

## B 11 AL 61/99 R

Land  
Bundesrepublik Deutschland  
Sozialgericht  
Bundessozialgericht  
Sachgebiet  
Arbeitslosenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Dortmund (NRW)  
Aktenzeichen  
-

Datum  
27.06.1996  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
-

Datum  
29.04.1999  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 11 AL 61/99 R

Datum  
18.05.2000  
Kategorie  
Urteil

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. April 1999 wird zurückgewiesen. Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

Der Rechtsstreit betrifft einen Anspruch auf Arbeitslosengeld (Alg) ab 3. April 1995.

Die 1948 geborene Klägerin ist schwerbehindert. Sie war vom 1. Januar 1993 bis zum 17. August 1994 als Reinigungskraft beschäftigt. Ihre wöchentliche Arbeitszeit betrug 16 Stunden. Vom 3. September bis 9. Oktober 1994 sowie vom 8. November 1994 bis 27. Januar 1995 bezog die Klägerin Krankengeld. Das Arbeitsverhältnis endete aufgrund einer Vereinbarung vom 7. Februar 1995 zwischen der Klägerin und ihrem früheren Arbeitgeber "unter Mitwirkung und auf Vorschlag der Fürsorgestelle der Stadt Bochum". Die Parteien waren sich darüber einig, daß das Arbeitsverhältnis auf Veranlassung des Arbeitgebers aus betrieblichen Gründen fristgemäß am 31. März 1995 ende. Der Arbeitgeber stellte die Klägerin von der Arbeitsleistung frei und verpflichtete sich, Lohn bis zum 31. März 1995 zu zahlen. Als Ausgleich für den Verlust des sozialen Besitzstandes erhielt die Klägerin eine Abfindung in Höhe von 1.500,00 DM. Bis zum 31. März 1995 führte der Arbeitgeber die Sozialversicherungsbeiträge ab.

Am 3. April 1995 meldete sich die Klägerin arbeitslos. Ihre Verfügbarkeit schränkte sie mit Rücksicht auf die Betreuung eines damals 11jährigen Sohnes auf wöchentlich 18 Stunden ein. Den Antrag auf Alg lehnte die beklagte Bundesanstalt für Arbeit (BA) ab, weil die Klägerin nicht zur Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig beschäftigt gewesen sei und daher die Anwartschaftszeit nicht erfüllt habe (Bescheid vom 25. Juli 1995; Widerspruchsbescheid vom 20. September 1995).

Mit der Klage hat die Klägerin geltend gemacht, die Regelungen über Beitragspflicht und Beitragsfreiheit in der Arbeitslosenversicherung seien mit dem Verbot einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts nicht zu vereinbaren. Für die Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungen, deren Folgen überwiegend Frauen zu tragen hätten, gäbe es keine vertretbaren Gründe. Gegen das klageabweisende Urteil des Sozialgerichts vom 27. Juni 1996 hat die Klägerin mit der Berufung ihr Anliegen weiterverfolgt und die Einholung eines arbeitsmarktwissenschaftlichen Gutachtens beantragt, das die überwiegende Betroffenheit von Frauen, ihre soziale Lage sowie ihr Interesse an einer beitragspflichtigen Teilzeitschäftigung und damit die Unvertretbarkeit der Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungsverhältnisse klären soll.

Mit Urteil vom 29. April 1999 hat das Landessozialgericht (LSG) die Revision zurückgewiesen. Es hat die angefochtenen Bescheide für rechtmäßig erachtet, weil die Klägerin die Anwartschaftszeit für einen Anspruch auf Alg nicht erfüllt habe. Einer solchen Rechtsanwendung ständen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften nicht entgegen. Das Bundessozialgericht (BSG) habe in dem Urteil vom 24. Juli 1997 - [11 RA 91/96](#) - unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 14. Dezember 1995 - Rs [C 444/93](#) - [EuGHE I 1995, 4741](#), 4747 = SozR 3-6083 Art 4 Nr 12 - ausgeführt, die Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungen verstoße nicht gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung iSd Art 4 der Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit vom 19. Dezember 1978 (ABl Nr L 6/24). Auf eine Beitragsentrichtung komme es für die Begründung des Leistungsanspruchs nicht an. Da der EuGH die Frage einer mittelbaren Diskriminierung generell und unabhängig von einer Beitragsleistung beantwortet habe, bilde diese keinen Grund für eine erneute Vorlage an den EuGH. Da der EuGH überdies den sozialpolitischen Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers anerkannt habe, komme es auch auf die in dem Beweisantrag der

