

Henrich Fabis

Die Auswirkungen
der Freizügigkeit
gemäß Art. 48 EG -
Vertrag auf
Beschäftigungsverhältnisse
im nationalen Recht

Der Schutz ausländischer
Gemeinschaftsbürger vor
Diskriminierungen aufgrund
der Staatsangehörigkeit in privaten
und öffentlich-rechtlichen
Beschäftigungsverhältnissen



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsübersicht

Einführung: Ziel und Methode der Untersuchung

Teil 1: Struktur und Inhalt des Freizügigkeitsrechts gem. Art. 48 EGV

- A. Die Grundstruktur des Freizügigkeitsrechts
- B. Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts
- C. Die Entwicklung des Freizügigkeitsrechts vom Mittel für die Faktormobilität zur eigenständigen Grundfreiheit
- D. Folgerungen

Teil 2: Auswirkungen der Freizügigkeit auf Beschäftigungsverhältnisse zwischen Privaten als Regelfall der Anwendung

- A. Die unmittelbare Wirkung von Normen des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis Privater untereinander
- B. Die Ableitung der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Freizügigkeitsrechts aus Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts
- C. Der Vergleich mit Diskriminierungsverboten im nationalen Recht
- D. Die Anwendung des Diskriminierungsverbotes
- E. Zusammenfassung

Teil 3: Die Auswirkungen der Freizügigkeit auf Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst

- A. Die Begrenzung der Freizügigkeit durch die Bereichsausnahme des Art. 48 IV EGV
- B. Die Auswirkungen der Freizügigkeit auf die Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen Dienst

Gesamtergebnis und Ausblick

Literaturverzeichnis

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Ziel und Methode der Untersuchung

1. Ziel der Untersuchung.....	23
2. Methode der Untersuchung und inhaltliche Schwerpunkte.....	26

Teil 1: Struktur und Inhalt des Freizügigkeitsrechts gem. Art. 48 EGV

A. Die Grundstruktur des Freizügigkeitsrechts

1. Der Begriff der Freizügigkeit.....	29
a. Freiheit der Bewegung und der wirtschaftlichen Betätigung als Elemente der gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit.....	29
b. Wirtschaftlicher Bezug der Freizügigkeit im nationalen Recht.....	30
2. Ökonomischer Zweck der Freizügigkeit im Binnenmarkt.....	31
3. Freizügigkeit als Gegenstand völkerrechtlicher Vereinbarungen.....	32
a. Art. 6 des Übereinkommens Nr. 97 der Internationalen Arbeits- organisation (IAO) vom 1.9.1949 in der Neufassung von 1959.....	32
b. Der Beschluß des Europäischen Wirtschaftsrates (OEEC) zur Regelung der Beschäftigung von Angehörigen der Mitglied- staaten vom 30.10.1953.....	33
c. Freizügigkeitsrechte nach dem Europäischen Niederlassungsabkommen.....	34
d. Europäische Sozialcharta.....	35
e. Weitere unratifizierte Vereinbarungen.....	36
4. Gemeinschaftsrechtliche Regeln.....	37
a. Primärrecht.....	37
aa. EG-Vertrag.....	37
bb. EGKS und EAG.....	38
b. Sekundärrecht.....	39
aa. Verordnungen.....	39
(1) Verordnung Nr. 1612/68.....	39
(2) Verordnung Nr. 1251/70.....	42
bb. Richtlinien.....	42
(1) Richtlinie Nr. 68/360.....	43
(2) Richtlinie Nr. 64/221.....	43
(3) Richtlinien Nr. 90/365,93/96,90/364.....	43

c. Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer.....	45
---	----

B. Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts

1. Das Diskriminierungsverbot des Art. 48 II EGV.....	47
a. Funktion und Inhalt des Diskriminierungsverbotes als Instrument zur Liberalisierung von Verkehrsströmen.....	47
aa. Wirtschaftliche Funktion.....	47
bb. Diskriminierungsbegriff und Gleichbehandlungssatz.....	48
cc. Feststellung einer Diskriminierung.....	52
(1) Objektive Voraussetzungen der Diskriminierung.....	52
(a) Die wertende Feststellung der Gleichheit von Sachverhalten.....	52
(b) Direkte und indirekte Diskriminierung.....	53
(c) Benachteiligung.....	54
(2) Subjektive Voraussetzungen ?.....	55
dd. Relativer und absoluter Charakter von Diskriminierungsverboten.....	57
ee. Inhalt der Gleichbehandlungspflicht.....	58
b. Sachlicher Anwendungsbereich des Art. 48 II EGV.....	60
aa. Verbot direkter Ungleichbehandlung.....	60
bb. Verbot indirekter Diskriminierung.....	60
(1) Unterscheidungsmerkmale, die zur Herbeiführung von indirekten Diskriminierungen geeignet sind.....	61
(2) Eignung zur Beeinträchtigung der Freizügigkeit und erforderliches Ausmaß der diskriminierenden Wirkung.....	64
(a) Abstrakte Beurteilung der diskriminierenden Wirkung.....	64
(b) Beurteilung anhand der Wirkung auf konkrete Personengruppen.....	65
(3) Rechtfertigung einer indirekten Ungleichbehandlung durch sachliche Gründe.....	67
(4) Umdeutung des Diskriminierungsverbotes in ein Verbot aller faktischen Beeinträchtigungen ?.....	71
c. Diskriminierung eigener Staatsangehöriger.....	74
2. Die Rechte aus Art. 48 III EGV.....	76

C. Die Entwicklung des Freizügigkeitsrechts vom Mittel für die Faktormobilität zur eigenständigen Grundfreiheit

1. Zusammenhang von Menschenwürde, individueller Freiheit und Freizügigkeit.....	78
2. Die Einbeziehung der in der Gemeinschaft lebenden Arbeitnehmer mit Drittstaatsangehörigkeit in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsrechts.....	80
3. Die Ablösung der Mobilitätsgewährleistungen vom Begriff des Arbeitnehmers.....	83
a. Der Begriff des Arbeitnehmers als Anwendungsvoraussetzung des Freizügigkeitsrechts.....	83
b. Die Ausweitung des Anwendungsbereichs von Mobilitätsrechten über den Kreis der Arbeitnehmer hinaus.....	84
aa. Die Ausdehnung der Mobilitätsgewährleistungen im Bereich der Berufsausbildung durch die Rechtsprechung des EuGH.....	85
(1) Die extensive Auslegung der Rechte von Arbeitnehmerangehörigen im Bildungsbereich durch die Rechtsprechung des EuGH.....	85
(2) Die Gewährung von Bildungsrechten für Personen ohne Arbeitnehmerangehörigenstatus.....	86
bb. Die Ausdehnung von Mobilitätsgewährleistungen durch Richtlinien des Rates.....	89
(1) Mobilitätsrechte für Studenten.....	89
(2) Mobilitätsrechte von aus dem Arbeitsleben ausgeschiedenen Personen.....	90
(3) Allgemeines Aufenthaltsrecht für Gemeinschaftsangehörige.....	90
cc. Zusammenfassung.....	91
4. Das Freizügigkeitsrecht als Anknüpfungspunkt für die Gewährung politischer Rechte der Gemeinschaftsangehörigen.....	92

D. Folgerungen

1. Ausdehnungstendenzen des Freizügigkeitsrechts in Hinblick auf die politische Integration.....	94
2. "Grundrechtsqualität" des Freizügigkeitsrechts ?.....	95
a. Individuelle Bedeutung der Freizügigkeit.....	95
b. Unterschiede zwischen Freizügigkeitsrecht und konventionellen Grundrechten.....	97
c. Ergebnis.....	99

Teil 2: Auswirkungen der Freizügigkeit auf Beschäftigungsverhältnisse zwischen Privaten als Regelfall der Anwendung

