wenn den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten alle Stellen für Krankenpfleger und Krankenschwestern in öffentlichen Krankenhäusern offenstehen und wenn sie im Falle ihrer Einstellung einer Regelung unterliegen, die abgesehen von der Möglichkeit des Zugangs zu Stellen in der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Artikels 48 Absatz 4 Vergünstigungen und Garantien enthält, die in allen Punkten denen entsprechen, die sich aus dem den Inländern vorbehaltenen Beamtenverhältnis ergeben.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS G. FEDERICO MANCINI

vom 15. April 1986 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Sie haben über eine Klage zu entscheiden, die die Kommission der Europäischen Gemeinschaften gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag gegen die Französische Republik erhoben hat. Dieser wird vorgeworfen, durch den Erlaß der Bestimmung, daß nur französische Staatsangehörige in Dauerplanstellen für Krankenpfleger und Krankenschwestern an öffentlichen Krankenhäusern eingewiesen und als Inhaber solcher Stellen zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden können, Artikel 48 EWG-Vertrag verletzt zu haben.

Fassen wir den Sachverhalt zusammen. Artikel L 809 des Code de la santé publique (Gesetz über das Gesundheitswesen), der Teil des Buchs IX mit der Überschrift „Statut général du personnel des établissements d'hospitalisation publics et de certains établissements à caractère social" („Allgemeines Statut des Personals der öffentlichen Krankenanstalten und bestimmter sozialer Einrichtungen") ist, bestimmt: „Nul ne peut être nommé à un emploi ...: 1) S'il ne possède la nationalité française ...". Diese Bestimmung stellt lediglich die Anwendung einer Voraussetzung auf den uns hier interessierenden Bereich dar, die schon in Artikel 16 des Allgemeinen Statuts des öffentlichen Dienstes (Ordonnance Nr. 59-244 vom 4. Februar 1959) aufgestellt war und nunmehr in Artikel 5 des Gesetzes Nr. 83-634 vom 13. Juli 1983 über die Rechte und Pflichten der öffentlichen Bediensteten enthalten ist.

Die Kommission war der Auffassung, daß diese Voraussetzung im Widerspruch zu Artikel 48 Absatz 1 stehe und nicht aufgrund des Ausnahmetatbestands des Absatzes 4 gerechtfertigt sei. Sie leitete deshalb mit Schreiben vom 1. Dezember 1982 das Verfahren zur Feststellung einer Vertragsverletzung ein. Nachdem sie von der französischen Regierung keine Antwort erhalten hatte, gab sie am 23. März 1984 die vorgeschriebene mit Gründen versehene Stellungnahme ab. Sie führte darin aus, die Französische Republik habe durch den Erlaß der Bestimmung, daß nur französische Staatsangehörige in Dauerplanstellen für Krankenpfleger und Krankenschwestern an öffentlichen Krankenanstalten und bestimmten so-

* Aus dem Italienischen übersetzt.

zialen Einrichtungen eingewiesen und als Inhaber solcher Stellen zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden können, gegen ihre Verpflichtungen aus den die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betreffenden Bestimmungen des EWG-Vertrags verstoßen.

Zweckmäßigerweise ist hinzuzufügen, daß die Bestimmungen über die Voraussetzungen für die Einweisung in Planstellen für Zahnärzte an öffentlichen Krankenhäusern und die Ernennung von Inhabern solcher Stellen zu Beamten auf Lebenszeit der Stellungnahme zufolge in gleicher Weise den Vertrag verletzten. Da die Französische Republik diese Bestimmungen jedoch in der Folgezeit durch das Dekret Nr. 84-131 vom 24. Februar 1984, von dem die Kommission — wie sie selbst einräumt — verspätet Kenntnis erlangt hat, geändert hat, ist der entsprechende Vorwurf nunmehr gegenstandslos.

Die französische Regierung beantwortete auch die mit Gründen versehene Stellungnahme nicht. Deshalb hat die Kommission am 18. Dezember 1984 ihr Zögern aufgegeben und gemäß Artikel 169 Absatz 2 EWG-Vertrag Klage vor dem Gerichtshof erhoben.

