

Nachversicherung des ausgeschiedenen Beamten und Arbeitnehmerfreizügigkeit – Entschädigungs- oder Ausgleichsanspruch

Rudolf Hahn*

Inhalt

A. Einleitung	368
B. Ausgangssituation	370
C. Argumentation des EuGH	371
D. Auslegung	373
I. Allgemein	373
II. Der Fall <i>Pöpperl</i>	373
E. Reformbedarf	377
F. Inländerdiskriminierung	379
G. Ausgleichs- oder Entschädigungsanspruch	380
I. Verwaltungsgericht Düsseldorf	380
II. Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen	380
III. Analyse	382
H. Schlussbetrachtung	384

Abstract

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit steht im Spannungsverhältnis zu nationalen, wirtschaftlichen Interessen der EU-Mitgliedstaaten. In einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 13.7.2016 (C-187/15 – *Pöpperl*) hatte er erneut die Bedeutung der Arbeitnehmerfreizügigkeit betont und nationalen Einschränkungen bei der Altersversorgung gegenüber freiwillig ausgeschiedenen Beamten, die anschließend in einem anderen EU-Mitgliedstaat eine Tätigkeit ausüben, eine Absage erteilt. Das Ausgangsgericht, das Verwaltungsgericht Düsseldorf, hatte daraufhin in einer Entscheidung vom 26.2.2018 (Az. 23 K 6871/13) dem Beamten einen Ausgleichsbetrag für den Verlust der Altersversorgung aus Art. 45 AEUV zugesprochen. Das Berufungsgericht, das OVG Nordrhein-Westfalen, änderte das Urteil ab und verpflichtete den ehemaligen Dienstherren, eine angemessene Entschädigung zu zahlen aufgrund eines unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs. Der Artikel gibt zunächst den zu-

* Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Wirtschaftsjurist (Universität Bayreuth, Deutschland), Erfurt. E-Mail: info@hahn-gempe.de.

grundeliegenden Sachverhalt und die Argumentation des EuGH wieder. Anschließend wird die weitere Entwicklung, insbesondere zum zugesprochenen Ersatzanspruch beim Verwaltungs- und Oberverwaltungsgericht näher analysiert. Der Autor zeigt die einzelnen Problembereiche auf und diskutiert Lösungsvorschläge. Es gibt noch viele offene, ungelöste Fragen, die jedoch nichts daran ändern, dass der EuGH nicht von seiner eingeschlagenen Linie der strikten Wahrung der uneingeschränkten Arbeitnehmerfreizügigkeit abweichen wird.

Retrospective Insurance for the Retired Civil Servant and Freedom of Movement of Workers – Compensation

The free movement of workers is in conflict with the national economic interests of the EU Member States. In a decision of 13 July 2016 (C-187/15 – *Pöpperl*), the European Court of Justice once again emphasised the importance of the free movement of workers and rejected national restrictions on pension for civil servants who voluntarily quit the public service to work in another EU Member State afterwards. In a decision of 26 February 2018 (Az. 23 K 6871/13), the court of origin, the Administrative Court Düsseldorf, gave the civil servant a compensation amount for the loss of the pension under Art. 45 TFEU. The court of appeal, the OVG Nordrhein-Westfalen changed the judgment and obliged the former employer to pay appropriate compensation on the basis of a state liability claim under EU law. The article first contains the underlying facts and arguments of the ECJ. Subsequently, the further development, in particular with regard to the compensation awarded at the administrative court and the higher administrative court will be analyzed in more detail. The author shows the individual problem areas and discusses possible solutions. There are still many open, unresolved questions that do not change the fact that the ECJ will not deviate from its chosen line of strict adherence to the unrestricted free movement of workers.

Keywords: Freedom of Movement of Workers, Retired Civil Servant, Retrospective Insurance, Loss of Retirement Pension Rights, Compensation

A. Einleitung

Die Freizügigkeit, verankert in Art. 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ist eine der konstitutiven Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes.¹ Zusammen mit der parallelen Bestimmung von Art. 49 AEUV zur Niederlassungsfreiheit garantiert sie die Freizügigkeit der Personen als traditionell tragende Säule² – vgl. die Rechtsgrundlage in Art. 3(2) des Vertrages über die Euro-

1 Vgl. *Wijßmann/Schlachter* in: Müller-Glöge/Preis (Hrsg.), Kap. 20, Art. 45 AEUV, Rn. 1.

2 Vgl. *Bercusson*, S. 354.

päische Union – und ist daher eines der „Grundprinzipien des Vertrags“.³ Sie dient der Verwirklichung des Binnenmarktes und beinhaltet in Art. 45 Abs. 2 AEUV ein Verbot der Diskriminierung in Bezug auf die Beschäftigung, Entlohnung und anderer Arbeitsbedingungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (vgl. Art. 45 Abs. 3 AEUV).

Zu der in Art. 15 Abs. 2 der Grundrechtecharta der Europäischen Union (GRCh) garantierten Arbeitnehmerfreizügigkeit gibt es regelmäßig Sachverhalte, die einer Klärung und Lösung bedürfen.⁴ So stellt sich unter anderem die Frage, wie die Nachversicherung von Beamten, die aus dem öffentlichen Dienst ausgeschieden sind, um eine Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, im Verhältnis zur Arbeitnehmerfreizügigkeit zu beurteilen ist. Der EuGH hatte in seiner Entscheidung vom 13.7.2016 – C-187/15 (*Pöpperl*)⁵ festgestellt, dass die Bestimmungen des deutschen Beamten- und Rentenrechts über die Nachversicherung ausgeschiedener Beamter mit Art. 45 AEUV unvereinbar sind, da sie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer unzulässig beschränken.

Anschließend befasste sich sowohl das VG Düsseldorf⁶ als auch das OVG Nordrhein-Westfalen⁷ mit einem Anspruch auf eine beamtenadäquate Versorgung des ausgeschiedenen Beamten.⁸

Dieser Artikel zielt zunächst darauf ab, die Freizügigkeit von Beamten zu untersuchen, indem die Rechtsprechung des EuGH vom 13.7.2016 (C-187/15), zum Problem der Rückversicherung für pensionierte Beamte, die ausscheiden, um anschließend im öffentlichen Sektor in einem anderen EU-Mitgliedstaat tätig zu werden, analysiert wird. Anschließend setzt sich der Autor mit dem Problem eines Ausgleichsanspruches der Höhe nach auseinander. Er geht der im Raum stehenden Frage nach, ob der betroffene, ehemalige Beamte einen Ausgleichsanspruch bzw. Ausgleichsanspruch *sui generis* nach Art. 45 AEUV⁹ oder – nur – einen unionsrechtlichen Haftungsanspruch auf eine angemessene Entschädigung¹⁰ hat.

Obwohl der Sachverhalt der Entscheidung des EuGH vom 13.7.2016 (C-187/15) nur das nationale deutsche Recht betraf, hat die Entscheidung erhebliche europäische Bedeutung. In Österreich z. B. gibt es sehr ähnliche, vergleichbare Regelungen zur Altersversorgung der Beamten.¹¹ Ein paar Monate zuvor entschied der EuGH am 21.1.2016 einen vergleichbaren Sachverhalt aus Zypern.¹² Es ging um einen aus dem zypriptischen öffentlichen Dienst ausgeschiedenen Beamten, der unmittelbar anschlie-

3 EuGH, Rs. 118/75, *Lynne Watson und Alessandro Belmann*, Slg. 1976, 1185, 1198 Rn. 16, ECLI:EU:C:1976:106.

4 Vgl. *Bercusson*, S. 32.

5 EuGH, Rs. C-187/15, *Pöpperl*, ECLI:EU:C:2016:550.

6 Siehe VG Düsseldorf, 26.2.2018, Az. 23 K 6871/13.

7 OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 18.11.2020, Az. 3 A 1194/18.

8 Anmerkung: Das OVG Nordrhein-Westfalen ließ die Revision zu. Es wurde gem. fernmündlicher Auskunft Revision eingereicht, Az. noch nicht bekannt (Stand 4.1.2021).

