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

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

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

Der Kanzler
A. Van Houtte

Der Präsident
R. Lecourt

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS HENRI MAYRAS VOM 5. DEZEMBER 1973 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

Einleitung

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

Allerdings begründet Absatz 4 dieses Artikels eine Ausnahme, wonach dessen Bestimmungen „keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung [finden]".

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

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

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

1 — Aus dem Französischen übersetzt.

Die Vergütung des Herrn Sotgiu umfaßt entsprechend dem Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost eine Trennungsentschädigung, die ursprünglich einheitlich 7,50 DM täglich betrug.

Durch ein Rundschreiben des Bundesinnenministeriums wurde vom 1. April 1965 an der Tagessatz der Trennungsentschädigung für diejenigen Arbeitnehmer, die an einem anderen Ort als ihrem bisherigen in der Bundesrepublik gelegenen Wohnort eingestellt worden waren, auf 10 DM angehoben.

Dagegen haben Arbeitnehmer mit Wohnsitz im Ausland weiterhin nur Anspruch auf Trennungsentschädigung in Höhe von 7,50 DM täglich. Dies gilt auch für Herrn Sotgiu, der in diesen unterschiedlichen Tagessätzen eine gegen Artikel 48 des Vertrages und gegen die Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer verstoßende Diskriminierung sieht und seinen Arbeitgeber verklagt hat. Nachdem er in erster und zweiter Instanz unterlegen war, hat der Kläger des Ausgangsverfahrens Revision beim Bundesarbeitsgericht eingelegt. Dieses stellt Ihnen zunächst die Frage, ob Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages dahin auszulegen ist, daß Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Ratsverordnung auf Wanderarbeitnehmer der Deutschen Bundespost keine Anwendung findet, die aufgrund eines privatrechtlichen Arbeitsvertrages tätig sind.

I — Der Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung im Sinne des Gemeinschaftsrechts

Wie aus den Gründen des Vorlagebeschlusses hervorgeht, stellt das deutsche Gericht zunächst fest, daß die Deutsche Bundespost ein dem öffentlichen Anstaltsrecht unterliegender Zweig der Bundesverwaltung ist und ihre Tätigkeit hoheitlichen Rechtscharakter hat — daß sie, mit anderen Worten, öffentliche Gewalt ausübt —; das Gericht ist dennoch der Auffassung, daß nur diejenigen Bediensteten dieser Verwaltung im Sinne des Artikels 48 Absatz 4 des Vertrages „in der öffentlichen Verwaltung" beschäftigt seien, die Beamte sind.

Dagegen fielen diejenigen Arbeitnehmer der Post, deren rechtlicher Status nicht öffentlich-rechtlich, sondern durch zivilrechtlichen Vertrag geregelt sei, nicht unter die Ausnahmebestimmung des Absatzes 4.

Der entscheidende Gesichtspunkt für die Auslegung dieser Vertragsbestimmung sei also nicht die rechtliche Qualifizierung des Arbeitgebers als öffentliche Verwaltung und auch nicht die Art der ausgeübten Tätigkeit, sondern die Art der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Dienstherr. Handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehung, so sei die Ausnahmebestimmung anwendbar. Im anderen Fall, wenn ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt, hindere die Bestimmung des Absatzes 4 nicht, daß ein Arbeitnehmer mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates die Rechte genieße, die die Verordnung Nr. 1612/68 den Wanderarbeitnehmern sichert.

In Wirklichkeit muß man die Frage grundsätzlicher anfassen und untersuchen, welche Auslegungen der betreffenden Bestimmung in Frage kommen, wenn man Geist und Zielsetzungen des Vertrages auf dem Gebiete der Freizügigkeit der Arbeitnehmer in Betracht zieht.

