SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
vom 11. Juli 1996 *

1. Um in dem Verfahren über die Gewährung von Prozeßkostenhilfe an Frau Züchner entscheiden zu können, ersucht das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen in der Bundesrepublik Deutschland den Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit [1] (im folgenden: Richtlinie 79/7).

2. Wie aus den Unterlagen, die sich in den Akten befinden, zu entnehmen ist, erlitt Herr Züchner, der als selbständiger Kaufmann tätig war, 1972 infolge eines Unfalls eine Querschnittslähmung und ist dadurch nicht mehr in der Lage, selbst für sich zu sorgen. Die häusliche Pflege, die er von da an benötigte, wurde ihm durch seine Ehefrau gewährt, die — so behauptet sie — sich dafür besonders ausbilden ließ. Es steht nicht fest, ob Frau Züchner in dem Zeitpunkt, in dem sie anfing, ihren Ehemann zu betreuen, irgendeine Erwerbstätigkeit ausübte oder ob sie zuvor eine solche Tätigkeit ausgeübt hatte oder ob sie sich auf Arbeitsuche befand.

3. Nach deutschem Recht gibt es drei Arten von häuslichen Leistungen, die ein Kranker beanspruchen kann (häusliche Krankenpflege): [2]

— die Behandlungspflege, die durch ihre medizinische Komponente gekennzeichnet ist und die Verabreichung von Arzneimitteln, Injektionen, Messen der Körpertemperatur, Anwendung von Heilverfahren usw. umfaßt;

— die Grundpflege, die Leistungen wie Tag- und Nachtwachen, die Unterstützung des Kranken bei der Durchführung der Körperpflege, bei der Nahrungsaufnahme, beim Aufstehen oder Zubettgehen usw. einschließt;

— die hauswirtschaftliche Versorgung, die im Waschen der Bekleidung des Kranken, der Erledigung der notwendigen Einkäufe, der Reinigung seiner Wohnung usw. besteht.

* Originalsprache: Spanisch.

1 — ABl. 1979, L 6, S. 24.

2 — Insbesondere §§ 37, 38 und 55 bis 57 des Sozialgesetzbuch V.

Konkret bestimmt § 37 Sozialgesetzbuch V (im folgenden: SGB V):

„(1) Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist, oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird. Die häusliche Krankenpflege umfaßt die im Einzelfall erforderliche Grund- und Behandlungspflege sowie hauswirtschaftliche Versorgung. Der Anspruch besteht bis zu vier Wochen je Krankheitsfall. In begründeten Ausnahmefällen kann die Krankenkasse die häusliche Krankenpflege für einen längeren Zeitraum bewilligen, wenn der Medizinische Dienst (§ 275) festgestellt hat, daß dies aus den in Satz 1 genannten Gründen erforderlich ist.

(2) Versicherte erhalten in ihrem Haushalt oder ihrer Familie als häusliche Krankenpflege Behandlungspflege, wenn sie zur Sicherung des Ziels der ärztlichen Behandlung erforderlich ist. Die Satzung kann bestimmen, daß die Krankenkasse zusätzlich zur Behandlungspflege nach Satz 1 als häusliche Krankenpflege auch Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung erbringt. Die Satzung kann dabei Dauer und Umfang der Grundpflege und der hauswirtschaftlichen Versorgung nach Satz 2 bestimmen. Leistungen nach den Sätzen 2 und 3 sind nach Eintritt von Pflegebedürftigkeit im Sinne des Elften Buches nicht zulässig.

(3) Der Anspruch auf häusliche Krankenpflege besteht nur, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann.

(4) Kann die Krankenkasse keine Kraft für die häusliche Krankenpflege stellen oder besteht Grund, davon abzusehen, sind den Versicherten die Kosten für eine selbstbeschaffte Kraft in angemessener Höhe zu erstatten."

4. Am 14. März 1985 verpflichtete sich die Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen (im folgenden: HKK), die Trägerin der freiwilligen Krankenversicherung, der Herr Züchner angeschlossen ist, schriftlich, die häusliche Behandlungspflege unmittelbar zu übernehmen, oder, wenn dies nicht möglich sein sollte, Herrn Züchner einen Höchstbetrag von 80 DM täglich zu erstatten, wenn er für die Leistung dieser Pflege Personal einstellte. Der Rechtsstreit, den Herr Züchner beim Sozialgericht München gegen die HKK aufgrund von zwischen ihnen aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten über den Erstattungsanspruch in Gang gesetzt hatte, endete mit einem gerichtlichen Vergleich, aufgrund dessen die Beklagte dem Kläger einen bestimmten Betrag als Erstattung der Kosten für die häusliche Krankenpflege bis zum 23. Februar 1987 zahlte und sich für die Zukunft verpflichtete, Herr Züchner die für diese

Pflege gezahlten Beträge gegen Vorlage von Arbeitsentgeltquittungen oder gleich beweiskräftigen Belegen zu erstatten.

5. Ab 1. Januar 1991 bis zum 31. März 1995 erhielt Herr Züchner von der Krankenkasse auf seinen Antrag eine Geldleistung von 400 DM pro Monat als Pflegegeld. § 57 SGB V bestimmt nämlich:

„(1) Auf Antrag der schwerpflegebedürftigen Versicherten kann die Krankenkasse ihnen anstelle der häuslichen Pflegehilfe einen Geldbetrag von 400 Deutsche Mark je Kalendermonat zahlen, wenn die Schwerpflegebedürftigen die Pflege durch eine Pflegeperson in geeigneter Weise und in ausreichendem Umfang selbst sicherstellen können.

(2) Die Geldleistung nach Absatz 1 wird nur gezahlt, wenn die Pflegeperson auch bei Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu einer ausreichenden Pflege in der Lage ist.

...“

6. Am 1. April 1995 trat das Pflegeversicherungsgesetz in Kraft, das als Buch XI in das Sozialgesetzbuch eingefügt ist (im folgenden: SGB XI). Diese neue Regelung bestimmt, soweit es hier von Interesse ist, folgendes:

„§ 14. Begriff der Pflegebedürftigkeit.

(1) Pflegebedürftig im Sinne dieses Buches sind Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen und regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem oder höherem Maße (§ 15) der Hilfe bedürfen.

...

§ 19. Begriff der Pflegepersonen.

Pflegepersonen im Sinne dieses Buches sind Personen, die nicht erwerbsmäßig einen Pflegebedürftigen im Sinne des § 14 wenigstens

14 Stunden wöchentlich in seiner häuslichen Umgebung pflegen.

(3) Der Anspruch auf häusliche Pflegehilfe umfaßt je Kalendermonat:

...

§ 36. Pflegesachleistung.

3. für Pflegebedürftige der Pflegestufe III Pflegeeinsätze bis zu einem Gesamtwert von 2 800 Deutsche Mark.

(1) Pflegebedürftige, die in ihrem Haushalt oder einem anderen Haushalt, in den sie aufgenommen sind, gepflegt werden, erhalten Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung als Sachleistung (häusliche Pflegehilfe). Häusliche Pflegehilfe wird durch geeignete Pflegekräfte erbracht, die entweder von der Pflegekasse oder bei ambulanten Pflegeeinrichtungen, mit denen die Pflegekasse einen Versorgungsvertrag abgeschlossen hat, angestellt sind. Auch durch Einzelpersonen, mit denen die Pflegekasse einen Vertrag nach § 77 Abs. 1 abgeschlossen hat, kann häusliche Pflegehilfe als Sachleistung erbracht werden.

...

§ 37. Pflegegeld für selbst beschaffte Pflegehilfen.

