

gungen“ fällt, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung als freiwillige Leistung oder aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung erfolgt.

3. Die Vorschriften über die Gleichbehandlung verbieten nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis

führen. Es kann je nach den Umständen eine verbotene unterschiedliche Behandlung darstellen, wenn für die Gewährung der Trennungsschädigung darauf abgestellt wird, daß der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die für eine solche Entschädigung geltende Regelung sachliche Unterschiede in der Lage der Arbeitnehmer berücksichtigt, je nachdem, ob sie bei Aufnahme ihrer Tätigkeit ihren Wohnsitz im Inland oder im Ausland haben.

In der Rechtssache 152/73

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Bundesarbeitsgericht in dem vor diesem anhängigen Rechtsstreit

GIOVANNI MARIA SOTGIU, Postfacharbeiter, wohnhaft in Stuttgart,

gegen

DEUTSCHE BUNDESPOST, Oberpostdirektion Stuttgart,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Artikel 48 Absatz 4 des EWG-Vertrags und 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaften

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten R. Lecourt, der Kammerpräsidenten A. M. Donner und M. Sørensen, der Richter R. Monaco, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore (Berichterstatter), H. Kutscher, C. Ó Dálaigh und A. J. Mackenzie Stuart,

Generalanwalt: H. Mayras
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

Herr Giovanni Maria Sotgiu, der die italienische Staatsangehörigkeit besitzt, wurde aufgrund eines am 23. März 1965 abgeschlossenen schriftlichen Arbeitsvertrages von der Deutschen Bundespost in Stuttgart als Facharbeiter eingestellt.

Die Entlohnung von Herrn Sotgiu, dessen Arbeitsvertrag am 27. August 1965 auf unbestimmte Zeit verlängert wurde, richtet sich nach dem Tarifvertrag für die Arbeiter bei der Deutschen Bundespost vom 6. Januar 1955. Seinem Arbeitsvertrag zufolge gelten für ihn alle Bestimmungen dieses Tarifvertrages unmittelbar.

Die Familie von Herrn Sotgiu lebt nach wie vor in Italien.

Seit Beginn seines Arbeitsverhältnisses bezog Herr Sotgiu ebenso wie die deutschen Arbeitnehmer, die an einem anderen Orte als ihrem Wohnsitz eingestellt worden waren, eine Trennungsschädigung in Höhe von 7,50 DM täglich.

Ab 1. April 1965 wurde nach einem Rundschreiben des Bundesinnenministeriums vom 31. März die Trennungsschädigung derjenigen Arbeitnehmer, die an einem anderen Orte als ihrem Wohnort in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigt waren, auf 10 DM je Tag angehoben. Arbeitnehmer, deren Wohnort bei ihrer Einstellung im Ausland lag, erhielten weiterhin nur die bisherige Trennungsschädigung in Höhe von 7,50 DM täglich.

Herr Sotgiu, der auch weiterhin nur die niedrigere Trennungsschädigung bezog, rief das Arbeitsgericht Stuttgart an. Zur Begründung seiner Klage trug er namentlich vor, er sei Opfer einer durch die Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizü-

gigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (Abl. L 257, S. 2) unter sagten Diskriminierung.

Das Arbeitsgericht hat seine Klage mit Urteil vom 21. August 1970 abgewiesen.

Die von Herrn Sotgiu beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg eingelegte Berufung wurde mit Urteil vom 21. April 1972 zurückgewiesen.

Am 18. Mai 1972 legte Herr Sotgiu beim Bundesarbeitsgericht in Kassel Revision ein.

Mit Beschluß vom 28. März 1973 hat der IV. Senat dieses Gerichts gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die nachstehenden Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dahin auszu legen, daß Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 auch auf Arbeitnehmer der Deutschen Bundespost keine Anwendung findet, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig sind?

2. Falls die Frage zu Ziffer 1 verneint wird:

Ist Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 dahin auszulegen, daß das zusätzlich zum Lohn gewährte Trennungsgeld unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ fällt?

3. Falls die Frage zu 2 bejaht wird:

Ist Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 dahin auszulegen, daß nicht nur die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer aufgrund der Staatsangehörigkeit zu einem anderen EWG-Mitgliedstaat, sondern auch eine unterschiedliche Behandlung wegen des Wohnortes in

einem anderen EWG-Mitgliedstaat verboten ist?

Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts ist am 20. Juli 1973 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft haben am 1. Oktober 1973 die Regierung der Bundesrepublik Deutschland, am 2. Oktober die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und am 11. Oktober die Regierung der Italienischen Republik schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf den Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Die Regierung der Bundesrepublik Deutschland und die Kommission haben in der Sitzung vom 21. November 1973 mündliche Ausführungen gemacht und auf Fragen des Gerichtshofes geantwortet.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 5. Dezember 1973 vorgetragen.

