

Dipl.Volkswirt PETER CLEVER

Rechtsprechung des EuGH im Sozialbereich auf dem Prüfstand

Referat beim Europainstitut der Universität des Saarlandes

am Dienstag, dem 13.Dezember 1994

Europa, präziser: die Europäische Gemeinschaft oder die Europäische Union ist ins Gerede gekommen. Und es wird vielleicht Verwunderung hervorrufen, wenn ich dazu sage: Gott sei Dank. "Ins Gerede kommen" heißt ja zuallererst, daß man darüber redet. Und kaum etwas war für die Akzeptanz des europäischen Integrationsprozesses gefährlicher als das Nichtvorhandensein einer breiten öffentlichen und kritischen Diskussion. Wie soll sich denn in den Köpfen, vor allem aber auch in den Herzen der Bürger die europäische Integration unwiderruflich als der Weg zur dauerhaften Sicherung von Frieden und Wohlergehen verankern, wenn sie weitgehend als closed-shop-Veranstaltung weniger Experten empfunden und von diesen auch tatsächlich so betrieben wird?

So bedauerlich die durch die Versäumnisse der Vergangenheit entstandene Akzeptanzkrise ist, so optimistisch stimmt mich die breit angelaufene öffentliche Diskussion: die Auseinandersetzung mit kritischen Einwänden bedeutet doch positives Aufarbeiten, aus dem der Integrationsprozeß am Ende gestärkt hervorgeht. Voraussetzung ist allerdings, daß sich kein Gemeinschaftsorgan gegen Kritik - auch wenn sie zugespitzt vorgetragen wird - zu immunisieren versucht, indem man dem Kritiker antieuropäische Gesinnung unterstellt - das beliebteste Totschlag"argument".

Die Europäische Union ist Rechtsgemeinschaft, und sie ist nur so stark, wie sie sich dem Recht verpflichtet fühlt. Deshalb bedarf sie auch der unabhängigen Rechtsprechung einer eigenen Gerichtsbarkeit. Meine Kritik an bestimmten Urteilen und an dahinterstehenden Rechtsprechungstendenzen, ist deshalb nicht ein Infragestellen der Notwendigkeit und Legitimität der "Institution EuGH"; sie zielt auch nicht auf eine Schwächung des EuGH ab. Im Gegenteil: nur ein solcher Gerichtshof ist stark und hat Autorität, dessen Urteile aufgrund ihrer Plausibilität Überzeugungskraft besitzen und deshalb auf allgemeine Akzeptanz bei den Rechtsunterworfenen stoßen. Wenn Kritik Akzeptanzdefizite offenlegt, so schafft sie damit erst die Voraussetzung zur Rückgewinnung von Autorität durch den Gerichtshof selbst, indem er entweder seine Rechtsprechung überdenkt und ggf. korrigiert oder durch ausführlichere Begründungen seiner Urteile in der Sache ihre Überzeugungskraft stärkt.

Bevor ich einzelne konkrete Urteile analysiere ein grundlegender Hinweis: die sehr unterschiedlichen nationalen Sozial- und Arbeitsrechtssysteme sind für die Menschen von unmittelbar existenzieller Bedeutung und für die jeweils Betroffenen ein vertrautes Stück

ihrer sozialen Heimat. Diese Vertrautheit der Menschen mit den Systemen ist auch Voraussetzung dafür, daß sie ihre politisch und ökonomisch stabilisierende und nach innen befriedende Wirkung erzielen. Selbst der Deutsche Bundestag nimmt Änderungen an den Systemen nur mit größter Behutsamkeit vor, damit das Vertrauen der Bürger in die Verlässlichkeit der Systeme nicht beschädigt wird. Umso mehr sind die Organe der Europäischen Union zu Zurückhaltung und Sensibilität bei Eingriffen in die gewachsenen Traditionen und Rechtssysteme aufgerufen.

Auch der Maastricht-Vertrag hat die wesentliche Kompetenz zur Ausgestaltung der Sozialpolitik bei den Mitgliedstaaten belassen und der Gemeinschaft nur eine begleitende Funktion zugewiesen. Selbst das weitergehende "Protokoll über die Sozialpolitik" und das darin enthaltene Abkommen der elf Mitgliedstaaten (ohne das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland) hat an dieser klaren Kompetenzzuweisung nichts verändert. Nach Art.2 dieses Abkommens "unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten".

In Art.F des Unionsvertrages heißt es : "Die Union achtet die nationale Identität der Mitgliedstaaten..." Niemand wird ernstlich bezweifeln können, daß die historisch gewachsenen Sozialsysteme in besonderer Weise die nationale Identität eines jeden einzelnen Mitgliedsstaats definieren. Deshalb liegt es auf der Hand, daß Eingriffe in diesen besonders identitätsstiftenden Bereich auch einem besonderen Begründungserfordernis unterliegen müssen. Dies ist nicht nur ein Akt politischer Klugheit, um Akzeptanzproblemen vorzubeugen, sondern auch ein Gebot der rechtlichen Selbstverpflichtung der Union gemäß Art F des EU-Vertrages. Interpretation und Anwendung des Gemeinschaftsrechts muß dem gerade im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts Rechnung tragen, weil dies zum Geist des gesamten Vertragswerks gehört. Auch wenn Art. F des EU-Vertrages der EuGH-Rechtsprechung nicht unterliegt, bindet er materiell jedes Gemeinschaftsorgan, also auch den EuGH.

Art. 119 EG-Vertrag und deutsches Betriebsverfassungsrecht - Rechtssache Bötzel (C 360/90)

Art. 119 EG-Vertrag schreibt den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen fest. Dabei ist der Entgeltbegriff in der Vertragsbestimmung selbst weit definiert und umfaßt neben dem eigentlichen Lohn bzw. Gehalt auch

"alle sonstigen Vergünstigungen ..., die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt."

Die teilzeitbeschäftigte Betriebsrätin Monika Bötel nahm an arbeitsrechtlichen Schulungsmaßnahmen teil; für diese Schulung war sie gem. § 37 Betriebsverfassungsgesetz

"ohne Minderung des Arbeitsentgelts von ihrer beruflichen Tätigkeit zu befreien",

was auch geschehen ist. Diese Regelung gilt für alle Betriebsräte gleichermaßen ebenso wie die Vorschrift des § 37 BetrVG , die lautet:

"Die Mitglieder des Betriebsrates führen ihr Amt unentgeltlich als Ehrenamt."

Die Kombination von Betriebsratsamt als Ehrenamt mit dem Anspruch auf Freistellung von der Arbeit ohne Minderung des Arbeitsentgelts ("Lohnausfallprinzip"), wenn Schulungen mit Arbeitszeiten kollidieren, bedeutet nach dem Willen des deutschen Gesetzgebers ausdrücklich keine Bezahlung der Betriebsräteschulung durch den Arbeitgeber.

Den Umstand, daß diesbezüglich alle Betriebsräte - egal ob teilzeit- oder vollzeitbeschäftigt - gleichbehandelt werden, empfand Frau Bötel als frauendiskriminierend und klagte. Sie wollte sich nicht mit der Zahlung den Entgelts zufriedengeben, das sie erhalten hätte, wenn sie gearbeitet hätte; das wäre ein Halbtagesentgelt gewesen. Sie verlangte stattdessen trotz ihrer Teilzeitbeschäftigung Vollzeitentlohnung, weil ja auch die Schulung länger gedauert hatte.

Aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des Landesarbeitsgerichtes Berlin interpretierte der EuGH das Lohngleichheitsgebot des Art. 119 EG-Vertrag in einer Weise, die entgegen der ausdrücklichen Intention des deutschen Gesetzgebers, das Betriebsratsamt ehrenamtlich, d.h. ohne eine Vergütung für Betriebsratsstätigkeit, auszugestalten, Deutschland auf den "Weg zum vollbezahlten Berufsbetriebsrat" zwingt.

In Ziffer 24 der Urteilsgründe meinte der EuGH:

"Die teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder erhalten eine niedrigere Vergütung als ihre vollzeitbeschäftigten Kollegen, obwohl beide Arbeitnehmergruppen letztlich unterschiedslos an der gleichen Zahl von Schulungsstunden teilnehmen, um im Interesse guter Arbeitsbeziehungen und zum allgemeinen Wohl des Betriebs wirksam für die Interessen der Arbeitnehmer eintreten zu können."

