

Vorlesung Europarecht II

Donnerstag, den 8. Mai 2003

Vor zwei Wochen haben wir die Warenverkehrsfreiheit besprochen und die maßgebenden EuGH-Entscheidungen kennengelernt. Bei den EuGH-Entscheidungen handelt es sich um die Dassonville- (Slg. 1974, 837), die Cassis-de-Dijon- (Slg. 1979, 649) und die Keck-Entscheidung (Slg. 1993, 6047). Die Kenntnis dieser Entscheidungen wird von einem Wahlfachstudenten erwartet. Ein Indiz für die große praktische Bedeutung der Warenverkehrsfreiheit ist die Existenz eines Loseblattwerkes mit dem Titel "Die Cassis-Rechtsprechung", in dem die einschlägige Rechtsprechung zusammengefasst und geordnet wird (LY 5 - 3).

Zu Beginn der heutigen Vorlesungsstunde stelle ich Ihnen eine weitere EuGH-Entscheidung vor, dies auch zu dem Zweck, ein zusammenfassendes Prüfungsschema zu entwickeln. Im Anschluss daran wenden wir uns der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu; dort wird zusätzlich zum Primärrecht auch das Sekundärrecht bedeutsam; diese Arbeitsteilung zwischen primärrechtlicher Gewährleistung und sekundärrechtlicher Ergänzung gibt es bei den Art. 28 ff. EG nicht.

I. Hünermund (Slg. 1993, 6787)

Die Landesapothekenkammer, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, verhängt durch Satzung ein Verbot von Werbung für apothekenübliche Waren außerhalb der Apotheke. Hiergegen wendet sich eine deutsche Apothekerin. Sie sieht in dem Verbot eine unzulässige Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG. Das von ihr angerufene Verwaltungsgericht legt dem EuGH nach Art. 234 EG die Frage vor, ob dies der Fall sei.

Die Vorlagefrage ist zulässig. Die Verwerfung nationaler Vorschriften wegen Unvereinbarkeit mit dem EG-Recht ist zwar nicht Sache des EuGH. Bei einer Satzungsregelung liegt die Verwerfungskompetenz vielmehr bei der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Nach Art. 234 I lit. b) EG kann der EuGH nur die Gültigkeit von Sekundärrecht am Maßstab von Primärrecht überprüfen. Wohl darf der EuGH einem nationalen Gericht, hier einem Verwaltungsgericht, die Kriterien für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts an die Hand geben, die das Gericht in die Lage versetzen, die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit dem Gemeinschaftsrecht zu beurteilen. Dies richtet sich nach Art. 234 I lit. a) EG.

Im Rahmen der Begründetheitsprüfung wird, da keine spezielle Regelung ersichtlich ist, als erstes die Frage problematisch, ob eine Ware im Sinne von Art. 23 II EG vorliegt. Apothekenerzeugnisse sind sicherlich Waren, weil sie einen Marktwert haben und Gegenstand von Rechtsgeschäften sind. Allerdings ist noch etwas zweites erforderlich, was man bei Fällen des Art. 28 EG entweder Art. 23 II EG zuordnen oder selbständig prüfen kann. Es muss sich nämlich um Waren aus anderen Mitgliedstaaten handeln. Für alle Grundfreiheiten gilt, dass sie auf reine Inlandssachverhalte keine Anwendung finden. Das folgt aus ihrem Binnenmarktbezug. Die Satzung der Apothekenkammer kann deshalb an Art. 28 EG nur gemessen werden, sofern sie Werbung für EG-ausländische Waren betrifft, nicht aber, soweit sie Werbung für deutsche Waren betrifft. Dies kann zur Konsequenz haben, dass eine beschränkende Regelungen wegen Art. 28 EG auf ausländische Waren keine Anwendung finden darf, wohl aber auf inländische Waren. Man spricht dann von einer Inländerdiskriminierung, weil wegen der selektiven Wirkung der EG-Grundfreiheiten die Rechtslage für EG-ausländische Waren günstiger ist als für inländische Waren. Dieses Problem tritt bei allen Grundfreiheiten auf.

Als nächstes ist zu prüfen, ob standesrechtliche Regelungen

einer Landesapothekenkammer staatliche Maßnahme sind. Das ist problematisch, weil eine Landesapothekenkammer eine Selbstverwaltungskörperschaft ist, die nur zur mittelbaren Staatsverwaltung gehört. Der EuGH lässt dies genügen, weil die Apothekenkammer eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, die staatlicher Aufsicht untersteht und die die fraglichen Werbebeschränkungen mit hoheitlichen Mitteln erlassen hat und durchsetzt.