Klägerin gestellten Fragen nicht an. Die eine mittelbare Diskriminierung ausschließenden objektiven Faktoren iSd Rechtsprechung des EuGH bestimmten sich nach den sozial- und beschäftigungspolitischen Zielen des nationalen Gesetzgebers. Die subjektiven Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder oder gar Dritter seien für die Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift nicht entscheidend. Daher sei nicht im Wege der Beweiserhebung der Frage nachzugehen, ob die Bundesregierung tatsächlich ab 1987 an der Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungsverhältnisse wegen der Befürchtung festgehalten habe, im Falle der Beitragspflicht sei vermehrt Schwarzarbeit oder "Scheinselbständigkeit" zu befürchten. Ein anderes Ergebnis ergebe sich auch nicht unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte. Die klare gesetzliche Regelung lasse für eine verfassungskonforme Auslegung keinen Raum. Die speziellen Gleichheitssätze des [Art 3 Abs 2](#) und 3 Grundgesetz (GG) seien durch diese Vorschriften nicht verletzt. Auch eine Rückwirkung des § 169a Abs 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) idF des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes (AFRG) vom 24. März 1997 ([BGBl I 594](#)) sei verfassungsrechtlich nicht geboten. Der Gesetzgeber sei dem Regelungsauftrag des [Art 3 Abs 2 Satz 2 GG](#) mit der Neufassung des § 169a Abs 1 AFG rechtzeitig nachgekommen.

Mit der vom LSG zugelassenen Revision rügt die Klägerin die Verletzung der §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 AFG aF iVm Art 4 Abs 1 der Richtlinie 79/7/EWG, § 242y AFG idF des AFRG und [Art 3 Abs 1 und 2 GG](#):

Die §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 AFG aF verstießen gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierung nach Art 4 Richtlinie 79/7/EWG. Das LSG verkenne die von ihm herangezogene Rechtsprechung des EuGH und des BSG. Aus den weiteren Urteilen des EuGH vom 9. Februar 1999 - Rs [C 167/97](#) - und vom 9. September 1999 - Rs [C 281/97](#) - ([EuZW 1999, 664](#)) ergäbe sich, daß die Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung iSd Art 4 Richtlinie 79/7/EWG vorliege, in mehreren Schritten vorzunehmen sei. Zunächst sei festzustellen, ob erheblich mehr Frauen als Männer durch eine mitgliedstaatliche Norm betroffen seien. Sodann sei zu prüfen, ob dieser Umstand durch nichtdiskriminierende objektive Zwecke gerechtfertigt sei. Jedenfalls müsse die Norm eindeutig geeignet und notwendig sein, um ein nichtdiskriminierendes Ziel zu erreichen. Durch die Regelung der §§ 169a, 102 AFG aF seien mit 75 vH erheblich mehr Frauen als Männer betroffen. Die Neuregelung des § 169a Abs 1 AFG idF des AFRG belege, daß objektive Umstände für die beanstandete Regelung für die Zeit vor dem 1. April 1997 nicht rechtfertigen könnten. Es lasse sich auch keine Eignung feststellen, mit diesen Normen sozialpolitisch zu rechtfertigende Zwecke zu erzielen. Das Vorbringen der Bundesrepublik Deutschland in den Verfahren vor dem EuGH sei sachlich nicht zutreffend und auch nicht durch einen dem nationalen Gesetzgeber zugestandenen Entscheidungsspielraum gerechtfertigt. Da das LSG die in den Beweisanträgen im Berufungsverfahren enthaltenen Behauptungen über die Lage teilzeitarbeitender Frauen als zutreffend unterstellt habe, stehe fest, daß die §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 AFG aF eine mittelbare Diskriminierung von Frauen enthielten, die nicht durch sozial- oder beschäftigungspolitische Zwecke objektiv gerechtfertigt sei. Im übrigen ergäbe sich aus der Amsterdamer Fassung des Vertrages der Europäischen Union, daß bei der Überprüfung mittelbar diskriminierender Normen strengere Maßstäbe anzusetzen seien als zuvor. Dem trage die neueste Rechtsprechung des EuGH in den erwähnten Urteilen vom 2. Februar und 9. September 1999 auch Rechnung. Bei Beachtung des Verbots mittelbarer Diskriminierung sei der Klägerin unabhängig von der Fassung der §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 AFG aF AlG zuzusprechen.

