG	27
1. Die Stellung der Generalanwälte beim EuGH und beim EuG	27
2. Die Rolle der Generalanwälte beim EuGH und beim EuG	29
3. Die Natur der Schlussanträge der Generalanwälte	31
VI. Die Übertragbarkeit der <i>Vermeulen</i> -Rechtssprechung auf das Unionsrecht	33
1. Die Unmöglichkeit, auf die Schlussanträge zu erwidern	35
2. Die Nichtteilnahme der Generalanwälte an den Gerichtsberatungen	39
Schlusswort	40
Literaturverzeichnis	41
Versicherung zur Magisterarbeit	44

Einleitung

Nach Art. 6 I S. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention hat jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess, d. h. darauf, dass seine Sache in billiger Weise öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird, und zwar vor einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder über die Stichhaltigkeit der gegen ihn erhobenen strafrechtlichen Anklage zu entscheiden hat.

Die Urteile des EGMR zum Institut der Generalanwälte bzw. Staatsanwälte bei den höchsten Gerichtshöfen einiger europäischer Staaten, vor allem in den Rechtssachen *Borgers*, *Lobo Machado*, *Vermeulen*, und *Reinhardt und Slimane Kaïd*, (die genauen Fundstellen sind in den entsprechenden Kapiteln angeführt) stellen eine ständige Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs zu dieser Vorschrift dar. Nach dieser sog. *Vermeulen*-Rechtsprechung müssen die Parteien in einem Rechtsstreit die Möglichkeit haben, jedes Schriftstück oder jeden Vortrag, die einem Gericht unterbreitet werden, zur Kenntnis zu nehmen und darauf zu erwidern, auch dann, wenn diese von einem unabhängigen Justizbeamten (*un magistrat indépendant*) stammen.

Da die Regelung zum Institut der Generalanwälte beim EuGH durch manche nationalen Rechtsordnungen, vor allem aber durch die Bestimmungen bezüglich des Regierungskommissars (*le commissaire du gouvernement*) des Französischen *Conseil d'Etat* inspiriert worden ist, ist in letzter Zeit „...im Anschluss an die EGMR-Rechtsprechung unter diesem Gesichtspunkt die Position der Generalanwälte beim EuGH fraglich geworden, die dem Gerichtshof zum Abschluss der Verhandlungen über eine Rechtssache öffentlich einen zwar nicht verbindlichen, aber doch vielfach richtungsweisenden Entscheidungsvorschlag unterbreiten...“¹

¹ *Gundel*, Verfahrensgrundrechte, 2003, S. 434

Es ist also fraglich, ob diese EGMR-Rechtssprechung auf das institutionelle Recht und auf das Prozessrecht der EG (künftig der EU) übertragbar ist. Diese Übertragbarkeit wird in dieser Magisterarbeit vor allem auf der Grundlage der im Bezug auf die Französische Republik ergangenen Entscheidungen des EGMR, sowie des sog. *Emesa*-Beschlusses des EuGH geprüft. Das Ergebnis hängt vor allem davon ab, ob die Stellung der Generalanwälte beim EuGH und die Ausgestaltung ihrer Rechte und Pflichten im Wesentlichen denen der Generalanwälte bzw. des Regierungskommissars in den betroffenen nationalen Rechtsordnungen entsprechen.

Auf die Probleme im Verhältnis der beiden europäischen Gerichtshöfe sowie des eventuellen Beitritts der EG/EU zur EMRK kann aus Platzgründen leider nur kurz (auf die Frage der Einflüsse der behandelten Rechtssprechung auf die betroffenen nationalen Rechtsordnungen gar nicht) eingegangen werden.²

² Zum letzteren Thema z. B.: *Bonnet*, AJDA 2003, S. 323 – 326

I. Der EuGH und der EGMR aus europäischer Perspektive

Der EuGH und der EGMR haben auf einer Seite eine gemeinsame „...pan-European mission and perspective, reinforced by their composition as comparative law institutions with Judges from all the legal systems represented by their Member States...“, ³ und der Hauptzweck der EG- und EU-Verträge wie auch der EMRK „...n'est pas de régir des rapports interétatiques ni même seulement transnationaux... mais des rapports internes, dans des matières considérées comme présentant un intérêt fondamental pour la communauté internationale, générale ou régionale.“⁴

Nach Art. 32 I EMRK n. F. ist der EGMR für alle Angelegenheiten zuständig, die die Auslegung und Anwendung dieser Konvention und der Protokolle dazu betreffen und mit denen er nach Artikel 33, 34 und 47 EMRK befasst wird.

Eine ähnliche Regelung ist im Art. 220 EG enthalten, wonach der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags sichern sollen. Außerdem ist der EuGH aufgrund Art. 46 d) EU zuständig, Handlungen der Organe der Union aus der Sicht des Art. 6 II EU, d.h. die Achtung der Grundrechte, zu überwachen, soweit sich seine Zuständigkeit aus dem EG-, EA- oder EU-Vertrag ergibt.

Trotzdem haben die Rechtssysteme, in denen sich der EuGH und EGMR bewegen, wesentliche Unterschiede: Das vom EGMR überwachte System der EMRK „...ne peut-elle être décrite, au même titre que le droit communautaire, comme un droit *sui generis*.“, weil die Menschenrechtskonvention „...ne dispose pas de la même application directe et uniforme que le droit communautaire, et reste encore soumise au droit international général.“ Eine eventuelle unmittelbare Anwendbarkeit der EMRK „...reste très classiquement tributaire des dispositions nationales relatives aux conditions d'intégration des normes internationales dans l'ordre juridique interne.“⁵

³ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 257

⁴ *Picheral*, L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN, 2001, S. 190

⁵ *Picheral*, L'ORDRE PUBLIC EUROPÉEN, 2001, S. 17, 194

Was die von den beiden Gerichten behandelten Rechtssachen betrifft, „Strasbourg litigation involves almost exclusively actions by private parties against States, mostly brought by individual human beings and not by companies. The few cases which fall outside that template are brought against States by other States. These are precisely the two forms of litigation which are missing from the EC Courts, either deliberately (individuals v. States) or through State practice in not activating Art. 170 EC.“⁶

Durch die Reform des Straßburger Systems durch das 11. Protokoll zur EMRK, das am 1. November 1998 in Kraft trat, wurde das doppelstufige System mit der Kommission als „Filter“ oder „erster Instanz“ aufgehoben und ein einheitliches Gericht eingeführt, das auch die wesentlichen Funktionen der Kommission ausübt. Auch ist die Gerichtsbarkeit des EGMR obligatorisch geworden, wie die des EuGH.

Das bisherige Beiordnungsverhältniss zwischen dem EuG und dem EuGH wurde hingegen durch den Nizza-Vertrag aufgehoben und das EuG als selbstständiges Gericht ausgestaltet (Art. 225 I EG in der Amsterdamer-Fassung).

⁶ *Hunnings*, *The European Courts*, 1996, S. 257

II. Das Verhältnis der EG/EU zum Europarat

Das Verhältnis der Europäischen Gemeinschaft bzw. der Europäischen Union zum Europarat ist nicht nur deswegen wichtig, weil der Beitritt zur EMRK seit den siebziger Jahren mehrmals gefordert wurde. Das Thema dieser Magisterarbeit belegt, dass diese Problematik aus einem weiteren Grund von Bedeutung ist.

Die EG/EU ist weder Mitglied des Europarates, noch ist sie trotz mehrerer Initiativen Vertragspartei der EMRK. Deswegen ist wenigstens die „Selbstbindung“ der EU zur Berücksichtigung der EMRK, wie sie im Art. 6 II EU zum Ausdruck kommt, nach meinem Erachten positiv zu bewerten.

Zwar ist die EMRK für die EG/EU nicht verbindlich, und das „...weder in völkerrechtlicher noch in rein gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht...“⁷, die durch die EMRK gewährleisteten Rechte werden aber in dem Art. 6 II EU gemeinsam mit den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten, den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gleichgestellt.

Da die beiden Gerichtshöfe unabhängig und ohne Über-/Unterordnungsverhältniss nebeneinander stehen, kann es (manchmal ungewollt) zu Rechtssprechungsdivergenzen kommen,⁸ obwohl beiden Gerichtshöfe grundsätzlich bestrebt sind solche Situationen zu vermeiden.⁹ „Dass die „Leitfunktion“ bei der Konkretisierung des europäischen Grundrechtsschutzes grundsätzlich weiterhin dem EGMR überlassen bleibt, wird auch durch die in neuerer Zeit immer häufigeren expliziten Bezugnahmen auf EGMR-Entscheidungen in Urteilen des EuGH deutlich.“¹⁰

⁷ Weiß, Die Europäische Menschenrechtskonvention, der Grundrechtsstandard in der EU und das EG-Kartellverfahren 1997, 254

⁸ Wie im Fall *Hoechst*, Slg. 1989, 2859, in dem der EuGH dem EGMR-Urteil *Chappel* vom 30. 3. 1989, EGMR-Slg. 152-A zur Anwendbarkeit des Art. 8 EMRK auf Geschäftsräume, nicht gefolgt ist.

⁹ So hat sich der EGMR in dem Urteil *Krombach/France* vom 13. 2. 2001, EGMR-Slg. 2001, II-3 bezüglich des Rechts auf einen Verteidiger im Strafverfahren den Wertungen des EuGH in seinem Urteil *Dieter Krombach/André Bamberski* vom 28. 3. 2000, in NJW 2000, S. 1853 angeschlossen

¹⁰ Gundel, NJW 2001, S. 2382

De lege lata besteht keine Kompetenz der EG für den Beitritt zur EMRK. Der EuGH hat sie in seinem Gutachten 2/94¹¹ verneint, da die damit verbundenen Auswirkungen von „verfassungsrechtlicher Dimension“ wären und deswegen über den Rahmen des Ex-Art. 235 EG (jetzt Art. 308 EG) hinaus gingen (Rn. 35).

Die EMRK bedürfte auch einer Änderung, um den Beitritt der EG/EU zu ermöglichen: Nach Art. 59 n. F./Art. 66 I a. F. können der EMRK nur Staaten beitreten, die zugleich Mitglieder des Europarates sind. Da die EG/EU keine dieser Voraussetzungen erfüllen, müsste der Kreis der beitriffähigen Subjekte erweitert werden.