Und da - was niemand bezweifelt - die Frauen die ganz überwiegende Mehrheit aller Teilzeitbeschäftigten stellen, konstatiert der EuGH in der deutschen Rechtslage eine gemeinschaftsrechtswidrige mittelbare Frauendiskriminierung.

Entgegen vielen, ja viel zu vielen Fällen aus früheren Zeiten, in denen die Mitgliedstaaten sich nicht an derartigen Vorabentscheidungsverfahren gem. Art.177 EG-Vertrag beteiligten und ihre Sicht der Dinge vorgetragen, hat die Bundesregierung in diesem Verfahren den EuGH nicht "alleingelassen". Ausführlich hat sie die Intention den deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf das Betriebsratsamt als Ehrenamt und die Wirkungsweise des Lohnausfallprinzips im Zusammenhang mit Schulungsmaßnahmen dargetan. So mußte dem EuGH z.B. auch klar sein, daß Betriebsräte gar keine Vergütung für Schulungsteilnahme erhalten, wenn keine Kollision mit ihrer betrieblichen Arbeitszeit vorliegt. Gleichwohl hat es der EuGH unterlassen, die aus dem gewollten und bewährten Prinzip der Ehrenamtlichkeit herrührenden Argumente im Urteil zu erörtern, ja er hat sie nicht einmal erwähnt.

Wie aber soll ein Urteil des EuGH seine Befriedungsfunktion entfalten, wenn es sich mit den Argumenten der Gegenseite nicht einmal erkennbar auseinandersetzt ?

Nicht selten wird dem deutschen Kritiker entgegengehalten, er müsse sich von "fachblinder Fixierung auf einzelne Urteile des Gerichtshofes" lösen, seine "germanozentrische, auf Abwehr äußerer Einwirkungen gerichteten Sicht des deutschen Rechts" aufgeben, sein "überholtes Verständnis des Nationalstaates in der modernen Welt" überdenken oder seine "mangelhafte Kenntnis des Gemeinschaftsrechts" aufbessern. Mag in dem einen oder anderen Fall auch eine der Entgegnungen durchaus begründet sein, so ersetzt eine solche Pauschalzurückweisung einer Kritik nicht die exakte argumentative Auseinandersetzung. Deshalb ist es zu begrüßen, daß sich besonders fachkompetente Verteidiger der ins Feuer der Kritik geratenen EuGH-Rechtsprechung im Sozialbereich doch auch Defizite beim EuGH selbst in den Mittelpunkt neuerer Betrachtungen setzen. Lesenswert hierzu ist der Aufsatz von Prof.Ulrich Everling, dem ehemaligen deutschen EuGH-Richter, in Europarecht (EuR) Heft 2 1994: "Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften".

Everling legt sachlich die Schwierigkeiten innerhalb des EuGH dar, die für eine gerechte Bewertung von außen unbedingt in Betracht zu ziehen sind: das Sprachenproblem generell, durch die Dominanz der französischen Sprache automatisch erzeugte Dominanz französischer Denk- und Argumentationsstile, die Herkunft der Richter aus unterschiedlichen Rechtssystemen, wobei unter den 13 Richtern eine "Einigung über das Ergebnis" leichter herbeizuführen sei als die "über die Begründung". Aber in seinen konkreten "Folgerungen" schreibt er:

"Je weniger ein Gericht sich darauf verlassen kann, daß ein im wesentlichen gefestigtes Rechtsbewußtsein die allgemeine Akzeptanz der Urteile gewährleistet, umso mehr müssen diese Überzeugungskraft entfalten."

Der EuGH könne

"nicht damit rechnen, ohne weiteres als selbstverständliche Autorität anerkannt zu werden, solange die Gemeinschaft selbst in einer offenen Form unterhalb staatlicher Qualität verharrt, deren Legitimation diskutiert wird. Da zu erscheint es aber erforderlich, daß sich der *Urteilsstil weiter von der autoritativen Form zu einer argumentativen Form fortentwickelt.*"

Dem schließe ich mich uneingeschränkt an.

In diese Überlegungen zur Notwendigkeit ausführlicherer Begründungen von EuGH-Urteilen paßt nun auch der Fortgang der Rechtssache Bötzel bzw. der dahinterstehenden politischen und rechtlichen Probleme: dem 7. Senat des Bundesarbeitsgerichtes liegt nämlich ein mit der Rechtssache Bötzel nahezu identischer Fall zur Entscheidung vor, wobei dem BAG das Ergebnis der EuGH-Entscheidung Bötzel nicht einleuchtet - vermutlich in erster Linie mangels argumentativer Auseinandersetzung des EuGH mit der sich aus deutscher Sicht stellenden Kernfrage. So ist in der Pressemitteilung zum Beschluß des BAG (7 AZR 581/92 vom 20.10.83) zu lesen:

"Der Senat will jedoch an der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BAG festhalten, daß keinem Betriebsratsmitglied ein Anspruch auf Ausgleich der Freizeit zusteht, die es für eine außerhalb seiner individuellen Arbeitszeit liegende Schulung aufgewandt hat."

Deshalb befaßt das BAG den EuGH erneut mit der Problematik, diesmal aber mit folgender auf das Kernproblem zugespihten Fragestellung:

"Hindert das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung beim Arbeitsentgelt den nationalen Gesetzgeber, das Betriebsratsamt als unentgeltlich zu führendes Ehrenamt auszugestalten und die Betriebsratsmitglieder lediglich vor Einkommenseinbußen zu schützen, die sie sonst durch betriebsratsbedingte Versäumung der Arbeitszeit erleiden würden?"

Man darf auf die Antwort des EuGH gespannt sein. Aber unabhängig vom Ergebnis zeigt die Rechtsstreitigkeit, wie wichtig schon die Fragestellung selbst sein kann, die dem EuGH zur

Vorabentscheidung vorgelegt wird. Sie kann die juristische und politische Kernfrage direkt ins Visier nehmen, kann aber auch vom eigentlichen Problem ablenken mit der erkennbaren Absicht, eine bestimmte Antwort zu erhalten. Erst die argumentative Auseinandersetzung vor dem EuGH kann letztlich klären, was das mit einem Vorabentscheidungsersuchen auf den Tisch gelegte Kernproblem darstellt. Sofern der EuGH die erforderliche argumentative Auseinandersetzung, über die allein die Kernproblematik herausgearbeitet werden kann, nicht führt, ist es juristisch möglich und m.E. rechtspolitisch sogar geboten, den EuGH mehrfach mit einer Problematik zu befassen, wobei es sich - wie in dem hier erwähnten Beispielsfall geschehen - anbietet, durch modifizierte konkrete Fragestellung die Befassung mit dem Kernproblem zu "erzwingen".

Der gegenüber Mehrfachbefassung allerdings vorzuziehende Weg ist die argumentative Auseinandersetzung durch den EuGH selbst, die sich dann aber auch in einer entsprechenden Würdigung und Wertung der wichtigen vorgetragenen Argumente in der Urteilsbegründung widerspiegeln muß.

Oft werden Einwände mit der Bemerkung gekontert, die Rechtsinterpretation müsse ja auf alle Mitgliedstaaten angewendet werden, da sei halt kein Raum, um auf nationale Spezifika Rücksicht zu nehmen. Das deutsche Betriebsverfassungsrecht ist - mit gewissen Parallelen im niederländischen und künftig österreichischen - so einzigartig, daß sich schwerwiegende Eingriffe, die wesentlich die Philosophie dieser Rechtsordnung geradezu "auf den Kopf stellen", wie Norbert Blüm zu Recht meinte, kaum mit der Notwendigkeit einheitlicher Rechtsanwendung in der gesamten Union einleuchtend begründen lassen.