9 So das VG Düsseldorf, siehe oben Fn. 5.

10 So das OVG Nordrhein-Westfalen, siehe oben Fn. 6.

11 Vgl. *Thomasberger*, DRdA 2017/3, S. 196 ff.

12 EuGH, Rs. C-515/14, *Kommission v. Zypern*, ECLI:EU:C:2016:30.

ßend in einem anderen EU-Mitgliedstaat seine Arbeit verrichtete, seine Anwartschaft auf das Altersruhegeld verlor und stattdessen nur einen pauschalierten Betrag erhielt.

B. Ausgangssituation

Ein beamteter Lehrer war von 1980 bis 31.8.1999 in Nordrhein-Westfalen als Oberstudienrat tätig. Im September 1999 wechselte er nach Österreich und arbeitete dort ab Mitte des Monates als Lehrer. Diese Tätigkeit übte er bis zum 31.8.2015¹³ aus. Durch den Wechsel nach Österreich musste er aus dem deutschen Beamtenverhältnis ausscheiden und auf den Beamtenstatus verzichten. Beamtenrechtliche Versorgungsbezüge nach deutschem Recht erhält er nicht, seitdem er die Altersgrenze erreichte. Er wurde bei der (ehemals) Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, jetzt Deutsche Rentenversicherung Bund, nachversichert. Damit konnte er jedoch keine Versorgungsansprüche bei der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder erwerben. Die monatliche Altersrente bei der Deutschen Rentenversicherung beträgt rund 1.050 €. Die Versorgungsbezüge nach Beamtenstatus lägen bei 2.728 €, wenn die Versorgungsanwartschaften bei Entlassung aus dem Beamtenverhältnis nicht verloren gegangen wären, also um 1.678 € höher. Gegen diese Nachversicherung erhob er Klage und rügte, dass das gesetzlich vorgesehene Nachversicherungssystem gegen Art. 45 AEUV verstöße. Er machte einen Anspruch auf Altersruhegeld geltend. Das zuständige VG Düsseldorf¹⁴ legte dem EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens die Sache zur Auslegung von Art. 45 AEUV vor.

In § 28 Abs. 3 des Beamten gesetzes für das Bundesland Nordrhein-Westfalen ist vorgesehen, dass der frühere Beamte nach der Entlassung keinen Anspruch auf Leistungen des Dienstherrn hat. Darunter fallen nach § 8 des Sozialgesetzbuches VI nachversicherte Personen, insbesondere auch Beamte oder Richter auf Lebenszeit, auf Zeit und auf Probe, Berufssoldaten und Soldaten auf Zeit, wenn sie aus der Beschäftigung ausgeschieden sind.

Der EuGH entschied, dass bei einem freiwilligen Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis auf Lebenszeit zum Zwecke der Aufnahme einer Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union die erworbenen Ansprüche auf Ruhegehalt aus der Beamtenversorgung nicht verloren gehen dürfen. In der Folge verurteilte das VG Düsseldorf am 26.2.2018 den ehemaligen Dienstherrn, das Bundesland Nordrhein-Westfalen, dem ausgeschiedenen, verbeamteten Lehrer einen Ausgleichsbetrag für den Verlust der Altersversorgung aufgrund seiner Entlassung aus dem Beamtenverhältnis zuzuerkennen.¹⁵ Dieser Ausgleichsbetrag müsse so sein, als wäre dem betroffenen Beamten die bisher im Beamtenverhältnis erworbenen Anwartschaften auf ein Ruhegehalt erhalten geblieben. Hinzuzurechnen seien Vordienstzeiten aufgrund des Studiums.

13 Anmerkung: Beginn des Eintritts in die gesetzliche Rentenversicherung in Österreich.

14 VG Düsseldorf, 16.4.2015 – 23 K 6871/13.

15 Siehe oben Fn. 5.

Hiergegen hatte das Bundesland Nordrhein-Westfalen Berufung eingelegt. Das OVG Nordrhein-Westfalen änderte das Urteil des VG ab und sprach dem Kläger einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch auf eine angemessene Entschädigung zu. Die Revision wurde zugelassen, es wurde Revision eingelegt.

C. Argumentation des EuGH

Der Gerichtshof betont zunächst die – erhebliche – unterschiedliche Höhe zwischen den Ruhegehaltsansprüchen aus der Beamtenversorgung und den Ansprüchen aus der gesetzlichen Rentenversicherung.¹⁶

Anschließend stellt er darauf ab, dass die einzelnen Mitgliedstaaten weiterhin für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit zuständig sind. Sie müssen allerdings das Unionsrecht beachten, vorliegend die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit und verweist auf seine bisherige Rechtsprechung hierzu.¹⁷ Er wiederholt seine ständige Rechtsprechung, dass sämtliche Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit den EU-Bürgern die Ausübung beruflicher Tätigkeiten aller Art im Gebiet der Union erleichtern sollen und Maßnahmen dem entgegenstehen, die die Unionsbürger benachteiligen können, wenn sie in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Herkunftsland eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben und sich dort aufhalten. Zwar könnte das Unionsrecht einem Versicherten nicht garantieren, dass die soziale Sicherheit, insbesondere bezogen auf Leistungen bei Krankheit und Altersrenten, im anderen Mitgliedstaat umzugsneutral ist. Allerdings ist eine nationale Regelung unionswidrig, wenn sie weniger vorteilhaft ist und den Arbeitnehmern im Vergleich zu Personen, die ihre gesamte Tätigkeit in dem Herkunftsland ausüben, kein Anspruch auf Gegenleistung zusteht, obwohl sie Beitragsleistungen erbracht haben.¹⁸

Er beruft sich darauf, dass der Zweck von Art. 45 und 48 AEUV verfehlt würde, wenn Wanderarbeitnehmer die Vergünstigung der sozialen Sicherheit verlieren würden, nur weil sie das Recht auf Freizügigkeit wahrnehmen. Es soll verhindert werden, dass ein betroffener Arbeitnehmer ohne objektiven Grund schlechter gestellt wird als ein Arbeitnehmer, der seine gesamte berufliche Laufbahn in einem einzigen Mitgliedstaat absolviert hat. Danach ist die hier im Streit stehende Regelung – unabhängig von der Dauer der Beschäftigung als Beamter – nachteilig und betont in diesem Zusammenhang abermals die erheblich niedrigeren, verbleibenden Ansprüche.¹⁹ Die nationale Regelung beeinflusst unmittelbar den Zugang der Beamten zum Arbeitsmarkt in anderen Mitgliedsstaaten und ist geeignet, die Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behin-

16 Siehe oben Fn. 5, Rn. 20, 21.

17 Ebd., Rn. 22, mit Verweis auf EuGH, Rs. C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon*, ECLI:EU:C:2008:178 und EuGH, Rs. C-515/14, *Kommission v Zypern*, ECLI:EU:C:2016:30.

18 Ebd., Rn. 23, 24 mit Bezugnahme auf EuGH, Urteil v. 21.1.2016, Rs. C-515/14 *Kommission v Zypern*, ECLI:EU:C:2016:30.

19 Ebd., Rn. 25–28.

dern. Dies selbst dann, wenn sie auch für inländische Beamte gilt, die aus dem Dienst ausscheiden, um im Privatsektor zu arbeiten.

Nationale Maßnahmen, die die Grundfreiheiten behindern oder weniger attraktiv machen, können nur dann gerechtfertigt sein, wenn mit ihnen ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird, wenn sie geeignet sind, dessen Ziel zu gewährleisten und wenn sie nicht darüber hinausgehen, um das Ziel zu erreichen. Der EuGH lässt dahinstehen, ob die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung ein zwingender Grund des Allgemeininteresses ist.

