
Unterschiedliche Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs im Gemeinschaftsrecht und die Auswirkungen auf den Öffentlichen Dienst

Christoph Demmke und Miriam Haritz*

Inhalt	
I. Einleitung	625
II. „Arbeitnehmer“ und „öffentliche Verwaltung“	634
III. Einzelne Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH	637
1. Sozialpolitik	637
a) Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergang)	637
b) Richtlinie 93/104/EG (Arbeitszeit)	643
c) Richtlinie 1999/70/EG (befristete Arbeitsverträge)	646
d) Richtlinie 97/81/EG (Teilzeitarbeit)	648
e) Richtlinie 76/207/EWG (Gleichbehandlung)	649
f) Richtlinie 96/34/EG (Elternurlaub)	651
g) Verordnung 1408/71/EWG (Systeme der sozialen Sicherheit)	652
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit: Richtlinie 89/48/EWG (Anerkennung von Diplomen)	654
IV. Fazit	656
V. Anhang	659
VI. Tabellarischer Vergleich	660

I. Einleitung

Die europäische Integration hat *de jure* nichts mit dem öffentlichen Dienst und dem Beamtenrecht zu tun – in der Praxis jedoch sehr viel mit der öffentlichen

* Dr. Christoph Demmke ist Assistenzprofessor für Vergleichende Verwaltungswissenschaften am Europäischen Institut für öffentliche Verwaltung Maastricht. Ass. iur. Miriam Haritz, M.A., ist Dozentin für Europäische Studien an der Universität Maastricht.

Verwaltung.¹ Um dieses Spannungsverhältnis (und diesen Begriffswirrwarr) zu verstehen, bedarf es einer Differenzierung, die die Mehrdeutigkeit des Begriffes „Öffentlicher Dienst“ und „öffentliche Verwaltung“ berücksichtigt. Zu unterscheiden ist hier zwischen:

- der Europäisierung der nationalen Verwaltungen durch die Umsetzung und den Vollzug des Gemeinschaftsrechts,
- der Europäisierung der Personalpolitiken (z.B. der Fortbildungspolitiken) aufgrund der gestiegenen Bedeutung der EU und der Beteiligung nationaler Beamter in den Ausschüssen der EU sowie der zunehmenden Beeinflussung der täglichen Arbeit durch die Beschäftigung mit EU-Aufgaben,
- der Europäisierung der nationalen öffentlichen Dienste durch die informelle Zusammenarbeit der nationalen öffentlichen Dienste (z.B. der Abteilungsleiter für den öffentlichen Dienst),
- der Europäisierung des nationalen öffentlichen Dienstrechts und der nationalen Personalpolitik durch die Rechtsprechung des EuGH und einige (wenige) sekundärrechtliche Rechtsakte und
- den Wettbewerbsregeln des Art. 86 EGV und der Privatisierung früherer Behörden und öffentlicher Unternehmen (Post, Bahn usw.).

Insbesondere in den letzten Jahren lassen sich auf EU-Ebene sehr interessante, aber auch verwirrende Entwicklungen beobachten, die auf eine Europäisierung von Rechts- und Politikbereichen hinauslaufen, die bisher eindeutig der nationalstaatlichen Kontrolle unterlagen.

So ist erst kürzlich – weitestgehend unbeachtet – im Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) mit dem Artikel III-285 zum ersten Mal ein Artikel aufgenommen worden, der die öffentliche Verwaltung als eine Zuständigkeit der EU auführt. Eine weiterführende Interpretation dieses Artikels kann hier nicht vorgenommen werden, ist allerdings dringend notwendig.

Artikel III-285 VVE begründet eine Kompetenz der Union in Bezug auf die Verwaltungszusammenarbeit, dies jedoch nur dann, wenn die Verwaltungszusammenarbeit in direktem Zusammenhang mit der Durchführung des Gemeinschaftsrechts steht. Artikel III-285 VVE ist eine unterstützende, koordinierende und ergänzende Kompetenz entsprechend Art. I-17 VVE der Verfassung.

¹ Engel, The European Dimension of Public Administration, in: Demmke/Engel (Hrsg.), Continuity and Change in the European Integration Process, European Institute of Public Administration, Maastricht 2003, S. 233-273 (mit umfangreicher Bibliographie zum Thema). Kämmerer, Das Berufsbeamtentum im Gravitationsfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Die Verwaltung, S. 357; Demmke, Die Europäisierung der öffentlichen Dienste – zwischen nationaler Souveränität und Rechtsangleichung, in: Zeitschrift für Tarif-, Arbeits- und Sozialrecht des öffentlichen Dienstes (ZTR), 2004/2005 (angenommen); Lemoine de Forges, L'adaptation de la fonction publique française au droit communautaire, Dalloz, 2003.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Art. III-285 VVE lediglich davon spricht, dass die Union in diesem Bereich „unterstützend“ tätig werden „kann“. In anderen Bereichen, wie z.B. Kultur und Tourismus, ist auch die Rede davon, dass die Union Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedsstaaten „fördert“ oder die Maßnahmen der Mitgliedsstaaten „ergänzt“. ^{1a} Insoweit besteht (im Gegensatz zur Verwaltungszusammenarbeit) keine fakultative Handlungsmöglichkeit für die Union, sondern vielmehr ein konkreter Auftrag zum Tätigwerden. Auch ist der Handlungsspielraum in anderen der in Art. I-17 VVE genannten Bereiche teilweise größer als im Rahmen der Verwaltungszusammenarbeit.

Die Möglichkeit eines Tätigwerdens der Union auf Grundlage des Art. III-285 VVE bedeutet also noch nicht, dass die Union auch tatsächlich tätig werden muss. Ebenso wenig gibt dieser Artikel der Union eine Kompetenz zur Regelung der öffentlichen Dienste. Bemerkenswert ist dennoch, dass der Union zum ersten Mal in der Integrationsgeschichte eine Kompetenz im Rahmen der öffentlichen Verwaltung gegeben wird. So sind grundsätzlich Maßnahmen denkbar, wenn dadurch eine Verbesserung der Verwaltungskapazität der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Durchführung des Unionsrechts unterstützt werden soll.

Der öffentliche Dienst und das Beamtenrecht werden somit immer stärker „europäisiert“. Bereits in den letzten Jahren hatte die EU im Zuge der Errichtung von Europol (vgl. Art. 30 I EUV), OLAF (Art. 280 EGV) und Eurojust (Art. 31 EUV) zwar keine direkten Eingriffsrechte in die nationale Polizei, die nationale Strafverfolgung und die staatliche Betrugsbekämpfung erhalten. Dennoch sind durch die Schaffung dieser Gremien völlig neue internationale Kooperationen und Verwaltungsverflechtungen in Bereichen entstanden, die den Kern der hoheitlichen Staatsgewalt betreffen. In den letzten Jahren wurden auf EU-Ebene zudem besondere Initiativen im Rahmen der europäischen Justizpolitik entwickelt. So liegt nach wie vor der Vorschlag für die Errichtung eines europäischen Staatsanwalts vor. Ebenfalls bemerkenswert sind die Pläne für einen Diplomatischen Dienst der EU. Interessant sind hingegen auch die Entwicklungen im Sekundärrecht. So wird zum Beispiel in Frankreich sehr kritisch verfolgt, dass das Gemeinschaftsrecht (insbesondere die Richtlinie 1999/70/EG) zu einer partiellen Angleichung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse führt.

Die Tatsache, dass die EU vermutlich auch nach der Verabschiedung einer europäischen Verfassung keine Regelungskompetenzen im Bereich des öffentlichen Dienstes und des Beamtenrechts (z.B. im Rahmen der Besoldungspolitik) haben wird, ist nicht gleichbedeutend damit, dass auf europäischer Ebene keine zunehmend engeren Formen der Verwaltungskooperation zwischen öffentlichen Diensten möglich sind. ² Zudem hat das EG-Recht indirekte Auswirkungen auf die

^{1a} Hervorhebung durch die Verfasser.

² Schmidt-Aßmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, S. 270 ff.

öffentlichen Dienste und das nationale Beamtenrecht. In diesem Kontext ist zu unterscheiden zwischen:

- der Europäisierung der Grundprinzipien (Demokratie, verantwortungsvolle Staatsführung, Effizienz und Wirksamkeit, Rechtsstaatlichkeit, Marktwirtschaft)³ und der Entwicklung allgemeiner Grundsätze der öffentlichen Verwaltung („gute Verwaltungsführung“, „Offenheit“, „Bekämpfung von Missständen in der Tätigkeit“ usw.)⁴,
- dem Prinzip der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und dem eng auszulegenden Ausnahmeverbehalt in Bezug auf den öffentlichen Dienst des Art. 39 Abs. 4 EGV,
- den Gleichstellungsbestimmungen nach Art. 136 und Art. 141 EGV,
- der Auslegung des Art. 10 EGV und der Rechtsprechung des EuGH über die tatsächliche und effiziente Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und
- den Wettbewerbsregeln des Art. 86 EGV und der Privatisierung früherer Behörden und öffentlicher Unternehmen (Post, Bahn usw.).

Dass die Gemeinschaft nicht über Kompetenzen zur Regelung des öffentlichen Dienstrechts verfügt, bedeutet somit nicht, dass die europäische Integration keine Auswirkungen auf die nationalen öffentlichen Dienste hat. Ganz im Gegenteil werden fast durch die Hintertür die nationalen öffentlichen Dienste zunehmend durch den europäischen Integrationsprozess beeinflusst. Die Rechtsprechung des EuGH hat zudem immer stärkere Auswirkungen, wie die jüngsten Beispiele im Bereich des Bereitschaftsdienstes für Ärzte und der Anerkennung der Diplome in Frankreich (Fall *Burbaud* vom 9. September 2003, s.u.) gezeigt haben. Darüber hinaus unterliegen die Rechts- und Verwaltungssysteme der Mitgliedstaaten einem ständigen Anpassungsprozess, der erforderlich ist, um die Verpflichtungen zur Umsetzung und zum Vollzug von EG-Recht zu erfüllen.

Wichtig ist daher eine Bestandsaufnahme in den Bereichen, in denen das Gemeinschaftsrecht direkte Auswirkungen auf die nationalen Verwaltungs- und Organisationsstrukturen hat. So verpflichtet z.B. das Sekundärrecht in bestimmten Bereichen zur Einrichtung von Agenturen und übt weitreichenden Einfluss auf die nationalen, regionalen und lokalen Verwaltungsverfahren und Anwendungsstrukturen aus. Der EuGH verlangt in Bezug auf die Umsetzung von Programm- und Planungsbestimmungen im Sekundärrecht der Gemeinschaft von den Verwaltungen auf regionaler und lokaler Ebene eine uneingeschränkte und genaue Umsetzung. Insbesondere das Umweltrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Übertra-

³ *Speer*, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, DÖV 2001, S. 980 ff.

⁴ *Lais*, Das Recht auf eine gute Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, ZEuS 2002, S. 447 ff.

gung bestimmter Kontrollaufgaben an spezifische Behörden. Schließlich müssen die Mitgliedstaaten ihr Planungsrecht an die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts anpassen. Zudem kennt (fast) jeder Beamte die bürokratischen und zeitraubenden Anforderungen des EG-Rechts durch die sogenannten Notifikationspflichten.

Die Frage, ob die zunehmende Einflussnahme der europäischen Ebene zu einem europäischen Modell des öffentlichen Dienstes führt, wird seit Anfang der neunziger Jahre (sehr kontrovers) diskutiert.⁵ In einer Veröffentlichung („Gibt es ein europäisches Modell des öffentlichen Dienstes?“) antwortete *Braibant* im Jahre 1993⁶ in der Weise, dass dies von der Betrachtungsweise und dem Untersuchungsansatz abhinge. Je spezieller der Untersuchungsansatz (z.B. der Vergleich der Besoldungssysteme), desto größer seien die Unterschiede. Je allgemeiner die Betrachtungsweise (Vergleich der Rechtsprinzipien und Rechtsgrundsätze⁷), desto größer sei hingegen die Übereinstimmung.

So ergibt zum Beispiel ein Vergleich des nationalen Disziplinarrechts in den 25 Mitgliedstaaten und der sie jeweils prägenden (nationalen) Beamtenethiken überraschende Übereinstimmungen.⁸ Die Rechte und Pflichten der Beamten sind europaweit weitestgehend vergleichbar. Auf der anderen Seite sind die sogenannten „Whistleblower-Bestimmungen“ (in Deutschland als „Remonstrationspflicht“ bezeichnet) innerhalb des Disziplinarrechts im Detail vollkommen unterschiedlich geregelt.

Eine Untersuchung der Verfasser zur Reform des Beamtenrechts in Europa kommt darüber hinaus zu dem Ergebnis, das sich zwar die Reformursachen, die Reformrhetorik sowie die Reformthemen ähneln. Bei der konkreten Umsetzung der einzelnen Maßnahmen (z.B. in Bezug auf die Reform der Laufbahnen, der Statusfragen sowie bei der Beamtenmobilität etc.) gibt es jedoch sehr große (und zuweilen sogar zunehmende) Unterschiede.⁹

⁵ Vgl. zu dem Stand der Diskussion: *Siedentopf/Speer*, Europäischer Verwaltungsraum oder Europäische Verwaltungsgemeinschaft?, DÖV 2002, S. 753 ff. Vgl. zu einer der ersten Publikationen: *Casese*, Towards a European Model of Public Administration, Comparative and Private International Law, Berlin, 1990, S. 353; *Siedentopf* (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsraum, Nomos, 2004.