Weiter sei eine Verletzung der §§ 169a Abs 1, 242y AFG idF des AFRG zu rügen, weil die Besonderheit vorliege, "daß faktisch Beiträge zur Arbeitslosenversicherung geleistet worden sind". Bei einer Verpflichtungsklage komme es auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an, so daß der Ausgangsbescheid nach den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechts das AFRG auch auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse hätte anwenden müssen.

Die §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 AFG aF verletzten ferner [Art 3 Abs 1 bis 3 GG](#). Auch im deutschen Verfassungsrecht gelte das Verbot mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, Frauen vom Schutz im Falle der Arbeitslosigkeit auszunehmen, wenn sie eine Teilzeitarbeit von 15 bis 18 Stunden verrichteten, sei nicht zu erkennen.

Schließlich liege eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin, daß das LSG den Beweisanträgen nicht nachgekommen sei. Das LSG habe die unter Beweis gestellten Tatsachen offen gelassen, obwohl sie ein klares Bild von den Grenzen der Rechtfertigungsmöglichkeit gegeben hätten. Es habe sich damit einer naheliegenden Erkenntnisquelle verschlossen. Hätte das LSG über die Beweisanträge vorab entschieden, hätte die Klägerin weitere Ausführungen zur Frage des gesellschaftlichen Wandels, der mittelbaren Frauendiskriminierung im Erwerbsleben sowie in der Arbeitslosenversicherung gemacht. Auch hätte die Klägerin auf den Zusammenhang von Beitragsleistung und Auslegung des § 169a AFG nF hingewiesen. Dieser Umstand sei im angefochtenen Urteil nicht gesehen worden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 29. April 1999, das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 27. Juni 1996 und den Bescheid des Arbeitsamts Bochum vom 25. Juli 1995 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20. September 1995 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, ihr ab 3. April 1995 Arbeitslosengeld zu bewilligen,

hilfsweise,

das Verfahren auszusetzen und den Europäischen Gerichtshof zur Auslegung des Art 4 der Richtlinie 79/7/EWG zur Vorabentscheidung anzurufen,

äußerst hilfsweise,

das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, ob die §§ 169a, 102 AFG (in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung) gegen [Art 3 GG](#) verstießen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des LSG für zutreffend, bezieht sich auf das Urteil des EuGH vom 14. Dezember 1995 und betont, eine neue Entwicklung,

die eine erneute Anrufung des EuGH erfordere, sei nicht eingetreten.

II

Die Revision der Klägerin ist nicht begründet; die Entscheidung des LSG beruht nicht auf einer Gesetzesverletzung ([§ 170 Abs 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)). Der Klägerin steht Alg ab 3. April 1995 nicht zu.

1. Nach dem bis zum 31. Dezember 1997 (Art 83 Abs 1 AFRG) geltenden §§ 100 Abs 1 AFG stand Alg nur Arbeitslosen zu, die ua die Anwartschaftszeit erfüllt hatten. Die Anwartschaftszeit hatte nach § 104 Abs 1 Satz 1 AFG erfüllt, wer in der Rahmenfrist 360 Kalendertage in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden oder gleichgestellte Zeiten (§ 107 AFG) zurückgelegt hatte. Die Rahmenfrist von 3 Jahren (§ 104 Abs 3 AFG) ging dem ersten Tage der Arbeitslosigkeit unmittelbar voraus, an dem die sonstigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Alg erfüllt waren oder als erfüllt galten (§ 104 Abs 2 AFG).

1.1 In der Rahmenfrist vom 3. April 1992 bis 2. April 1995 hat die Klägerin weder in einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung gestanden, noch hat sie in dem erforderlichen Umfang eine gleichstehende Zeit (§ 107 AFG) zurückgelegt. Ihre Beschäftigung mit einer Arbeitszeit von 16 Stunden wöchentlich war kurzzeitig iSd § 102 AFG und damit nach § 169a Abs 1 AFG idF des Gesetzes vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 2343](#)) beitragsfrei. Unerheblich ist insoweit, ob die Klägerin nicht nur Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung, sondern auch zur Arbeitslosenversicherung entrichtet hat. Für die Erfüllung der Anwartschaftszeit kam es allein auf die gesetzliche Beitragspflicht einer Beschäftigung, nicht aber die tatsächliche Beitragsentrichtung an. Dies galt selbst dann, wenn die Einzugsstelle die Beitragspflicht durch Verwaltungsakt fehlerhaft festgestellt hatte ([BSGE 70, 81 = SozR 3-4100 § 104 Nr 8 mwN](#)). Maßgebend für den Erwerb der Anwartschaft war daher, ob der Arbeitslose in der Vergangenheit in dem erforderlichen Umfang beschäftigt war und ob diese Beschäftigung beitragspflichtig gewesen ist, dh ob für den Arbeitslosen aufgrund der Beschäftigung von Rechts wegen Beiträge zur BA abzuführen waren.