Eine solche Beschränkung müsste jedenfalls geeignet sein, um das Ziel zu erreichen, dürfte aber nicht darüber hinausgehen. Die Geeignetheit der nationalen Regelung könnte bejaht werden, da sie einen Beamten vom Ausscheiden aus der Verwaltung abhält und so die personelle Kontinuität sicherstellt und die Treue der Beamten zum öffentlichen Dienst fördert. Allerdings sind die nationalen Regelungen nur dann geeignet, wenn ihr Anliegen in kohärenter und systematischer Weise das Ziel erreichen. Der EuGH stellt in diesem Zusammenhang darauf ab, dass Beamte aus dem Dienst bei dem Land ausscheiden können, um eine Stelle im öffentlichen Dienst eines anderen Bundeslandes oder des Bundes anzunehmen, ohne in der gesetzlichen Rentenversicherung nachversichert zu werden, sondern Ansprüche erhalten, die dem Ruhegehalt entsprechen. Damit wird das Ziel der Regelung, nämlich die Sicherstellung der öffentlichen Verwaltung zu gewährleisten, gerade nicht in kohärenter und systematischer Weise verfolgt. Auf das Bundesgebiet von Deutschland bezogen stellt der EuGH klar, dass die Regelung über das hinausgehen würde, was hierzu erforderlich ist.²⁰

Der EuGH ergänzt außerdem, dass es einige Länder gibt, in denen ehemalige Beamte, die aus dem Dienst ausgeschieden sind, ihre Beamtenversorgungsansprüche behalten können, was eine weniger einschränkende Maßnahme darstellt.²¹

Die nationalen Gerichte haben auf Basis der unionrechtskonformen Auslegung alles zu tun, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechtes zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu kommen, was von der EU-Norm gedeckt wird. Wenn eine unionrechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, da sie *contra legem* des nationalen Rechtes wäre, darf notfalls die nationale Bestimmung nicht angewendet werden, wenn es ansonsten zu einem unionsrechtswidrigen Ergebnis käme.²² Art. 45 AEUV muss volle Wirksamkeit erlangen und die nationalen Gerichte müssen alles tun, dass Arbeitnehmer, die dieses Grundfreiheitsrecht wahrnehmen, die Ruhegehaltsansprüche behalten, vergleichbar mit den Beamten, die trotz eines Dienstherrenwechsels im Inland entsprechende Ruhegehaltsansprüche behalten.

20 Ebd., Rn. 31–39.

21 Ebd., Rn. 40.

22 Ebd., Rn. 43–45.

D. Auslegung

I. Allgemein

Die einzelnen Bestimmungen des AEUV müssen von der Union stets autonom ausgelegt werden. Damit wird eine einheitliche Anwendung des Rechtes in den Mitgliedstaaten gewährleistet. Dies verlangt auch das Prinzip der Gleichheit aller vor dem Unionsrecht. Es gelten die allgemeinen, bekannten Interpretationsmethoden, d. h. die grammatischen (wortorientierte), historische, systematische und teleologische Interpretation; letztere basiert auf dem „*effet utile*“ (Prinzip der maximalen Wirksamkeit). Die teleologische Interpretation ist entscheidend und von größter Bedeutung. Sie versucht, den Inhalt der Regelungen für den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck spezifischer zu gestalten. Im Telos der Norm ist eine Wertentscheidung zu sehen, die auf die Einzelfälle anzuwenden ist. Der EuGH orientiert sich an der teleologischen Auslegung „aus dem Geist der Vorschriften“.²³ Der Hauptzweck der Normen wird in ihrer jeweiligen Form und ihrem Ausdruck in der Integration gesehen, dem wichtigen Rechtsprinzip der Gemeinschaft. Unabhängig davon, ob der *effet utile* Teil der teleologischen Interpretation ist oder als unabhängige Interpretationsmethode angesehen wird, ist es wichtig, dass diejenige mit der größten praktischen Wirksamkeit bei mehreren Interpretationsoptionen verwendet wird.

II. Der Fall *Pöpperl*

Der Wortlaut von Art. 45 AEUV gibt das Ergebnis nicht her. Es steht nichts darin von einem Verbot der Benachteiligung bei der Verrentung ehemaliger Beamter, die ausgeschieden sind, um in einem anderen Mitgliedstaat weiterzuarbeiten. Im Gegenteil: Eine Auslegung nach dem Wortlaut der Norm Art. 45 AEUV wird vom EuGH überhaupt nicht angesprochen.

Der EuGH spricht ausdrücklich von Wanderarbeitnehmern und stellt damit den grenzüberschreitenden Bezug als Voraussetzung für Art. 45 AEUV her. Auch wenn dies vorliegend nicht so sehr in den Vordergrund gestellt wird, betont der EuGH stets, dass ein rein interner, nationaler Wechsel von einem Arbeitgeber zu einem anderen im selben Mitgliedstaat nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV fällt.²⁴

Methodologisch geht der EuGH nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip vor. Der Grundsatz ist die grundrechtlich garantierte Arbeitnehmerfreizügigkeit. Ohne objektiven Grund darf hiervon nicht abgewichen werden. Die Ausnahmen werden klar vorgegeben: erstens ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel, zweitens muss dieses geeignet und drittens muss die Verhältnismäßigkeit gegeben sein. Zusätzlich muss zu

23 Vgl. EuGH, Rs. C-26/62, *Van Gend en Loos v. Administratie der Belastingen*, ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 27.

24 Vgl. z.B. *Baugniet*, The protection of occupational pensions under European Union law on the freedom of movement for workers, EUI PhD Theses, abrufbar unter: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/33869/2014_Baugniet.pdf?sequence=1&isAllowed=y (27.4.2021), S. 311.

der zweiten Ausnahme als Voraussetzung hinzukommen, dass die Maßnahme systematisch und in kohärenter Weise das Ziel erreicht. Gerade bei diesen 3 Ausnahmevergaben ist eine restriktive Auslegung angezeigt im Sinne von *singularia non sunt extendenda*. Dies zeigte z. B. auch die Entscheidung des EuGH in der Sache C-379/09 (*Casteels*) vom 10.3.2011,²⁵ wonach der EuGH allein eine Benachteiligung der Arbeitnehmer durch den Verlust auf eine Zusatzrente sah, weil der Arbeitnehmer von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch machte und in einer Schwesterfirma des Arbeitgebers in einem anderen Mitgliedstaat weiterarbeitete. Das Ziel, die Beschäftigten an den Betrieb zu binden, konnte nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit rechtfertigen.²⁶ Es darf nicht verkannt werden, dass es sich rechtlich um völlig verschiedene, unabhängige Gesellschaften handelte, die nur über den Konzern verbunden waren. Auch in der Sache *Casteels* ging es um sehr lange Zeiten, nämlich eine Beschäftigungszeit bei demselben transnationalen „Konzernarbeiter“ (*British Airways plc* mit Standorten vorliegend in Deutschland, Belgien und Frankreich) von rund 35 Jahren und um die Anwartschaft für eine Zusatzrente von 3 Jahren.²⁷ Diese Faktoren waren wohl letztlich ausschlaggebend für den EuGH.

Letztlich wird die Entscheidung in der Sache C-187/2016 *Pöpperl* von dem Gedanken des *effet utile* getragen. Der EuGH betont – wie in vorherigen Entscheidungen – wiederholt²⁸ die erhebliche Differenz der Höhe zwischen der gesetzlichen Rentenversicherung und dem Ruhegehalt der Beamten. Es ging um den Verlust von 20 Jahren ruhegehaltsfähiger Dienstzeit.

Bemerkenswert und widersprüchlich ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH an anderer Stelle²⁹ ausführt, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht eingeschränkt werden darf, „unabhängig von der Dauer der Tätigkeit als Beamter“. Dies könnte darauf hindeuten, dass der EuGH jegliche Einschränkung als unionswidrig ansieht. Die Interpretation wird dadurch bestätigt, dass der EuGH in ständiger Rechtsprechung seit Jahren ausführt, dass es bereits genüge, wenn die nationale Regelung die Arbeitnehmerfreizügigkeit weniger attraktiv mache. Da es ausgehend von dem Sachverhalt um eine Differenz von 162 % bei der monatlichen Rente und um den Verlust von 20 Jahren Dienstzeitanwartschaft ging, spricht jedoch viel dafür, dass diese erhebliche Diskrepanz für den EuGH ausschlaggebend bei der Entscheidungsfindung war. Es scheint eher so zu sein, dass der EuGH den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum bei der Regelung der Nachversicherung solcher Sachverhalte geben will.³⁰ Im Gegensatz zu anderen Entscheidungen des EuGH³¹ wird dies nicht wörtlich angesprochen. Dies hängt damit zusammen, dass es im streitgegenständlichen Fall

25 EuGH, Rs. C-379/09 – *Casteels v. British Airways plc*, ECLI:EU:C:2011:131.

26 Vgl. *Epiney/Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, 2012, abrufbar unter: <https://core.ac.uk/download/pdf/43667641.pdf> (18.3.2021), S. 13.