Eine erste Meinung, die sich die Regierung der Bundesrepublik zu eigen macht, ist auf die Tatsache gegründet, daß die Gemeinschaft nicht selbst eine staatliche Organisation ist, sondern auf den staatlichen Organisationen der Mitgliedstaaten aufbaut. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung, auf den Artikel 48 Absatz 4 verweist, ohne selbst eine eigene Definition zu geben, könne deshalb nur anhand der jeweils einzelstaatlichen Auffassung interpretiert werden. Es bleibe jedem Mitgliedstaat überlassen, einerseits eine Tätigkeit, die er zur Befriedigung eines Bedürfnisses von allgemeinem Interesse für notwendig hält, in der Form der öffentlichen Verwaltung zu organisieren und mithin die Struktur seiner Verwal-

tung nach eigenen Vorstellungen zu organisieren, und andererseits, wenn er es für nötig erachte, zu verlangen, daß die Dienstposten in dieser Verwaltung seinen Staatsangehörigen ohne Rücksicht auf die Art der im Rahmen dieser Dienstposten zu erfüllenden Tätigkeit vorbehalten bleiben.

Diese die staatliche Souveränität in höchstem Maße respektierende Auffassung stößt in den klassischen zwischenstaatlichen Rechtsbeziehungen auf keinen erwähnenswerten Einwand. So kann gemäß Artikel 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13. Dezember 1955 „jeder Vertragsstaat ... die Ausübung öffentlicher Aufgaben und jeder mit der Sicherheit des Staates oder der Landesverteidigung in Zusammenhang stehenden Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten oder die Ausübung dieser Tätigkeiten durch Ausländer von besonderen Voraussetzungen abhängig machen".

Die Beurteilung der Voraussetzungen dieses Rechts — und mithin die Definition des Begriffs „Ausübung öffentlicher Aufgaben" — erfolgt nach Abschnitt I des dem Abkommen beigefügten Protokolls „nach innerstaatlichen Grundsätzen".

Allerdings verweist Artikel 48 Absatz 4 zur Definition des Begriffes öffentliche Verwaltung nicht nur nicht auf derartige einzelstaatliche Kriterien, es gibt auch ernsthafte Gründe, daran zu zweifeln, ob angesichts des Geistes und der Ziele der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft eine derartige auf den Vorrang der Souveränität der Staaten gegründete Auslegung zulässig ist.

Ohne zu verkennen, daß jeder Mitgliedstaat im Grundsatz für die Organisation seiner Verwaltung oder seiner ausgegliederten Körperschaften allein zuständig bleibt, muß festgestellt werden, daß auf den Gebieten, auf denen den Gemeinschaftsorganen eigene Zuständigkeiten übertragen worden sind, der Vorrang, die unmittelbare Wirkung und die Notwendigkeit einheitlicher Anwendung der von diesen Organen erlassenen Bestimmungen keine Auslegungsgesichtspunkte vertragen, die es jedem der Mitgliedstaaten erlaubten, die Tragweite dieser Gemeinschaftsnormen nach seinem Gutdünken zu gestalten, sie also auszudehnen oder einzuschränken.

Sie haben diesen Grundsätzen zu oft und zu konstant den Vorzug gegeben, als daß ich hierzu weitere Ausführungen machen müßte.

Hier liegt der entscheidende Unterschied zwischen dem römischen Vertrag als Werkzeug der wirtschaftlichen und sozialen Integration und den Abkommen des klassischen Völkerrechts.

Einerseits gehört die Verwirklichung des Grundsatzes der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zweifellos zum Gebiet der Gemeinschaftszuständigkeit, was außerdem die durch Artikel 49 dem Rat übertragene Befugnis zeigt, alle zur tatsächlichen Anwendung des Grundsatzes erforderlichen Maßnahmen durch Richtlinien oder Verordnungen zu treffen.

Weil die Freizügigkeit als eine der grundlegenden Freiheiten anzusehen ist, die der Vertrag den Arbeitnehmern der Mitgliedstaaten garantiert, ist meines Erachtens andererseits die Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 sowohl eng als auch in jedem der Mitgliedstaaten einheitlich auszulegen. Das schließt den Rückgriff auf einzelstaatliche Auslegungsgesichtspunkte aus.