2. Ihre Aufgabe ist es, wie gesagt, festzustellen, ob die Stellen für Krankenpfleger und Krankenschwestern an öffentlichen Krankenhäusern unter Artikel 48 Absatz 4 fallen, wonach der Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer keine Anwendung auf die „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" findet. Ich möchte sogleich bemerken, daß das Problem nicht neu ist. Ähnliche Fälle haben Sie bereits durch die Urteile vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sotgiu/Deutsche Bundespost, Slg. 1974, 153), vom 17. Dezember 1980 (Zwischenurteil) und vom 26. Mai 1982 (Endurteil) in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Königreich Belgien, Slg. 1980, 3881, und Slg. 1982, 1845) entschieden. Kläger in dem erstgenannten Rechtsstreit war ein italienischer Arbeiter, der bereits bei der Deutschen Bundespost beschäftigt war und dem eine den deutschen Staatsangehörigen gezahlte Entschädigung verweigert wurde, da er Ausländer war. Gegenstand des zweiten Rechtsstreits waren dagegen an die Staatsangehörigkeit gebundene Stellenausschreibungen, die von belgischen öffentlichen Körperschaften oder Einrichtungen (der Stadt Brüssel, der Gemeinde Auderghem und den Eisenbahngesellschaften Société nationale des chemins de fer vicinaux und Société nationale des chemins de fer belges) veröffentlicht worden waren.

Darüber hinaus betraf eine der belgischen Stellenausschreibungen einen Posten — Krankenschwester in Kinderkrippen —, der mit demjenigen, um den es hier geht, praktisch identisch war. Der Gerichtshof wies das Vorbringen der Regierungen des Königreichs Belgien und der drei Staaten, die dem Rechtsstreit zur Unterstützung Belgiens beigetreten waren — Deutschland, Vereinigtes Königreich und Frankreich — zurück und entschied, daß der Posten nicht unter die genannte Bestimmung falle. Nun ist die französische Regierung in dem vorliegenden Verfahren auf ihre damaligen Argumente zurückgekommen und hat sie, ohne ihnen irgendeinen neuen Gedanken hinzuzufügen, Punkt für Punkt erneut vorgetragen. Sie hat uns sogar verschwiegen — und ich habe dies erst vor drei Tagen erfahren —, daß die umstrittene Bestimmung durch Artikel 133 des Gesetzes Nr. 86-33 vom 9. Januar 1986 (J. O. vom 11.1.1986, S. 547), also zwanzig Tage vor der mündlichen Verhandlung, aufgehoben worden ist. Unter diesen Umständen könnte ich meine Arbeit sogleich beenden, indem ich Sie ganz einfach auffordere, zu wiederholen, was Sie bereits 1982 entschieden haben.

Ich möchte jedoch lieber anders vorgehen, und zwar nicht nur, weil die Französische Republik Sie ersucht, Ihre Rechtsprechung zu ändern. Denn die Entscheidungen, auf

die ich hingewiesen habe, haben nicht nur harte Kritik seitens der Lehre hervorgerufen, sondern sie sind auch, was schwerer wiegt, von zahlreichen Regierungen nicht „übernommen" worden. Derartige Widerstände sind nicht erstaunlich, wenn man sich klarmacht, wie tief verwurzelt die Meinung ist, daß die Souveranität des Staates im öffentlichen Dienst ihren ungeschmälerten Ausdruck findet, und wie verbreitet in Zeiten großer Arbeitslosigkeit die Neigung ist, in diesem ein nützliches Reservoir von Arbeitsplätzen zu sehen. Sie bleiben jedoch beunruhigend, und es gilt, das Problem an den Hörnern zu packen, bevor sich Verfahren wie das vorliegende häufen. (Vor dem Gerichtshof sind außerdem die Rechtssachen 66/85, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, und 75/86, Kommission/Belgien anhängig.) Ich nutze deshalb die Gelegenheit, um unser Thema erneut aufzurollen, indem ich ihm, wie Montaigne es ausgedrückt hätte, „une poincte non pas le plus largement, mais le plus profondement que je sçay", gebe.