Als drittes ist mit der Dassonville-Formel zu prüfen, ob eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegt; eine mengenmäßige Beschränkung liegt nicht vor. Dies kann man bejahen, weil die Beschränkung der Werbung geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel zu behindern.

Allerdings macht der EuGH hiervon eine Ausnahme bei Maßnahmen, die keinen Produktbezug haben. Das trifft hier, ebenso wie im Fall Keck, zu. Dass die Regelung keinen Produktbezug hat, sondern ausschließlich auf den Berufsstand der Apotheker bezogen ist, erkennt man insbesondere daran, dass andere Wirtschaftsteilnehmer als Apotheker für die Waren, die von der Regelung erfasst sind, sehr wohl Werbung betreiben dürfen. Die fragliche Regelung betrifft darum Verkaufsmodalitäten, nicht das Produkt selbst. Überdies differenziert sie nicht zwischen inländischen und EG-ausländischen Waren und wirkt sich auf beide Gruppen in gleicher Weise aus. Aus diesem Grund kann sie nicht an Art. 28 EG gemessen werden.

Ein Verstoß gegen Art. 28 EG scheidet aus.

II. Freizügigkeit der Arbeitnehmer - Schutzbereich

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist in der Reihenfolge des EG die nächste Grundfreiheit. Einschlägig sind die Art. 39 bis 42. Von der Freiheit des Warenverkehrs, insbesondere

den Art. 28 bis 31 EG, wird diese Grundfreiheit durch den Abschnitt über die Landwirtschaft (Art. 32 bis 38 EG) getrennt, der gesondert darzustellen ist.

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist als ein Differenzierungsverbot formuliert. Nach der Definitionsnorm des Art. 39 II EG umfasst sie die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Der sachliche Schutzbereich wird in Art. 39 III EG weiter differenziert, indem aus dem an die Mitgliedstaaten gerichteten Differenzierungsverbot subjektive Rechte der Arbeitnehmer abgeleitet werden: das Recht auf Bewerbung um angebotene Stellen; das Recht, sich zum Zweck der Bewerbung im Hoheitsgebiet aller Mitgliedstaaten frei zu bewegen; das Aufenthaltsrecht für die Dauer der Arbeitstätigkeit; das näherer Ausgestaltung bedürfende Recht, sich nach Beendigung der Arbeitstätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten. Die Punkte b) und d) galten früher als problematisch, weil sie nicht streng auf eine wirtschaftliche Tätigkeit bezogen sind. So hat man den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten auszuweisen, wenn die Arbeitssuche länger als sechs Monate dauerte; damit wollte man einem Missbrauch des Art. 39 II EG als allgemeines Aufenthaltsrecht entgegenwirken. Durch die Anerkennung eines allgemeinen Aufenthaltsrechts in Art. 18 EG als Teil der Unionsbürgerschaft ist diese Problematik entfallen.

Der Schutz von Art. 39 II reicht über denjenigen von Abs. 3 hinaus. So werden von Abs. 2 z.B. steuerrechtliche Diskriminierungen verboten. In diesen Kontext gehört die Schumacker-Entscheidung des EuGH (Slg. 1995, 225). Dort ging es um einen Belgier, der in Belgien wohnte, aber in Deutschland arbeitete. Seine Einkünfte wurden in Deutschland versteuert. Allerdings wurden ihm steuerrechtliche Vorteile,

z.B. das Ehegattensplitting, vorenthalten. Dies hat der EuGH beanstandet.

Der persönliche Schutzbereich von Art. 39 EG wird von der Formulierung "Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten" in Abs. 2 abgesteckt. Der Begriff des "Arbeitnehmers" ist Gegenbegriff zum "Selbständigen", dem Art. 43 EG die Niederlassungsfreiheit gibt. Für den Begriff ist eine weisungsgebundene Tätigkeit prägend, für die eine Gegenleistung gewährt wird. Der Umfang dieser Tätigkeit ist nicht maßgebend; auch geringfügig Beschäftigte werden geschützt. Keine Arbeitnehmer sind Personen, die sich in einer Ausbildung befinden, wenn sie für diese Ausbildung keine Gegenleistung erhalten; Rechtsreferendare oder Lehrlinge sind demnach geschützt.