Im Verfahren vor dem Gerichtshof ist die Regierung der Bundesrepublik Deutschland durch Herrn Martin Seidel, Regierungsdirektor im Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigten, die Regierung der Italienischen Republik durch den Botschafter Adolfo Maresca als Bevollmächtigten, Beistand: Sostituto Avvocato generale dello Stato Giorgio Zagari, und die Kommission durch ihren Rechtsberater Peter Karpenstein als Bevollmächtigten, Beistand: Herr Meinhard Hilf, Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten worden.

II — Vor dem Gerichtshof abgegebene schriftliche Erklärungen

Nach Auffassung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland enthält die

im Ausgangsverfahren streitige Regelung über das Trennungsgeld keine unterschiedliche Behandlung nach der Staatsangehörigkeit für den Fall, daß die betreffenden Arbeitnehmer im Zeitpunkt ihrer Einstellung bei der Deutschen Bundespost den Wohnsitz im Inland haben. In diesem Falle hätten auch die ausländischen Arbeitnehmer den Anspruch auf das höhere Trennungsgeld. Die unterschiedliche Behandlung der ausländischen Arbeitnehmer, die ihren Wohnsitz im Ausland hätten, gegenüber den Bediensteten mit Wohnsitz im Inland sei durch unterschiedliche tatsächliche Gegebenheiten begründet: Während der deutsche und ausländische Bedienstete, der bei der Einstellung seinen Wohnsitz im Inland habe, das Trennungsgeld nur dann erhalte, wenn er gewillt sei, seinen Wohnsitz an den Beschäftigungsort zu verlegen, brauche der ausländische Beschäftigte mit Wohnsitz im Ausland diese Voraussetzung nicht zu erfüllen. Bedienstete mit Wohnsitz im Inland oder deutsche Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Ausland erhielten das Trennungsgeld nur zeitlich befristet: Sie verlören den Anspruch mit dem Umzug oder mit der Aufgabe der Bereitschaft zum Umzug. Demgegenüber werde den ausländischen Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Ausland das Trennungsgeld zeitlich unbefristet gewährt. Angesichts dieses Vorteils sei der niedrigere Satz des Trennungsgeldes gerechtfertigt.

a) Zur ersten Frage sei festzustellen, daß die Vorschriften des EWG-Vertrags über die Freizügigkeit und damit die Regelungen der Verordnung Nr. 1612/68 auf Bedienstete der Deutschen Bundespost, die zur öffentlichen Verwaltung zähle, keine Anwendung fänden. Das gelte auch dann, wenn die Bediensteten auf der Grundlage eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig seien.

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer sei eine der Grundlagen der Gemeinschaft. Mit der Ausnahmeregelung für den Bereich der „öffentlichen Verwaltung“ trage Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages der Tatsache Rechnung, daß die Gemein-

schaft keine einheitliche staatliche Organisation darstelle, sondern von den staatlichen Organisationen der Mitgliedstaaten getragen werde.

Was unter „öffentlicher Verwaltung“ zu verstehen sei, werde im Vertrag nicht definiert: Die Zwecke des Artikels 48 Absatz 4 zwingen zu einer Auslegung, die vom nationalen Begriff und Verständnis der öffentlichen Verwaltung ausgehe. Diese Vorschrift wolle der Notwendigkeit des Rückgriffs auf die besondere Loyalität der eigenen Staatsangehörigen bei der Personaleinstellung in der öffentlichen Verwaltung Rechnung tragen. Aus diesem Grunde müsse die Bereichsausnahme des Artikels 48 Absatz 4 an den — unterschiedlichen — Strukturen der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten anknüpfen. Dies seien die Grenzen der von Artikel 48 Absatz 4 verfolgten Ziele. Dieser habe insbesondere weder die Funktion, die nationalen Verwaltungsstrukturen zu harmonisieren, noch diejenige, die von ihm vorgesehene Ausnahme von dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu vereinheitlichen. Diese Auffassung werde auch vom Europäischen Parlament geteilt, das in einer EntschlieÙung vom 17. Januar 1972 zur Definition der Begriffe „öffentliche Verwaltung“ und „öffentliche Gewalt“ in den Mitgliedstaaten und ihren Folgen für die Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 und Artikel 55 des EWG-Vertrags (ABl. C 10, S. 4) festgestellt habe, daß „Artikel 48 Absatz 4 auf jede Beschäftigung angewandt werden kann, die ein Mitgliedstaat zu seiner öffentlichen Verwaltung rechnet, unabhängig vom Inhalt der im Rahmen dieser Beschäftigung geleisteten Tätigkeit“, wengleich es andererseits ausdrücklich den Wunsch geäußert habe, daß die Mitgliedstaaten die Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 so weit wie möglich auf Beschäftigungen beschränken mögen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden seien.

