

**Vorlesung Europarecht II**

Freitag, den 6. Mai 2005

In der letzten Woche hat mein Mitarbeiter mit Ihnen die Warenverkehrsfreiheit (Art. 23 - 31 EG) besprochen und die maßgebenden EuGH-Entscheidungen zu Art. 28 EG vorgestellt. Bei den EuGH-Entscheidungen handelt es sich um die Dassonville- (Slg. 1974, 837), um die Cassis-de-Dijon- (Slg. 1979, 649) und um die Keck-Entscheidung (Slg. 1993, 6047). Die Kenntnis dieser Entscheidungen wird von einem Wahlfachstudenten erwartet.

Zu Beginn der heutigen Vorlesungsstunde stelle ich Ihnen zwei weitere EuGH-Entscheidungen vor, dies auch zu dem Zweck, noch einmal 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. Diese Vorschriften haben unmittelbare Wirkung (dazu grundlegend van Gend & Loos, EuGH, Slg. 1963, 1 [weiterer „Klassiker“, der zum Basiswissen gehört und in diesen Zusammenhang passt: Costa / ENEL, EuGH Slg. 1964, 1254]) und bedürfen keiner sekundärrechtlichen Ergänzung. Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit trägt die sekundärrechtliche Konkretisierung auch der Tatsache Rechnung, dass diese Grundfreiheit nicht nur eine ökonomische, sondern unmittelbar auch eine soziale Dimension hat.

**I. EuGH-Entscheidungen zu Art. 28 EG**

**1. Hünermund (Slg. 1993, 6787)**

**Sachverhalt:** Die Landesapothekenkammer, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit Zwangsmitgliedschaft, verhängt durch Satzung ein Verbot von Werbung für apothekenübliche Waren

außerhalb der Apotheken. Hiergegen wendet sich eine deutsche Apothekerin. Sie sieht in dem Verbot eine unzulässige Maßnahme mit gleicher Wirkung im Sinne von Art. 28 EG.

**Frage:** Das von der Apothekerin angerufene Verwaltungsgericht legt dem EuGH nach Art. 234 EG die Frage vor, ob dies der Fall sei.

**Lösung:** 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 insoweit Waren, als 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 (zweites oder drittes) ist zu prüfen, ob standesrechtliche Regelungen einer Landesapothekenkammer staatliche Maßnahmen 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.

## 2. Doc Morris (Internet-Apotheke) (NJW 2004, 131)

**Sachverhalt:** Die in den Niederlanden zugelassene Apotheke Doc Morris vertreibt Arzneimittel über das Internet für Endverbraucher, auch in Deutschland nicht zugelassene und in Deutschland rezeptpflichtige Arzneimittel. In mehreren gerichtlichen Urteilen wurde der Versandhandel in Deutschland als Verstoß gegen § 43 AMG untersagt.

**Frage:** Ist das Verbot mit Art. 28 EG vereinbar?

**Lösung:** Das Verbot des Internet-Apothekenhandels mit nicht zugelassenen Arzneimitteln kann keine Maßnahme gleicher Wirkung sein, weil es sekundärem Gemeinschaftsrecht entspricht. Bei dem Verbot des Internet-Apothekenhandels mit zugelassenen Arzneimitteln handelt es sich dagegen um eine Maßnahme gleicher Wirkung. Eine Maßnahme gleicher Wirkung liegt vor, auch wenn die deutsche Regelung nicht bezweckt, den innergemeinschaftlichen Handel zu regeln; es reicht die objektive Eignung und Wirkung. Gegen die Anwendung von Art. 28 EG spricht auch nicht, dass das deutsche Verbot unterschiedslos für EG-ausländische wie für deutsche Arzneimittel gilt; Art. 28 EG ist nicht nur Diskriminierungs-, sondern auch Beschränkungsverbot. Es handelt sich bei dem Verbot auch nicht um eine bloße Verkaufsmodalität, weil das Verbot außerhalb Deutschlands ansässige Apotheken und nicht-deutsche Arzneimittel stärker beeinträchtigt. Die Rechtfertigung dieser Maßnahme richtet sich nach Art. 30 EG, der solange anwendbar bleibt, wie die Harmonisierung der nationalen Maßnahmen im Bereich der Herstellung und Vermarktung von Arzneimitteln nicht vollständig durchgeführt ist. Der Schutz von Gesundheit und Leben des Menschen wird in Art. 30 EG genannt. Fraglich ist aber, ob das Verbot insoweit verhältnismäßig ist. Da auch die niederländische Internet-Apotheke staatlicher Kontrolle unterliegt, kann das Verbot nur mit dem Erfordernis individueller Beratung und der Kontrolle der Echtheit und der Zweckmäßigkeit ärztlicher Verschreibungen