Am 7. 12. 2000 wurde von dem Europäischen Rat in Nizza die Charta Grundrechte der Europäischen Union feierlich proklamiert, bisher nur als unverbindliches Dokument. Die Entwicklung zeigt allerdings, dass sie wahrscheinlich verbindlich wird: Das Präsidium des im Brüssel tagenden Konvents der Europäischen Union hat am 6. 2. 2003 unter der Nummer CONV 528/03 einen Entwurf der Artikel 1-16 des Verfassungsvertrags vorgelegt.¹²

Im Art. 5 I des Entwurfs heißt es: „Die Charta der Grundrechte ist integraler Bestandteil der Verfassung. Die Charta ist [im zweiten Teil dieser Verfassung/in einem dieser Verfassung beigefügten Protokoll] wiedergegeben.“ In der Fußnote zu diesem Absatz wird erläutert, dass die Entscheidung über die in den Klammern angeführten Alternativen beim Konvent liegt. In der aktualisierten Version des Verfassungsentwurfs CONV 724/03 vom 26.5.2003 lautet dieser Absatz: „The Union shall recognise the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights which constitutes the Second Part of this Constitution.“¹³

Gemäß Abs. 2 dieses Artikels kann die Union der EMRK beitreten, wobei der Beitritt die in der künftigen Verfassung festgelegten Zuständigkeiten der Union nicht berühren wird.¹⁴ Somit wäre das Problem der mangelnden Beitrittskompetenz gelöst.

¹¹ EuGH, Slg. 1996, I-1759

¹² In EuGRZ 2003, S. 79 ff.

¹³ Nach der Präsentation des Konvents auf der Internetseite www.europa.eu.int

¹⁴ In der o.g. aktualisierten Version wurde in diesem Absatz die Verbindung „kann...beitreten“ („may accede“) durch die Verbindung „shall seek the accession...“ ersetzt.

Die Verleihung einer expliziten Beitrittskompetenz der Union gibt der Auffassung statt, nach der "...even a legally binding EU Charter will not completely fill the existing lacuna in human rights protection at EU level, as it will not subject the European Community to external control of its human rights performance."¹⁵

Dass sich diese zwei Möglichkeiten gegenseitig nicht ausschliessen, wurde in dem Schrifttum schon zuvor vertreten: „L’adhésion ne s’oppose pas, le moment venu, à l’élaboration d’une charte communautaire des droits fondamentaux. La Convention fournit un standard européen minimum de protection des droits de l’homme et rien n’empêche les parties, et c’est le cas d’un bon nombre d’entre elles, de disposer d’un instrument national spécifique.“¹⁶

¹⁵ *Bulterman*, Human Rights in the Treaty Relations of the European Community, 2001, S. 71

¹⁶ *Jacqué*, L’Adhésion de la Communauté Européenne à la Convention Européenne des Droits de l’Homme, 1993, S. 309

III. Die *Vermeulen*-Rechtssprechung des EGMR

1. Das Urteil *Borgers*

Mit dem Urteil *Borgers* vom 30. 10. 1991¹⁷ hat der EGMR seine bisherige Rechtssprechung *Delcour* vom 17. 01. 1970¹⁸ verlassen und eine Verletzung des Art. 6 I EMRK in dem Verfahren vor dem belgischen Kassationsgerichtshof (*la Cour de cassation*) festgestellt. Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Kassationsgerichtshofs selbst wurden nicht in Frage gestellt.

Das Prinzip der Waffengleichheit und das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens sind dadurch verletzt worden, dass dem Angeklagten in einer Strafsache die Schlussanträge (*les conclusions*) des Generalanwalts (*l'avocat général*) als Beamten der Staatsanwaltschaft (*le ministère public*) nicht bekanntgemacht worden sind und dass er auf diese nicht erwidern konnte. Weil die Schlussanträge des Generalanwalts für den Angeklagten ungünstig waren, hat der EGMR seine Teilnahme an der Beratung des Kassationsgerichtshofs auch als Verstoß gegen Art. 6 I EMRK qualifiziert. Durch die Teilnahme an dieser Beratung soll der Generalanwalt, obgleich nur scheinbar, über eine zusätzliche Möglichkeit verfügt haben, den Kassationsgerichtshof über seine Argumente zu überzeugen.

Seine Entscheidung hat der EGMR vor allem auf die Anscheinstheorie (*la théorie des apparences*) gestützt. „Selon cette théorie résumée par l'adage anglais „*justice must not only be done; it must be seen to be done*“ ..., il ne suffit pas que la justice soit impartiale, encore faut-il que le justitiable ait l'impression que la justice est rendue de manière impartiale.“¹⁹

¹⁷ EGMR Slg. 1991, Serie A, Nr. 214-A

¹⁸ EGMR Slg 1970, Serie A, Nr. 11

¹⁹ *Benoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 730

Nach dieser Theorie, von der die gesamte *Vermeulen*-Rechtssprechung geprägt ist, kann das rechtliche Gehör dadurch beeinträchtigt werden, dass eine Streitpartei in einem unabhängigen Justizbeamten, der in der Verhandlung seine für diese Streitpartei ungünstige Schlussanträge vorgetragen hat, ihren objektiven Gegner sehen kann. Zugleich kann eine solche Streitpartei Ungleichheit empfinden, wenn sie sieht, dass sich derselbe Justizbeamte mit den Richtern zu einer nicht öffentlichen Beratung zurückzieht, wo er - obgleich nur scheinbar - außerhalb eines kontradiktorischen Verfahrens über eine zusätzliche Möglichkeit verfügt, die Richter von seinen Argumente zu überzeugen.

Das Urteil *Borgers* hat also zur Folge, dass „...sans avoir le statut de partie, le ministère public indépendant près d'une Cour suprême doit être assimilé à une partie et ne peut ni avoir la parole en dernier ni assister au délibéré de la formation de jugement.“²⁰

Dieses Urteil ist für die weitere Rechtssprechung des EGMR maßgeblich, auch wenn mehrere EGMR-Richter Minderheitsvoten abgegeben haben. Ihr Leitmotiv ließe sich vereinfacht mit dem Gedanken aus dem Minderheitsvotum des Richters Martens zusammenfassen: „...la Cour a omis d'indiquer *clairement et de manière convaincante* pourquoi elle s'écartait de l'arrêt *Delcourt*.“²¹ Obwohl sich der EGMR auf die „importance attribué aux apparences et à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice“ gestützt hat,²² belegt er diese gestiegene Empfindlichkeit nicht durch objektiv nachprüfbaren Fakten.

Dagegen hat sich der EGMR in dem Urteil *Delcour* mit den Anscheinen (*les apparences*) umfassend auseinandergesetzt: Zwar könne eine Streitpartei über die Unparteilichkeit des Generalanwalts zweifeln, aber die Anscheine „...ne suffisent cependant pas à établir l'existence d'une atteinte au droit à un procès équitable. En regardant au-delà des apparences, la Cour n'aperçoit aucune réalité contraire à ce droit.“²³

²⁰ *Rolin*, AJDA 1999, S. 73

²¹ Zitiert nach EGMR Slg. 1991, Serie A, Nr. 214-A, S. 48, Rn. 3.10

²² EGMR Slg. 1991, Serie A, Nr. 214-A, S. 31, Rn. 24

²³ EGMR Slg. 1970, Serie A, Nr. 11, S. 17, Rn. 31

Der EGMR hat in dem Urteil *Delcour* einstimmig festgestellt, dass das Verfahren vor dem belgischen Kassationsgerichtshof den Anforderungen des rechtlichen Gehörs entspricht: „L'article 6 de la Convention n'exige pas, fût-ce par implication, qu'un accusé ait la faculté de répondre aux conclusions purement juridiques d'un magistrat indépendant, attaché à la cour suprême de Belgique en qualité d'auxiliaire et de conseiller.“²⁴

2. Das Urteil *Vermeulen*

Mit dem Urteil *Vermeulen* vom 20. 2. 1996²⁵ wurde die Rechtssprechung *Borgers* auf Verfahren in zivilen Rechtsachen erweitert, da es sich um eine Verletzung des Art. 6 I der EMRK vor dem belgischen Kassationsgerichtshof unter fast denselben Bedingungen handelte. Der Straßburger Gerichtshof sah deswegen keinen Grund für eine andere Beurteilung der Sache.

Der Beschwerdeführer sah die Verletzung des Rechts auf einen fairen Prozess darin, dass er weder die Gelegenheit hatte, auf die Schlussanträge des Generalanwalts zu erwidern, noch an der mündlichen Verhandlung als letzter zu sprechen. Außerdem hat er die Teilnahme des Generalanwalts an der Beratung des Kassationsgerichtshofs angefochten.

Laut der belgischen Regierung ist der Generalanwalt als Vertreter der Staatsanwaltschaft (*le ministère public*) keine Streitpartei in dem Verfahren, da Herr Vermeulen seinen Konkursverwalter zum Gegner hatte. Aufgabe des Generalanwalts sei es, als *amicus curiae* dem Gericht in völliger Neutralität und Objektivität seine Meinung zu präsentieren, er sei also weder Verbündete noch Gegner einer der Streitparteien. Deshalb könne er nicht als Streitpartei betrachtet werden, was heißt, dass auf ihn das Prinzip der Waffengleichheit keine Anwendung findet. Desweiteren hat die belgische Regierung mit den Unterschieden zwischen einem Strafverfahren (das der Entscheidung *Borgers* zugrunde lag) und einem zivilen Verfahren argumentiert, die ihrer Meinung nach so bedeutend sind, dass sie notwendigerweise zur Abweichung von der *Borgers*-Rechtssprechung führen müssen.²⁶

²⁴ EGMR Slg. 1970, Serie A, Nr. 11, S. 20, Rn. 41

²⁵ EGMR Slg. 1996, I-224

²⁶ Rn. 28 des Urteils

Der EGMR hat die Bedeutung der Schlussanträge des Generalanwalts, sowie ihren Inhalt und vor allem Auswirkungen als maßgeblich betrachtet: Sie sollen dem Gericht nicht nur eine Lösung empfehlen, sondern sollen es davon auch überzeugen. Aus diesen Gründen haben ihn die Argumente der Belgischen Regierung nicht überzeugt. Trotz der Bestätigung der bereits in seinen Urteilen *Delcourt* und *Borgers* anerkannten Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des belgischen Kassationsgerichtshofs hat der EGMR festgestellt, dass das Recht des Klägers auf ein kontradiktorisches Verfahren schon dadurch verletzt wurde, dass dieser auf die Schlussanträge des Generalanwalts nicht erwidern konnte. Der Art. 6 I EMRK wurde weiter dadurch verletzt, dass der Generalanwalt an der Gerichtsberatung teilgenommen hat, obgleich ohne Stimmrecht.

„Avec l'arrêt *Vermeulen*, la Cour a donc, sur le fondement de la théorie des apparences, fait produire aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes des effets extrêmement étendus...“²⁷

3. Das Urteil *Lobo Machado*

In dem Fall *Lobo Machado/Portugal*²⁸ ging es um einen zivilen Rechtsstreit zwischen einer natürlichen Person und einer Gesellschaft, die vom Staat kontrolliert wurde. In dem Verfahren vor dem Höchsten Gericht (*Supremo Tribunal de Justiça*) hat der stellvertretete Staatsanwalt (*le procureur général adjoint*) bei der Sozialkammer dieses Gerichts seine schriftliche Meinung (*l'avis écrit*) erarbeitet und dem Gericht unterbreitet, in der er die Abweisung des Rechtsmittels vorschlug. Weiter hat er an der Gerichtsberatung teilgenommen. Da Herrn Lobo Machado ein öffentliches Unternehmen als Gegner gegenüber stand und die Schriftliche Meinung des stellvertretenden Staatsanwalts für das Unternehmen vorteilhaft war, hatte er wegen dieser Teilnahme Zweifel an der Unparteilichkeit des Höchsten Gerichts. Das ist der schriftlichen Meinung des stellvertretenden Staatsanwalts gefolgt.

