

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 11. Juli 2002<sup>1</sup>

## I. Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen ist ungewöhnlich. Der (erstinstanzlich für Ausländerrecht in Großbritannien zuständige) Immigration Adjudicator legt nochmals dieselbe Frage vor, die er — bezogen auf die Parteien des Ausgangsverfahrens, auf das Verfahren, in dem sich sie sich stellte, und auf ihren Wortlaut — dem Gerichtshof bereits 1998 vorgelegt und die dieser bereits beantwortet hatte.

2. Der britische Richter möchte aber nicht nur eine erneute Entscheidung im Licht der von ihm angeführten Entscheidungsgesichtspunkte erreichen, sondern auch, dass der Gerichtshof allgemein darüber befindet, welche Mittel dem nationalen Gericht und den Parteien des Ausgangsverfahrens zur Verfügung stehen um sich zu vergewissern, dass das Verfahren vor dem Gerichtshof den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention entspricht; darüber hinaus soll der Gerichtshof feststellen, ob diese Anforderungen anlässlich des ersten Vorabentscheidungsersuchens erfüllt worden sind.

3. Das allgemeine Problem, das diesem erneuten Vorabentscheidungsersuchen zu Grunde liegt, ist die Frage der Vereinbarkeit des Verfahrens vor dem Gerichtshof mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens, wie sie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte versteht, insbesondere was die eingeschränkte Möglichkeit der Beteiligten anbelangt, nach dem Vortrag der Schlussanträge des Generalanwalts rechtliches Gehör zu erhalten.

## II. Maßgebliche Gemeinschaftsvorschriften

4. Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft<sup>2</sup> bestimmt:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten

<sup>1</sup> — Originalsprache: Spanisch.

<sup>2</sup> — ABl. L 257, S. 2.

hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

6. Artikel 4 Absatz 4 der Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft<sup>3</sup> bestimmt:

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.“

„Einem Familienmitglied, das nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, wird ein Aufenthaltsdokument mit der gleichen Gültigkeit ausgestellt wie dem Arbeitnehmer, von dem es seine Rechte herleitet.“

5. Artikel 10 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 lautet wie folgt:

„Bei dem Arbeitnehmer, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt und im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates beschäftigt ist, dürfen folgende Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit Wohnung nehmen:

- a) sein Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird;
- b) seine Verwandten und die Verwandten seines Ehegatten in aufsteigender Linie, denen er Unterhalt gewährt.“

### III. Der nationale rechtliche Rahmen

7. Die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften sind der Immigration Act 1971 (Einwanderungsgesetz von 1971), die Immigration (European Economic Area) Order 1994 (Einwanderungsverordnung [Europäischer Wirtschaftsraum] von 1994; nachstehend: EEA Order) und die United Kingdom Immigration Rules (House of Commons Paper 395) (durch das britische Parlament im Jahr 1994 erlassene Einwanderungsregelung) in ihrer zur maßgeblichen Zeit geltenden Fassung (nachstehend: Immigration Rules), die die Einreise ins Vereinigte Königreich und den Aufenthalt dort regeln.

<sup>3</sup> — ABl. L 257, S. 13.

8. Paragraph 255 der Immigration Rules bestimmt:

„Ein EWR-Staatsangehöriger (der nicht Student ist) oder der Familienangehörige einer solchen Person, dem eine fünf Jahre gültige Aufenthaltserlaubnis oder eine ebensolche Aufenthaltsbescheinigung ausgestellt wurde und der sich im Vereinigten Königreich gemäß der Bestimmungen der EEA Order 1994 vier Jahre lang aufgehalten hat und sich weiterhin dort aufhält, kann auf Antrag einen Vermerk auf seiner Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbescheinigung (je nach Lage des Falles) erhalten, der die Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt im Vereinigten Königreich bescheinigt.“

9. Paragraph 287 der Immigration Rules lautet:

„Unter folgenden Voraussetzungen wird dem Ehegatten einer Person, die im Vereinigten Königreich lebt und dort auf Dauer Wohnsitz genommen hat, eine unbefristete Erlaubnis zum Aufenthalt erteilt:

- i) Dem Antragsteller wurde für einen Zeitraum von zwölf Monaten die Einreise in das Vereinigte Königreich gestattet oder die Verlängerung seines Aufenthalts gewährt, und er hat dort mindestens zwölf Monate als Ehegatte einer Person verbracht, die dort lebt und auf Dauer Wohnsitz genommen hat, und

- ii) der Antragsteller ist noch mit der Person verheiratet, in Bezug auf die ihm zum Zweck des Zusammenlebens die Einreise gestattet oder die Verlängerung seines Aufenthalts gewährt wurde, und die Ehe besteht noch, und

- iii) beide Ehepartner beabsichtigen, ständig als Eheleute zusammenzuleben.“

10. Gemäß Artikel 33 Absatz 2A des Immigration Act 1971 „gilt eine Person als im Vereinigten Königreich sesshaft, wenn sie sich dort gewöhnlich aufhält, ohne dass für sie aufgrund der Einwanderungsbestimmungen irgendeine Einschränkung bezüglich der Dauer ihres Aufenthalts gilt“.

11. Nach der einschlägigen nationalen Rechtsprechung bewirkt allein die Tatsache, dass ein Wanderarbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates ist, in Großbritannien seinen Wohnsitz hat, noch keine Sesshaftigkeit im Sinne dieser Vorschrift.

12. Gemäß Artikel 4(1) der EEA Order hat eine „berechtigte Person“ das Recht zum Aufenthalt im Vereinigten Königreich, solange sie diese Eigenschaft besitzt, wobei

dieses Recht nach Artikel 4(2) der EEA Order auf Familienangehörige einschließlich des Ehegatten erstreckt wird. Gemäß Artikel 6 der EEA Order ist eine „berechtigte Person“ ein EWR-Staatsangehöriger, der im Vereinigten Königreich eine Arbeitnehmertätigkeit ausübt.

wurde ihr eine bis zum 2. November 1999 gültige fünfjährige Aufenthaltserlaubnis ausgestellt. Der Kläger erhielt als Ehegatte einer EG-Staatsangehörigen, die im Vereinigten Königreich Rechte aus dem EG-Vertrag ausübt, eine Erlaubnis zum Aufenthalt im Vereinigten Königreich für den gleichen Zeitraum.

#### IV. Sachverhalt und Ausgangsverfahren

13. Aus dem Inhalt der Akten ergibt sich als Anlass für das vorliegende Verfahren zusammengefasst folgender Sachverhalt.

14. Herr Kaba, ein Kosovare albanischen Ursprungs mit jugoslawischer Staatsangehörigkeit, kam am 5. August 1991 in das Vereinigte Königreich. Sein Antrag auf Erlaubnis zur Einreise als Besucher für einen Monat wurde abgelehnt, aber er verließ das Vereinigte Königreich nicht. Im Februar 1992 stellte er einen Asylantrag.

15. Am 4. Mai 1994 heiratete der Kläger die französische Staatsangehörige Virginie Michonneau, die er 1993 kennengelernt hatte, als sie im Vereinigten Königreich arbeitete. Das Ehepaar lebte seit der Eheschließung zusammen. Nach einem vorübergehenden Aufenthalt in Frankreich kehrte Frau Michonneau im Januar 1994 als Arbeitsuchende in das Vereinigte Königreich zurück und fand im April 1994 eine Beschäftigung. Im November 1994

16. Am 23. Januar 1996 beantragte Herr Kaba eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, die ihm mit Entscheidung des Secretary of State for the Home Department vom 9. September 1996 verweigert wurde. Zur Begründung führte der Secretary of State in seinem Schreiben vom 3. Oktober 1996 aus, dass der Antragsteller die Voraussetzungen nach Paragraph 255 der Immigration Rules nicht erfülle, da sich seine Ehefrau erst seit einem Jahr und zehn Monaten gemäß der EEA Order im Vereinigten Königreich aufhalte.

17. Am 15. September 1996 erhob der Kläger gegen diese Entscheidung beim Immigration Adjudicator Klage. Er machte geltend, dass die Vorschriften der Immigration Rules, die für Personen gälten, die im Vereinigten Königreich „lebten und auf Dauer Wohnsitz genommen hätten“, günstiger als diejenigen seien, die für seine Ehegattin und ihn gälten.

18. Der Immigration Adjudicator ist der Ansicht, dass die Situation in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit mit derjenigen vergleichbar sei, die dem Urteil Reed<sup>4</sup> vom 17. April 1986 zugrunde liege. In diesem Fall habe der Gerichtshof festgestellt, dass die einem Wanderarbeitnehmer eingeräumte Möglichkeit, zu erreichen, dass es seinem ledigen Partner, der nicht Staatsangehöriger des Aufnahmemitgliedstaats sei, gestattet werde, sich dort bei ihm aufzuhalten, eine „soziale Vergünstigung“ im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 darstelle.

19. Im Urteil Reed<sup>5</sup> habe der Gerichtshof zwar entschieden, dass ein Mitgliedstaat, der seinen Staatsangehörigen eine soziale Vergünstigung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 einräume, diese Vergünstigung nicht den Wanderarbeitnehmern verweigern könne, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten seien, doch habe er in Randnummer 23 des Urteils Singh<sup>6</sup> vom 7. Juli 1992 auch darauf hingewiesen, dass es den Mitgliedstaaten nach den Artikeln 48 und 52 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 EG und 43 EG) nicht verwehrt sei, auf ausländische Ehegatten ihrer Staatsangehörigen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen anzuwenden, die günstiger seien, als das Gemeinschaftsrecht dies vorsehe.

20. Am 25. September 1998 legte der Immigration Adjudicator dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:

1. Stellen das Recht auf Beantragung einer unbefristeten Erlaubnis zum Aufenthalt im Vereinigten Königreich und das Recht auf Behandlung dieses Antrags eine „soziale Vergünstigung“ im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 dar?
2. Stellt es eine rechtswidrige, gegen Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 verstoßende Diskriminierung dar, dass die Ehegatten von EG-Staatsangehörigen sich vier Jahre lang im Vereinigten Königreich aufgehalten haben müssen, bevor ein Antrag auf unbefristete Erlaubnis zum Aufenthalt im Vereinigten Königreich gestellt und behandelt werden kann (siehe Paragraph 255 der United Kingdom Immigration Rules, House of Commons Paper 395), während sich die Ehegatten von Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs und die Ehegatten von Personen, die im Vereinigten Königreich leben und dort auf Dauer Wohnsitz genommen haben, zwölf Monate dort aufgehalten haben müssen, bevor ein solcher Antrag gestellt werden kann (Paragraph 287 der United Kingdom Immigration Rules, House of Commons Paper 395)?

21. Die öffentliche mündliche Verhandlung fand am 15. Juni 1999 statt.

4 — Rechtssache 59/85, Slg. 1986, 1283.

5 — Zitiert in Nr. 18.

6 — Rechtssache C-370/90, Slg. 1992, I-4265.

22. Generalanwalt La Pergola hielt seine Schlussanträge am 30. September 1999. Er schlug darin vor, die durch das britische Gesetz eingeräumte unbefristete Aufenthaltserlaubnis als „soziale Vergünstigung“ im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 anzusehen, aber keinen Verstoß gegen das in dieser Vorschrift enthaltene Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darin zu sehen, dass eine Vorschrift eines Mitgliedstaats die Erlangung dieser Vergünstigung von Aufenthaltszeiten abhängig macht, deren Dauer, je nachdem, ob der Antragsteller Ehegatte eines EG-Wanderarbeitnehmers oder einer im Aufnahmestaat anwesenden und sesshaften Person ist, unterschiedlich ausfällt.

23. Die englischsprachige Fassung der Schlussanträge wurde Herrn Kaba am 27. Januar 2000 übersandt.

24. Am 3. Februar 2000 sandten die Bevollmächtigten des Herrn Kaba per Fax einen Schriftsatz an den Gerichtshof, in dem sie ihre Besorgnis über die Richtigkeit des vom Generalanwalt anscheinend seinen Schlussanträgen zugrunde gelegten Sachverhalt zum Ausdruck brachten. Sie machten geltend, die betreffenden Unrichtigkeiten stellten außergewöhnliche Gründe für eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung dar; weitere Ausführungen würden bald nachgereicht.

25. Unter dem Datum vom 16. März 2000 reichten die Rechtsanwälte die angekündigten Ausführungen nach, die mit folgender Bemerkung enden:

„Die vorstehenden Erwägungen werden durch Schriftstücke belegt, die dem Gerichtshof bereits vorliegen. Sollte es dieser indessen für notwendig erachten, das mündliche Verfahren zur Absicherung eines vollständigen Verständnisses der maßgebenden Gesichtspunkte und einer Korrektur der durch den Generalanwalt vorgenommenen unrichtigen Schlussfolgerungen wieder zu eröffnen, bieten die Bevollmächtigten des Herrn Kaba ihre umfassende Kooperation an.“

26. Mit Schreiben vom 31. März 2000 bestätigte die Kanzlei des Gerichtshofes den Eingang der im Namen des Herrn Kaba abgegebenen neuen schriftlichen Ausführungen und wies zugleich darauf hin, dass sie diese aufgrund der Tatsache, dass die Verfahrensordnung die Abgabe von Stellungnahmen nach Abschluss des mündlichen Verfahrens nicht vorsehe, nicht zu den Verfahrensakten nehmen werde.

27. Der Gerichtshof verkündete sein Urteil am 11. April 2000, das durch Beschluss vom 4. Mai 2001 berichtigt wurde und in dem er — ohne auf die Frage einzugehen, ob ein unbefristetes Aufenthaltsrecht eine „soziale Vergünstigung“ darstellt — entschied, dass eine Regelung eines Mitgliedstaats, nach der sich die Ehegatten von Wanderarbeitnehmern, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, vier Jahre lang in diesem Mitgliedstaat

aufgehalten haben müssen, bevor ein Antrag auf unbefristete Aufenthaltserlaubnis gestellt werden kann, während für die Ehegatten von Personen, die in diesem Mitgliedstaat auf Dauer Wohnung genommen haben, ohne Beschränkungen hinsichtlich der künftigen Aufenthaltsdauer zu unterliegen, nur ein Aufenthalt von zwölf Monaten verlangt wird, keine Diskriminierung darstellt, die gegen Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 verstößt.