Was im besonderen die Bundesrepublik Deutschland anbetreffe, gehöre die Tätigkeit der Deutschen Bundespost un-

zweifelhaft zur öffentlichen Verwaltung: Sie zähle nach Artikel 87 des Grundgesetzes zur bundeseigenen Verwaltung und übe nach der in der Bundesrepublik Deutschland allgemein vertretenen Auffassung eine hoheitliche Tätigkeit aus. Die Beschäftigung bei der Deutschen Bundespost stelle somit eindeutig eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Artikels 48 Absatz 4 EWG-Vertrag dar.

Die Vorschrift des Artikels 48 Absatz 4 enthalte keinerlei Anhaltspunkte für eine Differenzierung nach dem Rechtsstatus des Beschäftigten. Sie stelle auf die Funktion der Tätigkeit des Dienstherrn, nicht dagegen auf das Rechtsverhältnis des Dienstleistenden ab. Die Tatsache, daß der Beschäftigte aufgrund privatrechtlichen Arbeitsvertrages eingestellt worden sei, stehe seiner Eingliederung in die öffentliche Verwaltung nicht entgegen, der er ebenso wie ein Beamter angehöre. Diese Feststellung gelte insbesondere für die Bundesrepublik Deutschland, wo Aufgaben hoheitlicher Verwaltung nicht nur von Beamten wahrgenommen werden könnten, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sondern auch von staatlichen Angestellten oder Arbeitern.

Die vom Bundesarbeitsgericht unterbreitete erste Frage sei also dahin zu beantworten, daß Artikel 48 Absatz 4 des EWG-Vertrags in dem Sinne auszulegen sei, daß Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 auch auf Arbeitnehmer der Deutschen Bundespost keine Anwendung finde, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig seien.

b) Wegen der auf die erste Frage gegebenen Antwort seien die zweite und dritte Frage gegenstandslos.

Die Regierung der Italienischen Republik hebt die Tragweite der vom Bundesarbeitsgericht gestellten grundsätzlichen Fragen hervor.

a) Zur ersten Frage vertritt sie die Auffassung, daß Artikel 48 Absatz 4 des EWG-Vertrags sowohl von seinem Wort-

laut als auch von seinem Standort im Normengefüge darauf ausgerichtet sei, den Grundsatz, daß die für die Wanderarbeitnehmer geltenden Gemeinschaftsbestimmungen auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung keine Anwendung finden, ausschließlich auf Dienstverhältnisse zu beschränken, in denen der Arbeitnehmer so in die öffentliche Verwaltung eingegliedert werde, daß er ein Teil von ihr werde. Dies gelte aber nicht für denjenigen Arbeitnehmer, der von einer öffentlichen Anstalt aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages eingestellt werde. Dieser bleibe in einem solchen Falle gegenüber der öffentlichen Anstalt Außenstehender, er trete in kein Organwalterverhältnis ein. Die Erwägungen, die dem Artikel 48 Absatz 4 zugrunde lägen, griffen für ihn nicht durch.

Diese Bestimmung wolle den Mitgliedstaaten die Möglichkeit sichern, an Sonderregelungen für ihre eigene öffentliche Verwaltung festzuhalten. Ein vergleichbares Bedürfnis sei jedoch offensichtlich nicht vorhanden, wenn die öffentliche Anstalt sich damit begnüge, die Dienste auf Privatvertragsgrundlage eingestellter Arbeitnehmer in Anspruch zu nehmen. Deshalb sei die erste Frage zu verneinen.

b) Hinsichtlich der zweiten Frage könne der Ausdruck „alle übrigen Arbeitsbedingungen“ in Artikel 7 Absatz 4 der Verordnung Nr. 1612/68 unstreitig in dem Sinne verstanden werden, daß er jede Art von Entschädigung, die dem Arbeitnehmer gewährt werde, umfasse. Vorliegend unterfalle die Trennungsschädigung dem Begriff „Arbeitsbedingungen“, ja sogar dem der Entlohnung, da sie hier nicht an eine durch vorübergehende oder gelegentliche Nachteile geprägte Situation geknüpft sei, sondern einen Zustand betreffe, der möglicherweise während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses fortbestehe.

c) Zur dritten Frage sei festzustellen, daß Sinn und Zweck des Artikels 7 der Verordnung Nr. 1612/68 eine unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer nach dem Ort ihrer Einstellung

dann verbiete, wenn dieser im Gebiet der Gemeinschaft gelegen sei. Die Anknüpfung an den Ort der Einstellung könne zur Umgehung des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dienen. Denn die im Ausland rekrutierten Arbeitnehmer seien in aller Regel ausländische Staatsangehörige, so daß eine unterschiedliche Behandlung je nach dem Ort der Einstellung des Arbeitnehmers im Grunde auf eine diskriminierende Behandlung der ausländischen gemeinschaftsangehörigen Arbeitnehmer hinauslaufe. Eine solche Anknüpfung widerspreche dem Grundsatz der Freizügigkeit. In diesem Zusammenhang sei daran zu erinnern, daß Artikel 3 der Verordnung Nr. 1612/68 für einen anderen Bereich bestimme, daß „Rechts- und Verwaltungsvorschriften oder Verwaltungspraktiken eines Mitgliedstaats . . . die, ohne auf die Staatsangehörigkeit abzustellen, ausschließlich oder hauptsächlich bezwecken oder bewirken, daß Angehörige der übrigen Mitgliedstaaten von der angebotenen Stelle ferngehalten werden, . . . keine Anwendung [finden]“.