⁶ *Braibant*, Existe-t-il un système Européen de Fonction Publique?, Revue Française d'administration publique, N° 68, 1993, S. 61.

⁷ *Speer*, (Fn. 3), DÖV 2001.

⁸ Vgl. *Bossaert/Demmke*, Ethik im öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten der EU, Studie für die Abteilungsleiter des öffentlichen Dienstes der EU-Mitgliedstaaten, 27. u. 28.5.2004, Dublin (wird in Bälde veröffentlicht: <http://www.eipa.nl>).

⁹ *Demmke*, European Civil Services between Tradition and Reform, European Institute of Public Administration, Maastricht 2004.

Allerdings zeigen die Arbeiten von *Schwarze* über das europäische Verwaltungsrecht¹⁰, dass es auch in einzelnen Rechtsbereichen bereits zu einer weitgehenden „Europäisierung“ gekommen ist. Diese Befunde wurden jüngst von *Sommermann* in Bezug auf das Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht des Beamtenrechts weiter konkretisiert.¹¹

Paradoxerweise bleibt es jedoch – trotz zunehmender Auswirkungen des Integrationsprozesses auf den öffentlichen Dienst – dabei, dass es keine gemeinschaftsrechtliche Kompetenz im Bereich des Öffentlichen Dienstes gibt. Dies spiegelt sich auch in Ausnahmenvorschriften für den Öffentlichen Dienst wieder; so gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit z.B. ausdrücklich nicht für die öffentliche Beschäftigung (Art. 39 Abs. 4 EGV). Den Mitgliedstaaten steht es also anheim, ihren Öffentlichen Dienst entsprechend ihrer Vorstellungen zu leiten und auszubauen.

Mangels eines europäischen Modells eines Öffentlichen Dienstes gibt es also erhebliche Unterschiede in Verwaltungsstrukturen und Staatsaufbau der Mitgliedstaaten.¹²

Hingegen erfolgt durch regelmäßige Kontakte der nationalen Beamten auf europäischer Ebene, informeller Verwaltungskooperation der Abteilungsleiter des öffentlichen Dienstes auf EU-Ebene, Zusammenarbeit bei der Entstehung und Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, miteinander geteilte Rechtsstaatsprinzipien, etc., eine zunehmende „Internationalisierung“ der öffentlichen Dienste, so dass zum Teil schon von einem „europäischen Verwaltungsraum“ gesprochen wird.¹³

Die vorliegende Untersuchung setzt sich mit dieser fortschreitenden Europäisierung, soweit sie durch einzelne Richtlinien und Verordnungen sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) erfolgt, auseinander und untersucht, inwieweit der Effekt aufgrund unterschiedlicher Definitionen des Arbeitnehmerbegriffs nicht immer harmonisierender Natur, sondern gerade über beabsichtigte Unterschiede hinaus fragmentierender Natur ist.

¹⁰ *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, Bd. I und II, 1988; *Schwarze*, Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1996; *Schwarze*, Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl 1996, S. 881 ff.

¹¹ *Sommermann*, Konvergenzen im Verwaltungsverfahren- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, DÖV 2002, S. 133 ff. Vgl. auch Ladeur (Hrsg.), The Europeanisation of Administrative Law, Chippenha/Wiltshire 2002.

¹² *Bossaert/Demmke/Nomden/Polet*, Civil Service in the Europe of Fifteen, European Institute of Public Administration, Maastricht, 2001, S. 247 ff.

¹³ S. OECD, European Principles For Public Administration, PUMA Working Papers (99) 44, November 1999, S. 9 f.

EU-Prozesse und EU-Regulierung	Einfluss auf den Öffentlichen Dienst und die Personalpolitik
Entscheidungsverfahren in Brüssel	Einfluss auf Personalressourcen (Reisen nach Brüssel, Zeitaufwand für <i>Meetings</i> , nationale Beamte in EU-Institutionen); Entwicklung neuer Fähigkeiten (Verhandlungen, Sprachen); Notwendigkeit verstärkter Kenntnisse bzgl. Gemeinschaftsrecht, EU-Institutionen, Verfahrensregeln
Umsetzung von Gemeinschaftsrecht auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene	Nationale Bedienstete müssen Umsetzungsmaßnahmen an Brüssel weiterleiten; Beamte müssen Pläne und Programme am Gemeinschaftsrecht orientieren; Präzision bei Umsetzung und Ausführung von Gemeinschaftsrecht (Kontrolle, Schutzmechanismen etc.); Mitgliedstaaten müssen bestimmte Regulierungsbehörden u.ä. einsetzen (Telekommunikation, Umwelt, Landwirtschaft)
Direkte Auswirkung des Art. 39 EGV und des Sekundärrechts – Arbeitnehmerfreizügigkeit	Öffnung des Öffentlichen Dienstes für EU-Angehörige; Gegenseitige Anerkennung von Diplomen; Koordination der Rentensysteme; Anerkennung von Seniorität und Arbeitserfahrung; Gegenseitiger Informationsaustausch über freie Stellen im Öffentlichen Dienst (nationale Kontaktpunkte)
Direkte Auswirkungen des Art. 141 EGV und des Sekundärrechts – Gleichheitsgrundsatz	Gleichheit zwischen Männern und Frauen; Gleiche Bezahlung; Auswirkungen auf diskriminierende Zugangsverfahren (z.B. Frauen und der Zugang zur Armee); Auswirkungen auf nationale Rentensysteme (z.B. in Bezug auf unterschiedliche Altersgrenzen); Auswirkungen auf Beförderungsrechte; Auswirkungen auf Zugang zu bestimmten öffentlichen Stellen (Frauen bevorzugt)

Andere Gesetze, insbesondere im Sozialbereich (Sicherheit am Arbeitsplatz, öffentliches Auftragswesen, Gesundheitsschutz, Arbeitszeit, Altersdiskriminierung etc.)	keine Diskriminierung aufgrund des Lebensalters; Arbeitszeitbedingungen für Ärzte; EU-Voraussetzungen für das öffentliche Auftragswesen; Richtlinie über unbefristete Arbeitsverträge
Indirekte Auswirkungen von „Best Practice“ und informeller Zusammenarbeit im Bereich Beamtenrecht und Personalpolitik	Abteilungsleiter des Öffentlichen Dienstes und informelle Arbeitsgruppen im Bereich - Beamtenrecht und Personalpolitik, - Innovativer öffentlicher Dienst, - Elektronische Dienstleistungen

Wichtigstes Sekundär- und Primärrecht mit Auswirkungen auf den Öffentlichen Dienst und die Personalpolitik der Mitgliedstaaten sind daher folgende Rechtsvorschriften:

Im Bereich der Gleichheit (Art. 141 EGV) sind dies die Richtlinien des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (2000/78/EG)¹⁴, zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (2000/43/EG)¹⁵ und zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7/EWG)¹⁶ sowie die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (2002/73/EG)¹⁷. Näher untersucht werden soll die Richtlinie des Rates 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen¹⁸.

¹⁴ RL 2000/78/EG v. 27.11.2000, ABl. Nr. L 303 v. 2.12.2000, S. 16-22.

¹⁵ RL 2000/43/EG v. 29.6.2000, ABl. Nr. L 180 v. 19.7.2000, S. 22-26.

¹⁶ RL 79/7/EWG v. 19.12.1978, ABl. L 6 v. 10.1.1979, S. 24-25.

¹⁷ RL 2002/73/EG v. 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15-20.

¹⁸ RL 76/207/EWG v. 9.2.1976, ABl. L 39 v. 14.2.1976, S. 40-42.

Im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV) sind die Verordnung des Rates 1612/68/EWG über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft¹⁹, die Verordnung des Rates 1408/71/EWG zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern²⁰ und die Richtlinie des Rates 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen²¹, sowie die Richtlinie des Rates 92/51/EWG über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG²² von besonderer Bedeutung. Die Verordnung 1408/71/EWG und die Richtlinie 89/48/EWG werden im Folgenden ebenfalls näher betrachtet.

Für das Öffentliche Auftragswesen ist die Richtlinie des Rates 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge²³ zu nennen.

Besondere Auswirkungen für die Arbeitsbedingungen und die Arbeitszeit zeitigen die Richtlinie des Rates 89/391/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit²⁴, die Richtlinie des Rates 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen²⁵, die Richtlinie des Rates 93/104/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung²⁶, die Richtlinie des Rates 96/34/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub²⁷, die Richtlinie des Rates 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit²⁸ und die Richtlinie des Rates 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge²⁹. Letztere fünf Richtlinien werden auch näher analysiert.

¹⁹ VO 1612/68/EWG v. 15.10.1968, ABl. L 257 v. 19.10.1968, S. 2-12.

²⁰ VO 1408/71/EWG v. 14.6.1971, ABl. Nr. L 149 v. 5.7.1971, S. 2-50.

²¹ RL 89/48/EWG v. 21.12.1988, ABl. Nr. L 19 v. 24.1.1989, S. 16-23.

²² RL 92/51/EWG v. 18.6.1992, ABl. Nr. L 209 v. 24.7.1992, S. 25-45.

²³ RL 92/50/EWG v. 18.6.1992, ABl. Nr. L 209 v. 24.7.1992, S. 1-24.

²⁴ RL 89/391/EWG v. 12.6.1989, ABl. L 183 v. 29.6.1989, S. 1-8.

²⁵ RL 2001/23/EG v. 12.3.2001, ABl. Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16-20.

²⁶ RL 93/104/EG v. 23.11.1993, ABl. Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18-24.

²⁷ RL 96/34/EG v. 3.6.1996, ABl. Nr. L 145 v. 19.6.1996, S. 4-9.

²⁸ RL 97/81/EG v. 15.12.1997, ABl. Nr. L 14 v. 20.1.1998, S. 9-14.

²⁹ RL 1999/70/EG v. 28.6.1999, ABl. Nr. L 175 v. 10.7.1999, S. 43-48.

II. „Arbeitnehmer“ und „öffentliche Verwaltung“

Im Hinblick auf unterschiedliche Beschäftigungsverhältnisse im Öffentlichen Dienst (privatrechtlich Angestellte, die dem nationalen Arbeitsrecht unterliegen und öffentlich-rechtlich angestellte Beamte) ist es, anders als in der Privatwirtschaft, zunächst notwendig, eine allgemeine Definition des Arbeitnehmerbegriffs, wie ihn das europäische Recht verwendet, vorzunehmen.

Wären Angestellte und Arbeiter in privatrechtlichen Dienstverhältnissen im Öffentlichen Dienst nämlich keine Arbeitnehmer, fielen sie aus dem Schutzbereich einer die Arbeitnehmer betreffenden Richtlinie heraus und es entstünde eine Benachteiligung der Angestellten im öffentlichen Dienst gegenüber anderen Angestellten. Beamte würden zwar auch weiterhin nicht unter die Richtlinie fallen, kämen aber in den Genuss des z.B. beamtenrechtlichen Kündigungsschutzes.

Sind sie jedoch Arbeitnehmer, so würden sie vom Regelungsbereich einer solche Richtlinie erfasst, wobei es nunmehr darauf ankommt, inwieweit Beamte als Arbeitnehmer definiert werden, um eine (beabsichtigte oder unbeabsichtigte) Ungleichbehandlung innerhalb des Öffentlichen Dienstes zu vermeiden.

Es stellt sich also bereits hier die Frage, ob es dadurch zu einer Fragmentierung und fehlenden Rechtseinheit sowohl innerhalb der Mitgliedstaaten als auch mit Blick auf die gesamte EU kommt.

In der Rechtssache *Lazwrie-Blum*³⁰ gab der EuGH dem Arbeitnehmerbegriff im Rahmen des Art. 39 (Ex-Art. 48) EGV über die Arbeitnehmerfreizügigkeit eine gemeinschaftsrechtliche Definition.

In der Entscheidung ging es um eine britische Staatsangehörige, die als Studienreferendarin im deutschen Vorbereitungsdienst ausgebildet und beschäftigt werden wollte, wodurch diese zu einer Beamtin auf Zeit bzw. Widerruf ernannt werden musste. Der EuGH bejahte die Anwendbarkeit des Art. 39 EGV und lehnte die Anwendung der Ausnahmeregelung des Absatzes 4, wonach die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht auf die öffentliche Verwaltung anzuwenden sei, trotz der beamtenrechtlichen Merkmale des lehramtlichen Vorbereitungsdienstes ab.

Nach Auffassung des EuGH ist der Begriff des Arbeitnehmers anhand von objektiven Kriterien festzulegen, welche das Arbeitsverhältnis bezüglich der Rechte und Pflichten des jeweiligen Arbeitnehmers kennzeichnen. Arbeitnehmer ist danach jeder, der für einen anderen weisungsgebunden Leistungen erbringt, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben und für die er im Gegenzug eine Vergütung erhält.³¹ Dabei kommt es ausdrücklich weder auf den Bereich des Wirtschaftslebens, in dem diese Leistungen erbracht werden, noch auf die Art des Rechtsver-

³⁰ EuGH, Rs. C-66/85, *Lazwrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, Leitsätze, Slg. 1986, 2121.