28. Mit Schreiben vom 25. April 2000 beantragten die Bevollmächtigten des Herrn Kaba die Übersendung eines Protokolls der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 1999, das ihnen mit der Begründung verweigert wurde, dass es sich hierbei um interne Dokumente des Gerichtshofes handle.

29. Am 12. September 2000 erhob Herr Kaba vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Klage gegen das Vereinigte Königreich wegen Verstoßes gegen Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachstehend: Konvention).

30. Vor dem Immigration Adjudicator machte der Kläger geltend, der Gerichtshof habe zu Unrecht angenommen, eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis stelle eine sicherere oder stabilere Rechtsposition als die von EG-Staatsangehörigen im Vereinigten

Königreich dar, was zur Übernahme der irrtümlichen Schlussfolgerung geführt habe, er, der Kläger, begehre ein weiteres Aufenthaltsrecht als es seiner Ehefrau, einer EG-Staatsangehörigen, zustehe. Diese Argumentation beruhe auf der Auffassung des Generalanwalts in Nummer 50 seiner Schlussanträge, wonach die Erklärungen der Regierung des Vereinigten Königreichs eine Rechtfertigung für die festgestellte Ungleichbehandlung enthielten, während sich diese Erklärungen in Wirklichkeit nicht auf eine Rechtfertigung, sondern auf die Frage der Vergleichbarkeit von Sachverhalten bezogen hätten. Die Frage der Rechtfertigung sei während des gesamten Verfahrens nicht erörtert worden.

31. Zweitens habe der Generalanwalt den dem Ausgangsverfahren zugrunde liegenden Sachverhalt unzutreffend wiedergegeben. Diese Kritik macht sich das vorlegende Gericht insoweit zu Eigen, als in dem ersten Vorlagebeschluss als entscheidungserhebliches Element lediglich die unterschiedliche Aufenthaltsdauer, die von beiden Personengruppen verlangt werde, genannt worden sei, da der Betroffene unstrittig alle anderen Anspruchsvoraussetzungen der Immigration Rules erfüllt habe.

32. Drittens wirft der Kläger dem Generalanwalt vor, in Nummer 3 seiner Schlussanträge erklärt zu haben, dass die EEA Order britische Staatsangehörige und ihre Familien nicht betreffe, obwohl diese in der Praxis aufgrund des Urteils Singh<sup>7</sup> des Gerichtshofes vom 7. Juli 1992 auf britische Staatsangehörige und ihre Familienangehörigen, die nach Großbritannien

<sup>7</sup> — Zitiert in Nr. 19.

zurückkehrten, angewandt werde, nachdem sie die ihnen vom Vertrag verliehenen Rechte in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt hätten. Auch dieser Vorwurf findet sich in der Begründung des erneuten Vorlagebeschlusses wieder.

sicherzustellen, dass weder nach dem innerstaatlichen Gesetz über die Menschenrechte noch vor dem Gerichtshof für Menschenrechte eine Haftung wegen Verstoßes gegen Artikel 6 EMRK begründet wird?

33. Schließlich führt Herr Kaba noch weitere Gründe dafür an, warum der Gerichtshof seiner Meinung nach hätte anders entscheiden müssen.

2. 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?

#### V. Die vorgelegten Vorabentscheidungsfragen

#### Zweite Frage

34. Aufgrund dieser Umstände hat der Immigration Adjudicator am 17. Dezember 2000 beschlossen, ein neues Vorabentscheidungsersuchen gemäß Artikel 234 EG mit folgendem Wortlaut vorzulegen:

Da der Immigration Adjudicator zu dem Ergebnis gelangt ist, dass der Kläger und der Ehepartner einer im Vereinigten Königreich lebenden Person, die dort auf Dauer ihren Wohnsitz genommen hat, insofern unterschiedlich behandelt wurden (oder würden), als

#### Erste Frage

1. 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

- a) der Kläger, der als Ehepartner einer EU-Staatsangehörigen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausübte, in das Vereinigte Königreich einreiste, sich vier Jahre im Vereinigten Königreich aufhalten haben müsste, bevor er einen Antrag auf Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt stellen könnte, während

- b) der Ehepartner einer Person, die im Vereinigten Königreich lebt und dort auf Dauer ihren Wohnsitz genommen hat (also entweder ein britischer Staatsangehöriger oder jemand, der im Besitz einer Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt ist), nach einem Jahr die Voraussetzungen für die Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt erfüllt;

2. Liegt nach erneuter Würdigung des Sachverhalts eine Ungleichbehandlung vor, die gegen Artikel 39 EG und/oder Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) des Rates Nr. 1612/68 verstößt?

Da dem vorlegenden Gericht weder in der Verhandlung, die zum Vorlagebeschluss vom 25. September 1998 geführt hat, noch in den schriftlichen Stellungnahmen oder den mündlichen Ausführungen des Beklagten vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften noch in der Verhandlung, die zu diesem Vorlagebeschluss geführt hat, Beweis im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung zwischen dem Kläger und dem Ehepartner einer im Vereinigten Königreich lebenden Person, die dort auf Dauer ihren Wohnsitz genommen hat, angeboten wurde (oder Ausführungen dazu gemacht wurden), obwohl es um erschöpfende Ausführungen gebeten hatte, ersucht es um Antwort auf folgende Fragen:

1. Ist das Urteil des Gerichtshofes vom 11. April 2000 in diesem Rechtsstreit (Rechtssache C-356/98) ungeachtet der Antwort auf die vorstehende Frage dahin auszulegen, dass unter diesen Umständen eine Ungleichbehandlung vorlag, die gegen Artikel 39 EG und/oder gegen Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) des Rates Nr. 1612/68 verstieß?

## VI. Untersuchung der Vorabentscheidungsfragen

35. Das vorlegende Gericht räumt ein, dass die beiden an den Gerichtshof gerichteten Fragen ihrem Wesen nach sehr unterschiedlich sind bis dahin, dass — so ebenfalls der Adjudicator — die Beantwortung der zweiten Frage unabhängig von der Beantwortung der ersten Frage ist.

Die erste Frage weist ein hohes Maß an Abstraktion auf. Ihr erster Teil betrifft die Frage nach den Mitteln im weitesten Sinne, die dem vorlegenden Gericht und den betroffenen Parteien zu Verfügung stehen um festzustellen, dass „das gesamte Verfahren“ die sich aus den Grundrechten ergebenden Anforderungen erfüllt hat.

Der zweite Teil der ersten Frage ist nicht nur abstrakt, sondern auch vage und hypothetisch. Er kann entweder so verstanden werden, dass mit dem „im vorliegenden Fall durchgeführten Verfahren“ ausschließlich der Verlauf des Vorabent-

scheidungsverfahrens vor dem Gerichtshof oder — angesichts des ersten Teils der Frage — so, dass das Verfahren insgesamt gemeint ist. Darüber hinaus ist es nicht möglich, ohne nähere Angaben die Feststellung zu beantragen, dass ein Verfahren insgesamt, oder auch nur das Vorabentscheidungsverfahren, den Anforderungen an ein faires Verfahren gemäß Artikel 6 der Konvention entspricht.

37. Ich halte es daher für vernünftig und darüber hinaus mit den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Rechtspflege für vereinbar, zunächst die zweite Frage zu untersuchen, um dann zur Beantwortung der ersten Frage das gefundene Ergebnis auf diese zu übertragen.

Versteht man beide Teile der Frage wörtlich, müsste der Gerichtshof sich im Beschlussweg für unzuständig erklären, da ihm Artikel 234 nicht die Aufgabe zuweist, Gutachten zu allgemeinen oder hypothetischen Fragen abzugeben, sondern er nach dieser Vorschrift einen Beitrag zur Rechtspflege in den Mitgliedstaaten zu leisten hat<sup>8</sup>.

36. Die Kommission weist demgegenüber zutreffend darauf hin, dass der Inhalt der ersten Frage im Licht der zweiten Frage verstanden werden muss. Der Vorlagebeschluss folgt offenbar dem Schema, dass einerseits die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen bestimmte Grundsätze des fairen Verfahrens ermittelt werden sollen und zum anderen ein erneutes Verfahren, teilweise mit der Begründung, dass gegen diese Grundsätze verstoßen worden sei, vorgeschlagen wird.

### 1. Die zweite Vorabentscheidungsfrage

38. Mit seinem Beschluss vom 25. September 1998 zur Einleitung des ersten Vorabentscheidungsverfahrens wollte der Immigration Adjudicator erstens wissen, ob das Recht, eine unbefristete Aufenthaltsberechtigung zu beantragen eine „soziale Vergünstigung“ im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 ist und zweitens, ob das Erfordernis eines vierjährigen Aufenthaltes, wie er von Ehegatten von EG-Staatsangehörigen statt nur zwölf Monaten bei den britischen Staatsangehörigen und ihnen gleichgestellten Personen verlangt wird, eine Diskriminierung unter Verstoß gegen die genannte Vorschrift darstellt.

39. Die zweite Frage des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens ist damit praktisch identisch<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> — Siehe Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1981 in der Rechtssache 244/80 (Foglia, Slg. 1981, 3045, Randnr. 18).

<sup>9</sup> — Das vorliegende Gericht fragt zwar nicht, wie das Recht, eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu beantragen, im Hinblick auf Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 einzuordnen ist; diese Frage wäre aber notwendigerweise als Vorfrage zu erörtern, wollte der Gerichtshof das Vorliegen einer Diskriminierung bejahen. Ebenso steht fest, dass sich die jetzige Frage auch auf Artikel 39 EG bezieht; doch dies ist sowohl aufgrund des Grundsatzes „*iura novit curia*“ als auch des Fehlens speziellen Vortrags zu dieser Vorschrift ohne Belang.

40. Hinsichtlich der Zulässigkeit der erneuten Vorlage habe ich keine Bedenken. In den durch Artikel 234 EG gezogenen Grenzen ist es allein Sache der innerstaatlichen Gerichte, über die Frage einer Vorlage an den Gerichtshof und über deren Gegenstand zu entscheiden, und auch allein diese Gerichte haben darüber zu befinden, ob sie sich durch die auf ihr Ersuchen ergangene Vorabentscheidung für hinreichend unterrichtet halten oder ob es ihnen erforderlich erscheint, den Gerichtshof erneut anzurufen, ohne dass hierdurch die Verbindlichkeit der Vorabentscheidungen berührt wird<sup>10</sup>.

41. Der Vorlagebeschluss ist sorgfältig zu prüfen und um die im Namen von Herrn Kaba abgegebenen schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen zu ergänzen, um festzustellen, welche Gründe den Immigration Adjudicator veranlasst haben, erneut dieselbe Frage vorzulegen.

42. Bei einer solchen Prüfung ergibt sich erstens, dass das vorliegende Gericht es für erwiesen hält, dass sich der Ehegatte eines EG-Staatsangehörigen, der sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, hinsichtlich des in der Verordnung enthaltenen Diskriminierungsverbots in einer vergleichbaren Situation wie der Ehegatte einer

Person befindet, die den Status einer in Großbritannien lebenden und sesshaften Person genießt, sei es weil sie britischer Staatsbürger ist, sei es weil sie über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis verfügt.

Der Adjudicator weist darauf hin, dass zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung beider Fälle weder in dem Verfahren, das zur ersten Vorlage führte, noch in dem nachfolgenden Verfahren vor dem Gerichtshof, noch in der mündlichen Verhandlung, die den Ausschlag für die Vorlage der jetzigen Vorabentscheidungsfrage gegeben hat, Beweise angeboten oder Ausführungen gemacht worden sind.

43. Zweitens hält das vorliegende Gericht die Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola vom 30. September 1999 hinsichtlich der Definition des persönlichen Anwendungsbereichs der EEA Order für fehlerhaft.

44. Aufgrund dessen möchte das nationale Gericht wissen, ob das Urteil des Gerichtshofes vom 11. April 2000 dahin zu verstehen ist, dass in ihm eine verbotene Diskriminierung (erster Fall) festgestellt wurde oder ob sich diese Feststellung aufgrund einer erneuten Sachverhaltsprüfung (zweiter Fall) ergibt.

10 — Siehe diesbezüglich die Urteile des Gerichtshofes vom 24. Juni 1969 in der Rechtssache 29/68 (Milch-, Fett- und Eierkontor, Slg. 1969, 165, Randnr. 3) und vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 14/86 (Pretore di Salò/X, Slg. 1987, 2545, Randnr. 12) sowie die Beschlüsse vom 5. März 1986 in der Rechtssache 69/85, Slg. 1986, 947, Randnr. 15, und vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-116/96 REV (Reisebüro Binder, Slg. 1998, I-1889, Randnr. 8).

45. Im ersten Fall ist die Antwort eindeutig. Der Gerichtshof hat sich in seinem Urteil

vom 11. April 2000 in den Randnummern 30 bis 35 in derart eindeutiger Weise geäußert, dass kein Raum für eine Auslegung im Sinne dieser Auslegung besteht<sup>11</sup>. Der Gerichtshof hat ohne Zweifel keine durch das Gemeinschaftsrecht verbotene Diskriminierung festgestellt.

46. Es ist daher der zweite Fall und damit die Frage zu untersuchen, ob im Licht der durch das vorliegende Gericht als erwiesen angesehenen Sachverhaltselemente eine neue Prüfung ein anderes Ergebnis ergibt.

47. Es handelt sich um folgende zwei Sachverhaltselemente.

48. Erstens habe der Gerichtshof sich von der Tatsachenwürdigung des vorliegenden Gerichts entfernt, wonach das einzige Unterscheidungsmerkmal zwischen dem Kläger und einer fiktiven Person, die entweder Staatsangehöriger des Vereinigten Königreichs oder in diesem lebend und sesshaft sei, die unterschiedliche Aufenthaltsdauer als Voraussetzung für die in Rede stehende Antragstellung sei. Darüber hinaus habe der Generalanwalt in Nummer 60 seiner Schlussanträge die Erklärungen des Vereinigten Königreichs als Ausführungen zur Rechtfertigung der festgestellten Ungleichbehandlung bewertet, obwohl die entsprechenden Ausführungen nur die Vergleichbarkeit der Sachverhalte betroffen hätten.