Da die Klägerin nach den nicht mit Revisionsrügen angegriffenen und damit für den Senat bindenden tatsächlichen Feststellungen des LSG ([§ 163 SGG](#)) nur 16 Stunden wöchentlich gearbeitet hat, hat sie durch eine die Beitragspflicht begründende Beschäftigung die Anwartschaftszeit nicht erfüllt. Die Zeiten des Bezuges von Krankengeld vom 3. September bis 9. Oktober 1994 und 8. November 1994 bis 27. Januar 1995 stehen nicht nach § 107 Nr 5a AFG gleich, weil für das Krankengeld nach § 186 Abs 1 Satz 1 AFG Beiträge nicht zu zahlen waren.

1.2 Eine für die Klägerin günstigere Rechtsfolge läßt sich durch die Änderung des § 169a AFG durch Art 11 Nr 35 AFRG nicht begründen. Danach sind nur noch Arbeitnehmer in einer geringfügigen Beschäftigung iSd § 8 Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV) beitragsfrei. Die Merkmale einer geringfügigen Beschäftigung können hier auf sich beruhen, denn § 169a Abs 1 AFG idF des AFRG ist erst nach Ablauf der hier maßgebenden Rahmenfrist am 1. April 1997 in Kraft getreten (Art 83 Abs 3 AFRG). Eine Rückwirkung der Änderung der Beitragsfreiheit ist dem Gesetz nicht zu entnehmen (vgl § 242x und § 242y AFG). Eine andere Rechtsfolge ist bei der Gesetzgebung auch nicht beabsichtigt gewesen. Das ergibt sich daraus, daß infolge des Wegfalls der 18 Stunden-Grenze bei der Gesetzesberatung zwar für 1997 mit Beitragsmehreinnahmen, nicht aber mit entsprechenden Mehrausgaben gerechnet worden ist; erst für 1998 und steigend in den folgenden Jahren sind Mehrausgaben wegen des Wegfalls der 18 Stunden-Grenze kalkuliert worden (vgl [BT-Drucks 13/6845 S 339](#)). Der Senat hat daher auch schon entschieden, daß zur Begründung eines Anspruchs auf Alg die Neufassung des § 169a AFG auf Beschäftigungszeiten, die vor dem 1. April 1997 zurückgelegt sind, keine Anwendung findet (nicht veröffentlichtes Urteil vom 24. Juli 1997 - [11 RAr 91/96](#)).

Auch für die Zeit nach Inkrafttreten des Dritten Buches Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) am 1. Januar 1998 ergibt sich nichts anderes. Die Übergangsvorschrift des [§ 425 SGB III](#), nach der Zeiten einer die Beitragspflicht begründenden Beschäftigung sowie sonstige Zeiten der Beitragspflicht nach dem AFG in der zuletzt geltenden Fassung als Zeiten eines Versicherungspflichtverhältnisses gelten, durch die nunmehr die Anwartschaftszeit erfüllt wird ([§ 123 SGB III](#)), stellt lediglich sicher, daß Zeiten, in denen Beitragspflicht nach dem AFG bestand, beitragsrechtlich wie Zeiten eines Versicherungspflichtverhältnisses nach dem SGB III zu behandeln sind (vgl [BT-Drucks 13/4941 S 226](#)). Die Übergangsvorschrift dient der Rechtswahrung, nicht der Verschaffung von Anwartschaftszeiten, die bislang nicht als beitragspflichtige zurückgelegt worden waren. Jedes andere Verständnis widerspräche dem Versicherungsprinzip, an dem das SGB III nach den Vorstellungen des Gesetzesentwurfs konsequent ausgerichtet werden sollte (BT-Drucks aaO S 143).