³¹ St. Rspr. des EuGH, s. EuGH, Rs. C-85/96, *Martinez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rdnr. 32 m.w.N.

hältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber an, das also sowohl privatrechtlich als auch öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein kann. Danach fallen also grundsätzlich auch Beamte unter den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff.

Auch der Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung ist in diesem Sinne gemeinschaftsrechtlich auszulegen, wobei der EuGH einen funktionellen Begriff³² anwendet und nicht auf die Rechtsnatur des jeweiligen Beschäftigungsverhältnisses oder eine Einstellung als Arbeiter, Angestellter oder Beamter, sondern auf die der Aufgaben abstellt. Danach ist die Ausnahmeregelung des Art. 39 Abs. 4 EGV im Wesentlichen nur unter der Bedingung anwendbar, dass das Aufgabengebiet vorwiegend eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und³³ die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften umfasst,³⁴ und daher ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des Betreffenden zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, die Grundlage des Staatsangehörigkeitsrechts sind, voraussetzt.

Zudem betrifft der Vorbehalt nur den Zugang zur öffentlichen Verwaltung und ist nicht auf bereits Beschäftigte anwendbar, da er dort vom Gleichbehandlungsgrundsatz überlagert wird.³⁵

Sollten die hoheitlichen Aufgaben dagegen nur einen Teilbereich der Beschäftigung ausmachen, so ist auch der Beamte als Arbeitnehmer i.S.d. Art. 39 EGV zu qualifizieren.

Dies hat der EuGH u.a. für Lehramtsreferendare und Lehrer³⁶, Postbedienstete³⁷, Bahnbedienstete³⁸, Fremdsprachenlektoren an einer staatlichen Universität³⁹, For-

³² S. EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 1725, Rdnr. 12.

³³ Nachdem der EuGH einmalig „oder“ statt „und“ verwendete (s. EuGH, Rs. 22/87, *Kommission/Italien*, Slg. 1989, 143) schien die Auslegung zeitweise strittig; in folgenden Urteilen hat der EuGH jedoch stets „und“ verwendet (in jüngerer Zeit z.B. EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207), so dass nach heute h.M. im Lichte einer restriktiven Auslegung beide Voraussetzungen kumulativ und nicht alternativ vorliegen müssen (zum Streit: *Kämmerer*, Europäisierung des öffentlichen Dienstrechts, EuR 2001, S. 27, 33, Fn. 41 m.w.N.; *Alber*, Das europäische Recht und seine Auswirkungen auf den öffentlichen Dienst, ZBR 2002, S. 225, 230).

³⁴ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 3881, Rdnr. 10 und Leitsatz.

³⁵ EuGH, Rs. C-12/73, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, Slg. 1974, 153; EuGH, Rs. C-187/96, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1998, I-1095, Rdnr. 17.

³⁶ EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, Slg. 1986, 2121; EuGH, Rs. C-4/91, *Bleis*, Slg. 1991, I-5627;

³⁷ EuGH, Rs. C-12/73, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, Slg. 1974, 153.

³⁸ EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 3881.

³⁹ EuGH, Rs. 33/88, *Allué und Coonan*, Slg. 1989, 1591.

scher im nationalen Forschungsrat⁴⁰, Krankenschwestern/-pfleger und Ärzte in öffentlichen Krankenhäusern⁴¹ und Schiffskapitäne⁴² angenommen.

In all diesen Fällen kann einem Bewerber zwar auch weiterhin die Einstellung als Beamter verweigert werden, allerdings müsste er dann in das gleiche Anstellungsverhältnis als Angestellter aufgenommen werden.⁴³

Das deutsche Beamtenrecht wurde in § 4 Abs. 1 BRRG dahingehend geändert, dass in ein Beamtenverhältnis sowohl Deutsche i.S.d. Grundgesetzes als auch Staatsangehörige anderer EU-Mitgliedstaaten berufen werden können. Allerdings sieht § 4 Abs. 2 BRRG als Einschränkung vor, dass ein „Deutschenvorbehalt“⁴⁴ weiterhin in den Fällen gelten soll, in denen es die Aufgaben erfordern. Diese Einschränkung ist ebenfalls streng gemeinschaftskonform auszulegen und den Notwendigkeiten der Zeit anzupassen. Ein Beispiel dafür ist der Bereich der deutschen Polizei, in dem neuerdings angesichts politischer und gesellschaftlicher Notwendigkeiten über die Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 3 BRRG⁴⁵ zunehmend mehr Ausländer eingestellt werden, obwohl es sich um einen sicherheitsempfindlichen Kernbereich der Staatsverwaltung handelt, der eigentlich unter die Ausnahmeregelung des Art. 39 Abs. 4 EGV fallen könnte.⁴⁶

Zudem wird in der Literatur zunehmend einem „Verfassungspatriotismus“, ja sogar einem Gemeinschaftspatriotismus anstelle des bisherigen, in Art. 39 Abs. 4 EGV zumindest eingeschränkt widerspiegelten „Staatsvorbehalts“ das Wort geredet,⁴⁷ was faktisch der fortschreitenden Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich entgegenkommt, diese aber noch übertrifft. Artikel 39 Abs. 4 EGV und seine nationale Ausgestaltung in Staatsvorbehaltsregelungen werden dabei zunehmend als überkommene Ausnahmetatbestände begriffen, welche in steigendem Anachronismus zu der faktischen materiellrechtlichen Europäisierung auch des Öffentlichen Dienstes stehen.

Nichtsdestotrotz ist es Sache der Mitgliedstaaten, diese Vorschriften zu reformieren bzw. ganz abzuschaffen, was angesichts nach wie vor existierender nationaler, oft irrationaler Ängste um die Kernfunktionen des Staates unwahrscheinlich erscheint.⁴⁸

⁴⁰ EuGH, Rs. 225/85, *Kommission/Italien*, Slg. 1987, 2625.

⁴¹ EuGH, Rs. 307/84, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1986, 1725; EuGH, Rs. C-15/96, *Schöning*, Slg. 1998, I-47.

⁴² EuGH, Rs. C-47/02, *Albert Anker*, unter <http://www.curia.eu.int/> abrufbar.

⁴³ *Alber*, (Fn. 33), S. 230.

⁴⁴ *Alber*, (Fn. 33), S. 231.

⁴⁵ Satz 1 spricht von einem „dringendem dienstlichen Bedürfnis“, s. Anhang.

⁴⁶ Interessanterweise betrifft diese „Öffnung“ vor allem Nicht-EU-Ausländer, s. *Kämmerer*, (Fn. 33), S. 42, Fn. 89 m.w.N.

⁴⁷ vgl. *Kämmerer*, (Fn. 33), S. 40; ähnlich wohl auch *Alber*, (Fn. 33), S. 243 f.

Der EuGH hat über die Jahre den Begriff des Arbeitnehmers in seiner obigen Definition immer wieder bestätigt und zunehmend weit ausgelegt,⁴⁹ wenn es die Anwendung von Primärrecht betraf. Entsprechend konkret definiert sind die Fälle, in denen sich die Mitgliedstaaten auf die Ausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV berufen können.

Nach Auffassung des EuGH sind dies solche Stellen, welche die Ausübung hoheitlicher Gewalt und die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften umfassen.

Nach Ansicht der Kommission gilt dies im Einzelnen für die Armee, die Polizei und andere Vollstreckungsbehörden, die Justiz, Steuerbehörden, den Diplomatischen Dienst, sowie mit zunehmender Einschränkung auch für Staatsministerien, regionale und lokale Behörden, Zentralbanken und andere öffentliche Einrichtungen, in denen die Aufgaben der Stelle die Ausübung hoheitlicher Befugnisse beinhalten.

Allerdings hat der EuGH ebenfalls entschieden, dass es keinen einheitlichen gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff gibt, sondern dieser vom jeweiligen Anwendungsbereich abhängt⁵⁰ und z.B. je nach Richtlinie variieren kann, wie im weiteren Verlauf aufgezeigt wird.

Darüber hinaus ist mit Blick auf einzelne Richtlinien u.U. nicht der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff ausschlaggebend, sondern vielmehr die jeweilige nationale Definition in den Mitgliedstaaten, wie ebenfalls im Weiteren dargestellt werden wird.

III. Einzelne Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH

1. Sozialpolitik

a) Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergang)

Die Richtlinie 77/187/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen⁵¹

⁴⁸ Zur Notwendigkeit und Gestalt einer Reform des Art. 39 Abs. 4 EGV: *Demmke/Linke*, Who's a national and Who's a European? Exercising Public Power and the Legitimacy of Art. 39 4 EC in the 21st Century", EIPASCOPE, No. 2003/2, European Institute of Public Administration, NL, S. 2-10, unter www.eipa.nl abrufbar.

⁴⁹ S. EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop/Office national de l'emploi*, Slg. 2002, I-6191.

⁵⁰ EuGH, Rs. C-85/96, *Martinez Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rdnr. 31.

⁵¹ RL 77/187/EWG des Rates v. 14.2.1977, ABl. Nr. L 61 v. 5.3.1977, S. 26-28.

wurde durch die Richtlinie 98/50/EG des Rates unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich der inhaltlichen Ausgestaltung des Betriebs- und Arbeitnehmerbegriffs⁵² geändert. Beide sind nunmehr nicht mehr rechtskräftig, statt dessen gilt die neu kodifizierte Richtlinie 2001/23/EG des Rates in diesem Bereich als dritte sogenannte Betriebsübergangsrichtlinie⁵³.

Sie schützt Arbeitnehmer bei einem Inhaberwechsel und ist ihrem Wortlaut nach gemäß Art. 1 sowohl auf private als auch öffentliche Unternehmen anwendbar, sofern sie eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Folglich fallen auch wirtschaftlich tätige Verwaltungsbehörden des Öffentlichen Rechts grundsätzlich in den Schutzbereich der Richtlinie, lediglich der Bereich der reinen Umstrukturierung von Verwaltungsbehörden und -aufgaben, soweit er Auswirkungen im Sinne eines Betriebsübergangs hat, ist von der Anwendbarkeit ausgenommen.⁵⁴ Hinsichtlich Betriebsübergängen infolge eines Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens gelten gemäß Art. 5 Einschränkungen.

In Art. 2 d) allerdings definiert die Richtlinie als Arbeitnehmer jene Personen, die jeweils durch das nationale Arbeitsrecht geschützt wurden, und wendet damit nicht den durch den EuGH entwickelten europäischen Arbeitnehmerbegriff an, sondern überlässt die Definition den einzelnen Mitgliedstaaten. Zwar bestimmt die Richtlinie, dass sie grundsätzlich auch befristete und Leiharbeitsverhältnisse erfasst. Dennoch folgt aus ihr, dass abhängig von der nationalen Definition ein jeweils variierender Teil der arbeitenden Bevölkerung nicht in ihren persönlichen Schutzbereich fällt.

Wenn nämlich Arbeitnehmer nur solche sind, die dem nationalen Arbeitsrecht unterstellt sind, so fallen z.B. in Deutschland alle Beamte heraus, deren Arbeitsverhältnisse durch öffentliches Recht geregelt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie tatsächlich hoheitliche Aufgaben erfüllen oder nicht. Ginge es nach dem europäischen Arbeitnehmerbegriff, so wären nur diejenigen Beamten von der Anwendbarkeit der Richtlinie ausgenommen, bei denen obiges Kriterium vorläge.

Gemessen an der ursprünglichen Intention der Richtlinie, nämlich Wettbewerbsverzerrungen und eine Behinderung der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes durch unterschiedlichen Arbeitnehmerschutz in den Mitgliedstaaten durch eine zumindest teilweise Vereinheitlichung zu verhindern,⁵⁵ führt diese Differenzierung zu erheblichen Unterschieden und erreicht genau das Gegenteil des Bezweckten.

⁵² RL 98/50/EG des Rates v. 29.6.1998, ABl. Nr. L 201 v. 17.7.1998, S. 88-92.

⁵³ RL 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001, ABl. Nr. L 82 v. 22.3.2001, S. 16-20.

⁵⁴ In Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH in der Rs. 298/94, *Henke*, Slg. 1996, I-4989.

⁵⁵ *Friedrich*, Betriebsübergang im öffentlichen Dienst. Zur Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG auf Privatisierungen, ZEuS 2002, S. 429.

Trotzdem hat der EuGH in seiner Rechtsprechung genau diesen Weg beschritten, indem er bereits in der Rechtssache *Wendelboe*⁵⁶ erkennen ließ, hinsichtlich der ursprünglichen Richtlinie 77/187/EWG für den bis dato in der Richtlinie unbestimmten Arbeitnehmerbegriff die jeweilige nationale Definition heranzuziehen. In der Rechtssache *Danmols Inventar*⁵⁷, in der die Arbeitnehmerdefinition hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber relevant war, konkretisierte der EuGH diese Auslegung, legte die Notwendigkeit einer nationalen Definition des Arbeitnehmerbegriffs fest und begründete seine Entscheidung ausführlich. Danach bezwecke die Richtlinie lediglich eine Teilharmonisierung in diesem Bereich der Sozialpolitik, indem sie ausschließlich die Ausweitung des jeweiligen bestehenden nationalen Arbeitnehmerschutzniveaus auf den Bereich des Betriebsübergangs vorsehe, ohne jedoch ein einheitliches Arbeitnehmerschutzniveau europaweit einführen zu wollen.⁵⁸ Dieser Zweck könne nur unter Zugrundelegen des nationalen Arbeitnehmerbegriffs erreicht werden, die Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs führe in diesem Fall weit über den beabsichtigten Zweck der Richtlinie hinaus. Bezeichnenderweise optierte die Kommission zum damaligen Zeitpunkt für eine gemeinschaftsrechtliche Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs.⁵⁹ Diese Definition des EuGH wurde dann in die überarbeitete Richtlinie 98/50/EG übernommen und ist nun ebenfalls Teil der neu kodifizierten Richtlinie 2001/23/EG.