Demnach sei die dritte Frage zu bejahen.

Die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* weist darauf hin, daß die in der vorliegenden Rechtssache aufgeworfene Kernfrage darin bestehe, ob das in Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag und Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68 enthaltene Diskriminierungsverbot nicht deshalb eine Ausnahme erleide, weil der Kläger eine Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 inne habe. Es gehe also vor allem um die Auslegung des Begriffes „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“.

a) Dieser Begriff stelle einen Begriff des Gemeinschaftsrechts dar. Zwar sei nicht zu bestreiten, daß er seine Konturen und Grenzen weitgehend nur durch Rückgriff auf die nationale Rechtssituation erfahren könne, doch handle es sich um eine durch die Gemeinschaftsverträge geschaffene autonome Bestimmung, deren Inhalt in erster Linie nach den Erforder-

nissen des Gemeinschaftsrechts und nur hilfsweise unter Heranziehung nationaler Kriterien zu bestimmen sei. Überließe man den Mitgliedstaaten das Recht, die Grenzlinie des Bereiches der öffentlichen Verwaltung autonom zu ziehen, so messe man dadurch letztlich den Verpflichtungen, die sich für sie aus dem Freizügigkeitsgrundsatz, d. h. einem der Grundfreiheiten der Verträge, ergäben, eine von einem Staat zum anderen sich stark unterscheidende Tragweite bei. Der Begriff der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ könne mithin nur einheitlich aus dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts entwickelt und verstanden werden.

In seiner Entschließung vom 17. Januar 1972 habe das Europäische Parlament den Standpunkt vertreten, Artikel 48 Absatz 4 ziele in erster Linie darauf ab, den Mitgliedstaaten zu ermöglichen, die Ausübung tatsächlicher öffentlicher Gewalt den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten. Aus diesem Grunde habe es den Wunsch geäußert, daß die Mitgliedstaaten seine Anwendung so weit wie möglich auf Beschäftigungen beschränkten, die mit der Ausübung dieser Gewalt verbunden seien.

Diese Einschränkung folge aus dem System und den Zwecken des Vertrages.

Da der Wortlaut des Artikels 48 Absatz 4, die Materialien zum EWG-Vertrag und der Vergleich mit den Artikeln 55 Absatz 1 und 66 des Vertrages keine entscheidenden Auslegungsgesichtspunkte hergäben, sei im Hinblick auf die Rechtsnatur und den Zweck des Artikels 48 Absatz 4 davon auszugehen, daß diese Vorschrift eine Ausnahme von dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der allgemeinen Beseitigung der Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorsehe. Sie dürfe deshalb nicht weit interpretiert werden.

Den im innerstaatlichen Recht wie im Völkerrecht geltend gemachten Argumenten, um den Vorbehalt für den Zugang zu den öffentlichen Ämtern unabhängig von dem Inhalt der geleisteten Tätigkeit ausschließlich zugunsten der

Staatsangehörigen des betreffenden Mitgliedstaats zu rechtfertigen, müßten im Rahmen des EWG-Vertrags und insbesondere nach mehr als zwanzig Jahren europäischer Integration die folgenden Überlegungen entgegengehalten werden:

- Anders als in den herkömmlichen bi- oder multilateralen Verträgen stelle die Freizügigkeit im EWG-Vertrag die grundlegende, für die Integration der Wirtschafts- und Sozialordnungen geradezu konstitutive Rechtsgewährung dar.
- Artikel 48 Absatz 4 stelle eine Ausnahme vom Grundsatz der Integration dar, die den allgemeinen Grundsätzen entsprechend eng auszulegen sei.
- Der EWG-Vertrag gehe von der Gleichwertigkeit und dem Gebot der Gleichbehandlung der Angehörigen der verschiedenen Mitgliedstaaten aus. Das traditionelle Mißtrauen gegenüber den Fremden, das dem klassischen Völkerrecht entnommen sei, stelle in dem von dem Vertrag in Gang gesetzten Integrationsprozeß ein im Grunde sachfremdes und diesem Prozeß zuwiderlaufendes Element dar.
- Angesichts der Ausweitung der öffentlichen Verwaltung in den Mitgliedstaaten könne der Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gänzlich in Frage gestellt werden, wenn es den Mitgliedstaaten überlassen wäre, die Beschäftigungen, die sie aufgrund ihrer internen Vorschriften in den Bereich der öffentlichen Verwaltung im weiteren Sinne einbeziehen könnten, aus dem Anwendungsbereich des Vertrages herauszunehmen.