Was wäre denn auch der Inhalt der Freizügigkeit, wenn es von dem einen oder anderen Staat abhinge, gewissermaßen automatisch die Ausnahme des Absatzes 4 eintreten zu lassen, indem er einer öffentlichen Verwaltung im Sinne seines innerstaatlichen Rechts die Wahrnehmung irgendeiner Aufgabe übertragen könnte, die ihm von öffentlichem Interesse scheint?

Sicherlich hat jeder Staat die Befugnis, das Tätigkeitsgebiet seiner Verwaltung abzustecken, selbst oder mit Hilfe ausgegliederter Körperschaften des öffentlichen Rechts Aufgaben zu übernehmen, die anderswo der Privatinitiative überlassen bleiben. Insoweit setzt er seine eigene

Auffassung über das Eingreifen des Staates in das gesellschaftliche Leben des Landes durch. Als Mitglied der Gemeinschaft kann es aber nicht von ihm abhängen, hierdurch die tatsächliche Tragweite der Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beschränken.

Wir teilen deshalb die Auffassung der Kommission, daß der Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung 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 ihrer Durchführung betrauten Organe hat.

Aufgabe des Gerichtshofes ist es, nach Möglichkeit eine solche Auslegung herauszuarbeiten.

Da der Wortlaut selbst wenig Aufschluß gibt, muß man zunächst in den Absichten der Verfasser des Vertrages nach der „ratio" suchen. Ohne Zweifel haben sie mit der Ausnahme des Absatzes 4 den Staaten ermöglichen wollen, diejenigen Stellungen des öffentlichen Dienstes ihren eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten, die die Stelleninhaber unmittelbar an der Ausübung der öffentlichen Gewalt teilhaben lassen oder, um es allgemeiner zu sagen, die es ihnen ermöglichen, Vorrechte der öffentlichen Gewalt gegenüber den Bürgern auszuüben. In diesem Sinne kann man sagen, daß der Ausdruck „öffentliche Verwaltung" eine unmittelbar durch den Staat ausgeübte Gewalt beinhaltet. Die schlichte Zugehörigkeit zu einer Einrichtung, durch die der Staat seine Aufgaben erfüllt, reicht nicht aus, um eine Beschäftigung vom Anwendungsbereich des Artikels 48 auszuschließen (Mégret, Le droit de la Communauté européenne, Band 3, S. 6). Diese einschränkende Auslegung wird auch von den meisten Kommentatoren des Vertrages geteilt.

Gewiß, das Europäische Parlament stellt in einer Entschließung vom 17. Januar 1972 zunächst fest, daß „Artikel 48 Absatz 4 auf jede Beschäftigung angewandt werden kann, die ein Mitgliedstaat zu seiner öffentlichen Verwaltung rechnet, unabhängig vom Inhalt der im Rahmen dieser Beschäftigung geleisteten Tätigkeit". Für sich allein genommen scheint diese Feststellung einer auf den Willen der Staaten gegründeten Auslegung den Vorzug zu geben.

Jedoch nimmt das Parlament weiterhin an, „daß Artikel 48 Absatz 4 in erster Linie darauf abstellt, die Ausübung einer tatsächlichen öffentlichen Gewalt den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten" und spricht den Wunsch aus, die Anwendung dieser Ausnahme möge allein auf diejenigen Beschäftigungen beschränkt bleiben, die mit der tatsächlichen Ausübung dieser öffentlichen Gewalt verbunden sind. Diese rein gutachtliche Stellungnahme führt im Endergebnis also wieder zu der von der überwiegenden Lehre vertretenen Auffassung.