1.3 Der Gedanke der Revision, formal an die Klageart anknüpfend die Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (der Tatsachen- oder Revisionsinstanz) für maßgeblich zu halten, kann nicht überzeugen. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach für die Beurteilung von Anfechtungsklagen die zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung und für Verpflichtungsklagen die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung geltende Rechtslage maßgebend sei, ist dem geltenden Recht nicht zu entnehmen. Das hat der Senat bereits im anderen Zusammenhang im Einklang mit der Rechtsprechung des BSG und des Bundesverwaltungsgerichts eingehend ausgeführt ([SozR 3-4100 § 152 Nr 7 mwN](#)). Entscheidend ist vielmehr, ob Gesetze materiell-rechtlich nach ihrem zeitlichen Geltungswillen auf den jeweils zu beurteilenden Sachverhalt anzuwenden sind. Da Art 83 Abs 3 AFRG die Merkmale der Beitragsfreiheit nach § 169a Abs 1 AFG ausdrücklich mit Wirkung ab 1. April 1997 in Kraft gesetzt hat, kann die Beitragspflicht von Beschäftigungen in der hier maßgeblichen Rahmenfrist vom 3. April 1992 bis 2. April 1995 nur nach dem damals geltenden Recht zu beurteilen sein.

Etwas anderes läßt sich auch nicht Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechts und Rechtsprechung des BSG entnehmen, auf die sich die Revision beruft. Vielmehr ergeben diese gerade, daß ein Rechtsatz grundsätzlich nur auf solche Sachverhalte anwendbar ist, die nach seinem Inkrafttreten verwirklicht werden ([BSGE 70, 31, 34 = SozR 3-2500 § 48 Nr 1; BSG NZA 1999, 166, 167 mwN](#)). Im übrigen gehen konkrete Regelungen über das Inkrafttreten von Vorschriften allgemeinen Grundsätzen vor.

2. Ein anderes Ergebnis läßt sich auch nicht über ein gemeinschaftsrechtliches Anwendungsverbot des § 169a Abs 1 AFG aF wegen eines Verstoßes gegen das Verbot "mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts" iSd Art 4 Abs 1 der Richtlinie 79/7/EWG herleiten.

2.1 Die Regelungen über die Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungen (§§ 169a Abs 1, 102 AFG aF) und den Zugang zu Leistungen bei Arbeitslosigkeit (§§ 100, 104 AFG) fallen in den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie (Art 2 und 3). Nach der

Rechtsprechung des EuGH steht Art 4 Abs 1 der Richtlinie der Anwendung von mitgliedstaatlichen Gesetzen entgegen, die zwar neutral formuliert sind, tatsächlich aber einen wesentlich höheren Prozentsatz Frauen als Männer benachteiligen, sofern diese Regelungen nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sind, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (EuGH Urteile vom 14. Dezember 1995 - Rs [C 317/93](#) - [EuGHE I 1995, 4625](#), 4658 f = SozR 3-6083 Art 4 Nr 11 und - Rs [C 444/93](#) - [EuGHE I 1995, 4741](#), 4754 = SozR 3-6083 Art 4 Nr 12 mwN). Insofern will der EuGH die Richtlinie wie eine Rechtsnorm angewandt wissen. Für die vom EuGH beurteilten geringfügigen Beschäftigungen (bis zu 15 Stunden) hat er eine mittelbare Diskriminierung von Frauen verneint, weil eine stärkere Betroffenheit von Frauen durch die Versicherungsfreiheit jedenfalls durch objektive Gründe, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt sei. Diese Rechtsansicht hat der EuGH auch für den hier zu behandelnden Sachverhalt vertreten, daß eine Beschäftigung kurzzeitig (bis zu 18 Stunden wöchentlich) ausgeübt wird ([EuGHE I 1995, 4741](#), 4756 = SozR 3-6083 Art 4 Nr 12). Dem hat sich der Senat in seinem Urteil vom 24. Juli 1997 - [11 RAr 91/96](#) - angeschlossen. Der 7. Senat des BSG, der an der Vereinbarkeit der §§ 169a Abs 1, 102 Abs 1 Satz 1 AFG mit Art 4 Abs 1 der Richtlinie 79/7 gezweifelt hat (Urteil vom 15. November 1995 - [7 RAr 106/94](#)), konnte die angeführten Entscheidungen des EuGH noch nicht berücksichtigen.

