

und Zweck der RL widersprechen, sind nun doch mit diesem Rechtsmittel vereinbar.

Ausschlaggebend für die EuGH-Entscheidung ist u.a., daß die primäre Zuständigkeit für den Bereich der sozialen Sicherheit auch heute noch nach wie vor bei den einzelnen Mitgliedstaaten liegt. Eine vollständige Angleichung oder Harmonisierung der verschiedenen Systeme der sozialen Sicherheit in den einzelnen Mitgliedstaaten ist derzeit weder erwünscht noch beabsichtigt. Der EuGH erklärt deutlich, daß „beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik zuständig (sind)“.

Doch ist fraglich, ob der EuGH in seiner Entscheidung methodisch korrekt vorgeht. Denn es handelt sich hier um ein Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 177 EGV und nicht um ein Vertragsverletzungsverfahren. Im Vorabentscheidungsverfahren will das vorlegende Gericht wissen, ob eine nationale Regelung mit EG-Recht vereinbar ist. Es geht dabei um die Interpretation der Norm des Europarechts und nicht darum, inwieweit die Rechtfertigungsgründe eines Mitgliedstaates inhaltlich das EG-Recht begrenzen.

Die vorgebrachten Argumente der Bundesrepublik bzw. deren Prozeßvertretung sind darauf ausgerichtet, den status quo zu bewahren. Obwohl auch im Bundesarbeitsministerium darüber nachgedacht wird, ob eine Ausschlußregelung noch vertretbar ist, die mittlerweile ganze Branchen nutzen, um sich an den Lohnnebenkosten vorbeizumogeln. Dadurch werden von den einzelnen Unternehmen Lohnnebenkosten eingespart, die von BeitragszahlerInnen eingefordert werden. So erhalten diese Unternehmeh noch einen finanziellen Bonus für ihre Diskriminierung. Doch gerade diese Wettbewerbsvorteile einzelner Branchen widersprechen dem primären Europarecht und dem Grundgedanken der Richtlinie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit.

Was nun?

Es bleibt darauf hinzuweisen, daß bundesdeutsche Gerichte in der Vergangenheit auch unter Anwendung des EG-Rechts und Art. 3 Abs. 1-3 GG anders entschieden haben (Beispiele hierzu im Heft u.a. der Beitrag von U. Winkler, S. 51 und das Urteil des SG Hannover, diese Seite).

Abschließend eine polemische Anmerkung:

Kürzlich entschied der EuGH, daß ein Verstoß gegen EG-Recht vorliegt, wenn eine nationale Regelung, die die automatische Bevorzugung gleichqualifizierter Frauen bei entsprechender Unterrepräsentanz auf der Beförderungsebene im öffentlichen Dienst, wie sie es § 4 Abs. 2 des Bremer Landesgleich-

stellungsgesetzes vorsieht (STREIT 1995, S. 159 ff.), angewandt wird. Mit dieser Entscheidung mischte sich der EuGH in bundesdeutsches Recht ein, jetzt werden der Bundesrepublik ihre Eigenarten gelassen.

Eines ist klar: Jeweils sind die Verliererinnen weiblich.

Heike Dieball

### Urteil

SG Hannover, § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, § 169 a Abs. 1 AFG, Art. 4 Abs. 1 RL 79/7 EWG

### Anspruch auf Arbeitslosengeld bei sog. geringfügiger Beschäftigung

*Der Ausschluß der geringfügigen Beschäftigung aus der Beitragspflicht der Arbeitslosenversicherung gem. § 169 a AFG, von dem überwiegend Frauen betroffen sind, stellt eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar und verstößt damit gegen höherrangiges Europäisches Recht.*

*Diese Beschäftigungen sind deshalb als beitragspflichtig zu behandeln mit der Folge, daß sie Ansprüche auf Arbeitslosengeld begründen können.*

Urteil des SG Hannover vom 28.11.1995 – S 31 Ar 855/94 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt Arbeitslosengeld ab 3.6.1994. Streitig ist die Erfüllung der Anwartschaftszeit durch eine geringfügige Beschäftigung im Sinne der § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, § 169 a Abs. 1 AFG.