27 Vgl. EuGH, Rs. C-379/09, *Casteels v. British Airways plc*, ECLI:EU:C:2011:131.

28 Siehe oben Fn. 5, Rn. 21, 27, 40.

29 Ebd., Rn. 27.

30 So auch *Ruland*, NVwZ 2017/7, S. 426.

31 Z.B. zur systematischen Arbeitszeiterfassung, EuGH, Rs. C-55/18 CCOO, ECLI:EU:C:2019:402, Rn. 63, worin der EuGH klar einen Ermessensspielraum anspricht.

keine Veranlassung zur Auseinandersetzung damit gab und der EuGH sich nicht zu sehr in die Gesetzgebung der einzelnen Mitgliedstaaten einmischen wollte. Ob damit der in § 7 Abs. 1 Altersgeldgesetz³² des Bundes geregelte Abschlag von 15 % für unionsrechtlich angesehen wird, wird die Zukunft zeigen. Insofern gilt es auch zu beachten, dass die Einbußen umso gravierender sind, je höher die – ehemalige – beamtenrechtliche Position war. In Fortführung der EuGH Rechtsprechung müsste man die Wirksamkeit des pauschalen Abzuges von 15 % verneinen und damit die Norm für unionswidrig ansehen.

Der EuGH stellt wiederholt auch auf Art. 48 AEUV ab.³³ Dies hängt damit zusammen, dass die grenzüberschreitende Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV möglicherweise behindert wird, wenn der im Binnenmarkt wandernde Arbeitnehmer befürchten müsste, Sozialleistungen und Anwartschaften zu verlieren. Um dieser Gefahr zu begegnen, sieht Art. 48 AEUV ein Sicherungssystem vor. Art. 45 AEUV muss vorliegend zwingend mit Art. 48 AEUV angewandt und geprüft werden. Schließlich wird damit das zentrale Ziel der EU zum Ausdruck gebracht, den die Freizügigkeit wahrnehmenden Arbeitnehmer vor Rechtsnachteilen in der sozialen Sicherung zu schützen.³⁴

Auch nimmt der EuGH Bezug auf den Binnenmarkt – und das damit einher gehende Ziel der Arbeitnehmerfreiheit.³⁵ Der Binnenmarkt ist in Art. 26(2) AEUV definiert, wonach er ein Raum ohne Binnengrenzen ist, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Er wird durch die vier Grundfreiheiten verwirklicht, also unter anderem durch die Arbeitnehmerfreiheit. Bereits 1994 hatte der EuGH im Fall C-55/94 (*Gebhard*)³⁶ in diesem Zusammenhang von einem Verbot von nationalen Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, gesprochen und ist von einem umfassenden Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot ausgegangen.

Der EuGH sieht auch das Problem der Inländerdiskriminierung,³⁷ was darauf hinweist, dass dies als reines nationales Problem angesehen wird und nicht als ein Problem, was vom EuGH gelöst werden müsste. Andererseits benutzt der EuGH gerade den Vergleich mit den inländischen Beamten, die ebenfalls aus dem Dienst vorzeitig ausscheiden und dann in Deutschland bei einem anderen Arbeitgeber in der öffentlichen Verwaltung arbeiten, aber nicht diese Nachteile erleiden wie ausgeschiedene Beamte, die anschließend in einem Mitgliedstaat ihre weitere Tätigkeit ausüben.

Der EuGH spricht sogar davon, dass es für eine Verletzung der Arbeitnehmerfreiheit reiche, wenn die Maßnahme die Ausübung der Arbeitnehmerfreiheit nur „weniger attraktiv machen“³⁸ würde. Dies überrascht etwas und ist nach Auffas-

32 Vgl. § 7 (1) 1. Altersgeldgesetz.

33 Siehe oben Fn. 5, Rn. 25, 26.

34 Vgl. Eichenhofer, ZBR 2019, S. 237, 240.

35 Siehe Fn. 5, Rn. 28.

36 Vgl. EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, ECLI:EU:C:1995:411.

37 Siehe oben Fn. 5, Rn. 28.

38 Ebd., Rn. 29.

sung des Autors nicht stringent, da es ansonsten den Anschein hat, dass der erhebliche Unterschied in der Nachversicherung aufgrund des Verlustes von 20 Jahren Anwartschaft das ausschlaggebende Argument war.

Unabhängig davon muss die grundsätzliche Anwendbarkeit von Art. 45 AEUV geprüft werden, selbst wenn ein Verstoß gegen Art. 45 AEUV vorliegen würde. Zunächst war vorliegend unstrittig, dass es sich bei dem Kläger um einen EU-Bürger handelte. Es könnte bei dem ehemaligen, verbeamteten Lehrer am Merkmal „Arbeitnehmer“ fehlen. Dies wäre denkbar, wenn die nationale Rechtsordnung herangezogen würde. Dann wäre ein verbeamteter Lehrer nach deutschem Recht gem. Beamtenge-setz in der Tat kein Arbeitnehmer. Dieser Herangehensweise wird jedoch vom EuGH eine Absage erteilt.³⁹ Ansonsten könnte jeder Mitgliedstaat durch die Definition des Arbeitnehmers die Grundfreiheit des Art. 45 AEUV beliebig einschränken. Daher muss der Begriff „Arbeitnehmer“ unionsrechtlich autonom ausgelegt werden, unab-hängig von nationalen Definitionen. Um den sachlichen Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit festzulegen, ist der Begriff weit auszulegen und anhand objektiver Kriterien zu definieren. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.⁴⁰ In welchem Bereich diese entgeltliche Leistung erbracht wird, ist unbeachtlich. Der verbeamtete Lehrer ist daher nach ständiger Rechtsprechung des EuGH Arbeit-nemmer.

Außerdem kommt eine Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV in Betracht. Danach wird die öffentliche Verwaltung aus dem Anwendungsbereich genommen. Auch dieser Begriff muss unionsrechtlich definiert werden, da ansonsten die Mit-gliedstaaten bestimmte Beschäftigungen durch entsprechende Erklärungen und De-finitionen von der Arbeitnehmerfreizügigkeit herausnehmen könnten, ohne dass hier-auf unionsrechtlich Einfluss genommen werden könnte. Nur durch die unionsrechtliche Auslegung kann die Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts ge-währleistet werden.⁴¹ Es kommt daher nicht darauf an, ob ein bestimmter Tätigkeits-bereich im nationalen Recht als Beamtenverhältnis ausgestaltet ist. Art. 45 Abs. 4 AEUV ist als Ausnahmeregelung zum Grundrecht der Freizügigkeit und der Nicht-diskriminierung so auszulegen, dass sich die Tragweite auf das beschränkt, was zur Wahrung der Interessen, die diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zu schützen er-laubt, unbedingt erforderlich ist.⁴² Art. 45 Abs. 4 AEUV ist daher im Interesse einer größtmöglichen Wirkung des Freizügigkeitsrechts restriktiv auszulegen.⁴³ Unter öf-fentlicher Verwaltung im Sinne von Art. 45 Abs. 4 AEUV sind danach nur die Stellen zu bezeichnen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilhabe an der Ausübung ho-heitlicher Befugnisse haben und die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind. Die Stelleninhaber

39 Vgl. *Bercusson*, S. 32.

40 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-270/13, *Haralambidis*, ECLI:EU:C:2014:2185.