2. 2 Die angegriffenen Regelungen enthalten keine mittelbare Diskriminierung, weil sie im Sinne der Rechtsprechung des EuGH durch objektive Faktoren gerechtfertigt sind. Es entspricht einem Strukturprinzip der deutschen Arbeitslosenversicherung, Schutz im Falle von Arbeitslosigkeit bei einem generellen Gleichgewicht von Beitragspflicht und Leistungsansprüchen zu bieten. Die Grenze zwischen Beitragspflicht und Beitragsfreiheit und damit des Schutzes bei Arbeitslosigkeit korrespondiert mit der üblichen Arbeitszeit. Das erklärt die unterschiedlichen Grenzen zwischen Beitragspflicht und Beitragsfreiheit in der Entwicklung der Arbeitslosenversicherung. Der Regierungsentwurf zum AFG von 1969 sah die Beitragsfreiheit in § 165 Abs 1 Nr 6 für Beschäftigungen bis zu 21 Stunden vor. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es, sie entspreche dem bisherigen Recht ([BT-Drucks V/2291 S 91](#)). Nach § 66 Abs 2 Nr 1 Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung waren Beschäftigungen versicherungsfrei, die auf nicht mehr als wöchentlich 24 Stunden beschränkt waren. Während der Geltung des AFG ist die Grenze der Kurzzeitigkeit mehrfach gesenkt worden, bis Art 11 Nr 35 AFRG die Beitragsfreiheit in der Arbeitslosenversicherung zunächst an die geringfügige Beschäftigung iSd [§ 8 SGB IV](#) geknüpft hat; mit dieser Regelung sollte der soziale Schutz der Teilzeitbeschäftigten in der Arbeitslosenversicherung verbessert werden (Niesel, Arbeitsförderungsgesetz, 2. Aufl 1997, S 1430 mwN). Bis dahin schützte das Arbeitsförderungsrecht nur solche Beschäftigten, die annähernd mehr als die Hälfte der üblichen Wochenarbeitszeit gearbeitet haben. Bei typisierender Betrachtungsweise ging der Gesetzgeber davon aus, erst eine Beschäftigung, welche die Hälfte der üblichen Wochenarbeitszeit überschreitet, rechtfertige den Beitragsaufwand für Lohnersatzleistungen bei Arbeitslosigkeit. Diese sozialpolitische Entscheidung entspricht auch einer Nachfrage von nicht beitragspflichtigen Teilzeitbeschäftigten auf dem Arbeitsmarkt (dazu und zu weiteren Argumenten zur Rechtfertigung der Gesetzeslage kritisch: Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts - ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten, 1997, S 145 ff). Der Senat hat die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung auf arbeitsmarktliche Folgen der am 1. April 1997 in Kraft getretenen Fassung des § 169a AFG durch das AFRG hingewiesen, die die sozialpolitische Einschätzung der Auswirkungen der Beitragspflicht auf den Arbeitsmarkt bestätigen.

An einer abschließenden Entscheidung über den Anspruch der Klägerin ist der Senat nicht durch eine Pflicht zur Anrufung des EuGH (Art 177 Abs 3 EGV = Art 234 EGV Fassung Amsterdam) gehindert. Jedenfalls für den hier maßgebenden Zeitraum der Rahmenfrist vom 3. April 1992 bis 2. April 1995 ist durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt, daß den Mitgliedstaaten mit der Zuständigkeit für die Sozialpolitik eine umfassende Einschätzungsprärogative für die Eignung und Erforderlichkeit sozialpolitischer Maßnahmen zusteht. Ausdrücklich hat der EuGH ausgesprochen, die Mitgliedsstaaten verfügten über einen "weiten Entscheidungsspielraum" ([EuGHE I 1995, 4625](#), 4658 f = SozR 3-6083 Art 4 Nr 11; [EuGHE I 1995, 4741](#), 4754 = SozR 3-6083 Art 4 Nr 12). Aus der Entscheidung des EuGH vom 9. September 1999 - [C 281/97](#) - ([EuZW 1999, 664 f](#)) ist Gegenteiliges nicht zu entnehmen, weil es sich in dem dort entschiedenen Fall um den Ausschluß geringfügig Beschäftigter von tariflichen Sonderzuwendungen handelte, die tragende Grundsätze eines Versicherungssystems und den Entscheidungsspielraum eines mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nicht berührten. Seine dazu ergangene Rechtsprechung aus dem Jahre 1995 hat der EuGH weder geändert noch modifiziert, sondern ausdrücklich bekräftigt (zu dieser Differenzierung näher: Lelley NZA 2000, 405 ff mwN). Die Regelungen der §§ 100, 104 und 169a AFG in der bis zum 31. März 1997 geltenden Fassung halten sich in dem mitgliedstaatlicher Gesetzgebung überlassenen Entscheidungsspielraum.