Diese Auslegung mit all ihren Konsequenzen haben sowohl der EuGH als auch der EFTA-Gerichtshof in neueren Urteilen wiederholt und ausgedehnt.⁶⁰ Dabei kommt es zu Unterschieden sowohl in innerstaatlicher als auch in inter-europäischer Hinsicht.

In Deutschland sind im Durchschnitt 30 Prozent aller Beschäftigten im Öffentlichen Dienst Beamte. Bei der Privatisierung eines öffentlich-rechtlich ausgestalteten Wirtschaftsunternehmens, bei dem es sich nach der Rechtsprechung des EuGH um einen Betriebsübergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG handelt,⁶¹ wäre die Richtlinie nur auf die 70 Prozent der Beschäftigten anwendbar, die nicht verbeamtet sind, da nach deutschem Recht Beamte nicht dem Arbeitsrecht unterstehen und damit nicht als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie anzusehen sind.

⁵⁶ EuGH, Rs. 19/83, Slg. 1985, 457.

⁵⁷ EuGH, Rs. 105/84, *Danmols Inventar*, Slg. 1985, 2639.

⁵⁸ Ibid., Rdnr. 26 f.

⁵⁹ Ibid., Rdnr. 22.

⁶⁰ S. EuGH, Rs. 343/98, *Collino u. Chiappero/Telecom Italia SpA*, Slg. 2000, I-6659 ff. und EFTA Court judgement E-3/2001, Urteil v. 22.3.2002, unter http://www.eftacourt.lu/dc_2002.asp abrufbar.

⁶¹ Ibid.

Zwar sieht das deutsche Beamtenrecht in derartigen Fällen ebenfalls einen speziellen Schutz der Beamten vor,⁶² es ist damit jedoch dem deutschen Gesetzgeber überlassen, inwieweit er diesbezüglich dem von der Richtlinie vorgesehenen Schutzbereich gerecht wird, da er nach europäischem Recht nicht dazu verpflichtet ist, den Schutzbereich der Richtlinie, anders als im Hinblick auf die übrigen Beschäftigten, auch auf seine Beamten anzuwenden. Hier besteht die Gefahr einer Schutzlücke für die deutschen Beamten.

Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache *Collino und Chiappero/Telecom Italia SpA*⁶³, die Problematik einer solchen Privatisierung eines vormals öffentlichen Unternehmens behandelt. Dabei hob er hervor, dass in einem solchen Fall die Richtlinie unabhängig von der Rechtsnatur der Übergangsart (vertraglich oder durch Gesetz) zwar grundsätzlich Anwendung findet, aber auf diejenigen Beschäftigten des Öffentlichen Dienstes beschränkt ist, die bereits zuvor als Arbeitnehmer nach nationalem Arbeitsrecht geschützt waren. Damit hat sich der EuGH streng an den Wortlaut der Richtlinie hinsichtlich der nationalen Arbeitnehmerdefinition sowie an seine Ausführungen in der Rechtssache *Danmols Inventar* gehalten.⁶⁴

Die deutschen Beamten fallen somit auch nach der Rechtsprechung des EuGH aus dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie heraus.

In Frankreich ist die überwiegende Anzahl der im öffentlichen Dienst Beschäftigten Beamte, für die nicht das allgemeine Arbeitsrecht, sondern öffentliches Recht gilt. Dieses ist jedoch nicht immer auf allen Ebenen in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der Arbeitsverträge gleichen Inhalts und kann sogar mit Elementen des Privatrechts vermischt sein.⁶⁵ In einem vergleichbaren Fall eines öffentlich-rechtlichen Unternehmens führte dies dazu, dass die Richtlinie auf fast keinen der Beschäftigten, mit Ausnahme von eventuell beschäftigten Arbeitern, Anwendung findet. Soweit das französische Beamtenrecht also keinen entsprechenden Schutzbereich vorsieht, wären diese Beschäftigten im Gegensatz zu zumindest einem Teil ihrer Kollegen in anderen Mitgliedstaaten schutzlos.

Faktisch würde die Richtlinie damit, obwohl explizit anders vorgesehen, nicht für öffentliche Unternehmen gelten, soweit es ihre Anwendung in Frankreich betrifft.

⁶² Das deutsche Grundgesetz gebietet es, eine gesetzliche Grundlage für die Überleitung zu einem neuen Dienstherrn zu schaffen, teilweise sind sogar Verfassungsänderungen von Nöten; Folge ist entweder die Beibehaltung des Beamtenstatus mit zwei Dienstherrn (dem Bund/Land, da nur diese Arbeitgeber von Beamten sein dürfen und dem Privatier, so z.B. bei der Privatisierung der Post/der Bahn) oder der freiwillige Verzicht auf den Beamtenstatus und Weiterführung als Arbeitnehmer unter Gewährleistung der Versorgungsanswartschaften (so bei der Privatisierung der Flugsicherung); Näheres dazu s. *Schönrock*, Beamtenüberleitung anlässlich der Privatisierung von öffentlichen Unternehmen, Dissertation 15.2.2000, Humboldt-Universität.

⁶³ EuGH, Rs. 343/98, *Collino u. Chiappero/Telecom Italia SpA*, Slg. 2000, I-6659 ff.

⁶⁴ *Ibid.*, Rdnr. 37 ff.

⁶⁵ *Bossaert/Demmke/Nomden/Polet*, (Fn. 12), S. 38.

Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich würden sich damit u.U. gerade im Hinblick auf die Interpretation des EuGH in dieser Hinsicht widersprechen.

Über die mögliche, den Mitgliedstaaten überlassene Umgehung des Schutzbereiches der Richtlinie hinaus würde diese Unterscheidung aber auch zu einer Gefährdung anderer gemeinschaftsrechtlicher Ziele führen. Ehemals staatliche Unternehmen könnten nämlich im Vergleich zu anderen privaten Unternehmen durch eine Privatisierung erhebliche Wettbewerbsvorteile erlangen, wenn sie im Gegensatz zu Betriebsübergängen innerhalb der Privatwirtschaft ihren Beschäftigten nicht oder nur teilweise das durch die Richtlinie garantierte Schutzniveau gewähren müssten.

Dabei würden auch die Unterschiede innerhalb der Gemeinschaft zu Tage treten, wenn innerhalb Deutschlands immerhin eine Mehrheit von Beschäftigten des Unternehmens in den Schutzbereich der Richtlinie fielen, in Frankreich hingegen nahezu das gesamte Unternehmen ohne Rücksicht auf die Richtlinie privatisiert werden könnte, obwohl es sich um die gleiche Konstellation handeln würde.

Die Tragweite dieser Konsequenzen wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen hält, dass die Unterscheidung nicht nur die Fälle von Privatisierungen betrifft, sondern auch den umgekehrten Fall des Erwerbs eines privatwirtschaftlichen Unternehmens durch die öffentliche Hand, auf den die Richtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls anzuwenden ist.⁶⁶ Da die Richtlinie danach nur auf die Arbeitnehmer anzuwenden ist, die sowohl auf Seiten des Veräußerers wie auch des Erwerbers als solche definiert werden, würden konsequenterweise plötzlich Arbeitnehmer nur deswegen nicht mehr in den Schutzbereich der Richtlinie fallen, da sie durch den Betriebsübergang in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis beamtenrechtlicher Natur wechseln.⁶⁷

Diese Entwicklung ist bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 98/50, die erstmalig das Kriterium der nationalen Arbeitnehmerdefinition des EuGH übernommen hatte, kritisiert worden⁶⁸ und diese Kritik ist auch in jüngerer Zeit aufrecht erhalten worden⁶⁹.

Die einer nationalen Definition des Arbeitnehmerbegriffs inhärenten, geschilderten Rechtsprobleme sind tatsächlich erst mit der Rechtssache *Collino* offen zutage getreten. Erst in diesem Urteil war der Begriff des Arbeitnehmers als solcher entscheidungserheblich, ebenso wie in dem EFTA-Urteil, in dem es um den vergleichbaren Sachverhalt der Privatisierung der isländischen Post ging.

⁶⁶ S. EuGH, Rs. C-175/99, *Didier Mayeur/APIM*, Slg. 2000, I-7755.

⁶⁷ A.A. in genereller Umkehrschlussfolgerung GA *Alber*, (Fn. 33), S. 230.

⁶⁸ *Willemsen/Annufß*, Neue Betriebsübergangsrichtlinie – Anpassungsbedarf im deutschen Recht?, NJW 1999, S. 2073, 2075.

⁶⁹ *Friedrich*, (Fn. 55), S. 441 ff.

Dabei wird dem EuGH zwar einerseits zugestanden, in der Rechtssache *Danmols Inventar* zu Recht den nationalen Arbeitnehmerbegriff angewendet zu haben, andererseits aber fälschlicherweise diese Festlegung auch in der Rechtssache *Collino* übernommen zu haben.⁷⁰ In *Danmols Inventar* wurde der nationale Arbeitnehmerbegriff benötigt, um unterscheiden zu können, ob der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit eher als Arbeitnehmer oder als Arbeitgeber einzuordnen war. In *Collino* dagegen ging es erstmalig darum, ob ein Beamter als Arbeitnehmer im Sinne der Richtlinie anzusehen ist.

Zwar verblieb dem EuGH aufgrund des nunmehr genauen Wortlauts der Richtlinie, der ausschließlich auf die nationale Definition abstellt, kaum Spielraum von einer vom Gesetzgeber so deutlich getroffenen Festlegung abzuweichen. Allerdings ist dem Gerichtshof vorzuhalten, dass er den Widerspruch zwischen dem Zweck der Richtlinie sowie grundsätzlichen gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen und einer undifferenzierenden, ausschließlichen Anwendung des nationalen Arbeitnehmerbegriffs hätte erkennen und eine sach- und fallgerechte Anwendung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs zumindest im Kern hätte befürworten müssen, um diesen inneren Widerspruch zu vermeiden.

Gerade bei Privatisierungen ist das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers besonders groß, verliert doch der Betroffene den Staat als einen den sicheren Arbeitsplatz garantierenden Arbeitgeber. Dies gilt um so mehr für die Beamten, die zudem noch ihre beamtenrechtliche Stellung verbunden mit ihren Privilegien und Alimentations- und Fürsorgegarantien aufgeben müssen. Diese negative Konsequenz ist auch im Hinblick auf die lediglich teilweise Harmonisierungsabsicht der Richtlinie nicht gerechtfertigt. Beamte, die nach nationalem Recht nicht als Arbeitnehmer definiert werden, genießen in den Mitgliedstaaten einen unterschiedlichen Schutz, der jedoch nicht dem der Arbeitnehmer entsprechen muss. Würden Beamte nunmehr durch die Richtlinie geschützt werden, so würde immer noch nicht ein einheitliches, vollständig harmonisiertes Schutzniveau in der Gemeinschaft entstehen, sondern nach wie vor nur der jeweilige nationale Arbeitnehmerstandard eingehalten werden, so dass eine Anwendbarkeit der Richtlinie auf Beamte über die beabsichtigte Teilharmonisierung nicht hinausgehen würde.

Im Gegensatz dazu führt die Beibehaltung des bisherigen Status quo gerade dazu, nicht einmal die durch die Richtlinie angestrebte Teilharmonisierung, sondern statt dessen eine unerwünschte, u.U. gemeinschaftsrechtswidrige Fragmentierung innerhalb der Mitgliedstaaten und auch innerhalb der gesamten Gemeinschaft zu erreichen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Richtlinie in sachlicher Hinsicht auch auf ein öffentlich-rechtlich organisiertes Unternehmen anzuwenden ist, sofern eine wirtschaftliche Einheit übertragen und mit gleicher Zielsetzung auf Seiten des

⁷⁰ Friedrich, (Fn. 55), S. 442.

Erwerbers fortgeführt wird. Dabei schließt der EuGH insbesondere aus dem englischen Wortlaut der Richtlinie („*legal transfer*“), dass die Art des Übergangs, also die Frage, ob im Bereich der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens ein Vertrag oder ein Gesetz die Rechtsgrundlage bildet, unerheblich ist.⁷¹

In persönlicher Hinsicht ist sie durch den Verweis auf die nationale Arbeitnehmerdefinition auf einen beschränkteren Teil des Öffentlichen Dienstes anwendbar, als dies im engeren Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit aufgrund einer vertraglich explizit vorgesehenen Ausnahmeregelung möglich wäre, und das obwohl die Richtlinie den breiten Bereich der Sozialpolitik betrifft.

