SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS CARL OTTO LENZ vom 14. Februar 1989 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

A — Sachverhalt

1. In dem Vorabentscheidungsverfahren, zu dem ich heute Stellung nehme, hat das vorlegende Gericht einige Fragen zum Gemeinschaftsrecht aufgeworfen, die es für die Beurteilung der Beschäftigungsverhältnisse von Fremdsprachenlektoren an italienischen Universitäten für erforderlich erachtet.

2. Nach Artikel 28 des Dekretes Nr. 382/1980 des Präsidenten der Republik können die italienischen Universitäten Lektoren fremder Muttersprache aufgrund privatrechtlicher Verträge einstellen. Die genannten Verträge dürfen sich nicht über das Studienjahr, für das sie geschlossen wurden, hinaus erstrecken und können jährlich im Laufe von fünf Jahren verlängert werden.

3. Durch Rundschreiben des italienischen Unterrichtsministeriums wurden die Universitäten angewiesen, mit den Fremdsprachenlektoren keine Verträge über unselbständige Arbeit, sondern Verträge über die Erbringung einer geistigen Leistung, d. h. über selbständige Arbeit, zu schließen. Nach der auf diese Verträge anwendbaren Regelung obliegt es dem Leistungserbringer, von der Vergütung die für die spätere Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge notwendigen Beträge abzuziehen; im Falle der unselbständigen Arbeitsverhältnisse wird hingegen der Arbeitgeber mit einem großen Teil dieser Beiträge belastet.

4. Diese Verwaltungspraxis wurde inzwischen jedoch von der italienischen Gerichtsbarkeit beanstandet, die in den vorliegenden Verträgen Arbeitsverträge sah und die entsprechenden sozialrechtlichen Konsequenzen aus ihnen zog.

5. In seinem Vorabentscheidungsersuchen hat das vorlegende Gericht sinngemäß gefragt, ob eine Stelle als Fremdsprachenlektor an einer Universität unter die Ausnahmeregelung des Artikels 48 Absatz 4 EWG-Vertrag falle und, falls dies nicht zutreffe, die zeitliche Begrenzung des Arbeitsverhältnisses sowie die Festlegung der Gesamtbeschäftigungszeit auf fünf Jahre als eine von Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag verbotene Diskriminierung anzusehen sei, da den übrigen inländischen Arbeitnehmern im allgemeinen die Sicherheit des Arbeitsplatzes garantiert werde; darüber hinaus hat es die Frage aufgeworfen, ob der in den Verträgen mit den Fremdsprachenlektoren vorgesehene Ausschluß des Sozialversicherungsschutzes

* Originalsprache: Deutsch.

ebenfalls eine vom EWG-Vertrag verbotene Diskriminierung darstelle.

6. Hinsichtlich des Wortlauts der vorgelegten Fragen und der Erklärungen der beteiligten Parteien verweise ich auf den Sitzungsbericht.

B — Stellungnahme

Zur Arbeitnehmereigenschaft der Fremdsprachenlektoren

7. Bevor auf die erste Frage des vorlegenden Gerichts, ob die Ausnahmeregelung für die öffentliche Verwaltung im Sinne des Artikels 48 Absatz 4 die Anwendbarkeit des Artikels 48 Absatz 2 EWG-Vertrag ausschließt, eingegangen werden kann, ist zunächst zu erörtern, ob es sich bei den Fremdsprachenlektoren um Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 48 EWG-Vertrag handelt. Angesichts der innerstaatlichen Praxis, mit diesem Personenkreis Verträge über „selbständige Arbeit" abzuschließen und es diesen Personen zu überlassen, in eigener Verantwortung Vorkehrungen für ihre soziale Sicherheit zu treffen, könnten Zweifel an der Arbeitnehmereigenschaft bestehen.

8. Im Verfahren vor dem Gerichtshof wurde darauf hingewiesen, daß maßgebliche Instanzen der innerstaatlichen Gerichtsbarkeit die vom italienischen Unterrichtsministerium angeregte Vertragsgestaltung nicht hingenommen und den Fremdsprachenlektoren ihre Eigenschaft als Arbeitnehmer bestätigt haben. Auch das vorlegende Gericht scheint zu diesem Ergebnis zu neigen, da es Artikel 48 EWG-Vertrag (abgesehen von seiner Frage zu dessen Absatz 4) auf den betroffenen Personenkreis wohl für anwendbar hält.

9. Es ist in diesem Zusammenhang jedoch festzuhalten, daß der Begriff des „Arbeitnehmers" nicht durch Verweisung auf die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten definiert wird; er hat vielmehr eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung [1]. Da dieser Begriff den Anwendungsbereich der Freizügigkeit, eines der Grundprinzipien der Gemeinschaft, festlegt, ist er nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes weit auszulegen und anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, daß jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält [2].