(1) Pflegebedürftige können anstelle der häuslichen Pflegehilfe ein Pflegegeld beantragen. Der Anspruch setzt voraus, daß der Pflegebedürftige mit dem Pflegegeld dessen Umfang entsprechend die erforderliche Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung durch eine Pflegeperson in geeigneter Weise selbst sicherstellt. Das Pflegegeld beträgt je Kalendermonat:

(2) Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung umfassen Hilfeleistungen bei den in § 14 genannten Verrichtungen.

...

3. für Pflegebedürftige der Pflegestufe III 1 300 Deutsche Mark.

..."

7. Aus den zitierten Rechtsvorschriften über die Pflege bei Pflegebedürftigkeit ist zu entnehmen, daß das Pflegegeld, dessen Betrag in § 37 SGB XI angegeben ist, von der Pflegekasse der pflegebedürftigen Person gezahlt wird, auch wenn ein Familienangehöriger die Pflege übernimmt, während die in § 36 SGB-XI vorgesehenen höheren Beträge dem Höchstbetrag entsprechen, zu dessen Zahlung als Pflegesachleistung die Pflegekasse verpflichtet ist, wenn diese Pflege entweder durch Pflegekräfte, die von der Pflegekasse oder bei einer anderen Einrichtung angestellt sind, mit der die Pflegekasse zu diesem Zweck einen Vertrag abgeschlossen hat, oder durch Einzelpersonen erbracht wird, mit denen die Pflegekasse einen Vertrag abgeschlossen hat.

Nach Angabe der Antragstellerin betreut sie ihren Ehemann. Es scheint folglich richtig, davon auszugehen, daß Herr Züchner nach diesen Rechtsvorschriften zu Lasten der Pflegekasse Anspruch auf Pflegegeld — dessen Höhe wahrscheinlich der Pflegestufe III entspricht — gemäß § 37 SGB XI hat und daß er dagegen keinen Anspruch auf die in § 36 SGB XI für Pflegesachleistung vorgesehenen höheren Beträge hat, da die Pflegekasse diese Beträge als Vergütung an die Personen zahlt, mit denen sie einen Vertrag über die Erbringung von Leistungen der häuslichen Pflege gegenüber ihren Versicherten geschlossen hat, und nicht an den Versicherten.

8. Im Juli 1993 stellte Herr Züchner bei der HKK den Antrag, ihm rückwirkend für die Zeit vom 1. März 1985 bis zum 31. Juli 1993 die Kosten der von seiner Ehefrau erbrachten Leistungen der häuslichen Pflege zu erstatten. Am 6. August 1993 lehnte die HKK diesen Antrag ab und machte erstens geltend, alle Ansprüche bis zum 23. Februar 1987 seien gemäß dem vor dem Sozialgericht geschlossenen Vergleich abgegolten worden; zweitens schließe das nationale Recht — da die Leistungen von seiner Ehefrau erbracht worden seien — die Erstattung ihrer Kosten aus, weil der Anspruch auf häusliche Krankenpflege nur bestehe, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen könne, und schließlich verjähre der Anspruch auf Sozialleistungen in vier Jahren. Darüber hinaus wies die HKK darauf hin, daß Herr Züchner seit Januar 1991 eine Geldleistung von 400 DM je Kalendermonat nach § 57 SGB V erhalte. Aus den Akten geht nicht hervor, ob Herr Züchner diese ablehnende Entscheidung angefochten hat.

9. Am 10. August 1993, d. h. unmittelbar nachdem die HKK es abgelehnt hatte, Herrn Züchner rückwirkend einen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen zuzuerkennen, die den Leistungen der häuslichen Pflege entsprachen, die seine Ehefrau ihm gegenüber erbracht hatte, beantragte diese beim Landgericht Bremen Prozeßkostenhilfe, um eine Schadensersatzklage gegen die HKK zu erheben, von der sie außer der

Zahlung dieser Leistungen während des angegebenen Zeitraums Zinsen, entgangenen Gewinn und eine Entschädigung in Gesamthöhe von 419 390 DM fordern will. Dieser Antrag wurde mit Beschluß vom 20. Januar 1994 abgelehnt.

10. Frau Züchner legte gegen diesen Beschluß beim Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen auf der Grundlage der Richtlinie 79/7 Beschwerde ein und machte geltend, es liege eine Diskriminierung vor, da im tatsächlichen Leben nur Ehefrauen in eine Lage wie die ihrige kommen könnten. Diese Beschwerde wurde zurückgewiesen, wobei das Gericht entschied, daß die von der Antragstellerin beabsichtigte Rechtsverfolgung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete.

11. In der Folge erhob die Antragstellerin eine Gegenvorstellung bei demselben Gericht; dieses hat seinen früheren ablehnenden Beschluß durch Beschluß vom 2. März 1995 aufgehoben und hat dem Gerichtshof in der Meinung, daß die Entscheidung, die es über die Gewährung von Prozeßkostenhilfe zu erlassen habe, davon abhänge, wie bestimmte Vorschriften des Gemeinschaftsrecht auszulegen seien, vor Erlaß eines neuen Beschlusses folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Gehört die Antragstellerin als Ehefrau des pflegebedürftigen Versicherten zur Erwerbsbevölkerung im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie?

2. Wird die Antragstellerin durch § 37 Absatz 3 SGB V trotz geschlechtsneutraler Fassung dieser Vorschrift als Frau im Sinne der Richtlinie diskriminiert?

3. Hat die Antragstellerin, die nicht Versicherungsnehmerin der Antragsgegnerin ist, direkte Ansprüche, oder hat diese nur deren Ehemann als Versicherungsnehmer?

4. Haftet die Antragsgegnerin als Organ des Staates (Ersatzkasse) selbst, oder wer haftet statt ihrer?

5. Gibt es einen vom Verschulden unabhängigen Amtshaftungsanspruch nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, oder kann sich ein Amtshaftungsanspruch nur aus § 839 BGB in Verbindung mit Artikel 34 GG ergeben?

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften

12. Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 ist in Artikel 2 definiert, wonach folgendes gilt:

„Diese Richtlinie findet Anwendung auf die Erwerbsbevölkerung — einschließlich der Selbständigen, [der Arbeitnehmer und Selbständigen,] [3] deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Unfall oder unverschuldete Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, und der Arbeitsuchenden — sowie auf die im Ruhestand befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer und Selbständigen."

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie ist in Artikel 3 wie folgt abgegrenzt:

„(1) Diese Richtlinie findet Anwendung

a) auf die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten:

— Krankheit,

— Invalidität,

— Alter,

— Arbeitsunfall und Berufskrankheit,

— Arbeitslosigkeit;

b) auf Sozialhilferegelungen, soweit sie die unter Buchstabe a) genannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen.

(2) Diese Richtlinie gilt nicht für Regelungen betreffend Leistungen für Hinterbliebene sowie für Regelungen betreffend Familienleistungen, es sei denn, daß es sich um Familienleistungen handelt, die als Zuschläge zu den Leistungen aufgrund der in Absatz 1 Buchstabe a) genannten Risiken gewährt werden.

(3) ..."

Artikel 4 der Richtlinie 79/7 bestimmt:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet den Fortfall jeglicher unmittelba-

3 — Dieser in den anderen Sprachfassungen vorhandene Teil der Definition fehlt in der deutschen Fassung.

ren 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 Berechnung der Leistungen, einschließlich der Zuschläge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtigte Personen, sowie die Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf die Leistungen.

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht den Bestimmungen zum Schutz der Frau wegen Mutterschaft nicht entgegen."

13. Im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren haben die Antragstellerin im Prozeßkostenhilfeverfahren, Frau Züchner, vertreten durch ihren Ehemann, die Antragsgegnerin, die deutsche und die britische Regierung sowie die Kommission Erklärungen abgegeben.