Die 1995 zum damals "gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts" ergangene Rechtsprechung des EuGH ist durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam nicht überholt. Der Vertrag von Maastricht vom 7. Februar 1992 (BGBl II 1253) hat die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Sozialpolitik aufrechterhalten und die Funktion der Europäischen Union im wesentlichen auf die Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten beschränkt (Art 117 ff EGV). Für das "Abkommen zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritanniens und Nordirland über die Sozialpolitik" stellt das Protokoll ausdrücklich klar, daß der "Vertrag, insbesondere die Bestimmungen, welche die Sozialpolitik betreffen und Bestandteil des gemeinsamen Besitzstands sind, nicht berührt sind".

Der Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 ist nach seinem Art 14 Abs 2 erst am 1. Mai 1999 in Kraft getreten ([BGBl 1999 II 296](#)). Eine Rückwirkung seiner Vereinbarungen für die hier maßgebende Rahmenfrist (3. April 1992 bis 2. April 1995) ist ihm nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen kann dahinstehen, ob Art 136 ff EGV Fassung Amsterdam Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die geeignet wären, die Rechtsansicht der Revision zu stützen.

2.3 Die sozialpolitische Entscheidung des Gesetzgebers, Versicherungsschutz bei Arbeitslosigkeit Personen vorzubehalten, die ihren Lebensunterhalt "typischerweise" überwiegend durch Arbeitsentgelt bestreiten, ist danach von der Rechtsprechung allenfalls hinsichtlich der Grenzen der Einschätzungsprärogative zu überprüfen (vgl Eichenhofer [JZ 1996, 413 ff](#); Rombach SGB 1997, 349, 351; Rolfs/Bütefisch VSSR 1998, 1, 18 ff mit dem Hinweis auf "die Gefahr, daß systemimmanente Diskriminierungen unter Berufung auf die nationale Gesetzgebungskompetenz dauerhaft fortbeständen"; Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, RdNr 726 f, wenden ein, das Diskriminierungsverbot werde auf ein bloßes Begründungsgebot reduziert, dessen Überprüfbarkeit zweifelhaft sei). Der Gefahr für die Effektivität des gemeinschaftsrechtlichen Gleichberechtigungsgedankens steht der Vorteil gegenüber, daß Entscheidungen über Beitragspflicht und -freiheit und damit über den Umfang des Arbeitslosenversicherungsschutzes an gesetzlichen und mithin demokratisch legitimierten Maßstäben zu orientieren sind. Diese vom EuGH mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten begründete Folge entspricht verfassungsrechtlich der Funktionsverteilung zwischen Gesetzgebung, Gesetzesvollziehung und Rechtsprechung. Im übrigen hat das "Konzept der mittelbaren Diskriminierung" (Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des