A. Die unmittelbare Wirkung von Normen des Gemeinschaftsrechts im Verhältnis Privater untereinander

1. Inhalt und Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts als allgemeines Problem.....	101
a. Der Begriff der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts.....	101
b. Die Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts.....	107
aa. Die Voraussetzungen der inhaltlichen Bestimmtheit nach der Rechtsprechung des EuGH.....	108
(1) Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung.....	108
(a) Unterlassungspflichten als Gegenstand der mitgliedstaatlichen Verpflichtung.....	108
(b) Handlungspflichten als Gegenstand der mitgliedstaatlichen Verpflichtung.....	109
(2) Vollständigkeit und rechtliche Vollkommenheit der gemeinschaftsrechtlichen Norm.....	110
(a) Entschließungsermessen als Hindernis für die unmittelbare Wirkung.....	111
(b) Ausschluß der unmittelbaren Wirkung durch Ausgestaltungsermessen ?.....	112
2. Begriff und Inhalt der horizontalen unmittelbaren Wirkung.....	114
a. Die horizontale unmittelbare Wirkung als Ausdruck der Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts.....	115
b. Horizontale unmittelbare Wirkung von Vertragsnormen auch ohne eindeutigen Wortlaut der Vorschriften ?.....	115
aa. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 48, 52 und 59 EGV.....	116
bb. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 119 EGV.....	117
3. Offene Fragen zur horizontalen unmittelbaren Wirkung des EGV.....	118
a. Allgemeine Voraussetzungen.....	120
b. Grundlegende Bedeutung der gemeinschaftsrechtlichen Norm.....	120
c. Gefährdung des Ziels der Vertragsnorm.....	122
aa. Ausschluß der Beeinträchtigung gemeinschaftsrechtlicher Ziele durch Private aufgrund der Gewinnerorientierung im Wettbewerb.....	122

bb. Vergleichbarkeit staatlicher und privater Beeinträchtigungen der Gemeinschaftsziele bei ungleicher Machtverteilung zwischen Privaten.....	124
(1) Ungleiche Machtverteilung als Grund der horizontalen unmittelbaren Wirkung von Art. 85, 86 EGV.....	125
(2) Verhältnis von Verband und Einzelperson als Fall ungleicher Machtverteilung.....	126
(3) Arbeitsrechtliche Beziehungen als Fall ungleicher Machtverteilung.....	127
(4) Folgerungen.....	128
4. Der Modus der unmittelbaren Wirkung aus Sicht des nationalen Rechts.....	129
a. Vollständig unmittelbar wirkende Normen des Gemeinschaftsrechts.....	129
b. Unvollständige unmittelbare Wirkung.....	130
5. Die Parallele der horizontalen unmittelbaren Wirkung von Normen des EGV und der Drittwirkung nationaler Grundrechte.....	133
a. Vergleichbarkeit der Rechtsnormen.....	133
b. Die ungleiche Machtverteilung zwischen Privaten als Begründung für die Drittwirkung der Grundrechte und die horizontale unmittelbare Wirkung.....	134
B. Die Ableitung der horizontalen unmittelbaren Wirkung des Freizügigkeitsrechts aus Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts	
1. Horizontale unmittelbare Wirkung des Sekundärrechts: die VO 1612/68.....	138
2. Horizontale unmittelbare Wirkung des Primärrechts: Art. 48 II EGV.....	142
a. Bedeutung des Problems.....	142
b. Teleologische Betrachtung: die Effektivität des Gemeinschaftsrechts.....	143
c. Die horizontale unmittelbare Wirkung des Art. 48 II EGV als Problem der Kompetenzverteilung zwischen EuGH und dem Rat der EG.....	144
aa. Vorliegen einer Kompetenzverletzung nach formalen Kriterien.....	144
bb. Vorliegen einer Kompetenzverletzung nach materiellen Kriterien.....	145