In einem dem unseren benachbarten Rechtsgebiet, nämlich dem Niederlassungsrecht, das die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit regelt, macht zudem Artikel 55 ausdrücklich einen Vorbehalt bezüglich derjenigen selbständigen oder freiberuflichen Tätigkeiten, die „in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind".

Ich will nicht so weit gehen, diese Bestimmung mit Artikel 48 Absatz 4 gleichzustellen, der nur die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung betrifft. Jedoch beruhen die beiden Ausnahmebestimmungen auf ähnlichen Überlegungen.

Ich wäre deshalb zunächst geneigt, Ihnen eine Auslegung vorzuschlagen, die sich auf die Vorstellung der Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt gründet.

Wenn man jedoch den Sinn des Begriffes der öffentlichen Verwaltung eng begrenzen wollte, indem man auf diese Weise ausschließlich an den Begriff der Staatsgewalt anknüpft, dann ließe man den Umstand außer acht, daß in jedem modernen Staat eine Vielzahl von Funktio-

nen, die nicht mit unmittelbarer Ausübung staatlicher Vorrechte verbunden sind, dennoch aus Gründen beispielsweise der inneren Sicherheit oder der Verteidigung den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten bleiben müssen.

Dies sind die Schwierigkeiten, die auftreten, wenn man versucht, eine genaue und einschränkende Definition des Begriffs zu geben. Man muß sich darauf beschränken, sich dem Begriff von mehreren Seiten zu nähern, und, wie ich glaube, vermeiden, sich ein für allemal für eine zu starre Auslegung zu entscheiden.

Stellen wir denn nicht überdies fest, wie sehr von einem Staat zum anderen die Art und Weise der Ausübung der öffentlichen Gewalt verschieden ist, je nachdem, ob die Verwaltung nach öffentlichem Recht handelt, das über das allgemeine Recht hinausgeht, oder auch je nach dem Grad und den Formen der staatlichen Eingriffe.

Man muß also gleichzeitig versuchen, den Ungereimtheiten und Widersprüchen zu entgehen, die eine auf innerstaatliche Gesichtspunkte gegründete Auslegung enthielte, und andererseits sich bemühen, den Begriff nicht in einer zu engen Definition erstarren zu lassen, die nur mit Schwierigkeiten auf sehr verschiedenartige Verhältnisse angewandt werden könnte.

Man könnte natürlich die Vorstellung von der klassischen untrennbar mit dem Staat als öffentlicher Gewalt verbundenen Verwaltung bemühen und darauf abstellen, daß in jeder staatlichen Organisation die Aufgaben beispielsweise der Rechtsprechung, der öffentlichen Ordnung, der Verteidigung, der Festsetzung und Erhebung von Steuern in erster Linie unter den Begriff der öffentlichen Verwaltung fallen im Gegensatz zu solchen öffentlichen Einrichtungen industrieller und gewerblicher Art, die Lieferungen und Leistungen für die Bevölkerung erbringen und meist unter Bedingungen geführt werden, die denjenigen des Privatrechts nahe sind und deshalb nicht unter die Definition fielen.

Aber wer würde nicht erkennen, daß es zwischen diesen beiden Extremen zahlreiche Zwischenstufen gibt?

Gerade der Postdienst bietet ein Beispiel. Wenn er auch in den meisten Ländern von einer staatlichen Verwaltung wahrgenommen wird, den Vorschriften über die Führung öffentlicher Ämter unterliegt und vom Grundsatz des Briefgeheimnisses beherrscht wird, so ist er doch in vielem einem Gewerbebetrieb ähnlich und verfügt, wie es in der Bundesrepublik Deutschland der Fall ist, über finanzielle Unabhängigkeit.

Wenn auch sein Personal im wesentlichen aus Beamten im engeren Sinne besteht, so hindert das nicht, daß auf der Ebene technischer oder reiner Vollzugsaufgaben Arbeiter und Angestellte beschäftigt werden, deren Befugnisse sie nicht von den entsprechenden Kräften in Privatunternehmen unterscheiden. Sie nehmen Arbeitsplätze ein, die, obwohl zu einer öffentlichen Verwaltung gehörig, diejenigen staatlichen Interessen nicht berühren, um derentwillen die Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 vorgesehen wurde.