10. Da dem Gerichtshof vorgetragen wurde, daß die Fremdsprachenlektoren ihren Unterricht unter der Aufsicht und nach der Weisung der jeweiligen Lehrstuhlinhaber erteilen, kann ich für den Zweck meiner Schlußanträge unterstellen, daß es sich bei den Fremdsprachenlektoren um Arbeitnehmer im Sinne des EWG-Vertrags handelt. Das vorlegende Gericht wird diese Frage jedoch in eigener Zuständigkeit prüfen und entscheiden müssen.

1 — Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81, D. M. Levin/Staatssecretaris van Justitie, Slg. 1982, 1035, 1049.

2 — Siehe das Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, Slg. 1986, 2139, 2144.

Zur Anwendbarkeit des Artikels 48 Absatz 4 EWG-Vertrag

11. Die beteiligten Parteien, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben — die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens, die italienische Regierung sowie die Kommission —, vertreten einhellig die Auffassung, daß die Ausnahmeklausel des Artikels 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, die die Geltung des Artikels 48 im Bereich der öffentlichen Verwaltung einschränkt, im vorliegenden Fall nicht eingreift.

12. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes [3] nimmt Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag diejenigen Stellen vom Anwendungsbereich der ersten drei Absätze dieses Artikels aus, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse *und* an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind. Die Beschäftigung auf derartigen Stellen setzt nämlich ein Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraus, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen. Ausgenommen von der Geltung des Artikels 48 Absätze 1 bis 3 sind somit nur die Stellen, die in Anbetracht der mit ihnen verbundenen Aufgaben und Verantwortlichkeiten die Merkmale der spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung auf den genannten Gebieten aufweisen können [4].

13. Alle diese Merkmale dürften im vorliegenden Fall nicht gegeben sein. Insbesondere kann die Erteilung von Sprachunterricht nicht zu den spezifischen Tätigkeiten hoheitlicher Verwaltung gerechnet werden, die die Einschränkung der Freizügigkeit rechtfertigen könnten. Darüber hinaus betrifft die hier strittige Sonderregelung gerade Personen, die in ihrer überwiegenden Anzahl nicht die italienische Staatsangehörigkeit besitzen [5]. Das angesprochene Verhältnis besonderer Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen, fehlen somit. Abschließend wird dies jedoch das vorlegende Gericht zu beurteilen haben.

Demgemäß haben wir nur zu prüfen, ob eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vorliegt.

Zum Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne von Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag

14. Bei Prüfung dieser Frage ist zunächst festzustellen, daß die hier strittige innerstaatliche Regelung nicht offen an das Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpft. Maßgeblich ist vielmehr die Muttersprache der Fremdsprachenlektoren, so daß auch italienische Staatsangehörige von der Regelung betroffen werden können.

15. Dennoch ist das Vorliegen einer Diskriminierung nicht grundsätzlich auszuschließen, da der Gleichbehandlungsgrundsatz des Vertrages nicht nur offensichtliche Dis-

3 — Siehe die Urteile vom 17. Dezember 1980 und vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 149/79, Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, 3900, sowie Slg. 1982, 1845; das Urteil vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85, a. a. O.; ähnlich das Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 225/85, Kommission/Italienische Republik, Slg. 1987, 2625.

4 — Urteil vom 3. Juli 1986, a. a. O., S. 2147.

5 — Siehe Sitzungsbericht III, 3.1.; ebenso der Vertreter der italienischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 1988.

kriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle mittelbaren oder versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen, verbietet[6].

16. In der mündlichen Verhandlung hat die italienische Regierung dargelegt, daß etwa 25 % der Fremdsprachenlektoren italienische Staatsangehörige seien, von denen allerdings ein Teil diese Staatsangehörigkeit erst nach ihrer Niederlassung in Italien — gewöhnlich durch Heirat — erworben hätte.

17. Da es sich somit bei mindestens 75 % der Lektoren fremder Muttersprache, wenn nicht gar bei noch mehr, um Angehörige anderer Staaten und somit auch um Angehörige anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (im folgenden „Gemeinschaftsbürger" genannt) handelt, kann festgestellt werden, daß die hier umstrittene innerstaatliche Regelung eine Ungleichbehandlung auch von Gemeinschaftsbürgern bewirkt. Diese Ungleichbehandlung ist, wie vom vorlegenden Gericht beschrieben, in drei verschiedenen Umständen zu sehen: in dem Abschluß eines auf höchstens *ein* Studienjahr befristeten Arbeitsvertrages, in der Festlegung einer Höchstdauer der zusammengerechneten Beschäftigungsverhältnisse sowie in der Verweigerung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, soweit diese noch praktiziert wird.