Die fragmentierende Wirkung wird dabei umso deutlicher, wenn man sich bewusst macht, dass die Mitgliedstaaten aufgrund unterschiedlicher Strukturen der nationalen Verwaltungen einen variierenden Beamtenanteil im Öffentlichen Dienst zwischen 95 Prozent (Frankreich) bis hin zu 10 Prozent (Italien) haben. Hinzu kommt, dass die Anzahl der im Öffentlichen Dienst Beschäftigten insgesamt und damit deren Anteil an der arbeitenden Bevölkerung eines Landes entsprechend variiert (In Schweden sind ca. 35 Prozent aller Arbeitnehmer im Öffentlichen Sektor beschäftigt, in Frankreich ca. 25 Prozent, in Deutschland ca. 15 Prozent, Tendenz jedoch überall abnehmend).⁷²

b) Richtlinie 93/104/EG (Arbeitszeit)

Die Richtlinie 93/104/EG des Rates regelt bestimmte, näher definierte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung wie Mindestruhezeiten, Höchstarbeitszeiten, Jahresurlaub und Maßnahmen betreffend Nacht- und Schichtarbeit⁷³ und bezeichnet sich selbst in der Einleitung als „konkreten Beitrag zur Ausgestaltung der sozialen Dimension des Binnenmarktes“.

Sie steht im Zusammenhang mit anderen Richtlinien, die Mindestvorschriften innerhalb des Arbeitsumfelds zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer festlegen und ist an der Grundrichtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12. Juni 1989, auf die sich erstere ausdrücklich bezieht, orientiert.

Dies ist vorliegend besonders relevant, da die Richtlinie 93/104/EG keine eigene Definition des Arbeitnehmerbegriffs vornimmt, so dass die Definition der Richtlinie 89/391 zugrunde zu legen ist. Danach ist Arbeitnehmer grundsätzlich jede Person, die von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, wobei in beiden Richtlinien die Anwendbarkeit auf den privaten wie auch den öffentlichen Sektor festgelegt ist;

⁷¹ EuGH, Rs. C-343/98, *Collino/Chiappero/Telecom Italia SpA*, Slg. 2000, I-6659 ff., Rdnr. 34.

⁷² Quelle: Informationsdienst Soziale Indikatoren, ZUMA 1999, Der Öffentliche Dienst in Europa – ein schrumpfender Sektor?; Bossaert/Demmke/Nomden/Polet, (Fn. 12), S. 41 ff.

⁷³ RL 93/104/EG des Rates v. 23.11.1993, ABl. Nr. L 307 v. 13.12.1993, S. 18-24.

ausgenommen sind lediglich einzelne, abschließend aufgelistete Tätigkeitsbereiche. Da also nicht auf die jeweilige nationale Definition verwiesen wird, ist von einem gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff auszugehen, der grundsätzlich auch Beamte umfasst.

In letzter Zeit hat es zwei einander bestätigende Urteile in diesem Bereich gegeben, in denen festgelegt wurde, dass der Bereitschaftsdienst der Mediziner in öffentlichen Einrichtungen innerhalb der Räumlichkeiten ihrer Arbeitgeber unabhängig von der Möglichkeit eines zwischenzeitlichen Ausruhens und der tatsächlich geleisteten Arbeitstätigkeit als Arbeitszeit i.S.d. Richtlinie anzusehen sei, mit entsprechenden Auswirkungen auf die allgemeinen Höchstarbeitszeiten der Ärzte.⁷⁴

Die Richtlinie war in ihrer ursprünglichen Form ausdrücklich nicht auf die Bereiche Straßen-, Luft-, See- und Schienenverkehr, Binnenschifffahrt, Seefischerei und andere Tätigkeiten auf See sowie die Tätigkeiten von Ärzten in der Ausbildung anwendbar, obwohl seinerzeit weder der Kommissionsvorschlag zur Richtlinie⁷⁵ noch die Stellungnahme des Parlaments⁷⁶ einen Ausschluss bestimmter Sektoren und Tätigkeitsbereiche vorsahen.

Dies wurde jedoch durch die Richtlinie 2000/34 des Europäischen Parlaments und des Rates⁷⁷ geändert, wonach nunmehr lediglich Seeleute i.S.d. Definition der Richtlinie 1999/63/EG des Rates⁷⁸ zu der vom Verband der Reeder in der Europäischen Gemeinschaft⁷⁹ und dem Verband der Verkehrsgewerkschaften in der Europäischen Union⁸⁰ getroffenen Vereinbarung über die Arbeitszeit von Seeleuten aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sind.⁸¹ Im Übrigen ist sie auf den gesamten Öffentlichen Dienst anwendbar.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-303/98, *Simap*, Slg. 2000, I-7963 sowie EuGH, Rs. C-151/02, *Landeshauptstadt Kiel/Norbert Jaeger*, unter <http://www.curia.eu.int/> abrufbar.

⁷⁵ Vorschlag v. 20.9.1990, ABl. Nr. Nr. C 254 v. 9.10.1990, S. 4. Die Europäische Kommission hat allerdings im September 2004 einen Vorschlag für eine Richtlinie (SEC 2004) unterbreitet, in dem unter bestimmten Umständen der Begriff Bereitschaftsdienst nicht als Arbeitszeit angesehen werden kann.

⁷⁶ Stellungnahme v. 20.2.1991 (kein Mitentscheidungsverfahren, daher nicht bindend!).

⁷⁷ RL 2000/34 des EP und des Rates vom 22.6.2000, ABl. Nr. L 195 v. 1.8.2000, S. 41-45.

⁷⁸ RL 1999/63/EG des Rates v. 21.6.1999, ABl. Nr. L 167 v. 2.7.1999, S. 33-37, berichtigt durch ABl. Nr. L 244 v. 16.9.1999, S. 64.

⁷⁹ ECSA, *European Community Shipowners' Association*.

⁸⁰ FST, *Federation of Transport Workers' Unions in the European Union*.

⁸¹ RL 99/63/EG (Nr. L 167 v. 2.7.1999 S. 33, berichtigt durch ABl. Nr. L 244 v. 16.9.1999, S. 64): „(10) Diese Vereinbarung gilt für Seeleute auf allen seegehenden Schiffen, gleich ob in öffentlichem oder privatem Eigentum, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eingetragen sind und die gewöhnlich in der gewerblichen Seeschifffahrt verwendet werden.
EUROPÄISCHE VEREINBARUNG über die Regelung der Arbeitszeit von Seeleuten
Paragraph 1: 1. Diese Vereinbarung gilt für Seeleute auf allen Seeschiffen, gleich ob in öffentlichem oder privatem Eigentum, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eingetragen sind und die gewöhnlich in der gewerblichen Seeschifffahrt verwendet werden. Im Sinne dieser Vereinbarung gilt ein Schiff,

Auch die Richtlinie 89/391 EWG als Grundrichtlinie schränkt den Anwendungsbereich auf den Öffentlichen Dienst nur bezogen auf spezifische Tätigkeiten wie bei der Polizei, den Streitkräften und dem Katastrophenschutz ein, wobei jedoch weiterhin die Ziele der Richtlinie so weit wie möglich zu berücksichtigen sind. Grundsätzlich lässt sich jedoch festhalten, dass die Richtlinie auch auf Beamte anwendbar ist.

Allerdings sieht die Richtlinie 93/104/EG sowohl in ihrer ursprünglichen Form, als auch in der Form, die sie durch die Richtlinie 2000/34/EG erhalten hat, einen breiten Katalog an Ausnahmetatbeständen vor, die zu Abweichungen von einzelnen, gewichtigen Bestimmungen der Richtlinie berechtigen.

Im Einzelnen bestimmt Art. 17 der Richtlinie, dass Abweichungen für die Bereiche Offshore-Arbeitnehmer, Wachpersonal, Hausmeister, Krankenhaus-/Heim-/Gefängnisdienst einschließlich Ärzte in der Ausbildung, für die aber mit Übergangsfristen noch weitere Ausnahmen gelten, Hafen-/Flughafenpersonal, Medienproduktion, Post, Telekommunikation, Ambulanz-/Feuerwehr-/Katastrophenschutzdienst, Gas-/Wasser-/Stromversorgung, Hausmüllabfuhr, Verbrennungsanlagen, Industriezweige, in denen aus technischen Gründen der Arbeitsprozess nicht unterbrochen werden kann, Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten, Landwirtschaft, innerstädtischer Personenverkehr, bei vorhersehbarem übermäßigem Arbeitsanfall insbesondere in der Landwirtschaft, im Fremdenverkehr, im Postdienst oder allgemein bei unvorhersehbaren, außergewöhnlichen Umständen oder nach Tarifvertrag, u.U. auch bei Schichtarbeitern und Reinigungspersonal, zulässig sind.

Weiterhin sieht Art. 17 a vor, dass bestimmte Bereiche nicht für die neu geschaffene Kategorie der mobilen Arbeitnehmer gelten, welche als Mitglieder des fahrenden oder fliegenden Personals eines Personen- oder Güterbeförderungsunternehmens definiert werden.

Warum Art. 17 b zudem noch bestimmt, dass einzelne Bereiche nicht für Arbeitnehmer an Bord seegehender Fischereifahrzeuge gelten, obwohl diese sinngemäß unter die obige Definition von Seeleuten fallen und damit eigentlich bereits des-

das im Register von zwei Staaten eingetragen ist, als im Hoheitsgebiet des Staates eingetragen, dessen Flagge es führt.

2. Im Zweifelsfall hat die zuständige Stelle des jeweiligen Mitgliedstaats zu entscheiden, ob es sich um Seeschiffe oder in der gewerblichen Seeschifffahrt im Sinne dieser Vereinbarung eingesetzte Schiffe handelt. Die entsprechenden Verbände der Reeder, der Seeleute und der Fischer werden hierzu angehört.

Paragraph 2: Im Sinne dieser Vereinbarung

- a) bedeutet der Ausdruck „Arbeitszeit“ die Zeit, während der ein Seemann Arbeit für das Schiff verrichten muß;
- b) bedeutet der Ausdruck „Ruhezeit“ die Zeit außerhalb der Arbeitszeit; dieser Ausdruck schließt kurze Pausen nicht ein;
- c) bedeutet der Ausdruck „Seeleute“ alle Personen, die in irgendeiner Eigenschaft an Bord eines Seeschiffes, für das diese Vereinbarung gilt, beschäftigt oder angeheuert sind;“.

wegen vollständig aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie fallen müssten, ist nicht ersichtlich und kann zum jetzigen Zeitpunkt nur als ein Versehen interpretiert werden.

Sachlich ist die Richtlinie damit auf den gesamten Öffentlichen Dienst anwendbar, persönlich grundsätzlich lediglich nicht auf Seeleute, wobei jedoch der persönliche Anwendungsbereich faktisch durch zahlreiche Beschränkungen und Ausnahmeregelungen, die insbesondere Beschäftigte im Öffentlichen Dienst betreffen, weiter eingeschränkt wird.

Zwar scheint es gerechtfertigt, i.S.d. der Grundrichtlinie Ausnahmen von Arbeitszeitbedingungen für solche Beschäftigungen zu machen, die naturgemäß unter bestimmten Umständen von festgelegten Arbeitszeiten abweichen müssen, z.B. bei der Polizei. Ein derart breiter Ausnahmekatalog, wie ihn jedoch die Richtlinie 93/104 vorsieht, führt aber zu einer faktischen Umgehung der Richtlinie in zahlreichen Bereichen. So ist z.B. nicht ersichtlich, warum es gerechtfertigt sein soll, für Ärzte in der Ausbildung, anders als für Ärzte und sonstiges Krankenhauspersonal, über das für die Aufrechterhaltung des Krankenhausbetriebs notwendige Maß hinaus so weitreichende Ausnahmen zu machen.

c) Richtlinie 1999/70/EG (befristete Arbeitsverträge)

Die Richtlinie des Rates vom 28. Juni 1999 betrifft die Durchführung der 1999 zwischen mehreren allgemeinen branchenübergreifenden Organisationen (EGB, UNICE, CEEP⁸²) geschlossenen Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge.

Ihr Ziel ist es, die Mitgliedstaaten zum Schutz des Arbeitnehmers zu verpflichten, langjährige, aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse in unbefristete Arbeitsverträge umzuwandeln und damit einer häufig praktizierten Umgehung nationaler Schutzvorschriften ein Ende zu bereiten.

Sie sieht unter Ziffer 17 vor, „[...] wie andere im Sozialbereich erlassene Richtlinien, in denen ähnliche Begriffe vorkommen [...]“, dass bezüglich der nicht näher definierten Begriffe die jeweilige nationale Definition heranzuziehen sei „[...] vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der Rahmenvereinbarung.“

Die Rahmenvereinbarung bestimmt in Paragraph 2 als Anwendungsbereich befristet beschäftigte Arbeitnehmer mit einer jeweils nationalstaatlich entsprechenden Form eines Arbeitsvertrages, wobei in Paragraph 3 definiert wird, dass ein solcher jede Person mit einem unmittelbar zwischen Arbeitgeber und Arbeitneh-

⁸² Europäischer Gewerkschaftsbund, Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas, Europäischer Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft.

mer geschlossenen Arbeitsvertrag oder -verhältnis sei, dessen Ende bereits objektiv bestimmt ist.