Die Klägerin meldete sich am 3.6.1994 beim Arbeitsamt Hannover arbeitslos und beantragte die Gewährung von Arbeitslosengeld, nachdem sie zuletzt aus einem anderen Rechtsgrund

vom Arbeitsamt Düsseldorf Arbeitslosenhilfe bezogen hatte. Die Beklagte lehnte eine Leistungsgewährung ab, weil die Anwartschaftszeit nicht erfüllt wäre. Hiergegen legte die Klägerin Widerspruch ein mit der Begründung, sie sei ab April 1993 bis Februar 1994 in Düsseldorf bei der Firma als Reinigungskraft im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung tätig gewesen.

Das Widerspruchsverfahren ist erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

(...)

#### I.

Der Bescheid der Beklagten ist rechtswidrig und daher aufzuheben. Der Klägerin steht ab 3.6.1994 Arbeitslosengeld zu.

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld setzt nach § 100 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) unter anderem voraus, daß die Arbeitslose die Anwartschaftszeit erfüllt hat. Die Anwartschaftszeit ist erfüllt, wenn die Arbeitnehmerin innerhalb der letzten drei Jahre vor Eintritt der Arbeitslosigkeit in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung von mindestens 360 Kalendertagen gestanden hat (§ 104 AFG). Gemäß § 169 a Abs. 1 Satz 1 AFG sind Arbeitnehmer in der Arbeitslosenversicherung beitragsfrei, die nur eine kurzzeitige Beschäftigung von weniger als 18 Stunden wöchentlich ausüben. Hierzu zählen insbesondere die sog. „geringfügigen Beschäftigungen“, die auch in der Renten- und Krankenversicherung beitragsfrei sind. Gemäß § 8 Abs. 1 Ziff. 1 Viertes Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – (SGB IV) liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, wenn die Beschäftigung regelmäßig weniger als 15 Stunden in der Woche ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße, bei höherem Arbeitsentgelt ein Sechstel des Gesamteinkommens nicht übersteigt.

Auf diese Vorschriften stützt die Beklagte ihre ablehnende Entscheidung. Die Klägerin war nämlich innerhalb der hier maßgeblichen Anwartschaftszeit überwiegend als geringfügig Beschäftigte mit zehn Wochenstunden tätig. Die Kammer ist jedoch der Auffassung, daß § 169 a Abs. 1 AFG mit dem Ausschluß der geringfügigen Beschäftigungen aus der Beitragspflicht der Arbeitslosenversicherung eine mittelbare Diskriminierung der Klägerin aufgrund ihres Geschlechts darstellt und somit gegen höherrangiges Europäisches Recht verstößt.

#### II.

a) Der Rat der Europäischen Gemeinschaft hat durch die Gleichbehandlungsrichtlinie Soziale Sicherheit (EG-Richtl. 79/7) vom 19.12.1978 (ABl. vom 10.1.1979 – L 6/24) die Mitgliedstaaten zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit verpflichtet (Art.

1). Die Richtlinie erfaßt die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen Arbeitslosigkeit bieten (Art. 3 Abs. 1a).

Gemäß Art. 4 Abs. 1 beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im besonderen betreffend den Anwendungsbereich der Systeme und die Bedingungen für den Zugang zu den Systemen, die Beitragspflicht und die Berechnung der Beiträge, die Beseitigung der Leistungen sowie die Bedingungen für die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf Leistungen. Zu diesem Zweck sieht Art. 8 Abs. 1 Satz 1 vor, daß die Mitgliedstaaten die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen haben, um den Richtlinien binnen sechs Jahren nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen.