Weiter wird verlangt, dass der Arbeitnehmer die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates haben muss. Im Fall der Bundesrepublik Deutschland ist zu beachten, dass den deutschen Staatsangehörigen die Deutschen im Sinne von Art. 116 GG gleichgestellt sind. Die Maßgeblichkeit dieses verfassungsrechtlichen Begriffs für das EG-Recht ergibt sich aus einer Erklärung der Bundesrepublik Deutschland über die Bedeutung des Begriffs "deutscher Staatsangehöriger" aus Anlass der Unterzeichnung des EWG-Vertrages im Jahr 1957. Diese Erklärung ist von den anderen Unterzeichnerstaaten angenommen worden und darum nach Art. 31 II lit. b) WVK für die Vertragsauslegung verbindlich.

Seit den 70er Jahren hält der EuGH Art. 39 EG für unmittelbar anwendbar. Jeder einzelne kann sich deshalb gegenüber den Mitgliedstaaten auf diese Vorschrift als Grundlage für subjektive Rechte berufen, selbst wenn keine konkretisierenden Vorschriften ergangen sind.

III. Vom Differenzierungs- zum Beschränkungsverbot

Art. 39 II EG ist als Differenzierungsverbot formuliert. Ihm wird genügt durch die Gewährung von Inländergleichbehandlung. Verboten sind nicht nur ausdrückliche, sondern auch versteckte Diskriminierungen. Darunter versteht man Regelungen, die nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an Merkmale, die mit ihr typischerweise verknüpft sind (Herkunft oder Wohnort).

In der Einleitung meiner Ausführungen über die Grundfreiheiten habe ich jedoch gesagt, dass die Rechtsprechung des EuGH Differenzierungs- und Beschränkungsverbote einander soweit angenähert habe, dass jede Grundfreiheit, unabhängig von dem Textbefund, beides ist. Bei Art. 39 EG äußert sich die Nähe der beiden Gewährleistungsdimensionen darin, dass Abs. 2 als Diskriminierungs- und Abs. 3 als Beschränkungsverbot formuliert ist. Hierzu möchte ich Ihnen folgenden Fall aus der EuGH-Rechtsprechung vorstellen (Slg. 1993, 4309):

An italienischen Hochschulen wurden Fremdsprachenlektoren nur befristet beschäftigt. Dies galt ohne Ansehen der Staatsangehörigkeit, betraf aber überwiegend Ausländer, weil ca. 75 % der Fremdsprachenlektoren Ausländer waren. Vergleichbare Universitätsbedienstete wurden in unbefristeten Verhältnissen beschäftigt. Der EuGH stellt fest, dass die Maßnahme unterschiedslos auf Inländer und EG-Ausländer Anwendung finde und deshalb nicht gegen das Diskriminierungsverbot verstoße. Unterschiedslos wirkende Maßnahmen, die geeignet seien, die Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beeinträchtigen, seien aber darüber hinaus am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen (S. 4334). Eine solche Beeinträchtigung liege hier vor, weil ein befristetes Beschäftigungsverhältnis weniger attraktiv sei als ein unbefristetes. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung führe zu einem negativen Ergebnis. Wenn bei anderen Universitätsbeschäftigten eine

Befristung nicht für erforderlich gehalten werde, dann leuchte nicht ein, warum die Rechtslage bei Fremdsprachenlektoren anders sein solle. An einer anderen Stelle der Entscheidungsbegründung spricht der EuGH von einer versteckten Diskriminierung; dies wird aber nicht näher ausgeführt.

In ähnlicher Weise hat der EuGH die Forderung nach Nachweisen über Sprachkenntnisse und berufliche Fertigkeiten kontrolliert. Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung, dass auch nicht-diskriminierende Maßnahmen gegen Art. 39 II EG verstoßen können, wenn sie nicht Belangen des Gemeinwohls dienen und im Hinblick darauf verhältnismäßig sind. Damit wandelt die Arbeitnehmerfreizügigkeit sich von einem reinen Diskriminierungsverbot zu einem Beschränkungsverbot.