begründet werden. Bei nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vermag keiner dieser Gesichtspunkte aber ein Verbot zu begründen; ihnen wird durch die vorhandenen Regelungen, insbesondere die Richtlinie 97/7/EG, hinreichend Rechnung getragen. Bei den verschreibungspflichtigen Arzneimitteln prüft der EuGH das System der Festpreise, die es in Deutschland gibt, und an die eine EG-ausländische Internet-Apotheke nicht gebunden wäre. Hierin könnte eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der sozialen Sicherheitssysteme liegen. Der EuGH zieht sich aber auf die Behauptung zurück, Argumente für die Erforderlichkeit der Arzneipreisverordnung seien nicht vorgebracht worden (Rz. 123). Dies halte ich persönlich für wenig überzeugend; warum sollte von den Parteien bei einer Entscheidung, die in der NJW 8 Seiten füllt, ausgerechnet zum entscheidenden Punkt zu wenig vorgetragen worden sein. Andererseits ist wenig wahrscheinlich, dass der Internet-Handel zu einer Verteuerung von Arzneimitteln führen wird, und stellt der EuGH fest, dass die wirtschaftlichen Interessen der deutschen Apotheker kein Verbot rechtfertigen könnten.

Die Entscheidung befasst sich noch mit Arzneimittelreimporten und der Werbung für Arzneimittel. Darauf ist hier wegen der enger gefassten Fallfrage aber nicht einzugehen.

Das Verbot ist nicht mit Art. 28 EG vereinbar.

## **II. Zölle und Verbrauchsteuern**

Die Regelungen der Art. 28 - 30 EG werden ergänzt durch das kategorische Verbot mitgliedstaatlicher Ein- und Ausfuhrzölle (Art. 25 EG) und durch das Verbot, Waren aus anderen Mitgliedstaaten verbrauchssteuerlich zu diskriminieren. Art. 90 EG enthält in Abs. 1 ein spezielles Diskriminierungsverbot und, für Waren, die inländischen Waren zwar nicht gleichartig sind, die mit ihnen aber in einem Substitutionsverhältnis stehen, in Abs. 2 ein Protektionismusverbot. Beide Verbote sind als Diskriminie-

rungsverbote gefasst. Im Verhältnis zu Art. 28 ist Art. 90 EG nach einer Ansicht *lex specialis*, nach anderer Ansicht eine *aliud*-Regelung. Ähnlich wie Art. 29 EG schützt die Norm auch gegen Diskriminierungen beim Export.

### **III. 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 Differenzierungs- oder Diskriminierungsverbot 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 bedürftige 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, weiterhin Personen, die nach einer Phase beruflicher Tätigkeit sich weiterbilden.

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.

#### **IV. 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.

Die Drittwirkungsrechtsprechung ist vom EuGH in neuerer Zeit so ausgeweitet worden, dass man als Arbeitgeber davon auszugehen hat, dass das mit der Freizügigkeit verbundene Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit auch für

Privatpersonen gilt (so EuGH, Slg. 2000 - I, 4161 Rn. 36). In dem angegebenen Fall Angonese ist es darum gegangen, dass eine Bank in der italienischen Provinz Bozen als Einstellungsvoraussetzung einen behördlichen Nachweis der Zweisprachigkeit verlangt hat, der in dieser Form nur in der Provinz Bozen ausgestellt wurde. Da in dieser Provinz die Mehrheit der Einwohner die italienische Staatsangehörigkeit besitzt, wurde diese Gruppe bevorzugt und wurden andere mögliche Bewerber entsprechend benachteiligt.

## **V. 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 Ehepartnern und 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.

## **VI. 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 Schrankenklausel vom EuGH restriktiv ausgelegt. Dem entspricht, dass der EuGH eine Ausdehnung der Schrankenklausel 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 öffent-

lich-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.

#### **VII. 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 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 erhielte 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.

#### **VIII. 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