b) Die EG-Richtl. 79/7 hat innerstaatlich unmittelbare normative Wirkung. Zwar richten sich Richtlinien an die einzelnen Mitgliedstaaten, die jeweils Form und Mittel zur Erreichung des vorgegebenen Zieles in eigener Kompetenz wählen können (Art. 189 Abs. 3 Satz 3 EWG-Vertrag). Indes hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) ständig hervorgehoben, der nicht richtlinienkonform handelnde Mitgliedstaat darf den einzelnen Bürgern nicht entgegenhalten, daß Richtlinien der Gemeinschaft noch einer innerstaatlichen Umsetzung bedürfen (EuGHE 1982, 70; 1988, 4722). Dem ist zuzustimmen, weil ansonsten ein Mitgliedstaat die von Art. 5 EWG-Vertrag gebotenen Maßnahmen im Prozeß der Europäischen Integration ohne rechtliche Konsequenzen unterlaufen könnte. Jeder Gemeinschaftsbürger kann sich auf die unmittelbare Wirkung berufen, wenn die Richtlinie nicht fristgerecht oder unzulänglich in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde, der Inhalt der Richtlinie klar und hinreichend formuliert ist und daraus unbedingt Anordnungen gefolgert werden können (EuGHE 1987, 3985). Das nationale Gericht hat ferner die Vereinbarkeit der anzuwendenden Vorschriften mit dem EG-Recht von Amts wegen zu überprüfen (EuGHE 1991, 3789).

c) Die Klägerin wird vom persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie erfaßt. Die Klägerin war als Arbeitnehmerin erwerbstätig und ist arbeitslos geworden. Sie hat sich anschließend bei der Beklagten arbeitssuchend gemeldet und begehrt Leistungen aus der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung. Die Umsetzungsfrist der EG-Richtl. 79/7 ist am 23.12.1984 abgelaufen.

Der EuGH hat ausdrücklich zu Art. 4 EG-Richtl. 79/7 entschieden, daß die Einräumung eines Gestal-

tungs- und Beurteilungsspielraumes bei der Umsetzung der Ziele nicht der unmittelbaren Wirkung der Richtlinie entgegensteht (EuGHE 1986, 3876). Auch wenn Art. 5 Richtl. 79/7 den Mitgliedstaaten ein Ermessen in Bezug auf die Mittel einräumt, so schreibt er doch das Ziel vor, das mit diesen Mitteln erreicht werden muß, nämlich die Beseitigung aller mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Vorschriften. Aus dem Wortlaut der EG-Richtl. 79/7 kann insbesondere nicht entnommen werden, daß Bedingungen aufgestellt werden, von denen das Diskriminierungsverbot abhängt.

### III.

Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH vor, wenn trotz geschlechtsneutraler Formulierung der Rechtsnormen allein das Geschlecht den Umfang sozialer Rechte bestimmt und faktisch Männer oder Frauen benachteiligt (EuGHE 1989, 4331). Falls gesicherte empirische Daten vorhanden sind, ist bei der Prüfung zunächst auf das statistische Material abzustellen. Ist dabei der Anteil der Angehörigen des einen Geschlechts, die von der Maßnahme benachteiligt werden, erheblich größer als der Anteil der Angehörigen des anderen Geschlechts, so indiziert dies den Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts (EuGHE 1986, 1627; 1989, 2760).

Bezüglich der Zusammensetzung der Geschlechter innerhalb der geringfügig Beschäftigten nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV liegen zwar unterschiedliche Daten vor. Allen Erhebungen ist es aber gemeinsam, daß der Anteil der Frauen nicht nur unwesentlich überwiegt.

Nach dem Ergebnis des Mikrozensus, Stand April 1990, waren 74,8 % der geringfügig Beschäftigten Frauen (BT-DS 12/2678, S. 6). Die Untersuchung des Instituts für Sozialforschung und Gesellschaftspolitik hat einschließlich der neuen Bundesländer ca. 4,5 Mio geringfügig Beschäftigte ermittelt, wobei 2,979 Mio. Personen ausschließlich einer sozialversicherungsfreien Beschäftigung nachgingen. Hiervon waren 2,014 Mio. Frauen und 966.000 Männer (ISG, Sozialversicherungsfreie Beschäftigungen, Wiederholungsuntersuchung 1992, S. 21). Das ergibt einen Frauenanteil von 68 % und einen Männeranteil von 32 %.