Beide Aussagen des Art. 39 EG entfalten Drittwirkung gegenüber sozial mächtigen Unternehmen oder Verbänden. So hat der EuGH im Bosman-Urteil (NJW 1996, 505) nicht nur Ausländerklauseln, d.h. Regelungen, die die Zahl von Ausländern, die in Fussballmannschaften spielen dürfen, beschränken, beanstandet, sondern auch das System des Spielertransfers, das ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit eines Spielers den neuen Verein zur Zahlung einer Entschädigungssumme an den bisherigen Verein verpflichtete. Die Beanstandung der Ausländerklauseln lässt sich aus dem Diskriminierungsverbot ableiten; die Beanstandung der Transferregelungen ist jedoch nur nachvollziehbar, wenn man Art. 39 II EG auch als Beschränkungsverbot auffasst.

IV. Die Ausgestaltung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Art. 39 EG ist auf konkretisierende Regelungen durch die Gemeinschaft angewiesen. Die dafür nötigen Rechtsetzungsermächtigungen findet man in den Art. 40 und 42 EG. Die zwei wichtigsten Regelungswerke seien hier

vorgestellt. Grundlegend sind die Verordnungen Nr. 1612 / 68 und 1408 / 71.

Eine der wesentlichen Aussagen der Verordnung Nr. 1612 / 68 besteht darin, den Familienangehörigen eines Arbeitnehmers ebenfalls Freizügigkeit zu gewähren und seine Kinder hinsichtlich der schulischen Erziehung und der Berufsausbildung Angehörigen des Gastlandes gleichzustellen. Daraus können sich z.B. Ansprüche auf Gewährung von Ausbildungsförderung ergeben (EuGH Slg. 1974, 773 - Casagrande).

Die Verordnung Nr. 1408 / 71 hat das Ziel, sozialversicherungsrechtliche Nachteile auszugleichen, die entstehen können, wenn die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Anspruch genommen wird. Diese Nachteile bestehen darin, dass die Anwartschaften, die insbesondere in der gesetzlichen Rentenversicherung erworben werden, von der Dauer der Versicherungszugehörigkeit abhängen und dass die Anwartschaft z.B. größer ist, wenn ein Arbeitnehmer 20 Jahre Beiträge an ein nationales Versicherungssystem geleistet hätte wie wenn er dieselben Beiträge jeweils 10 Jahre an die Versicherungssysteme zweier Mitgliedstaaten geleistet hätte. Summiert man die einzelnen Anwartschaften, so ergibt sich ein geringerer Betrag, als wenn die Gesamtarbeitszeit nur nach einer Rechtsordnung erfasst würde. Diesen Nachteil gleicht die Verordnung aus, indem sie eine Transferierung der jeweiligen Anwartschaft ohne Einbuße vorschreibt.

V. Die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Schranken sind der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 39 III EG gezogen. Die dort gewährten Rechte können eingeschränkt werden aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Diese Schranke haben wir schon bei der Freiheit des Warenverkehrs kennengelernt (Art. 30 EG). Unter einem sehr ähnlichen Vorbehalt steht die Niederlassungsfreiheit

gemäß Art. 46 I EG. Auf diese Vorschrift verweist für die Dienstleistungsfreiheit Art. 55. Bei allen Grundfreiheiten wird diese Schrankenklausele vom EuGH restriktiv ausgelegt. Dem entspricht, dass der EuGH eine Ausdehnung der Schrankenklausele auf Art. 39 II EG abgelehnt hat; sie bezieht sich nur auf Art. 39 III. Ausländerrechtliche Massnahmen gegenüber EG-Ausländern, die sich auf Art. 39 EG berufen können, insbesondere Ausweisungen, werden vom EuGH an strenge Voraussetzungen geknüpft.

Weiterhin sieht Art. 39 IV EG eine Ausnahme für den Bereich der öffentlichen Verwaltung vor. Hier gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht. Diesen Bereich darf jeder Mitgliedstaat seinen Staatsangehörigen vorbehalten. Die Bereichsausnahme trägt dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung bestimmter staatlicher Funktionen die Staatsangehörigkeit als Loyalitätsbeziehung voraussetzt.

Die Auslegung des Begriffs "öffentliche Verwaltung" ist umstritten. Der EuGH ist der Ansicht, dass nicht die Rechtsauffassung oder die Organisation der einzelnen Mitgliedstaaten massgebend sein könne, sondern dass der Begriff gemeinschaftsrechtlich zu bestimmen sei. Im gemeinschaftsrechtlichen Sinne ist öffentliche Verwaltung nicht jede Staatstätigkeit, auch nicht jede öffentlich-rechtlich zu qualifizierende Staatstätigkeit, sondern nur die Teilnahme an der Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Zur öffentlichen Verwaltung in diesem Sinne gehören die Justiz, die Polizei oder die Finanzverwaltung. Nicht zur öffentlichen Verwaltung gehören weite Teile der Sozialversicherung oder der Schuldienst.