²⁷ *Bennoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 731

²⁸ EGMR, 20. 2. 1996, Slg. 1996, I-195

Nach der Auffassung der portugiesischen Regierung, „Le magistrat du ministère public, en sa qualité d'organe de justice, n'aurait d'autre tâche que celle d'aider le tribunal en donnant, en toute indépendance, objectivité et impartialité, un avis écrit *super partes* sur les questions juridiques soulevées. Il contribuerait de cette manière à la garantie d'une bonne justice.“²⁹ Der Vertreter der Staatsanwaltschaft in seiner Eigenschaft eines *amicus curiae* garantiert weiter die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und vertritt das öffentliche Interesse. Auch hat die portugiesische Regierung betont, dass Herr Lobo Machado und sein ehemaliger Arbeitgeber (das erwähnte öffentliche Unternehmen) Streitparteien sind, die von den gerügten Rechten Gebrauch gemacht hatten, und nicht etwa der Vertreter der Staatsanwaltschaft.

In seinem Urteil hat der EGMR jedoch die Verletzung des Art. 6 I EMRK (in einem fast identischen Wortlaut wie im *Vermeulen*-Urteil) festgestellt. Sie bestand darin, dass dem Beschwerdeführer vor der Verkündung der Entscheidung des Höchsten Gerichts die schriftliche Meinung der Staatsanwaltschaft nicht mitgeteilt worden ist und dass er keine Möglichkeit hatte, darauf zu erwidern. Weiter wurde durch die Anwesenheit des Vertreters der Staatsanwaltschaft an der Gerichtsberatung das Prinzip der Waffengleichheit verletzt, da er dort über eine – wenn auch nur scheinbare - Gelegenheit verfügte, das Gericht von seiner Meinung zu überzeugen.

Die Urteile *Borgers*, *Vermeulen* und *Lobo Machado* haben nicht nur zu Minderheitsvoten mehrerer EGMR-Richter geführt, sondern auch Aufmerksamkeit und Kritik im wissenschaftlichen Schrifttum erlangt: „Tant en matière pénale qu'en matière civile, la jurisprudence européenne s'est récemment orientée vers une conception absolutiste du principe de l'égalité des armes...“³⁰ „Avec les arrêts *Borgers*, *Vermeulen* et *Lobo Machado*, la Cour de Strasbourg fait produire au principe du contradictoire des effets extrêmement étendus. Pour elle le droit à une procédure contradictoire doit désormais être reconnu à toute partie à l'instance, peu importe la nature de celle-ci pénale ou civile, et quel que soit le rôle du ministère public agissant comme partie poursuivante ou ayant pour tâche de formuler un simple avis pouvant influencer la décision du juge.“³¹

²⁹ Rn. 26 des Urteils

³⁰ *Flauss*, AJDA 1996, S. 1013

³¹ *Benoît-Rohmer*, RTDE 1997, S. 388

4. Das Urteil *Reinhardt* und *Slimane Kaïd*

In den verbundenen Rechtssachen *Reinhardt* und *Slimane Kaïd*³² hat der EGMR die Rechtmäßigkeit des Verfahrens in den Strafsachen vor dem französischen Kassationsgerichtshof (*la Cour de cassation*) geprüft. Die Beschwerdeführer haben vor dem EGMR gerügt, dass in dem Verfahren vor dem Kassationsgerichtshof der Bericht (*le rapport*) des Berichterstatters (*le conseiller rapporteur*) und dessen Urteilsentwurf vor der mündlichen Verhandlung dem Generalanwalt unterbreitet worden sind, nicht aber den Beschwerdeführern als Angeklagten. Weiter sind ihnen die Schlussanträge des Generalanwalts nicht bekanntgegeben worden; ihre Anwälte hatten höchstens die Möglichkeit, deren sinngemäßen Inhalt (*le sens général*) zu kennen. Die Beschwerdeführer hatten als Angeklagte auch keine Möglichkeit, auf diese Schlussanträge zu erwidern.

Der französische Generalanwalt ist ein „Membre du ministère public institué auprès de la cour d’appel et de la Cour de Cassation, auxiliaire du procureur général.“³³ „Sa mission n’est pas de soutenir l’accusation mais de veiller à l’exacte application de la loi...“³⁴ Zur Rolle der Generalanwälte beim Kassationsgerichtshof ist noch kurz anzuführen: „Ils ont pour fonction de porter la parole au nom du procureur général aux audiences des chambres auxquelles ils sont affectés.“³⁵

Die französische Regierung hat behauptet, dass der Bericht des Berichterstatters von einem Mitglied des Gerichtshofs selbst stammt und deswegen dem Beratungsgeheimnis unterliegt. Vor allem hat sie aber betont, dass der Generalanwalt im Verfahren vor dem Kassationsgerichtshof keine Streitpartei ist. Er ist nämlich nicht zur Ermittlung in Strafsachen befugt und bringt lediglich in voller Unparteilichkeit seine Meinung über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes zum Ausdruck. Dabei sei nicht zu vergessen, dass der *pourvoi en cassation* ein außerordentliches Rechtsmittel darstellt, das auf Rechtsfragen beschränkt sein muss.³⁶

³² EGMR, 31. 3. 1998, Slg. 1998, II-641

³³ *Guillien – Vincent*, Termes juridiques, 1995, S. 62

³⁴ EGMR Slg. 1998, II- 655, Rn. 74

³⁵ *Benoît-Rohmer*, RTDE 1997, S. 383, 784

³⁶ Rn. 102 des Urteils

Deswegen „La circonstance que les parties ne puissent pas répliquer aux conclusions ne met nullement en cause leur droit de défendre leur cause, lequel a pu pleinement s'exercer dans le cadre du débat contradictoire au cours duquel elles se sont opposées.“³⁷

Die frühere Kommission für Menschenrechte hat hingegen, ähnlich wie in den Fällen *Vermeulen* und *Lobo Machado*, den Schwerpunkt darin gesehen, dass die Meinung des Vertreters der Staatsanwaltschaft beim Kassationsgerichtshof von den Angeklagten nicht als neutral empfunden werden kann, da dieser durch Empfehlung der Zulassung oder der Abweisung des Rechtsmittels automatisch zum objektiven Verbündeten oder zum objektiven Gegner des Angeklagten wird.

Aus diesem Grund hat der EGMR entschieden, dass durch Bekanntgabe des Berichts des Berichterstatters und dessen Urteilsentwurfs nur an den Generalanwalt, nicht aber an die Angeklagten, zwischen diesen und dem Generalanwalt eine mit den Anforderungen des rechtlichen Gehörs unvereinbare Ungleichheit entstanden ist. Durch die Tatsache, dass die Schlussanträge des Generalanwalts den Angeklagten ebenfalls nicht bekanntgemacht worden sind, wurde diese Ungleichheit verstärkt. Unter diesen Umständen sowie unter Berücksichtigung der Auswirkungen der Entscheidung des Kassationsgerichtshofs auf die Rechtslage der Angeklagten hat der EGMR eine Verletzung des Art. 6 I EMRK in dem Verfahren vor dem französischen Kassationsgerichtshof festgestellt. In diesem Zusammenhang wird von einer „tyrannie des apparences“ und von einer „remise en cause inutile de l'institution du ministère public“ gesprochen.³⁸

Zutreffend in dieser Hinsicht sind die Bedenken des Richters De Meyer gegen dieses EGMR-Urteil, die er in seinem Minderheitsvotum geäußert hat. Danach ist es falsch, die Anscheinstheorie hervorzuheben: „En réalité, le conseiller rapporteur et l'avocat général ne peuvent pas être dissociés de la cour elle-même. Le rapport et le projet d'arrêt de l'un et les conclusions de l'autre se situent en dehors et au-dessus du débat des parties: ce sont des éléments du processus d'élaboration de la décision, préparatoires au délibéré proprement dit.“³⁹

³⁷ *Benoît-Rohmer*, RTDE 1997, S. 388

³⁸ *Benoît-Rohmer*, RTDE 1997, S. 385

³⁹ Zitiert nach EGMR Slg. 1998, II-673

IV. Andere wichtige Entscheidungen

1. Das Urteil *Mme. Esclatine*

Bevor das nächste EGMR-Urteil behandelt wird, ist kurz auf die Entscheidung des französischen *Conseil d'Etat* in der Rechtssache *Mme. Esclatine*⁴⁰ einzugehen. Mit Erlass dieses Urteils geriet der *Conseil d'Etat* nämlich in einen offenen Konflikt mit der *Vermeulen*-Rechtssprechung des EGMR.

Die Klägerin hat vor dem höchsten Verwaltungsgericht Frankreichs, mit Verweis auf die existierende Rechtssprechung des EGMR, verlangt:

1. die Änderung von zwei Entscheidungen des *Conseil d'Etat* selbst,
2. die Aufhebung von zwei Entscheidungen eines *tribunal administratif*,
3. dass ihr der *Conseil d'Etat*, bevor er in der Sache entscheidet, die gesamten Verfahrensakten bekanntgibt.

Ihrer Meinung nach und unter Berücksichtigung der o.g. EGMR-Rechtssprechung sollte die vor dem *Conseil d'Etat* anzuwendende Verfahrensvorschrift im Lichte des Art. 6 I EMRK so interpretiert werden, dass sie das Recht der Prozessparteien einschließt, die Schlussanträge des Regierungskommissars (*le commissaire du gouvernement*) zu kennen, und sich zu diesen zugleich äußern zu können. Somit hatte der *Conseil d'Etat* zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die *Vermeulen*-Rechtssprechung auf das Verfahren vor ihm selbst übertragbar ist.

Der *Conseil d'Etat* hat das Rechtsmittel abgelehnt, womit er „...refuse de manière très nette de se soumettre à la jurisprudence de la Cour...“⁴¹ In seiner Argumentation hat er darauf hingewiesen, dass der Regierungskommissar in völliger Unabhängigkeit und Unparteilichkeit handelt, und vor allem darauf, dass er seine Schlussanträge erst nach Ende der Beweisaufnahme vorträgt, wo doch das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens vorbehaltlos angewandt wurde.

⁴⁰ Conseil d'Etat vom 29. Juli 1998, Rechtssachen Nr. 179635 und 180208, zitiert nach: AJDA 1999, S. 69, 70

⁴¹ *Rolin*, AJDA 1999, S. 70

Schließlich betonte der *Conseil d'Etat*, dass der Regierungskommissar als Mitglied des Gerichts selbst an der Ausübung dessen Rechtssprechungsfunktion teilnimmt mit der Folge, dass die Ausübung seiner Funktion diesem Prinzip nicht unterliegt.