49. Zweitens habe der Generalanwalt in Nummer 3 seiner Schlussanträge irrtümlich dargelegt, dass die Immigration (European Economic Area) Order 1994 britische Staatsangehörige und ihre Familien nicht betreffe, obwohl diese Vorschrift in der Praxis auf alle britischen Staatsangehörigen und ihre Familien Anwendung finde, die in ihr Herkunftsland zurückkehrten, nachdem sie die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt hätten und denen daher die vom Gerichtshof in seinem Urteil Singh vom 7. Juli 1992<sup>12</sup> postulierten Rechts zustünden.

50. In der folgenden Untersuchung werde ich bewusst zahlreiche Ausführungen des Herrn Kaba nicht erörtern, da diese nicht nur bereits im Rahmen des ersten Vorlageverfahrens ordnungsgemäß behandelt wurden, sondern auch in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit den vom vorliegenden Gericht getroffenen Feststellungen stehen. Es sei daran erinnert, dass nur das nationale Gericht dem Gerichtshof neue Gesichtspunkte unterbreiten kann, die ihn veranlassen könnten, eine bereits gestellte Frage abweichend zu beantworten.<sup>13</sup>

A. Zum Vorwurf der fehlerhaften Handhabung der Methode zur Feststellung einer Diskriminierung

51. Der Vorlagebeschluss geht augenscheinlich davon aus, dass der Gerichtshof verpflichtet war, als Sachverhaltsvorgabe oder Ergebnis der Auslegung des nationalen Rechts zugrunde zu legen, dass sich der

11 — Diese ist darüber hinaus der Bewertung des Gemeinschaftsrichters diametral entgegengesetzt.

12 — Zitiert in Nr. 19.

13 — Siehe Beschluss Reisebüro Binder, oben zitiert, Randnr. 9.

Ehegatte eines EG-Wanderarbeitnehmers in der gleichen Situation wie der Ehegatte einer im Sinne der britischen Vorschriften in Großbritannien „lebenden und sesshaften Person“ befindet<sup>14</sup>. Da diese Feststellung ausschließlich dem nationalen Gericht vorbehalten sei, habe der Gemeinschaftsrichter lediglich zu überprüfen, ob die unterschiedliche Behandlung beider Personengruppen (vierjähriger Aufenthalt für den Ehegatten eines EG-Wanderarbeitnehmers und nur einjähriger Aufenthalt für den Ehegatten einer in Großbritannien „lebenden und sesshaften Person“) gegen das besondere Diskriminierungsverbot aus Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung oder das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Artikel 39 EG verstoße.

52. Der Kläger im Ausgangsverfahren drückt sich insofern eindeutiger aus, wenn er erklärt, dass für die Frage der Vergleichbarkeit beider Sachverhalte der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und das nationale Recht maßgeblich seien und daher für ihre Beantwortung ausschließlich das nationale Gericht zuständig sei.

53. Herr Kaba führt mehrere Erwägungen an, die für die Vergleichbarkeit beider Sachverhalte sprechen sollen:

1. Weder die für das Vereinigte Königreich erteilte unbefristete Aufenthaltserlaubnis noch eine Aufenthaltsgenehmigung auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts dürften ausdrücklich einer zeitlichen Beschränkung unterworfen werden.
2. Während eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis mit dem Verlassen Großbritanniens ihre Gültigkeit verliere, seien die EG-Wanderarbeitnehmer berechtigt, das Staatsgebiet frei zu verlassen und zu betreten;
3. Beide Personengruppen könnten aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder der Gesundheit der Bevölkerung ausgewiesen werden.
4. Das Nationality Directorate (die für den Erwerb der Staatsangehörigkeit zuständige Behörde) habe im Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses Staatsangehörige von EG-Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit dem Erwerb der Staatsangehörigkeit als im Inland „lebende und sesshafte Personen“ angesehen<sup>15</sup>.

14 — So jedenfalls verstehe ich sowohl die Formulierung der Vorlagefrage (siehe Nr. 34 dieser Schlussanträge) als auch das unter Randnummer 17 des Vorlagebeschlusses Gesagte: „Die Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt im Vereinigten Königreich kann zwar nicht mit einer ausdrücklichen Bestimmung über die Gültigkeitsdauer verbunden werden; dasselbe gilt aber auch für das Aufenthaltsrecht eines Arbeitnehmers mit EG-Staatsangehörigkeit. Wenn jedoch der Inhaber einer Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt das Vereinigte Königreich verlässt, erlischt seine Erlaubnis nach Abschnitt 3(4) des Immigration Act 1971 und für eine Wiedereinreise benötigt er eine neue Erlaubnis, die an die Erfüllung der Voraussetzungen nach Abschnitt 18 der Immigration Rules (House of Commons Paper 395) geknüpft ist, während ein Arbeitnehmer mit EG-Staatsangehörigkeit ungehindert und ohne vorherige Erlaubnis einreisen, ausreisen und zurückkehren kann. Sowohl Inhaber einer Erlaubnis zum unbefristeten Aufenthalt als auch Arbeitnehmer mit EG-Staatsangehörigkeit können aber aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit aus dem Vereinigten Königreich ausgewiesen werden.“

15 — Diese Praxis sei nachfolgend eingeschränkt worden, was indessen nach Ansicht des Herrn Kaba für die vorliegende Untersuchung unerheblich ist.

54. Schließlich beruft sich Herr Kaba auf die Urteile Martínez Sala<sup>16</sup> vom 12. Mai 1998 und Sürül<sup>17</sup> vom 4. Mai 1999, in denen der Gerichtshof die Ungleichbehandlung eines Gemeinschaftsbürgers oder seines Ehegatten, die darin bestand, ihnen ein Dokument abzuverlangen, das von den Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaates nicht verlangt wurde, als unvereinbar mit dem Gemeinschaftsrecht angesehen habe.

55. Das vorliegende Gericht führt ferner aus, dass der Generalanwalt La Pergola in Nummer 60 seiner Schlussanträge vom 30. September 1999 die Erklärungen des Vereinigten Königreichs als Rechtfertigung für die streitige Ungleichbehandlung angesehen habe, obwohl diese im Zusammenhang mit der Erörterung der Vergleichbarkeit beider Sachverhalte erfolgt seien. Der Generalanwalt habe daher eine Fragestellung erörtert, die von den Beteiligten zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens, weder vor dem nationalen Gericht noch vor dem Gerichtshof, diskutiert worden sei. Obwohl seine Ausführungen insoweit nicht ganz eindeutig sind, geht der Adjudicator offenbar davon aus, dass diese Fehlbeurteilung Eingang in das Urteil des Gerichtshofes gefunden hat<sup>18</sup>.

56. Herr Kaba macht sich diesen Standpunkt zu Eigen und weist gleichzeitig dar-

auf hin, dass aufgrund der Feststellungen des Adjudicators im ersten Vorlagebeschluss, die im zweiten bestätigt worden seien, folgende Passagen des Urteils vom 11. April 2000 nicht den durch den nationalen Richter beschriebenen Umständen entsprächen:

- a) Randnummer 24: Der Adjudicator habe klargestellt, dass der Kläger kein weiter gehendes Aufenthaltsrecht, als es der Wanderarbeitnehmerin selbst gewährt wird, beanspruche, sondern dass sich beide hinsichtlich des Diskriminierungsverbots in einer vergleichbaren Situation befänden;
- b) Randnummern 29 und 31: Der Adjudicator habe festgestellt, dass es, anders als es die britische Regierung vor dem Gerichtshof ausgeführt habe, kein objektives Unterscheidungsmerkmal gebe, durch das die Vergleichbarkeit beider Sachverhalte in Frage gestellt werden könnte.

57. Die von Herrn Kaba vertretene Auffassung, der das vorliegende Gericht beizupflichten scheint, krankt meines Erachtens an einer grundsätzlich falschen Fragestellung. Wie der Kläger des Ausgangsverfahrens unter Berufung auf den Vorlagebeschluss erklärt, bestand die einzige im ersten Vorlagebeschlusses behandelte Problematik in der unterschiedlichen Aufenthaltsdauer, die jeweils von den beiden untersuchten Personengruppen verlangt wird.

16 — Rechtssache C-85/96, Slg. 1998, I-2691.

17 — Rechtssache C-262/96, Slg. 1999, I-2685.

18 — In Randnummer 35 des Vorlagebeschlusses führt das vorliegende Gericht aus: „Das Vorbringen des Beklagten geht wohl im Wesentlichen dahin, dass nicht damit übereingestimmt werde, dass der Generalanwalt und/oder der Gerichtshof in ihrer Erfassung des Sachverhalts und der nationalen Rechtsvorschriften von den Darstellungen der Adjudicator abweiche. (Ich habe das Gegenteil feststellen können.)“

Diese Auffassung basiert im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht aber weniger auf der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte als vielmehr darauf, dass zwei Sachverhalte in der Praxis sehr ähnlich behandelt werden (und nach Ansicht von Herrn Kaba gleichbehandelt werden sollten).

58. Nach ständiger Rechtsprechung ist in einem Verfahren nach Artikel 234 EG, das auf einer klaren Aufgabentrennung zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof beruht, für jede Würdigung des konkreten Sachverhalts das vorlegende Gericht zuständig. Der Gerichtshof ist daher nur befugt, sich auf der Grundlage des ihm vom vorlegenden Gericht unterbreiteten Sachverhalts zur Auslegung oder zur Gültigkeit einer Gemeinschaftsvorschrift zu äußern<sup>19</sup>.

59. Jedoch ist der Gemeinschaftsrichter, dessen Rechtsprechung sich an den Zielen des Vertrages orientiert, nicht ohne weiteres verpflichtet, die sich aus dem innerstaatlichen Recht oder aus den Beurteilungen des vorlegenden Gerichts ergebenden rechtlichen Qualifizierungen zu übernehmen<sup>20</sup>.

19 — Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1998 in der Rechtssache C-235/95 (Dumon und Froment, Slg. 1998, I-4531, Randnr. 25).

20 — Würde man den Ansatz des nationalen Gerichts Wort für Wort übernehmen, so liefe die Funktion des Gerichtshofes, das Gemeinschaftsrecht auszulegen, leer. Weder könnte, weil es sich um eine reine Sachverhaltsfrage handelt, die Frage der Ungleichbehandlung behandelt werden, noch, weil diese im Ausgangsverfahren nicht erörtert wurde, die Frage ihrer Rechtfertigung, so dass dem Gerichtshof nur übrig bliebe, das Vorliegen einer verbotenen Diskriminierung zu bestätigen.

60. Die Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte als Grundlage für eine möglicherweise verbotene Diskriminierung ist im Gegenteil im Licht des Gemeinschaftsrechts zu beurteilen.

61. Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68 normiert hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen das Prinzip der Gleichbehandlung von Wanderarbeitnehmern aus einem Mitgliedstaat mit inländischen Arbeitnehmern im Aufnahmemitgliedstaat, insbesondere hinsichtlich der Entlohnung, der Kündigung und, falls sie arbeitslos geworden sind, der beruflichen Wiedereingliederung oder der Wiedereinstellung. Absatz 2 dehnt dieses Prinzip auf soziale und steuerliche Vergünstigungen der inländischen Arbeitnehmer aus.

62. Der Gerichtshof versteht dabei unter sozialen Vergünstigungen alle Vergünstigungen, die — ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht — den Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnortes im Inland allgemein gewährt werden und deren Ausdehnung auf die Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaates sind, deshalb als geeignet erscheint, deren Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern<sup>21</sup>.

21 — Urteile des Gerichtshofes vom 31. März 1979 in der Rechtssache 207/78 (Even, Slg. 1979, 2019, Randnr. 22) und vom 27. März 1993 in der Rechtssache C-310/91 (Schmid, Slg. 1993, I-3011, Randnr. 18).

63. Daraus folgt also, dass für die Anwendbarkeit von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung eine Ungleichbehandlung von EG-Wanderarbeitnehmern und inländischen Staatsangehörigen des AufnahmeStaats in *ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer* bezüglich einer Vergünstigung vorliegen muss, die letzteren wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt wird. Artikel 7 Absatz 2 findet daher keine Anwendung, wenn die Vergleichbarkeit der Personengruppen nicht auf ihrer Arbeitnehmereigenschaft, sondern auf einer anderen zulässigen juristischen Erwägung beruht. Ebenso wenig findet er Anwendung, wenn die vergleichbaren Personen zwar Arbeitnehmer sind, die Vergünstigung aber nicht auf dieser Eigenschaft oder einfach der Tatsache eines inländischen Wohnsitzes beruht. Die Komplexität dieser Unterscheidung ist mehr scheinbar als real: In der Praxis wird sich eine aus anderen Gründen als der Arbeitnehmereigenschaft oder des Wohnsitzes gewährte Vergünstigung nicht an Personen richten, die in ihrer Arbeitnehmereigenschaft angesprochen werden. Im Grunde wird also ein und dasselbe Problem nur unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet. Für die folgende Darstellung ist die Unterscheidung dennoch sinnvoll.

64. In seinen Schlussanträgen vom 30. September 1999 gelangt Generalanwalt La Pergola zu dem Ergebnis, dass das dem Ehegatten eines Wanderarbeitnehmers zugestandene Recht auf unbefristeten Aufenthalt eine soziale Vergünstigung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung darstellt. Dabei sei es ohne Bedeutung, ob es sich um eine Recht handele, das in der Gemeinschaftsrechtsordnung nicht aus-

drücklich vorgesehen sei, ob es sich von den dem Wanderarbeitnehmer als solchem bereits zustehenden Rechten unterscheide und ob es wegen des Bestehens einer besonderen Beziehung zum AufnahmeStaats zugestanden werde. Nach Auffassung des Generalanwalts wird die in Rede stehende Vergünstigung den inländischen Arbeitnehmern *hauptsächlich*, wenn auch nicht ausschließlich, wegen deren objektiver Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnsitzes im Inland gewährt<sup>22</sup>.

65. Trotzdem sind nach Auffassung des Generalanwalts die Voraussetzungen von Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung deshalb nicht erfüllt, weil es an vergleichbaren Sachverhalten fehlt. Während Artikel 255 der Immigration Rules mit der darin vorgesehenen Vierjahresfrist die maßgebliche Regelung für EG-Wanderarbeitnehmer mit normalem Aufenthaltsrecht darstelle, betreffe Artikel 287 im Vereinigten Königreich „anwesende und sesshafte“ Personen, die im Unterschied zu EG-Arbeitnehmern starke Bindungen zum AufnahmeStaats entwickelt hätten, nachdem sie sich dort normalerweise für einen ununterbrochenen Zeitraum von vier Jahren aufgehalten hätten. Da die Sachverhalte nicht gleich (jedenfalls nicht miteinander vergleichbar) seien, liegt nach Auffassung des Generalanwalts keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor<sup>23</sup>.