Eine explizite Definition des Arbeitnehmerbegriffs wird daher weder durch den Richtlinienentwurf noch durch den Wortlaut der Rahmenvereinbarung gegeben, so dass sich die Frage stellt, wonach sich dieser richtet. Der Text der Richtlinie gibt lediglich vor, dass unbestimmte Rechtsbegriffe durch nationale Definitionen auszufüllen seien. Daher könnte man davon ausgehen, dass der Arbeitnehmerbegriff schlichtweg auch der nationalen Definition unterliege. Allerdings macht die Richtlinie selbst die Einschränkung, dass die jeweilige Definition inhaltlich der Rahmenvereinbarung entsprechen muss.

Wie am Beispiel der Betriebsübergangsrichtlinie gezeigt, kann eine ausschließliche Ausrichtung am nationalen Begriff des Arbeitnehmers im Falle von Beamten zu eindeutig kontraproduktiven Ergebnissen führen, so dass diese Ausrichtung dem Zweck der Richtlinie entgegenwirkt. Die Einschränkung in der Richtlinie zur Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge kann folglich in diesem Licht nur so ausgelegt werden, dass die nationale Definition des Arbeitnehmers nicht den Schutzzweck der Rahmenvereinbarung unterlaufen darf.

Obwohl die Richtlinie diesbezüglich keine explizite Regelung enthält, geht die Kommission dabei von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit der Richtlinie auf den Öffentlichen Dienst aus.⁸³ Des weiteren verweist sie implizit auf die Notwendigkeit der nationalen Definition des Arbeitnehmers⁸⁴, wobei die bisherigen Fälle, in denen in diesem Zusammenhang Anfragen an die Kommission gerichtet wurden, bisher noch in keinem Fall Beamte innerhalb des öffentlichen Sektors betrafen.

Auch aus dem Schutzzweck der Rahmenvereinbarung und dem Umkehrschluss aus der ausdrücklichen Herausnahme einzelner anderer Bereiche ergibt sich, dass die Richtlinie durchaus auf den Öffentlichen Dienst anwendbar ist, obwohl dieser gar nicht explizit erwähnt wird. Zudem vertritt einer der Partner der Rahmenvereinbarung, nämlich der europäische Gewerkschaftsbund, durch seine nationalen Mitglieder (z.B. DGB und ver.di) auch die Interessen nationaler Öffentlicher Dienste, so dass es auch aus diesem Grund unwahrscheinlich ist, dass die Akteure den öffentlichen Bereich ohne ausdrückliche Stellungnahme hierzu ausklammern wollten.

⁸³ Antworten von Kommissarin *Diamantopoulou* im Namen der Kommission auf die schriftliche Anfrage E-1505/02 von *Stavros Xarchakos* sowie E-1495/02 von *Konstantinos Hatzidakis* v. 29.5.2002 an die Kommission bzgl. der RL 1999/70, 27.6.2002 bzw. 3.7.2002, ABl. Nr. C 277 E v. 14.11.2002, S. 216, 220 f.

⁸⁴ Antwort von Kommissarin *Diamantopoulou* im Namen der Kommission auf die schriftliche Anfrage E-1495/02 von *Konstantinos Hatzidakis* v. 29.5.2002 an die Kommission bzgl. der RL 1999/70, s.o.

Auch die oben genannte Definition von befristeten Arbeitsverhältnissen steht dem nicht entgegen, da weder die Arbeitnehmer- noch die Arbeitgeberstellung eine staatliche Komponente ausschließen. Insbesondere gibt es auch im Öffentlichen Dienst befristete Arbeitsverhältnisse, selbst der Beamtenstatus kennt mit dem Konstrukt des Beamten auf Zeit bzw. auf Widerruf ein vergleichbares Instrument. Zwar unterliegen Beamte einerseits häufig eigenen Schutzbestimmungen, wie z.B. einer im Verhältnis zu privatwirtschaftlichen Beschäftigten erschwerten Kündigung etc. Zudem ist es weder durch die Richtlinie beabsichtigt, noch liegt es innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen, dergestalt in den nationalen Öffentlichen Dienst einzugreifen, dass bei Anwendung der Richtlinie befristet eingestellte Beamte unter den dort genannten Voraussetzungen stets in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit übernommen werden müssten. Andererseits stellt sich jedoch auch hier die Frage, inwieweit die Richtlinie eine dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassene Ungleichbehandlung von Beschäftigten im Öffentlichen Dienst innerhalb der Mitgliedstaaten und eine so weit reichende Divergenz innerhalb der Gemeinschaft beabsichtigen kann. In diesem Zusammenhang erscheint die Einschränkung im Richtlinien-text beachtlich, dass die nationale Definition nur „[...] vorausgesetzt, diese Definitionen entsprechen inhaltlich der Rahmenvereinbarung“ gilt. Über diese Einschränkung eröffnet sich die Möglichkeit, einzel-fallbezogen eine gemeinschaftsrechtliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs zuzulassen, wenn andernfalls der Schutzzweck der Richtlinie unterwandert werden würde.

Da jedoch bisher weder seitens der Kommission noch seitens des EuGH, der sich juristisch bisher nur mittelbar mit dieser Richtlinie beschäftigt hat, eine Festlegung erfolgt ist, bleibt beim jetzigen Stand der Dinge folgendes festzuhalten:

Die Richtlinie ist auch auf den Öffentlichen Dienst anwendbar.

Hinsichtlich des Arbeitnehmerbegriffs ist die jeweilige nationale Definition zugrunde zu legen. Danach fallen Beamte in einigen Mitgliedstaaten, z.B. Deutschland, aus dem Schutzbereich der Richtlinie heraus. Dies kann dem Zweck der Richtlinie entgegenlaufende Auswirkungen haben.

Ob dies dazu führt, dass auch auf den gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff zurückgegriffen werden kann, ist zum jetzigen Zeitpunkt offen.

d) Richtlinie 97/81/EG (Teilzeitarbeit)

Diese Richtlinie des Rates vom 15. Dezember 1997 betrifft die Durchführung der 1997 zwischen den gleichen branchenübergreifenden Organisationen (EGB, UNICE, CEEP) geschlossene Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, in der allgemeine Grundsätze und Mindestvorschriften für die Teilzeitarbeit niedergelegt sind. Sie bezeichnet sich in der Rahmenvereinbarung als Beitrag zur allgemeinen Beschäftigungsstrategie und wurde im Lichte der Sozialcharta von 1989 als Maß-

nahme zur Förderung von Beschäftigung, organisatorischer Flexibilität, Wettbewerb sowie der Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen erlassen.

Auch hier findet sich keine explizite Definition des Arbeitnehmerbegriffs, weder im Richtlinientext noch in der Rahmenvereinbarung. Zudem enthält die Richtlinie anders als Richtlinie 1999/70/EG auch keine allgemeine Bestimmung, dass hinsichtlich nicht näher definierter Begriffe die jeweilige nationale Definition heranzuziehen sei. Daher ist es hier völlig offen, welcher Arbeitnehmerbegriff zugrunde zu legen ist und inwieweit welche Gruppen von Beamten erfasst werden oder nicht.

Ebenso wenig ist klar, ob die Richtlinie auf den Öffentlichen Dienst Anwendung findet oder nicht. Diesbezüglich stehen einzelne Stellungnahmen aus, allerdings ist nicht ersichtlich, warum diese Richtlinie anders als andere Richtlinien im Sozialbereich ausgerechnet hier nicht gelten sollte. Demnach ist im Umkehrschluss von einer Anwendbarkeit auf den Öffentlichen Dienst auszugehen.

In einem vor dem EuGH verhandelten Fall einer deutschen Beamtin, der eine nationale Regelung bezüglich Altersteilzeit verwehrt wurde, entschied der Gerichtshof lediglich, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung Vorschriften über Arbeitsbedingungen im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EG aufstellten, so dass dahin stehen könne, ob die Richtlinie 97/81 in einem solchen Fall anwendbar sei.⁸⁵

e) Richtlinie 76/207/EWG (Gleichbehandlung)

In Art. 141 (Ex-Art. 119) EGV ist der Gleichbehandlungsgrundsatz niedergelegt, der in zahlreichen Richtlinien, u.a. der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen⁸⁶, konkretisiert worden ist. Diese Richtlinie wurde zuletzt durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates⁸⁷ geändert, mit der z.B. unmittelbare und mittelbare Diskriminierung und Sanktionen definiert wurden.

Zwar spricht die Richtlinie nur allgemein von Arbeitnehmern, ohne diesen Begriff näher zu definieren. Es ist aber davon auszugehen, dass der allgemeine gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff anzuwenden ist. Der Gleichheitsgrundsatz gilt dabei nach ständiger Rechtsprechung des EuGH auch für den gesamten Bereich des Öffentlichen Dienstes, sogar für den spezifisch staatlichen Bereich der

⁸⁵ EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke/Bundesanstalt für Arbeit*, Rdnr. 52, <http://www.curia.eu.int/>.

⁸⁶ RL 76/207/EWG des Rates v. 9.2.1976, ABl. Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40-42.

⁸⁷ RL 2002/73/EG des EP und des Rates v. 23.9.2002, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15-20.

Streitkräfte.⁸⁸ In der Rechtssache *Kreil*⁸⁹, in der es um das Ersuchen einer deutschen Frau ging, die entgegen den deutschen Vorschriften die Aufnahme als Soldatin in die Bundeswehr begehrte, wurden auch Berufssoldaten als Arbeitnehmer eingestuft.

Sowohl der primärrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung als auch seine sekundärrechtlichen Ausprägungen sind daher auf den gesamten Öffentlichen Dienst und alle Beamten anwendbar; Richtlinien in diesem Bereich haben eine unmittelbare, harmonisierende Auswirkung auf den Öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten. Bereichsausnahmen für bestimmte Beamte oder Tätigkeiten sind hier nicht möglich.

Darüber hinaus ist das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nach der Rechtsprechung des EuGH aufgrund seines zwingenden Charakters nicht nur für staatliche Stellen verbindlich, sondern erstreckt sich sowohl auf alle Tarifverträge als auch auf alle Verträge zwischen Privatpersonen. Dieses Verbot ist auch für das einseitige Handeln eines Arbeitgebers gegenüber seinem Personal verbindlich.⁹⁰

Dabei sieht die Richtlinie vor, dass speziell frauenfördernde Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten ergriffen werden dürfen, die sich u.U. sogar männerdiskriminierend auswirken dürfen. So entschied der EuGH in der Rechtssache *Lommers*⁹¹, dass es mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar sei, einem verheirateten Vater und Beamten in einem niederländischen Ministerium den Zugang zur betriebseigenen, subventionierten Kindertagesstätte mit der Begründung zu versagen, dass diese als frauenfördernde, anti-diskriminierende Maßnahme nur dem zahlenmäßig unterrepräsentierten, weiblichen Bediensteten des Ministeriums offen stehe. Der EuGH hob allerdings ausdrücklich hervor, dass im Falle eines alleinerziehenden Vaters die Entscheidung anders hätte ausfallen müssen. Andererseits entschied der EuGH in der Rechtssache *Mouflin*⁹², dass der Anspruch auf eine Beamtenpension im Falle des vorzeitigen Ruhestandes wegen Pflege eines kranken Ehepartners nicht nur für Frauen gelten dürfe, die ihre Männer pflegen wollten, sondern eben auch für den umgekehrten Fall, der hier zu entscheiden war und eine geschlechtsabhängige Unterscheidung diskriminierend sei.

Allerdings darf aus Gründen der öffentlichen Sicherheit u.U. eine Ungleichbehandlung erfolgen. Derartig begründete Entscheidungen der Mitgliedstaaten sind

⁸⁸ Z. B. EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-274, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-185/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 18.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-185/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 18.

⁹⁰ S. EuGH, Rs. C-320/01, *Wiebke Busch/Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Schlussanträge des GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 21.11.2002, Rdnr. 24. <http://www.curia.eu.int/>.

⁹¹ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers/Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, <http://www.curia.eu.int/>.

⁹² EuGH, Rs. C-206/00, *Henri Mouflin/Recteur de l'académie de Reims*, Slg. 2001, I-10201.

dennoch nicht allgemein vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen und müssen einzeln geprüft werden. In der Rechtssache *Sirdar*⁹³ urteilte der EuGH, dass der Ausschluss von Frauen vom Dienst in speziellen Kampfeinheiten aufgrund der Art und der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeiten gerechtfertigt sei.

In diesem Sinne hat der Gerichtshof in anderen Fällen festgestellt, dass das Geschlecht für z.B. Aufseherposten in Gefängnissen⁹⁴ oder für bestimmte Tätigkeiten wie die der Polizei bei schweren inneren Unruhen⁹⁵ eine unabdingbare Voraussetzung darstellen kann und es deswegen mit dem Gemeinschaftsrecht zu vereinbaren ist, Frauen eine Einstellung zu verwehren.

Es bleibt festzuhalten, dass diese Richtlinie aufgrund klarer Definitionen und einheitlicher Rechtsprechung die direkteste und eindeutigste Auswirkung auf den gesamten Öffentlichen Dienst hat.

f) Richtlinie 96/34/EG (Elternurlaub)

Auch bei dieser Richtlinie des Rates vom 3. Juni 1996 geht es um die Durchführung einer zwischen den o.g. Parteien geschlossenen Rahmenvereinbarung, diesmal bezüglich Elternurlaubs aus dem Jahre 1995.