Lediglich vor spezialisierten Verwaltungsgerichten kann der Regierungskommissar einer Streitpartei gleichgestellt werden, da er hier die Verwaltung vertritt und deswegen weder unabhängig noch unparteilich ist. Nur hier und gerade deshalb können sich die Parteien zu seinen Schlussanträgen äußern.⁴²

Die Stellung und die Rolle des Regierungskommissars bei dem *Conseil d'Etat* werden mit dem nachstehenden Urteil des EGMR näher behandelt.

2. Das Urteil *Kress*

Gerade in der Rechtssache *Kress/Frankreich*⁴³ hatte der EGMR zu prüfen, ob seine *Vermeulen*-Rechtssprechung auch auf das höchste Verwaltungsgericht Frankreichs und auf seinen Regierungskommissar anwendbar ist.

„That court, which was very influential on the ECJ in its early period, organises its business so that its members are divided into two groups: the *conseillers*, who are the judges and decide the cases, and the *commissaires du gouvernement*, who in spite of their name are independent members of the court with the task of presenting to their colleagues on the bench a separate opinion (analysis and proposed solution) which prepares the way for the judgement of the *conseillers*.“⁴⁴

⁴² *Rolin*, AJDA 1999, S. 70, 71, 72

⁴³ EGMR-Urteil vom 7. Juni 2001, Rechtssache Nr. 39594/98, zitiert nach: RTDE 2001, S. 809 ff.

⁴⁴ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 56

„Certes à l’origine, le commissaire du gouvernement trouvait effectivement sa raison d’être dans le souci de protéger les pouvoirs du gouvernement contre les entreprises éventuelles du juge... et pouvait être assimilé à une partie au litige. Mais aujourd’hui l’impartialité dont il fait preuve rend l’institution particulièrement utile. Il peut être considéré comme un *amicus curiae* puisque sa fonction consiste essentiellement à veiller à la régularité de la procédure, à l’unité et à la cohérence de la jurisprudence...”⁴⁵

Ähnlich kann man in einer Einführung in das französische Recht lesen: „Le Conseil d'Etat comprend quatre catégories de membres, les auditeurs, les maîtres de requêtes, les conseillers d'Etat en service ordinaire et les conseillers d'Etat en service extraordinaire... Parmi les maîtres de requêtes sont désignés *les commissaires du gouvernement* qui, contrairement à leur nom, ne représentent pas le gouvernement mais sont simplement chargés de formuler des observations et de prendre des conclusions en présentant la solution qu'ils estiment, en droit, devoir être donnée aux litiges. Les juges ne sont pas obligés de suivre leur avis.”⁴⁶

Die Beschwerdeführerin hat vor dem EGMR gerügt, dass ihr in allen Instanzen des Verfahrens (der *tribunal administratif*, die *cour administrative d'appel*, der *Conseil d'Etat*) vor der jeweiligen Verhandlung die Schlussanträge des Regierungskommissars vorenthalten worden sind, und sie weder die Möglichkeit hatte, sich zu diesen Schlussanträgen während der Verhandlung zu äußern noch das letzte Wort zu sprechen. Da sich der Regierungskommissar bei dem *Conseil d'Etat* in seinen Schlussanträgen für die Abweisung ihres Rechtsmittels aussprach, hatte sie Bedenken gegen seine Teilnahme an den Gerichtsberatungen. Mit Verweis auf die *Vermeulen*-Rechtssprechung hat sie eine Verletzung des Prinzips der Waffengleichheit behauptet und die Unparteilichkeit des Gerichts selbst bezweifelt.

⁴⁵ *Benoît-Rohmer*, RTDE 1997, S. 385, 386

⁴⁶ *Guimezanes*, Introduction au droit français, 1999, S. 46

Die französische Regierung hat vor allem damit argumentiert,⁴⁷ dass sich die von der Beschwerdeführerin erwähnte EGMR-Rechtssprechung auf ein Institut bezieht, das mit dem Regierungskommissar nichts zu tun hat und deshalb nicht einschlägig ist. Dabei seien die folgenden Spezifiken zu berücksichtigen:

- Trotz seiner verwirrenden Bezeichnung ist der Regierungskommissar in keiner Hinsicht Vertreter der Regierung oder der Verwaltung.
- Anders als der Generalanwalt ist der Regierungskommissar ein Mitglied des Gerichts und deswegen selbst Richter.
- Der Regierungskommissar ist vom Präsidenten des Gerichts aus dessen Mitgliedern benannt.
- Der Regierungskommissar trägt seine individuelle Meinung vor, die er aufgrund der vorgetragenen Argumente der Streitparteien vertritt.
- Dabei ist er völlig unabhängig und unparteiisch, ohne eine der Streitparteien bevorzugen zu wollen.
- Der Regierungskommissar ist organisatorisch völlig in die Struktur des *Conseil d'Etat* eingegliedert, da er Mitglied einer seiner Kammern ist.

Mit Bezug auf deutsches Recht ist zu erwähnen, dass gemäß § 35 I VwGO beim Bundesverwaltungsgericht ein Oberbundesanwalt bestellt wird. Dieser kann sich (ausgenommen der Verfahren vor den Disziplinarsenaten und vor den Wehrdienstsenaten) zur Wahrung des öffentlichen Interesses an jedem Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht beteiligen. Im Unterschied zum französischen Regierungskommissar, der völlig unabhängig und unparteiisch ist, ist der Oberbundesanwalt an die Weisungen der Bundesregierung gebunden. Auf der Länderebene kann gemäß § 36 II VwGO beim Obergericht und beim Verwaltungsgericht ein Vertreter des öffentlichen Interesses bestimmt werden, wobei ihm die Vertretung des Landes oder von Landesbehörden übertragen werden kann. Sowohl der Oberbundesanwalt, wie auch der Vertreter des öffentlichen Interesses haben vor den jeweiligen Gerichten das Recht zur Äußerung.

⁴⁷ Rnn. 57, 59, 60, 61 und 62 des Urteils

Desweiteren war die französische Regierung der Auffassung, dass die *Vermeulen*-Formel (die Streitparteien haben das Recht, jedes Schriftstück oder jeden Vortrag zu kennen, die einem Richter vorgelegt werden, sei es durch ein unabhängiges Organ oder nicht, und sich dazu zu äußern) nur solche Schriftstücke oder Vorträge betrifft, die von einer Person oder von einem Organ von ausserhalb des Gerichts kommen, d.h. sie findet keine Anwendung auf die interne Arbeit des Gerichts. Falls sich in der Verhandlung aufgrund der Schlussanträge des Regierungskommissars eine neue Frage ergibt, zu der sich die Streitparteien nicht äußern konnten, und die Kammer hält diese Frage für relevant, wird die Verhandlung wiedereröffnet. Diese Regel ist ein Beispiel des erwähnten Einflusses des *Conseil d'Etat* auf den EuGH: eine ähnliche Vorschrift stellt der Art. 61 seiner Verfahrensordnung dar.

Die französische Regierung hat sich ausdrücklich auch darauf berufen, dass der EuGH in seinem *Emesa*-Beschluss⁴⁸ eine ähnliche Auffassung vertreten hat, wie der französische *Conseil d'Etat* in der o.g. Rechtssache *Mme. Esclatine*. Der EuGH hat in diesem Beschluss festgestellt, dass die Tatsache, dass die Streitparteien in dem Verfahren vor ihm selbst kein Recht haben, auf die Schlussanträge seiner Generalanwälte zu erwidern, keine Verletzung des Art. 6 I EMRK darstellt.⁴⁹ „Dès lors, si, dans la présente affaire, la Cour devait estimer que l'article 6 est méconnu, alors elle condamnerait *a fortiori* - certes implicitement, mais nécessairement - le système appliqué a Luxembourg depuis les origines de la Cour de justice comme contraire aux exigences du procès équitable. Or, cette juridiction rend la justice depuis près d'un demi-siècle dans le respect et même l'admiration de tous, et donne - elle aussi - de la justice européenne une haute image...”⁵⁰

Die französische Regierung meinte schließlich, der EGMR habe keine Aufgabe, ein einheitliches Gerichtsbarkeitsmodell in Europa herzustellen.

Der EGMR hat entschieden, dass dadurch, dass die Schlussanträge des Regierungskommissars den Streitparteien vor der Verhandlung nicht bekanntgegeben wurden und sie sich während der Verhandlung nicht dazu äußern konnten, Art. 6 I EMRK

⁴⁸ EuGH vom 4. 2. 2000, Slg 2000, I-665, Rn. 14

⁴⁹ Der *Emesa*-Beschluss wird im Kap. IV. 3 behandelt.

⁵⁰ Rn. 62 des Urteils

nicht verletzt wurde, „...dans la mesure où ceux-ci peuvent en pratique y répondre par des notes en délibéré (ce dernier point pourrait conduire à donner un statut véritable aux notes en délibéré, lequel n'existe pas actuellement).“⁵¹

Trotz der o.g. Argumente der französischen Regierung hat der EGMR aber festgestellt, dass der Art. 6 I dadurch verletzt wurde, dass der Regierungskommissar - obgleich ohne Stimmrecht - an der Beratung des *Conseil d'Etat* teilgenommen hat. Mit anderen Worten, das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens wurde zwar nicht verletzt, das Prinzip der Waffengleichheit durch die Teilnahme des Regierungskommissars an der Beratung des *Conseil d'Etat* dagegen schon. Es ist interessant, dass hier der EGMR auf das Verfahren vor dem EuGH verwiesen hat: „La Cour se trouve confortée dans cette approche par le fait qu'à la Cour de justice des Communautés européennes, l'avocat général, dont l'institution s'est étroitement inspirée de celle du commissaire du gouvernement, n'assiste pas aux délibérés...“⁵²

„Face à l'affaire *Kress*, l'embarras de la Cour de Strasbourg était manifeste et il lui a fallu beaucoup de créativité pour trouver une solution qui, tout en respectant la théorie des apparences, ménage et préserve cette institution originale et légitime qu'est le commissaire du gouvernement près du *Conseil d'Etat* français. Il s'agissait également pour elle de ne pas prendre le risque de rendre un arrêt qui, faute d'acceptation par le *Conseil d'Etat*, pouvait rester lettre morte.“⁵³

Laut dem gemeinsamen Minderheitsvotum von sieben EGMR-Richtern zum Urteil *Kress*, „Le présent arrêt fait certes un effort louable de pragmatisme et de réalisme en écartant de façon très nette le premier grief de la requête. Il est regrettable que cet effort n'ait pas été plus complet, et souhaitable à nos yeux qu'à l'avenir la Cour reconsidère dans son ensemble sa jurisprudence sur la procédure devant les cours suprêmes européennes, qui fait la part trop belle aux apparences, au détriment de traditions nationales respectables...“⁵⁴

⁵¹ *Gaudeмет*, Traité de droit administratif, 2001, S. 340

⁵² Rn. 86 des Urteils

⁵³ *Benoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 728

⁵⁴ Zitiert nach RTDE 2001, S. 819, Rn. 13

3. Der *Emesa*-Beschluss des EuGH

Bei der Rechtssache *Emesa Sugar*⁵⁵ handelte es sich um ein Vorabentscheidungsverfahren über die Gültigkeit des Beschlusses 97/803/EG des Rates zur Halbzeitänderung des Beschlusses 91/482/EWG über die Assoziation der überseeischen Länder und Gebiete mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Klägerin im Ausgangsverfahren - eine niederländische Handelsgesellschaft – hat im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens beantragt, eine schriftliche Stellungnahme zu den bereits vorgetragenen Schlussanträgen des Generalanwalts einreichen zu können. Somit hatte der EuGH Stellung zu der Frage zu nehmen, ob er die *Vermeulen*-Rechtssprechung auf das Verfahren vor ihm selbst anwendet.