18. Es ist nun zu prüfen, ob sich diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigen läßt; dabei sind die beiden Regelungen der zeitlichen Befristung einerseits und die Verweigerung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung andererseits getrennt zu prüfen.

Zur zeitlichen Befristung der Verträge und zur Höchstdauer des Beschäftigungsverhältnisses

19. Mit Ausnahme der „Vertragsprofessoren", die aufgrund eines einjährigen, höchstens zweimal verlängerbaren Vertrages über eine selbständige Tätigkeit beschäftigt werden, wird das Lehr- und Forschungspersonal (Professoren, Assistenzprofessoren und Universitätsforscher) auf Dauerplanstellen beschäftigt, die nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens besetzt werden. Darüber hinaus gelten — so der Vertreter der italienischen Regierung in der mündlichen Verhandlung — nach dem allgemeinen italienischen Arbeitsrecht Arbeitsverträge als auf unbestimmte Zeit geschlossen.

20. Die hiervon abweichende Rechtsstellung der Fremdsprachenlektoren begründet die italienische Regierung einmal mit einem leichteren Zugang zu dieser Tätigkeit, da auf ein Auswahlverfahren verzichtet werde. Weiterhin müßten die Universitäten in der Lage sein, die Zahl der von ihnen beschäftigten Fremdsprachenlektoren den wechselnden Bedürfnissen der Studenten und den ihnen jährlich in unterschiedlicher Höhe zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln anzupassen. Darüber hinaus sei der italienische Staat daran interessiert, Fremdsprachenlektoren zu beschäftigen, die über aktuelle Kenntnisse ihrer Muttersprache verfügten.

6 — Siehe das Urteil vom 15. Oktober 1969 in der Rechtssache 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch-AG/Salvatore Ugliola, Slg. 1969, 363, 369; Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73, Giovanni Maria Sotgiu/Deutsche Bundespost, Slg. 1974, 153, 164.

Ganz grundsätzlich könne man dem italienischen Staat nicht das Recht bestreiten, die Struktur seiner Universitäten selbst zu bestimmen.

21. Da die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens nicht beantragt haben, irgendeiner Kategorie des sonstigen Universitätspersonals in Italien gleichgestellt oder gar ins Beamtenverhältnis übernommen zu werden, sondern sich lediglich gegen die zeitige Befristung ihrer Verträge wenden, halte ich es nicht für erforderlich, ihre Rechtsstellung mit der Rechtsstellung des sonstigen Universitätspersonals zu vergleichen oder auf die vom Vertreter der italienischen Regierung aufgeworfenen Fragen zum italienischen Beamtenrecht einzugehen. Es reicht aus, die allgemeine arbeitsrechtliche Lage in Italien heranzuziehen, die es gestattet, Arbeitsverträge auf unbestimmte Zeit auch ohne Auswahlverfahren abzuschließen.

22. Somit braucht auf die unterschiedlichen Einstellungsvoraussetzungen, insbesondere auf das Auswahlverfahren für Universitätsbedienstete, nicht eingegangen zu werden; im übrigen wäre auch kein Grund ersichtlich, weswegen die italienischen Behörden nicht auch Auswahlverfahren für Fremdsprachenlektoren durchführen könnten.

23. Wenn zur Begründung der zeitlichen Befristung und der Festsetzung einer Höchstdauer der Beschäftigung auf den wechselnden Personalbedarf der Fakultäten sowie deren Interesse hingewiesen wurde, über Fremdsprachenlektoren mit aktuellen Kenntnissen ihrer Muttersprache zu verfügen, so ist dies grundsätzlich als berechtigt anzuerkennen. Gleichwohl ist zu prüfen, ob die genannten Ziele nicht mit anderen Mitteln erreichbar wären, die die Fremdsprachenlektoren weniger diskriminieren.

24. Wie im Verfahren vor dem Gerichtshof unbestritten vorgetragen wurde, kann nach allgemeinem italienischem Arbeitsrecht ein Arbeitgeber auch bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen den Personalbestand seinen Bedürfnissen anpassen; er könnte somit Fremdsprachenlektoren, die auf unbefristete Zeit eingestellt werden, kündigen, wenn für die Beschäftigung kein Bedarf mehr bestünde. Ein sich wandelnder Bedarf an Fremdsprachenlektoren steht somit einem Abschluß eines unbefristeten Arbeitsvertrages nicht entgegen.

25. Dasselbe gilt für das Argument, die Knappheit der jährlich bewilligten Haushaltsmittel erlaube nicht den Abschluß unbefristeter Verträge. Es wurde nicht dargetan, ob oder weswegen der Abschluß unbefristeter — aber kündbarer — Verträge größere Kosten verursache als derjenige befristeter Verträge.