Sie ist ebenfalls ein Ausfluss des Abkommens über die Sozialpolitik, wonach die Sozialpartner gemeinsam die Durchführung der auf Gemeinschaftsebene geschlossenen Vereinbarungen durch eine Entscheidung des Rates auf Vorschlag der Kommission beantragen können, und dient der Vereinbarkeit von beruflichen und familiären Verpflichtungen auf Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerseite sowie der Förderung der Chancengleichheit hinsichtlich der beruflichen wie familiären Arbeitsaufteilung zwischen Männern und Frauen und allgemeiner Flexibilität auf dem Arbeitsmarkt.

Danach gilt die Richtlinie, die Mindeststandards für diese Form des Urlaubs festlegt, entsprechend dem Wortlaut der Rahmenvereinbarung für alle Arbeitnehmer, die nach den Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat über einen Arbeitsvertrag verfügen oder in einem Arbeitsverhältnis stehen.

Damit nimmt die Richtlinie eine eigenständige Definition des Arbeitnehmerbegriffs vor, ohne auf die jeweilige nationale Definition zu verweisen oder die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Definition des EuGH wortwörtlich zu überneh-

⁹³ EuGH, Rs. C-273/97, *Angela Maria Sirdar/The Army Board und Secretary of State for Defence*, Slg. 1999, I-7403.

⁹⁴ EuGH, Rs. 318/86, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1988, 3559, Rdnr. 11 ff.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-222/84, *Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 37.

men. Zwar handelt es sich hier auch um einen gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, er ist jedoch nicht allgemein gehalten, sondern entspricht dem Anwendungsbereich dieser konkreten Richtlinie.

Die Anwendbarkeit auf den Öffentlichen Dienst ist zwar nicht ausdrücklich festgelegt. Allerdings ergibt sich auch hier, dass ein Ausschluss nicht ersichtlich ist. Auch der EuGH scheint grundsätzlich davon auszugehen, dass die Richtlinie auf den Öffentlichen Dienst anwendbar ist.⁹⁶

g) Verordnung 1408/71/EWG (Systeme der sozialen Sicherheit)

Diese Verordnung des Rates vom 14. Juni 1971⁹⁷ betrifft die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

Sie bestimmt in Art. 1, dass Arbeitnehmer i.S.d. Verordnung jede Person ist,

„i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V (nationale Einschränkungen);

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

– wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder

– wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;“

⁹⁶ S. EuGH, Rs. C-320/01, *Wiebke Busch/Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG*, Schlussanträge des GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 21.11.2002, Rdnrn. 19-22, <http://www.curia.eu.int/>.

⁹⁷ Mehrfach geändert, zuerst durch VO 2864/72, ABl. Nr. L 82 v. 27.3.1980, S. 49 zuletzt Vorschlag für eine VO, KOM(2003) 468, zu Änderung der VO 1408/71; u.a. wurde der Anwendungsbereich im Laufe der Jahre auf Selbständige (VO 1390/81/EWG, ABl. Nr. L 143 v. 29.5.1981, S. 1), Sondersysteme der Beamten (VO 1606/98/EG, ABl. Nr. L 209 v. 25.7.1998, S. 1) und Studenten (307/99/EG, ABl. Nr. L 38 v. 12.2.1999, S. 1) ausgeweitet.

Die Verordnung umfasst alle Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit, Leistungen bei Krankheit, Invalidität, Mutterschaft, Alter, Arbeitsunfällen, Berufskrankheiten, Arbeitslosigkeit, Tod sowie sonstige Familien- und Hinterbliebenenleistungen unabhängig davon, ob es sich um allgemeine oder besondere, beitragsfreie oder beitragspflichtige, freiwillige oder gesetzliche Systeme handelt. Ausgenommen sind nunmehr nur noch Sozialhilfe und Kriegsopferversorgung.

Hinsichtlich des persönlichen Geltungsbereichs bestimmt Art. 2 Abs. 3 VO 1408/71/EWG, dass diese Verordnung auch für Beamte und Gleichgestellte gilt, insoweit für sie die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gelten oder galten, auf welche diese Verordnung anzuwenden ist.

Hinsichtlich des sachlichen Anwendungsbereichs sah Art. 4 Abs. 4 in seiner ursprünglichen Fassung vor, dass diese Verordnung nicht auf die Sondersysteme für Beamte anzuwenden sei. Dabei interpretierte der EuGH in der Sache *Vougioukas* diese Vorschrift so, dass nicht nur Beamte i.S.d. Ausnahmeregelung des 39 Abs. 4 (Ex-Art. 48 Abs. 4) EGV darunter fielen, sondern dass der gesamte Bereich der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich der Sondersysteme aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sei.⁹⁸ Der Gerichtshof bestimmte, dass ein Sondersystem bereits jedes System der sozialen Sicherheit sei, dass sich von dem allgemeinen, auf die Arbeitnehmer anwendbaren, System der sozialen Sicherheit unterscheide und für alle Beamten oder für bestimmte Beamtengruppen unmittelbar gelte oder auf ein in diesem Mitgliedstaat bereits bestehendes System der sozialen Sicherheit für Beamte verweise, ohne dass dabei andere Gesichtspunkte zu berücksichtigen wären.⁹⁹

Als Folge dieser Rechtsprechung erließ der Rat daraufhin am 29. Juni 1998 die Verordnung 1606/98, mit welcher der Anwendungsbereich auf die Sondersysteme der Beamten und ihnen gleichgestellten Personen ausgedehnt wurde.

Explizit bestimmt diese Verordnung, dass, vorbehaltlich besonderer Bestimmungen der vorliegenden Verordnung, Mitglieder von Sondersystemen für Beamte und ihnen gleichgestellte Personen als Arbeitnehmer zu behandeln sind, auch wenn es für den Begriff „Beamter“ keine gemeinsame Definition gibt und erhebliche Unterschiede sowohl bei den Sozialversicherungssystemen für Beamte als auch im materiellen und persönlichen Bereich der Anwendung dieser Systeme bestehen.

Dabei sieht diese Verordnung eine weitestgehende Berücksichtigung der Besonderheiten bestimmter Rentensysteme für Beamte in einigen Mitgliedstaaten vor. Ebenso ist der mangelnden Koordinierung zwischen diesen Sondersystemen und dem allgemeinen System in einigen Mitgliedstaaten Sorge getragen worden. Gleichfalls ist die Existenz spezieller Koordinierungssysteme zwischen diesen

⁹⁸ EuGH, Rs. C-443/93, *Ioannis Vougioukas/IKA*, Slg. 1995, I-4033.

⁹⁹ Ibid.

Systemen in anderen Mitgliedstaaten zu beachten. Dadurch soll den Beamten die gleiche Behandlung wie unter dem allgemeinen gesetzlichen Rentensystem in diesen Mitgliedstaaten gewährleistet werden.

Der EuGH hat die grundsätzliche Anwendbarkeit der geänderten Verordnung auf den Öffentlichen Dienst und auch auf Beamte in der Sache *Niemi*¹⁰⁰ bestätigt. Dabei handelte es sich um einen Streit zwischen einer finnischen Beamtin bei den Streitkräften und der für sie zuständigen Rentenkasse hinsichtlich der Auslegung der Vorschriften über die Altersversorgung der Staatsbediensteten in Bezug auf unterschiedliche Pensionsaltersgrenzen für Männer (50-55) und Frauen (60). Daher war hier auch die Anwendung des bereits angesprochenen allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes und des Diskriminierungsverbots von Bedeutung. Nach Auffassung des EuGH sind Beamtenpensionssysteme als ein gesetzliches System der sozialen Sicherheit anzusehen, die eine der in der Verordnung aufgelisteten Leistungsarten betreffen, und zwar die Leistungen bei Alter.¹⁰¹ Die Verordnung ist daher auf den gesamten Bereich des Öffentlichen Dienstes anwendbar.

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit: Richtlinie 89/48/EWG (Anerkennung von Diplomen)

Die Richtlinie 89/48/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 über die Anerkennung von Hochschuldiplomen regelt die gegenseitige Anerkennung von Hochschuldiplomen, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen. Sie wurde erlassen, um potentielle Hindernisse für den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr zu beseitigen.

In jüngster Zeit hat sich der EuGH mit der Anwendbarkeit dieser Richtlinie auf den Öffentlichen Dienst und insbesondere auf die nach nationalem Recht als Beamtenstellen qualifizierten Berufe in der Rechtssache *Burbaud*¹⁰² beschäftigt.

Dieses Urteil betrifft sowohl die Auslegung der Art. 39 (Ex-Art. 48) EGV als auch der Richtlinie 89/48/EWG und hatte folgenden Fall zum Gegenstand:

Das französische Recht sah vor, dass zur Ernennung eines Beamten auf Lebenszeit in der öffentlichen Krankenhausverwaltung das Bestehen eines Exams im Anschluss an eine Ausbildung an der *École nationale de la santé publique* im Sinne eines Auswahlverfahrens notwendig war.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-351/00, *Niemi*, Slg. 2002, I-7007, Rdnrn. 10, 11, 45.

¹⁰¹ S. EuGH, Rs. C-206/00, *Henri Mouflin/Recteur de l'académie de Reims*, Schlussanträge des GA Alber v. 15.5.2001, Slg. 2001, I-10201, Rdnr. 61.

¹⁰² EuGH, Rs. C-285/01, *Burbaud/Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, unter <http://www.curia.eu.int/> abrufbar.

Die Klägerin hatte als ehemals portugiesische Staatsangehörige eine vergleichbare Ausbildung in Portugal absolviert und war in dieser Qualifikation als verbeamtete Krankenhausverwalterin im portugiesischen Öffentlichen Dienst beschäftigt gewesen. Nunmehr begehrte sie als französische Staatsangehörige die Aufnahme als verbeamtete Krankenhausverwalterin in den *Corps des directeurs d'hôpitaux de la fonction publique*, was ihr jedoch durch das Ministère de l'Emploi et de la Solidarité unter Verweis auf die obige Vorschrift verwehrt wurde.

Der EuGH entschied, dass beide Ausbildungen als Diplome i.S.d. Richtlinie anzusehen waren und dass bei entsprechender Vergleichbarkeit, über die wiederum die nationalen Gerichte zu befinden hätten, eine Ablehnung der Einstellung gegen das Gemeinschaftsrecht, und zwar sowohl gegen die Richtlinie selbst als auch gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoße.

Im Einzelnen widersprach der EuGH der Auffassung der französischen Regierung, Beamtenstellen im Öffentlichen Höheren Dienst seien nicht als Beruf i.S.d. Richtlinie zu verstehen und wiederholte, dass der Begriff „Beruf“ gemeinschaftsrechtlich auszulegen sei.¹⁰³ Zudem falle eine solche Stelle wie im vorliegenden Fall nicht unter die Ausnahmeregelung des Art. 39 Abs. 4 EGV und sei auch nicht durch eine spezielle Einzelrichtlinie geregelt.¹⁰⁴ Außerdem sei ein derart rigide nationale Regelung auch nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt.¹⁰⁵

Der EuGH bestätigte damit die Notwendigkeit, dass Bedingungen, welche an die Ausübung einer Grundfreiheit gekoppelt sind, nur unter engen Voraussetzungen und bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen zulässig sind und verneinte eine solche Konstellation vorliegend unter Anwendung des Ausnahmekatalogs, den er bereits in der Rechtssache *Gebhard*¹⁰⁶ festgelegt hatte.

Ausdrücklich wiederholte der EuGH seine bisherige Rechtsprechung¹⁰⁷, wonach die Richtlinie auch auf den Öffentlichen Dienst anzuwenden sei und stellte klar, dass es dabei unerheblich sei, ob eine fragliche Stelle als Beamtenstelle qualifiziert werde.¹⁰⁸

Der EuGH hat damit konsequent seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung der Arbeitnehmerfreizügigkeit unter Zugrundelegung des gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs, der hier richtliniengemäß durch eine entsprechende Defini-

¹⁰³ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 41 f.

¹⁰⁴ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 40.

¹⁰⁵ EuGH, *ibid.*, Rdnr. 104 ff.

¹⁰⁶ S. EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rdnr. 37.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-234/97, *Fernández de Bobadilla/Museo Nacional del Prado et.al.*, Slg. 1999, I-4773.

¹⁰⁸ EuGH, *Burbaud*, (Fn. 102), Rdnr. 41 f.

tion des Berufsbegriffs ersetzt wird, sowie der Anerkennung von Diplomen bestätigt.

Das Staatsangehörigkeitsprinzip des Öffentlichen Dienstes ist damit auch im Bereich der Anerkennung von Diplomen als Zugangsvoraussetzungen für leitende Positionen im Öffentlichen Dienst nur unter den o.g., eng auszulegenden Ausnahmetatbeständen des Art. 39 Abs. 4 EGV zulässig.

IV. Fazit

Es lässt sich zum einen feststellen, dass es innerhalb der Gemeinschaft nicht einen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff gibt, sondern mehrere, die sich je nach Ausrichtung des jeweiligen Rechtsinstruments definieren lassen. Dabei kann man grob zwischen zwei Arten unterscheiden:

Auf der einen Seite stehen variierende gemeinschaftsrechtliche Definitionen, die grundsätzlich auch den Öffentlichen Dienst umfassen und insofern auch alle diejenigen Beamten, die nicht vornehmlich mit hoheitlichen Aufgaben befasst sind. Dabei ist es beachtenswert, dass zumindest die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Definition im Hinblick auf diejenigen Beamten, die von ihr erfasst werden, im Laufe der Jahre immer weiter konkretisiert worden ist. Hingegen sind die übrigen Definitionen gemeinschaftsrechtlicher Natur und beanspruchen nur für die jeweilige Richtlinie Geltung.

