SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER
vom 5. März 1996 *

Inhaltsverzeichnis

I — Zum rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits ..... I - 3211

A — Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ..... I - 3211

B — Die Rechtsprechung der Gemeinschaft ..... I - 3212

C — Die Aktion der Kommission ..... I - 3215

D — Das streitige nationale Recht ..... I - 3217

1. Öffentliches Bildungswesen ..... I - 3217

2. Zivile Forschung ..... I - 3217

3. Gesundheitswesen ..... I - 3218

4. Societé nationale des chemins de fer luxembourgeois ..... I - 3218

5. Öffentlicher Stadt- und Regionalverkehr ..... I - 3219

6. Post- und Fernmeldewesen ..... I - 3219

7. Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung ..... I - 3219

II — Zur Einrede der Unzulässigkeit ..... I - 3220

III — Zum Vorliegen einer Vertragsverletzung ..... I - 3222

A — Die Perspektiven der Rechtsprechung der Gemeinschaft ..... I - 3222

1. Muß die Rechtsprechung grundlegend geändert werden? ..... I - 3223

2. Hat die Rechtsprechung den Grundsatz einer Prüfung Stelle für Stelle aufgestellt? ..... I - 3224

3. Müssen die nationalen Behörden die Ausnahme von vornherein in allen ihren Tätigkeitsbereichen rechtfertigen, oder ist nach Bereichen zu unterscheiden? ..... I - 3226

a) Zur Frage einer Unterscheidung nach Tätigkeitsbereichen ..... I - 3227

b) Zu den Grundzügen einer Unterscheidung nach Tätigkeitsbereichen ..... I - 3231

* Originalsprache: Französisch.

B — Die Umsetzung der getroffenen Wahl ..... I - 3235

1. Untersuchung der von der Klage der Kommission erfaßten Tätigkeitsbereiche ..... I - 3235

2. Verteidigungsmittel des Beklagten ..... I - 3236

a) Artikel 11 der Verfassung des Großherzogtums Luxemburg vom 17. Oktober 1868 ..... I - 3236

b) Artikel 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens ..... I - 3237

c) Artikel 61 des Vertrages zur Gründung der Benelux-Wirtschaftsunion .... I - 3239

d) Artikel 2 des Protokolls vom 25. März 1957 betreffend das Großherzogtum Luxemburg ..... I - 3243

IV — Zum Antrag auf Fristgewährung ..... I - 3245

1. Mit ihrer Klage wegen Vertragsverletzung, die am 17. Dezember 1993 eingereicht worden ist, beantragt die Kommission,

— festzustellen, daß das Großherzogtum Luxemburg dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 48 EWG-Vertrag [1] und den Artikeln 1 und 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktoberr 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft [2] verstoßen hat, daß es Arbeitnehmern aus den anderen Mitgliedstaaten für den Zugang zur Beschäftigung als Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst in den öffentlichen Bereichen Forschung, Bildungswesen, Gesundheitswesen, Straßen- und Schienenverkehr, Post- und Fernmeldewesen sowie Versorgungsdienste für Wasser, Gas und Elektrizität weiterhin ein Staatsangehörigkeitserfordernis entgegenhält,

— dem Großherzogtum Luxemburg die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

2. Der Beklagte verteidigt sich entschlossen gegen die Klage. Er erhebt zunächst eine Einrede der Unzulässigkeit und beantragt hilfsweise, die Klage als unbegründet abzuweisen.

3. Ich meine, daß diese Klage, wie die beiden anderen, über die Sie zu befinden haben [3], Sie an einen Kreuzungspunkt mehrerer Wege der Rechtsprechung führt. Falls Sie sie für

1 — Die Klage wird zu Recht auf Artikel 48 *EWG*- und nicht *EG*-Vertrag gestützt, denn die mit Gründen versehenen Stellungnahmen wurden vor dem 1. November 1993, dem Beginn der Anwendung des Vertrages über die Europäische Union abgegeben, und das Vorliegen eines Verstoßes gegen die Verpflichtungen aus Artikel 48 ist grundsätzlich im Zeitpunkt der Abgabe dieser mit Gründen versehenen Stellungnahmen zu beurteilen. Der Unterschied des Wortlauts ist hier nur formal, da Artikel 48 nicht geändert wurde. Ein solcher Unterschied könnte jedoch materiell-rechtliche Folgen haben, wenn die Bestimmung, auf die sich die Klage bezieht, geändert wurde.

2 — ABl. L 257, S. 2.

3 — Siehe meine getrennten Schlußanträge vom heutigen Tag in den Rechtssachen Kommission/Belgien (C-173/94) und Kommission/Griechenland (C-290/94).

zulässig erklären, müßte sie Sie veranlassen, die Bilanz Ihrer gegenwärtigen Rechtsprechung zu ziehen und daraus die geeigneten Konsequenzen in bezug auf den Bereich der Ausnahme von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer abzuleiten, die durch Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages zugelassen wird. Das Großherzogtum Luxemburg fordert Sie nämlich ausdrücklich auf, im Rahmen der Begründetheit Ihre Rechtsprechung zum Begriff der „öffentlichen Verwaltung" im Sinne dieser Bestimmung grundlegend zu ändern, hilfsweise statt einer Untersuchung nach ganzen Bereichen eine Untersuchung Stelle für Stelle vorzunehmen.

4. Ich werde zunächst den rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits darstellen (I). Anschließend werde ich die vom Großherzogtum Luxemburg erhobene Einrede der Unzulässigkeit prüfen (II) und mir sodann die Frage stellen, ob die Vertragsverletzungsklage begründet ist (III). Schließlich werde ich den Antrag des Beklagten auf Fristverlängerung untersuchen (IV).

I — Zum rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits

5. Zunächst werde ich die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts darstellen, auf die sich die Kommission beruft (A), und sodann eine Bilanz Ihrer einschlägigen Rechtsprechung ziehen (B). Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung hat die Kommission beschlossen, eine „systematische Aktion" (C) durchzuführen, die dazu geführt hat, daß verschiedene Bestimmungen des nationalen luxemburgischen Rechts in Frage gestellt wurden (D).

A — *Die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts*

6. Artikel 48 Absätze 1 bis 3 des Vertrages verankert den Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, und als zwingende Konsequenz daraus die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in bezug auf die Beschäftigung, Entlohnung und sonstigen Arbeitsbedingungen.

7. Artikel 48 Absatz 4 lautet:

„Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung."

8. Artikel 1 der Verordnung Nr. 1612/68 sieht in bezug auf den Zugang zur Beschäftigung folgendes vor:

„(1) Jeder Staatsangehörige eines Mitgliedstaats ist ungeachtet seines Wohnorts berechtigt, eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften aufzunehmen und auszuüben.

(2) Er hat insbesondere im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats mit dem gleichen Vorrang Anspruch auf Zugang zu den verfügbaren Stellen wie die Staatsangehörigen dieses Staates."

9. In Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung, der die Ausübung der Beschäftigung und die Gleichbehandlung betrifft, heißt es:

„(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf auf Grund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung, und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer."

B — *Die Rechtsprechung der Gemeinschaft*

10. In Ihrem Urteil vom 12. Februar 1974, Sotgiu [4], haben Sie ausgeführt [5]: „Wegen der grundlegenden Bedeutung, den im Rahmen des Vertrages die Grundsätze der Freizügigkeit und der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft haben, können die in Absatz 4 des Artikels 48 zugelassenen Ausnahmen nicht weiter reichen, als der Zweck es erfordert, um dessentwillen sie vorgesehen sind."

11. Sie haben diese Bestimmung somit *eng* ausgelegt [6].

12. Um die Tragweite dieser Ausnahme klarzustellen, haben Sie folgendes hinzugefügt [7]:

„Mangels jeglicher Unterscheidung in der genannten Bestimmung ist es ohne Bedeutung, ob ein Arbeitnehmer als Arbeiter, Angestellter oder Beamter beschäftigt wird, oder ob sein Beschäftigungsverhältnis öffentlichem oder privatem Recht unterliegt. Diese rechtlichen Qualifizierungen können je nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften verschiedenen Inhalt haben und sind deswegen für die Bedürfnisse des Gemeinschaftsrechts als Auslegungsmerkmal ungeeignet."

4 — Rechtssache 152/73 (Slg. 1974, 153).

5 — Randnr. 4.

6 — Siehe auch Urteil vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 225/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2625, Randnr. 7).

7 — Urteil Sotgiu (a. a. O., Randnr. 5).

13. Im Urteil vom 17. Dezember 1980, Kommission/Belgien [8], haben Sie ausgeführt [9], daß

„... [der] Begriff der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 ... in der gesamten Gemeinschaft eine einheitliche Auslegung und Anwendung erfahren muß"

und daß

„... die Abgrenzung des Begriffes ‚öffentliche Verwaltung' im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 nicht völlig in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt werden" kann.

14. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung ist daher ein Begriff des Gemeinschaftsrechts.

15. Im selben Urteil Kommission/Belgien haben Sie festgestellt [10]:

„[Artikel 48 Absatz 4] nimmt *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."

16. Auf diese Weise wurde die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung *funktionell* [11] definiert.

17. Sie haben daher eine rein *institutionelle* Definition des Begriffes der öffentlichen Verwaltung ausgeschlossen, indem Sie folgendes ausgeführt haben [12]: „Die Erstreckung des Vorbehalts des Artikels 48 Absatz 4 auf Stellen, die zwar dem Staat oder anderen öffentlich-rechtlichen Einrichtungen zuzuordnen sind, jedoch keine Mitwirkung bei der Erfüllung von Aufgaben mit sich bringen, die zur öffentlichen Verwaltung im eigentlichen Sinne gehören, hätte unter diesen Umständen zur Folge, daß eine beträchtliche Zahl von Stellen der Anwendung der Grundsätze des Vertrages entzogen und je nach den Unterschieden der jeweiligen Organisation des Staates und bestimmter Bereiche des Wirtschaftslebens Ungleichheiten zwischen Mitgliedstaaten geschaffen würden."

8 — Rechtssache 149/79 (Slg. 1980, 3881).

9 — Randnrn. 12 und 18.

10 — Randnr. 10, Hervorhebung von mir.

11 — Diese Bezeichnung wurde ausdrücklich im Urteil vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 307/84 (Kommission/Frankreich, Slg. 1986, 1725, Randnr. 12) verwendet, wonach „das Kriterium für die Anwendung des Artikels 48 funktionell sein ... muß".

12 — Urteil Kommission/Belgien (a. a. O., Randnr. 11).

18. Der restriktive Charakter der Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 wurde dadurch bestätigt, daß die gleichzeitige Erfüllung zweier Voraussetzungen, nämlich die Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse *und* an der Wahrnehmung solcher Aufgaben, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind, verlangt wurde. In einem später ergangenen Urteil wurde das Bindewort „und" durch das Bindewort „oder" ersetzt [13]. Das Erfordernis, daß beide Voraussetzungen nebeneinander erfüllt sein müssen, wurde jedoch in anderen Entscheidungen, die vor und nach diesem Urteil ergingen, beibehalten [14]. Die Ansicht des Großherzogtums Luxemburg, daß die beiden Voraussetzungen nach Ihrer Rechtsprechung alternativ gälten, ist daher unbegründet.

19. In dem zitierten Urteil vom 17. Dezember 1980, Kommission/Belgien, haben Sie den restriktiven Charakter der Ausnahme auch dadurch bestätigt, daß Sie die Ansicht zurückgewiesen haben, die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten könnten allein deshalb von jeder Beschäftigung in den Tätigkeitsbereichen des Staates oder der öffentlichen Körperschaften ausgeschlossen werden, weil die neue Stelle, zu der der Bedienstete Zugang haben könnte, nach einer Beförderung oder Versetzung mit Aufgaben und Verantwortlichkeiten verbunden sein könnte, die der öffentlichen Verwaltung eigentümlich sind [15]:

„... Artikel 48 Absatz 4 [erlaubt] dadurch, daß er sich auf die Beschäftigung auf Stellen bezieht, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und Verantwortlichkeiten für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates verbunden sind, den Mitgliedstaaten ..., ihren jeweiligen Staatsangehörigen durch entsprechende Rechtsvorschriften den Zugang zu Stellen vorzubehalten, die mit der Ausübung derartiger Befugnisse und mit solchen Verantwortlichkeiten im Rahmen ein und derselben Laufbahn, ein und desselben Dienstes oder ein und derselben Laufbahngruppe verbunden sind.