In seinem Beschluss über diesen Antrag entschied der EuGH, ohne die *Vermeulen*-Rechtssprechung zu bezweifeln: „Berücksichtigt man die sowohl institutionelle als auch funktionelle Verbindung zwischen dem Generalanwalt und dem Gerichtshof, wie sie oben in den Randnummern 10 bis 15 dargelegt worden ist, so erscheint die zitierte Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte nicht auf die Schlussanträge der Generalanwälte beim Gerichtshof übertragbar.“⁵⁶ Aus diesem Grund wurde der Antrag von *Emesa Sugar* zurückgewiesen.

In seiner Begründung hat sich der EuGH zuerst auf die Regelung seiner Zusammensetzung und auf die Regelung der Ernennung, der Immunität und der Amtsenthebung der Generalanwälte im EG-Vertrag gestützt.⁵⁷

In der Rn. 12 hat der EuGH die funktionelle Unabhängigkeit seiner Generalanwälte betont: „Anders als in der Gerichtsverfassung mancher Mitgliedstaaten bilden die Generalanwälte, zwischen denen kein hierarchisches Verhältnis besteht, auch keine Staatsanwaltschaft oder vergleichbare öffentliche Stelle und unterstehen keiner Behörde. Bei der Ausübung ihres Amtes haben sie keine wie auch immer gearteten Interessen zu vertreten.“

⁵⁵ EuGH, 4. 2. 2000, Slg. 2000, I-665

⁵⁶ Rn. 16 des Beschlusses

⁵⁷ Rn. 11 des Beschlusses

Weiter war für den EuGH die Rolle des Generalanwalts wichtig, wie sie im Art. 222 EG definiert wird. Diese wird in der Rn. 13 des Beschlusses behandelt, wonach der Zweck der Schlussanträge ist, „...den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern.“

Laut dem EuGH unterscheiden sich die Schlussanträge des Generalanwalts von einer an die Richter oder die Parteien gerichteten Stellungnahme, die von einer Behörde außerhalb des EuGH herrührt oder ihre Autorität aus einer Staatsanwaltschaft herleitet. Diese Schlussanträge stellen eine individuelle, begründete und öffentlich dargelegte Auffassung eines Mitglieds des Organs selbst dar. Ebenso stellt der EuGH in der Rn. 14 fest, dass die Schlussanträge des Generalanwalts die Phase seiner Beratung eröffnen. Dies widerspricht seinem vorherigen Satz, in dem der Gerichtshof den Art. 18 seiner Satzung i. V. m. Art. 59 seiner Verfahrensordnung zitiert, wonach die Schlussanträge den Abschluss des mündlichen Verfahrens bilden. „D'ailleurs, les conclusions sont prononcées publiquement alors que le délibéré reste secret. Enfin si les conclusions font effectivement partie de la phase du délibéré, l'avocat général devrait participer au délibéré proprement dit.“⁵⁸

In der Rn. 15 des *Emesa*-Beschlusses kommt der EuGH zu der Schlussfolgerung, dass der Generalanwalt durch die Erfüllung seiner Aufgaben öffentlich und persönlich am Entstehen der Entscheidungen des EuGH und damit an der Wahrnehmung der diesem zugewiesenen Rechtssprechungsfunktion teilnimmt. Außerdem werden die Schlussanträge zusammen mit den EuGH-Urteilen veröffentlicht.

Auch hat der EuGH in der Rn. 17 darauf hingewiesen, dass es notwendigerweise die Verlängerung des Verfahrens zur Folge hätte, wenn die Parteien das Recht hätten, auf die Schlussanträge des Generalanwalts zu erwidern, da nach der eventuellen Stellungnahme der Streitparteien die übrigen Beteiligten auf diese wiederum ihrerseits antworten können müssten. Immerhin sei mit den Besonderheiten des Verfahrens vor dem EuGH auch die mit der Sprachenregelung verbundene Komplexität zu berücksichtigen.

⁵⁸ *Benoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 738

In der Rn. 18 hat der EuGH schließlich auf den Art. 61 seiner Verfahrensordnung hingewiesen, wonach er befugt ist, nach Anhörung des Generalanwalts die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen.

„Les arguments développés par la Cour de justice des Communautés européennes s'inspirent pour l'essentiel de ceux développés par le Conseil d'Etat français dans l'arrêt *Esclatine*. A l'évidence celui tiré de ce que la fonction de l'avocat général est intrinsèquement juridictionnelle, ce qui justifie que ses conclusions soient placées hors du champ de la contradiction...“⁵⁹

In Bezug auf den EuGH ist hier noch kurz zu erwähnen, dass er erneut die Gelegenheit hatte, die Frage der Übereinstimmung seines Verfahrens mit dem Art. 6 I EMRK zu überprüfen, und zwar in einem Vorlageverfahren in der Sache *Arben Kaba*.⁶⁰ Der EuGH ist von einem britischen Gericht angerufen worden, vor dem der Kläger geltend gemacht hat, dass in einem vorigen Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH dieser die mündliche Verhandlung nicht wiedereröffnet hat. Der Kläger hat dies beantragt, als er erkannte, dass die Schlussanträge Unrichtigkeiten enthielten. Da es aber nach Abschluss der mündlichen Verhandlung geschah, wurde diese schriftliche Stellungnahme dem Kläger von der Kanzlei des Gerichtshofes zurückgesandt und nicht in die Verfahrensakten eingeschlossen.

Die erste Vorlagefrage in diesem neuen Vorlageverfahren lautete:

„1. a) Welche Möglichkeiten haben das vorlegende Gericht oder die Parteien des Verfahrens (vor dem vorlegenden Gericht oder dem Gerichtshof), um sicherzustellen, dass das Verfahren insgesamt den Anforderungen nach Artikel 6 EMRK genügt, und damit sicherzustellen, dass weder nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften über die Menschenrechte noch vor dem Gerichtshof für Menschenrechte eine Haftung wegen Verstoßes gegen Artikel 6 EMRK begründet wird?

b) Genügte das Verfahren in dieser Rechtssache den Anforderungen von Artikel 6 EMRK, und wenn nicht, welche Auswirkungen hat das auf die Rechtskraft des ersten Urteils?“

⁵⁹ *Benoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 738

⁶⁰ C-466/00, EuGH-Urteil vom 6.3.2003, zitiert nach der Internetseite www.curia.eu.int

Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts zielte im Wesentlichen darauf, ob der EuGH nach der erneuten Würdigung des Sachverhalts in dem vorigen Vorabentscheidungsverfahren zu einem Ergebnis gekommen wäre, das sich von dem Ergebnis unterscheiden würde, dem die fehlerhaften Schlussanträge zugrunde lagen.

„Um dem vorlegenden Gericht eine zweckdienliche Antwort zu geben...“, ⁶¹ hatte der EuGH zuerst die zweite Vorlagefrage geprüft. Er hat festgestellt, dass er in dem vorigen Vorabentscheidungsverfahren zu keinem anderen Ergebnis gekommen wäre. Zu der ersten Frage hat er lediglich angeführt: „Mit der Prüfung der zweiten Frage hat der Gerichtshof auf die Zweifel geantwortet, die das vorlegende Gericht veranlasst haben, sich mit neuen Fragen an ihn zu wenden. Daher ist die erste Frage nicht zu beantworten.“ ⁶² Somit hatte der EuGH die „...occasion d'approfondir sa réflexion au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de tirer les conclusions de l'arrêt *Kress*“ ⁶³ nicht genutzt.

⁶¹ Rn. 37 des Urteils

⁶² Rnn. 57 und 58 des Urteils

⁶³ *Benoît-Rohmer*, RTDE 2001, S. 741

V. Die Generalanwälte beim EuGH und beim EuG

„The origin of the Advocate General lies in the French judicial system where the magistracy consists of the Judges (*magistrature assise* or seated magistrates) and the Procurators (*Procureurs* or *Avocats Généraux* = *magistrature debout* or standing magistrates).“⁶⁴

Ihre Stellung sowie ihre Aufgaben sind im EG-Vertrag, in der Satzung des Gerichtshofs und in den Verfahrensordnungen der beiden Luxemburger Gerichte geregelt.

1. Die Stellung der Generalanwälte beim EuGH und beim EuG

Nach Art. 222 I EG wird der Gerichtshof von acht Generalanwälten unterstützt. Aus systematischer Sicht ist in diesem Zusammenhang schon die Überschrift des ersten Titels der Satzung des Gerichtshofs – *Die Richter und die Generalanwälte* – für die Beurteilung der Stellung der Generalanwälte wichtig. Aus dieser Überschrift folgt, dass der Gerichtshof aus Richtern *und* Generalanwälten zusammengesetzt ist, d. h. die Generalanwälte sind völlig in die interne Organisation des Gerichtshofs eingegliedert. Beim Gericht erster Instanz ist die Position der Generalanwälte noch spezifischer: auf der Grundlage des Art. 224 I EG bestimmt die Satzung des Gerichtshofs im Art. 49 I, dass die Mitglieder des EuG (also die Richter selbst) dazu bestellt werden können, die Tätigkeit eines Generalanwalts auszuüben, „...wovon aber nur sehr selten Gebrauch gemacht wird.“⁶⁵ Die Einzelheiten sind in den Artt. 17 und 18 der Verfahrensordnung des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften (EuG-VerfO) geregelt: Danach wird das in Vollsitzungen tagende Gericht von einem durch den Präsidenten des Gerichts bestellten Generalanwalt unterstützt; das in Kammern tagende Gericht kann von einem Generalanwalt unterstützt werden, wenn die rechtliche Schwierigkeit oder der tatsächlich komplizierte Streitstoff der Rechtssache dies nach Ansicht des Gerichts gebietet.

⁶⁴ *Hunnings*, *The European Courts*, 1996, S. 56

⁶⁵ *Lecheler*, *Einführung in das Europarecht*, 2000, S. 93

Der EuGH kann dagegen gemäß Art. 20 V der Satzung des Gerichtshofs beschliessen, dass über eine Sache ohne Schlussanträge entschieden wird. Voraussetzung dafür ist, dass die Rechtssache nach Auffassung des Gerichtshofs am Ende des mündlichen Verfahrens keine neue Rechtsfrage aufwirft, und dass der Generalanwalt gehört wird.