66. In seinem Urteil vom 11. April 2000 gelangt der Gerichtshof zu demselben Er-

22 — Nrn. 40 und 41 der Schlussanträge.

23 — Nrn. 50 und 64 der Schlussanträge.

gebnis mit der Erwägung, dass die Mitgliedstaaten berechtigt sind, dem objektiven Unterschied, der zwischen ihren eigenen Staatsangehörigen und denen der anderen Mitgliedstaaten bestehen kann, bei der Festlegung der Voraussetzungen Rechnung zu tragen, unter denen den Ehegatten dieser Personen eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt wird<sup>24</sup>. Der Gerichtshof hat es nicht für notwendig gehalten, die Frage zu entscheiden, ob das unbefristete Aufenthaltsrecht eine soziale Vergünstigung darstellt. Damit vermeidet er die Schwierigkeiten, die unweigerlich aus der Feststellung entstehen würden, dass die Vergünstigung wegen der objektiven Arbeitnehmereigenschaft des Empfängers oder einfach wegen seines inländischen Wohnsitzes gewährt wird, dass der Empfänger sich aber gleichzeitig von den EG-Wanderarbeitnehmern durch besondere Bindungen zum Aufnahmestaat unterscheidet, was weder etwas mit der objektiven Arbeitnehmereigenschaft noch mit dem Wohnsitz zu tun hat.

67. Aus alledem ergibt sich eindeutig, dass weder die Schlussanträge noch das Urteil Kaba auf einer noch so geringfügigen Änderung des dem Gerichtshof unterbreiteten Sachverhalts beruhen.

68. Nach der allgemein anerkannten Definition durch die Gemeinschaftsrechtsprechung liegt eine Diskriminierung im

24 — Urteil in der Rechtssache 356/98 (Kaba, Slg. 2000, I-2623, Randnrn. 31 und 35).

Rechtssinne vor, wenn gleiche Sachverhalte ungleich oder wenn ungleiche Sachverhalte gleichbehandelt werden<sup>25</sup>, es sei denn, dass eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre<sup>26</sup>.

Im Bereich der Sozialpolitik wählt der Gerichtshof die Formulierung, dass das allgemeine Diskriminierungsverbot voraussetzt, dass die betroffenen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen sich in einer vergleichbaren (gleichartigen) Lage befinden<sup>27</sup>.

69. So sehr der Vergleich zweier Regelungen auch von Sachverhaltselementen abhängt, deren Feststellung dem nationalen Richter obliegt, erfordert er doch auch eine gewisse juristische Bewertung. Hierin liegt meiner Ansicht nach der Grund für die von mir erwähnte grundsätzlich falsche Fragestellung, die wie folgt erklärt werden kann: Aus der Tatsache, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn gleichartige Sachverhalte unterschiedlich behandelt werden, kann umgekehrt nicht geschlossen werden, dass Sachverhalte, die gleich (oder ähnlich) behandelt werden, notwendigerweise gleichartig sind. Auch wenn dies selbstverständlich erscheinen mag, erlaube

25 — Urteil des Gerichtshofes vom 23. Februar 1983 in der Rechtssache 8/82 (Wagner, Slg. 1983, 371, Randnr. 18).

26 — Urteile des Gerichtshofes vom 13. April 2000 in der Rechtssache C-292/97 (Karlssoon u. a., Slg. 2000, I-2737, Randnr. 39) und vom 20. September 1988 in der Rechtssache 203/86 (Spanien/Rat, Slg. 1988, 4563, Randnr. 25).

27 — Urteile des Gerichtshofes vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-218/98 (Abdoulaye u. a., Slg. 1999, I-5723, Randnr. 16) und vom 29. November 2001 in der Rechtssache C-366/99 (Griesmar, Slg. 2001, I-9383, Randnr. 39).

ich mir, hierfür ein besonders eindeutiges Beispiel zu geben.

70. Gemäß Artikel 13 Teil A Absatz 1 der Richtlinie 77/388 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuer<sup>28</sup> werden unter anderem die Lieferungen von menschlichen Organen (Buchstabe d) und der von Privatlehrern erteilte Schul- und Hochschulunterricht (Buchstabe j) von der Mehrwertsteuer befreit. Aus dieser Gleichbehandlung kann nicht geschlossen werden, das es sich bei der Lieferung menschlicher Organe und der Erteilung von Privatunterricht um gleichartige Sachverhalte handelt. Die genannten Bereiche weisen allenfalls die Gemeinsamkeit auf, dass sie beide der Mehrwertsteuer unterliegen. Mag auch die Steuerbefreiung auf gemeinsamen Gründen, wie etwa dem Bestreben, den Zugang zu bestimmten Waren und Dienstleistungen aus Gründen des Gemeinwohls zu erleichtern, beruhen, bleibt die begrenzte und funktionelle Vergleichbarkeit beider Sachverhalte doch auf den Rahmen dieser indirekten Besteuerung beschränkt. Ein Beleg hierfür ist die Tatsache, dass trotz dieser Vergleichbarkeit niemand eine Regelung für diskriminierend halten würde, mit der Organlieferungen einer strikten Verwaltungskontrolle unterworfen werden, Privatlehrer aber weiterhin in aller Freiheit Unterricht erteilen können. Zwar könnte man theoretisch auch feststellen, dass hier eine Ungleichbehandlung — zweier Tätigkeiten, die beide aus Gründen des Allgemeinwohls einer besonderen Regelung bedürfen — vorliegt, die aber — aus ebensolchen Gründen — objektiv gerecht-

fertigt ist. Aber auch bei dieser recht gekünstelten Betrachtungsweise bleibt das Ergebnis dasselbe: Eine Diskriminierung liegt nicht vor.

71. Dasselbe gilt im vorliegenden Fall. Die britische Regierung hat vor dem Gerichtshof zweifelsfrei dargelegt, dass, im Unterschied zu einem EG-Wanderarbeitnehmer mit normalem Aufenthaltsrecht, ein im Vereinigten Königreich „sesshafter“ Ausländer starke Bindungen zum Aufnahmestaat entwickelt, nachdem er sich dort mindestens vier Jahre lang ununterbrochen aufgehalten hat. Die Berücksichtigung derartiger „besonders dauerhafter Bindungen“ als Grundlage einer Regelung über die Erteilung unbefristeter Aufenthaltsgenehmigungen, kann zur Beschreibung des Rechtsverhältnisses als solchem, im Unterschied zu anderen, die diese Merkmale nicht aufweisen, herangezogen werden, wie dies der Generalanwalt in Nummer 50 seiner Schlussanträge und der Gerichtshof in Randnummer 33 seines Urteils getan haben, um schließlich zu dem Ergebnis zu gelangen, dass keine Diskriminierung vorliegt. Sie kann aber auch — nach dem Schema, das ich oben beschrieben habe — als objektive Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung scheinbar gleicher Sachverhalte dienen, was die Feststellung einer Diskriminierung verbietet. Es handelt sich demnach nicht um ein materiellrechtliches Problem, sondern in jedem Fall um eine bloße Beurteilungstechnik, eine Herangehensweise ohne praktische materiell-rechtliche Folgen.

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

72. Auch der Gerichtshof bedient sich häufig dieses Verfahrens. Dort, wo er in Bezug auf bestimmte Tatsachen der Auf-

fassung ist, dass eine Diskriminierung vorliegt, pflegt er zwei gleichartige Sachverhalte anzunehmen, deren Ungleichbehandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist. Liegt seiner Auffassung nach hingegen keine verbotene Diskriminierung vor, pflegt er vom Fehlen gleichartiger Sachverhalte aufgrund auch objektiv bestehender Unterschiede auszugehen<sup>29</sup>.

73. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich daher, dass der Gerichtshof die Ausführungen des Vereinigten Königreichs über das Bestehen „dauerhafter Bindungen“ als objektive Rechtfertigung der angeblichen Diskriminierung berücksichtigen durfte, ohne in irgendeiner Art und Weise die Ausübung prozessualer Rechte zu behindern (denn die Ausführungen erfolgten in einem streitigen Verfahren) und dies umso mehr, als diese Vorgehensweise in Wahrheit der zutreffenden Beschreibung der fraglichen Rechtsverhältnisse und deren Unterscheidung, im Ergebnis also ihrem Vergleich, diene.

74. Dementsprechend ergibt sich aus Nummer 50 der Schlussanträge des Generalanwalts La Pergola eindeutig, dass „der Fall des Wanderarbeitnehmers in Bezug auf das Aufenthaltsrecht anders bewertet und geregelt werden musste als der einer im Vereinigten Königreich ‚anwesenden und sesshaften‘ Person“, und ebenso eindeutig aus Randnummer 31 des Urteils, dass der Gerichtshof vom „objektiven Unterschied“ zwischen zwei Sachverhalten ausgegangen ist.

29 — Siehe F. Tuyschaever: *Differentiation in European Union Law*, Oxford 1999, insbesondere S. 31.

75. Im Ergebnis teile ich also in keiner Weise den Vorwurf der Sachverhaltsveränderung, den auch der erneute Vorlagebeschluss zu übernehmen scheint, wonach der Gerichtshof über die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung und nicht über die mögliche Gleichartigkeit zweier Sachverhalte entschieden haben soll.

B. Zum Vorwurf des Irrtums über den persönlichen Anwendungsbereich der EEA Order 1994

76. Der Adjudicator erklärt: „Der Generalanwalt führt in Nummer 3 seiner Schlussanträge aus, die Immigration Order (European Economic Area) Order 1994 (Einwanderungsverordnung Europäischer Wirtschaftsraum; im Folgenden: EWR-Order 1994), [betreffe] nicht Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs und ihre Familienangehörigen“. Tatsächlich findet die EWR-Order 1994 jedoch auf all die Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs und deren Familienangehörige Anwendung, die in das Vereinigte Königreich zurückkehren, nachdem sie ihre EG-Vertragsrechte in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübt haben, und die das Recht, das der Gerichtshof in der Rechtssache 370/90 (Singh, Slg. 1992, I-4265) erläutert hat, in Anspruch nehmen können, was der Court of Appeal in seinem Urteil Bouksid/SSHD [1998] INLR 275 erneut festgestellt hat. Offensichtlich erlag der Generalanwalt in diesem Punkt einem Missverständnis; dies ist ein weiteres Beispiel dafür, dass das Vereinigte Königreich bei der Anwendung der Immigration Rules die Ehepartner seiner eigenen Staatsangehörigen nicht immer eindeutig von denen der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten unterscheidet.“

77. Es trifft zu, dass der Generalanwalt bei der Beschreibung des nationalen rechtlichen Rahmens in Nummer 3 seiner Schlussanträge vom 30. September 1999 darauf hinweist, dass die EEA Order 1994 „britische Staatsangehörige und ihre Familien nicht betrifft“. Dieser Hinweis geht auf den Wortlaut der EEA Order selbst zurück, in der es heißt: „*EEA national* means a national of a State which is a Contracting Party to the European Economic Area Agreement *other* than the United Kingdom [...]“<sup>30</sup>.

78. Doch der Generalanwalt hat nach Angaben der britischen Regierung die bestehende Rechtslage sowohl im Zeitpunkt des Vorlagebeschlusses als auch im Zeitpunkt der Schlussanträge zutreffend beschrieben, da die sich aus dem Urteil Singh<sup>31</sup> vom 7. Juli 1992 ergebenden Anforderungen erst durch die Immigration (European Economic Area) Regulations 2000, die ab dem 2. Oktober 2000 an die Stelle der EEA Order getreten seien, in positives Recht umgesetzt worden seien.

79. Weder der Kläger des Ausgangsverfahrens noch die Kommission haben eine Stellungnahme zu diesem angeblich fehlerhaften Verständnis der innerstaatlichen Regelung abgegeben.

80. Für meinen Teil bin ich unabhängig von der Frage, ob die aus dem Urteil Singh abgeleiteten Grundsätze dazu führen

30 — „EEA Angehöriger bedeutet Staatsangehöriger eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum außer dem Vereinigten Königreich.“ Hervorhebung im Text von mir.

31 — Zitiert in Nr. 19.

konnten, dass die EEA Order in der Praxis auch auf die Ehegatten britischer Staatsbürger angewandt werden, die in ihr Herkunftsland zurückkehrten, nachdem sie vom Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hatten, der Ansicht, dass das genannte Urteil nicht die staatsbürgerlichen Rechte, die den Staatsangehörigen in den Mitgliedstaaten gewährt werden, berührt, sondern die Frage behandelt, welchen Schutz die gemeinschaftlichen Rechte auf Freizügigkeit und auf freie Niederlassung diesen Staatsangehörigen gewähren, nachdem sie von ihnen Gebrauch gemacht haben<sup>32</sup>. Wie der Gerichtshof zutreffend ausführt, „können [diese Rechte] ihre volle Wirkung nicht entfalten, wenn der Gemeinschaftsbürger von ihrer Ausübung durch Hindernisse abgehalten werden kann, die in seinem Herkunftsland für die Einreise und den Aufenthalt seines Ehegatten bestehen. Aus diesem Grund muss der Ehegatte eines Gemeinschaftsbürgers, der von diesen Rechten Gebrauch gemacht hat, bei dessen Rückkehr in sein Herkunftsland zumindest die Einreise- und Aufenthaltsrechte haben, die das Gemeinschaftsrecht ihm gewähren würde, wenn sein Ehegatte in einen anderen Mitgliedstaat einreisen und sich dort aufhalten würde. *Nach den Artikeln 48 und 52 EWG-Vertrag ist es den Mitgliedstaaten im Übrigen auch nicht verwehrt, auf ausländische Ehegatten ihrer Staatsangehörigen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen anzuwenden, die günstiger sind, als das Gemeinschaftsrecht dies vorsieht.*“<sup>33</sup>

81. Wie darüber hinaus die britische Regierung auch unter Bezug auf die EEA Regulations bemerkt, ist die Gleichstellung britischer Staatsangehöriger und ihrer Fa-

32 — Siehe Randnr. 23 des Urteils Singh, zitiert in Nr. 19.