...

... die Auslegung von Artikel 48 Absatz 4 ..., die *den Ausschluß* [der Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten] *von jeder Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung zur Folge hat*, [führt] zu einer Einschränkung der Rechte dieser Personen ..., die über das hinausgeht, was zur Wahrung der Ziele erforderlich ist, die diese Vorschrift ... verfolgt."

20. Zusammengefaßt läßt sich aus Ihrer Rechtsprechung folgendes ableiten:

— die Staatsangehörigkeit kann nicht zur Voraussetzung für den Zugang zu Stellen gemacht werden, die keine 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; auf diese Stellen muß der Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer Anwendung finden;

13 — Urteil Kommission/Italien (a. a. O., Randnr. 9).

14 — Urteil Kommission/Frankreich (a. a. O., Randnr. 12); Urteile vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 66/85 (Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Randnr. 27); vom 30. Mai 1989 in der Rechtssache 33/88 (Allué und Coonan, Slg. 1989, 1591, Randnr. 7, sowie Nr. 12 der Schlußanträge des Generalanwalts Lenz, mit Hervorhebung des Bindewortes „und") und vom 27. November 1991 in der Rechtssache C-4/91 (Bleis, Slg. 1991, I-5627, Randnr. 6, *in dem ausdrücklich* nicht nur auf das zitierte Urteil Kommission/Belgien, sondern auch *auf das Urteil Kommission/Italien, ebenfalls bereits zitiert, als Präzedenzfall dafür verwiesen wird, daß die beiden Voraussetzungen nebeneinander vorliegen müssen).*

15 — Randnrn. 21 und 22, Hervorhebungen von mir.

— die Staatsangehörigkeit kann nicht einmal zur Voraussetzung für solche Stellen gemacht werden, die ursprünglich nicht die Voraussetzungen des Artikels 48 Absatz 4 erfüllen, deren Inhaber jedoch nach einer Versetzung oder Beförderung Aufgaben wahrzunehmen und Verantwortlichkeiten zu übernehmen haben können, die der öffentlichen Verwaltung eigentümlich sind; die Mitgliedstaaten können nur diese Aufgaben und Verantwortlichkeiten ihren eigenen Staatsangehörigkeiten vorbehalten.

21. Sie haben bisher bereits entschieden, daß folgende Stellen nicht unter die Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 fallen:

— Postwesen: Arbeiter [16]

— Eisenbahnen: Rangierarbeiter, Ladearbeiter, Lokomotivführer, Gleisbauarbeiter, Stellwerkarbeiter, Büroreinigungsarbeiter, Malergehilfe, Polsterergehilfe, Arbeiter für Batterieinstandhaltung, Vorbereiter von Feldwicklungen, Vorbereiter von Ankern, Nachtwächter, Reinigungsarbeiter, Kantinenarbeiter, Werkstatthilfsarbeiter [17];

— Gemeinden: Schreiner, Gärtnereigehilfe, Krankenschwester, Säuglings- und Kinderschwester, Aufseher, Krankenschwester in Kinderkrippen, Elektriker, Klempner [18];

— Öffentliche Krankenhäuser: Krankenpfleger, Krankenschwester [19];

— Öffentliches Bildungswesen: Studienreferendar [20], Lehrkraft für das höhere Lehramt [21], Fremdsprachenlektor an einer Universität [22];

— Zivile Forschung: Forscher [23].

C — *Die Aktion der Kommission*

22. Der vorliegende Rechtsstreit ist Teil der Endphase einer „systematischen Aktion" der Kommission auf der Grundlage der Mitteilung 88/C 72/02 [24].

16 — Impliziter Inhalt des Urteils Sotgiu (a. a. O., Randnr. 4, Satz 4).

17 — Urteil vom 26. Mai 1982 in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1982, 1845).

18 — A. a. O.

19 — Urteil Kommission/Frankreich, a. a. O.

20 — Urteil Lawrie-Blum, a. a. O.

21 — Urteil Bleis, a. a. O.

22 — Urteil Allué und Coonan, a. a. O.

23 — Urteil Kommission/Italien, a. a. O.

24 — Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Zugang zur Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung der Mitgliedstaaten — Aktion der Kommission auf dem Gebiet der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag (ABl. 1988, C 72, S. 2).

23. Mit dieser Aktion sollten aufgrund der Staatsangehörigkeit Beschränkungen aufgehoben werden, die in den einzelnen Ländern Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten den Zugang zur Beschäftigung in einigen genau festgelegten Bereichen der öffentlichen Verwaltung unter Berufung auf Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag untersagen.

24. Sie sollte sich vorrangig auf folgende Bereiche erstrecken:

— Einrichtungen, die mit der Verwaltung und Erbringung kommerzieller Dienstleistungen betraut sind (beispielsweise: öffentliches Verkehrswesen, Strom- und Gasversorgung, Luftverkehrsunternehmen und Reedereien, Post- und Fernmeldewesen, Rundfunk- und Fernsehanstalten);

— Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens;

— der Unterricht an staatlichen Bildungseinrichtungen;

— zivile Forschung in staatlichen Forschungsanstalten.

25. Die Kommission führte aus, daß die Aufgaben und Zuständigkeiten, die für bestimmte Stellen in einigen nationalen Verwaltungsbereichen kennzeichnend seien, im allgemeinen so weit von den spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung, wie sie der Gerichtshof definiert habe, entfernt seien, daß sie nur in außergewöhnlichen Fällen unter die Ausnahme nach Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag fielen. All diese Tätigkeiten könnten sowohl im privaten Bereich, für den Artikel 48 Absatz 4 nicht gelte, als auch im öffentlichen Bereich ausgeübt werden, ohne daß die Voraussetzungen des Besitzes der Staatsangehörigkeit erfüllt sein müßten.

26. Die Kommission kündigte an, sie habe die Absicht, den betreffenden Mitgliedstaaten die Ergebnisse ihrer Prüfung der ausgewählten Bereiche mitzuteilen und sie aufzufordern, den Zugang zur Beschäftigung in diesen Bereichen für Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten zu öffnen. Sie rechne mit einer aktiven und wirksamen Kooperation der Mitgliedstaaten, um Streitfälle nach Möglichkeit zu vermeiden. Sie behalte sich vor, erforderlichenfalls ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.

27. Nach Abschluß ihrer Erörterung mit den Mitgliedstaaten stellte sie fest, daß die meisten von ihnen Maßnahmen im Bereich der Rechts-und/oder Verwaltungsvorschriften ergriffen hätten, um ihr nationales Recht den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts anzupassen, daß jedoch drei Staaten noch kein entsprechendes Rechtsetzungsverfahren eingeleitet oder abgeschlossen hätten.

28. Sie beschloß daher, gegen jeden dieser drei Mitgliedstaaten, zu denen auch das

Großherzogtum Luxemburg gehört, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten [25].

D — *Das streitige nationale Recht*

29. Nach den Akten wird die luxemburgische Staatsangehörigkeit unter den im folgenden zusammengefaßt dargestellten Voraussetzungen für den Zugang zur Beschäftigung in den von der Klage erfaßten Bereichen verlangt.

1. *Öffentliches Bildungswesen*

30. Das öffentliche Bildungswesen im Bereich der Vor- und Hauptschulen, der höheren Schulen, der höheren technischen Lehranstalten und der Hochschulen stellt einen Verwaltungszweig dar, der dem Ministerium für nationale Bildung und in bezug auf den Vor- und Hauptschulunterricht auch den Kommunalverwaltungen untersteht.

31. Das Personal dieser Verwaltung setzt sich zum großen Teil aus Beamten und Angestellten des Staates oder seiner Gemeinden zusammen. Für die Beamten und Angestellten des Staates wird die luxemburgische Staatsangehörigkeit in Artikel 2 des Gesetzes vom 16. April 1979 über die allgemeine Rechtsstellung der Beamten des Staates und in Artikel 3 des Gesetzes vom 27. Januar 1972 über die Rechtsstellung der Angestellten des Staates verlangt. Für die Kommunalbeamten und -angestellten wird diese Voraussetzung in Artikel 2 des Gesetzes vom 24. Dezember 1985 über die Rechtsstellung der Kommunalbeamten und Artikel 3 der Großherzoglichen Verordnung vom 26. Mai 1975 über die Angleichung der Rechtsstellung der Kommunalangestellten an diejenige der Angestellten des Staates aufgestellt.

32. Abweichend sieht Artikel 4 des Gesetzes vom 11. Februar 1974 vor, daß die Mitglieder der Lehrkräfte des Centre universitaire de Luxembourg luxemburgische oder ausländische Staatsangehörige sein können.

33. Im übrigen gilt für die Einstellung von Angestellten und Arbeitern im luxemburgischen öffentlichen Bildungswesen kein Staatsangehörigkeitserfordernis.

2. *Zivile Forschung*

34. Nach Artikel 4 des Gesetzes vom 9. März 1987 kann der für die Forschungs- und Entwicklungstätigkeit zuständige Minister für die Dauer von höchstens zwei Jahren mit

25 — Wegen der Angaben zu den beiden anderen Rechtssachen, siehe Fußnote 3.

Verlängerungsmöglichkeit, die durch die Dauer der zugewiesenen Aufgaben begrenzt ist, Mitglieder des wissenschaftlichen, technischen und Verwaltungspersonals der Einrichtungen und Dienststellen des öffentlichen Hochschul- oder Universitätswesens, die durch Großherzogliche Verordnung zu Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten ermächtigt sind, mit solchen Tätigkeiten betrauen.

35. Gemäß Artikel 5 dieses Gesetzes können Gemeinschaftsangehörige im Rahmen eines Bildungs-/Forschungsstipendiums, im Rahmen einer Abordnung durch ihren Arbeitgeber oder auch aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages mit Forschungs- und Entwicklungsaufgaben betraut werden.

36. Im Rahmen des oben angeführten Artikels 4 unterliegen die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten mittelbaren Beschränkungen: Sie haben zu einer Forschungstätigkeit nur dann Zugang, wenn ausnahmsweise die Einrichtung oder Dienststelle des öffentlichen Hochschul- oder Universitätswesens, bei der sie beschäftigt sind, nicht die luxemburgische Staatsangehörigkeit verlangt.

3. *Gesundheitswesen*

37. Alle dem Ministerium für Gesundheit unterstehenden Dienststellen und Einrichtungen, d. h. die Direktion für Gesundheit, die medizinisch-sozialtherapeutische Aktion, das Staatliche Gesundheitslaboratorium, das neuropsychiatrische Krankenhaus des Staates und die Pflegeheime des Staates sind Verwaltungen, für die die gleichen Regeln wie für die übrigen staatlichen Dienststellen gelten. Die Staatsangehörigkeit wird gemäß den erwähnten Bestimmungen über die allgemeine Rechtsstellung der Beamten und Angestellten des Staates verlangt.

38. Das Centre hospitalier de Luxembourg ist eine in privatrechtlicher Form verwaltete öffentliche Einrichtung. Die luxemburgische Staatsangehörigkeit wird für das Personal nicht verlangt.

39. Hingegen unterliegen die den Gemeinden unterstehenden Gesundheitseinrichtungen der gleichen Regelung wie die staatlichen Einrichtungen, d. h. für sie gilt auch das Staatsangehörigkeitserfordernis.

4. *Societé nationale des chemins de fer luxembourgeois (Nationale Gesellschaft der luxemburgischen Eisenbahnen; SNCFL)*

40. Die SNCFL ist eine Einrichtung des öffentlichen Rechts. Artikel 2 des Personalstatuts verlangt die luxemburgische Staatsangehörigkeit für den Zugang zu Dauerarbeitsplätzen. Von dieser Regel darf, „abgesehen von den in internationalen Übereinkünften vorgesehenen Ausnahmen, nur abgewichen werden, wenn es an geeigneten luxemburgischen Bewerbern fehlt, [und in diesem Fall

mit] Genehmigung der Regierung ...“ Die luxemburgische Regierung erklärt, daß das gleiche für den Zugang zu den Stellen außerhalb des Statuts gilt.

41. Der für die Hilfsbediensteten geltende Tarifvertrag verlangt ebenfalls die luxemburgische Staatsangehörigkeit.

5. *Öffentlicher Stadt- und Regionalverkehr*

42. Er wird meist von den Kommunalverwaltungen betrieben. Die luxemburgische Staatsangehörigkeit wird daher gemäß den Artikeln 2 des Gesetzes vom 24. Dezember 1985 und 3 der Großherzoglichen Verordnung vom 26. Mai 1975 für die Einstellung als Beamter oder Angestellter im öffentlichen Dienst verlangt.