3. Wie schon in der Rechtssache 149/79 geht die französische Regierung von einer „organisatorischen" oder „institutionellen" Auslegung des Begriffes „öffentliche Verwaltung" in Artikel 48 Absatz 4 aus, die jedwede Beschäftigung unabhängig von der Art der mit ihr verbundenen Tätigkeit von der Anwendung des Grundsatzes der Freizügigkeit ausschließt. Sie stützt diese Auffassung auf sechs Argumente:

1) den Wortlaut der Bestimmung, die nur von „öffentlicher Verwaltung" spreche, also innerhalb dieser nicht zwischen verschiedenen Bereichen und verschiedenen Funktionen unterscheide;

2) eine Reihe von systematischen Gesichtspunkten, genauer:

   a) verschiedene Bestimmungen, insbesondere die Artikel 36, 37, 48 Absatz 3, 55, 122 und 223, bewiesen, daß die Verfasser des EWG-Vertrages die besondere Rolle der Staaten anerkannt hätten, indem sie diesen den Schutz und die Förderung des Gemeinwohls vorbehalten hätten;

   b) Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag verwende nicht den in Artikel 55 enthaltenen Begriff „mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden", habe also eine weitere Bedeutung;

   c) während Artikel 48 Absatz 3 (aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) „partielle" Ausnahmen vom Grundsatz der Freizügigkeit zulasse, enthalte Artikel 48 Absatz 4 eine „umfassende" Ausnahme;

3) Ihre Urteile zum Gleichheitssatz, wonach verschiedene Situationen verschieden zu behandeln seien. Die Situation des französischen Staatsbürgers unterscheide sich begriffsnotwendig von derjenigen der anderen Gemeinschaftsbürger, soweit es um seinen Anspruch gehe, dem Gemeinwesen, dem er angehöre, als Beamter zu dienen;

4) die Erfordernisse des Funktionierens der Verwaltung, deren Zweck es sei, dem Gemeinwohl zu dienen. Ihre Beschäftigten hätten somit eine Aufgabe zu erfüllen, die sich himmelweit von derjenigen der Arbeiter in der Privatwirtschaft unterscheide, da sie die Ausübung öffentlicher Gewalt umfasse und deshalb von demjenigen, der daran teilnehme, eine besondere Loyalität erfordere;

5) den Laufbahngrundsatz, nach dem alle Beamten die Möglichkeit haben müßten, in die höchsten Besoldungsgruppen aufzurücken. Da die Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten von den entsprechenden Dienstposten auf jeden Fall ausgeschlossen wären, würde ihre Gleichstellung mit den französischen Staatsbürgern im Ergebnis zu einer Verletzung

des Gleichheitssatzes zu ihren Ungunsten führen;

6) das in Artikel 48 verankerte Recht auf Arbeit: Frankreich verletzte diesen Grundsatz nicht dadurch, daß es den Gemeinschaftsbürgern keinen Zugang zu Dauerplanstellen gewähre, denn sie könnten die entsprechenden Posten nach den französischen Rechtsvorschriften auf vertraglicher Grundlage bekleiden.

Abschließend erklärt sich die französische Regierung bereit, im Rahmen der Arbeiten des Rates einen eventuellen Vorschlag für eine Definition des Begriffes „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" auf Gemeinschaftsebene zu prüfen. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sei diese Definition jedoch ihrer Überzeugung nach Sache der Mitgliedstaaten.

4. Wie bereits gesagt, stimmt das soeben dargelegte Verteidigungsvorbringen Punkt für Punkt mit dem Vorbringen in der Rechtssache 149/79 überein, das Sie in den betreffenden Urteilen zurückgewiesen haben. Ist dies nun Ausdruck der Treue zu einem jahrhundertealten geistigen Erbe oder — einfacher — der Schwierigkeit, vor dem Gerichtshof eine neue und überzeugendere Argumentation zu entwickeln? Ich überlasse Ihnen die Antwort auf diese Frage und wende mich der Prüfung des derzeitigen Standes der Rechtsprechung zum Ausschluß von der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung zu. Die Schwerpunkte dieser Rechtsprechung lassen sich wie folgt zusammenfassen: 1) Artikel 48 Absatz 4 ist eng auszulegen. 2) Der Begriff „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" ist ein Begriff des Gemeinschaftsrechts, der 3) funktionell auszulegen ist. 4) Entscheidend ist in jedem Fall, ob die umstrittene Tätigkeit „die Ausübung hoheitlicher Befugnisse und die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und der öffentlichen Körperschaften" umfaßt.