41 Vgl. *Wißmann/Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis (Hrsg.), Kap. 20, Art. 45 AEUV, Rn. 40 f.

42 Vgl. EuGH, Rs. C-20/16, *Bechtel v. Finanzamt Offenburg*, ECLI:EU:C:2017:488.

43 Vgl. *Hantel*, ZESAR 2018/2, S. 61 ff.

haben daher auch eine besondere Verbundenheit zum jeweiligen Staat. Außerdem wird eine Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten vorausgesetzt, die dem Staatsangehörigkeitsverbund zugrunde liegen. Diese engen Voraussetzungen sind z. B. bei Justiz, Polizei, Militär, Steuerverwaltung, Verwaltungsbereiche in bestimmten Leitungspositionen gegeben,⁴⁴ nicht jedoch bei Tätigkeiten bei öffentlichen Arbeitgebern im Gesundheitswesen⁴⁵ Verkehrs- und Transportdienste wie Bahn und Post und auch nicht bei Lehrern, die Unterricht an öffentlichen Schulen geben, jedenfalls soweit sie nicht in leitender Funktion wie z. B. als Direktor tätig sind.⁴⁶

Die Verordnung Nr. 883/2004 zur Koordinierung der sozialen Sicherheit war vorliegend nicht einschlägig.⁴⁷ Der Kläger strebt nicht die Übertragung seiner Rentenansprüche von einem Mitgliedstaat in einen anderen an. Stattdessen begeht er, dass seine im Rahmen des öffentlichen Leistungssystems in Deutschland erworbenen Rentenansprüche erhalten bleiben, obwohl er sich entschlossen hat, eine Beschäftigung in Österreich aufzunehmen.

E. Reformbedarf

Die Problematik hatten die deutsche Bundesregierung⁴⁸ und verschiedene Bundesländer in Deutschland (Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Sachsen) bereits vorher erkannt und das Altersgeldgesetz eingeführt, das im Falle des Ausscheidens des Beamten aus dem Beamtenverhältnis eine der beamtenrechtlichen Versorgung ähnliche Zahlung garantiert. Diese entspricht dem Wert der abgeleisteten Dienstjahre als Beamter allerdings mit einem gewissen Abzug. Ob damit die Anforderungen des EuGH, insbesondere hinsichtlich der Höhe nach, erfüllt werden, bleibt abzuwarten.

Das Argument der deutschen Regierung, dass sich der pauschale Abzug beim Altersgeld nach § 7 Altersgeldgesetz auch bei reinen Inlandssachverhalten ergebe,⁴⁹ jedenfalls überzeugt nicht. Dies dürfte einer Überprüfung durch den EuGH nicht standhalten. Damit besteht nämlich nach wie vor ein Hindernis der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerfreizügigkeit, was der EuGH gerade verhindern will. Auch wird methodologisch fehlerhaft vorgegangen. Bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt kann nur auf unionsrechtlicher Basis argumentiert werden, nicht auf Basis einer – möglichen – nationalen Inländerdiskriminierung.

Außerdem gibt es noch Altfälle, also Beamte, welche noch vor Erlass des Altersgeldgesetzes ausgeschieden sind und in einem EU-Mitgliedstaat eine vergleichbare

44 Vgl. *Wißmann/Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis (Hrsg.), Kap. 20, Art. 45 AEUV, Rn. 40.

45 Vgl. EuGH, Rs. C-285/01, *Isabel Burbaud v. Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, ECLI:EU:C:2003:432.

46 Vgl. *Streinz*, Rn. 948.

47 Vgl. den Schlussantrag des Generalanwalts Michal Bobek v. 17.3.2016, Rs. C-187/15, *Joachim Pöppel v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:2016:550, Rn. 23, 24.

48 Siehe Altersgeldgesetz vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3386), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 9. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2053) geändert worden ist, abrufbarunter: <https://www.gesetze-im-internet.de/altgg/AltGG.pdf> (4.1.2021).

49 Siehe BT-Drs. 18/10680, S. 11.

Tätigkeit ausgeübt haben. Einen rückwirkenden Anspruch auf das Altersgeld gibt es nicht.

Durch die Entscheidung des EuGH sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine gesetzliche Regelung zu schaffen, die einen Versorgungsausgleich für die streitgegenständliche Konstellation gewährleistet.

Das Bundesland Bayern hat hierzu Art. 99a Bayerisches Beamtenversorgungsgesetz⁵⁰ eingefügt. Danach wird eine ergänzende Versorgungsabfindung gewährleistet im Falle des Wechsels der Tätigkeit zum öffentlichen Dienst eines Mitgliedstaates der Europäischen Union. Die Regelung soll rückwirkend ab 13.7.2016, also dem Datum des Urteils des EuGH gelten, was aufgrund der Rückwirkung bedenklich erscheint.⁵¹ Außerdem sieht sie vor, dass der ausgeschiedene Beamte unmittelbar nach dem Ausscheiden aus dem nationalen Staatsdienst in die öffentliche Verwaltung eines EU-Mitgliedsstaates wechselt. Als unmittelbar gilt, wenn maximal ein Zeitraum von 3 Monaten dazwischen liegt. Ob diese zeitliche Begrenzung künftig einer inhaltlichen Überprüfung standhält, bleibt abzuwarten. In der Entscheidung vom 13.7.2016 schied der Beamte (als Beamter auf Lebenszeit) zum 31.8.1999 aus und nahm im Laufe des Monates September eine Tätigkeit als Lehrer in Österreich auf. Auch ist bedenklich und entgegen der Rechtsprechung des EuGH, dass sich die weitere Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat auf den öffentlichen Dienst beschränkt. Bei der streitgegenständlichen Entscheidung des EuGH vom 13.7.2016 ging es wohl auch um den öffentlichen Dienst in der Anschlussbeschäftigung in Österreich. Allerdings geht der EuGH mit keinem Wort auf eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst in einem anderen Mitgliedstaat ein. Vielmehr geht es ihm um den Zugang zum allgemeinen Arbeitsmarkt in den anderen Mitgliedstaaten und nicht nur um die Möglichkeit, den bisherigen Beruf in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können.⁵²

Das in Deutschland 2013 eingeführte Altersgeldgesetz beinhaltet zusätzliche Voraussetzungen für die betroffenen Bundesbeamten, die möglicherweise ebenfalls gegen die Arbeitnehmerfreiheit verstößen. Auch vor dem Hintergrund des angesprochenen, möglichen europarechtswidrigen pauschalen Abschlags scheint eine Neuordnung des Rechtes der Nachversicherung erforderlich.⁵³ Der Autor würde bei einer Neuregelung davon absehen, starre Regelungen für die Unmittelbarkeit der anschließenden Beschäftigung im anderen Mitgliedstaat und bei etwaigen Abzügen vorzusehen. Zumindest sollte eine Klausel aufgenommen werden, dass von den starren Fristen (Stichwort 3-Monatszeitraum oder 15 %-iger Abzug) im Einzelfall unter Würdigung der Einzelumstände Ausnahmen gemacht werden können.

50 Art. 99a Bayerisches Beamtenversorgungsgesetz, abrufbar unter: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayBeamtVG-99a> (4.1.2021).

51 Vgl. Hellfeier, Welche Pension erhalten Beamte bei einem Wechsel ins Ausland?, 1.4.2019, abrufbar unter: <https://www.forschung-und-lehre.de/recht/welche-pension-erhalten-beamte-bei-einem-wechsel-ins-ausland-1650/> (4.1.2021), S. 3.