Die rechtlichen Bedingungen, nach denen der betreffende Dienstzweig geführt wird, sind für sich allein also nicht entscheidend.

Was nun die Natur der Rechtsbeziehung zwischen dem Bediensteten und der ihn beschäftigenden Verwaltung angeht, so kann sie meines Erachtens keineswegs ein entscheidendes Kriterium bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts abgeben.

In Staaten wie der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich gibt es ein eigenständiges Verwaltungsrecht, das insbesondere durch die Befugnis der Verwaltung charakterisiert wird, vollstreckbare Beschlüsse zu fassen und Befugnisse öffentlicher Gewalt auszuüben. Die Unterscheidung zwischen Beamten, die einem Beamtengesetz unterliegen und deren rechtliche Verhältnisse gegenüber der Verwaltung durch Gesetz und Verordnung geregelt sind, einerseits, und Be-

schäftigten der öffentlichen Einrichtungen industrieller und gewerblicher Art, deren Beziehungen zu ihrem Dienstgeber durch privatrechtliche Arbeitsverträge geregelt sind, andererseits, hat einen Sinn darin, daß die Rechtsnatur der Arbeitsbeziehung den Zweig der Rechtsprechung bestimmt, der für die betreffenden Streitfälle zuständig ist; im übrigen hat sie auch materiell-rechtlich große Auswirkungen.

Dagegen scheint mir diese Unterscheidung im Hinblick auf Artikel 48 des Vertrages von Rom ohne jegliche Bedeutung zu sein. Wenn man auch annehmen darf, daß die in dessen Absatz 4 vorgesehene Ausnahme grundsätzlich auf die Beamten anwendbar ist, weil diese gewöhnlich mit Aufgaben betraut sind, die mehr oder weniger direkt in Verbindung mit den staatlichen Interessen stehen, so kommt es doch vor, daß Bediensteten, die mit privatrechtlichem Vertrag angestellt worden sind, Zuständigkeiten übertragen werden, die die wirkliche Ausübung öffentlicher Gewalt berühren. So ist vorgetragen worden, daß der Bundesbeauftragte für den Steinkohlenbergbau und die Steinkohlenbergbaugebiete ein Bediensteter mit privatrechtlichem Vertrag ist, obwohl er Entscheidungsbefugnisse hat, die offensichtlich aus der Staatsgewalt abgeleitet sind.

Wird man umgekehrt sagen, daß ein Wartungsarbeiter oder ein Chauffeur, der eine Beamtenplanstelle in einer Zentralverwaltung einnimmt, allein deswegen, weil er unter ein Beamtengesetz fällt, Aufgaben wahrnimmt, die das Staatsinteresse betreffen, oder Befugnisse der öffentlichen Gewalt ausübt?

Daraus sieht man, daß für die Auslegung des Artikels 48 Absatz 4 der Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nicht anhand der Rechtsstellung des Stelleninhabers definiert werden kann.

Eine gemeinschaftsrechtliche Auslegung, die eine einheitliche Anwendung der in dieser Bestimmung vorgesehenen Bereichsausnahme ermöglicht, erfordert deshalb den Rückgriff auf Sachgesichtspunkte, die auf die Befugnisse abstellen, die der in der Verwaltung eingenommene Dienstposten mit sich bringt, wie die Tätigkeiten, die der Stelleninhaber tatsächlich verrichtet.

Die Bereichsausnahme greift also nur dann ein, wenn der Stelleninhaber Entscheidungsbefugnisse gegenüber Privatleuten hat oder wenn seine Tätigkeit einzelstaatliche Interessen berührt, insbesondere solche der inneren oder äußeren Sicherheit.