43. Nach diesen Bestimmungen verlangt beispielsweise der Omnibusdienst der Stadt Luxemburg, der größtenteils Beamte beschäftigt, die luxemburgische Staatsangehörigkeit für den Zugang zur Beschäftigung.

6. *Post- und Fernmeldewesen*

44. Die Verwaltung des Post- und Fernmeldewesens wurde durch das Gesetz vom 10. August 1992 in ein „Unternehmen Post- und Fernmeldewesen“ umgewandelt.

45. Nach Artikel 24 dieses Gesetzes unterliegen jedoch die Bediensteten des Unternehmens der allgemeinen Regelung für die Beamten und Angestellten des Staates, so daß die Staatsangehörigkeit für den Zugang zur Beschäftigung verlangt wird.

46. Gemeinschaftsangehörige können nur als Angestellte oder Arbeiter beschäftigt werden.

7. *Wasser-, Gas- und Elektrizitätsversorgung*

47. Auf nationaler Ebene werden die Versorgungsdienste für Wasser, Gas und Elektrizität vom Staat oder von konzessionierten Unternehmen wie der Société grand-ducale d'électricité du Luxembourg unterhalten.

48. Auf örtlicher Ebene werden diese Dienste von den Gemeinden oder von Gemeindeverbänden unterhalten.

49. Im allgemeinen werden sie aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Regelung verwaltet. Die luxemburgische Staatsangehörigkeit

ist daher nach den erwähnten Bestimmungen für die Beamten und Angestellten des Staates sowie denjenigen für die kommunalen Beamten und Angestellten verbindlich vorgeschrieben.

50. Werden sie hingegen aufgrund einer privatrechtlichen Regelung verwaltet (z. B. die Compagnie grand-ducale d'électricité du Luxembourg), wird die luxemburgische Staatsangehörigkeit grundsätzlich nicht verlangt.

II — Zur Einrede der Unzulässigkeit

51. Der Beklagte rügt, daß die Kommission ihm keine angemessene Frist gesetzt habe, um den am 14. Juli 1992 abgegebenen mit Gründen versehenen Stellungnahmen nachzukommen. Die gesetzte Frist von vier Monaten sei offensichtlich nicht ausreichend gewesen, um es ihm zu ermöglichen, die umfangreichen Änderungen der Verfassung sowie von Gesetzen und Verordnungen durchzuführen, die hierfür erforderlich seien.

52. In Ihrem Urteil vom 2. Februar 1988 (Kommission/Belgien) [26], haben Sie ausgeführt [27], daß „das vorprozessuale Verfahren dem betroffenen Mitgliedstaat Gelegenheit geben soll, sowohl seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen als auch seine Verteidigungsmittel gegenüber den Rügen der Kommission wirkungsvoll geltend zu machen".

53. Sie haben daraus abgeleitet [28]:

„Dieses zweifache Ziel verpflichtet die Kommission, den Mitgliedstaaten eine angemessene Frist zu lassen, um auf das Aufforderungsschreiben zu antworten und *einer mit Gründen versehenen Stellungnahme nachzukommen* oder gegebenenfalls *ihre Verteidigung vorzubereiten. Ob die festgesetzte Frist angemessen ist, ist dabei unter Berücksichtigung sämtlicher für den Einzelfall maßgeblicher Umstände zu beurteilen. Sehr kurze Fristen* können daher unter besonderen Umständen gerechtfertigt sein, insbesondere *... wenn der betroffene Mitgliedstaat den Standpunkt der Kommission schon vor Einleitung des vorprozessualen Verfahrens vollständig kennt.*"

54. Vom Zeitpunkt der Veröffentlichung der Mitteilung 88/C 72/02 am 18. März 1988 an war das Großherzogtum Luxemburg wie alle anderen Mitgliedstaaten vom Standpunkt der Kommission zu den Grenzen der Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 des Vertrages in Bereichen wie denjenigen, die von der Klage erfaßt werden, unterrichtet. Es hatte daher beinahe drei Jahre vor der Zusendung der sechs Aufforderungsschreiben vom 12. März 1991 gemäß Artikel 169 des Vertrages, in denen eine Frist von sechs Monaten für die

26 — 239/85, Slg. 1988, 305.
27 — Randnr. 13.
28 — Randnr. 14, Hervorhebung von mir.

Stellungnahme des Empfängerstaates festgesetzt worden war, vollständig Kenntnis von diesem Standpunkt erlangt.

55. Bereits am 30. Oktober 1990 übermittelte es außerhalb jedes Vertragsverletzungsverfahrens der Kommission seinen Standpunkt in bezug auf die eingeleitete Aktion.

56. Tatsächlich verfügte es über eine Frist von beinahe vierzehn Monaten für seine Antwort auf die Aufforderungsschreiben.

57. In dieser Antwort, die das Datum 4. Mai 1992 trägt, führte es aus:

„Die Regierung hat nach eingehender Untersuchung der von der Kommission vorgetragenen Argumente beschlossen, *den Standpunkt beizubehalten, den es der Kommission bereits am 30. Oktober 1990 mitgeteilt hat.*

Es ist nämlich der Ansicht, daß in den besonderen, von der Aktion der Kommission erfaßten Bereichen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gegenwärtig bereits in weitem Umfang verwirklicht ist." [29]

29 — Hervorhebung von mir.

58. Die „Stellungnahme der luxemburgischen Regierung", ein eingehend mit Gründen versehenes Dokument, das dieser Antwort beigefügt war, schloß mit folgendem Ergebnis:

„Alle dargestellten Argumente tatsächlicher und rechtlicher Art veranlassen Luxemburg, jedenfalls vorerst keine zusätzlichen Maßnahmen zur Förderung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Bereich der öffentlichen Verwaltung zu ergreifen."

59. Siebzehn Monate verstrichen zwischen der Übersendung der mit Gründen versehenen Stellungnahmen und der Einreichung der Klage auf Feststellung der Vertragsverletzung am 17. Dezember 1993.

60. Die in den mit Gründen versehenen Stellungnahmen offiziell gesetzte Frist von vier Monaten ist keine „sehr kurze" Frist im Sinne des erwähnten Urteils vom 2. Februar 1988, Kommission/Belgien, berücksichtigt man die Umstände des entschiedenen Falles. Sie entspricht dem Doppelten der Frist, die die Kommission üblicherweise gewährt.

61. Zieht man aus dem Urteil vom 2. Februar 1988 einen Erst-Recht-Schluß, so gilt, daß ein Mitgliedstaat nicht rügen kann,

daß die Kommission ihm eine unzureichende Frist gesetzt habe, wenn die fragliche Frist länger als die üblicherweise gesetzten Fristen ist, und der Mitgliedstaat den Standpunkt des Organs überdies beinahe drei Jahre vor Beginn des Verfahrens vollständig kannte.

62. Außerdem macht das Großherzogtum Luxemburg geltend, daß es ihm die Frist von vier Monaten nicht erlaubt habe, die notwendigen umfangreichen Rechtsänderungen durchzuführen, während es doch beschlossen hatte, keine Rechtsänderungen einzuleiten, mit Ausnahme einer auf die Eisenbahnen begrenzten Maßnahme, zu denen es sich bereit erklärte und die es innerhalb von vier Monaten hätte erlassen können.

63. Der Beklagte rügt nicht, daß die Kommission ihn daran gehindert habe, seine Verteidigung vorzubereiten, was das zweite Ziel des vorgerichtlichen Verfahrens darstellt und das Erfordernis einer „angemessenen Frist" rechtfertigt [30]. Es ist jedoch hervorzuheben, daß der beklagte Staat selbst in dieser Hinsicht sehr gut in der Lage war, seine Verteidigung vorzubereiten, und daß diese normalerweise hätte vorbereitet sein können.

64. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Ansicht, daß die Klage der Kommission zulässig ist.

30 — Siehe Nr. 51.

III — Zum Vorliegen einer Vertragsverletzung

65. Wie ich zu Beginn meiner Schlußanträge ausgeführt habe, befindet sich Ihre Rechtsprechung am Kreuzungspunkt mehrerer Wege der Rechtsprechung. Es muß im Lichte der sich Ihnen bietenden Perspektiven eine Wahl getroffen werden (A). Diese Wahl ist dann unter Berücksichtigung der Umstände in bezug auf den vorliegenden Fall umzusetzen (B).

A — *Die Perspektiven der Rechtsprechung der Gemeinschaft*

66. Das Großherzogtum Luxemburg ersucht Sie in erster Linie, eine grundlegende Änderung Ihrer Rechtsprechung vorzunehmen (1). Hilfsweise macht es geltend, daß diese Rechtsprechung eine Untersuchung nach ganzen Bereichen ausschließe und stets eine Prüfung Stelle für Stelle erfordere (2).

67. Ich bin der Ansicht, daß Sie dem Beklagten auf keinem dieser Wege folgen sollten.

68. Sie hätten dann noch zwischen zwei möglichen logischen Entwicklungen Ihrer Rechtsprechung zu wählen:

— Entweder machen Sie sich die Ansicht zu eigen, daß die Beweislast für die Ausnahme nach Artikel 48 Absatz 4 den

nationalen Behörden *in allen Bereichen* ihrer Tätigkeit obliegt und somit insbesondere in denjenigen, auf die sich die Klage bezieht,

— oder Sie *sprechen sich für eine Unterscheidung aus* zwischen den nicht zu den besonderen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gehörenden Bereichen, in denen den Behörden die Beweislast obliegen würde, und den zu diesen besonderen Aufgaben gehörenden Bereichen, in denen die Kommission oder ein Gemeinschaftsangehöriger dartun müßte, daß eine bestimmte Stelle nicht die Voraussetzungen einer Stelle in der öffentlichen Verwaltung im Sinne Ihrer Rechtsprechung erfüllt (3).

1. *Muß die Rechtsprechung grundlegend geändert werden?*

69. Das Großherzogtum Luxemburg führt aus, daß die funktionelle Auffassung des Begriffes der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung „zu Lasten der institutionellen Auffassung, die jedoch von zahlreichen Mitgliedstaaten verlangt wurde", anerkannt worden sei [31]. Da diese funktionelle Auffassung ihrer Ansicht nach Anwendungsprobleme aufwirft, verlangt „die luxemburgische Regierung ... daher, daß zum Wortlaut des Artikels 48 Absatz 4 zurückgekehrt wird und daß anerkannt wird, daß die Verfasser des Vertrages von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ‚die Beschäftigung', also sämtliche Stellen in der öffentlichen Verwaltung und nicht nur ein Teil von diesen, ausgeschlossen haben" [32].

70. Die grundlegende Prämisse Ihrer gegenwärtigen Rechtsprechung besteht in der Einstufung des Begriffes der Beschäftigung der öffentlichen Verwaltung als Begriff des Gemeinschaftsrechts.

71. Diese Einstufung erfolgte unter Berufung auf die Grundsätze der Einheitlichkeit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, die seit dem Beginn Ihrer Rechtsprechung ununterbrochen als Leitgedanken für Ihre Auslegung des Rechts und den Aufbau der Rechtsordnung der Gemeinschaft dienen.

72. Eine grundlegende Änderung der Rechtsprechung würde voraussetzen, daß Sie entschieden, daß sich der Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung nach dem nationalen Recht bestimmt. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wäre bei allen Stellen ausgeschlossen, die zur öffentlichen Verwaltung in dem Sinn gehörten, den das nationale Recht diesem Ausdruck beimißt. Jedem Mitgliedstaat würde das Recht verliehen, mittels einer extensiven Auslegung der Ausnahme den Geltungsbereich der in Artikel 48 des Vertrages niedergelegten Grundprinzipien der Freizügigkeit und der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer einzuschränken. Diese Grundprinzipien würden unter von einem Mitgliedstaat zum anderen und sogar innerhalb ein und desselben Mitgliedstaats und von einem Zeitraum zum anderen sehr unterschiedlichen Vorausset-

31 — Klagebeantwortung, S. 12.

32 — A. a. O., S. 16.

zungen ausgeübt, je nachdem welche Auffassung die Träger hoheitlicher Befugnisse vom Umfang ihrer Wirkungen hätten. Der rechtlichen Qualifizierung des Beschäftigungsverhältnisses käme eine besondere Bedeutung zu, die Sie ihr im erwähnten Urteil Sotgiu [33] abgesprochen haben.