Dabei darf nicht übersehen werden, daß das statistische Material über geringfügige Beschäftigungen auch Schüler, Studenten, Arbeitslose und Rentner erfaßt. Diese gemessen am Zweck der Norm wie auch dem Rang der Geschlechtergleichbehandlung untypischen Sachverhalte müßten herausgefiltert werden (BAG AP Nr. 11 zu Art. 119 EWG-Vertrag; so auch die EG-Kommission im laufenden Vorlageverfahren Nolte, C-317/93, wiedergegeben in Bun-

desarbeitsblatt 1995, S. 22). Über den letztgenannten Personenkreis liegen jedoch keine zuverlässigen Daten vor.

Zu den vom ISG ermittelten Zahlen über die geringfügigen Beschäftigten sind bei der Überprüfung des § 169 a Abs. 1 AFG auf jeden Fall die Personen mit einer Arbeitszeit von mehr als 15 Stunden, aber weniger als 18 Stunden wöchentlich (kranken- und rentenversicherungspflichtig, aber beitragsfrei in der Arbeitslosenversicherung) hinzuzurechnen. Diesbezüglich melden die jeweiligen Einzugsstellen der Beklagten die einschlägigen Daten, die ihrerseits aber das Gesamtergebnis nicht mehr veröffentlicht. Zum Stichtag 30.6.1993 waren von insgesamt 492.148 kranken- und rentenversicherungspflichtigen Teilzeitbeschäftigten mit weniger als 18 Wochenstunden 60.453 Männer (12,28 %) und 431.695 Frauen (87,72 %).

Bei diesem statistischen Befund kann ohne weiteres angenommen werden, daß der Anteil der Frauen, die infolge der von ihnen üblicherweise zu erledigenden familiären Aufgaben (Haushaltsführung, Kindererziehung, Pflege von Angehörigen) nur eine geringfügige Beschäftigung aufnehmen können, wesentlich höher ist, als durch die Befragung des ISG im Jahre 1992 ermittelt. Dafür spricht zum Beispiel das Verhältnis der Geschlechter in Teilzeitarbeitsverhältnissen überhaupt (ca. 90 % Frauen) bzw. in Arbeitsverhältnissen zwischen der Geringfügigkeitsgrenze des § 8 Abs. 1 SGB IV und der Wochenarbeitszeit von weniger als 18 Stunden wöchentlich (1994: 88,41 % der Frauen; vgl. Urteil des Sozialgerichts Hannover vom 10.10.1995 – S 31 Ar 1465/94 – betreffend europarechtswidrigen Ausschluß aus der Arbeitslosenversicherung einer Beschäftigung von 16 Stunden in der Woche).

Die stärkere Benachteiligung der Frauen durch die Versicherungsfreiheit im Rahmen von geringfügigen Beschäftigungen ergibt sich aus einem weiteren Gesichtspunkt. Nach Auffassung von Pfarr / Bertelsmann (Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 118 f.) ist für das Ausmaß der Betroffenheit nicht allein der Prozentsatz, sondern vor allem die absolute Anzahl der benachteiligten Personengruppe ausschlaggebend. Diesem Beurteilungsmaßstab stimmt die erkennende Kammer zumindest für die Fälle zu, in denen die beanstandete Norm nicht nur einen Betrieb oder ein Unternehmen betrifft, sondern ein ganzes Land bzw. wie vorliegend alle der Bundesrepublik Deutschland aus der Arbeitslosenversicherung ausgeschlossenen Erwerbstätigen. Legt man nur die von der ISG-Wiederholungsuntersuchung 1992 ermittelten Daten zugrunde, bleibt festzustellen, daß in absoluten Zahlen über eine Million

mehr Frauen als Männer geringfügig beschäftigt sind. Von den 2,979 Mio. Personen, die ausschließlich einer sozialversicherungsfreien Beschäftigung nachgingen, waren 2,014 Mio. Frauen und 966.000 Männer.