33 — Ebenda, Hervorhebung von mir.

milien mit EG-Wanderarbeitnehmern nur in den konkreten Situationen, auf die sich das Urteil Singh bezieht, möglich; diese lägen hier aber nicht vor.

82. Ich habe somit keinen Anhaltspunkt dafür gefunden, dass die angebliche Fehlbeurteilung des persönlichen Anwendungsbereichs der EEA Order durch den Generalanwalt Einfluss auf die Überlegungen des Gerichtshofes in seinem Urteil vom 11. April 2000 gehabt haben könnte.

83. Insgesamt führt daher die Untersuchung der durch das vorlegende Gericht als Begründung für die erbetene Überprüfung des Urteils des Gerichtshofes vom 11. April 2000 vorgetragenen Sachverhaltselemente nicht zu der Feststellung, dass die vorliegenden Umstände einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 39 EG oder gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 darstellen.

## 2. Die erste Vorabentscheidungsfrage

84. Angesichts des bei der Beantwortung der zweiten Vorabentscheidungsfrage gefundenen Ergebnisses erscheint die Beantwortung der ersten Frage, soweit diese

überhaupt zulässig ist, nicht mehr notwendig. Zur Erinnerung: Das vorlegende Gericht möchte mit seiner Frage zum einen erfahren, welche Mittel dem nationalen Gericht und den Parteien des Ausgangsverfahrens zur Verfügung stehen, um sicherzustellen, dass das Verfahren insgesamt den Anforderungen nach Artikel 6 der Konvention von Rom genügt — eine angesichts des Fehlens einer konkreten Verletzungshandlung unzulässige, weil hypothetische Fragestellung; zum anderen möchte das vorlegende Gericht wissen, ob das Verfahren vor dem Gerichtshof in dieser Rechtssache die Anforderungen von Artikel 6 der Konvention genügt hat und, falls nicht, ob diese Tatsache die Ungültigkeit der ersten Entscheidung bewirkt, was auf der Grundlage der zur zweiten Frage durchgeführten Untersuchung verneint werden muss.

85. Unbeschadet dessen werde ich versuchen, dem vorlegenden Gericht — wenn auch nicht im Hinblick auf die sich aus Artikel 6 der Konvention ergebenden prozessualen Anforderungen und auch nicht in abstrakter Form — einige sachdienliche Hinweise dazu zu geben, wie der Gerichtshof jene Prozessgrundsätze sicherstellt, deren Erfüllung die Sorge des vorlegenden Gerichts zu gelten scheint<sup>34</sup>.

86. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, hat sich der Adjudicator die Argumentation des Herrn Kaba zu Eigen gemacht, wonach die Schlussanträge des Generalanwalts auf einem fehlerhaften Ver-

34 — Auch die Kommission schlägt vor, die erste Frage dahingehend leicht umzuformulieren, dass nach den Anforderungen für ein faires Verfahren in einer Prozesssituation, wie sie im zweiten Vorlagebeschluss beschrieben wird, gefragt wird.

ständnis des anwendbaren nationalen Rechts sowie auf einer von der des nationalen Gerichts abweichenden Würdigung des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens beruhen. Aufgrund dieser Feststellung gelangt der Adjudicator zu der Frage, welche tatsächlichen Grundlagen das Urteil des Gerichtshofes, insbesondere, ob es auf einem fehlerhaften Verständnis beruht und ob das Verfahren vor dem Gerichtshof die Anforderungen an ein *faies* Verfahren im Sinne von Artikel 6 der Konvention erfüllt.

Aus einer Gesamtlektüre des Vorlagebeschlusses ergibt sich, dass die Frage, die sich konkret stellt, darin besteht, ob das Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter, das keine Stellungnahme der Parteien zu den Schlussanträgen des Generalanwalts vorsieht, den Anforderungen der Konvention in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte entspricht.

87. Der Gerichtshof hat schon in einigen früheren Entscheidungen Antwort auf derartige Fragen erteilt.

88. Zu der Vorfrage, welche Rolle der Konvention und ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zukommt, hat sich eine gefestigte Rechtsprechung entwickelt, wonach die Grundrechte zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehören, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, und sie von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ebenso getragen werden wie von Hinweisen aus den

internationalen Verträgen zum Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind<sup>35</sup>. Insoweit kommt der Konvention eine besondere Bedeutung zu<sup>36</sup>.

89. Auch wenn demnach die Wahrung der Grundrechte, wie sie in den materiellrechtlichen Bestimmungen der Konvention niedergelegt sind, eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Akte der Gemeinschaft darstellt, ist die Europäische Union nicht dem in der Konvention fest-

35 — Das Urteil vom 12. November 1969 in der Rechtssache 29/69 (Stauder, Slg. 1969, 419) war das erste, in dem der Gerichtshof im Anschluss an die Schlussanträge des Generalanwalts Roemer die Wirksamkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts an den „in den allgemeinen Grundsätzen der Gemeinschaftsrechtsordnung, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat, enthaltenen Grundrechte[n] der Person“ gemessen hat. Während in den genannten Schlussanträgen des Generalanwalts Roemer bereits von den „gemeinsamen Wertvorstellungen des nationalen Verfassungsrechts, insbesondere der nationalen Grundrechte... als ungeschriebener Bestandteil des Gemeinschaftsrechts“ die Rede war, äußerte sich der Gerichtshof zu den Quellen der allgemeinen Rechtsgrundsätze erst etwas später. Das Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125) spricht von den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ und folgt damit den Schlussanträgen des Generalanwalts Duthilleul de Lamothe, in denen dieser darauf hinweist, dass die fundamentalen Rechtsgrundsätze der nationalen Rechtsordnungen „zur Bildung des den Mitgliedstaaten gemeinsamen philosophischen, politischen und rechtlichen Substrats beitragen“, aus dem sich im Wege richterlicher [Rechts-]Fortbildung ein ungeschriebenes Gemeinschaftsrecht entwickelt, zu dessen wesentlichen Zielen gerade die Wahrung der individuellen Grundrechte gehört“. Das Urteil vom 14. Mai 1974 in der Rechtssache 4/73 (Nold/Kommission, Slg. 1974, 491) erwähnt „die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind“. Das Urteil vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75 (Rutili, Slg. 1975, 1219) ist das erste, in dem ausdrücklich auf konkrete Bestimmungen der Konvention als Maßstab für den Schutz der Grundrechte in der Gemeinschaft Bezug genommen wird.

36 — Siehe u. v. a. das Urteil des Gerichtshofes vom 18. Juni 1991 in der Rechtssache C-260/89 (ERT, Slg. 1991, I-2925, Randnr. 41) sowie mit Bezug auf Artikel 6 der Konvention das Urteil des Gerichtshofes vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-299/95 (Kremzow, Slg. 1997, I-2629, Randnr. 14) und die Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 3. Februar 1998 in der Rechtssache C-185/95 P (Baustahlgewebe/Kommission, Slg. 1998, I-8417, I-8422, Nr. 24).

gelegten Kontrollmechanismus unterworfen<sup>37</sup>. Obwohl die Gemeinschaft über eine autonome Rechtsordnung verfügt<sup>38</sup>, ist sie der Konvention nicht beigetreten. Wie der Gerichtshof ausgeführt hat<sup>39</sup>, wäre zwar der Beitritt von verfassungsrechtlicher Dimension und könnte nur im Wege einer Vertragsänderung vorgenommen werden. Die Mitgliedstaaten haben indessen, obwohl hierzu Gelegenheit bestand<sup>40</sup>, keinen Willen zur Durchführung dieser Änderung gezeigt.

Dessen ungeachtet widmet der Gerichtshof der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte größte Beachtung<sup>41</sup>.

37 — Siehe in diesem Sinne Schlussanträge des Generalanwalts Cosmas vom 6. Juli 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-174/98 P und C-189/98 P (Niederlande und Van der Wal/Kommission, Slg. 2000, I-1, Nr. 31).

38 — Siehe u. a. Urteil des Gerichtshofes vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 (Van Gend en Loos, Slg. 1963, 3) und das Gutachten des Gerichtshofes 1/91 vom 14. Dezember 1991 (Slg. 1991, I-6079, Randnr. 21).

39 — Gutachten des Gerichtshofes 2/94 vom 28. März 1996 (Slg. 1996, I-1759, Randnr. 35).

40 — Ich beziehe mich hier auf die Konferenzen, die zur Verabschiedung der Verträge von Amsterdam (1997) und Nizza (2000) geführt haben.

41 — Siehe beispielsweise die Urteile des Gerichtshofes vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P./S., Slg. 1996, I-2143, Randnr. 16); vom 12. Dezember 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-74/95 und C-129/95 (Strafverfahren gegen X, Slg. 1996, I-6609, Randnr. 25; vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache Baustahlgewebe, zitiert in Fußnote 36, Randnr. 29; vom 27. November 2001 in der Rechtssache C-270/99 P (Z./Parlament, Slg. 2001, I-9197, Randnr. 24, sowie die Schlussanträge des Generalanwalts Lenz vom 15. Juni 1988 in der Rechtssache 236/87 (Bergemann, Slg. 1988, 5125, Nr. 29) und vom 16. Juni 1994 in der Rechtssache C-23/93 (TV10 SA, Slg. 1994, I-4795, Nrn. 76 ff.); des Generalanwalts van Gerven vom 5. Dezember 1989 in der Rechtssache C-326/88 (Hansen, Slg. 1989, I-2911, Nr. 14); des Generalanwalts Darmon vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-49/88 (Al-Jubail Fertilizer/Rat, Slg. 1991, I-3205, Nrn. 111 f.); des Generalanwalts Ruiz-Jarabo vom 26. November 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-65/95 und C-111/95 (Shingara und Radrom, Slg. 1997, I-3343, Nr. 71); des Generalanwalts Tesauo vom 13. März 1997 in der Rechtssache C-368/95 (Familiapress, Slg. 1997, 3689, Nr. 28); des Generalanwalts Jacobs vom 28. Januar 1999 in den verbundenen Rechtssachen C-115/97, C-116/97 und C-117/97 (Albany, Slg. 1999, I-5751, Nrn. 144 ff.); des Generalanwalts La Pergola vom 18. Mai 1999 in der Rechtssache C-273/97 (Sirdar, Slg. 1999, I-7403, Nr. 24) und des Generalanwalts Mischo vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-94/00 (Roquette Frères, Urteil vom 22. Oktober 2002, Slg. 2002, I-9011, I-9015, Nr. 33).

90. Artikel 6 Absatz 1 der Konvention sieht vor, dass jede Person ein Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Der allgemeine Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, dass jedermann Anspruch auf einen fairen Prozess hat, leitet sich von dieser Bestimmung ab<sup>42</sup>.

91. Der Begriff des fairen Verfahrens beinhaltet darüber hinaus nach Auffassung des Gerichtshofes den allgemeinen Grundsatz, dass eine gerichtliche Entscheidung nicht auf Tatsachen oder Urkunden beruhen darf, von denen die Parteien oder auch nur eine der Parteien keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher auch nicht Stellung nehmen konnten<sup>43</sup>.

92. Die Erörterung von Parteivorbringen und Beweismitteln mit den Parteien stellt indessen schon ihrem Wesen nach keine absoluten Anforderungen auf. Sie kann nicht mehr sein als ein Instrument, um die Aufgabe der Rechtspflege zu erleichtern und sämtliche vom Gericht zu lösenden Tatsachen- und Rechtsfragen zu erfassen. So verhält es sich typischerweise in den angelsächsischen Rechtssystemen, in denen

42 — Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Baustahlgewebe/Kommission, zitiert in Fußnote 36, Randnr. 21.

43 — Urteile des Gerichtshofes vom 22. März 1961 in den verbundenen Rechtssachen 42/59 und 49/59 (SNUPAT/Hohe Behörde, Slg. 1961, 103, insbesondere 156) und vom 10. Januar 2002 in der Rechtssache C-480/99 (Plant, Slg. 2002, I-265, Randnr. 24).

die „adversial proceedings“ Ausdruck einer größeren Abneigung gegen alles sind, was als „inquisitorisch“ angesehen wird, weil es die Lösung des Rechtsstreits beeinflussen könnte, aber nicht von den Parteien stammt. In den kontinentalen Rechtssystemen ist der Anwendungsbereich des Anspruchs auf rechtliches Gehör enger. Zum einen gilt die Maxime „iura novit curia“, so dass ihm reine Rechtsfragen entzogen werden können. Zum anderen gilt die Vermutung der Unparteilichkeit des Gerichts auch bei Handlungen wie der Anforderung eines internen Berichtes oder der Vornahme einzelner Beweiserhebungen, womit auch hier die Notwendigkeit einer Erörterung verringert wird<sup>44</sup>.

93. Als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der sich aus unterschiedlichen Rechtstraditionen speist, ist der Anspruch auf rechtliches Gehör nur dann besonders schutzwürdig, wenn ein Verstoß dagegen zur Beeinträchtigung eines Grundrechts führen, d. h. die Ausübung eines prozessualen Rechts unmöglich machen würde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör kommt typischerweise im Zusammenhang mit Argumenten oder Beweismitteln zum Tragen, die eine Partei dem Gericht zur Prüfung vorlegt. Denn diese Mittel, die definitionsgemäß außerhalb der Gerichtssphäre liegen, werden nicht von der Unparteilichkeits- und Unabhängigkeitsvermutung gedeckt. Sie ohne vorherige Erörterung zu berücksichtigen, legt nahe, dass die Ausübung eines pro-

zessualen Rechts unmöglich gemacht wird<sup>45</sup>.

94. Umgekehrt erscheint es nicht notwendig, rechtliches Gehör zu den Ausführungen eines Justizbeamten zu gewähren, dessen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit *im Rahmen der Rechtsprechungsfunktion* unzweifelhaft ist.