73. Man kann sich leicht vorstellen, wie sehr die Freizügigkeit der Arbeitnehmer beeinträchtigt würde. Es genügt der Hinweis, daß in einer Anzahl von Mitgliedstaaten mehrere Millionen von Personen dem öffentlichen Bereich im weiten Sinne angehören.

74. Ein solcher Schritt zurück wäre nicht ohne Folgen für die Gemeinschaftsrechtsordnung selbst.

75. Ich meine, daß Sie ihn nicht tun dürfen.

2. Hat die Rechtsprechung den Grundsatz einer Prüfung Stelle für Stelle aufgestellt?

76. Die von der Kommission erhobene Klage weist die Besonderheit auf, daß sie auf einer systematischen Untersuchung mehrerer vollständiger Tätigkeitsbereiche des Staates oder öffentlicher Körperschaften beruht.

77. Nach Ansicht der Beklagten haben Sie insbesondere in den Urteilen vom 17. Dezember 1980 und vom 26. Mai 1982 (Kommission/Belgien, a. a. O.) den Grundsatz einer Prüfung Fall für Fall aufgestellt.

78. Im Urteil vom 17. Dezember 1980 haben Sie zwar folgendes festgestellt [34]:

„Daher ist zu prüfen, ob die von der Klage betroffenen Stellen dem Begriff der öffentlichen Verwaltung im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 zugerechnet werden können ... [wobei diese] Einordnung davon abhängt, ob die betreffenden Stellen typisch für die spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung insoweit sind, als diese mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und mit der Verantwortung für die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates betraut ist."

79. Sie haben diese Erwägungen im Urteil vom 26. Mai 1982 wieder aufgegriffen [35].

80. Ich denke jedoch nicht, daß es tatsächlich eine Rechtsprechung gibt, die eine Prüfung Stelle für Stelle gebietet.

33 — Randnr. 5.

34 — Randnr. 12.

35 — Randnr. 7.

81. Es ist zu bedenken, daß der Gerichtshof in der Rechtssache 149/79 den Begriff der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung erstmals genau definiert hat. Bereits für die Zwecke dieser Definition mußte ein pragmatischer Ansatz gefunden werden. Außerdem wurde mit der Vertragsverletzungsklage dem Königreich Belgien zur Last gelegt, daß es „den Besitz der belgischen Staatsangehörigkeit zur Voraussetzung für die Einstellung in nicht unter Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag fallende *Stellen* gemacht oder die Aufstellung dieser Voraussetzung zugelassen hat" [36]. Unter Berücksichtigung dieser Formulierung *mußte* der Gerichtshof daher für die Entscheidung, ob eine Vertragsverletzung vorliegt, prüfen, ob die streitigen „Stellen" unter Artikel 48 Absatz 4 fielen. Daher mußte er die Parteien im Verfahren bitten, ihm ergänzende Auskünfte über das Verzeichnis der in Rede stehenden Stellen und dann, im Zwischenurteil vom 17. Dezember 1980, über die wirkliche Natur der mit diesen Stellen verbundenen Aufgaben zu erteilen.

82. Wenn in den angeführten später ergangenen Urteilen besondere Stellen und nicht ganze Bereiche untersucht worden sind, so nur deshalb, weil beim Gerichtshof Vorabentscheidungsersuchen oder Vertragsverletzungsklagen anhängig waren, die diese besonderen Stellen betrafen.

83. Der Ansatz des Gerichtshofes war daher wohl auf die besonderen Bedingungen seiner Anrufung zurückzuführen und nicht auf den Willen, einen Auslegungsgrundsatz aufzustellen.

36 — Urteil vom 17. Dezember 1980 (Randnr. 1, Hervorhebung von mir).

84. Durch die Einstufung des Begriffes der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung als gemeinschaftsrechtlicher Begriff wollten Sie verhindern, daß die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das Diskriminierungsverbot einen zeitlich und örtlich unterschiedlichen Inhalt haben.

85. Die Aufstellung eines Grundsatzes der Beurteilung Stelle für Stelle würde es jedem Mitgliedstaat erlauben, tatsächlich in bezug auf jeden Tätigkeitsbereich seiner Wahl seiner nationalen Definition der öffentlichen Verwaltung Geltung zu verschaffen, solange nicht die Kommission oder ein Gemeinschaftsangehöriger in bezug auf eine oder mehrere bestimmte Stellen Einwände erhoben hat.

86. Auf diese Weise könnten die Mitgliedstaaten die Beweislastregelung dazu benutzen, den Grundsatz der Freizügigkeit als Ausnahme erscheinen zu lassen.

87. Der Kommission oder den Gemeinschaftsangehörigen obläge *unter allen Umständen* die *negative* Beweislast dafür, daß die Voraussetzungen einer *Ausnahme* von einer Gemeinschaftsfreiheit nicht erfüllt sind. Diese Folge würde zumindest gegen die Regeln für die Auslegung von Grundsatz und Ausnahme verstoßen.

88. Der Beitrag Ihrer Rechtsprechung zur Umsetzung einer der Grundfreiheiten des Vertrages würde in einzigartiger Weise beschränkt, wenn man die Bedeutung der praktischen Auswirkungen der Festlegung der Beweislast berücksichtigt.

89. Letztlich wären ein Staat und seine öffentlichen Körperschaften nur verpflichtet, ihre Dienststellen Stelle für Stelle nach Maßgabe der von der Kommission oder von Gemeinschaftsangehörigen eingeleiteten Verfahren zu öffnen. Dies würde bedeuten, daß für eine einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts Jahrzehnte notwendig wären.

90. Ich teile daher nicht die Auslegung Ihrer Rechtsprechung, die das Großherzogtum Luxemburg vornimmt.

91. Im vorliegenden Fall hat die beanstandete Vertragsverletzung einen anderen Gegenstand als die bereits entschiedenen Rechtssachen.

92. Dem beklagten Staat wird nicht vorgeworfen, den Gemeinschaftsangehörigen den Zugang zu bestimmten Stellen verwehrt zu haben. Ihm wird zur Last gelegt, ohne besondere Rechtfertigung den Zugang zu sämtlichen oder den meisten Stellen eines Tätigkeitsbereiches verwehrt zu haben, anstatt diesen Bereich für die Freizügigkeit zu öffnen und lediglich für Stellen Ausnahmen vorzusehen, die er positiv, jedoch abschließend anhand von aus der Rechtsprechung über die Definition der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung abgeleiteten Rechtfertigungsgründen bestimmt.

93. Die gerügte Vertragsverletzung bezieht sich also auf einen der Beklagten zugerechneten fehlerhaften Ansatz, nämlich die angeblich falsche Anwendung der Unterscheidung zwischen Grundsatz und Ausnahme. Wie in den Aufforderungsschreiben, den mit Gründen versehenen Stellungnahmen und der Klageschrift ausgeführt worden ist, würde die Untersuchung nach Bereichen durch die Kommission „den Mitgliedstaaten die Möglichkeit [geben], zu beweisen, daß bei einer genau festgelegten Stelle entgegen den üblichen Annahmen ein Bezug zu den spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung besteht".

3. *Müssen die nationalen Behörden die Ausnahme von vornherein in allen ihren Tätigkeitsbereichen rechtfertigen, oder ist nach Bereichen zu unterscheiden?*

94. Wenn durch die Aufstellung des Prinzips einer Untersuchung Stelle für Stelle die Auswirkungen Ihrer bisherigen Rechtsprechung beträchtlich abgeschwächt werden können, so bleibt zu prüfen, welche logischen Folgen diese für die verschiedenen Tätigkeitsbereiche des Staates und der öffentlichen Körperschaften hat.

95. Zunächst ist die Frage einer Unterscheidung nach den betroffenen Tätigkeitsbereichen zu prüfen (a), und sodann sind die Grundzüge einer solchen Unterscheidung darzustellen (b).

a) Zur Frage einer Unterscheidung nach Tätigkeitsbereichen

96. Wie ich bereits dargestellt habe [37], haben Sie eine *funktionelle* Definition der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung festgelegt.

97. Von einer funktionellen Betrachtung *nur der Stellen* könnte man herleiten, daß Ihre Definition einer Ausnahme von der Freizügigkeit einheitlich auf alle Tätigkeitsbereiche der Hoheitsträger anzuwenden ist.

98. Nach den Regeln für die Anwendung eines Grundsatzes und der Ausnahmen von ihm müßte der Staat Ausnahmen auf die er sich beruft, von vornherein in allen Bereichen begründen. Den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten wären nur Stellen verschlossen, die von den Hoheitsträgern positiv als die gemeinschaftliche Definition erfüllend bezeichnet würden, vorbehaltlich einer nachträglichen Kontrolle durch die nationalen Gerichte und gegebenenfalls das Gemeinschaftsgericht.

99. Diese Lösung erscheint von der juristischen Logik her verführerisch, weil sie zu einer einheitlichen Erwägung führt, die unterschiedslos auf alle Tätigkeiten des Staates anwendbar wäre und zugleich mit der Regel im Einklang stünde, daß Ausnahmen eng auszulegen sind und wer eine Ausnahme geltend macht, dies zu begründen hat.

100. Die genannte Lösung hätte den Vorteil, den Gemeinschaftsangehörigen unabhängig davon, ob sie Staatsangehörige eines bestimmten Mitgliedstaats sind, gleichen Zugang zum größten Teil aller Tätigkeitsbereiche zu gewährleisten, die weit von den spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung entfernt sind, denn die zu Recht auf Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages gestützten Ausnahmen wären darin die Minderheit.

101. Sie hätte jedoch in den Bereichen der spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung den Nachteil, daß die betroffenen Hoheitsträger gezwungen wären, sehr zahlreiche Ausnahmen vorzusehen. In diesen Tätigkeitsbereichen ist nämlich die Zahl der besonderen Stellen, die die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung erfüllen, erheblich und bei weitem höher als diejenige der Stellen, für die der Grundsatz der Freizügigkeit gilt.

37 — Nr. 16 und die zugehörige Fußnote.

102. Den Hoheitsträgern einen solchen Zwang aufzuerlegen, wäre kein Zeichen einer guten Rechtstechnik.

103. Ich schlage daher vor, diesen Weg nicht zu beschreiten, zumal mir ein anderer Weg als möglich erscheint, der darin besteht, nach Tätigkeitsbereichen zu unterscheiden.

104. Es sei bemerkt, daß Sie bereits im ersten Urteil Kommission/Belgien [38] im Sinne einer nach Tätigkeitsbereichen gegliederten Lösung entschieden haben:

„Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Artikel 48 Absatz 4 bereitet allerdings deshalb besondere Schwierigkeiten, weil *die Träger hoheitlicher Befugnisse* in den einzelnen Mitgliedstaaten *wirtschaftliche und soziale Aufgaben übernommen haben oder in Bereichen tätig werden, die nicht den typischen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zugerechnet werden können, sondern vielmehr ihrem Wesen nach in den Anwendungsbereich des EWG-Vertrages fallen.*" [39]

105. In allen entschiedenen Fällen haben Sie es nicht versäumt, sich inzident zu fragen, ob *die allgemeine Tätigkeit in dem betreffenden Bereich* zu den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung gehört. Beispielsweise haben Sie sich notwendigerweise in bezug auf die Stellen für Krankenpfleger oder Krankenschwestern sowie Lehrer oder Lehrerinnen gefragt, ob zum einen die Pflegetätigkeiten, die den Bereich der öffentlichen Krankenhäuser kennzeichnen, und zum anderen die Unterrichtstätigkeiten, die den Kern des Bereichs des öffentlichen Bildungswesens ausmachen, zu den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung gehören.

106. Heute sind Sie ausdrücklich aufgefordert, eine Vertragsverletzung im Hinblick auf ganze Bereiche zu beurteilen.

107. Voraussetzung dafür, daß einer solchen Klage stattgegeben werden kann, ist, daß Sie eine Untersuchung nach Bereichen als solche ausdrücklich zulassen, wie Sie es 1980 im erwähnten ersten Urteil Kommission/Belgien nur angedeutet haben.

108. Ich neige zu einer Lösung in diesem Sinne.

109. Ich schlage vor, eine Überlegung in zwei Stufen vorzunehmen.

38 — Randnr. 11, Hervorhebung von mir.
39 — Hervorhebung von mir.