Auf der anderen Seite gibt es sekundäres Gemeinschaftsrecht, das weder eine eigene Definition enthält noch auf die allgemeine gemeinschaftsrechtliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs zurückgreift, sondern dies statt dessen den unterschiedlichen nationalstaatlichen Definitionen überlässt, z.T. mit den anhand der Richtlinie 2001/23/EG (Betriebsübergang) dargelegten erheblichen Konsequenzen.

Darüber hinaus gelten für einzelne Richtlinien Beschränkungen für dort näher bezeichnete Gruppen von Arbeitnehmern, die zum Teil auch dem Öffentlichen Dienst zuzuordnen sind.

Daraus folgt, dass aus unterschiedlichen, nicht immer nachvollziehbaren Gründen Beamte je nach Arbeitnehmerdefinition in unterschiedlicher Form entweder vom Schutzbereich einer Richtlinie erfasst werden oder nicht. Dies führt zu einer uneinheitlichen Anwendung von arbeitnehmerschützenden Richtlinien und dabei sowohl zu uneinheitlichen Ergebnissen in den Mitgliedstaaten selbst als auch im Vergleich der Mitgliedstaaten untereinander. Dabei sind die Auswirkungen nicht immer so erheblich wie im Falle der Betriebsübergangsrichtlinie. Nichtsdestoweniger entstehen sachlich nicht gerechtfertigte mittelbare Ungleichbehandlungen und eine weitreichende Fragmentierung, die letztlich auch zu einer Rechtsun-

sicherheit bei der Umsetzung und Anwendung arbeitnehmerschützender Rechtsvorschriften führt.

Nun könnte man trotzdem pauschal davon ausgehen, dass der Beamtenstatus ja per se schon eine solche Besserstellung gegenüber nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Arbeitnehmern darstellt, so dass Beamte zu meist auch dann ein vergleichbares Schutzniveau genießen, wenn sie aus dem Anwendungsbereich bestimmter arbeitnehmerfreundlicher Richtlinien herausfallen. Dem sind jedoch zwei Argumente entgegenzuhalten.

Zum einen ist es in diesem Bereich, im Gegensatz zu dem Schutzniveau für die Arbeitnehmer, den Mitgliedstaaten vollständig selbst überlassen, welchen Schutz ein Beamter genießt. Wäre der Beamtenstatus in bestimmten Bereichen also unterhalb des Schutzniveaus, welches Arbeitnehmern garantiert ist, so wäre der Mitgliedstaat nicht gehalten, daran etwas zu ändern. Auch wenn die Organisation des Öffentlichen Dienstes den Mitgliedstaaten bewusst überlassen ist, so scheint es doch fraglich, ob eine solche Ungleichbehandlung, verbunden mit den oben erläuterten weitreichenden Folgen, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

Dies führt auch unmittelbar zu dem zweiten Problemkreis, nämlich der faktischen Angleichung des Privatsektors an den öffentlichen Sektor. Die herausragende Stellung, die Beamte innerhalb des Staatsgefüges einnehmen, würde faktisch nivelliert werden, wenn die ihnen zustehenden Privilegien implizit auch über das Gemeinschaftsrecht auf allgemeine Arbeitnehmer ausgedehnt werden würden. Unkündbarkeit und Lebensarbeitszeit als herausragende, privilegierende Charakteristika z.B. des deutschen Beamtentums würden nicht mehr weitestgehend befristeten Arbeitsverträgen in der Privatwirtschaft gegenüberstehen, sondern ebenfalls unbefristeten Arbeitsverträgen in konsequenter Anwendung der Richtlinie 1999/70/EG.

Zusammenfassend lässt sich also sagen, dass das Gemeinschaftsrecht sowohl mittelbar als auch unmittelbar, beabsichtigt und unbeabsichtigt, erhebliche Auswirkungen auf den Öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten hat.

Es bleibt abzuwarten, inwieweit es in Zukunft, sei es durch die Rechtsprechung des EuGH und/oder aufgrund einer sich verändernden Union infolge der Erweiterung, zu einer weiteren harmonisierenden oder eher fragmentierenden Wirkung auf den Öffentlichen Dienst kommt.

Jedenfalls dient es auch nicht der Rechtssicherheit, bei jedem Rechtsinstrument, das Arbeitnehmer betrifft, darauf warten zu müssen, dass sich der EuGH mit der Frage der jeweiligen Arbeitnehmerdefinition und damit des Anwendungsbereiches beschäftigt, obwohl es eine einschlägige gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerdefinition des EuGH bereits gibt.

Der Vertragsentwurf für eine europäische Verfassung sieht dessen ungeachtet bisher keine Änderungen in dieser Hinsicht vor. Nach wie vor ist der Öffentliche Dienst aus dem Bereich der EU-Kompetenzen herausgenommen, die Ausnahme-

vorschrift des Art. 39 Abs. 4 EGV bleibt erhalten. Diese gesamte Thematik ist daher einer der wenigen Bereiche, die seit den römischen Verträgen keine Veränderung erfahren haben.

Zur Lösung bzw. Vermeidung der geschilderten Probleme lassen sich abschließend drei mögliche Szenarien zeichnen:

Man könnte entweder den gesamten Bereich des Öffentlichen Dienstes aus dem Wirkungsbereich jener Richtlinien herausnehmen, die den Schutz der Arbeitnehmer bezwecken, um Ungleichheiten und Unklarheiten der bezeichneten Art zu vermeiden. Allerdings würde das vollständige Ausklammern einer solch großen Gruppe von Beschäftigten wohl weder den Interessen der Mitgliedstaaten gerecht werden noch allgemein mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere dem Gleichbehandlungsgrundsatz, vereinbar sein. Auch ein pauschales Ausklammern all derjenigen Beschäftigten im Öffentlichen Dienst, die nach nationalem Recht als Beamte definiert werden, wäre nach der Rechtsprechung des EuGH zum gemeinschaftsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff nicht möglich und würde die bestehende Fragmentierung und die Ungleichheiten nur verstärken.

Als Alternative käme zum Zwecke der Rechtsvereinheitlichung und zur Vermeidung der geschilderten Probleme nur eine Ausweitung der EU-Kompetenz auf den Öffentlichen Dienst mit dem Ziel, die nationalen Verwaltungen entgegen der bisherigen Tendenz nach gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einheitlich zu gestalten, in Betracht. Ein solches Vorgehen erscheint dabei aber weder prinzipiell erstrebenswert, vor allem aber nicht von den Mitgliedstaaten gewollt und zum gegenwärtigen Stand nicht realistisch.

Die dritte Möglichkeit, die an dieser Stelle von Verfasserseite propagiert werden soll, bestünde darin, für eine Rechtsvereinheitlichung des Arbeitnehmerbegriffs zu sorgen. Ziel ist dabei nicht eine Harmonisierung des Öffentlichen Dienstes aller Mitgliedstaaten, sondern lediglich die gleichförmige Anwendung arbeitnehmerschützender Richtlinien, unabhängig davon, ob sie allgemein eine harmonisierende oder teilharmonisierende Wirkung bezwecken. Statt einer Vielzahl von gemeinschaftsrechtlichen Definitionen sollte es daher nur eine geben, die derjenigen des EuGH seit der Rechtssache *Lawrie-Blum* entspricht. Diese sollte auch den Verweis auf die nationalen Definitionen ersetzen, denn nur so kann eine einheitliche, was nicht gleichbedeutend ist mit einer vereinheitlichenden, Anwendung des Gemeinschaftsrecht gewährleistet werden. Raum für etwaige notwendige Ausnahmetatbestände bestünde dabei trotzdem noch reichlich, ohne gleich eine Fragmentierung, wie sie vorliegend zu konstatieren ist, zu beinhalten.

V. Anhang

BRRG (in der Fassung vom 16. Februar 2002)

§ 4

(1) In das Beamtenverhältnis darf nur berufen werden, wer

1. Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes ist oder die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaften besitzt,
2. die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitliche demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt,
3. die für seine Laufbahn vorgeschriebene oder – mangels solcher Vorschriften – übliche Vorbildung besitzt (Laufbahnbewerber).

(2) Wenn die Aufgaben es erfordern, darf nur ein Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes in ein Beamtenverhältnis berufen werden (Artikel 48 Abs. 4 EWG-Vertrag).

(3) Ausnahmen von Absatz 1 Nr. 1 und Absatz 2 können nur zugelassen werden, wenn für die Gewinnung des Beamten ein dringendes dienstliches Bedürfnis besteht. Sollen Professoren oder Juniorprofessoren sowie wissenschaftliche und künstlerische Mitarbeiter in ein Beamtenverhältnis berufen werden, so können Ausnahmen auch aus anderen Gründen zugelassen werden.

(4) Durch Gesetz ist zu bestimmen, inwieweit von den Voraussetzungen des Absatzes 1 Nr. 3 bei solchen Bewerbern abgesehen werden kann, die die erforderliche Befähigung durch Lebens- und Berufserfahrung innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes erworben haben (andere Bewerber).

VI. Tabellarischer Vergleich

Richtlinie	2001/23/EG Betriebsübergang (Fn. 56 u. 60)	93/104/EG, geändert durch 2000/34/EG Arbeitszeit (Fn. 74)	1999/70/EG befristete Arbeitsverträge	76/207/EWG, geändert durch 2002/73/EG Gleichbehandlung (Fn. 88)	89/48/EWG Anerkennung von Diplomen (Fn. 101 u. 107)
Anwendbarkeit Öffentlicher Dienst	(+)	(+)	Keine Angaben, laut Kommission (+) (Fn. 83)	(+)	(+)
Arbeitnehmer- Begriff	National	AN = jede Person, die von einem AG be- schäftigt wird, ein- schließlich Prakti- kanten/Lehrlinge, außer Hausangestellte	Keine Definition; „unbestimmte Rechts- begriffe sind durch nationale Definitionen auszufüllen, sofern diese inhaltlich der der Richtlinie zugrunde liegenden Rahmenver- einbarung entsprechen“	keine ausdr. Defini- tion, Definition des EuGH: „jeder, der für einen anderen weisungsgebun- den Leistungen erbringt, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben und für die er im Gegenzug eine Vergütung erhält“ (Fn. 30)	Statt AN-Begriff „reglementierter Beruf“ = gemeinschaftsrecht- lich und unabhängig von Qualifikation der Stelle als Beamtenstelle zu definieren
Anwendbarkeit Beamte in BRD	(-)	(+)	Fraglich, ungeklärt	(+)	(+)
Ausgeschlossene Berufsgruppen	Alle, die nach nationaler Defi- nition keine AN sind (alle Beamte in D)	Seeleute i.S.d RL 99/63/EG (zudem erweiterter, detaillierter Berufs- gruppenkatalog, für den Abweichungen zulässig sind oder einzelne Bestim- mungen nicht gelten) RL 89/391: bestimmte spezifische, zwingend entgegenstehende Tätigkeiten im Öffentlichen Dienst (z.B. Polizei, Streitkräfte, Katastrophenschutz)	Ungeklärt, ob und inwieweit Beamte	(-) Der Gleichheitsgrundsatz kennt keine Ausnahme für einzelne Gruppen, lediglich Ausnahmen aus Gründen der Öffentlichen Sicherheit/ordre public sind erlaubt, z.B. wenn Stelle geschlechtsabhängig ist oder Frauenarbeit gefördert werden soll (Fn. 93 u. 91)	Beamte, die laut EuGH unter die Ausnahme des Art. 39 Abs. 4 EGV fallen oder einzelne Posten, die anhand der Gebhard-Kriterien, C-55/94 gerechtfertigt sind 1. Nichtdiskriminie- rung 2. Zwingende Gründe des Allgemein- interesses 3. Geeignetheit/Erfor- derlichkeit

Richtlinie	96/34/EG Elternurlaub (Fn. 96)	97/81/EG Teilzeitarbeit (Fn. 85)	Verordnung 1408/71/EG – mehrfach geändert, zuletzt KOM(2003) 468 Systeme der sozialen Sicherheit (Fn. 100)
Anwendbarkeit Öffentlicher Dienst	(+)	Keine Angabe, vermutlich (+)	(+)
Arbeitnehmer- Begriff	RL gilt für alle AN, die nach den Rechtsvor- schriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitglied- staat über einen Arbeits- vertrag verfügen oder in einem Arbeitsverhältnis stehen	Keine Definition	AN= jede Person, i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist, und zwar vorbehaltlich der Einschränkungen in Anhang V (nationale Einschränkungen); ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist, - wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer unterschieden werden kann oder - wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer errichteten Systems gegen ein anderes in Anhang V bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist; iii) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fall- enden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist, wenn sie früher im Rahmen eines für die Arbeitnehmer desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;
Anwendbarkeit Beamte in BRD	(+)	Fraglich, ungeklärt	(+), seit Erweiterung des Anwendungsbereichs durch VO 1606/98
Ausgeschlossene Berufsgruppen	(-)	Ungeklärt, ob und inwieweit Beamte	Nichtversicherte Beschäftigte