EuGH-Rechtsprechung im Spannungsverhältnis zur Intention des Gesetzgebers - Rechtssache Christel Schmidt (C 392/92)

Es liegt dem Fall folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Spar- und Leihkasse, die in der Vergangenheit ihre Büroräume von eigenen, bei ihr selbst beschäftigten Mitarbeitern reinigen ließ, übertrug diese Funktion schrittweise einer professionellen Reinigungsfirma und kündigte anlässlich des Umbaus einer Filiale der einzigen noch für die Reinigung eben dieser Filiale selbst beschäftigten Reinigungskraft. Diese Mitarbeiterin wollte weder das Einstellungsangebot der Reinigungsfirma an- noch die Kündigung durch die Sparkasse hinnehmen. Das mit dem Fall befaßte Landesarbeitsgericht Schleswig Holstein wollte vom EuGH wissen, ob die Ausgliederung der Reinigungsarbeiten nicht einen "Betriebsübergang" im Sinner der Richtlinie 77/187 über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen darstelle.

In dem Verfahren wies die Bundesregierung, unterstützt von der britischen Regierung, ausdrücklich darauf hin, daß ja überhaupt keine wirtschaftliche Einheit übergegangen, gar kein Eigentum an irgendwen übertragen worden sei, ein Unternehmensübergang also gar nicht vorliege. Die Entgegnung des EuGH in Ziff. 16 der Urteilsbegründung:

"Der Einwand ... daß keine Vermögensgegenstände übertragen worden seien, greift nicht durch. Wenn in der Rechtsprechung die Übertragung solcher Aktiva als eines der verschiedenen Kriterien genannt wird, die vom innerstaatlichen Gericht zu berücksichtigen sind, um im Rahmen einer Gesamtbewertung eines vielschichtigen Vorgangs die Frage zu entscheiden, ob tatsächlich ein Unternehmensübergang vorliegt, so kann daraus **nicht** geschlossen werden, daß **ohne** eine solche Übertragung **kein** Unternehmensübergang gegeben sein kann."

Im Ergebnis stellt der EuGH im beschriebenen Sachverhalt einen Betriebsübergang fest und erklärt die Richtlinie über die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer für anwendbar..

Unter der Überschrift "Beim Europäischen Gerichtshof wird es grotesk" schreibt Prof. Schwerdtner (Bielefeld) in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 16.5.94:

"Die Tatbestandsvoraussetzung des Übergangs eines Betriebes oder Betriebsteiles kann man nicht dadurch überspielen, daß man wie der EuGH den 'Betrieb einer Dienstleistungseinrichtung' erfindet. Daß in den gleichen Räumen geputzt wird, vermag einen Betriebsübergang nicht zu begründen."

Der EuGH sieht es anders - mit nicht abschätzbaren Folgen für die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Wirtschaft, wenn eine Korrektur dieses Urteils ausbleibt. Ich möchte diese negativen Konsequenzen kurz beleuchten.

Die europäische Wirtschaft kann nicht in einem reinen Kostenwettlauf verbunden mit einem gigantischen Sozialabbau den Weg zur Erhaltung oder Wiedergewinnung ihrer Wettbewerbsfähigkeit suchen gegenüber neuen Konkurrenten auf dem Weltmarkt - insbesondere im asiatisch-pazifischen Raum, aber auch in den Staaten Mittel- und Osteuropas. Sie muß, neben anderem, prioritär alle Spielräume zur Steigerung ihrer Produktivität voll nutzen. Das sog. Out-Sourcing spielt dabei quer durch alle Branchen und Betriebsgrößen eine Schlüsselrolle: gemeint ist damit eine Strategie, sich auf die eigentlichen eigenen Unternehmensaufgaben konsequent zu konzentrieren und alle möglichen Tätigkeiten, die zwar für den laufenden Betrieb erforderlich sind aber nicht zum Kern der eigenen unternehmerischen Kompetenz gehören, durch darauf jeweils spezialisierte Fremdfirmen ausführen zu lassen.

Wenn nun diese Form der Ausgliederung einzelner Funktionen behindert, in vielen Fällen unmöglich gemacht wird, kommt dies einem Tiefschlag gegen wesentliche Anstrengungen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit gleich. Der EuGH hat hier nicht - wie im Falle Bötzel - die Kernfrage übergangen, sondern das Kernargument im Hinblick auf die Definition eines Betriebsübergangs ausdrücklich zurückgewiesen und festgestellt:

"Art.11 der Richtlinie 77/187/ EWG ... ist so auszulegen, daß ein Fall ... , in dem ein Unternehmer durch Vertrag einem anderen Unternehmer die Verantwortung für die Erledigung der früher von ihm selbst wahrgenommenen Reinigungsarbeiten überträgt, auch dann dem Anwendungsbereich der Richtlinie unterliegt, wenn diese Aufgaben vor der Übertragung von einer einzigen Arbeitnehmerin erledigt wurden."

Damit ist die Rechtsfolge verbunden, daß die Arbeitnehmer, die im abgebenden Betrieb bislang die Aufgaben erledigt haben, automatisch in die Stammelegschaft des Auftragnehmers überwechseln.

Das Urteil hat in Wirtschaftskreisen und in Fachkreisen des Arbeitsrechts einen Sturm der Entrüstung ausgelöst. Wegen der als absurd empfundenen Konsequenzen hat es auch scharfzüngige Kommentierungen erfahren; Prof. Junker (Göttingen) erfand gar in der Neuen Juristischen Wochenzeitschrift (NJW, Heft 39, 1994) eine mögliche Abhilfe durch einen BAG-Vorlagebeschluß in der - wie er meinte - "(noch) fiktiven Rechtssache Müller". Er schreibt:

"Herr Müller war bei der Impex Import-Export GmbH, der es wirtschaftlich schlecht ging, als Sekretär beschäftigt. Die GmbH verkaufte in ihrer Not die Schreibmaschine, an der Herr Müller arbeitete, an den Rechtsanwalt Dr.Schulze. Herr Müller meldete sich am nächsten Tag bei Dr.Schulze zum Arbeitsantritt..."

Den Rest können Sie sich denken.

Ich zitiere dies hier nicht, um Späßchen zu machen, auch wenn in der Juristerei mehr Humor und Witz nicht das Schlechteste wären. Nein, wenn man sich dermaßen über ein EuGH Urteil ereifert und in einer so hoch angesehenen juristischen Zeitschrift wie der NJW lustig machen kann, steht es nicht gut um die Akzeptanz. Und wohlgemerkt : der EuGH wußte, was er tat.

Bundesarbeitsminister Blüm, schrieb an den zuständigen Kommissar, Pdraig Flynn, am 28.7.94, also bald nach Übernahme seiner Ratspräsidentschaft:

"Nach meinen Informationen hat die Kommission noch nicht über die Vorlage eines Vorschlages zur Änderung der Richtlinie zur Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen entschieden. Ich meine, die Angelegenheit verträgt keinen Aufschub;..."

Zu diesem Zeitpunkt war tatsächlich noch kein förmlicher Beschluß des Kollegiums ergangen, gleichwohl die Kommission hochsensibilisiert. Gleich nach der Sommerpause erging dann der entsprechende Beschluß. Die Europäische Kommission hat noch nie - soweit mir bekannt - auf ein Urteil so schnell reagiert und dem Rat und dem Europäischen Parlament die Änderung der Rechtsgrundlage vorgeschlagen.

Nun ist es in Deutschland nichts Besonderes, daß der Gesetzgeber mit Änderung der Rechtsgrundlage reagiert, wenn die Interpretation des Rechts durch die Gerichte nicht seinen eigenen Intentionen entspricht. Das gilt nicht mit der gleichen Selbstverständlichkeit in anderen Staaten; in der Europäischen Gemeinschaft war dies bisher höchst ungewöhnlich.

Als z.B. die letzte Regierungskonferenz, die mit dem Maastricht-Gipfel ihren Abschluß fand, während der Verhandlungen erwog, Art.119 EG-Vertrag mit Blick auf das berühmte Barber-Urteil zu modifizieren, gab es insbesondere seitens des Juristischen Dienstes der Kommission größte Bedenken. Nachdem die Modifikation in Form einer Protokollnotiz vorgenommen worden war, wurde sogar von einer "Einmischung des Verfassungsgebers" gesprochen, die einen "Eingriff in die in der Gemeinschaftsrechtsordnung ... herrschende Gewaltenteilung" darstelle.