110. Die erste Stufe umfaßt *die Untersuchung der allgemeinen Tätigkeit in dem betreffenden Bereich* und die Festlegung ihrer Folgen für die Beweislast.

111. Sie läßt sich wie folgt beschreiben:

— Gehört die Tätigkeit in einem Bereich zu den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung, so ist anzunehmen, daß die meisten Stellen, die zu diesem Bereich gehören, die Voraussetzungen der gemeinschaftlichen Definition der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung erfüllen; daher ist der Bereich von vornherein dem Anwendungsbereich des Artikels 48 Absatz 4 des Vertrages zuzurechnen, und es ist Sache der Kommission oder eines Gemeinschaftsangehörigen, darzutun, daß die Voraussetzungen für die Ausnahme nicht erfüllt sind;

— ist jedoch die Tätigkeit in einem Bereich von den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung weit entfernt, so ist anzunehmen, daß die meisten Stellen, die zu diesem Bereich gehören, nicht die Voraussetzungen der gemeinschaftlichen Definition erfüllen; in diesem Fall ist der Bereich als von vornherein in den Geltungsbereich des Artikels 48 Absätze 1 bis 3, also der Freizügigkeit der Arbeitnehmer, gehörend zu betrachten, und die nationalen Hoheitsträger haben für bestimmte Stellen darzutun, daß in Wirklichkeit die Voraussetzungen des Artikels 48 Absatz 4 erfüllt sind.

112. Die zweite Stufe umfaßt im Falle eines Streits um eine bestimmte Stelle *die Untersuchung der mit dieser Stelle verbundenen Aufgaben*: Das angerufene nationale Gericht oder Gemeinschaftsgericht prüft unter Beachtung der Beweislastverteilung, ob die Stelle im Sinne Ihrer ständigen Rechtsprechung eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung von Aufgaben mit sich bringt, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.

113. Lassen Sie mich ohne Umschweife den möglichen Einwand prüfen, daß es konstruiert wäre, in einem bestimmten Bereich eine *Vermutung* der Anwendbarkeit entweder des Artikels 48 Absätze 1 bis 3 oder des Artikels 48 Absatz 4 je nach der Art der allgemeinen Tätigkeit in dem betreffenden Bereich einzuführen.

114. Hierzu hat man sich zu vergegenwärtigen, daß im Rahmen einer Lösung, die darin besteht, nur eine Untersuchung Stelle für Stelle und keine Untersuchung nach Bereichen zuzulassen, notwendigerweise *vermutet* wird, daß Artikel 48 Absatz 4 von vornherein *auf jede Stelle, unabhängig von dem Sektor*, dem sie angehört, anwendbar ist, *sofern sie zur Tätigkeit der nationalen Hoheitsträger gehört*. Eine solche Vermutung überläßt zunächst diesen die Bestimmung des Bereiches einer *Ausnahme* durch die bloße Entscheidung, einen Bereich dem Staat oder einer öffentlichen Körperschaft zu unterstellen. Sie erscheint mir daher anfechtbarer als die Vermutung aufgrund der objektiven Feststellung, daß die Tätigkeit in einem bestimmten Bereich zu den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung gehört oder nicht gehört und daß daher die meisten der betroffenen Stellen den Voraussetzungen der

gemeinschaftlichen Definition der öffentlichen Verwaltung entsprechen oder nicht entsprechen.

115. Ferner erscheint es mir angezeigt, darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof im Rahmen der Artikel 30 und 36 des Vertrages bereits in durchaus vergleichbarer Weise eine Überlegung in zwei Stufen, die eine Vermutung umfaßt, vorgenommen hat.

116. Er hat dies in zwei Urteilen vom 21. März 1991, Delattre [40] sowie Monteil und Samanni [41], getan.

117. Damals ging es um die Frage, ob das Monopol der Apotheker eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Artikel 30 des Vertrages darstellen kann [42].

118. Für die Beurteilung der Rechtfertigung eines Monopols haben Sie zwischen zwei Arten von Waren [43], nämlich zwischen „Arzneimitteln" und sonstigen Waren, den sogenannten „parapharmazeutischen" Erzeugnissen, unterschieden.

119. In bezug auf Arzneimittel haben Sie festgestellt, daß unter Berücksichtigung des „ganz besondere[n] Charakter[s] solcher Erzeugnisse und des fraglichen Marktes" [44] das Monopol der Apotheker „als eine angemessene Form des Schutzes der öffentlichen Gesundheit *gelten*" [45] kann, d. h., daß vermutet werden kann, daß es unter die Ausnahme des Artikels 36 des Vertrages fällt. Nachdem Sie diese Vermutung zugelassen haben, haben Sie ausgeführt, daß „der *Beweis des Gegenteils* bei bestimmten Arzneimitteln möglich ist, deren Gebrauch nicht mit ernsten Gefahren für die öffentliche Gesundheit verbunden ist und deren Unterwerfung unter das Apothekermonopol offensichtlich unverhältnismäßig wäre" [46].

120. In bezug auf die übrigen Erzeugnisse haben Sie jedoch ausgeführt, daß „dann, wenn den Apothekern für ihren Vertrieb ein Monopol eingeräumt worden ist, die Notwendigkeit dieses Monopols für den Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Verbraucher *in jedem Einzelfall ... nachgewiesen werden [muß]*" [47].

40 — Rechtssache C-369/88 (Slg. 1991, I-1487).

41 — Rechtssache C-60/89 (Slg. 1991, I-1547).

42 — Siehe Randnrn. 50 f. des Urteils Delattre und 37 f. des Urteils Monteil und Samanni. Ihr Urteil vom 24. November 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097) könnte künftig ausschließen, daß ein Vermarktungsmonopol als Modalität des Absatzes eines Erzeugnisses in den Geltungsbereich des Artikels 30 fallen kann. Dies ändert jedoch nichts daran, daß Sie in den beiden untersuchten Urteilen auf eine Vermutung im Rahmen des Artikels 30 des Vertrages in bezug auf eine der großen Freiheiten zurückgegriffen haben, die der Vertrag neben der Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährt.

43 — In ähnlicher Weise schlage ich in der vorliegenden Rechtssache vor, zwischen zwei Arten von Tätigkeiten zu unterscheiden.

44 — Randnr. 54 des Urteils Delattre und Randnr. 41 des Urteils Monteil und Samanni.

45 — Randnr. 56 des Urteils Delattre und Randnr. 43 des Urteils Monteil und Samanni, Hervorhebung von mir.

46 — A. a. O.

47 — Randnr. 57 des Urteils Delattre und Randnr. 44 des Urteils Monteil und Samanni, Hervorhebung von mir.

121. In bezug auf Arzneimittel hat der Gerichtshof auf diese Weise der Kommission oder einem Wirtschaftsteilnehmer die Beweislast auferlegt. In bezug auf die übrigen Erzeugnisse hat er den Mitgliedstaaten die positive Beweislast dafür auferlegt, daß das Apothekermonopol als Ausnahme vom freien Warenverkehr aus Gründen des Schutzes der Gesundheit im Sinne von Artikel 36 des Vertrages gerechtfertigt ist.

122. Die Analogie zwischen dieser Lösung und dem Lösungsweg, den zu beschreiten ich vorschlage, könnte Bedenken hervorrufen.

b) Zu den Grundzügen einer Unterscheidung nach Tätigkeitsbereichen

123. Die Unterscheidung, die die Kommission in ihrer erwähnten Mitteilung 88/C 72/02 vorgenommen hat, stellt einen sachdienlichen Bezugspunkt für die Zwecke einer Unterscheidung nach Tätigkeitsbereichen der nationalen Hoheitsträger dar.

124. Mit der Kommission bin ich der Ansicht, daß im Sinne Ihrer Rechtsprechung die spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung, die vom Staat und den öffentlichen Körperschaften ausgeübt werden, im wesentlichen im Zusammenhang mit der Landesverteidigung, der inneren Sicherheit, dem öffentlichen Finanzwesen, der Rechtspflege und den auswärtigen Angelegenheiten sowie den Stellen in den Staatsministerien, den regionalen oder örtlichen Körperschaften, den übrigen dieser gleichgestellten Einrichtungen und den Zentralbanken stehen. In diesen Bereichen ist die Tätigkeit der Dienststellen tatsächlich spezifisch einem politischen oder gerichtlichen Hoheitsträger zugeordnet.

125. Ebenfalls wie die Kommission glaube ich, daß die übrigen Tätigkeiten jedoch weit entfernt von den spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung sind, wie sie der Gerichtshof definiert hat. Es handelt sich insbesondere um die Tätigkeiten der mit der Verwaltung einer kommerziellen Dienstleistung betrauten Einrichtungen (Transporte auf dem Landweg, Luft- oder Seefahrt, Wasser-, Elektrizitäts- oder Gasversorgung, Post- und Fernmeldewesen, Rundfunk- und Fernsehanstalten usw.), Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens, Unterricht an staatlichen Bildungseinrichtungen und zivile Forschung in staatlichen Forschungsanstalten. Tatsächlich läßt sich von jeder dieser Tätigkeiten sagen, daß es sie auch im privaten Bereich gibt oder daß sie im öffentlichen Bereich ohne Staatsangehörigkeitserfordernis ausgeübt werden kann.

126. Ich kann mich der Ansicht des Beklagten nicht anschließen, wenn er ausführt [48]:

„Auf so wesentlichen Gebieten wie dem Gesundheitswesen, dem Bildungswesen, dem

48 — Klagebeantwortung, S. 15.

Post- und Fernmeldewesen, der Wasser- und Gasversorgung und dem öffentlichen Verkehr benötigt der Staat Personen, die sich gegenüber der nationalen Gemeinschaft ganz solidarisch und voll verantwortlich fühlen."

127. Sie haben nämlich einen Zusammenhang des „Verhältnis[ses] besonderer Verbundenheit zum Staat sowie die Gegenseitigkeit von Rechten und Pflichten, die dem Staatsangehörigkeitsband zugrunde liegen", nur mit denjenigen Stellen gesehen, „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" [49]. Die meisten Stellen in den in Rede stehenden Bereichen entsprechen jedoch nicht der Definition solcher Stellen. Ein Staatsangehörigkeitserfordernis kann daher nur für Stellen aufgestellt werden, die diese Definition erfüllen, und nicht für jeden Bereich insgesamt.

128. Was insbesondere den Bereich des Bildungswesens angeht, so haben Sie mehrfach entschieden, daß diese Tätigkeit nicht Ihre Definition der öffentlichen Verwaltung in bezug auf die Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und die Wahrung allgemeiner Belange erfüllt [50]. Für den gesamten betreffenden Bereich kann daher nicht die Vermutung gelten, daß er unter die Ausnahme des Artikels 48 Absatz 4 des Vertrages fällt.

129. Das Großherzogtum Luxemburg macht geltend [51]: „Die luxemburgische Staatsangehörigkeit der Lehrkräfte ist eine Garantie für die Vermittlung der traditionellen Werte und stellt für ein kleines Land eine wesentliche Voraussetzung für die Wahrung der nationalen Identität dar."

130. Es fügt hinzu:

„Es ist schwer vorstellbar, daß ein Grundschullehrer, der aus dem Ausland kommt, hinreichend mit der Umgebung vertraut ist, in der die luxemburgischen Kinder die ersten Jahre ihres Lebens verbracht haben, daß er die nationalen Bräuche, die Lieder, die Gedichte und alle anderen Umstände der nationalen Psychologie kennt, die auf dieser Unterrichtsstufe eine Rolle spielen.

Selbst im Unterricht an höheren Schulen kann die Arbeit des Lehrers nicht als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen werden, in deren Rahmen Wissen gegen Dienstbezüge verkauft würde.

Die Übermittlung der nationalen Kultur setzt sich auch auf dieser Stufe fort. Sie kann nicht ordnungsgemäß durch jemanden gewährleistet werden, der die ersten 25 oder 30 Jahre seines Lebens in einem anderen Land verbracht hat.

49 — Siehe oben, Nr. 15.

50 — Urteile Lawrie-Blum (Randnrn. 27 und 28), Allué und Coonan (Randnr. 7) sowie Bleis (Randnrn. 6 und 7).

51 — Klagebeantwortung, S. 9.

Hat er hingegen tatsächlich den wesentlichen Teil seiner Jugend in dem Land verbracht, in dem er Lehrer werden möchte, wird er keine Schwierigkeiten haben, sich naturalisieren zu lassen. Will er diesen Schritt nicht unternehmen, so beweist dies, daß ihn mit seinem Aufnahmeland keine so enge affektive Beziehung verbindet, daß er beanspruchen könnte, dessen Jugend auszubilden."