Die erste Feststellung entspricht einem in allen Entscheidungen zum Ausdruck kommenden Leitgedanken und braucht deshalb nicht vertieft zu werden. Ich stelle allerdings fest, daß sie in Ihrer Rechtsprechung verfeinert und immer strenger gefaßt worden ist. So haben Sie in der Rechtssache Sotgiu ausgeführt, daß wegen der „grundlegenden Bedeutung" der Grundsätze der Freizügigkeit und der Gleichbehandlung „die in Absatz 4 ... zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen [können], als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind" (Randnr. 4 der Entscheidungsgründe; entsprechend für Artikel 55 Absatz 1 das Urteil vom 21. Juni 1974 in der Rechtssache 2/74, Reyners, Slg. 1974, 631, Randnr. 43 der Entscheidungsgründe). Dieser Gedanke hat Sie jedoch lediglich veranlaßt, Ausländern einen allgemeinen Anspruch auf Zugang „zu gewissen Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung" zu verleihen (ibidem). Aus den Urteilen von 1980 und 1982 ergibt sich dagegen deutlich die Absicht, den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmung auf die Fälle zu beschränken, in denen die Anwendung des Grundsatzes der Freizügigkeit den Staat in unerträgliche Situationen bringen würde. Heute ist es also nicht mehr möglich zu bezweifeln — und daraus nicht die notwendigen Folgerungen im Bereich der Auslegung zu ziehen —, daß die Freiheit die Regel und die Bestimmung über die Beschäftigung im öffentlichen Dienst die Ausnahme ist.

Auch zum zweiten Punkt ist wenig zu sagen. Der Gerichtshof ist den Ausführungen des Generalanwalts Mayras in den hervorragenden Schlußanträgen in der Rechtssache Sotgiu gefolgt, der die Auffassung vertreten hatte, daß der in Absatz 4 verwandte Begriff „eine autonome gemeinschaftsrechtliche Auslegung erhalten muß, unabhängig von einzelstaatlichen Auslegungskriterien, die wechseln können und von der Auffassung abhängen, die jeder einzelne Staat von seinen Aufgaben und der Struktur der mit ih-

rer Durchführung betrauten Organe hat" (Slg. 1974, 167, 170). Demgemäß hat der Gerichtshof entschieden, a) daß der „Begriff der öffentlichen Verwaltung ... in der gesamten Gemeinschaft eine einheitliche Auslegung und Anwendung erfahren muß", b) daß seine „Abgrenzung ... nicht völlig in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt werden kann" und c) daß „verhindert werden [muß], daß die praktische Wirksamkeit und die Tragweite der Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit ... und über die Gleichbehandlung der Angehörigen aller Mitgliedstaaten durch Auslegungen des Begriffs der öffentlichen Verwaltung begrenzt werden, die allein aus dem nationalen Recht gewonnen werden und die Anwendung des Gemeinschaftsrechts vereiteln würden" (Urteil vom 17. Dezember 1980, Randnrn. 12, 18 und 19 der Entscheidungsgründe).

Dies sind meines Erachtens klare Aussagen. Der Gerichtshof hat, als er sie getroffen hat, gewiß nicht in Zweifel gezogen, daß die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung weiterhin dem Recht der einzelnen Staaten unterliegt. Er wollte lediglich sagen, daß bei der Ermittlung des Inhalts dieses Begriffs die Erfordernisse des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind. Denn wollte man zulassen, daß jeder Staat für sich diesen Inhalt bestimmt, so würde dies dazu führen, daß die den Staaten durch den Grundsatz der Freizügigkeit auferlegten Verpflichtungen eine von Staat zu Staat verschiedene Bedeutung hätten und der EWG-Vertrag so einen Großteil seiner praktischen Wirksamkeit einbüßen würde (in demselben Sinne vgl. zu Artikel 55 Absatz 1 das bereits erwähnte Urteil in der Rechtssache Reyners, Randnr. 50 der Entscheidungsgründe).

5. Kommen wir nun zu den Problemen, die sich aus den letzten beiden Punkten ergeben: das heißt zu dem wirklich grundlegenden Gegensatz zwischen einer „organisatorischen" und einer „funktionellen" Auslegung des streitigen Begriffs. In der Rechtssache 149/79 sprachen sich, wie wir wissen, Frankreich und mit ihm Belgien, die Bundesrepublik Deutschland und das Vereinigte Königreich für die erstgenannte Auslegung aus. Der Gerichtshof hat dagegen, indem er wiederum den Vorschlägen des Generalanwalts Mayras gefolgt ist, den gegenteiligen Standpunkt bezogen und entschieden, Artikel 48 Absatz 4 nehme „diejenigen Stellen" vom Anwendungsbereich der Freizügigkeit 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." Weiter hat er ausgeführt: „Die Beschäftigung auf derartigen Stellen setzt nämlich ein Verhältnis [der] Verbundenheit des jeweiligen Stelleninhabers zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten voraus, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen" (Urteil vom 17. Dezember 1980, Randnr. 10 der Entscheidungsgründe).