Die Ausnahmeregeln des Artikels 48 Absatz 4 seien also eng auszulegen, und der Begriff der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ sei einschränkender zu verstehen als in den klassischen Freizügigkeits- und Niederlassungsverträgen des Völkerrechts.

Der Vorbehalt des Artikels 48 Absatz 4 sollte zunächst auf diejenigen Funktio-

nen innerhalb der öffentlichen Verwaltung beschränkt werden, bei denen es um die staatlichen Belange im echten Sinne gehe. Unumstritten seien damit die Funktionen einbegriffen, die zu einem hoheitlichen Tätigwerden gegenüber Privaten ermächtigen und damit unter Umständen Rechtsverletzungen ermöglichen. Es handle sich hier um staatliche Funktionen im klassischen Sinne.

Im Hinblick auf die gegenüber Artikel 55 Absatz 1 erweiterte Fassung des Artikels 48 Absatz 4 lasse sich sogar die Auffassung vertreten, daß den Mitgliedstaaten nicht nur die eigentliche Ausübung hoheitlicher Gewalt zur eigenständigen Regelung zu überlassen sei, sondern sämtliche Beschäftigungen innerhalb der staatlichen Verwaltung, die in irgendeiner Weise mittelbar in den hoheitlichen Entscheidungsprozeß einbezogen seien. Die Ausnahmeregelung des Artikels 48 Absatz 4 dürfte allerdings nur für den Personenkreis einschlägig sein, der wegen seiner Tätigkeit im internen Bereich der Verwaltung auf staatliche Interessen der Geheimhaltung oder besondere staatliche Sicherheitsbelange Rücksicht zu nehmen habe.

Insoweit könne es nicht entscheidend darauf ankommen, ob die Tätigkeit im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstellung oder aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrags ausgeübt werde. Zwar greife der Vorbehalt des Artikels 48 Absatz 4 durchweg auch im Falle der „Beamten“ ein, die in aller Regel ihren besonderen Status gerade deswegen erhielten, weil sie mit hoheitlichen Belangen betraut zu werden pflegten, doch könnten auch „Angestellte“, d. h. Bedienstete ohne besonderen öffentlich-rechtlichen Status, mit der Wahrnehmung solcher Befugnisse betraut werden. Besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des Anwendungsbereiches des Artikels 48 Absatz 4 stellten sich bei Beschäftigungen, die zwar formell dem Rahmen der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen seien, die aber keine hoheitlichen Belange tangierten. Dies könne bei Beschäftigungen in öffentlichen Indu-

strie- oder Handelsbetrieben oder in verstaatlichten Unternehmen der Fall sein.

Nach allem dürfte es unumgänglich sein, bei einer vom Gemeinschaftsrecht her bestimmten Auslegung des Begriffes der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ auch auf materielle Kriterien zurückzugreifen.

Im Ergebnis sei, so meint die Kommission, festzustellen, daß der in Artikel 48 Absatz 4 des EWG-Vertrags verwandte Begriff der „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ ein Begriff des Gemeinschaftsrechts sei, der keine Verweisung auf das Recht der Mitgliedstaaten enthalte. Er sei dahin auszulegen, daß nur solche Tätigkeiten dem Anwendungsbereich des Artikels 48 entzogen werden könnten, die unmittelbar oder mittelbar mit der Ausübung von Hoheitsbefugnissen verbunden seien. Dies sei stets der Fall, wenn Geheimhaltungs- oder Sicherheitsinteressen des Staates berührt würden. Der Rechtscharakter des Anstellungsverhältnisses könne in diesem Zusammenhang wesentliche Anhaltspunkte geben, sei für sich allein jedoch kein entscheidendes Kriterium. Ob Postfacharbeiter der Deutschen Bundespost aufgrund dieser Kriterien eine „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ ausübten, könne nicht abschließend beurteilt werden, da aus dem Vorlagebeschluß nicht klar hervorgehe, inwieweit die Tätigkeit dieser Arbeitnehmer mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt im materiellen Sinne verbunden sei.

b) Zur zweiten Frage sei auf das sämtliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen erfassende Diskriminierungsverbot des Artikels 48 Absatz 2 EWG-Vertrag und des Artikels 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 zu verweisen. Dabei könne dahinstehen, ob das von der Deutschen Bundespost gezahlte Trennungsgeld zur „Entlohnung“ zu rechnen sei oder nicht. Sofern es für Arbeitnehmer, die ihren Wohnsitz im Ausland hätten, ohne Rücksicht auf einen späteren Umzug fortlaufend gezahlt werde, komme es einer zusätzlichen Entlohnung gleich.