Da fragt man sich: wer ist eigentlich der Souverän ? Sicherlich nicht der EuGH, auch wenn er für alle Gemeinschaftsorgane der oberste "Schiedsrichter" ist. Prof. Grimm, deutscher Verfassungsrichter, schreibt in seinem Beitrag "Verfassungsgerichtsbarkeit - Funktion und Funktionsgrenzen im demokratischen Staat" (in: Sozialwissenschaften des Rechts, Bd.II, Verlag C.H.Beck 1977) unter der Zwischenüberschrift 'Die Kontrolle der Kontrolleure':

"Es kennzeichnet den Verfassungsstaat, daß er auch die letzte, nicht mehr kontrollierbare Instanz nicht souverän stellt, sondern an Rechtsnormen bindet."

Und die Rechtsnormen setzt der Gesetzgeber. Dabei gebe ich zu, daß es für ein Gericht, und ein oberstes zumal, unangenehm sein kann, wenn ihm durch Gesetzeskorrektur bescheinigt wird, daß es die Intentionen des Gesetzgebers nicht richtig interpretiert hat. Aber

die Gesetzeskorrektur kann ja auch eine begrüßenswerte Wirkung haben, insbesondere wenn sie eine zu extensive Auslegung gleichsam "zurückholt": nämlich die Beachtung des Prinzips richterlicher Zurückhaltung, von der Prof Grimm an derselben Stelle sagt:

"Daher handelt es sich beim judicial-selfrestraint nicht um einen Akt freiwilliger Bescheidung, sondern um die Erfüllung eines verfassungsrechtlichen Gebotes. Daß dieses Gebot nicht wie verfassungsgemäßes Verhalten anderer Staatsorgane eingeklagt werden kann, ändert an seiner rechtlichen Qualität nichts."

Nachdem die Korrektur von EuGH-Urteilen durch Änderung der Rechtsgrundlage lange Zeit innerhalb der Kommission als inopportun, wenn nicht gar als illegitim angesehen wurde, ist es mehr als eine Nebensächlichkeit, was das Kommissionskollegium im Juli 1994 in das Weißbuch zur Sozialpolitik hineinformulierte:

"Zudem muß das Unionsrecht ständig an die Urteile des Europäischen Gerichtshofes angepaßt werden, entweder um die Rechtsvorschriften unter Berücksichtigung von Gerichtsurteilen zu konsolidieren oder um sie zu überprüfen, wenn Auslegungen des Gerichtshofes die Frage der tatsächlichen Absichten des Gesetzgebers aufwerfen. Dieses Verfahren wendet die Kommission nach Einzelfallprüfung in enger Zusammenarbeit mit Rat und Parlament an."

Hiermit wurde erstmals in der Deutlichkeit die mögliche Diskrepanz zwischen den Absichten des Gesetzgebers und davon abweichenden Rechtsinterpretationen durch den EuGH offen angesprochen und der Vorrang des Gesetzgebers unzweideutig definiert.

Direkte Wirkung von Assoziationsabkommen - weitgehende Beschränkung der außenpolitischen Handlungsfähigkeit der Union

Der EG-Vertrag unterscheidet bewußt zwischen dem Rechtsinstrument der Verordnung und dem der Richtlinie. Erstere ist in ihrem Wortlaut in jedem Mitgliedstaat geltendes Recht, auf das sich jeder einzelne unmittelbar wie auf ein nationales Gesetz berufen kann; letztere formuliert auch verbindliches Gemeinschaftsrecht, richtet sich aber an die Mitgliedstaaten, die die Richtlinienvorgaben in das nationale Recht umsetzen müssen.

Der EuGH hat die klare Unterscheidung zwischen Richtlinie und Verordnung insofern relativiert als er die direkte Wirkung auch von Richtlinienbestimmungen und damit die Möglichkeit eingeräumt hat, sich unmittelbar - ohne den Umweg der Transformation in nationales Recht - auf eine Richtlinie zu berufen, wenn die - ich sage es mit meinen eigenen Worten - aus der Richtlinie resultierenden Rechte gegenüber dem Staat hinreichend genau

definiert und an keine weiteren Bedingungen geknüpft sind. Sinn dieser Rechtsprechung war und ist es, dem einzelnen auch zur Inanspruchnahme seiner durch die Gemeinschaft eingeräumten Rechte schnell zu verhelfen, selbst wenn der zur Umsetzung der Richtlinie verpflichtete Staat seinen Verpflichtungen nicht oder unzureichend nachgekommen ist. Diese Rechtsprechung soll hier nicht kritisiert werden.

Problematisch ist aber die Ausweitung der direkten Wirkung auch auf Abkommen der Gemeinschaft mit Drittstaaten, ja sogar auf sog. gemischt-völkerrechtliche Abkommen, bei denen nicht "die Gemeinschaft" allein Vertragspartner des Drittstaats ist, sondern auch jeweils die Mitgliedstaaten, soweit es sich um eine im Abkommen mitgeregelte Sachmaterie handelt, für die die Kompetenz nicht bei der Gemeinschaft liegt, sondern bei den Mitgliedstaaten verblieben ist.

Die Problematik läßt sich gut an der **Rechtssache Kus (C-237/91)** erläutern. Auch hier zunächst der Sachverhalt: Der türkische Staatsangehörige, Herr Kus, erhielt wegen Heirat mit einer Deutschen die Aufenthalts- und auch Arbeitserlaubnis in Deutschland. Aufgrund der Scheidung seiner Ehe nach nur gut einem Jahr sollte der Aufenthalt beendet werden. Herr Kus klagte, und das zuständige Gericht stellte dem EuGH Fragen zur Wirkung und Reichweite des Assoziationsabkommens EG-Türkei, einem gemischt-völkerrechtlichen Abkommen, bzw. präziser gesagt des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates nach diesem Abkommen.

Im Beschluß 1/80 hatte der Assoziationsrat keine aufenthaltsrechtlichen Regelungen getroffen, jedoch jenen Staatsangehörigen, denen ein Vertragsstaat aufgrund eigener souveräner Entscheidung Aufenthalt gewährte, die schrittweise Integration in den dortigen Arbeitsmarkt zuerkannt. Diese sah konkret so aus: es wurden Rechtsansprüche auf Verlängerung der Arbeitserlaubnisse eingeräumt, die nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung auf denselben Beruf bei demselben Arbeitgeber beschränkt blieben, nach drei Jahren zwar auf den bisher ausgeübten Beruf beschränkt blieben, aber um die freie Wahl des Arbeitgebers erweitert waren und nach vier Jahren jede Beschränkung hinsichtlich Beruf oder Arbeitgeberwahl fallenließen.

Der Beschluß sollte also Türken - ganz im Sinne des besonderen Assoziationsverhältnisses - gegenüber anderen Drittstaaten hinsichtlich des Arbeitsmarktzugangs privilegieren, soweit sie die in nationaler Kompetenz verbliebenen aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen erfüllten.

Der EuGH hat in der Rechtssache Kus den schon in der niederländischen Rechtssache Sevince (C 192/89) eingeschlagenen Weg bestätigt und nicht nur dem Assoziationsrats-

beschluß direkte Wirkung zuerkannt, sondern ist auch in die aufenthaltsrechtliche Kompetenz der Mitgliedstaaten eingedrungen mit dem "Argument", die aus dem Assoziationsratsbeschluß herrührenden Arbeitsmarktzugangsrechte "implizierten" auch die notwendigen aufenthaltsrechtlichen Ansprüche.

Der EuGH reduzierte damit die aufenthaltsrechtliche Kompetenz der Mitgliedstaaten auf das Recht, über die erstmalige Einreise souverän zu entscheiden. Nach einjähriger Beschäftigungserlaubnis erlischt die aufenthaltsrechtliche Kompetenz der Mitgliedstaaten über das Arbeitsmarktzugangsprivileg türkischer Staatsangehöriger gegenüber anderen Drittstaaten und wandelt sich gemeinschaftsrechtlich zu einem Daueraufenthaltsrecht. Dies war nie und nimmer von den Vertragsparteien so gewollt. Hier verdreht der EuGH Ursache und Wirkung: erst wenn die Prüfung des souverän national festgelegten und durch keinen Assoziationsratsbeschluß irgendwie tangierten Aufenthaltsstatus positiv ausfällt, stellt sich die Frage nach dem Arbeitsmarktzugang - nicht umgekehrt.