C. Der Vergleich mit Diskriminierungsverboten im nationalen Recht

1. Geltung und Umfang nationaler Diskriminierungsverbote.....	147
a. Einfachgesetzliche Normen: § 75 I S. 1 BetrVG.....	147
b. Artikel 3 I, III Grundgesetz.....	148
aa. Schutz vor Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit aus dem speziellen Diskriminierungsverbot des Art. 3 III Grundgesetz ?.....	148
(1) Restriktive Interpretation der Begriffe Heimat und Herkunft i.S.d. Art. 3 III GG.....	149
(2) Extensive Auslegung der Begriffe 'Heimat' und 'Herkunft' im Sinne des Art. 3 III GG.....	149
(3) Stellungnahme.....	150
bb. Schutz vor Diskriminierungen wegen der Staatsangehörigkeit aufgrund des allgemeinen Gleichbehandlungssatzes des Art. 3 I GG.....	152
(1) Tarifvertragliche Normsetzung.....	153
(2) Vereinbarungen außerhalb tarifvertraglicher Normsetzung.....	154
(3) Praktische Rechtsfolgen.....	155
c. Arbeitsrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz.....	156
aa. Begriff und Inhalt.....	156
bb. Dogmatische Begründung.....	156
(1) Ableitung aus positivrechtlich normierten Diskriminierungsverboten.....	156
(2) Ableitung aus organisatorischen Aspekten des Beschäftigungsverhältnisses.....	157
(3) Ableitung aus zivilrechtlichen Generalklauseln.....	157
(4) Verhältnis der Ansätze zueinander.....	158
cc. Umfang der Geltung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungssatzes.....	158
(1) Gewährung freiwilliger Leistungen durch den Arbeitgeber.....	158
(2) Arbeitsentgelt.....	158
(3) Kündigung.....	159
(4) Ausübung des Direktionsrechts.....	160
(5) Einstellung.....	161
dd. Rechtsnatur des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungssatzes.....	163
2. Vergleichende Betrachtung: Umfang und Geltung der Diskriminierungsverbote in Art. 48 II EGV, 7 VO 1612/68 und nationalem Recht.....	164

D. Die Anwendung des Diskriminierungsverbotes

1. Individuelle und kollektive Freiheitsrechte Dritter als Begrenzung des Freizügigkeitsrechts.....	166
a. Maßgebliche Grundrechte: Privatautonomie, Tarifautonomie und Koalitionsfreiheit.....	166
b. Die Ableitung der Grundrechte aus nationalem Recht oder Gemeinschaftsrecht.....	167
aa. Ableitung der Grundrechte aus dem nationalen Verfassungsrecht.....	168
bb. Ableitung auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene.....	169
(1) Privatautonomie.....	170
(2) Koalitionsfreiheit.....	170
(3) Tarifautonomie.....	171
c. Durchführung der Begrenzung mittels des Verhältnismäßigkeitsprinzips.....	172
2. Praktische Anwendung.....	173
a. Feststellung eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot.....	173
aa. Unterscheidungsmerkmale.....	173
(1) Sprachkenntnisse.....	174
(2) Bewertung ausländischer Berufsqualifikationen.....	175
bb. Beweislast.....	177
(1) Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur effektiven verfahrensrechtlichen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts aus Art. 5 1 EGV.....	178
(a) Die Ableitung verfahrensrechtlicher Pflichten aus Art. 5 1 EGV.....	178
(b) Inhalt der verfahrensrechtlichen Anforderungen.....	180
(2) Beweiserleichterungen bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote im nationalen Recht.....	182
(3) Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an Beweisregeln bei Diskriminierungsverboten nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 119 EGV.....	183
(4) Folgerungen.....	184
b. Zivilrechtliche Sanktionen bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot.....	185
aa. Nichtigkeit von Verträgen und einseitigen Rechtsakten.....	185
(1) Die gemeinschaftsrechtlich angeordnete Rechtsfolge der Nichtigkeit.....	185
(2) Weitere Rechtsfolgen der Nichtigkeit nach Maßgabe des nationalen Rechts.....	187