In jedem Falle sei das Trennungsgeld zu den „sonstigen Arbeitsbedingungen“ zu rechnen. Diesem Begriff sei wegen des Wortlauts und des Zwecks der betreffenden Bestimmung sowie in Anbetracht der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine weite Auslegung zu geben. Keine Rolle könne spielen, ob das Trennungsgeld frei vereinbart werde, freiwillig gezahlt werde oder in einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift vereinbart sei.

Die zweite Frage sei demnach zu bejahen.

c) Die dritte Frage werfe das Problem der verdeckten oder mittelbaren Diskriminierung auf.

Artikel 48 Absatz 2 des Vertrages sowie Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 konkretisierten das in Artikel 7 des Vertrages ausgesprochene allgemeine Verbot jeglicher Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Sowohl der Begriff der Diskriminierung als auch der der Staatsangehörigkeit sei nach materiellen Kriterien auszulegen. Nicht statthaft sei eine bloß formale Betrachtungsweise. Wenn daher eine Regelung an andere Kriterien wie den Wohnsitz im Ausland, die Sprache, den Geburtsort, die Herkunft oder die im Inland abgeleitete Wehrpflicht anknüpfe, so könne sich darin zugleich eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsange-

hörigkeit verbergen. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Anwendung bestimmter Unterscheidungsmerkmale dazu führe, daß im Ergebnis in allen oder in der überwiegenden Anzahl von Fällen nur Ausländer betroffen würden, ohne daß hierfür ein sachlich gerechtfertigter Grund erkennbar wäre.

Im vorliegenden Fall sei allein das Bundesarbeitsgericht in der Lage zu entscheiden, ob die im Ausgangsverfahren streitige Regelung der Trennungsentschädigung und die unterschiedliche Behandlung, die diese Regelung fast ausschließlich Ausländern angedeihen läßt, objektiv zu rechtfertigen sind. Die Anknüpfung an den Wohnsitz im Ausland könne dann nicht als diskriminierend erscheinen, wenn den aus dem Ausland eingestellten Arbeitnehmern anders als Arbeitnehmern, die vom Inland aus eingestellt seien, ein Trennungsgeld gezahlt werde, obwohl sie nicht verpflichtet seien, im Beschäftigungsland eine Wohnung zu suchen und dorthin umzuziehen, und wenn sie die dem Betrag nach geringere Trennungsentschädigung praktisch unbegrenzt während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses erhielten. Ob nach dem Zweck oder nach den Auswirkungen dieser Regelung eine Diskriminierung bewirkt werde oder mit ihr nur einer besonderen Lage sachgemäß entsprochen werden solle, sei nach nationalem Recht zu beurteilen.

Entscheidungsgründe

- 1 Mit Beschluß vom 28. März 1973, in der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 20. Juli 1973, hat das Bundesarbeitsgericht aufgrund von Artikel 177 des EWG-Vertrags drei Fragen nach der Auslegung von Artikel 48 Absatz 4 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und von Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABl. 1968 L 257, S. 2) vorgelegt. Diese Fragen sind in einem Rechtsstreit aufgeworfen worden, den ein bei der Deutschen Bundespost als Arbeiter beschäftigter italienischer Staatsangehöriger wegen Zahlung einer

„Trennungsentschädigung“ angestrengt hat, die außerhalb ihres Wohnortes beschäftigten Arbeitnehmern unter bestimmten Bedingungen gewährt wird.

Zur ersten Frage

- 2 Die erste Frage geht dahin, ob aufgrund der Ausnahmebestimmung des Artikels 48 Absatz 4 des EWG-Vertrags Arbeitnehmer, die von der öffentlichen Verwaltung eines Mitgliedstaats — im vorliegenden Fall von der Postverwaltung — im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages beschäftigt werden, von der Vergünstigung des Diskriminierungsverbots des Artikels 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 ausgeschlossen werden können.

- 3 Artikel 48 des Vertrages sichert die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft und sieht zu diesem Zweck in Absatz 2 „die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“ vor. Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 bestimmt hierzu im einzelnen, daß „ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, . . . aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, . . . nicht anders behandelt werden [darf] als die inländischen Arbeitnehmer“. Gemäß Absatz 4 dieses Artikels sind „alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und alle übrigen Arbeits- und Kündigungsbedingungen . . . von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.“ Nach Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages sind die genannten Bestimmungen allerdings „auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ nicht anwendbar. Deshalb ist die Tragweite dieser Ausnahme zu bestimmen.