Ich habe gegen eine derartige Rechtsprechung mehrere Einwände: über die direkte Wirkung von Assoziations- oder Kooperationsabkommen mit Drittstaaten begibt sich die Gemeinschaft weitgehend der Möglichkeit, die Gegenseitigkeit, soweit sie im Abkommenstext vereinbart ist, auch im praktischen Vollzug wirksam sicherzustellen. Schließlich ist der EuGH ja keine Instanz, die über Streitigkeiten zwischen den Vertragsstaaten in der Auslegung des völkerrechtlichen Abkommens entscheidet (das kann - ohne ausdrücklich andere Abkommensregelung - allenfalls der Internationale Gerichtshof in Den Haag). Die EuGH-Entscheidungen binden nur die Gemeinschaft und ihre Mitgliedsstaaten. Soweit dabei tatsächliche oder angebliche Rechte der Staatsangehörigen des Drittstaats zum Zuge kommen, wird dieser sich über die einseitige Bindungswirkung freuen können, der Gegenseitigkeit dient dies keineswegs - im Gegenteil.

Die Konsequenz der direkten Wirkung wird sein, daß sich größere Vorsicht und eine "im-Zweifel-nein-Haltung" bei den Mitgliedstaaten breit machen wird, wenn es um die Formulierung von Abkommen mit Drittstaaten geht. Dies kann außenpolitisch höchst unerwünscht sein. So ist es z.B. schon zu Irritationen im Verhältnis zu den mitteleuropäischen Nachbarstaaten gekommen, weil wir uns bei den Verhandlungen zu den Europaabkommen nicht mehr in der Lage sahen, einem allgemeinen Diskriminierungsverbot zuzustimmen, wie es in allen bisherigen Abkommen vereinbart wurde. Die vom EuGH aus einem solchen allgemeinen Gleichbehandlungsgebot gefolgerten Rechte auf Sozialleistungen für die Staatsangehörigen der Drittstaaten sind für die Mitgliedstaaten in ihren finanziellen Folgen nicht mehr kalkulierbar.

Schon in der **Rechtssache Kziber (C 18-90)** hatte der EuGH aufgrund des Kooperationsabkommens EWG/Marokko aus dem Diskriminierungsverbot den direkt einklagbaren Rechtsanspruch eines Familienangehörigen eines marokkanischen Staatsangehörigen auf ein Überbrückungsgeld für junge Arbeitssuchende hergeleitet. Neuerlich wurde diese Rechtsprechung sogar auf beitragsunabhängige Sozialleistungen ausgedehnt: Belgien möchte eine nach seinem Recht vorgesehene beitragsunabhängige Behindertenbeihilfe nur solchen Drittstaatsangehörigen gewähren, mit denen Belgien über ein entsprechendes Abkommen verfügt; hier soll klar für Gegenseitigkeit gesorgt werden. Der EuGH hat dieses im Verhältnis zu Marokko ausgeschlossen und einseitig einen entsprechenden Rechtsanspruch hergeleitet (**Rechtssache Yousfi, C 58/93**). Obwohl solche beitragsunabhängigen Leistungen nach belgischem Recht nicht zur "Sozialen Sicherheit" gehören - und nur für diese die Gleichbehandlung im Kooperationsabkommen vorgesehen ist -, subsumierte der EuGH diese Sozialleistung unter das Abkommen. Die finanziellen Auswirkungen des Urteils, insbesondere hinsichtlich der Exportfähigkeit nicht beitragsgebundener Leistungen, sind nicht absehbar. Dem EuGH liegt derzeit mit der **Rechtssache Krid (C-103/94)** ein ähnliches Vorabentscheidungsersuchen eines französischen Gerichts vor, in dem es um den Anspruch einer algerischen Staatsangehörigen auf französische Altersrente geht.

Im Außenministerium eines großen Mitgliedsstaates der Gemeinschaft ist man zu Recht besorgt, daß die EuGH-Rechtsprechung zur direkten Wirkung von Assoziationsabkommen immer mehr Weiterungen nach sich ziehen können, die niemals von den Vertragsparteien auch nur in Betracht gezogen waren. Es ist nicht auszuschließen, daß die in Anhang VI des Abkommens Lomé IV vom 15.12.89 enthaltene Erklärung über die Gleichbehandlung bei Leistungen der sozialen Sicherheit, die für abhängig beschäftigte Arbeitnehmer aus den AKP-Staaten und ihre mit ihnen zusammenlebenden Familienangehörigen gilt, künftig auch in die oben beschriebene Rechtsprechung Eingang findet.

Deutschland ist sicherlich besonders sensibel, weil auch potentiell am stärksten und unmittelbarsten betroffen, wenn es um Abkommen mit MOE-Staaten geht oder mit der Türkei (80% der in der Gemeinschaft lebenden Türken leben in Deutschland); für Frankreich trifft dies im Hinblick auf die maghrebischen Staaten zu. Italien und Spanien schauen besonders auf ihre nordafrikanischen "Gegenüber". Die Liste ließe sich sicherlich verlängern.

In dem bereits erwähnten Außenministerium eines großen Mitgliedsstaats hat man mit Blick auf anstehende Vertragsverhandlungen es als "sehr wünschenswert" bezeichnet,

"die Aufmerksamkeit der Unterhändler darauf zu lenken, daß bei der Formulierung von Bestimmungen von gemischten Abkommen, die von der Gemeinschaft und den

Mitgliedstaaten mit Drittstaaten geschlossen werden , die Gefahr einer Auslegung durch den Gerichtshof, die über den Willen der Unterhändler hinausgeht, zu berücksichtigen ist."

Da dies die ohnehin schon schwierigen außenpolitischen Verhandlungen nur noch weiter verkomplizieren muß, halte ich die Zeit für reif, ernsthaft darüber nachzudenken, ob nicht im Rahmen der Regierungskonferenz 96 im Vertrag selbst der ausdrückliche Ausschluß direkter Wirkungen von Abkommen mit Drittstaaten festgelegt werden soll. Auch muß - notfalls durch Klarstellung im Vertrag - sichergestellt werden, daß der EuGH im Falle von gemischt-völkerrechtlichen Abkommen seine Auslegungsbefugnis strikt auf solche Kompetenzbereiche beschränken muß, die auch tatsächlich in die Zuständigkeit der Gemeinschaft übergegangen sind.

Art. 119 EG-Vertrag - Tarifautonomie infragegestellt ?

Ausgangspunkt für die in diesem Zusammenhang anzustellenden Überlegungen ist die **Rechtssache Enderby (C-127/92)**: Frau Enderby, eine Sprachtherapeutin im britischen Gesundheitsdienst, war der Auffassung, daß ihre Tätigkeit gleichwertig der von klinischen Psychologen und Pharmazeuten des britischen Gesundheitsdienstes war. Da sie deutlich weniger verdiente (15% bzw 30 % geringeres Gehalt) reichte sie Klage mit dem Argument ein, die Sprachtherapeuten seien im Gegensatz zu den anderen genannten Berufen ganz überwiegend Frauen; angesichts der Gleichwertigkeit der Tätigkeit sei die geringere Bezahlung eine gemeinschaftsrechtswidrige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Der britische Court of Appeal fragte den EuGH, ob unter der Voraussetzung, daß die Tätigkeit als Sprachtherapeut und als Pharmazeut gleichwertig seien, es der Arbeitgeber als ausreichende Rechtfertigung für die unterschiedliche Bezahlung ansehen dürfe, daß die Gehälter Ergebnis unterschiedlicher Tarifvertragsverhandlungen seien. Der EuGH antwortete:

Die Tatsache, daß die Gehälter für zwei gleichwertige Tätigkeiten, von denen eine fast ausschließlich von Frauen, die andere überwiegend von Männern ausgeführt werden, Ergebnis unterschiedlicher und getrennt geführter Tarifverhandlungen sind - obwohl von denselben Vertragsparteien ausgehandelt - ist keine ausreichende objektive Rechtfertigung für die Gehaltsunterschiede zwischen beiden Tätigkeiten.