Die absolute Betroffenheit von 1,048 Mio. mehr Frauen als Männer ist eine Größenordnung, die unabhängig von der prozentualen Verteilung allein die zahlenmäßig stärkere Benachteiligung von Frauen begründet.

#### IV.

Ein Verstoß gegen das EG-Recht ist jedoch zu verneinen, wenn eine mittelbar diskriminierende Regelung durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben und die Ungleichbehandlung zur Erreichung des rechtfertigenden Ziels erforderlich und geeignet ist (EuGHE 1991, 2228). Rechtfertigende Gründe hat die Beklagte nicht vorgetragen und sind ansonsten auch nicht ersichtlich.

a) Der Ausschluß der geringfügig Beschäftigten aus der Arbeitslosenversicherung wird mit der Begründung gerechtfertigt, daß eine solche Tätigkeit nicht Grundlage einer eigenständigen wirtschaftlichen Existenz sein könne, und die mit diesen Aufgaben Betrauten daher nicht des arbeitsförderungsrechtlichen Schutzes bedürfen (Gagel, AFG-Kommentar, zu § 169 Rdnr. 26). Dahinter steckt die Überlegung, geringfügig beschäftigte Frauen seien über ihre mitverdienenden Ehemänner sozial abgesichert.

Es wird aber verkannt, daß es in der Arbeitslosenversicherung – anders als in der Krankenversicherung – keine abgeleitete Familienversicherung gibt und – anders als im Rentenversicherungsrecht – keine familienpolitischen Ausgleichsmaßnahmen als Kompensation nach Wahrnehmung von Familienpflichten eingreifen. Im übrigen stellt dieses Argument eine Benachteiligung wegen des Ehestandes dar, die Art. 4 EG-Richtl. 79/7 ausschließen will. Erschwerend kommt hinzu, daß in der Arbeitslosenversicherung keine freiwillige Mitgliedschaft möglich ist.

Nicht überzeugend ist der weitere Einwand, daß die zu erwartenden Leistungen sehr gering bleiben und in keinem Verhältnis zum Verwaltungsaufwand stehen würden. Die Höhe der Leistungen dürfte schon deshalb einen Ausschluß nicht rechtfertigen, weil in der Arbeitslosenversicherung keine Äquivalenz zwischen Beitrag und Leistung besteht (BSG SozR 4100 § 112 Nr. 25). Es ist ja nicht selten, daß auch in anderen Fällen das Arbeitslosengeld für die Deckung des Lebensunterhalts nicht ausreicht. Genauso wie der Lohn aus der geringfügigen Beschäftigung wird im Falle von Arbeitslosigkeit die Lohner-

satzleistung zur Deckung des Lebensunterhalts nützlich oder sogar unverzichtbar sein.

b) Strukturprinzipien der nationalen Sozialversicherung rechtfertigen nicht die unterschiedliche Behandlung von Arbeitslosen je nach der Zahl der zuletzt ausgeübten Arbeitszeit. Es besteht insbesondere keine Notwendigkeit, die Beitragsfreiheit nach § 169 a Abs. 1 AFG untrennbar mit dem Tatbestandsmerkmal der Arbeitslosigkeit nach §§ 101, 102 AFG zu verknüpfen (so auch Colneric, AuR 1994, 402). Gegen die Verknüpfung beider Bereiche spricht vor allem die jetzige Regelung, die mehrere geringfügige Beschäftigungen bei der Bestimmung von Arbeitslosigkeit § 101 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 AFG) zusammenrechnet, nicht aber bei der Beitragspflicht (§ 169 a Abs. 1 Satz 2 AFG).