26. Auch das Interesse der italienischen Fakultäten daran, daß ihre Fremdsprachenlektoren über aktuelle Kenntnisse ihrer Muttersprache verfügen, ist durchaus als berechtigt anzusehen. Dennoch erscheint es fraglich, ob zur Erreichung dieses Zieles tatsächlich die Begrenzung der Gesamttätigkeit der Lektoren auf fünf Jahre gerechtfertigt ist. Angesichts der Reisemöglichkeiten und der Entwicklung der Kommunikationstechnolo-

gie hat ein Fremdsprachenlektor durchaus andere Mittel, um zu gewährleisten, daß er auch nach längerer Aufenthaltszeit in einem anderen Sprachgebiet weiterhin über aktuelle Kenntnisse seiner Muttersprache verfügt und darüber hinaus auch über Weiterentwicklungen seiner Muttersprache im Bilde ist, ohne daß eine entsprechende Weiterbildung auf Kosten des Arbeitgebers erfolgen müßte.

27. Zur regelmäßigen Überprüfung der Sprachkenntnisse des Fremdsprachenlektors wären die italienischen Fakultäten durchaus berechtigt. Sollten sich dessen Kenntnisse verschlechtern oder der Fortentwicklung seiner Muttersprache nicht gerecht werden, wäre in diesem Umstand durchaus ein Kündigungsgrund selbst bei einem auf unbefristete Zeit geschlossenen Arbeitsverhältnis zu sehen.

28. Es zeigt sich somit, daß der generelle Ausschluß einer Vertragserneuerung nach dem Ablauf von fünf Jahren nicht gerechtfertigt erscheint. Im übrigen gibt es eine italienische Verwaltungspraxis, nach der die Beschränkung der Tätigkeit der Fremdsprachenlektoren auf fünf Jahre nur jeweils für ein und dieselbe Universität gilt. Es ist also zulässig, daß die genannten Personen nach Ablauf der Fünfjahresfrist, wenn auch nach nochmaliger Prüfung ihrer Kenntnisse, erneut beschäftigt werden. Danach wird anscheinend dem Interesse an einer nicht mehr als fünf Jahre langen Trennung vom Heimatland nicht ganz die Bedeutung zugemessen, die ihm zukommen könnte.

29. Nach alledem scheinen einige der Ziele, die mit der hier strittigen Regelung erreicht werden sollen, dem Grundsatz nach gerechtfertigt, die eingesetzten Mittel hingegen nicht. Somit ist festzustellen, daß die geschilderte Ungleichbehandlung unzulässig und somit mit Artikel 48 Absatz 2 EWG-Vertrag nicht vereinbar ist.

30. Mit dieser Feststellung wird keineswegs bestritten, daß die Italienische Republik weiterhin über die Organisationsgewalt hinsichtlich der Universitäten verfügt. Dies ändert jedoch nichts an der Rechtslage, daß die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Organisationsgewalt sich im Rahmen der Bestimmungen des EWG-Vertrags zu halten haben.

Zur Nichtzahlung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung

31. Da oben festgestellt wurde, daß es sich bei den Lektoren fremder Muttersprache um Arbeitnehmer im Sinne des Artikels 48 EWG-Vertrag handelt, sind diese gemäß Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71[7] in der gleichen Weise zu behandeln wie die Staatsangehörigen des Staates, in dessen Gebiet sie wohnen. Eine ungleiche Behandlung würde der genannten Bestimmung widersprechen.

7 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, in der Fassung des Anhangs I zur Verordnung Nr. 2001/83 vom 2. Juli 1983, ABl. L 230, S. 6.

C — Schlußantrag

32. Im Ergebnis schlage ich dem Gerichtshof vor, die ihm von der Pretura unificata Venedig vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

„1) Die Tätigkeit als Fremdsprachenlektor an einer Universität ist nicht als Tätigkeit in der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag anzusehen.

2) Artikel 48 EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß ihm eine innerstaatliche Regelung entgegensteht, die die Höchstdauer eines Arbeitsverhältnisses auf fünf Jahre begrenzt, während den übrigen inländischen Arbeitnehmern des betreffenden Mitgliedstaats im allgemeinen die Stabilität der Beschäftigung garantiert wird.

3) Artikel 3 der Verordnung Nr. 1408/71 ist dahin auszulegen, daß ihm eine Verwaltungspraxis entgegensteht, die bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen mit Fremdsprachenlektoren ausdrücklich vorsieht, daß der Sozialversicherungsschutz ausgeschlossen wird."