131. Obwohl der Hinweis auf Ihre Rechtsprechung genügt, das Vorbringen des Beklagten zurückzuweisen, sei es mir erlaubt, einige beruhigende Ausführungen zu den zu seiner Begründung angeführten Argumenten zu machen.

132. Die im Vertrag verankerte Freizügigkeit gewährt den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten kein Privileg im Vergleich zu den eigenen Angehörigen eines Staates. Sie erlaubt ihnen nur den Zugang zur Beschäftigung in dessen Gebiet unter strikter Wahrung der Gleichbehandlung, die mit ihr verbunden ist. Sie gewährt ihnen Chancengleichheit und nicht die Gewißheit eines Ergebnisses. Die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten müssen, wie die eigenen Staatsangehörigen, alle für die Einstellung verlangten Voraussetzungen insbesondere der Ausbildung, Erfahrung und Sprachkenntnisse erfüllen [52].

133. Im Bereich des Bildungswesens wird die Vermittlung der traditionellen Werte eines Landes zunächst durch *die Festlegung des Inhalts der Programme* gewährleistet. Dies ist in sehr weitem Umfang Aufgabe der Hoheitsträger und nicht der Lehrkräfte selbst.

134. Nicht alle Unterrichtsfächer dienen übrigens der Übermittlung der traditionellen Werte. Beispielsweise haben die wissenschaftlichen und technischen Fächer, der Fremdsprachenunterricht und die sportlichen Fächer nicht von vornherein eine solche Funktion. Nur Fächer wie der Unterricht der Nationalsprache, der Literatur, der Geschichte, der Geographie und der Staatsbürgerkunde sind unbestreitbar geeignet, die nationale Identität zu pflegen und zu bewahren, sofern der Inhalt der Programme in diesem Sinne ausgestaltet ist.

135. Im Unterricht an höheren Schulen und im Hochschulunterricht, in dem die Lehrkräfte grundsätzlich auf Fächer spezialisiert sind, kann die Besorgnis des Großherzogtums Luxemburg daher nur bestimmte Fächer, nicht aber alle betreffen. Im Vor- und Hauptschulunterricht, in dem die Lehrkraft selbst im wesentlichen für die Fächer verantwortlich ist, kann diese Besorgnis tatsächlich bedeutsamer sein.

136. Unabhängig von der Art des Unterrichts können die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten jedoch sinnvollerweise nur an den Einstellungsverfahren teilnehmen, wenn sie eine gute Kenntnis des oder der Fächer, auf die sich die angebotenen Stellen beziehen, sowie auf jeden Fall der Nationalsprache [53] und/oder anderer, für den Unter-

52 — Hierzu sei darauf hingewiesen, daß Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 die Möglichkeit vorbehält, „Bedingungen, welche die in Anbetracht der Besonderheit der zu vergebenden Stelle erforderlichen Sprachkenntnisse betreffen, vorzuschreiben".

53 — Im Großherzogtum Luxemburg sind gemäß den Artikeln 1, 2 und 3 des Gesetzes vom 24. Februar 1984 über die Sprachregelung (*Mémorial* A, 1984, S. 196) Nationalsprache das Luxemburgische, Gesetzgebungssprache das Französische sowie Verwaltungs- und Gerichtssprachen das Französische, das Deutsche und das Luxemburgische.

richt in einem bestimmten Fach erforderlicher Sprachen besitzen.

137. Im Falle eines Staates wie des Großherzogtums Luxemburg erscheint es daher kaum als wahrscheinlich, daß ein Staatsangehöriger eines anderen Mitgliedstaats, der seine Jugend und seine Schulzeit in seinem Herkunftsstaat verbracht hat, in der Lage sein kann, mit gewissen Erfolgsaussichten an einem Einstellungsverfahren für Lehrer teilzunehmen, da er die luxemburgische Sprache nicht beherrschen und die Fächer, in denen sich die dem Aufnahmestaat eigenen Werte und die ihm eigene Kultur konzentrieren, nicht erlernt haben wird. Im Unterricht an höheren Schulen und Hochschulen wird für die Stellen für Lehrkräfte, die mit solchen Fächern befaßt sind, das gleiche gelten. In allen anderen Fächern könnte ein Staatsangehöriger aus dem Ausland ebenfalls an sprachlichen Anforderungen scheitern, sofern der verlangte Kenntnisstand nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel steht [54].

138. Grundsätzlich werden nur die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten, die ihre Jugend und ihre Schulzeit im Großherzogtum verbracht haben oder die zumindest dort mehrere Jahre gelebt haben, in der Lage sein, sich um Stellen zu bewerben, die eines oder mehrere mit diesen im Zusammenhang stehende Fächer umfassen. Es kann sich nur um vollständig in das Land integrierte Staatsangehörige handeln, die wie die Inländer über Kenntnisse der Nationalsprache und der beiden anderen in Luxemburg praktizierten Sprachen verfügen. Sie werden daher selbst von den Werten und der Kultur dieses Landes durchdrungen sein. Je nach unterrichtetem Fach müssen sie persönlich zu deren Vermittlung in Durchführung von Programmen beitragen, die von den zuständigen Hoheitsträgern entworfen worden sind.

139. Ihnen den Zugang zur Beschäftigung im Bildungswesen zu öffnen, wird letztlich keine Bedrohung für die nationale Identität darstellen.

140. Auf alle Fälle darf jedoch von Gemeinschaftsangehörigen, die eine vom Vertrag anerkannte Grundfreiheit ausüben und alle für den Zugang zu einer Stelle vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllen, nicht, wie der Beklagte geltend macht, der Erwerb der Staatsangehörigkeit des Aufnahmestaates verlangt werden.

141. Ein solches Erfordernis käme der Versagung der in Anspruch genommenen Freiheit gleich.

54 — Urteil vom 28. November 1989 in der Rechtssache C-379/87 (Groener, Slg. 1989, 3967, Randnrn. 20 und 21).

B — *Die Umsetzung der getroffenen Wahl*

142. Für die Zwecke der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages habe ich eine Untersuchung nach ganzen Tätigkeitsbereichen des Staates oder der öffentlichen Körperschaften mittels einer Unterscheidung zwischen den Tätigkeiten vorgeschlagen, die zu den spezifischen Tätigkeiten der Verwaltung zählen, und denjenigen, die davon weit entfernt sind. Im vorliegenden Fall sind die von der Klage der Kommission erfaßten Bereiche unter dem Blickwinkel einer solchen Unterscheidung zu untersuchen, um daraus alle rechtlichen Konsequenzen in bezug auf das Vorliegen einer Vertragsverletzung durch das Großherzogtum Luxemburg zu ziehen (1). Bevor ich diesen letzten Punkt abschließe, möchte ich die Frage nach der Begründetheit der Rügen behandeln, die nach Ansicht des Beklagten einem der Klage stattgebenden Urteil entgegenstehen (2).

1. *Untersuchung der von der Klage der Kommission erfaßten Tätigkeitsbereiche*

143. Nach den Unterscheidungskriterien, die ich dargelegt habe [55], sind die sechs in Rede stehenden Tätigkeitsbereiche weit von den spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung entfernt.

144. Somit erfüllen die meisten der Stellen, die sie umfassen, nicht die Voraussetzungen der gemeinschaftlichen Definition der öffentlichen Verwaltung. Daher fallen diese Tätigkeitsbereiche von vornherein unter Artikel 48 Absätze 1 bis 3 des Vertrages. Es ist Sache der nationalen Hoheitsträger, für bestimmte Stellen nachzuweisen, daß die Voraussetzungen von Artikel 48 Absatz 4 erfüllt sind.

145. Die Aufgabe des Großherzogtums Luxemburg besteht deshalb darin, den Arbeitnehmern aus der Gemeinschaft den Zugang zu den in Rede stehenden Bereichen zu öffnen, vorbehaltlich lediglich der Ausnahmen, die sie unter Bezugnahme auf die gemeinschaftliche Definition der öffentlichen Verwaltung positiv festlegt.

146. Es ist festzustellen, daß dies nicht die Vorgehensweise ist, die dem beanstandeten nationalen Recht zugrunde liegt.

147. Meine Darstellung des positiven luxemburgischen Rechts [56] zeigt, daß in den betroffenen Bereichen das Staatsangehörigkeitserfordernis die Regel ist und daß der Zugang der Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten die Ausnahme bleibt.

148. Die Ausnahmen bestehen im wesentlichen für bestimmte Einrichtungen oder bestimmte Arten von Stellen.

55 — Oben, Nrn. 124 bis 125.

56 — Nrn. 30 ff.

149. Im Lichte meiner Auslegung des Artikels 48 Absatz 4 des Vertrages kann daher dem Großherzogtum Luxemburg eine Verletzung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen zur Last gelegt werden, jedoch nicht gemäß dem Antrag in der Klageschrift, deren zu allgemeine Formulierung zu Unrecht glauben machen könnte, daß das gegenwärtige luxemburgische Recht keine Ausnahme vom Staatsangehörigkeitserfordernis zuläßt.

150. Bevor ich zu diesem Ergebnis gelange, muß ich noch die Verteidigungsmittel prüfen, die der beklagte Staat der Kommission entgegenhält.

2. *Verteidigungsmittel des Beklagten*

151. Das Großherzogtum Luxemburg begründet seinen Antrag auf Klageabweisung mit vier Verteidigungsmitteln. Das erste ist auf seine Verfassung vom 17. Oktober 1868 gestützt (a). Die übrigen drei beruhen auf Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge, nämlich auf Artikel 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens vom 13. Dezember 1955 [57] (b), Artikel 61 des Vertrages vom 3. Februar 1958 über die Gründung der Benelux-Wirtschaftsunion [58] (c) und Artikel 2 des Protokolls betreffend das Großherzogtum Luxemburg vom 25. März 1957, das dem EWG-Vertrag als Anhang beigefügt ist (d).

a) Artikel 11 der Verfassung des Großherzogtums Luxemburg vom 17. Oktober 1868

152. Artikel 11 Absatz 2 der luxemburgischen Verfassung lautet:

„Die Luxemburger sind vor dem Gesetz gleich; nur sie allein werden zu den Zivil- und Militärämtern zugelassen, vorbehaltlich der Ausnahmen, die für Sonderfälle durch ein Gesetz festgelegt werden können."

153. Der Beklagte zitiert diese Bestimmung als eines der rechtlichen Hindernisse, die er geltend macht.

154. Er fügt jedoch hinzu, daß er sich des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten bewußt sei.

155. Zu diesem Punkt genügt der Hinweis, daß nach gefestigter Rechtsprechung [59] der Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber

57 — *Série des traités et conventions européens*, Nr. 19.

58 — *Moniteur belge* vom 27. Oktober 1960. Siehe auch *Codes Larcier*, Band IV, Ausgabe 1995, S. 33.

59 — Beschluß vom 22. Juni 1965 in der Rechtssache 9/65 (San Michele/Hohe Behörde, Slg. 1967, 37, 39), Urteile vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125, Randnr. 3) und vom 13. Juli 1972 in der Rechtssache 48/71 (Kommission/Italien, Slg. 1972, 529, Randnrn. 8 und 9).

jeder nationalen Rechtsvorschrift gilt, selbst wenn sie verfassungsrechtlicher Art ist.

156. Daher steht der genannte Artikel 11 Absatz 2 der Feststellung einer Vertragsverletzung nicht entgegen.

157. Auf alle Fälle weise ich darauf hin, daß nicht ausgeschlossen ist, daß die Wendung „Zivil- und Militärämter" in diesem Artikel in einem Sinn ausgelegt werden kann, der völlig mit Ihrer Definition der öffentlichen Verwaltung vereinbar ist, so daß in der internen Rechtsordnung keine Verfassungsänderung erforderlich wäre.

b) Artikel 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens

158. Das im Rahmen des Europarates geschlossene Niederlassungsabkommen soll gemeinsame Regeln für die Behandlung der Staatsangehörigen eines Vertragsstaats im Gebiet der anderen Vertragsstaaten aufstellen.

159. Am 1. Juli 1995 war das Abkommen in den zehn Mitgliedstaaten Königreich Belgien, Königreich Dänemark, Bundesrepublik Deutschland, Griechische Republik, Irland, Italienische Republik, Großherzogtum Luxemburg, Königreich der Niederlande, Königreich Schweden und Vereinigtes Königreich Großbritannien und Nordirland sowie in zwei Drittstaaten, dem Königreich Norwegen und der Türkischen Republik, anwendbar.