Das Arbeitsförderungsrecht kennt also Arbeitnehmer, die gleichzeitig nicht arbeitslos sind, aber der Beitragspflicht nicht unterliegen. Möglich ist deshalb auch die Aufnahme von geringfügigen Beschäftigten in das System der sozialen Sicherung gegen Arbeitslosigkeit, obwohl sie als arbeitslos gelten, weil (wie vorliegend im Falle der Klägerin) eine Beschäftigung von mehr als 18 Stunden wöchentlich gesucht wird.

c) Von den Befürwortern der jetzigen Regelung wird betont, daß die geringfügigen Beschäftigten nicht in den Arbeitsmarkt integriert sind und wie sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer behandelt werden wollen (Schulz-Weidner, DRV 1994, 70). Das ist kein objektives Unterscheidungsmerkmal, sondern das Ergebnis der rechtlichen Diskriminierung. Die geringfügig Beschäftigten unterscheiden sich von den übrigen Arbeitnehmern allein durch den Umfang der wöchentlichen Arbeitszeit. In einigen Bereichen (Reinigungsgewerbe, private Haushalte, zum Teil auch Gaststättengewerbe und Einzelhandel) gehören die geringfügigen Beschäftigten zum „Normalarbeitsverhältnis“. Dies stellt eine sehr hohe Arbeitsmarktintegration dar.

In der Stellungnahme der Bundesregierung im EuGH-Vorlageverfahren Nolte (Rechtssache C-317/93) werden die arbeitsmarktpolitischen Erfordernisse für die Beibehaltung der Geringfügigkeitsgrenze durch die Bundesrepublik mit dem Hinweis hervorgehoben, daß ansonsten viele Arbeitsplätze im Teilzeitsektor verloren gehen würden. Dieses Argument hat Lorenz (VSSR 1995, 236) zutreffend widerlegt. Ein Vergleich mit der Entwicklung der Teilzeitarbeit in anderen EG-Ländern, die keine oder niedrigere Schwellenwerte für die sozialrechtliche Absicherung kennen, zeigt, daß der Teilzeitarbeitsmarkt bzw. das Frauenerwerbsverhalten kaum durch die Sozialversicherungspflichtigkeit als solche beeinflusst wird.

d) Da die Sozialpolitik gemäß Art. 117 ff. EWG-Vertrag zu der alleinigen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehört, kann eine Ungleichbehandlung unter Umständen als legitimes Ziel der nationalen Sozialgesetzgebung angesehen werden (EuGHE 1991, 2228). Der allgemeine Hinweis der Bundesregierung, die Beitragsfreiheit bei den geringfügigen Beschäftigten sei wegen ihrer Funktion für die Begrenzung des Risikos der Arbeitslosenversicherung unverzichtbar (BT-Ds 11/6334, S. 40), ist in diesem Zusammenhang nicht verwertbar. Der EuGH hat mehrmals entschieden, daß weder fiskalische Gesichtspunkte noch Haushaltserwägungen aufgrund der eminenten Bedeutung des Grundrechts auf Geschlechtergleichbehandlung vom Spielraum des nationalen Sozialgesetzgebers gedeckt sind (zuletzt EuGHE 1994, 600).

Der Ausschluß von Personen aus einem Sozialversicherungssystem ist als notwendiges Mittel im Rahmen von sozialpolitischen Entscheidungen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Dieser muß jedoch alle Personen gleichermaßen betreffen und nicht wie bei den geringfügig Beschäftigten eine wesentlich höhere Anzahl von Frauen (Sozialgericht Speyer, NZS 1994, 80).

Nach Auffassung der Kammer besteht keine objektive Rechtfertigung für eine Regelung, die den Zugang zu den Sozialsystemen, welche die Risiken des Berufslebens abdecken, solchen Personen zu versperren (es sind weit überwiegend Frauen), die wegen familiärer Bindungen oder wegen Besonderheiten einer Branche auf dem Arbeitsmarkt keine andere Chance haben, als nur eine geringfügige Beschäftigung anzunehmen. Die nachteilige Wirkung der Herausnahme von geringfügigen Beschäftigten aus der Arbeitslosenversicherung gemäß § 169 a Abs. 1 AFG ist nur mit dem Geschlecht bzw. mit der Geschlechterrolle der Frau zu erklären.