Das Kriterium, anhand dessen die fragliche Beschäftigung zu beurteilen ist, ist somit ein *inhaltliches*: Es stellt auf die „Funktionen" ab, die mit der Beschäftigung verbunden sind, und zwar in der Weise, daß nur solche Funktionen von der Freizügigkeit ausgenommen sind, die die Ausübung hoheitlicher Befugnisse umfassen *und* (nicht „oder": Beide Voraussetzungen müssen erfüllt sein) die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und der kleineren Gebietskörperschaften gerichtet sind. Meines Erachtens findet dieses Kriterium eine solide Stütze im EWG-Vertrag, insbesondere in Artikel 55, wo von „Tätigkeiten, die ... dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind", die Rede ist. Frankreich ist, wie wir gesehen haben, anderer Meinung: Es vertritt die Auffassung, daß gerade das Fehlen dieser Worte in Artikel 48 Absatz 4 für einen weitergehenden Inhalt der dort vorgesehenen

Ausnahme spreche. Dieses Argument steht jedoch auf schwachen Füßen. Wie die Kommission in der Rechtssache 149/79 ausgeführt hat, läßt sich der Unterschied im Wortlaut der beiden Vorschriften durch die Unterschiedlichkeit der ins Auge gefaßten Situationen erklären: Zum einen geht es um die abhängig Beschäftigten, die sich an einen anderen Ort begeben können, um Posten in der öffentlichen Verwaltung zu bekleiden, zu deren Wesen die Ausübung von Hoheitsgewalt gehört, zum anderen um die Selbständigen, die sich im Ausland niederlassen, um einen Beruf auszuüben, der notwendigerweise privat ist, wenn er auch möglicherweise die Ausübung hoheitlicher Befugnisse mit sich bringt.

Daß das funktionelle Kriterium anzuwenden ist, steht somit fest. Wie soll dies jedoch konkret geschehen? Das Problem ist von nicht geringer Bedeutung, und die Schwierigkeiten, auf die die bisherigen Lösungsversuche stoßen, verleihen dem französischen Vorschlag eines gesetzgeberischen Tätigwerdens zur „Durchführung" des Artikels 48 Absatz 4 eine gewisse Berechtigung. Dennoch stehe ich diesem Vorschlag sehr zurückhaltend gegenüber, und zwar ganz unabhängig von der Gefahr, daß er dazu benutzt werden könnte, das Recht auf Freizügigkeit einzuschränken und das dank der Rechtsprechung Erreichte zunichte zu machen. Die größere Gefahr des gewünschten Tätigwerdens ist eine andere: das „Einfrieren" eines Prozesses, der sich, da er eng mit dem Ziel der politischen Einheit zusammenhängt, dem die Integration der europäischen Staaten und Völker zustrebt, möglichst ungehindert entfalten können muß. Denn es ist klar, daß die Gewährleistung einer vollen Freizügigkeit die Beseitigung der Hindernisse bedeuten würde, die sich aus den unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten ergeben, und daß sie zur Schaffung einer Gemeinschaftsangehörigkeit führen würde, die nicht mehr, wie heute in Ihren Urteilen, bildlichen, sondern realen Charakter hätte.

In der Rechtsprechung des Gerichtshofes findet sich mehr als eine sinnvolle Antwort auf die Schwierigkeiten, auf die ich hingewiesen habe. Dies gilt in erster Linie für Inhalt und Grenzen der Prüfung, ob der umstrittene Posten unter den Ausnahmetatbestand fällt oder nicht. In der Rechtssache Sotgiu wurde zum Beispiel ausgeschlossen, daß bei dieser Prüfung auf Gesichtspunkte wie die Art des Rechtsverhältnisses zwischen der Verwaltung und den Bediensteten oder die Kategorie, zu der dieser gehört, abgestellt werden kann: Mangels einer Unterscheidung in der Bestimmung — so heißt es in Randnummer 5 der Entscheidungsgründe — ist es „ohne Bedeutung, ob ein Arbeitnehmer als Arbeiter, Angestellter oder Beamter beschäftigt wird, oder ob sein Beschäftigungsverhältnis öffentlichem oder privatem Recht unterliegt". (Anders — aber hier handelt es sich um ein *obiter dictum*, das ganz nach einem Versehen aussieht — das Urteil vom 8. Mai 1979 in der Rechtssache 129/78, Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, Amsterdam/Lohmann, Slg. 1979, 853, wo es heißt, daß die Bestimmung der Verordnung Nr. 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, die die Sondersysteme für Beamte und ihnen Gleichgestellte ausschließt, „die logische Folge aus Artikel 48 Absatz 1 des Vertrages" sei.)