160. Artikel 13, auf den sich der Beklagte als Ausnahme von der Liberalisierung der Ausübung von Erwerbstätigkeiten gemäß den Artikeln 10 und 12 beruft, lautet:

„Jeder Vertragsstaat kann die Ausübung öffentlicher Aufgaben und jeder mit der Sicherheit des Staates oder der Landesverteidigung im Zusammenhang stehenden Tätigkeit den eigenen Staatsangehörigen vorbehalten oder die Ausübung dieser Tätigkeiten durch Ausländer von besonderen Voraussetzungen abhängig machen."

161. Der Artikel wirft das Problem der Beziehungen zwischen dem EWG-Vertrag und zwischen Übereinkünften auf, die vor dem 1. Januar 1958 zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten und einem oder mehreren Drittstaaten geschlossen wurden.

162. Diese Beziehungen regeln sich nach Artikel 234 Absatz 1 EWG-Vertrag, der wie folgt lautet:

„Die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor Inkrafttreten dieses Vertrages zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, werden durch diesen Vertrag nicht berührt."

163. Seit Ihrem Urteil vom 27. Februar 1962, Kommission/Italien [60], legen Sie diesen Artikel wie folgt aus:

„Die Begriffe ‚Rechte und Pflichten' in Artikel 234 [beziehen] sich, was die ‚Rechte' anbelang[t], auf die Rechte dritter Länder und, was die ‚Pflichten' anbelang[t], auf die Pflichten der Mitgliedstaaten. Nach den Grundsätzen des Völkerrechts verzichte[t] ein Staat, der eine im Widerspruch zu seinen *Rechten* aus einem früheren Vertrag stehende neue Verpflichtung eingeh[t], ipso facto darauf, diese Rechte auszuüben, soweit dieser Verzicht zur Erfüllung der neuen Verpflichtung notwendig [ist]."

60 — Rechtssache 10/61, Slg. 1962, 3, 22, Hervorhebung von mir. Siehe auch die Urteile vom 14. Oktober 1980 in der Rechtssache 812/79 (Burgoa, Slg. 1980, 2787, Randnrn. 8 und 9) und vom 11. März 1986 in der Rechtssache 121/85 (Conegate, Slg. 1986, 1007, Randnr. 25).

164. Artikel 234 erlaubt es somit den Mitgliedstaaten, die gegenüber Drittstaaten eingegangenen *Verpflichtungen* einzuhalten. Er erlaubt es den Mitgliedstaaten jedoch nicht, sich der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft durch Geltendmachung der *Rechte* aus einer vorher geschlossenen Übereinkunft zu entziehen.

165. Artikel 13 des Niederlassungsabkommens verleiht das *Recht*, das in einer bloßen Möglichkeit besteht, den Inländern „die Ausübung öffentlicher Aufgaben und jeder mit der Sicherheit des Staates oder der Landesverteidigung in Zusammenhang stehenden Tätigkeit" vorzubehalten.

166. Selbst wenn diese Bestimmung weiter ausgelegt werden müßte als Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, kann sie nicht von einem der Mitgliedstaaten, die das Niederlassungsabkommen unterzeichnet haben, dafür in Anspruch genommen werden, daß sich dieser Staat der Erfüllung seiner Gemeinschaftsverpflichtungen entzieht.

167. Unabhängig von der durch Artikel 234 des Vertrages aufgestellten Regel ist Artikel 13 des Niederlassungsübereinkommens in Verbindung mit Artikel 25 dieses Abkommens auszulegen, der lautet:

„Die Bestimmungen dieses Abkommens berühren nicht die Bestimmungen der bereits in Kraft befindlichen oder *später in Kraft*

tretenden innerstaatlichen Gesetze, zweiseitige oder mehrseitige Verträge, Abkommen oder Vereinbarungen, durch die Staatsangehörigen eines anderen Vertragsstaates oder mehrerer anderer Vertragsstaaten eine günstigere Behandlung gewährt wird." [61]

168. Diese Bestimmung behandelt ausdrücklich den Fall eines späteren günstigeren Vertrages.

169. Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, so wie Sie diese Bestimmung strikt zugunsten der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ausgelegt haben, stellt eine günstigere Bestimmung dar.

170. Artikel 13 des Niederlassungsabkommens kann dessen Anwendung daher nicht hindern.

c) Artikel 61 des Vertrages zur Gründung der Benelux-Wirtschaftsunion (im folgenden: Benelux-Vertrag)

171. Der zwischen dem Königreich Belgien, dem Großherzogtum Luxemburg und dem Königreich der Niederlande geschlossene Benelux-Vertrag beinhaltet die Gründung der „Wirtschaftsunion, die in dem in London am 5. September 1944 unterzeichneten Zollabkommen, das entsprechend dem in Den Haag am 14. März 1947 unterzeichneten Protokoll erläutert und ausgelegt wurde, vorgesehen ist" [62].

172. In Artikel 2 Absatz 2 heißt es:

„[Die Staatsangehörigen jeder der vertragschließenden Parteien] genießen [im Gebiet der anderen vertragschließenden Parteien] Inländerbehandlung in bezug auf:

...

b) Die Ausübung wirtschaftlicher und beruflicher Tätigkeiten einschließlich der Dienstleistung;

..."

61 — Hervorhebung von mir.

62 — Präambel des Benelux-Vertrages, wiedergegeben in J. Karelle und F. Kemmeter: „Le Benelux commenté", éditions Bruylant, 1961, S. 57.

173. Artikel 61 Absatz 1 schränkt diesen Grundsatz jedoch wie folgt ein:

„Abweichend von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b des vorliegenden Vertrages behält jede der hohen vertragschließenden Parteien das Recht, ihren eigenen Staatsangehörigen die Ausübung folgender wirtschaftlicher und beruflicher Tätigkeiten vorzubehalten:

a) öffentliche Funktionen, Ämter oder Stellen einschließlich der Ämter eines Notars, eines Avoué und eines Huissiers;

...“

174. Artikel 233 EWG-Vertrag lautet:

„Dieser Vertrag steht dem Bestehen und der Durchführung der regionalen Zusammenschlüsse zwischen Belgien und Luxemburg sowie zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden nicht entgegen, soweit die Ziele dieser Zusammenschlüsse durch Anwendung dieses Vertrages nicht erreicht sind.“

175. Dieser Artikel wurde in den EWG-Vertrag auf ausdrücklichen Antrag der belgischen, der luxemburgischen und der niederländischen Regierung eingefügt, um die Frage der Beziehungen zwischen dem EWG-Vertrag und dem Benelux-Vertrag zu regeln, von denen sich der letztgenannte noch im Verhandlungsstadium befand und das Zollabkommen vom 5. September 1944 ersetzen sollte.

176. Vergessen wir nicht, daß es die drei Benelux-Staaten waren, die im Rahmen der Tagung der Außenminister der sechs Mitgliedstaaten der EGKS in Messina am 1. und 2. Juni 1955 durch die Vorlage eines entsprechenden Memorandums die Initiative zu einem neuen Anlauf zur europäischen Einigung ergriffen haben. Aufgrund dieses Memorandums wurde die Einberufung der Regierungskonferenz beschlossen, die zur Unterzeichnung der Verträge von Rom am 25. März 1957 führte.

177. 1955 war die Benelux-Union im Rahmen des Zollabkommens von 1944 bereits besonders weit entwickelt. Der Benelux-Vertrag sollte tatsächlich die schon im Rahmen früherer Übereinkünfte anerkannten Bestimmungen kodifizieren und den gemeinsamen Benelux-Markt von vornherein auf einer Entwicklungsstufe festigen, die der EWG-Vertrag erst in zehn bis fünfzehn Jahren erreichen sollte [63].

63 — Siehe Baron Snoy et d'Oppuers: „Le Benelux dans la Communauté économique européenne“, *Bulletin trimestriel Benelux*, 1959, Nr. 9, S. 8, 9, zweiter Absatz.

178. Die angestrebte Benelux-Wirtschaftsunion konnte sich auf diese Weise in bestimmten Bereichen als fortgeschrittener erweisen als die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.

179. Für die drei Benelux-Staaten, „war es wichtig, sich der rechtlichen Garantie zu versichern, daß ihr gemeinsames Integrationswerk im Rahmen der neuen Gemeinschaft fortgesetzt werden und sich in vollem Umfang entfalten konnte" [64].

180. Artikel 233 betraf „... die Benelux-Union sowohl in ihrer [damals existierenden] Form als auch in der Form, die [sich] aus dem Abschluß und der Durchführung des Unionsvertrages [ergeben würde], der tatsächlich als Weiterführung und Krönung der bestehenden Übereinkünfte betrachtet werden [konnte]" [65].

181. Die Verfasser des EWG-Vertrages waren der Ansicht, „daß eine regionale Integration in einem beschränkteren Bereich innerhalb der Europäischen Gemeinschaft möglich [blieb], soweit sie bei der Verwirklichung der angestrebten wirtschaftlichen und sozialen Ziele *weiter fortgeschritten* [war]" [66]. Unter diesen Voraussetzungen war „die Beziehung zwischen beiden Gemeinschaften ... daher weder eine Parallelität noch eine Unterordnung der Benelux-Union gegenüber der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, sondern vielmehr ein Vorrang der Benelux-Union vor der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, da die Benelux-Union der Gemeinschaft der Sechs in Richtung der Integration [voranschritt]" [67].

182. Das Bestreben, die Möglichkeit einer späteren Weiterentwicklung innerhalb der Benelux-Union zu erhalten, erklärt schließlich die Wahl der Wendung „*Durchführung* der regionalen Zusammenschlüsse" in Artikel 233 EWG-Vertrag [68].

183. Sie haben diese Ansicht in Ihrem Urteil vom 16. Mai 1984, Pakvries [69] in vollem Umfang anerkannt:

„Artikel 233 EWG-Vertrag ... will verhindern, daß der regionale Zusammenschluß zwischen [dem Königreich Belgien, dem Großherzogtum Luxemburg und dem Königreich der Niederlande durch die Anwendung des Gemeinschaftsrechts aufgelöst oder in seiner Entwicklung behindert wird. Aufgrund dieser Vorschrift können die drei betroffenen Mitgliedstaaten deshalb abweichend von den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften die im Rahmen ihres Zusammenschlusses geltenden Vorschriften anwenden, *soweit dieser Zusammenschluß weiter fortgeschritten ist als die Errichtung des Gemeinsamen Marktes.*"

64 — G. Rasquin: „Considérations sur l'article 233 du traité CEE (La ‚clause Benelux')", *Revue trimestrielle Benelux*, 1982, Nr. 3, S. 57, 59.

65 — J. Karelle und F. de Kemmeter, a. a. O., S 58.

66 — A. a. O., S. 59, Hervorhebung von mir.

67 — A. a. O.

68 — Hervorhebung von mir.

69 — Rechtssache 105/83 (Slg. 1984, 2101, Randnr. 11), Hervorhebung von mir.

184. Artikel 3 Buchstabe c EWG-Vertrag nennt unter den Grundzielen der Gemeinschaft die Beseitigung namentlich der Hindernisse für den freien Personenverkehr.

185. Gemäß Artikel 1 Benelux-Vertrag umfaßt die Wirtschaftsunion *„den freien Personen-*, Waren-, Kapital- und Dienstleistungs*verkehr*“ [70].

186. Die Freizügigkeit der Personen ist daher ein gemeinsames Ziel der beiden Verträge.

187. Eine enge Auslegung einer Ausnahme von dieser Freiheit, wie derjenigen im Zusammenhang mit dem Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ im Sinne von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag, entspricht dem verfolgten gemeinsamen Ziel eher als eine weite Auslegung der Begriffe „öffentliche Funktionen, Ämter oder Stellen“ in Artikel 61 Benelux-Vertrag.

188. Daher ist die enge Auslegung von Artikel 48 Absatz 4 EWG-Vertrag in den Beziehungen zwischen sämtlichen Mitgliedstaaten einschließlich der drei Benelux-Staaten anzuwenden.

70 — Hervorhebung von mir.

189. Besteht die Gefahr eines Widerspruchs zwischen der Auslegung, die den Begriffen „öffentliche Funktionen, Ämter oder Stellen“ im Rahmen der Benelux-Regelung gegeben werden kann, und derjenigen, die Sie dem Begriff der „öffentlichen Verwaltung“ beimessen?