Es ist aber Aufgabe des einzelstaatlichen Richters, diese Gesichtspunkte auf die ihm zur Entscheidung vorgelegten Fälle anzuwenden. Im uns vorliegenden Fall wissen wir nicht einmal, welche Tätigkeiten der Kläger des Ausgangsverfahrens im einzelnen wahrnimmt.

II — Rechtsnatur der Trennungsentschädigung

Die zweite vom Bundesarbeitsgericht gestellte Frage betrifft die Auslegung von Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68. Das deutsche Gericht fragt, ob die zusätzliche zum Lohn gezahlte Trennungsentschädigung Bestandteil der Arbeitsbedingungen im Sinne dieser Bestimmung und insbesondere ihres Absatzes 1 ist.

Wie sie wissen, zielt diese Bestimmung darauf ab, die Gleichbehandlung zwischen den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft mit den inländischen Arbeitnehmern herzustellen, und zwar sowohl was den Zugang zu angebotenen Stellen angeht, als auch hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, insbesondere auf dem Gebiet der Entlohnung, jedoch auch ganz allgemein hinsichtlich der gesamten sozialen Verhältnisse der Arbeitnehmer.

Meine Herren, wir würden nicht zögern anzunehmen, daß die Trennungsentschädigung, die im Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost vom 6. Januar 1955 vorgesehen ist, auf welchen sich der schriftliche Arbeitsvertrag des Klägers des Ausgangsverfahrens mit der Deutschen Bundespost bezieht, eine pau-

schale Ergänzung der Arbeitsvergütung darstellt zum Ausgleich für die Kosten aller Art, die eine doppelte Haushaltsführung, bei der Familie und am Arbeitsort, mit sich bringt.

Jedoch, wäre es nicht vielleicht ein Eingriff in die Zuständigkeit des nationalen Richters, wollte man diese durch das Bundesumzugskostengesetz vom 8. April 1964 geschaffene und durch den Tarifvertrag für die Verhältnisse der Arbeiter der Deutschen Bundespost angepaßte Trennungsentschädigung rechtlich so einordnen?

Wie dem auch immer sei, die Leitlinien, die Ihren Urteilen vom 15. Oktober 1969 (Ugliola, 15/69 — Slg. 1969, 369) und vom 13. Dezember 1972 (Marsman, 44/72 — Slg. 1972, 1248) zu entnehmen sind, erlauben es, die Zahlung einer Trennungsentschädigung mit Sicherheit als Teil der „Arbeitsbedingungen" im weitesten Sinne anzusehen.

Die zweite Frage ist also zu bejahen.

III — Unterschiedliche Behandlung aufgrund des Wohnorts

Sowohl Artikel 48 Absatz 2 des Vertrages als auch Artikel 7 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates verbieten für das Gebiet der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen jede unterschiedliche Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Die Anwendung dieser Vorschriften bietet keine Schwierigkeiten, wenn die Ungleichheit der Behandlung sich ausdrücklich und unmittelbar aus einer Staatsangehörigkeitsklausel ergibt.

Die Ungleichbehandlung kann aber auch versteckt sein oder in anderem Gewand auftreten. Das ist insbesondere der Fall, wenn das einzelstaatliche Gesetz oder die Verordnung für die Gewährung von Leistungen oder Vorteilen, die mit einer Beschäftigung verbunden sind, ohne Bezugnahme auf die Staatsangehörigkeit beispielsweise an die Herkunft, den Geburtsort oder den gewöhnlichen Wohnsitz im Staatsgebiet anknüpft, so daß diese Vorteile in Wirklichkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten sind und, von Ausnahmen abgesehen, den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten nicht zugute kommen.