- 4 Wegen der grundlegenden Bedeutung, den im Rahmen des Vertrages die Grundsätze der Freizügigkeit und der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft haben, können die in Absatz 4 des Artikels 48 zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind. Den Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen erlaubt, ist mit der Möglichkeit genüge

geran, den Zugang ausländischer Staatsangehöriger zu gewissen Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung zu beschränken. Diese Bestimmung kann jedoch keine unterschiedliche Behandlung in bezug auf Entlohnung oder sonstige Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer rechtfertigen, wenn diese einmal in den Dienst der Verwaltung aufgenommen sind. Denn bereits die Tatsache der Aufnahme in den Dienst der Verwaltung zeigt, daß die Interessen, die die Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäß Artikel 48 Absatz 4 rechtfertigen, nicht in Frage stehen.

- 5 Zu klären ist, ob die Tragweite der Ausnahmebestimmung des Artikels 48 Absatz 4 nach der Art der Rechtsverhältnisse zwischen dem Arbeitnehmer und der ihn beschäftigenden Verwaltung bestimmt werden kann. Mangels jeglicher Unterscheidung in der genannten Bestimmung ist es ohne Bedeutung, ob ein Arbeitnehmer als Arbeiter, Angestellter oder Beamter beschäftigt wird, oder ob sein Beschäftigungsverhältnis öffentlichem oder privatem Recht unterliegt. Diese rechtlichen Qualifizierungen können je nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften verschiedenen Inhalt haben und sind deswegen für die Bedürfnisse des Gemeinschaftsrechts als Auslegungsmerkmal ungeeignet.
- 6 Auf die vorgelegte Frage ist also zu antworten, daß Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages dahin auszulegen ist, daß die dort getroffene Ausnahmebestimmung ausschließlich den Zugang zu Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung betrifft und die Art des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und der Verwaltung insoweit unerheblich ist.

Zur zweiten Frage

- 7 Die zweite Frage geht dahin, ob Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 in dem Sinne auszulegen ist, daß die zusätzlich zum Lohn gewährte Trennungentschädigung unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ fällt. Diese Frage wird sowohl im Hinblick auf die Rechtsnatur dieser Leistung als auch im Hinblick darauf gestellt, daß es sich nach den anwendbaren innerstaatlichen Vorschriften um eine freiwillige Leistung handelt.
- 8 Zweck des Artikels 7 der Verordnung Nr. 1612/68 ist es, die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf alle gesetzlichen und vertraglichen Regelungen zu sichern, die ihre Rechtsstellung und insbesondere ihre finanziellen Ansprüche bestimmen. Soweit die Trennungentschädigung

die Nachteile ausgleicht, die dem Arbeitnehmer durch die Trennung von seiner Familienwohnung entstehen, stellt sie eine Ergänzung der Arbeitsvergütung und damit einen Bestandteil der „Arbeitsbedingungen“ im Sinne der Verordnung dar. Hierfür ist es unerheblich, ob die Zahlung dieser Entschädigung aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung erfolgt oder ob der Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber lediglich eine freiwillige Leistung erbringt. Denn sobald der Staat von dieser Möglichkeit zugunsten seiner eigenen Staatsangehörigen Gebrauch macht, muß er diese Vergünstigung auch Arbeitnehmern gewähren, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind und sich in derselben Lage befinden.

- 9 Auf die vorgelegte Frage ist also zu antworten, daß Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 dahin auszulegen ist, daß die Trennungsentschädigung, die zusätzlich zum Lohn gezahlt wird, unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ fällt, daß es indessen nicht darauf ankommt, ob die Zahlung als freiwillige Leistung oder aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung erfolgt.

Zur dritten Frage

- 10 Mit der dritten Frage wird der Gerichtshof ersucht zu entscheiden, ob Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 dahin auszulegen ist, daß nicht nur die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer aufgrund der Staatsangehörigkeit zu einem anderen Mitgliedstaat, sondern auch eine unterschiedliche Behandlung wegen des Wohnsitzes in einem anderen Mitgliedstaat verboten ist.
- 11 Die Vorschriften über die Gleichbehandlung sowohl des Vertrages als auch des Artikels 7 der Verordnung Nr. 1612/68 verbieten nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen. Diese Auslegung, die geboten ist, um die Wirksamkeit eines der Grundprinzipien der Gemeinschaft zu wahren, ist ausdrücklich anerkannt in der fünften Begründungserwägung der Präambel zur Verordnung Nr. 1612/68, wonach die Gleichbehandlung der Arbeitnehmer „tatsächlich und rechtlich“ sichergestellt werden muß. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß Unterscheidungsmerkmale wie der Herkunftsort oder der Wohnsitz eines Arbeitnehmers in ihren tat-

sächlichen Auswirkungen je nach den Umständen auf eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit hinauslaufen können, die nach dem Vertrag und der Verordnung verboten ist.