190. Meines Erachtens ist dies zu verneinen.

191. Im Rahmen des Benelux-Vertrages obliegt dessen Auslegung dem Schiedsausschuß [71], wenn eine Streitigkeit nicht im Rahmen des Ministerausschusses beigelegt werden kann (Artikel 44 Benelux-Vertrag).

192. Artikel 41 Benelux-Vertrag lautet:

„Der Schiedsausschuß hat zur Aufgabe die Beilegung von Streitigkeiten, die zwischen den hohen vertragschließenden Parteien in bezug auf die Anwendung des vorliegenden Vertrages und der Bestimmungen von seinen Gegenstand betreffenden Übereinkünften entstehen.“

71 — Der Benelux-Gerichtshof, eingerichtet durch den Vertrag vom 21. März 1965 über die Einrichtung und die Satzung eines Benelux-Gerichtshofes (*Codes Larcier*, Band IV, Ausgabe 1995, S. 44), ist gemäß den Artikeln 6 Absatz 1 und 11 Absatz 1 dieses Vertrages zuständig für die Entscheidung von Auslegungsfragen nur der in Artikel 1 dieses Vertrages aufgeführten Rechtsvorschriften, d. h. der Rechtsvorschriften, die entweder durch ein Abkommen oder durch eine Entscheidung des Ministerausschusses festgelegt werden.

193. Zwischen den Benelux-Staaten könnte ein Rechtsstreit über die Auslegung der Begriffe der „öffentlichen Funktionen, Ämter oder Stellen" entstehen.

194. Soweit jedoch die Auslegung dieser Begriffe die Auslegung und Anwendung des Artikels 48 Absatz 4 EG-Vertrag in Frage stellen könnte, müssen die Benelux-Staaten meines Erachtens Artikel 51 Absatz 2 Benelux-Vertrag beachten, wo es heißt:

„Die hohen vertragschließenden Parteien kommen überein, Streitigkeiten, die auch die Auslegung oder Anwendung des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder des Vertrages zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft umfassen, dem durch die genannten Verträge eingerichteten Gerichtshof vorzulegen. Soweit sich der Gerichtshof für unzuständig für die Entscheidung des Rechtsstreits erklärt, ist der in Artikel 15 dieses Vertrages vorgesehene Schiedsausschuß zuständig."

195. Durch diesen Mechanismus der Vorlage des Rechtsstreits an den Gerichtshof dürfte jede Gefahr eines Widerspruchs vermieden werden können.

196. Nach allem kann sich das Großherzogtum Luxemburg nicht auf Artikel 61 Benelux-Vertrag berufen.

d) Artikel 2 des Protokolls vom 25. März 1957 betreffend das Großherzogtum Luxemburg

197. Dieser Artikel lautet:

„Bei dieser Festlegung der in Artikel 48 Absatz 3 dieses Vertrages betreffend die Freizügigkeit der Arbeitnehmer vorgesehenen Vorschriften trägt die Kommission in bezug auf das Großherzogtum Luxemburg der besonderen demographischen Lage dieses Staates Rechnung."

198. Das Großherzogtum Luxemburg vertritt die Ansicht, seine besondere demographische Lage müsse im Rahmen der Anwendung von Artikel 48 Absatz 4 des Vertrages

berücksichtigt werden, damit seine nationale Identität gewahrt werden könne. Dafür sei das Erfordernis der luxemburgischen Staatsangehörigkeit die unerläßliche Voraussetzung [72].

199. Der beklagte Staat äußert seine Befürchtung, daß die Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten, die sich um eine Stelle bewerben, notwendigerweise zahlreicher als die eigenen Staatsangehörigen sein würden.

200. Lassen Sie mich sogleich bemerken, daß Artikel 2 des Protokolls das von der Kommission erlassene abgeleitete Recht in bezug auf den Anspruch der Gemeinschaftsbürger betrifft, nach Beendigung ihrer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben.

201. Er findet daher keine Anwendung auf das primäre Recht, das die Bestimmungen des Vertrages selbst bilden, und betrifft nicht den Zugang zur Beschäftigung, ob im öffentlichen oder im privaten Bereich.

202. Auf alle Fälle glaube ich nicht, daß das, was das Großherzogtum Luxemburg befürchtet, tatsächlich eintreten wird.

72 — Klagebeantwortung, S. 20.

203. Wie ich bereits in bezug auf den besonderen Bereich des Bildungswesens ausgeführt habe [73], erlaubt es die Freizügigkeit der Personen den Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten lediglich, sich mit den gleichen Chancen wie die eigenen Staatsangehörigen um die angebotenen Stellen zu bewerben.

204. In dem streitigen Tätigkeitsbereich kann der Zugang zu Stellen, die ihrer Natur nach Kontakte mit der Öffentlichkeit mit sich bringen, insbesondere von Voraussetzungen in bezug auf die Kenntnis von ein, zwei oder drei der Sprachen, die in der Sprachregelung aufgrund des Gesetzes vom 24. Februar 1984 festgelegt sind, abhängig gemacht werden.

205. Die Träger hoheitlicher Befugnisse müssen sich nur davor hüten, sprachliche Anforderungen aufzustellen, die nicht „in Anbetracht der Besonderheit der zu vergebenden Stelle erforderlich" im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Verordnung Nr. 1612/68 sind [74].

206. In Ihrem bereits erwähnten Urteil Groener [75] haben Sie allgemein folgendes hervorgehoben:

„Der EWG-Vertrag steht nicht dem entgegen, daß ein Mitgliedstaat eine Politik zum

73 — Oben, Nr. 132.
74 — Siehe Fußnote 52.
75 — Randnr. 19.

Schutz und zur Förderung seiner Nationalsprache ... betreibt. Die Durchführung dieser Politik darf jedoch eine Grundfreiheit wie die Freizügigkeit der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Die Maßnahmen zur Durchführung einer solchen Politik dürfen somit in keinem Fall außer Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen. Ihre Anwendung darf nicht zur Diskriminierung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten führen."

207. Meines Erachtens dürften es die sprachlichen Anforderungen, von denen der Zugang zu zahlreichen Stellen der streitigen Bereiche berechtigterweise abhängig gemacht werden kann, daher meistens nur in Luxemburg geborenen oder dort seit langer Zeit niedergelassenen Staatsangehörigen ermöglichen, sich um angebotene Stellen zu bewerben oder an Auswahlverfahren teilzunehmen, die zum Zweck von Einstellungen veranstaltet werden.

208. Es ist schwer vorstellbar, daß Staatsangehörige der drei Nachbarstaaten des Großherzogtums, die in ihrem Herkunftsstaat wohnen, plötzlich und massiv mit den luxemburgischen Staatsangehörigen in den Einstellungsverfahren für die Besetzung der neuen oder freien Stellen, deren Natur sprachliche Anforderungen rechtfertigt, konkurrieren könnten.

209. Auf alle Fälle bin ich der Ansicht, daß Artikel 2 des erwähnten Protokolls der Klägerin nicht entgegengehalten werden kann.

210. Da keine der vom Großherzogtum Luxemburg erhobenen Rügen begründet ist, schlage ich vor, die Vertragsverletzung in dem in meinem Schlußantrag dargelegten Umfang festzustellen.

IV — Zum Antrag auf Fristgewährung

211. Das Großherzogtum Luxemburg beantragt für den Fall, daß eine Vertragsverletzung festgestellt werden sollte, ihm eine lange Frist zu gewähren, damit es seinen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen nachkommen kann.

212. Es macht geltend, daß der Grundsatz der Staatsangehörigkeit der Beamten in seinem Verwaltungssystem fest verankert sei und daß es durch eine Reform in diesem Punkt dazu gezwungen würde, einschneidende Reformen sowohl auf Verfassungs- als auch auf Gesetzesebene durchzuführen [76].

76 — Klagebeantwortung, S. 18.

213. Dieser Antrag wirft die Frage auf, über welche Befugnisse der Gerichtshof beim Erlaß eines Urteils zur Feststellung einer Vertragsverletzung verfügt.

214. Artikel 171 des Vertrages betrifft nur die Feststellung der Vertragsverletzung.

215. Der Gemeinschaftsrichter „stellt" entweder „fest", daß ein Mitgliedstaat gegen eine seiner gemeinschaftlichen Verpflichtungen verstoßen hat, oder er weist die Klage ab.

216. Es steht fest, daß er weder selbst den Verstoß beseitigen kann noch über eine Anordnungsbefugnis verfügt.

217. Nach Artikel 171 hat der Staat „die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben".

218. In Ihrem Urteil vom 5. November 1986, Kommission/Italien [77], haben Sie ausgeführt:

„In diesem Artikel ist keine Frist festgesetzt, innerhalb deren diese Maßnahmen zu erlassen sind. Allerdings muß die Durchführung des Urteils *sofort* eingeleitet werden und *innerhalb kürzester Frist* zum Ziel führen ..."

219. Ferner haben Sie bereits in zwei Urteilen vom 10. November 1981, Kommission/Italien [78], in bezug auf einen Antrag auf Verlängerung der Frist, die durch die mit Gründen versehene Stellungnahme gesetzt worden war, entschieden:

„Die Aufgaben des Gerichtshofes im Rahmen des Artikels 169 des Vertrages umfassen vorbehaltlich der Kontrolle der Rechtmäßigkeit der mit Gründen versehenen Stellungnahme nicht die Befugnis, die von der Kommission nach diesem Artikel in der genannten Stellungnahme festgesetzte Frist durch eine andere Frist zu ersetzen. Es ist — unter dem gleichen Vorbehalt — Sache der Kommission zu beurteilen, ob einem dahin gehenden Antrag eines Mitgliedstaats stattgegeben werden soll."

220. Ich bin der Ansicht, daß es ebensowenig Sache des Gerichtshofes ist, im Urteil im Vertragsverletzungsverfahren dem beklagten Staat im voraus abstrakt eine Frist für die Durchführung dieses Urteils zu gewähren.

77 — Rechtssache 160/85, Slg. 1986, 3245, Randnr. 9, Hervorhebung von mir. Ständige Rechtsprechung: siehe u. a. Urteile vom 12. Februar 1987 in der Rechtssache 69/86 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 773, Randnr. 8); vom 14. Januar 1988 in den Rechtssachen 227/85 bis 230/85 (Slg. 1988, 1, Randnr. 11); vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 169/87 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 4093, Randnr. 14), vom 30. Januar 1992 in der Rechtssache C-328/90 (Kommission/Griechenland, Slg. 1992, I-425, Randnr. 6) und vom 23. März 1993 in der Rechtssache C-345/92 (Kommission/Deutschland, Slg. 1993, I-1115, Randnr. 6).

78 — Rechtssachen 28/81, Slg. 1981, 2577, Randnr. 6, und 29/81, Slg. 1981, 2585, Randnr. 6.

221. Die Überwachung der Durchführung des Urteils obliegt zuerst der Kommission. Ist sie der Ansicht, daß diese Durchführung nicht innerhalb der hierfür erforderlichen Frist erfolgt ist, leitet sie ein neues Vertragsverletzungsverfahren ein, in dessen Rahmen sie eine Frist für die Beantwortung ihres Aufforderungsschreibens und dann in ihrer mit Gründen versehenen Stellungnahme eine Frist zur Beseitigung der Vertragsverletzung setzt.

222. Der Gerichtshof kann die Situation nur entsprechend den Umständen des Falles im nachhinein beurteilen, wenn er zu entscheiden hat, ob eine erneute Vertragsverletzung stattgefunden hat.

223. Dem Antrag des Großherzogtums Luxemburg auf Fristgewährung kann daher nicht gefolgt werden.

Antrag

224. Daher beantrage ich, wie folgt für Recht zu erkennen und zu entscheiden:

1. Das Großherzogtum Luxemburg hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Artikel 48 EWG-Vertrag und aus den Artikeln 1 und 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft verstoßen, daß es die luxemburgische Staatsangehörigkeit zur Voraussetzung des Zugangs auch zu anderen Stellen für Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst als denjenigen gemacht hat, die in den öffentlichen Bereichen Forschung, Bildungswesen, Gesundheitswesen, Straßen- und Schienenverkehr, Post- und Fernmeldewesen und Versorgungsdienste für Wasser, Gas und Elektrizität eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse oder an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind.

2. Das Großherzogtum Luxemburg trägt die Kosten des Verfahrens.