#### V.

§ 169 a Abs. 1 AFG ist gemeinschaftsrechtswidrig. Dem nationalen Gericht ist es verwehrt, innerstaatliche Vorschriften, die mit EG-Richtlinien unvereinbar sind, nach Ablauf der Umsetzungsfrist anzuwenden (EuGHE 1986, 3875). Das gilt auch, wenn nicht der Staat, gegen den die Rechte des einzelnen geltend gemacht werden können, sondern eine andere staatliche Behörde Prozeßbeteiligter ist (EuGHE 1986, 749). Die Beklagte wird aufgrund eines staatlich vorgegebenen Finanzierungsrahmens sowie staatlich geregelter Leistungsgesetze tätig und unterliegt der staatlichen Aufsicht. Sie ist weitgehend in die allgemeine staatliche Verwaltung integriert und somit als Adressat der Bindungswirkung einer EG-Gleichbehandlungsrichtlinie anzusehen.

Das Sozialgericht ist nicht gehindert, ohne Vorabentscheidung des EuGH endgültig zu entscheiden. Eine Vorlagepflicht besteht nach Art. 177 Abs. 2, 3 EWG-Vertrag nicht. Entsprechend der Aufgabe des EuGH, eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu sichern, ist eine Vorlage des Rechtsstreits vor allem dann nicht geboten, wenn die Auslegung entscheidungserheblicher Normen durch die bisherige Rechtsprechung des EuGH bereits geklärt ist (BSG vom 29.6.1995 – 11 RAr 9/95 –). Das ist hier der Fall.

Der EuGH hat sich in der Vergangenheit mehrmals mit der Geschlechtergleichbehandlung bei Teilzeitarbeit befaßt und eine feststehende Rechtsprechung entwickelt. Art. 4 Abs. 1 EG-Richtl. 79/7 ist hinreichend genau, um von einem einzelnen in Anspruch genommen und vom Gericht angewandt zu werden (EuGHE 1986, 3875).

Es ist ausschließlich Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob und inwieweit eine gesetzliche Regelung, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis jedoch die Frauen stärker trifft als die Männer, aus objektiven

Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist (EuGHE 1988, 2761). Auch bezüglich der Rechtsfolgen beim Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot hat der EuGH klare und praktikable Auslegungsregeln vorgegeben: So lange es keine angemessenen Durchführungsmaßnahmen zu Art. 4 Abs. 1 EG-Richtl. 79/7 gibt, hat die durch die mittelbare Geschlechtsdiskriminierung benachteiligte Personengruppe Anspruch auf die gleiche Behandlung wie das andere Geschlecht, wobei die günstigere Regelung mangels einer ordnungsgemäßen Durchführung der Richtlinie das einzig gültige Bezugssystem bleibt (EuGHE 1988, 4333). Die ausschließlich geringfügig beschäftigten Personen können deshalb europarechtlich verlangen, so behandelt zu werden, als seien sie beitragspflichtig beschäftigt gewesen (EuGHE 1994, 596).

Dieses Ergebnis ist insbesondere bei der deutschen Arbeitslosenversicherung zwingend, obwohl keine Beiträge abgeführt wurden. Denn abweichend von der Kranken- und Rentenversicherung, deren Leistungen ein Versicherungs- und Beitragsverhältnis voraussetzen, verlangt das Arbeitsförderungsrecht lediglich das Tätigwerden im Rahmen einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung (§ 104 Abs. 1 Satz 1 AFG). Die tatsächliche Beitragszahlung ist genauso wenig Anspruchsvoraussetzung (BSG SozR 4100 § 102 Nr. 6) wie die irrtümliche Abführung von Beiträgen Leistungen begründen können (BSG SozR 3-4100 § 104 Nr. 8).

Dem stehen nicht schutzwürdige Interessen der Arbeitgeber entgegen, die gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AFG rückwirkend die Beiträge zur Arbeitslosenversicherung für geringfügige Beschäftigungen allein tragen müßten. Eine innerstaatliche Behörde kann sich nämlich nach Rechtsprechung des EuGH nicht zu Lasten eines einzelnen auf eine nicht umgesetzte Richtlinie berufen (EuGHE 1987, 3986). Die Kosten müssen vielmehr von dem gemeinschaftsrechtswidrig handelnden Mitgliedstaat getragen werden. Die Beklagte kann auf der Grundlage der „Francovich-Doktrin“ eventuelle Schadensersatzansprüche bei der Bundesrepublik Deutschland liquidieren (Colneric, a.a.O., S. 40).