Die Generalanwälte des Gerichtshofs haben gemäß Art. 223 I EG die gleichen Voraussetzungen wie die Richter zu erfüllen, d. h. sie sind von den Persönlichkeiten auszuwählen, die jede Gewähr für Unabhängigkeit bieten und in ihrem Staat die für die höchsten richterlichen Ämter erforderlichen Kriterien erfüllen. Sie haben „...the same status as the 15 Judges. They are recruited from the same sources, with the same qualifications, and are appointed by the same procedures. They wear the same court robes, receive the same salaries and rank with them in order of seniority...“⁶⁶ Die Anforderung der Unabhängigkeit der Mitglieder des EuG kommt im Art. 224 II EG ähnlich zum Ausdruck.

Gemäß Art. 8 der Satzung des Gerichtshofs finden ihre Artikel 2 bis 7, die v.a. die Immunität, die Unabhängigkeit und die Amtsenthebung seiner Richter regeln, auch auf die Generalanwälte Anwendung. Nach Art. 47 I der Satzung des Gerichtshofs findet diese Regelung auch auf das EuG Anwendung.

Ähnlich finden nach Art. 5 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH-VerfO) ihre Bestimmungen über Beginn der Amtszeit (Art. 2), Eidesleistung und Pflicht zum ehrenhaften und zurückhaltenden Verhalten bei der Annahme von Vorteilen (Art. 3) und über die Amtsenthebung der Richter (Art. 4) auf die Generalanwälte entsprechende Anwendung. In der EuG-VerfO wäre eine entsprechende Vorschrift irrelevant.

Aus dieser Darstellung folgt, dass „Malgré leur dénomination, les avocats généraux devant la Cour ne correspondent donc en aucune manière à ce que serait un ministère public.“⁶⁷

⁶⁶ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 59

⁶⁷ *Boulouis - Darmon - Huglo*, Contentieux communautaire, 2001, S. 3

In demselben Sinn wird auch in der Präsentation des EuGH im Internet betont: „Ihre Aufgabe darf nicht mit der eines Staatsanwalts oder einer vergleichbarer Instanz verwechselt werden; diese Rolle wird von der Kommission in ihrer Eigenschaft als Hüterin des Gemeinschaftsinteresses übernommen.“⁶⁸

2. Die Rolle der Generalanwälte bei dem EuGH und bei dem EuG

Die Rolle des Generalanwalts ist im Art. 222 II EG i. V. m. Art. 224 VI EG im Bezug auf EuGH- und EuG-Generalanwälte definiert. Sie besteht darin, öffentlich in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begründete Schlussanträge zu den Rechtssachen zu stellen, in denen nach der Satzung des Gerichtshofs ihre Mitwirkung erforderlich ist, und zwar, „um den Gerichtshof bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu unterstützen, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern.“⁶⁹

Zur Rolle des Generalanwalts wurden mehrere theoretische Modelle angeführt. „These models have varied from being an *advocate* for a solution on behalf of the spirit of the Community, to being as it were a first stage *judge*, with intermediate images of the Advocate General as being a neutral and scholarly *analyst* of the case...“,⁷⁰ wobei das zuletztgenannte Modell am besten den im Art. 222 II EG geregelten Kriterien der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Generalanwalts entspricht.

Nach dem zuletzt zitierten Autor wird die private Rolle des Generalanwalts von seiner öffentlichen Rolle unterschieden. Die private Rolle besteht darin, dass der Generalanwalt durch seine Schlussanträge dem Gerichtshof bei der Vorbereitung dessen Urteils assistiert. Da der Generalanwalt seine eigene juristische Meinung zum Ausdruck bringt, steht ihm ein grosser Spielraum zur Verfügung, neue Aspekte der betreffenden Rechtssache zu entdecken und zu behandeln. Dies kann zu einer besseren Verständlichkeit des Urteils seitens der

⁶⁸ Die Internetseite www.curia.eu.int. Zu dieser Rolle der Kommission auch *Lecheler*, Einführung in das Europarecht, 2000, S. 212

⁶⁹ So der EuGH in seinem *Emesa*-Beschluss (Rn. 13)

⁷⁰ *Hunnings*, *The European Courts*, 1996, S. 56

Öffentlichkeit beitragen, wodurch auch die Akzeptanz der Urteile gefördert wird. Das ist Schwerpunkt der öffentlichen Rolle des Generalanwalts und seiner Schlussanträge.⁷¹

Der Umstand, dass die Generalanwälte in ihren Schlussanträgen dem Gerichtshof einen Entscheidungsvorschlag unterbreiten, ändert nichts daran, dass sie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben „...do not represent the parties to the case, nor do they defend the Communities’ interests..., the purpose of their opinion being to assist the Court in the performance of the task assigned to it...“⁷²

Die Schlussanträge werden gemäß Art. 59 § 1 der EuGH-VerfO am Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt und begründet. Danach erklärt der Präsident die mündliche Verhandlung für geschlossen (Art. 58 § 2). In der Praxis des Gerichtshofs werden die Schlussanträge jedoch meistens an einem späteren Datum erstellt, wobei die Verhandlung entsprechend vertagt wird.⁷³

Aus dem Art. 57 der EuGH-VerfO (bzw. aus dem Art. 58 der EuG-VerfO) ergibt sich für die Generalanwälte die gleiche Befugnis, Fragen an die Parteien zu richten, die dem Präsidenten und den Richtern zusteht. „This affords an opportunity to elucidate any aspects of the case-file remaining unclear and may result in measures of inquiry being repeated or expanded, this being ordered by the Court of Justice or the Court of First Instance after hearing the Advocate General.“⁷⁴

Im Unterschied zu den Generalanwälten bei den höchsten Gerichtshöfen mancher Mitgliedstaaten und zu dem französischen Regierungskommissar nimmt der EuGH-Generalanwalt an der Gerichtsberatung nicht teil. Nach Art. 27 § 1 der EuGH-VerfO sind die Beratungen des Gerichtshofes und der Kammer nicht öffentlich, und im Sinne des § 2 dieser Vorschrift nehmen daran nur die Richter teil, die bei der mündlichen Verhandlung zugegen waren, sowie ggf. der Hilfsberichterstatter, der mit der Bearbeitung der Rechtssache

⁷¹ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 57-59

⁷² *Toth*, The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, 1990, S. 213

⁷³ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 87

⁷⁴ *Lenaerts – Arts*, Procedural Law of the European Union, 1999, S. 379

beauftragt ist. Da der EuG-Generalanwalt immer Richter ist, schreibt der Art. 49 IV der Satzung des Gerichtshofes vor, dass ein in einer Rechtssache zum Generalanwalt bestelltes Mitglied des EuG bei der Entscheidung der relevanten Rechtssache nicht mitwirken darf. Dass ein solches Mitglied auch nicht *anwesend* an der Gerichtsberatung sein darf, ergibt sich aus Art. 32 § 1 II der EuG-VerfO.

3. Die Natur der Schlussanträge der Generalanwälte

„Die Generalanwälte bereiten die Rechtssache gutachtlich vor und unterbreiten dem Gerichtshof einen Entscheidungsvorschlag, dem dieser sich in einem hohen Prozentsatz der Fälle anschließt. Für das Verständnis der tatsächlichen und rechtlichen Hintergründe der Urteile sind die Schlussanträge (frz. *conclusions*) der Generalanwälte, die in der amtlichen Sammlung mit dem Urteil abgedruckt werden, auch heute noch oft von erheblicher Bedeutung.“⁷⁵ Obwohl der Gerichtshof nicht verpflichtet ist, die Schlussanträge der Generalanwälte zu folgen, ist die Präzision der darin enthaltenen Argumente meistens zu überzeugend, um ignoriert zu bleiben.

Ihrer Natur nach sind die Schlussanträge „...always an *opinion*, containing reasoning which leads to a conclusion, which in its turn is a specific proposal to the Court for disposal of the case. Like a good counsel's opinion, it reveals the issues, organises them in the context of their positives and negatives, and in the end comes down on one side or the other.“⁷⁶ Diese Meinung widerspricht nicht der im Art. 222 II EG verankerten Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Generalanwalts. Im Gegenteil - man könnte sogar sagen, der Generalanwalt genießt, „...in a sense, a greater independence than a judge since he is free, and indeed obliged, to speak his mind in public and in his own language.“⁷⁷

⁷⁵ *Lecheler*, Einführung in das Europarecht, 2000, S. 92

⁷⁶ *Hunnings*, The European Courts, 1996, S. 58

⁷⁷ *Brown – Kennedy*, The Court of Justice of the European Communities, 2000, S. 67

Da der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen dem Gerichtshof seinen Vorschlag unterbreitet, wie die Sache seiner Meinung nach entschieden werden sollte, könnte man mit gewisser Fantasie zugeben, dass „The advocate general may also see himself as in effect delivering a reserved first instance judgment in a case being automatically taken to appeal, but his opinion, while it may have authority in future cases, does not of course decide the instant case, even provisionally. ...Moreover, the short-lived practice of the Court, in certain straightforward cases, of simply adopting the reasoning of the advocate general by direct reference: “For the reasons given by the advocate general...” means that, in those cases the opinion, rather like the *conclusions* of the *commissaire du gouvernement* in the French *Conseil d’Etat*, become the only source for the reasoning of the Court. To that extent the opinion transcends the role of mere advice, intended to „assist” the Court and assumes, *ex post facto*, the authority of a judgment.”⁷⁸ Diese Vergleichen zeugt auch von einer sehr engen Verbundenheit, wenn nicht sogar Identität des Generalanwalts mit dem Gerichtshof., „...obwohl sich der Urteilsstil des EuGH heute sehr viel mehr dem Stil deutscher Urteile angenähert hat und seine Entscheidungen heute besser „aus sich heraus“ verständlich sind als in der Anfangsphase, die sehr stark von dem rigiden, auf die bloße Entscheidung konzentrierten Urteilsstil des französischen Conseil d’Etat geprägt war.“⁷⁹

Die Schlussanträge der Generalanwälte sind von dem Urteilsentwurf des Berichterstatters zu unterscheiden, welcher nach Art. 9 § 2 der EuGH-VerfO vom Präsidenten des Gerichtshofs aus der Mitte der zuständigen Kammer, d. h. aus den Richtern bestimmt wird und unterschiedlich von den Generalanwälten immer an den Beratungen des Gerichtshofs teilnimmt (Art. 26 § 1 der EuGH-VerfO). Eine ähnliche Regelung enthält der Art 13 § 2 der EuG-VerfO i. V. m. Art. 32 § 1 II der EuG-VerfO.