(a)	Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen.....	187
(aa)	Einzelarbeitsverträge.....	187
(bb)	Tarifverträge.....	189
(b)	Nichtigkeit einseitiger Rechtsakte.....	191
(aa)	Einseitige Rechtsakte.....	191
(bb)	Kündigungen.....	192
bb.	Anspruch auf Einstellung.....	193
(1)	Der Einstellungsanspruch als Mittel zur effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungssatzes beim Zugang zur Beschäftigung.....	194
(a)	Der Gleichbehandlungssatz des Art. 48 II EGV als erfolgsbezogener Rechtssatz.....	195
(aa)	Das Verbot mittelbarer Diskriminierungen als Argument für die These des erfolgsbezogenen Charakters des Gleichbehandlungssatzes.....	195
(bb)	Das Erfordernis der effektiven Durchsetzung des Gleichbehandlungssatzes in der Rechtsprechung des EuGH zur Gleichstellungsrichtlinie 76/207.....	197
(b)	Folgerungen.....	198
(2)	Grundsätzliche Einwände gegen einen Anspruch auf sachbezogene Einstellungsentscheidung.....	200
(a)	Die Nachvollziehbarkeit der Einstellungsentscheidung als praktisches Erfordernis.....	201
(b)	Das Problem der Ermittlung sachgerechter Kriterien.....	202
(c)	Intensität des Eingriffs in die Vertragsfreiheit und Interessenabwägung.....	204
(d)	Anspruch auf Einstellung als taugliches Instrument des Zivilrechts ?.....	206
(3)	Rechtsgrundlagen für den Einstellungsanspruch im nationalen Recht.....	207
(a)	Culpa in contrahendo.....	207
(b)	§823 II BGB.....	209
(c)	§823 I BGB.....	210
(aa)	Verletzung eines deliktisch geschützten Rechts am Arbeitsplatz als Recht im Sinne des §823 I BGB ?.....	211

(bb) Diskriminierende Verweigerung der Einstellung als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	211
(cc) Subsidiarität des Anspruchs aus §823 I BGB?.....	215
(dd) Anspruchsinhalt.....	216
(d) §826 BGB.....	217
(4) Unzumutbarkeit des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer und Wahlrecht zwischen Einstellungsanspruch und Schadenersatzanspruch.....	218
(5) Praktische Einwände.....	219
(a) Widerspruch von Einstellungsanspruch und Kündigungsrecht ?.....	220
(b) Ausschluß des Einstellungsanspruchs durch die rechtswidrige Vergabe der Stelle an einen anderen Bewerber.....	221
(c) Ausschußfrist.....	223
(6) Zwischenergebnis.....	224
cc. Schadenersatzansprüche bei Diskriminierungen im Zusammenhang mit der Einstellung.....	225
(1) Schadenersatzansprüche des diskriminierend abgelehnten Bewerbers bei bestehendem Einstellungsanspruch.....	225
(a) Anspruchsgrundlagen.....	225
(b) Anspruchsinhalt.....	226
(2) Schadenersatzansprüche wegen des diskriminierenden Ausschlusses vom Bewerbungsverfahren bei Nichtbestehen eines Einstellungsanspruches.....	228
(a) Zulässigkeit des Ersatzes immaterieller Diskriminierungsschäden.....	229
(b) Anspruchsgrundlagen.....	231
(c) Anspruchsinhalt.....	231
(3) Zwischenergebnis.....	232
dd. Anspruch des Arbeitnehmers auf Beförderung.....	233
(1) Anspruch auf Beförderung bei objektiv bester Qualifikation.....	233
(2) Ersatz immateriellen Schadens bei diskriminierendem Ausschluß von der Bewerberauswahl.....	234
E. Zusammenfassung.....	235

Teil 3: Die Auswirkungen der Freizügigkeit auf Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst

A. Die Begrenzung der Freizügigkeit durch die Bereichsausnahme des Art. 48IV EGV

1. Die ratio der Ausnahmebestimmung.....	239
a. Art. 48 IV EGV als Ausdruck der Staatsangehörigkeitserfordernisse in den Mitgliedstaaten.....	239
b. Mißtrauen gegenüber Ausländern aufgrund nationalstaatlichen Denkens als Rechtfertigung des Art. 48 IV EGV ?.....	240
c. Ausschluß von Ausländern aus praktischen Gründen ?.....	242
d. Das Staatsangehörigkeitserfordernis als Folge der Identität von Gewaltunterworfenen und Gewaltausübenden im Rahmen der Volkssouveränität.....	243
aa. Volkssouveränität und Legitimation der Staatsorgane.....	244
(1) Die Identität von Ausübenden und Unterworfenen der Staatsgewalt als Kern der Volkssouveränität.....	244
(2) Die Ausübung staatlicher Gewalt durch besondere Organe und die Identitätsthese.....	244
(3) Die Zugehörigkeit des Organwalters zum vertretenen Verband als Bestandteil der Identifikation.....	246
bb. Tendenzen zur Einbeziehung von Ausländern in den demokratischen Prozeß.....	248
(1) Ablösung der Staatsangehörigkeit als Legitimationsgrundlage durch die Europäische Unionsbürgerschaft nach Art. 8 EGV?.....	248
(2) Einbeziehung von Ausländern durch extensive Interpretation des Volksbegriffs im nationalen Recht.....	249
e. Zusammenfassung.....	250
2. Die dynamische Ausrichtung des EGV auf Integration und der Vorbehalt des Art. 48 IV als Widerspruch im Vertragssystem.....	251
3. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des Artikel 48 EGV auf Beschäftigungsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung.....	252
a. Die These von der Unanwendbarkeit des Artikel 48 EGV auf Beschäftigungsverhältnisse in der öffentlichen Verwaltung.....	253
b. Artikel 48 IV EGV als konstitutive Ausnahme von der Geltung der Freizügigkeit als Regelfall.....	254
c. Zulässigkeit immanenter Begrenzungen der Freizügigkeit ?.....	255
d. Ergebnis.....	259

4. Die Gewinnung des Auslegungsmaßstabes für Artikel 48 IV EGV: Rückverweis auf nationale Rechtsordnungen, gemeinschaftsrechtliche Auslegung oder rechtsvergleichender Ansatz.....	259
a. Wortlaut der Vorschrift.....	260
b. Systematischer Zusammenhang mit anderen Normen des Gemeinschaftsrechts.....	262
aa. Die Parallele von Artikel 48 III und IV EGV als Ausnahmebestimmungen zur Geltung der Freizügigkeit.....	263
bb. Artikel 8 IS.1 der Verordnung 1612/68.....	265
cc. Artikel 13 des Europäischen Niederlassungsabkommens.....	266
dd. Die Entschließungen des Europäischen Parlaments mit Bezug zur Auslegung des Art. 48 IV EGV.....	267
c. Der Wille der Vertragsgründer als Auslegungskriterium.....	268
d. Rechtliche und wirtschaftliche Folgen der Auslegung des Begriffs der Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung als Rückverweis auf nationales Recht.....	270
aa. Die Kriterien zur Bestimmung des Begriffs der öffentlichen Verwaltung in den Mitgliedstaaten.....	270
bb. Wirtschaftliche Bedeutung.....	273
cc. Zusammenfassung.....	274
e. Korrektivfunktion des Gemeinschaftsrechts und Einbeziehung nationaler Rechtsordnungen in die Auslegung des Art. 48 IV EGV.....	275
aa. Die Auslegung des Artikel 48 IV EGV und der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Recht.....	275
(1) Artikel 48 IV EGV als Berührungspunkt von gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene.....	275
(2) Der Zusammenhang zwischen der Frage des Auslegungsmaßstabes und dem Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht.....	276
bb. Einheitlichkeit und Korrektivfunktion des Gemeinschaftsrechts.....	277
cc. Einbeziehung nationaler Rechtsordnungen durch Zweistufigkeit der Prüfung.....	279
dd. Der Einwand mangelnder Kompetenz der EG-Organе zur Definition des Begriffs der Öffentlichen Verwaltung.....	280
f. Zwischenergebnis.....	281
5. Die Durchführung der Auslegung des Art. 48 IV EGV auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene.....	281
a. Fragestellung.....	281
b. Funktionale Auslegung.....	282