Zu diesem Fall ließe sich - mit ausführlicher Wortexegese - sehr viel sagen. Ich möchte mich auf wesentliche Aspekte beschränken. Zu begrüßen ist zum einen, daß der EuGH sich nicht

in das Minenfeld vorwagen mußte, über die Frage der Gleichwertigkeit der unterschiedlichen Tätigkeiten zu befinden. Die Gleichwertigkeit hat das anfragende Gericht ja selbst unterstellt. Ich hoffe sehr, daß deutsche Gerichte bei so grundverschiedenen Tätigkeiten sich das zu eigen machen, was auch die Bundesregierung vorgetragen hat, daß mangels objektiver Vergleichbarkeit eine Prüfung am Maßstab des Art.119 EG-Vertrag ausscheidet.

Aufhorchen lassen muß aber die Einlassung des Juristischen Dienstes der Kommission in der mündlichen Verhandlung, zum Aufspüren mittelbarer Diskriminierung bei der Entlohnung sei es unverzichtbar, die objektive Wertigkeit unterschiedlicher Tätigkeiten zu vergleichen und Bezahlungsunterschiede ausschließlich auf der Basis von Statistiken ("which may or may not be stable") zu rechtfertigen. Und zur Bedeutung von Tarifverhandlungen als objektive Rechtfertigung unterschiedlicher Löhne meint der Juristische Dienst:

" Es ist das Ergebnis, das es zu rechtfertigen gilt, nicht der Prozeß, in dem es erzielt wurde."

Sicherlich, aus der Tatsache, daß dieselben Tarifvertragsparteien verhandeln, wenn sie auch getrennte Verträge zuwege bringen, rechtfertigt sich eine gewisse Skepsis: es darf natürlich nicht akzeptiert werden, daß ein Arbeitgeber allein durch formelles Aufsplitten der Verhandlungen, das Diskriminierungsverbot umgehen kann.

Was mir aber Sorge macht, sind die recht unbekümmerten Einlassungen des Juristischen Dienstes der Kommission, die letztlich auf eine gefährliche Abwertung von Tarifverhandlungen hinauslaufen. Wenn ich dazu noch im Weißbuch der Kommission zur Europäischen Sozialpolitik vom Juli 94 lese:

"Alle Formen der produktiven Tätigkeit von Frauen müssen angemessen entlohnt werden (unter anderem durch Anwendung von geschlechtsneutralen Arbeitsplatzbewertungs- und Berufsklassifikationsprogrammen)...",

dann schwant mir nichts Gutes. Ich möchte hier nur davor warnen, den ohnehin arg strapazierten Art. 119 EG-Vertrag auch noch zum Vehikel zu nehmen, um die juristische Verbindlichkeit und Verlässlichkeit von Tarifverträgen ins Zwielficht zu rücken. Wer zu tarifvertragsbereichsübergreifenden nachträglichen Vergleichen von Lohn- und Gehaltsstrukturen greifen möchte, spielt mit dem Feuer. Er geht an der Realität von Lohnverhandlungen vorbei, für die ein komplexes Bündel von Erwägungen bedeutsam ist. Auch die Gedanken zu Arbeitsplatzbewertungs- und Berufsklassifikationsprogrammen können allenfalls innerhalb von Tarifvertragsbereichen zu Instrumenten entwickelt werden, um die vielerorts sicherlich tatsächlich vorhandene Unterbewertung von Tätigkeiten, die

überwiegend Frauen ausüben, zu überwinden. Das ist aber Sache der Tarifvertragsparteien selbst, nicht die Aufgabe europäischer Beamter oder Richter. Es wäre interessant, hierzu mal die Einlassungen im praktischen Tarifgeschäft stehender Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter in Erfahrung zu bringen.

Soziale Sicherheit : Gleichbehandlung von Männern und Frauen

Hier gehe ich nicht auf ein abgeschlossenes, sondern auf ein laufendes Verfahren **(Rechtssache Nolte, C-317/93)** ein, in dem es um die Reichweite der Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit geht.

Auch hier zunächst wieder der Sachverhalt: Frau Nolte wurde 1988 erwerbsunfähig; ihr Antrag auf Erwerbsunfähigkeitsrente wurde abgelehnt, weil sie zwar bis 1965 beitragspflichtig, aber zuletzt zwischen 1977 und 1987 lediglich geringfügig beschäftigt, d.h. nicht beitragspflichtig, gewesen war. In dem Vorabentscheidungsersuchen des Sozialgerichts Hannover an den EuGH geht es um die Frage, ob der Ausschluß von geringfügig Beschäftigten aus der Beitragspflicht zur Sozialversicherung eine mittelbare Frauendiskriminierung darstellt und - falls ja - , ob dann Frau Nolte doch ein Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrente zuerkannt bekommen muß, auch wenn sie keine Beiträge gezahlt hat.

Zum besseren Verständnis der sozialpolitischen Tragweite - insbesondere für die langfristige finanzielle Stabilität der deutschen Rentenversicherung - muß ich kurz auf die Neuregelung des Erwerbsunfähigkeitsrentenrechts durch das Haushaltsbegleitgesetz 1984 in Deutschland eingehen, welche im übrigen durch die von allen großen Parteien getragenen Rentenreform 1992 bestätigt wurde: Untersuchungen hatten Anfang der 80er Jahre ergeben, daß der Anteil der Erwerbsunfähigkeitsrenten an allen Rentennewuzugängen rapide angewachsen, aber ein Viertel aller Männer und weit über die Hälfte aller Frauen mit EU-Rente in den letzten 5 Jahren überhaupt nicht mehr beitragspflichtig erwerbstätig gewesen waren.

Da Erwerbsunfähigkeitsrente als Versicherungsleistung der Solidargemeinschaft ausfallendes Erwerbseinkommen ersetzen soll, das sehr viele Betroffene aber gar nicht in zeitlicher Nähe zum Eintritt ihrer Erwerbsunfähigkeit erzielten, ergab sich folgende Analyse: die Erwerbsunfähigkeitsrente hatte für den größten Teil ihrer Bezieher den Charakter einer eigentlich nicht vorgesehenen vorgezogenen Altersrente nicht aber die Funktion, ausfallendes Erwerbseinkommen zu ersetzen.

Die Neuregelung für den Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrente legte deshalb konsequent fest, daß der Berechtigte 3 Jahre der letzten 5 Jahre vor Eintritt der Erwerbsunfähigkeit beitragspflichtig beschäftigt sein mußte. So war sichergestellt, daß Erwerbsunfähigkeitsrente auch tatsächlich nur der erhielt, dem Erwerbseinkommen entfiel. Gleichzeitig wurde mit der Neuregelung die Möglichkeit eingeräumt, daß durch einen freiwilligen Mindestbeitrag der Anspruch auf Erwerbsunfähigkeitsrente auch bei Aufgabe einer beitragspflichtigen Beschäftigung aufrechterhalten werden konnte.

Für das Gesamtsystem wurde damit eine Entwicklung korrigiert, in der sich ein "Nebeneingang" in die Rentenversicherung schleichend zum "Hauptportal" und zu einer auf Dauer nicht mehr finanzierbaren Last entwickelt hatte.

Die Bundesregierung hat vor dem EuGH auf 19 Seiten ausführlich vorgetragen, wobei ich hier nur die wesentlichen Argumente wiedergeben und die Einlassungen des Juristischen Dienstes der Kommission zu zum Teil denselben Sachverhalten aufgreifen möchte, die mich wirklich in Staunen versetzt haben:

Die Bundesregierung argumentiert, daß schon allein vom statistischen Befund im Hinblick auf die Versicherungsfreiheit für geringfügig Beschäftigte nicht auf eine mittelbare Frauendiskriminierung geschlossen werden kann: nach einer Untersuchung aus dem Jahre 1993 waren 1992 von den 4,452 Mio. in ganz Deutschland sozialversicherungsfrei Beschäftigten oder geringfügig Nebenbeschäftigten 60% Frauen. Im Jahre 1987 waren gemäß einer Untersuchung desselben Instituts in den alten Bundesländern von 2,823 Mio. Personen lediglich 55% Frauen.

Der Juristische Dienst der Kommission trägt vor:

"In der Regel sind alle betroffenen Frauen mit allen betroffenen Männern zu vergleichen. Zu prüfen wäre allerdings, ob gemessen am Zweck der Norm wie auch dem Rang des Gleichbehandlungsgebots *untypische Sachverhalte auszuscheiden haben* ."