⁷⁸ *Brown – Kennedy*, The Court of Justice of the European Communities, 2000, S. 66, 70

⁷⁹ *Lecheler*, Einführung in das Europarecht, 2000, S. 92

VI. Die Übertragbarkeit der *Vermeulen*-Rechtssprechung auf das Unionsrecht

Laut dem EGMR ist die Menschenrechtskonvention „...un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et des conditions prévalant de nos jours dans les Etats démocratiques...“⁸⁰ Es stellt sich die Frage, ob diese Eigenschaft der Menschenrechtskonvention nach einem eventuellen Beitritt der EU dazu führen könnte, dass der EGMR seine *Vermeulen*-Rechtssprechung auch auf den EuGH, bzw. auf das EuG und auf ihre Generalanwälte übertragen würde.

Neben der Stellung und der Rolle der EuGH- und EuG-Generalanwälte sowie der Natur ihrer Schlussanträge, wie sie oben dargestellt wurden, ist bei der Prüfung dieser Übertragbarkeit nicht außer Acht zu lassen, dass selbst der EGMR diese Rechtssprechung nur teilweise auf den Regierungskommissar bei dem französischen *Conseil d'Etat* übertragen hat. Und gerade durch diese Regelung ist das Institut der Generalanwälte bei dem EuGH inspiriert worden.

Da der EGMR in seiner *Vermeulen*-Rechtssprechung die Verletzung des Art. 6 I EMRK darin sah, dass

1. den Beschwerdeführern die Schlussanträge des jeweiligen *magistrat indépendant* nicht mitgeteilt worden sind, und dass sie keine Möglichkeit hatten, darauf zu erwidern, und
2. der jeweilige *magistrat indépendant* an der Gerichtsberatung teilgenommen hat,

wird auch ihre Übertragbarkeit auf das Unionsrecht nachstehend unter diesen zwei Gesichtspunkten geprüft.

⁸⁰ Aus dem EGMR-Urteil *Kress*, zitiert nach RTDE 2001, S. 814, Rn. 70

1. Die Unmöglichkeit, auf die Schlussanträge zu erwidern

Zwar besteht vor dem EuGH und dem EuG - im Unterschied zu dem *Conseil d'Etat* - keine Möglichkeit, bei dem jeweiligen Organ eine *note en délibéré* als Reaktion auf die Schlussanträge einzureichen, wobei der EGMR in seinem Urteil *Kress* die *Vermeulen*-Rechtssprechung gerade aus diesem Grund nur teilweise auf den Regierungskommissar bei dem *Conseil d'Etat* übertragen hat. Dieser Unterschied ist aber nicht zu überschätzen: Er allein kann nicht zu einer vereinfachten Folgerung führen, dass der EGMR eine Verletzung des Art. 6 I EMRK in dem Verfahren vor dem EuGH feststellen würde, nur weil eine solche Möglichkeit im Bezug auf dessen Generalanwälte nicht besteht.⁸¹

Zudem sollte dieser Unterschied auch deswegen nicht ohne weiteres als maßgeblich betrachtet werden, weil sich der EGMR nur auf die Möglichkeit der Einreichung der *note en délibéré* gestützt hat. Die tatsächlich bestehende Mitgliedschaft des Regierungskommissars in dem *Conseil d'Etat* sowie seine Unabhängigkeit und Unparteilichkeit hat er zwar anerkannt, die Konsequenzen zog er daraus aber nicht: „Nul n’a jamais mis en doute l’indépendance ni l’impartialité du commissaire du gouvernement, et la Cour estime qu’au regard de la Convention, son existence et son statut organique ne sont pas en cause. Toutefois la Cour considère que l’indépendance du commissaire du gouvernement et le fait qu’il n’est soumis à aucune hiérarchie, ce qui n’est pas contesté, ne sont pas en soi suffisants pour affirmer que la non-communication de ses conclusions aux parties et l’impossibilité pour celles-ci d’y répliquer ne seraient pas susceptible de porter atteinte aux exigences d’un procès équitable.“⁸² Ausserdem widerspricht sich der EGMR ein wenig, indem er in der Rn. 83 dieses Urteils anführt, um die Bedeutung der Anscheinstheorie zu betonen: „La raison qui a amené la Cour à conclure à la non-violation de l’article 6 § 1 sur ce point n’était pas la neutralité du commissaire du gouvernement vis-à-vis des parties mais le fait que la requérante jouissait de garanties procédurales suffisantes pour contrebalancer son pouvoir.“

⁸¹ Ein ähnliches Argument, lediglich in einer umgedrehten Konstellation und bezüglich der Nichtteilnahme der EuGH-Generalanwälte an der Gerichtsberatung, haben sieben EGMR-Richter in ihrem Minderheitsvotum zu dem Urteil *Kress* angeführt: „Mais il ne faut pas attacher à cette différence une importance décisive. Ce n’est pas parce que l’ordonnance dans l’affaire *Emesa Sugar* juge compatible avec les droits fondamentaux l’institution de l’avocat général, lequel ne participe pas au délibéré, que notre Cour était tenue de juger que la présence du commissaire au délibéré des juridictions administratives viole l’article 6 § 1 de la Convention.“ (Zitiert nach RTDE 2001, S. 819, Rn. 11)

⁸² Rn. 71 des Urteils *Kress*

Wie übertrieben es auch klingen mag, müssten wir bei konsequentem Vertreten der Anscheinstheorie zu einem paradoxen Ergebnis kommen, und zwar, dass auch das jeweilige Gericht selbst durch Entscheidung eines Rechtsstreits zugunsten einer der Streitparteien zum objektiven Gegner der anderen wird. Ähnlich hat sich auch der Richter De Meyer bezüglich der französischen *Cour de Cassation* mit einem Hauch von Ironie geäußert: „Pourrait-on dire qu'elle aussi deviendrait ainsi l'„allié objectif“ de la partie „gagnante“ et l'„adversaire objectif“ de la partie „perdante“?“⁸³

Die Mitgliedschaft in dem Organ selbst ist beim EuG noch dadurch vertieft, dass dort der Generalanwalt (in denen wenigen Fällen) aus den Richtern selbst bestellt wird (Art. 49 I der Satzung des Gerichtshofs). Dieser Umstand spricht deutlich gegen die Übertragbarkeit der die *magistrats indépendants* von außerhalb mancher nationalen Gerichte betreffenden *Vermeulen*-Rechtssprechung auf die Mitglieder – ja sogar Richter - des EuG, und weist noch deutlicher auf das Fehlen seiner hinreichenden Berücksichtigung in dem *Kress*-Urteil des EGMR. Dass man im Falle des EuGH nicht zu einer anderen Folgerung kommen sollte, ist nur logisch, und die Tatsache, dass die EuGH-Generalanwälte ihrer Aufgabe nach nicht Richter sind, ändert daran nichts, da sie sonst denselben Status wie die Richter haben und an der Rechtssprechungsfunktion teilhaben.⁸⁴ Man kann sich in diesem Zusammenhang fragen, ob der EGMR auch diese Spezifiken der internen Organisation des EuGH und des EuG so einfach außer Acht lassen würde.

Auch sollten die in Minderheitsvoten mehrerer EGMR-Richter und im Schrifttum geäußerten Zweifel über die Begründetheit der *Vermeulen*-Rechtssprechung und Bedenken gegen ihre Übertragung auf den Regierungskommissar des *Conseil d'Etat* berücksichtigt werden.

Weiter ist auf die in dem *Emesa*-Beschluss des EuGH enthaltenen Argumente hinzuweisen; diese stellen die *Vermeulen*-Rechtssprechung als solche nicht in Frage, sondern zielen nur auf die Gründe, aus welchen der EuGH diese Rechtssprechung für nicht auf ihn selbst übertragbar hält.

⁸³ Aus seinem Minderheitsvotum zu dem EGMR-Urteil *Reinhardt* und *Slimane Kaïd*, EGMR Slg. 1998, II-673

⁸⁴ Wie in den Kap. V. 1 und V. 2 dargestellt.

Aus den statusbezogenen Argumenten des EuGH ergibt sich, dass die Generalanwälte unabhängige und unparteiliche Mitglieder des Organs selbst sind, die bei der Entscheidungsfindung mitwirken, wobei sie keine wie auch immer gearteten Interessen vertreten.

Was die verfahrensbezogenen Argumente des EuGH betrifft, ist hier noch einmal zu erwähnen, dass sich der EuGH auf Art. 61 seiner Verfahrensordnung gestützt hat. Dieser gibt ihm die Befugnis, nach Anhörung des Generalanwalts die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung anzuordnen. Der EuGH kann von dieser Befugnis Gebrauch machen, „...wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen für entscheidungserheblich erachtet“.⁸⁵ Bezüglich des EuG ist eine identische Regelung im Art. 62 seiner Verfahrensordnung enthalten.

Das kontradiktorische Verfahren wird auch dadurch garantiert, dass der Gerichtshof gemäß Art. 60 der EuGH-VerfO die Möglichkeit hat, jederzeit nach Anhörung des Generalanwalts eine Beweisaufnahme oder die Wiederholung und Erweiterung einer früheren Beweiserhebung anzuordnen. In der EuG-VerfO stellt der Art. 49 eine entsprechende Vorschrift dar. Da aber diese Befugnisse dem Gerichtshof bzw. dem Gericht erster Instanz nach ihrem Ermessen zustehen, können Zweifel darüber entstehen, ob dieses Argument genug überzeugend ist.

Außerdem hat der Präsident nach Art. 42 § 2 II der EuGH-VerfO die Möglichkeit, auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts einer Partei eine Frist zur Stellungnahme setzen, falls *die Gegenpartei* im Laufe des Verfahrens neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß Abs. 1 dieser Vorschrift geltend macht. Diese Regelung belegt, dass das Prinzip des kontradiktorischen Verfahrens *zwischen den Streitparteien* Anwendung findet, und nicht zwischen einer der Parteien und dem Gerichtshof (dem die Generalanwälte ja angehören), dem eine Stellung *super partes* zusteht.

⁸⁵ EuGH, Slg. 2000, I-673, Rn. 18

Auch hätte es notwendigerweise eine Verlängerung des Verfahrens zur Folge, wenn die Streitparteien das Recht hätten, auf die Schlussanträge des Generalanwalts zu erwidern, und zwar nicht nur aus den Gründen, die der EuGH in der Rn. 17 des *Emesa*-Beschlusses genannt hat. Wie schon im Kap. V. 2 erwähnt, werden die Schlussanträge in der Praxis meistens an einem späteren Datum erstellt und die Verhandlung entsprechend vertagt. Es ist zu erwarten, dass die äußerungswillige Partei oder ihr Anwalt nicht in der Lage wären, gleich im Anschluss auf die Schlussanträge zu diesen kompetent Stellung zu nehmen. Falls der Generalanwalt einige Zeit für die Vorbereitung seiner Schlussanträge gebraucht hat, wird auch eine effiziente Reaktion darauf einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen.