52 Siehe auch Reinecke, AuR 2016, S. 396, 398.

53 Vgl. Steinmeyer, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kapitel 20, Art. 45 AEUV, Rn. 139.

F. Inländerdiskriminierung

Wie bereits erwähnt,⁵⁴ ist das Problem nicht nur auf Deutschland bezogen, sondern auch für andere europäische Staaten relevant. Der streitgegenständliche Sachverhalt weist große Ähnlichkeiten zu den österreichischen Bestimmungen auf.⁵⁵ Thomasberger wirft unter anderem die Frage auf, ob es nicht dann auch einen Pensionsverlustausgleich bei einem rein innerstaatlichen Sachverhalt bei einem Wechsel zwischen öffentlichem Dienst und dem Privatsektor aufgrund des Sachlichkeitsgebotes geben müsste. Schließlich würden ansonsten die Personen, die die Arbeitnehmer-Freizügigkeit ausüben, ungerechtfertigt bevorzugt. Sie spricht damit das Problem der Inländerdiskriminierung an. Danach werden EU-Ausländer in bestimmten Fällen besser behandelt als Inländer, weil ihnen nationale Rechtsvorschriften nicht entgegengehalten werden können.⁵⁶ Das Unionsrecht selbst verbietet die Inländerdiskriminierung nicht, da die Grundfreiheiten einen zwischenstaatlichen Sachverhalt voraussetzen.⁵⁷ Auch bei Art. 45 AEUV muss ein grenzüberschreitender Bezug vorliegen, damit die betreffende Person sich auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen kann. Dies ist bei einem innerstaatlichen Sachverhalt nach ständiger Rechtsprechung⁵⁸ nicht der Fall. Es muss somit jeweils nach nationalem Recht geprüft werden, ob ein verfassungsrechtlicher Verstoß vorliegt, insbesondere gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Gestaltungsfreiheit des nationalen Gesetzgebers wird durch das Unionsrecht nicht begrenzt, soweit ein rein innerstaatlicher Sachverhalt betroffen ist.⁵⁹ Im Übrigen liegt kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Grundgesetz vor, da die Beamten, die das Dienstverhältnis auf Lebenszeit vollumfänglich bis zur Regelaltersgrenze erfüllen, ihrer Verpflichtung entsprechen, ihre ganze Persönlichkeit für den Dienstherren einzusetzen und diesem auf Lebenszeit ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen. Eine Ungleichbehandlung ist daher zulässig, da es einen sachlichen Grund für die unterschiedliche Behandlung der Inländer gibt.⁶⁰

Um eine Inländerdiskriminierung gleichwohl zu vermeiden, wird eine adäquate Neuregelung vorgeschlagen, welche auch den Wechsel innerhalb Deutschlands von einem Beamtenverhältnis in die Privatwirtschaft erfassen sollte.⁶¹

54 Vgl. oben die Einleitung unter A.

55 Vgl. Thomasberger, DRDA 2017/3, S. 196 ff.

56 Vgl. Streinz, Rn. 851 ff.

57 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-41/90, Höfner und Elser, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 37.

58 Vgl. nur EuGH, Rs. C-212/06, Gouvernement de la Communauté Française, ECLI:EU:C:2008:178; Rs. C-40/11, lida, ECLI:EU:C:2012:691.

59 Vgl. BVerwG vom 13.2.2020 – 2 C 9/19, Rn. 22; Altersgeld für vorzeitig ausgeschiedene Berufssoldaten.

60 Vgl. Wißmann/Schlachter, in: Müller-Glöge/Preis (Hrsg.), Art. 45 AEUV, Rn. 38.

61 Vgl. Reinecke, AuR 2016, S. 396, 398.

G. Ausgleichs- oder Entschädigungsanspruch

Steht dem Grunde nach fest, dass die Arbeitnehmerfreiheit verletzt wurde, stellt sich für den betroffenen, ehemaligen Beamten die – mindestens genauso wichtige Frage –, welcher Anspruch der Höhe nach besteht.

Ausgangspunkt sind die Überlegungen und Ausführungen des EuGH in seinem Grundsatzurteil vom 13.7.2016 (C-187/15 – *Pöpperl*). Aufgrund der Tatsache, dass Art. 45 AEUV volle Wirksamkeit erlangen muss, müssen die nationalen Gerichte alles tun, damit die Arbeitnehmer, die ihre Rechte nach Art. 45 AEUV wahrnehmen, die Ruhegehaltsansprüche behalten, vergleichbar mit den Beamten, die trotz eines Wechsels des Dienstherren im Inland, ihre Ruhegehaltsansprüche behalten.⁶²

I. Verwaltungsgericht Düsseldorf

Das VG Düsseldorf greift diese Grundsätze des EuGH auf⁶³ und kommt zu dem Ergebnis, dass es dahinstehen könne, ob die maßgeblichen Regelungen des Beamtenversorgungsgesetzes von Nordrhein-Westfalen (kurz: BeamtVG NRW) in unionsrechtskonformer Auslegung anzuwenden oder entsprechend anzuwenden seien, weil nur auf diese Weise eine Gleichstellung mit den Beamten erreicht werden könne, die innerstaatlich den Dienstherren gewechselt haben.⁶⁴ Der betroffene Beamte sei in entsprechender, nicht modifizierender Anwendung des BeamtVG NRW so zu behandeln, als sei das BeamtVG anzuwenden.⁶⁵ Nur dieses Bezugssystem sei das einzig Richtige.⁶⁶ Demzufolge spricht das VG einen entsprechenden Ausgleichsanspruch für den Verlust der Altersversorgung zu. Als Zeitpunkt legte es den 1.2.2016 fest, also das Datum des fiktiven Ausscheidens aus dem Beamtenverhältnis bei der Beklagten. Dieser Zeitpunkt sei aufgrund des Vergleichs mit einem innerstaatlichen Dienstherrenwechsel maßgebend.⁶⁷ Eine Anrechnung der von der DRV Bund gezahlten Altersrente habe nicht zu erfolgen aufgrund der in § 55 Abs. 1 Satz 1 BeamtVG NRW vorgesehenen Ruhensregelung.⁶⁸

II. Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Das OVG änderte die Entscheidung des VG mit folgender Begründung ab:

Aufgrund der hohen Differenz zwischen der deutschen Altersrente des Klägers und der Anwartschaft eines vergleichbaren angestellten Lehrers auf Altersrente ist zwingend davon auszugehen, dass ein verbeamteter Lehrer davon abgehalten werden kann, sein Freiheitsrecht als Unionsbürger gem. Art. 45 AEUV auszuüben. Der Beamte, der

62 Siehe oben Fn. 5, Rn. 43–49.

63 Siehe oben Fn. 6, Rn. 33–38, 55–60.

64 Ebd., Rn. 61.

65 Ebd., Rn. 67.

66 Ebd., Rn. 59.

67 Ebd., Rn. 76.

68 Ebd., Rn. 79.

freiwillig ausscheidet, um in einem anderen EU-Mitgliedstaat seine Dienste zu erbringen, wird wie ein Beamter behandelt, der wegen eines schweren Dienstvergehens aus dem Beamtenverhältnis entfernt worden ist.⁶⁹

Das OVG bejaht grundsätzlich – im Gegensatz zum EuGH – die Geeignetheit der Einbußen bei der Altersversorgung als Mittel, die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung in Nordrhein-Westfalen sicherzustellen. Gerade der wechselseitige Austausch von Beamten zwischen den einzelnen Bundesländern trage zur Funktionsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung in den einzelnen Bundesländern und des Bundes bei. Demgegenüber stehe die Abwanderung der Beamten in andere Beschäftigungen, die mit dem Beamtenverhältnis unvereinbar seien, und keine Aussicht auf Rückkehr in das Beamtenverhältnis bestehe. Damit würden diese Beamten dem deutschen Staatsdienst endgültig verloren gehen.⁷⁰

Allerdings verneint das OVG die Erforderlichkeit der Regelung. Die hohe finanzielle Einbuße sei nicht gerechtfertigt. Nach Auffassung des OVG seien bereits geringere monatliche Einbußen der zu erwartenden Altersversorgung ausreichend als Anreiz, im Beamtenverhältnis zu bleiben. Als milderer Mittel komme das vom Bund und einigen Bundesländern eingeführte Altersgeld in Betracht.⁷¹

Die nicht gerechtfertigte Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann nur durch ein – bislang nicht bestehendes – Gesetz ausgeglichen werden. Auch wenn das nationale Gericht verpflichtet ist, das Unionsrecht in vollem Umfang anzuwenden, darf es nicht *contra legem* entscheiden. Dies folgt bereits aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung nach Art. 20 Abs. 2 GG, was auch im Rahmen der unionsrechtlichen Pflicht zur europarechtskonformen Auslegung zu beachten sei. Im Ergebnis scheide daher eine europarechtskonforme Rechtsfortbildung zugunsten der eingeklagten, höheren Altersversorgung aus. Bei einem innerdeutschen Dienstherrenwechsel gibt es nur einen Ausgleich zwischen dem aufnehmenden und abgebenden Dienstherrn. Ein Anspruch des ehemaligen Beamten gegenüber dem ehemaligen Dienstherrn besteht nicht. Ansprüche des betroffenen Beamten lassen sich nicht aus dem einschlägigen Staatsvertrag oder des Beamtenversorgungsgesetzes begründen. Auch das vom VG – und auch vom EuGH – herangezogene gültige Bezugssystem scheide als Rechtsgrundlage aus. Es werde verkannt, dass bei einem innerdeutschen Dienstherrenwechsel der abgebende Dienstherr zustimmen müsse und damit auch ein gewisses Steuerungselement zur Personalplanung habe. Werde die Zustimmung verweigert und will der Beamte weiterhin wechseln, muss er aus dem Dienst entlassen werden mit der Folge der Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung.⁷² Es fehle an einer gesetzlichen Regelung oder analogen Anwendbarkeit der Bestimmungen des Beamtenversorgungsrechtes oder zur betrieblichen Altersversorgung zu einer erhöhten Nachversicherung wie vom Kläger gewünscht.