Geschlechts, S 20 ff) bisher kaum zu Entscheidungsmaßstäben geführt, die von Verwaltung und Gerichten als rechtsanwendenden Instanzen unmittelbar umzusetzen sind. Auch Bieback weist auf die "demokratische Legitimation des Gesetzgebers" und das "offene, formalisierte Verfahren der Gesetzgebung" hin und stützt darauf eine "Richtigkeitsvermutung" für das Gesetz (Bieback, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, S 115 mwN). Insofern sind die Beweisanträge (und die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs) zwar folgerichtig, aber nicht begründet, weil sie auf die Widerlegung der Richtigkeitsvermutung gerichtet sind. Eine sozialpolitische Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ist indes als solche nicht widerlegbar. Sie wäre allenfalls als Willkürakt rechtlich zu beanstanden. Dazu besteht bei einer Begrenzung des Schutzes gegenüber Arbeitslosigkeit nach objektiven Kriterien kein Grund.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann offenbleiben, ob die Regelung über die Beitragsfreiheit von kurzzeitigen Beschäftigungen und damit der Ausschluß vom Schutz der Arbeitslosenversicherung mehr Frauen als Männer benachteiligt, zumal der Grad der Betroffenheit, der gemeinschaftsrechtlich eine Diskriminierung ausmachen kann ("wesentlich", "erheblich", "viel höherer Prozentsatz der Frauen als der Männer"), ungeklärt ist. Unabhängig von der Schwierigkeit, verlässliches Zahlenmaterial zu erheben, ist umstritten, wie die Vergleichsgruppen von Männern und Frauen zu bilden sind, um eine mittelbare Diskriminierung iSd Art 4 Abs 1 Richtlinie 79/7 festzustellen (Rolfs/Bütefisch VSSR 1998, 18 ff; Bieback SGB 1996, 513, 514 ff; ders, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, S 76 ff; Rombach SGB 1996, 193, 197 jeweils mwN). Das kann hier auf sich beruhen, legt aber Überlegungen nahe, ob die Voraussetzungen für die unmittelbare Wirkung der Richtlinie, von welcher der EuGH 1995 ausgegangen ist, nach den in [EuGHE I 1991, 4269](#) = SozR 3-6083 Art 4 Nr 2 aufgestellten Anforderungen gegeben sind. Die Justitiabilität des Verbots mittelbarer Diskriminierung erscheint im vorliegenden Zusammenhang zweifelhaft (vgl Haverkate/Huster, Europäisches Sozialrecht, 1999, RdNr 728).

3. Die Entscheidung des LSG ist auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Ein Grund, eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) einzuholen, besteht nicht.

3.1 Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist die Fassung des [Art 3 Abs 2 GG](#) vom 27. Oktober 1994 ([BGBl I 3146](#)) entscheidend: Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. Das BVerfG hatte [Art 3 Abs 2 GG](#) ursprünglich nur als Anknüpfungsverbot, also als Verbot direkter Diskriminierung wegen des Geschlechts, verstanden. Es erstreckt das Gleichberechtigungsgebot nunmehr aber auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit und begründet eine staatliche Schutzpflicht zur tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung (BVerfGE 85, 191, 207; 89, 276, 286; Sachs/Osterloh, Grundgesetz-Kommentar, 1996, Art 3 RdNr 258 ff; Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S 79f; Ebsen, Gleichberechtigung von Männern und Frauen, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl 1994, § 8 RdNr 30 ff).

3.2 Damit wird die ursprünglich gemeinschaftsrechtliche Thematik der mittelbaren Diskriminierung in das nationale Verfassungsrecht eingegliedert. Sie führt zu vergleichbaren Problemen der sozialrechtlichen Behandlung von Teilzeitarbeit, die Frauen (wohl) quantitativ stärker trifft als Männer. Dem Problem der Justitiabilität wird durch die Fassung des [Art 3 Abs 2 Satz 2 GG](#) Rechnung getragen. Mag ein aus dem Verbot mittelbarer Diskriminierung abgeleitetes Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts noch unmittelbar umsetzbar sein, so muß das Förderungsgebot nicht nur wegen des [Art 3 Abs 2 Satz 2 GG](#), sondern auch aus funktionellen Gründen dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Das Verbot mittelbarer Diskriminierung nach [Art 3 Abs 2 GG](#) enthält mithin eine "objektivrechtliche Schutzfunktion", die jedoch "keine originären Teilhabe- bzw Leistungsansprüche gegen den Staat begründet" (Sachs/Osterloh aaO RdNr 262; abweichend: Ebsen aaO RdNr 30 ff). Überdies sind die Gründe, die Grenzen des Versicherungsschutzes gegen Arbeitslosigkeit gemeinschaftsrechtlich rechtfertigen, auch im Verfassungsrecht zu berücksichtigen.

Damit scheidet auch eine Verletzung des [Art 3 Abs 3 GG](#) aus ([BVerfGE 6, 389](#), 420).

3.3 Wegen der objektiven Faktoren, auf denen die bis zum 31. März 1997 geltende Beitragsfreiheit kurzzeitiger Beschäftigungen beruhte, enthielt die Regelung auch keine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes.

Eine Verfassungswidrigkeit des hier anzuwendenden Rechts, die Voraussetzung für eine Vorlage nach [Art 100 GG](#) ist, ist nicht zu erkennen.

Das Urteil des LSG beruht mithin nicht auf einer Gesetzesverletzung, so daß die Revision der Klägerin zurückzuweisen ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2003-08-20