Der EuGH ist mit dieser Begriffsbestimmung Versuchen entgegengetreten, den Anwendungsbereich von Art. 39 IV EG mit dem Anwendungsbereich von Art. 33 IV GG zu parallelisieren. Nach Art. 33 IV GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse in der Regel Beamten zu

übertragen; Angestellte dürfen solche Befugnisse grundsätzlich nicht ausüben. Hoheitsrechtliche Befugnisse im Sinne von Art. 33 IV GG werden nach herrschender, wenn auch umstrittener Ansicht auch von Lehrern ausgeübt. Die Tätigkeit des Lehrers ist deshalb nach deutschem Verfassungsrecht grundsätzlich Beamten vorbehalten. Gleichzeitig verlangt Art. 39 II EG, dass EG-Ausländern in Deutschland gleicher Zugang zum Lehrerberuf zu gewähren ist. Beides lässt sich nur in Einklang bringen, wenn man ein Erfordernis des bisherigen Beamtenrechts preisgibt, nämlich den Deutschenvorbehalt. Die Divergenz zwischen Art. 33 IV GG und Art. 39 IV EG führt dazu, dass in Deutschland EG-Ausländer in bestimmten Bereichen die Möglichkeit erhalten müssen, Beamte zu werden. Dies hat zu Änderungen im deutschen Beamtenrecht geführt. Die Problematik möchte ich Ihnen an einer für das deutsche Beamtenrecht grundlegenden Entscheidung des EuGH verdeutlichen.

VI. Lawrie Blum (Slg. 1986, 2121)

Frau Blum, britische Staatsangehörige, hatte in Deutschland die Erste Staatsprüfung für das Lehramt erfolgreich absolviert. Sie verfügte über die nötigen Sprachkenntnisse, um in Deutschland als Lehrerin tätig zu sein. Sie beantragte nach dem Bestehen der Ersten Staatsprüfung die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst für das Lehramt. Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil die Aufnahme in den Vorbereitungsdienst die Begründung eines Beamtenverhältnisses auf Widerruf erfordert hätte, nach dem damals geltendem Recht die deutsche Staatsangehörigkeit aber eine Voraussetzung für die Beamtenernennung war. Gegenüber dem Einwand, dies verstoße gegen Art. 39 II EG, berief Deutschland sich auf Art. 39 IV EG.

Der EuGH prüft zunächst, ob der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist. Zu diesem Zweck stellt er Überlegungen zum

Begriff des Arbeitnehmers an. Arbeitnehmer sei jeder, der gegen Entgelt fremdbestimmte Arbeit leiste. Dies treffe auf einen Studienreferendar zu.

Gegen seinen Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass seine Tätigkeit nicht ökonomischer Natur sei, sondern in den Bereich Bildung und Erziehung falle. Für die Anwendung von Art. 39 EG reiche jede entgeltliche Arbeitsleistung aus, unabhängig davon, in welchem Bereich sie erbracht werde. Die gegenteilige Annahme lasse den Vorbehalt in Art. 39 IV EG überflüssig werden.

Gegen den Arbeitnehmerstatus spreche nicht, dass Studienreferendare in Deutschland als Beamte auf Widerruf beschäftigt werden. Derartige Besonderheiten des nationalen Rechts könnten nicht über die Anwendung von Art. 39 EG entscheiden.

Gegen die Anwendung von Art. 39 EG spreche schließlich nicht, dass Studienreferendare sich noch in der Ausbildung befinden und nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Unterricht erteilen. Auf den Umfang der Tätigkeit kann es nicht ankommen, sofern dafür überhaupt ein Entgelt geschuldet wird.

Nachdem festgestellt ist, dass der Schutzbereich des Art. 39 EG eröffnet ist, fällt es leicht, in der Ablehnung der Einstellung von Frau Blum in das Lehramtsreferendariat eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu sehen. Denn massgebend für diese Entscheidung waren nicht die Note der Bewerberin im Ersten Juristischen Staatsexamen oder etwa mangelnde Deutschkenntnisse, sondern allein ihre Staatsangehörigkeit, die nach deutschem Recht einer Verbeamtung entgegenstand.