Auch die Fürsorgepflicht des Dienstherren nach § 85 LBG NRW kann nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden. Ist im BeamtVG keine Regelung zur Ali-

69 Siehe oben Fn. 7, Rn. 71.

70 Ebd., Rn. 82.

71 Ebd., Rn. 83, 86.

72 Ebd., Rn. 138.

mentation enthalten, sind andere gesetzliche Regelungen nach § 3 BeamtenVG für die Herleitung eines Anspruches erforderlich. Die Fürsorgepflicht wird damit durch das BeamtenVG in zulässiger Weise beschränkt. Diese Gesetzesbindung steht auch dem vom VG ausgeführten Ausgleichsanspruch *sui generis* entgegen.⁷³

Das OVG erkennt einen Anspruch aufgrund einer unionsrechtlichen Staatshaftung auf eine angemessene Entschädigung der Nachteile an, die der Beamte aus der geringeren Altersversorgung hat. Ausgangspunkt ist das unionsrechtswidrige Unterlassen des nationalen Gesetzgebers. Ab dem Zeitpunkt der Entscheidung des EuGH im Fall C-187/15 hätte der nordrhein-westfälische Gesetzgeber handeln müssen. Er hätte – vergleichbar mit dem legislativen Handeln des Bayerischen Gesetzgebers – per Gesetz die Nachteile der geringen Altersversorgung eines ehemaligen Beamten, der in einem anderen Mitgliedstaat nach seinem Ausscheiden unmittelbar anschließend seine Tätigkeit verrichtet, ausgleichen, zumindest abmildern müssen.⁷⁴ Es besteht auch ein unmittelbarer Kausalzusammenhang zwischen der Untätigkeit des Gesetzgebers und den monatlichen Einbußen des Klägers. Auf die weiteren, vom OVG vertieften Ausführungen zu § 839 Abs. 3 BGB zu einem etwaigen Haftungsausschluss oder zu einer Verwirkung, was beides verneint wird, wird an dieser Stelle nicht näher eingegangen, da sie nicht den Kern der Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und deren Rechtsfolgen betreffen. Aufgrund des Effektivitätsgrundsatzes muss eine angemessene Entschädigung ermittelt werden. Als Bezugssystem wird vom OVG die Situation eines angestellten Lehrers in Nordrhein-Westfalen herangezogen, der – ebenso wie der Kläger – im öffentlichen Schuldienst des Landes NRW tätig war und diesen verlassen hat, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten. Dies stelle ein geeignetes Bezugssystem dar, da ein Beamter, der sich dafür entscheidet, seine Arbeitskraft doch nicht auf Lebenszeit seinem Dienstherren zur Verfügung zu stellen, in den Genuss der Freiheiten eines Angestelltendaseins kommen möchte.⁷⁵

III. Analyse

Der EuGH hat den nationalen Gerichten in der Entscheidung vom 13.7.2016 sehr viel Spielraum gelassen, wie sie die verletzte Arbeitnehmerfreizügigkeit und demzufolge Sozialleistungen der Höhe nach ausgleichen.

Das OVG beruft sich zunächst auf die Argumentation des Generalanwaltes *Michał Bobek* vom 17.3.2016,⁷⁶ und führt aus, dass es im vorliegenden Fall keine gesetzliche Rechtsgrundlage für einen Ausgleichsanspruch gebe. Dies wäre jedoch zwingend erforderlich, um nicht *contra legem* entscheiden zu müssen. Es verweist hierbei auf das in anderen Bundesländern und im Bund eingeführte Altersgeldgesetz, was eine „gesetzgeberische Lösung“⁷⁷ sein könnte. Nur dadurch könne die Vorhersehbarkeit des

73 Ebd., Rn. 185.

74 Ebd., Rn. 218.

75 Ebd., Rn. 308 f.

76 Vgl. Schlussantrag des Generalanwaltes Michał Bobek v. 17.3.2016, Rs. C-187/15, *Joachim Pöpperl v. Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:2016:550, Rn. 67.

77 Ebd., Rn. 67, so die Formulierung des Generalanwaltes.

Rechts und der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns gewährleistet werden. Alles andere könnte nur eine „Notlösung in einem Einzelfall“ sein.⁷⁸ Diesen generellen Überlegungen ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die nationale Legislative – sei es Bund, seien es die einzelnen Bundesländer – sind in der Pflicht, für eine klare, rechts-sichere Lösung zu sorgen.

Es macht natürlich einen erheblichen Unterschied, woher der Anspruch des ausgeschiedenen Beamten gegen den ehemaligen Dienstherren auf Zahlung eines Differenzrentenbetrages hergeleitet wird.

Der Ausgangspunkt, wonach es sich um einen freiwillig ausgeschiedenen Beamten handelte, war bereits in der Entscheidung des EuGH im Fall C-187/15 angelegt, was nach Auffassung des Autors vom OVG nicht gesehen wird. Es überrascht, dass das OVG keinen Ausgleichsanspruch des ausgeschiedenen Beamten auf Zahlung einer beamtenadäquaten Versorgung für den Zeitraum, in dem er als Beamter seinen Staatsdienst verrichtet hat, zuspricht.

Mangels gesetzlicher Regelung musste eine Einzelfallentscheidung getroffen werden. Ein direkter Ausgleichsanspruch kann vom Wortlaut aus Art. 45 AEUV nicht hergeleitet werden. Die in Art. 45 AEUV geregelte Arbeitnehmerfreizügigkeit dient der Verwirklichung des Binnenmarktes. Es ist in Art. 45 Abs. 2 AEUV aber auch das generelle Gleichbehandlungsgebot hinsichtlich Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen enthalten. Man könnte darüber nachdenken, die Problematik der zutreffenden Nachversicherung unter dem Tatbestandsmerkmal „Entlohnung“ zu subsumieren. Schließlich ist der Rentenanteil im Bruttopreis der Arbeitnehmervergütung enthalten. Allerdings geht es hier um die grundsätzliche Frage einer Gleich- oder Ungleichbehandlung, nicht um die auf der 2. Stufe zu beantwortenden Frage, in welcher Höhe diese Ungleichbehandlung auszugleichen ist. Auch der vom VG hergeleitete Ausgleichsanspruch *sui generis* kann hierauf nicht so ohne weiteres gestützt werden. Es sei denn, man geht nach der häufig verwandten Methodik des EuGH, dem *effet utile* vor: Danach ist Art. 45 AEUV so auszulegen, dass die nationalen Gerichte den Arbeitnehmern die Ruhegehaltsansprüche zuzuerkennen haben, die sie hätten, wenn sie einen entsprechenden innerstaatlichen Dienstherrenwechsel vollzogen hätten. Wenn das innerstaatliche Recht, vorliegend das Beamtenversorgungsgesetz in NRW, nicht im Sinne von Art. 45 AEUV ausgelegt werden kann oder eine Auslegung überhaupt nicht in Betracht kommt, muss das innerstaatliche Recht schlachtweg unangewendet bleiben.⁷⁹ Ausgehend von diesen Ausführungen des EuGH hätte man nach Auffassung des Autors auch über einen Anspruch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 45 Abs. 2 AEUV nachdenken können.⁸⁰ Jedenfalls erschließt sich nicht, weshalb als geeignetes Bezugssystem ein angestellter Lehrer, der im öffentlichen Dienst tätig war und anschließend den öffentlichen Dienst verlässt, um in einem anderen Mitgliedstaat zu arbeiten, vom OVG herangezogen wird. Dies entspricht gerade nicht der Aus-