aa. Der Inhalt des funktionalen Kriteriums nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 48 IV EGV.....	282
(1) Die Formel der "unmittelbaren oder mittelbaren Teil- nahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und Wahrung staatlicher Belange".....	282
(2) Einzelfallbetrachtung.....	284
(3) Zusammenfassung.....	290
bb. Probleme bei der Deutung der Rechtsprechung.....	293
(1) Extensive Auslegungsvarianten.....	293
(2) Restriktivere Auslegungsvarianten.....	295
cc. Zusammenfassung.....	298
 c. Funktionale Kriterien zur Bewertung staatlicher Tätigkeit nach Maßgabe des Art. 48 IV EGV.....	 299
aa. Die Einteilung vollziehender Tätigkeit i.e.S.: Zweck und Mittel staatlichen Handelns als Kriterien zur Bestimmung des Anwendungsbereichs von Art. 48 IV EGV.....	299
(1) Die Bestimmung spezifisch staatlichen Handelns nach Maßgabe der verfolgten Zwecke.....	300
(a) Die Unterscheidung staatlicher Zwecke mit exklusivem und konkurrierendem Charakter.....	300
(b) Tauglichkeit der Unterscheidung für konkrete Differenzierungen im Rahmen des Art. 48 IV EGV.....	302
(aa) Die Unterscheidung von Schutzaufgaben und Wohlfahrtsaufgaben.....	302
(bb) Zuordnung konkreter Staatstätigkeiten.....	304
(c) Zwischenergebnis.....	306
(2) Die Bestimmung der spezifischen staatlichen Tätigkeit nach Maßgabe der Mittel staatlichen Handelns.....	307
(3) Die Anwendung der Kriterien von Zweck und Mittel staatlichen Handelns nebeneinander.....	308
(4) Die Parallele der Kriterien zu den Begriffen der Teil- nahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse ¹ und 'Wahrung staatlicher Belange' im Sinne der Recht- sprechung des EuGH.....	310
 bb. Die Wahrnehmung politischer Funktionen als weiteres Auslegungskriterium zu Art. 48 IV EGV.....	 311
(1) Politischer Charakter der Funktionen: das negative Kriterium der Weisungsgebundenheit.....	311
(2) Nationaler Bezug der Funktion.....	312
cc. Verhältnis der Auslegungskriterien zueinander.....	313