14. Die Antragstellerin hat hervorgehoben, daß es das erste Mal sein werde, daß der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung im Rahmen eines Prozeßkostenhilfeverfahrens entscheide, da die Gewährung von Prozeßkostenhilfe regelmäßig verweigert werde, wenn sie beantragt werde, um eine Schadensersatzklage wegen Verletzung des Gemeinschaftsrechts gegen einen Mitgliedstaat oder eines seiner Organe zu erheben.

Über die Zuständigkeit des Gerichtshofes für die Beantwortung der Fragen

15. Ich glaube, dies ist das erste Mal, daß der Gerichtshof aufgefordert worden ist, im Wege der Vorabentscheidung im Rahmen eines Verfahrens über die Gewährung von Prozeßkostenhilfe an eine der Parteien vor einem nationalen Gericht zu befinden. Das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen ist ohne Zweifel ein Gericht im Sinne von Artikel 177 des Vertrages. Obwohl keiner der Beteiligten, die in diesem Verfahren Erklärungen abgegeben haben, dieses Problem angesprochen hat, frage ich mich jedoch, ob es im Rahmen dieses Verfahrens über die Gewährung von Prozeßkostenhilfe eine Vorabentscheidungsfrage stellen kann.

Wie ich bereits ausgeführt habe, sind die Vorabentscheidungsfragen gestellt worden, um über eine Gegenvorstellung gegen die Ablehnung eines vor der Erhebung der Klage in der Hauptsache gestellten Antrags auf Gewährung von Prozeßkostenhilfe im Beschwerdeverfahren entscheiden zu können.

Da die Gewährung von Prozeßkostenhilfe von der Voraussetzung abhängig ist, daß die Klage auf den ersten Blick hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, da ein Beschluß, mit dem die Gewährung von Prozeßkostenhilfe in dieser zweiten Instanz abgelehnt wird, nicht mehr anfechtbar ist und da das Gericht, das in den Verfahren entscheiden muß, es für erforderlich gehalten hat, diese Fragen nach der Auslegung der Richtlinie vorzulegen, bin ich der Ansicht, daß der Gerichtshof sie zu beantworten hat.

Nach ständiger Rechtsprechung ist es nämlich im Rahmen der durch Artikel 177 des Vertrages begründeten Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten allein Sache der nationalen Gerichte, bei denen ein Rechtsstreit anhängig ist und die die Verantwortung für die zu erlassende gerichtliche Entscheidung tragen, unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Rechtssache sowohl die Erforderlichkeit einer Vorabentscheidung für den Erlaß ihres Urteils als auch die Erheblichkeit der von ihnen dem Gerichtshof vorgelegten Fragen zu beurteilen [4].

4 — Urteile vom 28. März 1996 in der Rechtssache C-129/94 (Ruiz Bernáldez, Slg. 1996, I-1829, Randnr. 7), vom 30. November 1995 in der Rechtssache C-134/94 (Esso Española SA, Slg. 1995, I-4223, Randnr. 9) und vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-125/94 (Aprile, Slg. 1995, I-2919, Randnr. 16).

Zur ersten Vorabentscheidungsfrage

16. Das nationale Gericht meint, daß die Antragstellerin nicht zur „Erwerbsbevölkerung" im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie 79/7 gehöre, hält aber insoweit eine erweiternde Auslegung für möglich, als die Antragstellerin Leistungen erbringe, die über die normale Hausfrauentätigkeit hinausgingen. Das Gericht hält sich jedoch nicht für befugt, eine derartige erweiternde Auslegung vorzunehmen und überläßt die Verantwortung dafür dem Gerichtshof.

17. Die Antragstellerin ist der Ansicht, die erste Frage des nationalen Gerichts sei aus verschiedenen Gründen zu bejahen: Zwar habe sie nicht auf eine Berufstätigkeit verzichten müssen, um ihren Ehemann betreuen zu können, es sei aber sicher, daß sie keine Tätigkeit habe ausüben können, und es dürfe kein Unterschied darin bestehen, ob jemand eine Tätigkeit aufgebe, um einen Behinderten zu betreuen, oder ob er eine berufliche Tätigkeit nicht antreten könne, weil der Umfang und die Intensität der Leistungen, die diese Person benötige, ihn daran hinderten; in dem einen wie in dem anderen Fall mache die Pflege des Behinderten die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit unmöglich, und aus diesem Grund sei die Person, die den Behinderten pflege, der Erwerbsbevölkerung zuzurechnen. In diesem Zusammenhang zitiert sie das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Drake [5], in dem festgestellt werde, daß eine Person, die einen Behinderten pflege und deswegen ihre berufliche Tätigkeit habe aufgeben müssen, zur

5 — Urteil vom 24. Juni 1986 in der Rechtssache 150/85 (Drake, Slg. 1986, 1995).

Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie 79/7 zu rechnen sei. Sie fügt schließlich hinzu, daß sie sich auch dann, wenn sie nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 79/7 gerechnet werden sollte, auf diese Richtlinie berufen könne, da ihr Ehemann seine berufliche Tätigkeit wegen seiner Behinderung habe aufgeben müssen.

18. Die Antragsgegnerin schlägt dem Gerichtshof in ihrem Schriftsatz lediglich vor, auf die erste Frage des nationalen Gerichts zu antworten, daß die Antragstellerin nicht zur „Erwerbsbevölkerung" im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie 79/7 gehöre. Sie sei Hausfrau und gehe keiner Erwerbstätigkeit nach, da als solche nur eine Tätigkeit angesehen werden könne, die darauf gerichtet sei, durch Einnahmen den Lebensunterhalt zu bestreiten; eine solche Absicht sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die Antragstellerin erbringe Leistungen, die sie als Ehefrau sowohl nach dem Gesetz als auch aus moralischen Gründen schulde. Es möge sein, daß die Antragstellerin im Rahmen ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft Arbeiten leiste, die andere nicht zu leisten hätten; dies sei aber die unvermeidbare Folge der Behinderung ihres Lebenspartners.

19. Die deutsche Regierung schlägt vor, die erste Frage des vorlegenden Gerichts zu verneinen, und stützt sich dabei auf das Urteil Drake des Gerichtshofes [6], wonach eine Person, die ihre Erwerbstätigkeit infolge des Eintritts eines der in Artikel aufgeführten Risiken unterbreche, zur Erwerbsbevölkerung im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 79/7 gehöre. Voraussetzung sei aber in jedem Fall die Ausübung einer vorherigen Berufstätigkeit, die unterbrochen werde, und es genüge nicht die Pflegetätigkeit für einen behinderten Familienangehörigen.

20. Die Regierung des Vereinigten Königreichs äußert erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Vorabentscheidungsfragen. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, zum einen seien die Fragen für die Entscheidung des bei dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht erforderlich und zum anderen reichten die Angaben im Vorlagebeschluß nicht aus, um den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen die Abgabe von sachdienlichen Erklärungen zu ermöglichen.

Erstens bezögen sich die Fragen, über die der Gerichtshof zu entscheiden habe, auf die Auslegung der Richtlinie 79/7 über die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit. Das nationale Gericht führe jedoch bereits im Vorlagebeschluß aus, daß im konkreten Fall keine unmittelbare Diskriminierung vorliege und daß die innerstaatliche Vorschrift — angenommen, daß sie eine erheblich größere Anzahl Frauen als Männer betreffe — durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die kaum etwas mit einer Diskriminierung zu

6 — A. a. O.

tun hätten. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [7] sei es Sache des vorlegenden Gerichts, das für die Beurteilung des Sachverhalts und die Auslegung des innerstaatlichen Rechts allein zuständig sei, festzustellen, ob eine gesetzliche Regelung, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt werde, im Ergebnis die Frauen jedoch stärker treffe als die Männer, aus objektiven Gründen, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun hätten, gerechtfertigt sei; da im vorliegenden Fall das vorlegende Gericht selbst feststelle, daß eine Vorschrift, die diskriminierende Wirkungen haben könne, objektiv gerechtfertigt sei, bestehe kein Anlaß, um eine Auslegung der Richtlinie 79/7 zu ersuchen.