## VI.

Die Klägerin hat unter Berücksichtigung der geringfügigen Beschäftigungen die Anwartschaftszeit für den Bezug von Arbeitslosengeld erfüllt. Die Klägerin war innerhalb der Rahmenfrist an insgesamt 363 Kalendertagen entweder beitragspflichtig tätig oder wie in einer beitragspflichtigen Beschäftigung zu behandeln. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen sind unstrittig.

Mitgeteilt von Heike Dieball, Hildesheim

## Buchbesprechung

### Regine Winter (Hrsg.): Frauen verdienen mehr. Zur Neubewertung von Frauenarbeit im Tarifsystem

Berlin, Ed. Sigma 1994, 332 S.

Das ungleiche Einkommen von Frauen und Männern ist ein Thema von hohem öffentlichen Interesse. Über die jüngste Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Problemkreis „Gleicher Lohn für gleiche Arbeit“<sup>1</sup> wurde nicht nur in den Printmedien berichtet<sup>2</sup>, sie war sogar der Tagesschau einen eigenen Beitrag wert<sup>3</sup>. Die beträchtliche Resonanz auf diese Entscheidung des höchsten deutschen Arbeitsgerichts ist nicht überraschend, sind doch Frauen immer noch in einem erheblichen Ausmaß von dieser Problematik betroffen. Sie verdienen im Durchschnitt weiterhin etwa 30 % weniger als Männer. Im Jahre 1994 hat dies in konkreten Zahlen bedeutet, daß Industriearbeiterinnen in Westdeutschland einen Jahresverdienst von 39.988,- DM, Industriearbeiter dagegen einen Verdienst von 56.685,- DM, Arbeiterinnen in Ostdeutschland 29.054,- DM, Arbeiter in Ostdeutschland 38.351,- DM erzielten. Für angestellte Frauen in der Industrie und im Dienstleistungsbereich lag das Jahreseinkommen in Westdeutschland durchschnittlich bei 54.807,- DM, in Ostdeutschland bei 43.022,- DM, für angestellte Männer dagegen in Westdeutschland bei 80.018,- DM, in Ostdeutschland bei 54.220,- DM.<sup>4</sup> Zu den Gründen für das niedrigere Einkommen der Frauen gibt es viele Erklärungen. Noch in einer jüngeren Veröffentlichung im Bundesarbeitsblatt werden im wesentlichen individuelle und strukturelle Faktoren genannt: Geringere Berufsqualifikation, eingeschränktes Spektrum bei der Berufswahl, Beschäftigung in Niedriglohnbranchen, kürzere Betriebszugehörigkeiten und Arbeitszeiten, diskontinuierlicher Berufsverlauf wegen Familienpflichten, geringere Aufstiegschancen und früheres Ausscheiden aus dem Erwerbsleben.<sup>5</sup> Trotz der jahrzehntelangen Diskussion um Leichtlohngruppen wird die Annahme, daß die schlechtere Bezahlung von Frauenarbeit die Folge einer arbeitsrechtlichen Diskriminierung ist, weitgehend ausgeschlossen. Die These, daß bei der Arbeitsbewertung und der Definition von Lohngruppen Frauen wegen ihres Geschlechts benachteiligt werden, wird für eine Behauptung gehalten, für die der Nachweis nicht angetreten wird. Die Auto-

1 Urteil vom 23.8.1995 – AZ: 5 AZR 942/93 – Presseveröffentlichung Nr. 38/95.

2 z.B. Süddeutsche Zeitung vom 24.8.1995, Frankfurter Rundschau vom 24.8.1995.

3 Am 23.8.1995.

4 Quelle: Statistisches Bundesamt.

5 Lorenz, BArbBl 1993 Heft 5, S. 8.