d. Bezugspunkt der Auslegungskriterien.....	314
aa. Die Anwendung der Kriterien auf Bereiche staatlicher Tätigkeit.....	314
bb. Die Anwendung der Kriterien auf einzelne Stellen.....	316
cc. Stellungnahme (vermittelnde Lösung).....	318
B. Die Auswirkungen des Freizügigkeitsrechts auf die Ausgestaltung von Beschäftigungsverhältnissen im öffentlichen Dienst	
1. Die Gleichstellung von Ausländern aus anderen Mitgliedstaaten und Deutschen im Hinblick auf Angestellten- und Arbeitsverträge.....	321
a. Inhalt des Gleichstellungsanspruchs.....	321
b. Sanktionen bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot.....	323
aa. Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen und einseitigen Rechtsakten.....	323
bb. Anspruch auf Einstellung.....	323
cc. Schadenersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Einstellungsanspruch.....	326
dd. Anspruch auf Beförderung.....	326
c. Zusammenfassung.....	327
2. Die Gleichstellung von Ausländern aus anderen Mitgliedstaaten und Deutschen in Hinblick auf Beamtenstellen.....	328
a. Die Divergenz von nach dem nationalen Recht den Beamten übertragenen Aufgaben und dem Umfang des Art. 48 IV EGV.....	328
b. Der Inhalt des Gleichstellungsanspruchs.....	331
aa. Gleichstellung durch den Abschluß von Angestellten- verträgen mit ausländischen Bewerbern aus EG- Mitgliedstaaten ?.....	331
(1) Zulässigkeit aus Sicht des nationalen Rechts.....	332
(2) Gleichwertigkeit der Arbeitsbedingungen von Angestelltenverträgen und Beamtenstatus.....	332
(a) Höhe der Altersversorgung und anderer Versorgungsleistungen.....	333
(b) Sicherheit des Arbeitsplatzes.....	335
(c) Berufliche Aufstiegschancen.....	335
(d) Kompensation durch Vorteile der Beschäftigung im Angestelltenverhältnis?.....	336
(aa) Anrechenbarkeit von im Ausland geleisteten Beitragszeiten zur Sozialversicherung bei Arbeitnehmern.....	336
(bb) Streikrecht.....	341
(cc) Zwischenergebnis.....	342

bb. Gleichstellung durch Verbeamtung ausländischer Bewerber aus EG-Mitgliedstaaten und Entwicklung der beamtenrechtlichen Gesetzgebung.....	342
(1) Die Möglichkeiten zur Verbeamtung von Ausländern nach den Landesbeamtengesetzen und den Bestimmungen von BRRG und BBG in der bis zum 20.12.1993 geltenden Fassung.....	343
(2) Einschränkung des Staatsangehörigkeitserfordernisses für Beamte durch die Neufassung von § 4 II BRRG und §7 BBG vom 20.12.1993.....	344
(a) Vereinbarkeit der Zulassung von Gemeinschaftsangehörigen zum Beamtenverhältnis mit Art. 33 V GG.....	345
(aa) Die Ernennungsvoraussetzung der Staatsangehörigkeit als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums ?.....	346
(bb) Das Staatsangehörigkeitserfordernis für Beamte als allgemeiner ungeschriebener Grundsatz des Berufsbeamtentums.....	347
(cc) Folgerungen für die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Neuregelung.....	349
(b) Zwischenergebnis.....	353
cc. Ergebnis.....	354
dd. Weitere Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda.....	355
c. Sanktionen bei Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot.....	357
aa. Rechtswidrigkeit diskriminierender Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.....	357
bb. Anspruch auf Einstellung als Beamter.....	358
(1) Erstreckung des Anspruchs auf fehlerfreie Einstellungsentscheidung nach Art. 33 II GG auf Angehörige anderer Mitgliedstaaten.....	358
(2) Praktische Umsetzung des Anspruchs.....	358
(3) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Neubescheidung diskriminierender Einstellungsentscheidungen.....	363
cc. Anspruch auf Beförderung.....	363
dd. Schadenersatzansprüche.....	364
(1) Rechtswidrige Versagung der Einstellung.....	364
(a) Amtshaftungsanspruch nach Art. 34 GG, §839 BGB.....	364
(b) Anspruch aus culpa in contrahendo im öffentlichrechtlichen Schuldverhältnis.....	367
(2) Rechtswidrige Versagung der Beförderung.....	369
(3) Sonstige Diskriminierungen.....	369

ee. Zusammenfassung.....	369
--------------------------	-----

Gesamtergebnis und Ausblick

1. Geltungsbereich der Freizügigkeit.....	371
2. Individuelle Rechtsfolgen im privaten Arbeitsrecht und im Recht des öffentlichen Dienstes.....	373
3. Resümee und Ausblick.....	376

Literaturverzeichnis.....	379
----------------------------------	------------