Zweitens trägt die Regierung des Vereinigten Königreichs vor, daß es ihm aufgrund der Mängel, die der Vorlagebeschluß aufweise, besonders schwerfalle, im vorliegenden Verfahren Erklärungen abzufassen. Falls der Gerichtshof die Fragen für zulässig halten sollte, schlägt sie jedoch vor, diese mangels genauerer Angaben zum Sachverhalt auf der Grundlage alternativer hypothetischer Annahmen zu prüfen: Wenn Frau Züchner gearbeitet oder Arbeit gesucht hätte, als ihr Mann den Unfall erlitt, und ihre Arbeit oder die Arbeitsuche aufgegeben hätte, um ihn zu pflegen, würde sie als eine Person, deren Erwerbstätigkeit durch den Eintritt eines der in Artikel 3 der Richtlinie genannten Risiken unterbrochen worden sei, zur Erwerbsbevölkerung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie 79/7 gehören. Falls Frau Züchner vor dem Unfall aber nicht gearbeitet oder Arbeit gesucht habe, gehöre sie nicht zur Erwerbsbevölkerung und habe daher kein Recht, sich auf die Vorschriften der Richtlinie 79/7 zu berufen, da diese nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nur für Personen gelte, die auf dem Arbeitsmarkt verfügbar seien oder nur wegen des Eintritts eines der in Artikel 3 genannten Risiken nicht mehr verfügbar seien [8]. Schließlich vertritt die britische Regierung die Auffassung, wenn der Gerichtshof die Vorabentscheidungsfragen für zulässig halte, brauche er nur die erste Frage zu beantworten, und zwar wie folgt: Die Antragstellerin gehört nur dann zur Erwerbsbevölkerung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie, wenn sie vor dem Unfall ihres Ehemanns Arbeitnehmerin oder Selbständige war oder Arbeit suchte und ihre Tätigkeit nur dadurch unterbrochen wurde, daß bei ihrem Ehemann eines der in Artikel 3 der Richtlinie genannten Risiken eintrat.

21. Die Kommission hebt vorab zwei Punkte hervor. Erstens stelle das nationale Gericht die Vorabentscheidungsfrage, um die Vereinbarkeit einer innerstaatlichen Norm mit dem Gemeinschaftsrecht zu prüfen, die dadurch, daß sie vorsehe, daß der Anspruch auf häusliche Krankenpflege als Sachleistung oder als Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht würden, das der Kranke sich verschafft habe, nur bestehe, wenn es keine im Haushalt des Kranken lebende Person gebe, die den Kranken in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen könne, eine mittelbare Diskriminierung darstellen könnte. Zweitens könne es sich nur um die in § 37 SGB V geregelte häusliche Krankenpflege handeln, da die Pflegekasse das Pflegegeld des § 37 SGB XI, das sowohl die

7 — Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 15).

8 — Urteil vom 11. Juli 1991 in der Rechtssache 31/90 (Johnson, Slg. 1991, I-3723, Randnr. 27).

Grundpflege als auch die hauswirtschaftliche Versorgung umfasse, gewähre, auch wenn es die mit dem Versicherten zusammenlebenden Familienangehörigen seien, die ihn pflegten.

22. Die Kommission stellt fest, daß Herr Züchner zur Erwerbsbevölkerung gehört habe, als er den Unfall erlitten habe, und daß er Anspruch auf die entsprechenden Leistungen der Krankenversicherung habe. Er falle daher in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 und die ihm gewährten Leistungen fielen in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie. Dies reiche für sich allein jedoch nicht dafür aus, daß er sich vor einem nationalen Gericht auf die Richtlinie berufen könne, wenn er unter den Auswirkungen einer innerstaatlichen Vorschrift leide, durch die seine Ehefrau diskriminiert werde, da, wie der Gerichtshof im Urteil Verholen entschieden habe [9], außerdem erforderlich sei, daß die Ehefrau in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle. Außerdem habe der Gerichtshof im Urteil Drake [10] den Begriff der Erwerbsbevölkerung dadurch erweitert, daß er angenommen habe, daß eine Person, die ihre berufliche Tätigkeit unterbrochen haben, um einen behinderten Angehörigen zu pflegen, in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fallen müsse.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie auf den Ausgangsrechtsstreit sei, daß die Antragstellerin als Person, die häusliche Pflegeleistungen für einen Behinderten erbringe, zur „Erwerbsbevölkerung" gehöre. Außerdem sei erforderlich, daß die Leistungen so intensiv und kontinuierlich seien, daß sie als Arbeit angesehen werden könnten. Aufgrund der Art und des Umfangs der Leistungen, die die Antragstellerin für ihren Ehegatten erbringe, falle sie in den in Artikel 2 definierten persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7.

23. Hilfsweise fügt die Kommission hinzu, unter der Voraussetzung, daß die gepflegte Person zur Erwerbsbevölkerung gehöre, gebe es drei Sachverhaltsvarianten, in denen die Richtlinie auch auf die Person anwendbar sein könne, die die Pflegeleistungen erbringe, nämlich wenn sie ihre berufliche Tätigkeit unterbrochen habe, um die Leistungen zu erbringen, wenn sie früher erwerbstätig gewesen sei, aber dies nicht mehr sein könne, weil sie z. B. im Ruhestand sei, oder schließlich, wenn sie ihre berufliche Tätigkeit aus irgendeinem anderen Grund aufgegeben habe und sich auf Arbeitsuche befinde. Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie, der eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbiete, sei auf diese Konstellation anwendbar, weil der Schutz des Gepflegten sich auch auf den Pflegenden erstrecke.

Es gebe zwei Fallkonstellationen, in denen weder die Antragstellerin durch Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 vor diskriminierenden Regelungen geschützt werde, noch

9 — Urteil vom 11. Juli 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-87/90, C-88/90 und C-89/90 (Verholen u. a., Slg. 1991, I-3757).

10 — Zitiert in Fußnote 5.

ihr Ehemann eine durch diese Diskriminierung hervorgerufene Benachteiligung geltend machen könne:

1) Wenn die pflegende Person keine berufliche Tätigkeit ausgeübt habe und die Pflege ihres Ehegatten zusätzlich zur üblichen hauswirtschaftlichen Tätigkeit übernommen habe;

2) wenn sie ihre berufliche Tätigkeit aus Gründen unterbrochen habe, die nicht zu den in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 aufgezählten gehörten, und sich nicht auf Arbeitsuche befinde.

24. Die Kommission schließt ihre Erklärungen zur ersten Vorabentscheidungsfrage mit der Feststellung ab, daß es an ausreichenden tatsächlichen Angaben fehlt, um die Antragstellerin einer dieser fünf Fallgruppen zuzuordnen. Sie schlägt dem Gerichtshof vor, dem vorlegenden Gericht wie folgt zu antworten: Zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Artikel 2 und 3 der Richtlinie 79/7 gehören Personen, die einen Kranken in seinem Haushalt pflegen, wenn die Pflege, die dieser benötigt, nach Art und zeitlicher Beanspruchung einen so erheblichen Umfang annimmt, daß sie, würde sie nicht von einem Haushaltsangehörigen erbracht, einem Selbständigen oder einer abhängig beschäftigten Person übertragen werden müßte; zur Erwerbsbevölkerung gehören jedenfalls auch Personen, die ihre berufliche Tätigkeit unterbrochen haben, um ihren behinderten Ehegatten zu pflegen, Personen, die früher gearbeitet haben, dazu aber nicht mehr in der Lage sind, und Personen, die sich auf Arbeitsuche befinden.