Dasselbe kann jedoch von dem Begriff „Ausübung öffentlicher Gewalt" gesagt werden. Der Gerichtshof hat es vorgezogen — und dies ist vielleicht eine Entscheidung, die von den Befürchtungen diktiert wurde, auf die ich gerade angespielt habe — diesen Begriff nicht abstrakt zu bestimmen. Aus einer Reihe von Hinweisen und natürlich aus dem Tenor der Urteile vom 17. Dezember 1980 und vom 26. Mai 1982 ergibt sich jedoch, daß er sich die Definition dieses Begriffes durch Generalanwalt Mayras zu eigen macht, wonach die öffentliche Gewalt „der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium [entspringt und] für

denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit [beinhaltet], dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen" (Schlußanträge in der Rechtssache Reyners, Slg. 1974, 657, 665). Das Amt, das der umstrittenen Beschäftigung entspricht, ist also dem Angehörigen eines anderen Staates nicht schon dann verschlossen, wenn es unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt, indem es das Verhalten der Bürger beeinflußt. Es muß sich vielmehr „die Uniform anziehen" und sich, unbildlich gesprochen, in Willensakten äußern, mit denen in dem Sinne Zwang auf die Bürger ausgeübt wird, daß von ihnen Gehorsam gefordert oder, wenn sie nicht gehorchen wollen, erzwungen wird. Eine Liste dieser Ämter anzufertigen — die unter anderem die vom Gerichtshof aufgestellte zweite Voraussetzung (die Wahrung der allgemeinen Belange) berücksichtigen müßte — ist praktisch unmöglich; die ersten Beispiele, die uns in den Sinn kommen, sind gewiß die Posten, die mit der Polizeigewalt, der Landesverteidigung, der Rechtsprechung und der Steuererhebung zusammenhängen.

6. Viel mehr noch könnte zu diesem entscheidenden Thema bemerkt werden: Das in meinen Ausführungen Gesagte genügt jedoch schon, um den Eckstein aus dem Gebäude der französischen Verteidigung herauszubrechen. Es bleiben freilich die Argumente, die Frankreich aus der den Ausländern eingeräumten Möglichkeit, aufgrund von Arbeitsverträgen in die öffentliche Verwaltung einzutreten, und aus dem Laufbahngrundsatz herleitet. Auf das erste Argument lohnt es sich nicht weiter einzugehen, da es dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu deutlich widerspricht. Das zweite Argument macht einige weitere Hinweise auf Ihre Rechtsprechung erforderlich. Worin es besteht, haben wir schon gesehen. Sie bewirken — so hält die französische Regierung Ihnen vor —, daß ein Ausländer in eine Dauerplanstelle eingewiesen wird, deren Inhaber eine Anwartschaft auf eine Laufbahn hat, und lehnen es dann ab, ihn auf eine höhere Stelle zu befördern, weil diese mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden ist: Im Namen der Freizügigkeit und des Gleichheitssatzes schaffen Sie damit im Ergebnis eine Ungleichbehandlung. Ein solches Vorgehen bringe somit keinen Gewinn, und man tue daher besser daran, darauf zu verzichten.