95. So die Auffassung des französischen Conseil d'État, bei dem der Regierungskommissar eine analoge Funktion zu der des Generalanwalts beim Gerichtshof ausübt<sup>46</sup>. Nach Auffassung dieses obersten Rechtsprechungsorgans im Verwaltungsrecht gilt Folgendes:

„Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, der die Gleichheit der Parteien vor Gericht sicherstellen soll, erfordert, dass der gesamte Akteninhalt sowie gegebenenfalls die von Amts wegen ermittelten Umstände jeder Partei mitgeteilt werden. Diese Regel gilt für das gesamte Erkenntnisverfahren, das unter der Leitung eines Gerichts durchgeführt wird. Der Regierungskommissar indessen, dessen Aufgabe es ist, die Fragen darzulegen, über die aus Anlass des jeweiligen streitigen Verfahrens zu entscheiden ist, seine Bewertung in Form unabhängig formulierter Schlussanträge über den Sachverhalt und die anwendbaren Rechtsnormen unparteiisch darzulegen und abzugeben sowie seine nur seinem Gewissen unterworfenen Auffassung über die Entscheidung des Rechtsstreits, der bei dem Rechtsprechungsorgan, dem er angehört,

45 — Ebenda, Nrn. 35 und 37.

46 — Darüber hinaus diente der Regierungskommissar als Vorbild für das Amt des Generalanwalts der Gemeinschaft. Dabei bestehen aber einige nicht zu vernachlässigende Unterschiede, wie etwa die Tatsache, dass der Generalanwalt bei allen Entscheidungen des Gerichtshofes, also nicht nur den streitigen, beteiligt ist, dass seine Schlussanträge gemeinsam mit dem Urteilstext veröffentlicht werden oder dass er an der Beratung nicht teilnimmt.

44 — Siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Plant, zitiert in Fußnote 42, Nr. 34.

anhängig ist, bekannt zu geben, hält seine Schlussanträge nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens, in dem rechtliches Gehör gewährt worden ist. Der Kommissar trägt so zur Erfüllung der Rechtsprechungsfunktion des Rechtsprechungsorgans bei, dessen Mitglied er ist. Die Erfüllung dieser Aufgabe unterliegt dabei nicht wie das Erkenntnisverfahren dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Hieraus folgt, dass die Schlussanträge des Regierungskommissars — die im Übrigen nicht schriftlich niedergelegt sein müssen — ebenso wenig wie der Bericht des Berichterstatters oder der Entscheidungsentwurf den Parteien vorab mitgeteilt werden müssen und dass diesen auch nicht Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihnen geben wird.“<sup>47</sup>

96. Dies entspricht der Auffassung des Gerichtshofes in seinem Beschluss vom 4. Februar 2000 in der Rechtssache C-17/98<sup>48</sup>, in dem er die Grundlagen seiner Rechtsauffassung aus Anlass eines Antrags auf Zulassung einer Stellungnahme zu von mir verfassten Schlussanträgen, dargelegt hat.

47 — Urteil des Conseil d'État vom 29. Juli 1998, Esclantine, Slg. 1998, 320, Schlussanträge des Regierungskommissars Chauvaux, Hervorhebung von mir. [Le principe du contradictoire, qui tend à assurer l'égalité des parties devant le juge, implique la communication à chacune des Parties de l'ensemble des pièces du dossier, ainsi que, le cas échéant, des moyens relevés d'office. Ces règles sont applicables à l'ensemble de la procédure d'instruction à laquelle il est procédé sous la direction de la justice. Mais le commissaire du Gouvernement, qui a pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient, prononce ses conclusions après la clôture de l'instruction à laquelle il a été procédé contradictoirement. Il participe à la fonction de juger d'volue à la juridiction dont il est membre. L'exercice de cette fonction n'est pas soumis au principe du contradictoire applicable à l'instruction. Il suit de là que, pas plus que la note du rapporteur ou le projet de décision, les conclusions du commissaire du gouvernement - qui peuvent d'ailleurs ne pas être écrites - n'ont à faire l'objet d'une communication préalable aux Parties, lesquelles n'ont pas davantage à être invitées à y répondre.]

48 — Emesa Sugar, Slg. 2000, I-665.

97. Zu diesem Zweck hat er zunächst auf die Stellung und die Rolle des Generalanwalts innerhalb der Gerichtsverfassung hingewiesen, die durch den EG-Vertrag und die EG-Satzung des Gerichtshofes geschaffen und in der Verfahrensordnung des Gerichtshofes näher ausgestaltet wurde.

98. Ebenso wie innerhalb des französischen Conseil d'État besteht eine enge institutionelle und funktionelle Verbindung zwischen dem Generalanwalt und dem Gerichtshof, dem er angehört, so dass die Grundsätze des rechtlichen Gehörs auf seine Tätigkeit keine Anwendung finden.

99. Wie der Grundsatzbeschluss Emesa Sugar feststellt, besteht der Gerichtshof aus Richtern und Generalanwälten (Artikel 221 und 222 EG), für deren Ernennung die gleichen Voraussetzungen und das gleiche Verfahren gelten (Artikel 223 EG); die Stellung der Generalanwälte (Titel I der EG-Satzung des Gerichtshofes) ist, insbesondere hinsichtlich ihrer Immunität und der Gründe für eine Amtsenthebung, die gleiche wie die der Richter, so dass ihre völlige Unparteilichkeit und Unabhängigkeit sichergestellt ist.

100. Die Generalanwälte bilden keine Staatsanwaltschaft oder vergleichbare öffentliche Stelle. Zwischen ihnen besteht kein hierarchisches Verhältnis<sup>49</sup>, sie bilden kein gemeinsames Organ, unterstehen kei-

49 — Der Erste Generalanwalt verteilt die neuen Rechtssachen unter seine Kollegen und übt eine repräsentative Funktion aus, hat aber nicht den geringsten Einfluss auf die juristische Tätigkeit der Generalanwälte.

ner Behörde und haben keine wie immer gearteten Interessen zu vertreten<sup>50</sup>.

101. Ferner stellt der Beschluss fest, dass die Rolle des Generalanwalts darin besteht, in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit öffentlich zu den dem Gerichtshof unterbreiteten Rechtssachen begründete Schlussanträge zu stellen (Artikel 222 EG), um den Gerichtshof bei seiner Aufgabe zu unterstützen, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu sichern.

102. Auch der Tatsache, dass die Schlussanträge formal innerhalb des mündlichen Verfahrens gehalten werden, kommt keine Bedeutung zu, da sie keine praktische Folgen hat<sup>51</sup>. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die Schlussanträge nach Artikel 18 der EG-Satzung des Gerichtshofes und

Artikel 59 der Verfahrensordnung die mündliche Verhandlung beenden und die Phase der Beratung eröffnen<sup>52</sup>.

103. Der Beschluss Ermesa Sugar schließt mit der Feststellung, dass der Generalanwalt öffentlich und persönlich am Entstehen der Entscheidung des Gerichtshofes und damit an der Wahrnehmung der diesem zugewiesenen Rechtsprechungsfunktion teilnimmt. Im Übrigen werden die Schlussanträge gemeinsam mit der Entscheidung veröffentlicht. Aufgrund des Rechtsprechungscharakters der unterstützenden Tätigkeit des Generalanwalts ist die Gewährung rechtlichen Gehörs in Bezug auf seine Schlussanträge nicht erforderlich.

104. Zwar hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil Kress/Frankreich<sup>53</sup> vom 7. Juni 2001 u. a. bei der Beurteilung der Frage, ob die Versagung der Erörterung der Schlussanträge des Regierungskommissars mit Artikel 6 Absatz 1 der Konvention vereinbar ist, daran erinnert, dass „[n]iemand... jemals die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Regierungskommissars in Zweifel gezogen [hat] und der Gerichtshof [...] der Auffassung [ist], dass weder seine Existenz noch seine organ-schaftliche Stellung aufgrund der Konvention in Frage stehen. Unbeschadet des-

50 — Der Gerichtshof stellt fest, dass „die Schlussanträge des Generalanwalts [nämlich] im Unterschied zu einer an die Richter oder die Parteien gerichteten Stellungnahme, die von einer Behörde außerhalb des Gerichtshofes herrührt oder ‚ihre Autorität aus der einer Staatsanwaltschaft herleitet‘ [französische Fassung: ‚ministère public‘; englische Fassung: ‚procureur general‘/ ‚departement‘], die individuelle, begründete und öffentlich dargelegte Auffassung eines Mitglieds des Organs selbst [sind]“. Dem Vorlagebeschluss zufolge machte der Kläger vor dem Adjuvator geltend, dass der Gerichtshof in der Rechtssache Emesa Sugar eine Verletzung von Artikel 6 hätte feststellen müssen und sich „über die Auslegung der Rechtsprechung des Gerichtshofes für Menschenrechte geirrt habe, was wahrscheinlich darauf zurückzuführen sei, dass der Kläger in diesem Verfahren zu wenig Rechtsprechung angeführt habe“ (Hervorhebung von mir). Dieser Erklärungsversuch vermittelt einen zutreffenden Eindruck des kontradiktorischen Verfahrens nach dem Verständnis der *common law* — Rechtsordnungen, in denen der Grundsatz *iusa novit curia* relativiert wird: Der Richter — in diesem Fall der Gerichtshof — habe eine Rechtsfrage nicht zutreffend beurteilen können, weil er rechtliche Gesichtspunkte, die die Parteien nicht vorgetragen hätten, nicht habe berücksichtigen können.

51 — Darüber hinaus handelt es sich um eine historische Reminiscenz, die eng mit der alten Tradition zusammenhängt, dass der Regierungskommissar vor dem Conseil d'État mündlich plädiert. Heutzutage werden die Schlussanträge immer schriftlich abgefasst.

52 — Urteil des Gerichtshofes vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 206/81 (Alvarez/Parlament, Slg. 1982, 3369, Randnr. 9).

53 — Entscheidung noch nicht veröffentlicht. Siehe die Artikel von F. Benoit-Rohmer: „Le commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, l'avocat général auprès de la Cour de justice des Communautés européennes et le droit à un procès équitable“, *Revue trimestrielle du droit européen*, 2001, Nr. 4, S. 727 ff.; R. Alonso Garcia: „El enjuiciamiento por el Tribunal europeo de Derechos Humanos del funcionamiento contencioso del Conseil d'État y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en concreto, del papel desempeñado, respectivamente, por el Comisario del Gobierno y por el abogado General)“, *Revista Española de Derecho Europeo*, 2002, Nr. 1, S. 1 ff.

sen meint der Gerichtshof, dass die Unabhängigkeit des Regierungskommissars und die Tatsache, dass er keiner Hierarchie unterworfen ist — Gesichtspunkte, die unbestritten sind — für sich genommen nicht ausreichen, um festzustellen, dass die fehlende Mitteilung seiner Schlussanträge an die Parteien und die fehlende Möglichkeit, sie zu erörtern, einen Verstoß gegen die Grundsätze des fairen Verfahrens darstellen.“<sup>54</sup> Bei dieser Gelegenheit wiederholt der Straßburger Gerichtshof seine Rechtsprechung, wonach „der Begriff des fairen Verfahrens... grundsätzlich auch [beinhaltet], dass die Prozessparteien das Recht haben müssen, von allen Schriftstücken und allen Erklärungen, die dem Gericht, sei es auch von einem unabhängigen Beamten, in der Absicht vorgelegt werden, seine Auffassung zu beeinflussen, Kenntnis zu nehmen und diese zu erörtern“<sup>55</sup>.

105. Offenbar geht es hier nicht so sehr um den Schutz eines Grundrechts als vielmehr um den Versuch, eine bestimmte Sichtweise der Verfahrensorganisation durchzusetzen, ohne dass deren Notwendigkeit über die „Theorie des äußeren Eindrucks“<sup>56</sup> hinaus erläutert würde. Man kann zu Recht die Frage stellen — wie dies sieben Richter mit abweichendem Votum getan haben —, ob

hierdurch nicht die Schranken der auf der Grundlage der Konvention durchgeführten „europäischen Kontrolle“ gegenüber den Besonderheiten auf nationaler Ebene überschritten werden, die jedenfalls insoweit weiterhin als rechtmäßig anzusehen sind, als mit ihnen die von den Grundsätzen der Konvention verlangten Ergebnisse erreicht werden. Oder wie es Richter Martens in seinem abweichenden Votum zum Urteil *Borgers/Belgien*<sup>57</sup> vom 30. Oktober 1991 formuliert hat: „Die Konvention beabsichtigt einerseits keine Rechtsvereinheitlichung, sondern stellt Leitlinien und Normen auf, die als solche eine gewisse Freiheit der Mitgliedstaaten voraussetzen. Andererseits scheint ihre Präambel den Gerichtshof zur Entwicklung gemeinsamer Normen aufzufordern. Diese gegenläufigen Tendenzen erzeugen eine gewisse Spannung, die den Gerichtshof zwingt, mit Umsicht zu agieren und Einmischungen, für die es an einer überzeugenden Begründung fehlt, zu vermeiden.“

106. Ich persönlich meine, dass der äußere Eindruck der Rechtmäßigkeit eines Verfahrens zwar eine gewisse Rolle spielt, dass aber die „subjektive Wahrnehmung der rechtlichen Realität durch einen Laien“<sup>58</sup> selten eine solche Bedeutung erlangt, dass sie einen wesentlichen Bestandteil eines Grundrechts ausmacht. Dabei ist es zunächst bereits schwierig zu erkennen, welcher Eindruck konkret geschützt werden soll. Sodann besteht aufgrund seines eminent subjektiven Charakters offenbar kein verlässlicher Anhaltspunkt dafür festzustellen, unter welchen Umständen eine prozessuale Verfahrensweise den Eindruck der Unrechtmäßigkeit hervorruft<sup>59</sup>. Die

54 — Urteil *Kress/Frankreich*, Randnummer 71. [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 susceptibles de porter atteinte aux exigences d'un procès équitable.]

55 — Ebenda, Randnr. 74. [Toutefois, la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de le discuter.]

56 — Durch den Gerichtshof für Menschenrechte auf der Grundlage des Sprichworts „justice must not only be done; it must also be seen to be done“ (Urteil *Delcourt/Belgien* vom 17. Januar 1970, Serie A Nr. 11, Randnummer 31) entwickelte Theorie, die dem äußeren Eindruck, wie er sich einem nicht informierten Rechtssuchenden im Hinblick auf die Fairness des Prozesses bietet, maßgebliches rechtliches Gewicht einräumt. Die Theorie ist zu Recht auch von Mitgliedern des Gerichts selbst heftig kritisiert worden.