Und schließlich, „Apart from the immediate practical utility of their opinions, the advocates general have contributed over the years to the development of Community law, and are frequently cited on questions, which the judges have not found it necessary to decide.”⁸⁶ Man kann sicherlich Bedenken dagegen haben, dass die Streitparteien im Falle eines Äußerungsrechts zu solchen komplizierten Fragen Stellung nehmen könnten.

Nicht zuletzt ist die geringe Zahl der Rechtssachen zu berücksichtigen, in denen ein Generalanwalt am EuG bestellt wird, da gerade das EuG gemäß Art. 225 I EG für die Verfahren erstinstanzlich zuständig ist, in denen die von der EMRK geschützte Personen als Streitparteien auftreten. Der EuGH ist für Fälle von Privatpersonen nur zuständig,

1. falls sie gegen die Entscheidung des EuG gemäß Art. 55 II i.V.m. Art. 58 I der Satzung des Gerichtshofs ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel einlegen, oder
2. im Rahmen eines Vorlageverfahrens gemäß Art. 234 EG, wie es bei dem *Emesa*-Beschluss der Fall war.

Allerdings enthält Art. 225 III S. 1 EG die Möglichkeit, in der Satzung des Gerichtshofs die Zuständigkeit des EuG für Vorabentscheidungen in besonderen Sachgebieten festzulegen. Unter Berücksichtigung der Überlastung des EuGH ist zu erwarten, dass der Rat nach

⁸⁶ *Brown – Kennedy*, The Court of Justice of the European Communities, 2000, S. 69

Maßgabe des Art. 245 II EG von dieser Befugnis Gebrauch machen wird, wodurch die Zahl der Verfahren, wo kein Generalanwalt bestellt wird, wiederum steigen wird.

Hinzu kommt das Problem, dass die typischerweise vor dem EuGH auftretenden Streitparteien, d. h. die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane, kaum als durch die EMRK geschützte Personen betrachtet werden könnten. Nach Art. 1 EMRK sichern die Hohen Vertragsschließenden Teile die in der Menschenrechtskonvention niedergelegten Rechte und Freiheiten allen *ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen* zu. Daraus ergibt sich der Zweck der EMRK, und zwar, die Privatpersonen gegen den Staat zu schützen. Unter diesen Begriff fallen nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen, wenn es die Natur des konkreten Rechts zulässt. Aber auch nach einem eventuellen Beitritt der EU zu der EMRK werden wir nicht sagen können, dass die Mitgliedstaaten der EU der Herrschaftsgewalt der Union i. S. des Art. 1 EMRK unterliegen würden. Auch dies spricht gegen die Übertragbarkeit der *Vermeulen*-Rechtssprechung auf das Verfahren vor dem EuGH.

Da die *Vermeulen*-Rechtssprechung des EGMR entscheidend von der Anscheinstheorie beeinflusst wurde, ist die Unmöglichkeit, auf die Schlussanträge zu erwidern, auch im Lichte der Tatsache zu beurteilen, dass die EuGH- und EuG-Generalanwälte an den Beratungen nicht teilnehmen.⁸⁷ Gemäß des Minderheitsvotums von sieben EGMR-Richtern zu dem Urteil *Kress* „...tout justiciable averti, et en tout cas tout avocat informé, sait que la participation au délibéré de quelqu'un qui a exprimé publiquement son *opinio juris* ne va pas, par sa simple présence, alourdir le poids de cette opinion sur les juges ayant à délibérer et à voter. Ou alors c'est faire injure à ces derniers, et leur imputer au manque d'indépendance et d'impartialité.“⁸⁸ Umso weniger können die Streitparteien vor dem EuGH bzw. vor dem EuG Ungleichheit empfinden, deren Generalanwälte an den Gerichtsberatungen nicht teilnehmen, obwohl sie an der Rechtssprechungsfunktion beteiligte Mitglieder des jeweiligen Organs selbst sind.

⁸⁷ Obwohl diese Tatsache noch im Bezug auf das Prinzip der Waffengleichheit im folgenden Abschnitt gesondert kurz behandelt wird.

⁸⁸ Zitiert nach RTDE, 2001, S. 819, Rn. 8

2. Die Nichtteilnahme der Generalanwälte an den Gerichtsberatungen

Die Luxemburger Generalanwälte - im Unterschied zu den unabhängigen Justizbeamten in den nationalen Rechtsordnungen und zu dem französischen Regierungskommissar - nehmen an den Beratungen des Gerichtshofs bzw. des Gerichts erster Instanz nicht teil.⁸⁹ Auf diesen Umstand hat auch der EGMR in seinem Urteil *Kress* ausdrücklich hingewiesen, als er die Verletzung des Art. 6 I EMRK durch die Teilnahme des Regierungskommissars an der Beratung des *Conseil d'Etat* feststellte.⁹⁰ Mit Bezug auf das Prinzip der Waffengleichheit ist das Verfahren vor dem EuGH und vor dem EuG aus der Sicht der *Vermeulen*-Rechtssprechung also unproblematisch.

Wegen dieses Unterschiedes fehlt in dem Verfahren vor dem Gerichtshof und vor dem Gericht erster Instanz ein wesentliches Element, auf dem die Anscheinstheorie basiert. Deswegen ist er auch bei der Beurteilung dieses Verfahrens aus der Sicht des Prinzips des kontradiktorischen Verfahrens von erheblicher Bedeutung.

⁸⁹ Vgl. Kap. V. 2

⁹⁰ RTDE 2001, S. 816, Rn. 86

Schlusswort

Die in dieser Magisterarbeit dargelegten Argumente sprechen gegen die Übertragbarkeit der *Vermeulen*-Rechtssprechung des EGMR auf die Generalanwälte beim EuGH und beim EuG. Sie stützen sich nicht nur darauf, dass diese Rechtssprechung, und vor allem ihre bereits erfolgte Übertragung auf den französischen *Conseil d'Etat*, nicht überzeugend ausfallen und als solche im Schrifttum und in mehreren Minderheitsvoten der EGMR-Richter auch kritisiert wurden.

Vor allem die Unterschiede zwischen den von der *Vermeulen*-Rechtssprechung betroffenen *magistrats indépendants* und den EuGH- bzw. EuG-Generalanwälten ermöglichen eine solche Übertragung nicht. Diese Unterschiede werden besonders deutlich bei der Stellung und bei den Aufgaben der Luxemburger Generalanwälte: die EuGH- und die EuG-Generalanwälte sind Mitglieder des Organs selbst, die denselben Status wie die Richter haben und an der Rechtssprechungsfunktion teilnehmen. Dabei unterliegen sie keiner Behörde außerhalb des jeweiligen Gerichts. Desweiteren haben sie keine Aufgabe, das Gemeinschaftsinteresse oder die Einheitlichkeit der Rechtssprechung zu wahren.

Von den verfahrensbezogenen Unterschieden ist von größter Bedeutung, dass die EuGH- bzw. EuG-Generalanwälte an den Gerichtsberatungen nicht teilnehmen. Daneben sollte auch die geringe Zahl der Verfahren berücksichtigt werden, in denen die von der EMRK geschützten Personen als Streitparteien auftreten und in denen kein Generalanwalt bestellt wird.

Literaturverzeichnis

Benoît-Rohmer, Florence: Conseil d'Etat et Cour de cassation contre Cour européenne des droits de l'homme: à propos de l'influence possible des arrêts *Vermeulen* et *Lobo Machado* de la Cour européenne des droits de l'homme sur la procédure contentieuse française. In: Revue Trimestrielle du Droit Européen (RTDE) 1997, S. 377 - 389.

Benoît-Rohmer, Florence: Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable. In: RTDE 2001, S. 727 - 741.

Bonnet, André: La nouvelle partition (à écrire) du commissaire du gouvernement. In: L'Actualité juridique, Droit administratif (AJDA) 2003, S. 323 - 326

Boulouis, Jean; Darmon, Marco; Huglo, Jean-Guy: Contentieux communautaire. Éditions Dalloz 2001

Brown, L. Neville; Kennedy, Tom: The Court of Justice of the European Communities. Sweet & Maxwell 2000

Bulterman, Mielle: Human Rights in the Treaty Relations of the European Community – Real Virtues or Virtual Reality? INTERSENTIA 2001

Council of Europe: YEARBOOK OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS, Volume 41, 42. Martinus Nijhoff Publishers 1998, 1999

Debbasch, Carles; Ricci, Jean-Claude: Contentieux administratif. Éditions Dalloz, 7. Aufl. 1999

Europäische GRUNDRECHTE - Zeitschrift (EuGRZ) 2003, Heft 1-3

Flauss, Jean-Francois: Actualité de la Convention européenne des droits de l' homme. In: AJDA 1996, S. 1005 - 1021

Gaudemet, Yves: Traité de droit administratif - Droit administratif général. L.G.D.J. 2001

Guillien, Raymond; Vincent, Jean: Termes juridiques. Éditions Dalloz 1995

Guimezanes, Nicole: Introduction au droit français. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1999

Gundel, Jörg: Die Krombach-Entscheidung des EGMR: Europäischer Menschenrechtsschutz mit (Durchsetzungs-) Schwächen. In: NJW 2001, S. 2380 - 2383

Gundel, Jörg: Verfahrensgrundrechte. In: *Ehlers, Dirk* (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. De Gruyter Recht 2003

Hunnings, Neville March: The European Courts. Catermill International Ltd. 1996

Jacqué, Jean Paul: L'Adhésion de la Communauté Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme – Aspects juridiques et techniques. In: *Iliopoulos-Strangas* (Hrsg.): Grundrechtsschutz im europäischen Raum – Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1993

Lecheler, Helmut: Einführung in das Europarecht. C. H. Beck 2000

Lenaerts, Koen; Arts, Dirk: Procedural Law of the European Union. Sweet & Maxwell 1999

Picheral, Caroline: L' ORDRE PUBLIC EUROPÉEN - Droit communautaire et Droit européen des droits de l'homme. La Documentation française 2001

Rolin, Frédéric: Anmerkung zum Urteil *Mme. Esclatine*. In: AJDA 1999, S. 70 - 75.

Simon, Denys: Le système juridique communautaire. Presses Universitaires de France 1997

Toth, Akos G.: The Oxford Encyclopaedia of European Community Law, Vol. 1, Institutional law. OXFORD UNIVERSITY PRESS 1990

Weiß, Wolfgang: Die Europäische Menschenrechtskonvention, der Grundrechtsstandard in der EU und das EG-Kartellverfahren. In: Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS) 1997, S. 253 – 257

Versicherung zur Magisterarbeit

**Gemäß § 9 (3) Ordnung für Studium und Prüfung zur Erlangung des Grades
einer Magistra legum oder eines Magister legum (LL.M.)
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin**

Ich versichere, dass ich die Arbeit selbstständig verfasst, keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel und Quellen benutzt und die Arbeit oder wesentliche Teile daraus auch nicht in einem Verfahren außerhalb des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin zur Erbringung von Leistungsnachweisen oder Prüfungsleistungen verwendet habe.

Berlin, den 11. Juni 2003

Branislav Urbanič