25. Ich möchte vorab darauf hinweisen, daß von den in der streitigen Vorschrift (§ 37 SGB V) geregelten Leistungen der häuslichen Krankenpflege, d. h. Behandlungspflege, Grundpflege und hauswirtschaftliche Versorgung, in einem Fall wie dem von Herrn Züchner, in dem voraussichtlich für mindestens sechs Monate Pflegebedürftigkeit besteht, für die beiden letztgenannten die Vorschriften des SGB XI gelten, die die Zahlung eines Pflegegelds auf Antrag des Versicherten vorsehen, wenn dieser selbst sich eine Pflegeperson verschafft, und zwar unabhängig davon, ob die Person, die ihn pflegt, im gleichen Haushalt lebt. Daraus schließe ich, daß die einzige — noch verbleibende — Leistung, die die Krankenkasse ihm gemäß Absatz 3 des zitierten Artikels verweigern kann, die Behandlungspflege ist, und zwar sowohl als Sachleistung als auch in Form der Erstattung der Kosten des Personals, das er sich selbst gesucht hat, wenn es eine Person in seinem Haushalt gibt, die diese Pflegeleistung erbringen kann.

26. Ich stimme mit der Regierung des Vereinigten Königreichs hinsichtlich des praktisch vollständigen Fehlens von tatsächlichen Angaben im Vorlagebeschluß überein, was es schwierig macht, dem nationalen Gericht eine Antwort zu geben, die der Entscheidung in dem Zwischenverfahren, das bei ihm anhängig ist, dienlich ist, auch wenn die

Kommission es übernommen hat, recht detaillierte Angaben zum Verfahren beizusteuern, die diesen Mangel zum großen Teil wettmachen.

27. Ganz klar ergibt sich gewiß aus dem Vorlagebeschluß, daß das nationale Gericht von Anfang an der Meinung ist, daß die Antragstellerin nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie 79/7 gehöre, es aber für möglich hält, daß der Gerichtshof eine erweiternde Auslegung dieses Begriffs vornehme, da die Antragstellerin Leistungen erbringe, die über eine normale Pflege im Rahmen der Ehe weit hinausgingen.

28. Es geht darum festzustellen, ob in Anbetracht der Merkmale des vorliegenden Falls eine Auslegung in dem Sinne vorzunehmen ist, daß Frau Züchner zur Erwerbsbevölkerung gehört. Nach Artikel 2 der Richtlinie 79/7, durch den ihr persönlicher Anwendungsbereich bestimmt wird, findet die Richtlinie Anwendung auf die Erwerbsbevölkerung — einschließlich der selbständigen Arbeitnehmer und Selbständigen, deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Unfall oder unverschuldete Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, und der Arbeitsuchenden — sowie auf die im Ruhestand befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer und Selbständigen.

29. Grundsätzlich ist der Begriff der Erwerbsbevölkerung, der sich in der Richtlinie findet, sehr weit gefaßt, wenn man ihn z. B. mit der Definition in Absatz 5 der Entschließung zu Statistiken über Erwerbsbevölkerung, Beschäftigung, Arbeitslosigkeit und Unterbeschäftigung [11] vergleicht.

Nach dieser Definition umfaßt die „Erwerbsbevölkerung" alle Personen beiderlei Geschlechts, die ihre Arbeitsleistung beisteuern, um Wirtschaftsgüter herzustellen und Dienstleistungen in der Wirtschaft zu erbringen, so wie diese nach den Systemen der volkswirtschaftlichen Gesamtrechnungen und Bilanzen der Vereinten Nationen definiert werden, und zwar während eines bestimmten Bezugszeitraums. Nach diesen Systemen schließt die Erzeugung von Wirtschaftsgütern und die Erbringung von Dienstleistungen in der Wirtschaft die gesamte Erzeugung und Bearbeitung von Grundstoffen — seien sie für den Markt, den Tauschhandel oder für den Eigenverbrauch bestimmt —, die Herstellung aller anderen Artikel und die Erbringung von Dienstleistungen für den Markt und — bei Haushalten, die für den Markt Artikel herstellen und Dienstleistungen erbringen — den Teil des Ergebnisses dieser Tätigkeit ein, der für den Eigenverbrauch bestimmt ist.

Nach Absatz 12 und 13 dieser Entschließung gehören Personen, die sich mit Arbeiten im Haushalt befassen, Personen im Ruhestand und Personen, die unter einer Krankheit oder Behinderung leiden, u. a. nicht zur „Erwerbsbevölkerung".

11 — Verabschiedet von der vom Verwaltungsrat der Internationalen Arbeitsorganisation nach Genf einberufenen dreizehnten Internationalen Konferenz der Arbeitsstatistiker, die vom 18. bis zum 29. Oktober 1982 getagt hat, Internationale Arbeitsorganisation, Genf 1983.

30. Vergleicht man die beiden Definitionen, so stellt man fest, daß anzunehmen ist, daß Arbeitnehmer und Selbständige, deren Tätigkeit durch eine Krankheit oder einen Unfall unterbrochen wird oder die unter einer Behinderung leiden, unter den Begriff der Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie 79/7 fallen, während sie, würde man sich an die Definition dieses Begriffs in der genannten Entschließung halten, nicht zur Erwerbsbevölkerung gehören würden.

31. Es ist nicht das erste Mal, daß der Gerichtshof zu entscheiden hat, ob ein Fall, der auf ersten Blick als Grenzfall erscheint, in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fällt. So hat er, als er in seinem Urteil Drake [12] die Vorabentscheidungsfragen beantwortete, die der Chief Social Security Commissioner vorgelegt hatte, um beurteilen zu können, ob eine nationale Rechtsvorschrift, die die Voraussetzungen für die Gewährung einer Leistung für die Pflege einer behinderten Person festlegt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, folgendes festgestellt:

„Nach Artikel 2 ist der Begriff der ‚Erwerbsbevölkerung', der den Geltungsbereich der Richtlinie bestimmt, weit gefaßt und schließt die Selbständigen, [die Arbeitnehmer oder Selbständigen,] deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Unfall oder unverschuldete Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, und [die] Arbeitsuchenden ... sowie ... die im Ruhestand befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer und Selbständigen ein. Diese Bestimmung beruht auf dem Gedanken, daß eine Person, deren Erwerbstätigkeit durch eines der in Artikel 3 aufgeführten Risiken unterbrochen worden ist, zur Erwerbsbevölkerung gehört. In dieser Lage befindet sich die Klägerin, die ihre Beschäftigung nur wegen eines der in Artikel 3 aufgeführten Risiken, nämlich der Invalidität ihrer Mutter, aufgegeben hat. Sie ist somit als zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie gehörend anzusehen." Die Klägerin, die verheiratet war und mit ihrem Ehemann zusammenlebte, hatte viele Jahre lang verschiedene Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigungen ausgeübt, bis ihre schwerbehinderte Mutter zu ihr zog, worauf die Klägerin ihre Arbeit aufgab, um ihre Mutter zu betreuen.