Muß man in solchen Fällen nicht über den äußeren Schein hinweggehen und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes feststellen, die einem regelrechten Ermessensmißbrauch im Sinne des Gemeinschaftsrechts gleichkommt? Das schreibt für den Zugang zur Beschäftigung und ihre Ausübung die Verordnung Nr. 1612/68 vor, deren Artikel 3 Vorschriften oder Verwaltungspraktiken eines Mitgliedstaats „die, ohne auf die Staatsangehörigkeit abzustellen, ausschließlich oder hauptsächlich bezwekken oder bewirken, daß Angehörige der übrigen Mitgliedstaaten von der angebotenen Stelle ferngehalten werden"; für unanwendbar und deren Artikel 7 Absatz 4 alle Bestimmungen in Kollektivvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträgen, „soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen", für von Rechts wegen nichtig erklären.

Dies ist die Bedeutung der dritten und letzten vom Bundesarbeitsgericht vorgelegten Frage. Denn sie geht dahin, ob Artikel 7 Absatz 1 und 4 der Verordnung Nr. 1612/68 in dem Sinne auszulegen ist, daß er nicht nur die unterschiedliche Behandlung der Arbeitnehmer aufgrund der Staatsangehörigkeit zu einem anderen Mitgliedstaat, sondern auch eine unterschiedliche Behandlung wegen des Wohnorts in einem anderen Mitgliedstaat verbietet.

Bei abstrakter Betrachtung wäre die Frage zu bejahen, vorausgesetzt, daß das Unterscheidungsmerkmal, von dem die Gewährung des betreffenden Vorteils abhängig ist, tatsächlich bewirkt hat, daß Arbeitnehmer aus der Gemeinschaft gegenüber inländischen Arbeitnehmern benachteiligt werden.

So kann das Erfordernis eines Wohnorts im Gebiet des Gastlandes ein Faktor der

Diskriminierung sein, wie Sie im Urteil vom 13. Dezember 1972 (Marsman, 74/72, s.o.) im Hinblick auf die Anwendung besonderer Kündigungsvoraussetzungen des deutschen Rechts entschieden haben, die einem schwerbeschädigten niederländischen Arbeiter nicht zugute gekommen waren, der zwar in der Bundesrepublik arbeitete, jedoch nicht dort wohnte.

In jener Rechtssache war der Wohnort allerdings nur bei Ausländern Voraussetzung.

Die Frage, die wir heute untersuchen, liegt anders.

Nach dem Wortlaut des Rundschreibens des Bundesministers des Innern vom 31. März 1965 erhalten —

Absatz 1:

„Beamte, die an einem anderen als ihrem bisherigen inländischen Wohnort" — d. h.: in der Bundesrepublik Deutschland — „eingestellt worden sind, ... Trennungsentschädigung unter den gleichen Voraussetzungen und in gleicher Höhe wie die aus dienstlichen Gründen an einen anderen Ort versetzten Beamten";

und kann —

Absatz 2:

„Beamten, deren bisheriger Wohnsitz im Ausland liegt, ... wenn an ihrer Gewinnung ein besonderes dienstliches Interesse besteht, im Einzelfall mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde Trennungsentschädigung nach Absatz 1 gewährt werden".

Am selben Tag hat der Minister den Tagessatz der Trennungsentschädigung für den ersten Fall auf 10 DM festgesetzt; im zweiten Fall bleibt der Betrag der an Arbeitnehmer mit ausländischem Wohnsitz gezahlten täglichen Trennungsentschädigung bei 7,50 DM.

Der Tarifvertrag für die Arbeiter der Deutschen Bundespost, auf den der Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger des Ausgangsverfahrens und der Bundespost Bezug nimmt, hat diese Bestimmungen übernommen.

Ferner geht aus den Gründen des Vorlagebeschlusses des Bundesarbeitsgerichts hervor, daß die Regelung der Trennungsentschädigung für Arbeitnehmer, die bei ihrer Einstellung ihren gewöhnlichen Wohnsitz im Ausland haben und diesen beibehalten, ohne Unterschied auf deutsche wie auf ausländische Staatsbürger angewendet wird.