57 — Serie A NR. 214-B, S. 25, NR. 4.2 [La Convention ne vise pas à uniformiser le droit mais énonce des directives et des normes qui, comme telles, supposent une certaine liberté des Etats membres. D'autre part, son préambule semble inviter la Cour à développer des normes communes. Ces tendances contradictoires créent une certaine tension qui commande à la Cour d'agir avec prudence et de veiller à éviter les ingérences dénuées de justifications convaincantes.]

58 — So die plastische Formulierung der Richters Martens, a. a. O.

59 — Es spricht für sich, dass der Straßburger Gerichtshof nicht einmal versucht hat, die Beurteilungskriterien für das Vorliegen eines derartigen äußeren Eindrucks zu umreißen.

unterschiedlichen Rechtsprechungs-traditionen und der diesbezügliche Kenntnisstand, den man dem jeweils Beteiligten unterstellen darf, sollten sich ihrem Wesen nach die Waage halten. Auch kann die Wahrnehmung zweier Personen derart variieren, dass sich eine auf den Einzelfall beschränkte Untersuchung schwerlich vermeiden lassen wird<sup>60</sup>. Darüber hinaus verlangt die Prüfung der Einhaltung einer Grundrechtsbestimmung im Allgemeinen die Abwägung der beteiligten Interessen: Gegenüberzustellen wären also die Notwendigkeit, einen bestimmten Eindruck zu wahren, und die möglichen Beeinträchtigungen, die sich hieraus für die Justizverwaltung ergeben könnten<sup>61</sup>.

107. In seinem Urteil Kress hat der Straßburger Gerichtshof keine Verletzung der Konvention durch die fehlende Möglichkeit der Erörterung der Schlussanträge des Regierungskommissars festgestellt, weil er der Auffassung war, dass das Verfahren vor dem Conseil d'État ausreichende Garantien des rechtlichen Gehörs, wie er es versteht, bietet. Einerseits könnten die Rechtsanwälte den Regierungskommissar zur allgemeinen Bedeutung seiner Schlussanträge vor der mündlichen Verhandlung befragen, wenn sie dies wünschten; andererseits

könnten die Parteien bei Gericht eine Erwidern auf die Schlussanträge einreichen; schließlich unterbreche der Vorsitzende die Verhandlung für den Fall, dass der Regierungskommissar auf einen Aspekt eingee, der von den Parteien nicht angeführt worden sei, um den Parteien entsprechende Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

108. Auch vor dem Gerichtshof bestehen zugunsten der Beteiligten nicht unbeachtliche Garantien zum Schutz derartiger Rechte der Verteidigung. Mit Rücksicht auf Sinn und Zweck des rechtlichen Gehörs — nämlich zu verhindern, dass der Gerichtshof möglicherweise durch ein Vorbringen beeinflusst wird, das zwischen den Parteien nicht hat erörtert werden können — kann der Gerichtshof gemäß Artikel 61 seiner Verfahrensordnung die mündliche Verhandlung von Amts wegen, auf Vorschlag des Generalanwalts oder auch auf Antrag der Parteien wieder eröffnen, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen für entscheidungserheblich hält<sup>62</sup>. Über die Notwendigkeit der Wiedereröffnung entscheidet der für die Entscheidung der Rechtssache zuständige Spruchkörper in Form eines Beschlusses oder im Urteil selbst jeweils mit kurzer

60 — Was zu der Frage führt, ob beispielsweise das Urteil Kress ebenso ausgefallen wäre, wenn es sich bei dem Kläger nicht um den Stadtrat einer kleinen Gemeinde, sondern um einen Experten des streitigen Verwaltungsverfahrens im französischen Recht gehandelt hätte.

61 — In den Worten von Richter Martens: „Um festzustellen, ob die Befürchtungen über die Parteilichkeit objektiv begründet sind, ist eine sorgfältige Untersuchung der objektiven Wirklichkeit jenseits des äußeren Eindrucks erforderlich. Diese Bewertung wird häufig eine Interessenabwägung beinhalten, da oftmals nicht nur das Vertrauen in die Gerichte auf dem Spiel steht, sondern auch das Interesse der Öffentlichkeit an einer rationellen und reibungslosen Justiz.“ (Sondervotum zum Urteil Borgers, zitiert in Fußnote 57, Nr. 3.4). [Pour déterminer si des craintes de partialité sont objectivement justifiées, il faut se livrer à une étude scrupuleuse de la réalité objective par-delà les apparences. Semblable appréciation inclura fréquemment une mise en balance d'intérêts, car l'enjeu réside souvent non seulement dans la confiance que les tribunaux doivent inspirer, mais aussi dans l'intérêt pour le public de disposer d'une organisation judiciaire rationnelle et fonctionnant sans heurts.]

62 — Beschluss Emesa Sugar des Gerichtshofes, Randnr. 18. Zu beachten ist, dass der Überraschungsschutz auch das Gericht selbst in seiner Entscheidung bindet.

Begründung<sup>63</sup>. In der Praxis wird im Übrigen jeder Schriftsatz der Parteien, der nach Verlesung der Schlussanträge eingereicht wird, durch den Generalanwalt, den Berichterstatter und den Präsidenten des Spruchkörpers darauf hin geprüft, ob es sich möglicherweise um einen Antrag auf

Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung handelt.

Um über die Frage der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung zu entscheiden, führt der Gerichtshof, wie es nicht anders sein kann, eine *rechtliche Bewertung* durch, die darin besteht festzustellen, ob der Generalanwalt Ausführungen gemacht hat, die die Parteien nicht haben erörtern können (wozu sowohl mögliche Irrtümer über den Sachverhalt, als auch Rechtsirrtümer, auf denen seine Argumentation beruht, zählen), so etwa ob die genannten Ausführungen Auswirkungen auf seine Entscheidung haben können, weil z. B. darin untergeordnete, nebensächliche oder mit der Entscheidung in Zusammenhang stehende Fragen nicht erörtert worden sind. Sofern diese Bedingungen nach Auffassung des Gerichts erfüllt sind, besteht kein Zweifel daran, dass die Parteien über einen *tatsächlichen Rechtsanspruch auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung* verfügen. Anders kann Artikel 61 der Verfahrensordnung gegenwärtig nicht mehr ausgelegt werden.

109. Die generelle Anerkennung eines Rechts der Parteien, durch die Einreichung einer Stellungnahme auf die Schlussanträge des Generalanwalts zu erwidern — mit der Folge eines zur Wahrung der Grundsätze des rechtlichen Gehörs<sup>64</sup> notwendigen Rechts der übrigen Beteiligten — Parteien oder Streithelfer — ihrerseits auf diese Stellungnahme zu antworten, würde — bis hin zu der Gefahr, die wirklichen Anforderungen an die Gewährung rechtlichen Gehörs zu verletzen — erheblichen Schwierigkeiten begegnen und die ohnehin erhebliche Verfahrensdauer beträchtlich

63 — Siehe Beschluss des Gerichtshofes vom 22. Januar 1992 in der Rechtssache C-163/90, Legros u. a., nicht in der Entscheidungssammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-163/90 (Legros u. a., Slg. 1992, I-4625); Beschluss des Gerichtshofes vom 9. Dezember 1992 in der Rechtssache C-2/91, Meng, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil vom 17. November 1993 in der Rechtssache C-2/91 (Meng, Slg. 1993, I-5751); Beschluss des Gerichtshofes vom 13. Dezember 1994 in der Rechtssache C-312/93, Peterbroeck, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und Urteil des Gerichtshofes vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93 (Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599); Beschluss des Gerichtshofes vom 14. Oktober 1997 in der Rechtssache C-191/95, Kommission/Deutschland, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 29. September 1994 in der Rechtssache C-191/95 (Kommission/Deutschland, Slg. 1994, I-5449); Urteil des Gerichtshofes vom 18. Dezember 1997 in der Rechtssache C-284/96 (Tabouillot, Slg. 1997, I-7471, Randnr. 20 f.); Beschluss des Gerichtshofes vom 17. September 1998 in der Rechtssache C-35/98, Verkooijen, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 6. Juni 2000 in der Rechtssache C-35/98 (Verkooijen, Slg. 2000, I-4071); Beschluss des Gerichtshofes vom 26. März 1996 in der Rechtssache C-203/98, Kommission/Belgien, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 8. Juli 1999 in der Rechtssache C-203/98 (Kommission/Belgien, Slg. 1999, I-4899); Beschluss des Gerichtshofes vom 23. September 1998 in der Rechtssache C-292/96, Sürül, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 4. Mai 1999 in der Rechtssache C-292/96 (Sürül, Slg. 1999, I-2685); Beschluss des Gerichtshofes vom 24. September 1999 in der Rechtssache C-12/98, Amengual Far, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 3. Februar 2000 in der Rechtssache C-12/98 (Amengual Far, Slg. 2000, I-527); die Urteile des Gerichtshofes vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-50/96 (Deutsche Telekom, Slg. 2000, I-743, Randnrn. 19 bis 24); in den verbundenen Rechtssachen C-234/96 und C-235/96 (Deutsche Telekom, Slg. 2000, I-799, Randnrn. 25 bis 30) und in den verbundenen Rechtssachen C-270/97 und C-271/97 (Deutsche Post, Slg. 2000, I-929, Randnrn. 23 bis 32); Beschluss des Gerichtshofes vom 30. September 1999 in der Rechtssache C-156/97, Kommission/Van Balkom, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 17. Februar 2000 in der Rechtssache C-156/97 (Kommission/Van Balkom, Slg. 2000, I-1095); Beschluss des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1999 in der Rechtssache C-82/98 P, Kögler/Gerichtshof, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 25. Mai 2000 in der Rechtssache C-82/98 (Kögler/Gerichtshof, Slg. 2000, I-3855); Beschluss des Gerichtshofes vom 5. Oktober 1999 in der Rechtssache C-289/97, Eridania, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 6. Juli 2000 in der Rechtssache C-289/97 (Eridania, Slg. 2000, I-5409); Beschluss des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1999 in der Rechtssache C-341/97, Kommission/Niederlande, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und den Beschluss des Gerichtshofes vom 13. September 2000 in der Rechtssache C-341/97 (Kommission/Niederlande, Slg. 2000, I-6611); Beschluss des Gerichtshofes in der Rechtssache Emesa Sugar, a. a. O., Randnrn. 19 f.; Urteil des Gerichtshofes vom 19. Februar 2002 in der Rechtssache C-309/99 (Wouters u. a., Slg. 2002, I-1577, Randnrn. 40 bis 43 sowie Beschluss des Gerichtshofes vom 29. März 2001 in der Rechtssache C-102/97 OP, SIVU, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, und das Urteil des Gerichtshofes vom 2. Oktober 2001 in der Rechtssache C-102/97 (SIVU, Slg. 2001, I-6699).

64 — Siehe zum Verfahren vor dem französischen Conseil d'État, O. Gohin: „La contradiction dans la procédure administrative contentieuse“, *Librairie générale der droit et de jurisprudence*, Paris, 1988, S. 338 f.

verlängern. Hierzu tragen die Besonderheiten bei, die dem gemeinschaftlichen Verfahren inhärent sind und insbesondere mit dessen komplexer Sprachenregelung und den geografischen Entfernungen zusammenhängen, so dass eine erneute mündliche Verhandlung, die nur den Zweck verfolgen würde, die Reaktionen der Parteien auf die Schlussanträge des Generalanwalts entgegenzunehmen, schwerlich vorstellbar erscheint<sup>65</sup>.

110. Den Parteien das letzte Wort im Verfahren zuzuerkennen, liefe der Funktion des Generalanwalts, um deretwillen sein Amt geschaffen wurde, zuwider, da ihm für seine Untersuchung, mit der er den Gerichtshof bei der Wahrung des Rechts unterstützen soll, alle Entscheidungselemente zur Verfügung stehen müssen, die sich für diejenigen, die über die Rechtssache endgültig zu entscheiden haben, darstellen. Darüber hinaus würde sich das besondere Gewicht der Schlussanträge als Element der Rechtsprechung verringern, wollte man auf einen vollständigen Sachverhalt als Grundlage seiner Äußerung verzichten, so dass den Richtern die durch einen der ihnen vorgenommene Exegese, die bislang Quelle der Inspiration und Ergänzung der Urteile gewesen ist, vorenthalten bliebe. Wüsste der Generalanwalt im Übrigen, dass die Parteien auf seine Schlussanträge wohl erwidern werden, würde er bei deren Abfassung entsprechende Reaktionen mit einkalkulieren und sie nicht mehr „in völliger Unparteilichkeit und Unabhängigkeit“, wie dies Artikel 222 EG verlangt, stellen.

111. Wenn es auch zutrifft, dass „die der Gerichtsverfassung der Gemeinschaft inhä-

renten Besonderheiten keine Beeinträchtigung des Grundrechts auf rechtliches Gehör rechtfertigen“<sup>66</sup>, so gilt doch auch, dass mit ihnen legitime Ziele — etwa eine effiziente Rechtspflege innerhalb der Gemeinschaft — verfolgt werden, so dass es gerechtfertigt erscheint, sämtliche beteiligten Interessen gegeneinander abzuwägen oder, anders ausgedrückt, zu fragen, welche konkreten Auswirkungen mit der Einführung einer bestimmten prozessualen Anforderung verbunden wären.

112. Wollte man aufgrund eines schwer greifbaren äußeren Eindrucks<sup>67</sup> den Grundsatz, dass alle Schriftstücke und alle Erklärungen, die dem *entscheidenden Richter* vorgelegt werden, mit den Parteien erörtert werden müssen, tatsächlich beherzigen, würde man an den Grundfesten der Beteiligung des Generalanwalts in den einzelnen Abschnitten des Verfahrens rühren<sup>68</sup>. Der Generalanwalt wird im schrift-

66 — Beschluss des Gerichtshofes in der Rechtssache Emesa Sugar, Randnr. 18.

67 — „Der äußere Eindruck besitzt die Eigenart, dass man nicht weiß, wo er endet: Er ist als Begriff derart unscharf, dass seine Verwendung im Prozess stets eine Gefahr darstellt“, meint mit ironischem Unterton D. Chabanol in: „Théorie de l'apparence ou apparence de théorie, Humeurs autour de l'arrêt Kress“, *Actualité juridique Droit administratif*, 2002, Januar, S. 9, insbesondere S. 10.