Dieses Vorbringen ist zweifellos bestechend: Generalanwalt Mayras hat denn auch versucht, es in seine Auslegung einzubeziehen, indem er vorgeschlagen hat, den Vorbehalt für „von Beginn an gerechtfertigt" zu erklären, wenn „es sich um den Eintritt in eine Laufbahn handelt, die ... den Aufstieg in einen dienstlichen Rang umfaßt, der mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit verbunden ist" (Schlußanträge in der Rechtssache 149/79, Slg. 1980, 3906, 3917). Der Gerichtshof hat diesen Vorschlag jedoch nach einer eingehenden Untersuchung des Für und Wider der einander gegenüberstehenden Auslegungen zurückgewiesen. Gewiß besteht kein Zweifel daran, daß eine liberale Auslegung des Artikels 48 Absatz 4 die Grundlagen für eine Ungleichbehandlung im Bereich der Beförderungen auf bestimmte Stellen legt. Diese ist jedoch eher erträglich als das Ergebnis, zu dem die Auffassung des Generalanwalts und erst recht die der französischen Regierung führen würde: nämlich zu einer Einschränkung der Rechte der Gemeinschaftsbürger, „die über das hinausgeht, was zur Wahrung der Ziele erforderlich ist", die diese Vorschrift verfolgt (Urteil vom 17. Dezember 1980, Randnr. 22 der Entscheidungsgründe). Dazu ist zu sagen, daß bei der Schaffung dieser trotzdem unvermeidlichen Diskriminierungen die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten sind. Insbesondere gebietet es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, daß diese in den Grenzen gehalten werden, die sich aus dem Er-

fordernis der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates ergeben.

Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die Diskriminierungen, um die es hier geht, die einzig zulässigen sind. In der Rechtssache Sotgiu hat der Gerichtshof nämlich entschieden, daß die in Absatz 4 getroffene Ausnahmebestimmung nur beim Zugang zur Beschäftigung (und unter Zugang sind nach dem Urteil vom 17. Dezember 1980 auch die Beförderung und die Versetzung zu verstehen) eingreift. Sie kann somit gegenüber bereits eingestellten Bediensteten nicht zur Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Bereich der Entlohnung oder der sonstigen Arbeitsbedingungen herangezogen werden.

7. Abschließend noch zwei Worte zu den Dienstposten, die den Ausgangspunkt unseres Falles bilden. Belgien trug im Jahre 1980 vor und Frankreich macht jetzt erneut geltend, daß auch bei enger Auslegung der Ausnahmebestimmung die Krankenpfleger und Krankenschwestern darunter fielen, denn sie könnten Leistungen verordnen, deren Kosten vom Staat oder den Gebietskörperschaften zu tragen seien. Nun, ich bezweifle nicht, daß diesen Beschäftigten eine solche Befugnis zusteht, und ich bestreite (obwohl die Sache mir ein wenig merkwürdig vorkommt) auch nicht, daß diese „hoheitlich" im oben aufgezeigten Sinne ist. Soweit ich weiß, haben jedoch die Tätigkeiten, durch die diese Befugnis ausgeübt wird, gelegentlichen oder akzessorischen Charakter und können somit von den hauptsächlichen Tätigkeiten, die die Inhaber dieser Posten verrichten, unterschieden werden. Nur aus diesem Grunde die Staatsangehörigen der anderen Staaten von diesen Posten auszuschließen, stünde meines Erachtens im Widerspruch zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Krankenpfleger und Krankenschwestern in öffentlichen Krankenhäusern die gleichen Aufgaben haben wie ihre Kollegen in privaten Krankenanstalten und daß die Ausnahmebestimmung des Absatz 4 für diese nicht gilt. Sollen wir daraus herleiten, daß die Leitung einer Klinik, die von privater Hand in die öffentliche Hand übergegangen ist, verpflichtet ist, das gesamte nichtfranzösische Personal zu entlassen?

Im Ergebnis kann wohl nur ein extremer Anhänger von Hegel annehmen, daß Beschäftigungen der hier gegebenen Art Ausländern vorenthalten werden müssen. Wer jedoch nicht daran glaubt, daß der Staat „der Gang Gottes in der Welt" sei, muß zwangsläufig zum gegenteiligen Ergebnis kommen.

8. Aus allen diesen Erwägungen schlage ich Ihnen vor, der Klage der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 21. Dezember 1984 stattzugeben und festzustellen, daß die Französische Republik durch den Erlaß der Bestimmung, daß nur französische Staatsangehörige in Dauerplanstellen für Krankenpfleger und Krankenschwestern an öffentlichen Krankenhäusern eingewiesen und als Inhaber solcher Stellen zu Beamten auf Lebenszeit ernannt werden können, gegen ihre Verpflichtungen aus dem EWG-Vertrag verstoßen hat.

Die Kosten hat die Französische Republik, die mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, zu tragen.