32. Der Gerichtshof hat im Urteil Johnson [13] entschieden, daß eine Person, die ihre Erwerbstätigkeit aufgegeben hat, um sich um die Erziehung ihrer Kinder zu kümmern, nicht als Arbeitnehmer, dessen Erwerbstätigkeit durch den Eintritt eines der in der Richtlinie aufgezählten Risiken unterbrochen wurde, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fällt, da dieser Umstand nicht zu den in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie genannten Risiken gehört; er hat jedoch hinzugefügt, daß diese Person als in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallend angesehen werden kann, und zwar als Arbeitsuchender, dem der Eintritt eines dieser Risiken die Fortsetzung der Arbeitsuche unmöglich macht, da es, um zur Erwerbsbevölkerung im Sinne von Artikel 2 der Richtlinie zu zählen, genügt, wenn der Betroffene Arbeitsuchender ist, wobei es keiner Unterscheidung nach dem Grund, aus dem er eine frühere Beschäftigung aufgegeben, ja nicht einmal danach, ob er früher eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, bedarf.

Der Gerichtshof ist der Ansicht, daß der Betroffene nachweisen muß, daß er sich im Zeitpunkt des Eintritts eines dieser Risiken

12 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 22.

13 — Zitiert in Fußnote 8, Randnrn. 19 bis 22.

auf Arbeitsuche befand, und daß es Sache des innerstaatlichen Gerichts ist, festzustellen, ob sich der Betroffene tatsächlich auf Arbeitsuche befand, als bei ihm eines der in der Richtlinie aufgezählten Risiken eintrat, wobei namentlich zu prüfen ist, ob er sich bei einer Stelle gemeldet hat, die mit der Bearbeitung von Stellenangeboten oder der Hilfe für Arbeitsuchende befaßt ist, ob er Bewerbungsschreiben an Arbeitgeber gesandt hat und ob Bescheinigungen von Unternehmen vorliegen, wonach er zu Einstellungsgesprächen erschienen ist.

33. In den Urteilen Nolte und Megner [14] stellte sich die Frage, ob Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, daß bestimmte nationale Rechtsvorschriften, die Beschäftigungen von regelmäßig weniger als 15 Stunden in der Woche und einem Arbeitsentgelt, das regelmäßig ein Siebtel der monatlichen Bezugsgröße nicht übersteigt, von der Versicherungspflicht in den Systemen der gesetzlichen Krankenversicherung und Rentenversicherung ausnehmen, oder Beschäftigungen, die der Natur der Sache nach auf regelmäßig weniger als 18 Stunden in der Woche beschränkt zu sein pflegen oder im voraus durch einen Arbeitsvertrag beschränkt sind, von der Beitragspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosenversicherung ausnehmen, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen, wenn hiervon erheblich mehr Frauen als Männer betroffen sind und wenn diese Regelungen nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sind, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben.

14 — Urteile vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-317/93 (Nolte, Slg. 1995, I-4625) und in der Rechtssache C-444/93 (Megner u. a., Slg. 1995, I-4741).

Bevor der Gerichtshof in die Prüfung dieser Frage eintrat, befaßte er sich mit dem Problem, ob Personen, die eine geringfügige Beschäftigung mit den beschriebenen Merkmalen ausüben, zur Erwerbsbevölkerung gemäß Artikel 2 der Richtlinie 79/7 gehören. In diesem Zusammenhang hat er festgestellt, daß die Tatsache, daß das Einkommen eines Arbeitnehmers nicht seinen ganzen Lebensunterhalt deckt, ihm die Eigenschaft eines Erwerbstätigen nicht nimmt und daß eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis, deren Bezahlung unter dem Existenzminimum liegt [15] oder bei der die normale Arbeitszeit 18 Stunden pro Woche [16] oder 12 Stunden pro Woche [17] oder selbst 10 Stunden pro Woche [18] nicht übersteigt, nach der Rechtsprechung nicht daran hindert, die Person, die diese Tätigkeit ausübt, — je nach Lage des Falles — als Arbeitnehmer im Sinne der Artikel 48 oder 119 EG-Vertrag oder im Sinne der Richtlinie 79/7 anzusehen. Der Gerichtshof fügt hinzu, daß der Umstand, daß einige dieser Urteile nicht das Sozialversicherungsrecht betreffen und sich nicht auf die Auslegung des Artikels 2 der Richtlinie 79/7 beziehen, diese Feststellung nicht in Frage stellen kann, da in den zitierten Entscheidungen der Begriff des Arbeitnehmers im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz verdeutlicht wird [19].

34. Ebenso stellt der Gerichtshof in dem vor kurzem erlassenen Urteil Posthuma-van Damme [20] fest, daß der Begriff der Erwerbsbevölkerung sehr weit ist, da er alle Arbeitnehmer und Selbständigen einschließlich der Arbeitsuchenden umfaßt, und daß eine

15 — Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81 (Levin, Slg. 1982, 1035, Randnrn. 15 und 16).

16 — Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-102/88 (Ruzius-Wilbrink, Slg. 1989, 4311, Randnrn. 7 und 17).

17 — Urteil vom 3. Juni 1986 in der Rechtssache 139/85 (Kempf, Slg. 1986, 1741, Randnrn. 2 und 16).

18 — Urteil Rinner-Kühn, zitiert in Fußnote 6, Randnr. 16.

19 — Zitiert in Fußnote 13, Randnrn. 19 und 21 bzw. 18 und 20.

20 — Urteil vom 1. Februar 1996 in der Rechtssache C-280/94 (Posthuma-van Damme, Slg. 1996, I-179, Randnr. 20).

Person, die während des Jahres vor dem Beginn ihrer Arbeitsunfähigkeit nicht ein gewisses Einkommen aus oder im Zusammenhang mit einer Berufstätigkeit erzielt hat, nicht zwangsläufig dem persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 entzogen ist.

35. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob Frau Züchner zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie 79/7 gehört, ist meines Erachtens aber das Urteil, das der Gerichtshof in der Rechtssache Achterberg-te Riele erlassen hat [21], in dem er Vorabentscheidungsfragen des Raad van Beroep Utrecht beantwortet hat, mit denen dieses Gericht feststellen wollte, ob Artikel 2 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, daß er auf Personen, die keine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und nicht auf der Suche nach einem Arbeitsplatz sind, sowie auf Personen anwendbar ist, die eine nicht durch eines der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie genannten Risiken unterbrochene Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und nicht auf der Suche nach einem Arbeitsplatz sind.

Der Gerichtshof hat diese Fragen aufgrund der folgenden Argumentation verneint:

„Der persönliche Anwendungsbereich der Richtlinie wird in Artikel 2 festgelegt, wonach diese auf die Erwerbsbevölkerung, die Arbeitsuchenden sowie die Arbeitnehmer Anwendung findet, deren Erwerbstätigkeit durch eines der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a aufgezählten Risiken, nämlich Krankheit, Invalidität, Alter, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, Arbeitslosigkeit, unterbrochen worden ist."

„Wenn die Richtlinie gemäß ihrem Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a auch auf die gesetzlichen Systeme Anwendung findet, die Schutz gegen Alter bieten, und es in den Ausgangsrechtsstreitigkeiten um ein derartiges System geht, so betrifft sie doch gemäß ihren Artikeln 2 und 3 nur Personen, die zu dem Zeitpunkt, in dem sie Anspruch auf eine Altersrente erwerben, arbeiten oder deren Erwerbstätigkeit zuvor durch eines der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a genannten Risiken unterbrochen wurde."

Daraus folgert der Gerichtshof, daß die „Richtlinie ... nicht auf Personen anwendbar [ist], die dem Arbeitsmarkt niemals zur Verfügung standen oder ihm nicht mehr zur Verfügung stehen, ohne daß der Grund dafür im Eintritt eines der in der Richtlinie genannten Risiken liegt" [22].