68 — Auch andere Schriftstücke, die bislang in den Bereich der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Gerichts fallen und nicht Gegenstand des rechtlichen Gehörs sind, wie die Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes (der normalerweise Fragen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten behandelt, aber auch jedes andere Thema, das der Gerichtshof ihm anvertraut) oder die hauptsächlich für interne Zwecke (siehe Nr. 28 dieser Schlussanträge) angefertigten Mitschriften der mündlichen Verhandlung, müssten, da sie naturgemäß geeignet sind, die Auffassung des Gerichts zu beeinflussen, übersetzt und den Parteien mitgeteilt werden, damit diese Gelegenheit zur Kommentierung erhalten, was den Umfang und den Aufwand der Rechtspflege der Gemeinschaft erhöhen oder ihre Qualität in existenzbedrohender Weise beeinträchtigen würde.

65 — Beschluss des Gerichtshofes in der Rechtssache Emesa Sugar, Randnr. 17.

lichen und mündlichen Verfahren<sup>69</sup> sowie zu zahlreichen anderen Zwischenstreitigkeiten und prozessualen Fragen<sup>70</sup> gehört, ohne dass den Parteien die geringste Auskunft über die Art und die Gründe seiner Vorschläge erteilt wird. Dennoch spielt der Generalanwalt auch in diesen Prozesssituationen „eine tatsächliche Rolle im Verfahren“<sup>71</sup>. Es wäre nicht ohne Ironie, wollte sich die Theorie des äußeren Eindrucks nur und gerade gegen den Bereich seiner Tätigkeit richten, der am öffentlichsten und am transparentesten ist.

113. All diese Interventionen des Generalanwalts müssten für die Parteien übersetzt werden, damit sie, falls sie es wünschen, entsprechende Stellungnahmen abgeben

könnten. Am Ende wäre aus dem Generalanwalt etwas geworden, was er war, nämlich eine Prozesspartei, und seine organische Stellung, ebenso wie die Nützlichkeit der Institution und mit ihr ihre Existenzberechtigung, wären unwiederbringlich verloren<sup>72</sup>.

114. Es fragt sich, ob der Schutz vor einem möglichen subjektiven Eindruck der Parteilichkeit derartige Konsequenzen rechtfertigt.

69 — Vor Entscheidungen, die nach Anhörung ergehen, wie die Entscheidung über die Unzulässigkeit der Klage wegen Formfehlern (Artikel 38 Paragraph 7 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes), über die Verbindung von Rechtsachen (Artikel 43), über die Verwendung einer anderen als der Verfahrenssprache (Artikel 29 Paragraph 2), über eine bei dem Gericht anhängige Rechtssache (Artikel 47 Absatz 3 der Satzung des Gerichtshofes) oder über die offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit eines Rechtsmittels (Artikel 119 der Verfahrensordnung). Die Generalanwälte nehmen persönlich und schriftlich an der Sitzung teil, die u. a. über die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung, die gegebenenfalls erforderliche Abgabe an einen Spruchkörper und die Erforderlichkeit einer Beweisaufnahme befindet. Bevor der Gerichtshof einen Beschluss über eine Beweisaufnahme fasst, wird der Generalanwalt gehört, der auch an ihr teilnimmt (Artikel 45 Paragraphen 1 und 4 der Verfahrensordnung). Der Generalanwalt wird vor der Anordnung der Vernehmung von Zeugen gehört, die auf seinen Antrag geladen werden können und an die er Fragen richten kann (Artikel 47 Paragraphen 1 und 4). Die Erweiterung oder Wiederholung der Beweisaufnahme dürfen erst nach Anhörung des Generalanwalts erfolgen.

70 — Bei Ausschluss von Rechtsbeiständen oder Rechtsanwälten von der Verhandlung; bei der Berichtigung von Urteilsfehlern und -ungenauigkeiten; bei Kostenstreitigkeiten; bei einem Antrag auf Erlass der Verfahrenskosten; bei einer Entscheidung über die Aussetzung des Verfahrens; bei einer Entscheidung über vorläufige Maßnahmen; bei Zwischenstreiten; bei Wiederaufnahmeklagen; bei Rechtsmitteln zur Urteilsauslegung; bei einer Entscheidung durch begründeten Beschluss und Hinweis auf die vorliegende Entscheidung über Vorlagefragen, die bereits identisch entschieden sind.

71 — Siehe beispielsweise das Urteil des Gerichtshofs Vermeulen/Belgien vom 20. Februar 1996, Recueil des arrêts et décisions-I, Randnr. 31 (mit Verweis auf das Urteil Borgers, zitiert in Fußnote 56).

Jedem Rechtssystem muss die Möglichkeit zugestanden werden, die garantierten Prozessrechte abgestimmt auf seine besonderen Merkmale zu gewährleisten. Innerhalb des speziell für eine so besondere Rechtsgemeinschaft wie die Europäische Union konzipierten Rechtsprechungsgefüges schafft der Generalanwalt mit seinen Schlussanträgen einen Ausgleich dafür, dass für ein Gutteil der Entscheidungen des Gerichtshofes keine zweite Instanz besteht und sie in geheimer Beratung ohne die Möglichkeit eines Sondervotums gefällt werden. Sein Beitrag zur Rechtsprechung besteht auch darin, eine ihrem Wesen nach fragmentarische Rechtsordnung zu vervollständigen und sich beispielsweise um die Wahrung der Grundfreiheiten in der Europäischen Union in Form der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts<sup>73</sup> zu bemühen und im Alltag

72 — Siehe Nr. 104 dieser Schlussanträge.

73 — Siehe Fußnote 35 dieser Schlussanträge.

die Aufmerksamkeit des Gerichtshofes auf diese Materie zu lenken<sup>74</sup>.

115. So wichtig diese Gründe auch erscheinen mögen, ist mein Widerstand gegen die Einführung eines anderen Rechtssprechungssystems doch anderer Natur: Ich bin nicht im Innersten davon überzeugt, dass die Grundsätze des fairen Verfahrens dies wirklich erfordern. Ich glaube im Gegenteil, dass der Generalanwalt in der jetzigen Form, an dessen Unparteilichkeit und Unabhängigkeit — ich wiederhole es — nicht der geringste Zweifel bestehen kann, zur Öffentlichkeit und Transparenz der dem Gerichtshof übertragenen Rechtssprechungsfunktion beiträgt; seine Schlussanträge erleichtern das Verständnis der Entscheidungen<sup>75</sup> und tragen zur Bildung

und Entwicklung der Gemeinschaftsrechtssprechung bei<sup>76</sup>, indem sie die Diskussion sowohl im Innern der Institution als auch in anderen interessierten Kreisen fördern. In diesem letztgenannten Sinne lässt sich sagen, dass die Schlussanträge des Generalanwalts das Hauptziel des kontradiktorischen Verfahrens sogar eher verstärken als behindern<sup>77</sup>. Die eigentliche Garantie für die Rechtsuchenden besteht nicht darin, dass die Meinungsbildung des Richters vollkommen unbeeinflusst bleibt, sondern darin, dass ihre Sache mit der notwendigen Gründlichkeit geprüft wird<sup>78</sup>.

74 — Bezüglich der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die am 7. Dezember 2000 in Nizza proklamiert wurde (ABl. C 364, S.1) und die einen umfangreicheren und moderneren Grundrechte- und Freiheitenkatalog als die Konvention enthält, sind es die Generalanwälte, die für den Bereich des Gerichtshofes und ohne zu verkennen, dass ihr keine *selbständige* Bindungswirkung zukommt, auf ihrer offensichtlichen Bestimmung als wesentlichem Maßstab für alle in der Gemeinschaft Handelnden (Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 8. Februar 2001 in der Rechtssache C-173/99 [BECTU, Slg. 2001, I-4881, Nr. 28]) bestehen, sowie darauf, dass die in ihr genannten Rechte dahin beschrieben sind, dass sie die höchste Ebene der Wertmaßstäbe in allen Mitgliedstaaten zusammen einzunehmen haben und ihnen daher die Rechte entnommen werden müssen, anhand deren die Grundrechte von anderen Rechten unterschieden werden können (Schlussanträge des Generalanwalts Léger vom 10. Juli 2001 in der Rechtssache C-353/59 [Hautala, Slg. 2001, I-9565, Nrn. 82 f.]), oder ferner darauf, dass sie eine wertvolle Quelle zur Bestimmung des gemeinsamen Nenners der rechtlichen Grundwerte aller Mitgliedstaaten darstellt, aus denen wiederum die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts abgeleitet sind (meine Schlussanträge vom 4. Dezember 2001 in der Rechtssache C-208/00 [Überseering, vor Gericht anhängig, Nr. 59]).

75 — Das Fehlen der Möglichkeit von Sondervoten sowie die bei einem obersten internationalen Rechtsprechungsorgan unvermeidlichen Restriktionen führen häufig dazu, dass die Urteile nicht die wünschenswerte Klarheit aufweisen und in ihren Überlegungen überaus knapp gefasst sind. Die Schlussanträge, die zeitgleich mit den Urteilen veröffentlicht werden, tragen daher zum Verständnis ihres Inhalts und ihrer Tragweite bei. Die Schlussanträge beinhalten einen begründeten Entscheidungsvorschlag für den dem Gerichtshof vorliegenden Rechtsstreit. Sie enthalten eine erschöpfende Darstellung und Untersuchung des der Rechtssache zugrunde liegenden Sachverhalts, der Argumente der Parteien sowie der einschlägigen Rechtssprechung. Auch finden sich in ihnen Hinweise auf die wissenschaftliche Lehre. In ihnen werden regelmäßig alle durch den Rechtsstreit aufgeworfenen Fragen beantwortet, auch soweit ihre Beantwortung für die Lösung des Rechtsstreits nicht unbedingt erforderlich ist. Schließlich entspringen sie der Feder eines einzigen Verfassers, was eine weitaus homogenere Darstellung als in den Urteilen ermöglicht, die die Auffassung mehrerer Richter widerspiegeln.

116. Somit bin ich der Auffassung, dass weder die Grundsätze des fairen Verfahrens und noch viel weniger die ordnungsgemäße Rechtspflege es erfordern, dass die Parteien

76 — Die Schlussanträge werden häufig in der wissenschaftlichen Lehre zitiert und — wenn es um Rechtsstreitigkeiten über die Auslegung von Gemeinschaftsrecht vor dem Gerichtshof oder den nationalen Gerichten geht — von den Rechtsanwältinnen als Grundlage der von ihren Parteien geltend gemachten Ansprüche herangezogen. Es ist auch unbestreitbar, dass die Schlussanträge der Generalanwälte zur Bildung und Weiterentwicklung der Rechtssprechung des Gerichtshofes beigetragen haben. Sofern die Richter dem Vorschlag des Generalanwalts zur Änderung der Rechtssprechung, den er in seinen Schlussanträgen unterbreitet, nicht folgen, stärkt dies die im Urteil aufrechterhaltene Rechtssprechung, es sei denn, die Auffassung des Generalanwalts hat bei einigen Richtern Anklang gefunden und diese gewinnen bei künftigen Entscheidungen die Mehrheit. Die Freiheit der Generalanwälte, auf individueller Grundlage Rechtssprechungsvorschläge zu unterbreiten, hat sich in der Praxis der Gemeinschaft ohne Zweifel als angemessenes Gegengewicht zu den Kollegialentscheidungen der Richter erwiesen.

77 — Siehe hierzu, bezogen auf die Schlussanträge des Regierungskommissars, B. Genevois: „Le commissaire du gouvernement et les exigences du procès équitable (l'arrêt Kress). Réconfortant et déconcertant“, *Revue française de droit administratif*, 2001, Nr. 5, S. 995.

78 — Nach den Worten von J.-C. Bonichot und R. Abraham („Le commissaire du gouvernement dans la jurisdiction administrative et la Convention EDH“, *La Semaine Juridique*, Édition générale, 1998, Nrn. 45 und 46, S. 1949 ff.) ist die Gründlichkeit der Untersuchung einer Rechtssache das Ergebnis der Tatsache, dass sie ständig von anderen Personen in unterschiedlicher Zusammensetzung geprüft und bearbeitet wird, bis sie einer letzten Läuterung in Form der Schlussanträge unterzogen wird.

in Verfahren vor dem Gemeinschaftsrichter grundsätzlich die Möglichkeit erhalten, zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Stellung zu nehmen.

117. Darüber hinaus weise ich darauf hin, dass in dieser Rechtssache Herr Kaba zu den Schlussanträgen des Generalanwalts La Pergola vom 30. September 1999 Stellung genommen hat. Wie ich im Zu-

sammenhang mit der Untersuchung der zweiten Vorlagefrage gezeigt habe, hat der Generalanwalt keinerlei Ausführungen gemacht, die die Parteien zuvor nicht erörtern konnten, und auch keine wesentlichen Irrtümer hinsichtlich des Sachverhalts oder der rechtlichen Umstände, auf die er seine Argumentation stützte, begangen. Unter diesen Umständen bewirkte die unterlassene Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof keine Unmöglichkeit, ein prozessuales Recht geltend zu machen.

## VII. Ergebnis

118. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die durch das vorliegende Gericht gestellten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Die Untersuchung der durch den Immigration Adjudicator als Begründung für die erbetene Überprüfung des Urteils des Gerichtshofes vom 11. April 2000 angeführten Entscheidungsgesichtspunkte führt nicht zu der Feststellung, dass die vorliegenden Umstände einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 39 EG oder gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft darstellen.

2. Die Grundrechte gehören zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat. Dabei lässt sich der Gerichtshof von den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und von den Hinweisen leiten, die die völkerrechtlichen Verträge über den Schutz der Menschenrechte geben, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind. Insoweit kommt der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten besondere Bedeutung zu.
  
3. Die Unterlassung der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach Stellung der Schlussanträge des Generalanwalts am 30. September 1999 bewirkte für den Kläger im Ausgangsverfahren keine Unmöglichkeit, ein prozessuales Recht wahrzunehmen, da in ihnen keine Ausführungen enthalten waren, die die Beteiligten nicht zuvor hatten erörtern können, und sie keinen maßgeblichen Sachverhalts- oder Rechtsirrtum enthielten.