Ebenfalls eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hätte vorgelegen, wenn man Frau Blum

angeboten hätte, dass sie ihr Referendariat im Angestelltenverhältnis absolvieren könne. Der Angestellte erhalte nämlich bei gleichem Bruttogehalt ein geringeres Nettogehalt als der Beamte, weil bei ihm von dem Bruttogehalt Sozialversicherungsbeiträge abgezogen werden müssen, die der Beamte nicht schuldet.

Damit spitzt der Fall sich auf die Frage zu, ob für das Lehramtsreferendariat die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG gilt. Diese Frage wird vom EuGH verneint. Der EuGH legt den Begriff der öffentlichen Verwaltung eng aus und beschränkt ihn auf die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse. Dies ergebe sich aus dem Ausnahmecharakter von Abs. 4, der eine enge Auslegung erforderlich mache. Nur hinsichtlich der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse lasse die Ausnahme sich auch rechtfertigen, weil nur insoweit die Treuebeziehung der Staatsangehörigkeit vorausgesetzt werden dürfe. Für das Schulwesen hat dies die Konsequenz, dass die Bereichsausnahme des Art. 39 IV EG praktisch keine Rolle mehr spielt; allenfalls bei Schulleiterpositionen kann man daran denken (vgl. aus der neueren Rechtsprechung EuGH Slg. 1991, 5627).

Die Lawrie-Blum-Entscheidung hatte Konsequenzen für das deutsche Beamtenrecht. Sie zwang zur Öffnung des Schuldienstes für EG-Ausländer. Andererseits ist man herrschend der Meinung, dass gemäß Art. 33 IV GG Lehrer Beamte sind, weil sie hoheitsrechtliche Befugnisse wahrnehmen. Das Verbeamtungsgebot des Art. 33 IV GG und das Öffnungsgebot des Art. 39 IV EG kann man nur in Einklang bringen, wenn man auf die deutsche Staatsangehörigkeit als Ernennungsvoraussetzung für Beamte in dem europarechtlich gebotenen Ausmass verzichtet. Das ist mit einiger Verzögerung 1993 geschehen. § 4 I Nr. 1 BRRG lautet seither: "In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates

der europäischen Gemeinschaften besitzt." Abs. 2 fügt hinzu: "Wenn die Aufgaben es erfordern, dass nur ein Deutscher im Sinne des Art. 116 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden (Art. 39 IV EWG-Vertrag)." Mit der Verweisung auf Art. 39 IV EG werden die Probleme umgangen, die sich daraus ergeben können, dass diese Norm und Art. 33 IV GG unterschiedliche Anwendungsbereiche haben. Für das Staatsangehörigkeitserfordernis des Beamtenrechts erklärt dieses selbst Art. 39 IV EG für massgebend.

Mit der Änderung des BRRG hat sich in Deutschland die Ansicht durchgesetzt, das Staatsangehörigkeitserfordernis sei kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 V GG. Hätte man dies bejaht, so hätte sich ein Konflikt zwischen den Art. 33 IV und V GG und Art. 39 II / IV EG ergeben und die Vorrangfrage zwischen dem Gemeinschaftsrecht und dem nationalen Verfassungsrecht gestellt. Für das Staatsangehörigkeitserfordernis ließ sich jedoch nicht nachweisen, dass es im deutschen Beamtenrecht eine längere Tradition aufweise. So war in der Weimarer Republik die Verbeamtung von Ausländern zulässig; an sie war als weitere Rechtsfolge der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit geknüpft. Auf diese Weise hat Adolf Hitler 1923 mit seiner Ernennung zum bayerischen Zollbeamten die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt.

VII. Prüfungsschema zu Art. 39 EG

1. Arbeitnehmer eines Mitgliedstaates (hier Abgrenzung zu den Art. 43 ff.; Ausgrenzung von reinen Inlandssachverhalten)
2. Staatliche Maßnahme, ggfs. Drittwirkung
3. Beeinträchtigung des Freizügigkeitsrechts
 - Diskriminierung im Sinne von Abs. 2
 - Behinderung im Sinne von Abs. 3

- Sonstige Behinderung

4. Rechtfertigung der Beeinträchtigung

- Bei Diskriminierungen im Sinne von Abs. 2 nicht vorgesehen; wird im Bosman-Urteil gleichwohl geprüft

- Bei Behinderungen im Sinne von Abs. 3: ebendort
- Bei sonstigen Behinderungen durch unterschiedslos wirkende Maßnahmen: Grundsatz der Verhältnismäßigkeit