- 12 Dies wäre allerdings nicht der Fall, wenn die Voraussetzungen für die Gewährung einer Trennungentschädigung und einzelne Bestimmungen über ihre Zahlung den sachlichen Unterschieden der Lage Rechnung tragen, in der sich die Arbeitnehmer befinden, je nachdem, ob sie im Zeitpunkt ihrer Anstellung für eine bestimmte Tätigkeit ihren Wohnsitz im Inland oder im Ausland haben. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Umstand, daß die Trennungentschädigung für Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Inland nur vorübergehend gewährt wird und mit einer Verpflichtung zum Umzug an den Arbeitsort verbunden ist, während sie an Arbeitnehmer gleich welcher Staatsangehörigkeit, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, auf unbeschränkte Zeit und ohne Verpflichtung zum Umzug gewährt wird, einen berechtigten Grund für die unterschiedliche Höhe der Zahlung darstellen. Jedenfalls kann eine gegen den Vertrag und die Verordnung verstoßende unterschiedliche Behandlung nicht festgestellt werden, wenn ein Gesamtvergleich der beiden Entschädigungsregelungen ergibt, daß diejenigen Arbeitnehmer, die ihren Wohnsitz im Ausland beibehalten, gegenüber den Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Inland insgesamt nicht benachteiligt sind.
- 13 Die vorgelegte Frage ist somit dahin zu beantworten, daß es je nach den Umständen eine nach Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 verbotene unterschiedliche Behandlung darstellen kann, wenn für die Gewährung der Trennungentschädigung darauf abgestellt wird, daß der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die für eine solche Entschädigung geltende Regelung sachliche Unterschiede in der Lage der Arbeitnehmer berücksichtigt, je nachdem, ob sie bei Aufnahme ihrer Tätigkeit ihren Wohnsitz im Inland oder im Ausland haben.

Kosten

- 14 Die Auslagen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland, der Regierung der Italienischen Republik und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das vorliegende

Verfahren ein Zwischenstreit in dem vor dem Bundesarbeitsgericht anhängigen Rechtsstreit. Die Kostenentscheidung obliegt daher diesem Gericht.

Aufgrund der Prozeßakten,

nach Anhörung des Berichtes des Berichterstatters,
nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften,
nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts,
aufgrund des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seiner Artikel 48 und 177,
aufgrund der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft,
aufgrund des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere seines Artikels 20,
aufgrund der Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

hat

DER GERICHTSHOF

auf die ihm vom Vierten Senat des Bundesarbeitsgerichts gemäß dessen Beschluß vom 28. März 1973 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages ist dahin auszulegen, daß die dort getroffene Ausnahmebestimmung ausschließlich den Zugang zu Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung betrifft. Die Art des Rechtsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und der Verwaltung ist insoweit unerheblich.
2. Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 ist dahin auszulegen, daß die Trennungsschädigung, die zusätzlich zum Lohn gezahlt wird, unter den Begriff „Arbeitsbedingungen“ fällt, ohne daß es darauf ankommt, ob die Zahlung als freiwillige Leistung oder aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung erfolgt.
3. Es kann je nach den Umständen eine nach Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 verbotene unterschiedliche Behandlung darstellen, wenn für die Gewährung der Trennungsschädigung darauf abgestellt wird, daß der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz in

einem anderen Mitgliedstaat hat. Dies ist allerdings nicht der Fall, wenn die für eine solche Entschädigung geltende Regelung sachliche Unterschiede in der Lage der Arbeitnehmer berücksichtigt, je nachdem, ob sie bei Aufnahme ihrer Tätigkeit ihren Wohnsitz im Inland oder im Ausland haben.

Lecourt	Donner	Sørensen	Monaco	Mertens de Wilmars
Pescatore	Kutscher	Ó Dálaigh	Mackenzie Stuart	

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 12. Februar 1974.

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 5. DEZEMBER 1973¹

*Herr Präsident,
meine Herren Richter!*

Einleitung

Der Artikel 48 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft bestätigt den Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb des Gemeinsamen Marktes und folgert daraus, daß jede auf der Staatsangehörigkeit beruhende unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen abzuschaffen ist.

Allerdings begründet Absatz 4 dieses Artikels eine Ausnahme, wonach dessen Bestimmungen „keine Anwendung auf

die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung [finden]“.

Die Prüfung der Ihnen vom Bundesarbeitsgericht gemäß Artikel 177 des Vertrages zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen wird Sie — meines Wissens zum erstmalig — veranlassen, die Tragweite dieser Ausnahme durch Auslegung der Worte „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ zu umgrenzen.

Der Sachverhalt, der zu dem Rechtsstreit vor dem Bundesarbeitsgericht geführt hat, ist einfach.

Ein italienischer Staatsangehöriger, Herr Sotgiu, ist seit 1965 bei der Deutschen Bundespost in Stuttgart als Facharbeiter beschäftigt, während seine Familie weiterhin in Italien wohnt.

¹ — Aus dem Französischen übersetzt.