Und schließlich haben Arbeitnehmer, die an einem anderen als ihrem bisherigen inländischen Wohnort eingestellt worden sind, ebenso wie Arbeitnehmer, die aus dienstlichen Gründen versetzt worden sind, die Verpflichtung, eine neue Wohnung in der Nähe ihres Arbeitsortes zu suchen; deswegen entfällt für sie die Trennungsentschädigung, sobald sie dieser Umzugsverpflichtung nachgekommen sind, spätestens aber zwei Jahre nach ihrer Einstellung.

Dagegen gilt diese Umzugsverpflichtung nicht für diejenigen, deren bisheriger Wohnort bei der Einstellung im Ausland lag; sie können die Trennungsentschädigung während der gesamten Dauer ihrer Dienstzeit empfangen.

Man sieht, es handelt sich um zwei verschiedene Regelungen für zwei verschiedene Fälle. Die ungleiche Behandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte stellt nicht ohne weiteres eine Diskriminierung dar (EuGH 17. Juli 1963, Regierung der italienischen Republik/Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 13/63 — Slg. 1963, 384).

Oder wie es Generalanwalt Lagrange in der vorgenannten Rechtssache ausdrückte: „Der Relativitätsgedanke beherrscht das Diskriminierungsverbot übrigens nicht nur auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts. Er ist ganz allgemeiner Art und z. B. auch im Sozialrecht ... anzutreffen" (EuGH vom 13. Juni 1972 — Cie d'Approvisionnement/Kommission, verbundene Rechtssachen 9 und 11/71 — Slg. 1972, 391).

Wenn auch in der Mehrzahl der Fälle die Trennungsgeldregelung auf der Basis eines bisherigen Wohnorts im Ausland tatsächlich nur auf Ausländer angewendet

wird, so wird doch durch diesen Umstand eine durch das Gemeinschaftsrecht verbotene ungleiche Behandlung nicht ausreichend nachgewiesen.

Soweit diese Regelung gewissen Wanderarbeitnehmern die Trennungsentschädigung gewissermaßen zeitlich unbeschränkt ohne gleichzeitige Verpflichtung zur Verlegung der Familienwohnung an den Arbeitsort gewährt, räumt sie ihnen im Gegenteil einen gewissen Vorteil gegenüber denjenigen deutschen oder ausländischen Arbeitnehmern ein, die bei ihrer Einstellung im deutschen Staatsgebiet wohnten.

Ich würde deshalb zu der Ansicht neigen, daß diese Regelung, die der Lage der Wanderarbeitnehmer, die aus familiären Gründen ihren gewöhnlichen Wohnsitz nicht nach Deutschland verlegt haben, in vernünftiger Weise Rechnung trägt, keine rechtliche oder tatsächliche Diskriminierung enthält.

Sie brauchen jedoch zu dieser Frage nicht Stellung zu nehmen.

Es genügt, wenn sie auf die Vorlagefrage antworten, daß sich zwar aus einer innerstaatlichen Regelung, die, soweit sie die Arbeitsbedingung betrifft, einen Unterschied nicht wegen der Staatsangehörigkeit, sondern wegen des Wohnsitzes macht, den der Arbeitnehmer bei seiner Einstellung hat, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Sinne von Artikel 48 Absatz 2 des Vertrages und Artikel 7 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1612/68 ergeben kann, falls sich aus dieser Regelung tatsächlich eine Benachteiligung der Arbeitnehmer aus den anderen Mitgliedstaaten gegenüber inländischen Arbeitnehmern ergibt, daß jedoch der innerstaatliche Richter zu beurteilen hat, ob die betreffende Regelung eine solche Diskriminierung mit sich bringt oder ob die unterschiedliche Behandlung objektiv durch nichtdiskriminierende Erwägungen gerechtfertigt ist.

Ich beantrage, auf die Vorlagefragen des Bundesarbeitsgerichts wie dargelegt zu antworten.