36. Sowohl aus der Definition in Artikel 2 der Richtlinie 79/7 als auch aus der zitierten Rechtsprechung ist zu entnehmen, daß es dafür, daß eine Person als Angehöriger der Erwerbsbevölkerung im Sinne dieser Richtlinie angesehen werden kann, erforderlich ist, daß es sich entweder um einen Arbeitnehmer oder einen Selbständigen handelt, dessen Erwerbstätigkeit dadurch unterbrochen worden ist, daß in seiner Person oder — in bestimmten Fällen — bei einem Dritten eines der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a aufgezählten Risiken eingetreten ist, oder aber um eine Person, die Arbeit sucht und deren Suche aus den gleichen Gründen unterbrochen worden ist.

Es ist bekannt, daß der Gerichtshof den Begriff der Erwerbsbevölkerung insoweit

21 — Urteil vom 27. Juni 1989 in den verbundenen Rechtssachen 48/88, 106/88 und 107/88 (Achterberg-te Riele u. a., Slg. 1989, 1963).

22 — A. a. O., Randnrn. 9 bis 11.

immer weit ausgelegt hat, als er annimmt, daß die Richtlinie auch auf diejenigen anwendbar ist, die ihre berufliche Tätigkeit oder die Arbeitsuche deshalb unterbrochen haben, weil eines der genannten Risiken bei einer anderen Person eingetreten ist. Ich weise jedoch darauf hin, daß er — meines Erachtens zu Recht — bei der Entscheidung, ob die betreffende Person zur Erwerbsbevölkerung gehört, zu keinem Zeitpunkt das Erfordernis hat fallen lassen, daß es sich um einen Arbeitnehmer oder Selbständigen oder einen Arbeitsuchenden handelt, d. h. um jemanden, der auf dem Arbeitsmarkt verfügbar ist oder ernsthaft beabsichtigt, sich diesem Markt zur Verfügung zu stellen.

37. Ich habe bereits ausgeführt, daß aus den Unterlagen, die sich in den Akten befinden, nicht zu entnehmen ist, daß die Antragstellerin eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hätte, die sie aufgegeben hätte, um ihren Ehemann zu pflegen, noch daß sie aktiv einen Arbeitsplatz gesucht hätte. In ihren Erklärungen trägt sie vor, zwar habe sie nicht auf eine berufliche Tätigkeit verzichten müssen, um ihren behinderten Ehemann zu pflegen, Tatsache sei aber, daß sie keine Tätigkeit habe ausüben können, und es dürfte kein Unterschied darin liegen, daß jemand eine Tätigkeit aufgebe, um einen Behinderten zu pflegen, oder eine berufliche Tätigkeit nicht aufnehmen könne, weil der Umfang und die Intensität der Pflege, die diese Person benötige, die ganze Zeit des Betroffenen in Anspruch nehme.

38. Ich kann dieser Auffassung der Antragstellerin nicht beipflichten. Meines Erachtens gibt es zwischen den beiden Fallgestaltungen einen grundlegenden Unterschied, der darin besteht, daß es sich in dem ersten Fall um eine Arbeitnehmerin oder Selbständige gehandelt hätte, die den Arbeitsmarkt verlassen hätte, um ihren Ehemann zu pflegen, während es sich in dem zweiten um jemanden handelt, der nicht einmal auf diesem Markt verfügbar war und dies auch nicht beabsichtigte. Es handelt sich also nicht um zwei Fallgestaltungen, die hinsichtlich der Anwendung des Gemeinschaftsrechts gleichgestellt werden könnten. Wie der Gerichtshof im Urteil Achterberg-te Riele [23] ausgeführt hat, bezwecken nämlich Artikel 119 EWG-Vertrag sowie die Richtlinie 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes gleichen Entgelts für Männer und Frauen [24] und die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen [25] (im folgenden: Richtlinie 76/207), in deren Rahmen sich die Richtlinie 79/7 einfügt, die Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht allgemein, sondern nur in ihrer Eigenschaft als Arbeitnehmer.

39. Meines Erachtens muß man beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts zu dem Ergebnis gelangen, daß die Antragstellerin nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Anwendung der Richtlinie 79/7 gehört, da sie, um ihren behinderten Ehemann zu pflegen, weder eine von ihr ausgeübte berufliche Tätigkeit aufgegeben, noch die Arbeitsuche unterbrochen hat, wobei es in diesem Zusammenhang unerheblich ist, daß die Antragstellerin Leistungen erbringt, die über die normale Pflege im Rahmen der Ehe weit hinausgehen. Ich bin nämlich — ebenso wie

23 — A. a. O., Randnr. 12.

24 — Richtlinie 75/117 des Rates vom 10. Februar 1975 (ABl. L 45, S. 19).

25 — Richtlinie 76/207 des Rates vom 9. Februar 1976 (ABl. L 39, S. 40).

der Gerichtshof bereits im Urteil Hofmann [26] in bezug auf die Richtlinie 76/207 festgestellt hat — der Auffassung, daß auch die Richtlinie 79/7 nicht die internen Verhältnisse der Familie regeln oder die Aufgabenverteilung zwischen den Ehepartnern ändern soll.

40. In Anbetracht der von mir vorgeschlagenen Antwort auf die erste Frage braucht meines Erachtens keine der weiteren Fragen geprüft zu werden. Für den Fall, daß der Gerichtshof mit mir nicht einer Meinung sein sollte, werde ich in der Folge die zweite, die dritte, die vierte und den ersten Teil der fünften Vorabentscheidungsfrage prüfen, da der zweite Teil der letztgenannten Frage sich auf Probleme der Auslegung des innerstaatlichen Rechts bezieht, deren Prüfung nicht Sache des Gerichtshofes ist.

Zur zweiten Vorabentscheidungsfrage

41. Die zweite Vorabentscheidungsfrage des nationalen Gerichts geht dahin, ob die Antragstellerin als Frau im Sinne der Richtlinie durch eine nationale Vorschrift diskriminiert wird, wonach der Anspruch eines Versicherten auf häusliche Krankenpflege zu Lasten der Krankenkasse in Form von Sachleistungen oder als Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das der Kranke sich beschafft hat, nur besteht, soweit eine im Haushalt lebende Person den Kranken in dem erforderlichen Umfang nicht pflegen und versorgen kann.

26 — Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 183/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 24).

42. Das vorlegende Gericht selbst führt bereits aus, daß es eine Diskriminierung nicht für gegeben halte, da die betroffene nationale Vorschrift nicht nach dem Geschlecht unterscheide; auch wenn diese Vorschrift eine erheblich größere Anzahl von Frauen als von Männern betreffe, sei sie durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun hätten, weil sie auf der Einbindung der Hilfsperson in den Haushalt beruhten, wie sie in weiten Bereichen der Bevölkerung immer bei der Ehefrau zu finden sei; diese Vorschrift gelte für alle Pflegepersonen und für alle Kranken, welchen Geschlechts und welchen Familienstands sie auch seien, und schließlich würden der Antragstellerin nicht unter Verstoß gegen Artikel 4 der Richtlinie Leistungen versagt, die ein (verheirateter) Mann in der gleichen Lage erhalten hätte.

43. Die Antragstellerin trägt vor, es seien in erster Linie die weiblichen Familienangehörigen benachteiligt, wenn die Krankenkasse sich weigere, Sachleistungen zu gewähren oder dem Versicherten die Kosten zu erstatten, die durch das Personal verursacht würden, daß der Versicherte sich selbst beschaffe — diese Möglichkeit sei in § 37 Absatz 4 SGB V vorgesehen —, wenn dieses Personal zu seiner Familie gehöre, da ein Mann verpflichtet sei, den Unterhalt der Familie zu bestreiten, und aus beruflichen Gründen daran gehindert sei, einen kranken Familienangehörigen zu pflegen. Außerdem habe sie durch die Pflege ihres Ehemanns nicht nur auf eine Beschäftigung verzichtet, sondern auch keine eigenen Rentenansprüche erworben und stehe nun mit einer Altersrente da, die so niedrig sei, daß sie für den Rest ihres Lebens auf Sozialhilfe angewiesen sei;

dadurch daß sie die häusliche Pflege übernommen habe, die andernfalls zu Lasten der Antragsgegnerin gegangen seien, sei eine ungerechtfertigte Bereicherung der Antragsgegnerin eingetreten.