Sodann fährt er unter Berufung auf einen Beitrag von Bieback in ZfS 1993, Heft 4 "Anforderungen des Antidiskriminierungsrechts der EG an das deutsche Sozialrecht" fort, 1989 seien 1,26 Mio Männer und 1,56 Mio Frauen geringfügig beschäftigt gewesen, ein Verhältnis von 1 : 1,2;

"Stelle man dagegen auf die Gruppe der geringfügig beschäftigten
`Haushaltsführenden´ ab, die oft keine oder nur eine abgeleitete soziale Sicherung
hätten, so sei das Verhältnis 44.000 Männer zu 880.000 Frauen, also 1:20."

Es ist völlig unbestritten, daß es nicht nur direkte, sondern auch mittelbare Diskriminierung gibt, die abgestellt werden muß; und hier hat der EuGH ja auch unbestrittene Verdienste. Besorgt wäre ich aber, wenn man jetzt anfinge, auch schon beim statistischen Grundbefund herumzumanipulieren. Ganz abgesehen davon, daß die vom Juristischen Dienst oben vorgeführte Methode des Aussonderns sog. typischer und untypischer Sachverhalte hinterfragt werden muß - wer entscheidet eigentlich, was ´typisch´ ist und was nicht ? -: man stelle sich vor, der EuGH folgte einer solchen Logik. Die daraus zu ziehenden Konsequenzen im ohnehin schon komplizierten Sozialversicherungsrecht würden dieses noch intransparenter und fast unanwendbar machen.

Es kommt noch ein weiteres hinzu: die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung droht sich auf das rein statistische Abzählen der Betroffenen zu reduzieren; die eigentliche sachliche und intellektuelle Aufgabe, objektive Rechtfertigungsgründe für eine Regelung, die die Geschlechter faktisch ungleichmäßig "trifft", zu prüfen, tritt völlig in den Hintergrund. Der bisherige deutsche Richter am EuGH, Prof. Zuleeg :

" Für die Diskriminierung genügt es, daß faktisch erheblich mehr Frauen als Männer von einer bestimmten Regelung betroffen sind (und umgekehrt)..." (RdA 1992,Heft 2 S.139).

Die Suche nach objektiven Rechtfertigungsgründen, die nichts mit einer Geschlechterdiskriminierung zu tun haben, wird selbst von diesem bestinformierten Experten und bisherigen Entscheidungsträger gar nicht mehr für erwähnenswert gehalten. Der statistische Befund ist ein wichtiges Indiz für mögliche mittelbare Diskriminierung, mehr nicht.

Nun aber zu den wichtigen Rechtfertigungsgründen dafür, daß die Sozialversicherungsfreiheit für geringfügig Beschäftigte keine Frauendiskriminierung darstellt (unabhängig vom statistischen Befund in dem allein schon kein Indiz für eine solche Diskriminierung gesehen werden kann): wer nur ein geringfügiges Entgelt erzielt, der sichert seine Existenz hauptsächlich auf andere Art und Weise. Im Falle verheirateter Personen z.B. durch das Einkommen des Ehepartners; wo derartige Unterhaltspflichten nicht bestehen und anderweitige Einkommensarten nicht zur Verfügung stehen, besteht ergänzender Sozialhilfeanspruch, der auch die notwendige soziale Absicherung mit gewährleistet. In der Rentenversicherung weise ich auf die Hinterbliebenenrente für einen selbst nicht

ausreichend rentenversicherten Ehegatten, in der Krankenversicherung auf die beitragsfreie Mitversicherung von Familienangehörigen hin.

Zu solchen sachlichen Argumenten stellt der Juristische Dienst zu Recht fest, es könne daher fraglich sein,

"ob gegenwärtig der Ausschluß der geringfügig Beschäftigten überhaupt einen relevanten Nachteil darstellt",

um dann aber - man sehe und staune -mit der Frage fortzufahren, - ich zitiere -

"ob nicht derartige abgeleitete Ansprüche immer zugleich eine Abhängigkeit darstellen, was als rechtlicher Nachteil empfunden werden könnte".

Da wird die große sozialpolitische Solidarleistung der beitragsfreien Krankenversicherung für Familienmitglieder oder die Absicherung eines Ehegatten über die Hinterbliebenenrente als "rechtlicher Nachteil" klassifiziert. Mich hat das an die bekannte Geschichte erinnert, nach der Strauß und Stoiber am Ufer des Tegernsees sitzen und einen Menschen beobachten, der über den See geht. Als dieser näherkommt, meint Stoiber: "Das ist ja der Kohl !" Darauf Strauß: "Siehst Du, noch nicht mal schwimmen kann er !"

Auch der Hinweis des Juristischen Dienstes, - ich zitiere -

" daß jedenfalls ein nicht unerheblicher Anteil von Frauen, die einer geringfügigen Beschäftigung nachgehen (vorwiegend geschiedene oder alleinstehende Frauen mit Kindern), besonders schutzwürdig sind, weil gerade sie nicht teilhaben an abgeleiteten Ansprüchen",

führt in die Irre, weil er völlig den im deutschen Sozialsystem vorhandenen Anspruch auf Sozialhilfe außer Acht läßt, wenn tatsächlich die erwähnte alleinstehende Mutter mit Kindern nur Einkünfte aus einer geringfügigen Beschäftigung haben sollte. Da der Schriftsatz des Juristischen Dienstes Kenntnisse des deutschen Sozialrechts bis in feine Verästelungen hinein erkennen läßt, ist es schon verwunderlich, daß solch fundamentale Regelungen außer Betracht bleiben.

Und nun das letzte Hauptargument für die objektive Rechtfertigung der Beibehaltung der Versicherungsfreiheit für geringfügig Beschäftigte: um was für einen Schutz , z.B. in der Altersversorgung, handelte es sich überhaupt, wenn geringfügige Beschäftigungen

beitragspflichtig würden ? Bei 500 DM Entgelt monatlich ,für ein Jahr bezogen und mit Rentenversicherungsbeiträgen belegt, ergäbe sich ein monatlicher Rentenanspruch von 5,66 DM, nach 10 Jahren 56,59 DM. Selbst bei Ausübung eines vollen Berufslebens könnte die Rente keine ausreichende Alterssicherung darstellen. Das ist ja auch logisch, denn auch das aus der Beschäftigung selbst erzielte Entgelt kann eine Existenz nicht voll absichern, die daraus resultierende Rente erst Recht nicht.

Andererseits könnten sich aber gut verdienende Selbständige, die sich und ihre Familienangehörigen heute privat krankenversichern müssen,durch eine geringfügige Beschäftigung, sollte sie der Sozialversicherungspflicht unterworfen werden, mit Minibeiträgen einen vollen Krankenversicherungsschutz aus der Solidargemeinschaft erwerben. Ich hielte dies für sozialpolitisch kontraproduktiv und in höchstem Maße unerwünscht.

Ich bin gespannt, wie der EuGH in der Rechtssache Nolte entscheiden wird. Ich bin etwas ausführlicher auf den Fall eingegangen, weil ich den Blick auch auf die Vorbereitungsphase von EuGH-Entscheidungen werfen und die Sensibilität für die Rolle des Juristischen Dienstes der Kommission dabei schärfen wollte.

Der Juristische Dienst formuliert die Position der Europäischen Kommission. Sein Wort vor dem EuGH hat zu Recht Gewicht. Und natürlich kann man angesichts der Fülle von Verfahren vor dem EuGH nicht in jedem einzelnen Fall erwarten, daß sich das Kollegium der Mitglieder der Kommission mit der Materie befaßt. Da aber in vielen Fällen der EuGH dem Vortrag des Juristischen Dienstes folgt, erscheint mir ein Verfahren erforderlich, das die Befassung des Kollegiums in den politisch besonders weitreichenden Fällen sicherstellt. Ein Beispiel ist die von mir auch aufgegriffene Frage der rechtlichen Bewertung tarifvertraglicher Verhandlungen als objektiven Rechtfertigungsgrund für Lohnunterschiede. Man wird leicht einsehen, daß es sich um eine rechtspolitisch grundsätzliche Frage mit enormen ökonomischen und politischen Konsequenzen handelt, was der Juristische Dienst mit der weichenstellenden Einlassung verbindlich für die Kommission formulierte: "It is the result which has to be justified not the process by which it was reached." Solche rechtspolitischen Weichenstellungen müssen deshalb vom Kollegium selbst getroffen werden.