78 Ebd., Rn. 67.

79 Vgl. oben Fn. 5, Rn. 49.

80 Dies wird sinngemäß vom EuGH in Rn. 46 seiner Entscheidung vom 13.7.2016 angesprochen, vgl. oben Fn. 5.

gangssituation des Klägers als Beamter. Diese Herangehensweise widerspricht auch den klaren Ausführungen des EuGH, der den Vergleich mit einem innerstaatlichen Dienstherrenwechsel anführt. Durch das vom OVG verwendete Bezugssystem mit einem angestellten Lehrer erfolgt gerade keine Gleichbehandlung des ehemaligen Beamten für seine 19-jährige Beamtentätigkeit. Dieses Ergebnis ist auch nicht mit den vom EuGH vorgegebenen Grundsätzen vereinbar, wonach die nationalen Gerichte alles dafür tun müssen, damit das Unionsrecht uneingeschränkt durchgesetzt wird. Vielmehr handelt es sich um eine nationale Benachteiligung, die geeignet ist, einen Arbeitnehmer davon abzuhalten, eine gleichwertige Tätigkeit bei einem Arbeitgeber in einem anderen EU-Mitgliedstaat auszuüben, was gegen Art. 45 AEUV verstößt.

H. Schlussbetrachtung

Es bleiben etliche Fragen offen. Dies betrifft z. B. die Frage der Unmittelbarkeit der Aufnahme einer vergleichbaren Beschäftigung in einem anderen Mitgliedsstaat. Vorliegend lag ein Zeitraum von 2 Wochen zwischen dem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis Ende August 2019 und der Aufnahme der Lehrertätigkeit Mitte September 2019 in Österreich. Die Zukunft wird zeigen, welcher Zeitraum dazwischen noch das Kriterium der Unmittelbarkeit erfüllt und auf welche konkreten Einzelumstände es möglicherweise für einen längeren, dazwischen liegenden Zeitraum ankommt, z. B. Krankheit, Erziehungszeit, Urlaub, Sabbatjahr, etc. Das Bundesland Bayern hat einen Zeitraum von bis zu 3 Monaten angesetzt,⁸¹ was vom Autor eher kritisch gesehen wird.

Auch die Frage der Vergleichbarkeit der bisherigen Tätigkeit und der künftigen Tätigkeit im anderen Mitgliedstaat kann problematisch werden. Ob die Frage des unfreiwilligen Ausscheidens künftig eine Rolle bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerfreizügigkeit und der benachteiligenden Nachversicherung spielt, kann von dem Autor nicht abgeschätzt werden. Grundsätzlich betont der EuGH zwar die Freiwilligkeit des Ausscheidens und die anschließende vergleichbare Tätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat, so dass kein Verstoß gegen Art. 45 AEUV vorliegen dürfte. Der Autor kann jedoch nicht sämtliche Sachverhalte überblicken. Unter Umständen kann im Einzelfall – bei einem schlechthin untragbarem Ergebnis – durchaus vom EuGH ein Verstoß gegen Art. 45 AEUV bejaht werden unter Rückgriff auf die theologische Auslegung, insbesondere dem *effet utile*.

Auch dürfte es abschbar sein, dass ein Ausgleichsanspruch nach den verschiedenen Altersgeldgesetzen auf dem gerichtlichen Prüfstand steht, insbesondere ob der Ausgleich der Höhe nach gerechtfertigt ist. Für Altfälle, also Beamte, die noch vor der Einführung eines Altersgeldes ausgeschieden sind und lediglich nachversichert wurden, kann kein Rückgriff auf ein jeweiliges Altersgeldgesetz vorgenommen werden. Diese Fälle müssen dann im Einzelfall geprüft werden.

Verfolgt man die Rechtsprechung des EuGH zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, erkennt man, dass die eingeschlagene Linie klar und stringent weiter geführt wird. Da-

81 Vgl. oben D.

nach darf die Arbeitnehmerfreizügigkeit unter dem Blickwinkel des EU-Rechts nicht eingeschränkt werden. Schon alleine irgendeine nationale Benachteiligung, die geeignet ist, einen Arbeitnehmer davon abzuhalten, eine gleichwertige Tätigkeit bei einem Arbeitgeber in einem anderen EU-Mitgliedstaat auszuüben, genügt als Verstoß gegen Art. 45 Abs. 1 AEUV.⁸² Im Gegenteil: Die Ausübung beruflicher Tätigkeiten aller Art in den EU-Mitgliedstaaten soll erleichtert werden.⁸³ Jede nationale Maßnahme, die geeignet ist, die Ausübung der grundrechtlich verankerten Arbeitnehmerfreizügigkeit zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, verstößt gegen Art. 45 AEUV.⁸⁴

Es stellt sich die Frage, ob diese rigorose Vorgehensweise gerechtfertigt ist. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist ein hohes Gut, ein europäisches Grundrecht nach Art. 15 Abs. 2 GRCh. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist einer der Eckpfeiler der EU, obwohl ihr Schwerpunkt nicht mehr auf dem Status des Arbeitnehmers liegt, der alle EU-Bürger abdeckt. Artikel 45 AEUV schützt in erster Linie die Arbeitnehmer und bindet die Mitgliedstaaten. In der Tat haben einige Staaten diese Gesetze nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt, andere haben nur entsprechende Bestimmungen umgesetzt. Trotzdem bietet die Freizügigkeit der Arbeitnehmer weiterhin einen wirk samen Schutz für die Arbeitnehmer, und jeder EU-Bürger oder Mitgliedstaat kann bei den Gerichten Rechtsmittel einlegen, um sie durchzusetzen. Letztendlich ist es daher notwendig, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer absolut zu schützen, um den europäischen Binnenmarkt zu verwirklichen.

Bibliographie

- BERCUSSON, BRIAN, *European Labour Law*, 2. Auflage, Cambridge, 2009
- EICHENHOFER, EBERHARD, *Beamtenversorgung und Arbeitnehmerfreizügigkeit*, ZBR, 2019, S. 237–243
- FRANZEN, MARTIN; GALLNER, INKEN; OETKER, HARTMUT, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 3. Auflage, München, 2020
- HANTEL, PETER, *Die Bereichsausnahme nach Art. 45 Abs. 4 AEUV in der Rechtsprechung des EuGH*, Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht 2018, S. 61–67
- MÜLLER-GLÖGE, RUDI; PREIS, ULRICH; SCHMIDT, INGRID, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 20. Auflage, 2020, München
- REINECKE, GERHARD, *Mitnahme von Versorgungsansprüchen nach vorzeitigem Ausscheiden aus dem Beamtenverhältnis*, Arbeit und Recht, 2016, Jahrgang 64, Nr. 10, S. 396–398

82 Vgl. EuGH, Urteil v. 23.4.2020, Rs. C-710/18, *WN/Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2020:299, wonach die Zeiten der Berufserfahrung einer Lehrkraft, die sie in einem anderen EU-Mitgliedstaat gesammelt hat, vom Arbeitgeber anerkannt werden müssen.

83 Vgl. EuGH, Rs. C-703/17, *Krab*, ECLI:EU:C:2019:850, Rn. 40.

84 Ebd., Rn. 41.

RULAND, FRANZ, *Das Ende der herkömmlichen Nachversicherung von Beamten – Die Folgen der Entscheidung des EuGH vom 13.7.2016*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2017, 36. Jahrgang, Heft 7, S. 422–427

STREINZ, RUDOLF, *Europarecht*, 11. Auflage, 2019, München

THOMASBERGER, MARTINA, *Der Überweisungsbetrag als Freizügigkeitshindernis*, DRdA 2017, Heft 370, S. 196 ff.