Perspektiven

Eine ganze Reihe konkreter Vorschläge habe ich bereits in der Abhandlung der ausgewählten Beispiele selbst erwähnt: diese reichten von Vertragsänderungen (hier mit dem Ziel, die direkte Wirkung von Abkommen mit Drittstaaten auszuschließen) bis zu internen Vorkehrungen innerhalb von Gemeinschaftsorganen (Einführung eines Verfahrens zur vorherigen Befassung des Kollegiums der Mitglieder der Kommission in Fällen besonders weitreichender Einlassungen gegenüber dem EuGH). Wichtig ist aber auch, daß die sachlich-kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EuGH weiter an Boden gewinnt und insbesondere sich nicht im wesentlichen auf die Kreise der europarechtlichen Experten in der Wissenschaft beschränkt. Eine breite öffentliche Auseinandersetzung ist der beste Seismograph dafür, wie es um die Akzeptanz der Rechtsprechung bestellt ist, die zu stärken und nicht zu schwächen Ziel aller Bemühungen sein muß.

Dies erfordert aber auch vom EuGH unvoreingenommene Aufnahme der Kritik. Es hat sich durch die Praxis des Gerichtshofes, ein Urteil konsequent auf dem nächsten aufzubauen im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts eine Situation ergeben, bei der der Unmut der Rechtsunterworfenen eher wächst als abnimmt. Deshalb darf es kein Tabu sein, auch frühere Weichenstellungen nochmals kritisch zu überprüfen.

Ich sehe sogar den einen oder anderen Ansatz, der mich hoffen läßt, daß diese Bereitschaft beim EuGH zu wachsen beginnt.

Ein Beispiel, zu dem eine Vorgeschichte gehört: der EuGH hatte in der Frühzeit der EWG durch die Verknüpfung des Freizügigkeitsrechts mit Ansprüchen auf grenzüberschreitend zu zahlende Sozialleistungen eine Verordnungsvorschrift "einkassiert" nach der für die Zahlung von Kindergeld der Wohnsitzstaat der Kinder zuständig sei (nur subsidiär mußte der Beschäftigungsstaat die Zuständigkeit tragen, wenn im Wohnsitzstaat kein Kindergeld gezahlt werde). Das "Einkassieren" ereignete sich wie folgt im Fall eines italienischen Wanderarbeitnehmers, dessen Kinder in Italien lebten: mangels Kindergeldanspruch in Italien exportierte Deutschland das Kindergeld nach Italien, stellte den Export aber ein, als nach inneritalienischem Recht dort ein Kindergeldanspruch erwuchs. Da das italienische Kindergeld niedriger als das deutsche war, erfand der EuGH unter Hinweis auf das Freizügigkeitsrecht des italienischen Wanderarbeitnehmers die Verpflichtung zum Export des Differenzbetrages zwischen deutschem und italienischem Kindergeld.

Im Urteil vom 28.4.94 in der **Rechtssache Hoorn (C-305/92)**, auf die ich im einzelnen hier nicht eingehen möchte, ist nun in Ziff. 12/13 zu lesen, die Vereinbarung zwischen Deutschland und den Niederlanden beschränke sich darauf - ich zitiere -

"das auf die betroffenen Arbeitnehmer anwendbare Recht zu bestimmen, ohne den Umfang der Leistungen zu bestimmen."

Sodann geht der EuGH auf die in der Tat unterschiedliche Rentenhöhe in Deutschland und den Niederlanden ein und fährt fort -ich zitiere:

"Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts bestimmt jedoch jeder Mitgliedstaat frei die Höhe der von ihm gezahlten Renten."

Die Analogie zum Kindergeldurteil: auch hier war - übrigens durch einstimmigen Ratsbeschluß - das anwendbare Recht bestimmt worden und die Konsequenz des niedrigeren italienischen Kindergeldes Ergebnis der souveränen Entscheidung Italiens, über die Höhe seines Kindergeldes frei zu bestimmen. Ich möchte mit dieser Bemerkung beileibe keine neue Kindergelddiskussion vom Zaun brechen, zumal die Rechtslage längst in der Verordnung selbst den Vorgaben durch den EuGH angepaßt wurde.

Ich möchte lediglich den Umstand herausstellen, daß der EuGH von einer Rechtsprechung abzurücken scheint, materielle Lücken im Sozialversicherungsrecht selbst zu schließen, die in die sozialpolitische Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten gehören.

In einem anderen Rechtsbereich, dem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, hat der EuGH Mut bewiesen und sich aus besserer Einsicht korrigiert - was seine Autorität wohl eher gestärkt haben dürfte:

"Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art 30 EWGV berufen - schreibt der EuGH -, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der EuGH für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen."(Ziff. 14 des Urteils in der **Rechtssache Keck , C 267/91**).

Ich würde einen sozial- und arbeitsrechtlichen "Keck" sehr begrüßen, der die weitere Unsicherheit verbreitende und schon längst völlig ausgeuferte Rechtsprechung zum Art.119 EG-Vertrag wie auch Eingriffe in die mitgliedstaatliche Gestaltungsfreiheit im Bereich der

Sozialleistungen und ihrer grenzüberschreitenden Gewährung einer gründlichen Revision unterzöge.

Es nämlich ist kein Ausdruck integrationsfeindlicher Einstellungen, wenn man sich gegen allzu leichtfertige Verknüpfungen des Freizügigkeitsrechts mit Ansprüchen an Sozialsysteme auf grenzüberschreitenden Leistungsbezug wendet. Wenn - wie in der in der **Rechtssache Stanton Newton, C 356/89**) entschieden - eine in einem Mitgliedsstaat an jedweden Gehunfähigen und ohne weitere Voraussetzungen ausgezahlte finanzielle Beweglichkeitsbeihilfe aus ihrer territorialen Bindung gelöst und für exportpflichtig erklärt wird, dann muß eine solche Rechtsprechung sich lähmend auf die vernünftige Weiterentwicklung nationaler Sozialpolitik auswirken.

Wenn wir in Deutschland unsere Überlegungen zur **Bekämpfung der verschämten Altersarmut** ad acta legen können, weil die Amtshilfe " Auszahlung von ergänzender Sozialhilfe an Kleinstrentenbezieher" durch die Rentenversicherungsträger gemeinschaftsrechtlich wider alle sozialpolitische Vernunft mit der automatischen Folge verknüpft wird, daß ergänzende Sozialhilfe dann auch ins Ausland exportiert werden muß, dann kann ich darin kein der Integration dienliches Element erkennen, schon gar nicht, wenn der Export ein mehrfaches von dem kostet, was für die Bekämpfung der verschämten Altersarmut an zusätzlichen Sozialhilfemitteln in Deutschland aufgebracht werden müßte .

An der so berühmt gewordenen **Rechtssache Paletta (C-45/90)**, wo Lohnfortzahlung höchstwahrscheinlich erschwindelt wurde und der sich betrogen fühlende Arbeitgeber noch nicht einmal den Betrug beweisen können darf, läßt sich studieren, wie praxis- und weltferne Entscheidungen nicht nur beim Bürger Europaverdruß hervorrufen oder verstärken, sondern auch gemeinschaftsfreundlich ausgerichtete nationale Gerichtsinstanzen in Harnisch versetzen, wie der erneute und sehr lesenswerte Vorlagebeschluß des Bundesarbeitsgerichts vom 27.4.94 (5AZR 747/93) beweist.

Auch für die Rechtsprechung im Sozialbereich kann es nicht unerheblich bleiben, daß mit dem Inkrafttreten von Maastricht das gesamte rechtliche und politische Umfeld stärker als je zuvor dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist. Eingriffe in die historisch gewachsenen Arbeitsrechts- und Sozialsysteme sind auf "offensichtliche" Verstöße nationaler arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen gegen Gemeinschaftsrecht zu begrenzen. Eine solche neue Grundorientierung trüge wesentlich dazu bei, Ängste vor einem übermächtigen zentralistischen Europa abzubauen und wäre damit wahrhaft integrationsfreundlich.