44. Die Antragsgegnerin trägt vor, die streitige nationale Vorschrift schaffe keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, es sei nicht dargetan worden, daß der von der Antragstellerin beschriebene Sachverhalt eine größere Anzahl von Männern als von Frauen erfasse, und diese nationale Vorschrift sei eine Ausprägung der sich aus dem Familienrecht ergebenden Unterstützungspflicht, die dem moralischen Anstand entspringe.

45. Die deutsche Regierung führt aus, falls eine Diskriminierung vorliegen sollte, könnte es sich nur um eine mittelbare Diskriminierung von Frauen handeln, wobei nachzuweisen bliebe, daß die streitige Vorschrift eine größere Zahl von Frauen als von Männern betreffe, ohne objektiv gerechtfertigt zu sein.

Da Inhaber des Leistungsanspruchs nach § 37 SGB V der Versicherte sei, könne auch nur er sich als durch die streitige nationale Vorschrift benachteiligt ansehen und nicht seine Familienangehörigen. Es handele sich um eine Regelung, die nicht nach dem Geschlecht der Person unterscheide, die die häusliche Pflege durchführe, sondern zwischen den Versicherten, die mit anderen Personen zusammenlebten, die sie pflegen könnten, und die deshalb das Recht, daß die Leistung zu Lasten der Krankenkasse gehe, nicht in Anspruch nehmen könnten, einerseits und denjenigen, die entweder allein oder aber mit anderen Personen lebten, die nicht in der Lage seien, sie zu pflegen, andererseits. In allen diesen Fällen könnten die Versicherten sowohl Männer als auch Frauen sein. Die Antragstellerin habe weder dargetan, daß sie durch die Anwendung der in Frage stehenden nationalen Vorschrift benachteiligt werde, noch daß es sich bei den Versicherten, denen der Anspruch auf häusliche Krankenpflege verweigert werde, in der Mehrzahl um Männer handele.

46. Die Kommission trägt vor, es sei davon auszugehen, daß die nationale Vorschrift, da sie nicht zwischen Männern und Frauen differenziere, keine unmittelbare Diskriminierung darstelle. Sie fiele jedoch in die Kategorie der mittelbaren Diskriminierung, wenn nachgewiesen würde, daß sie einen höheren Prozentsatz von Frauen als von Männern benachteilige, es sei denn, daß die Maßnahme durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten.

In diesem Zusammenhang führt die Kommission aus, gegenwärtig würden von den für ihre körperliche Versorgung hilfeabhängig gewordenen älteren und alten Menschen, die in Privathaushalten lebten, mehr als 90 % durch Angehörige versorgt und es seien hier signifikant mehr Frauen als Männer, die die Hauptverantwortung für die regelmäßige

Betreuung dieser Personen übernähmen[27]. Auf der Grundlage dieser Information gelangt sie zu der Schlußfolgerung, daß die Anwendung der in Frage stehenden nationalen Vorschrift eine Ungleichbehandlung darstelle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes könne eine Ungleichbehandlung jedoch gerechtfertigt sein, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dienten, um dessen Rechtsvorschriften es gehe, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich seien[28].

Die Kommission erkennt zwar an, daß es Sache des nationalen Gerichts sei, darüber zu entscheiden, ob eine mittelbar diskriminierende Regelung objektiv gerechtfertigt werden könne, nimmt aber zu einigen möglichen Rechtfertigungsgründen in diesem Fall Stellung, um dem Gericht einige für es zweckdienliche Hinweise zu geben, wobei sie darauf hinweist, daß es sich um eine Praxis handele, der der Gerichtshof in seinen Urteilen zuweilen gefolgt sei[29].

47. Sie ist der Auffassung, daß die Benachteiligung der Familienangehörigen aufgrund der Anwendung der streitigen deutschen Vorschrift nicht durch den Vorteil ausgeglichen werden könne, den Ehegatten oder Kinder mit einem geringen eigenem Einkommen dadurch hätten, daß sie beitragsfrei in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert seien. Es sei mit Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 unvereinbar, innerhalb eines Systems der sozialen Sicherheit Nachteile bei einer Leistung mit Vorteilen bei einer anderen Leistung auszugleichen. Außerdem könnten sowohl die Überlegung, durch Leistungsbegrenzungen die Funktionsfähigkeit eines Versicherungssystems zu sichern, wie auch Haushaltserwägungen sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats zwar zugrunde liegen, sie stellten aber als solche kein mit dieser Politik verfolgtes Ziel dar und könnten daher eine Entscheidung zum Nachteil eines Geschlechts nicht rechtfertigen.

48. Die Kommission schlägt vor, auf die zweite Frage zu antworten, daß Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen sei, daß er einer nationalen Regelung entgegenstehe, nach der ein Versicherter nur dann häusliche Pflegeleistungen erhalten könne, wenn es keine im Haushalt lebende Person gebe, die ihn im erforderlichen Umfang pflegen und betreuen könne, sofern diese Regelung wesentlich mehr Frauen als Männer treffe, es sei denn, diese Regelung sei durch objektive Faktoren gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten.

49. Sofern der Gerichtshof angenommen haben sollte, daß die Antragstellerin zur Erwerbsbevölkerung gehört, kann er in die Prüfung der Frage eintreten, ob sie als Frau im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 diskriminiert worden ist; diese Vorschrift verbietet im Bereich der sozialen Sicherheit jegliche unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des

27 — Die Kommission zitiert diese Daten aus dem Fünften Familienbericht — Familien und Familienpolitik im geeinten Deutschland: Zukunft des Humanvermögens, BT-Drs. 12/7560, S. 191 f.

28 — Urteile vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks, Slg. 1994, I-571, Randnr. 34) und vom 19. November 1992 in der Rechtssache C-226/91 (Molenbroek, Slg. 1992, I-5943, Randnr. 13).

29 — Die Kommission zitiert das Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 14) und die in den Fußnoten 7 bzw. 28 zitierten Urteile Rinner-Kühn, Randnr. 14 und Roks, Randnr. 35.

Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im besonderen betreffend den Anwendungsbereich der Systeme der sozialen Sicherheit und die Bedingungen für den Zugang zu diesen Systemen.

50. In dieser Hinsicht stimme ich mit dem Gericht, das die Vorlagefrage stellt, in der Auffassung überein, daß sich schon von Anfang an das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung ausschließen läßt, da die streitige nationale Vorschrift nicht nach dem Geschlecht differenziert, und bin der Meinung, daß man in bezug auf das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung zu demselben Ergebnis gelangen muß.

51. Es gibt keinen Zweifel daran, daß die häusliche Krankenpflege, die der Versicherte zu Lasten der Krankenkasse beanspruchen kann, zu dem gesetzlichen System gehört, das in der Bundesrepublik Deutschland Schutz gegen die in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 aufgezählten Risiken Krankheit und/oder Invalidität bietet, und daß diese Leistungen aus diesem Grund in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

Der Gerichtshof hat nämlich im Urteil Drake [30] bereits festgestellt, daß die Mitgliedstaaten auf verschiedene Weise Schutz gegen die Folgen des Risikos der Invalidität gewähren können, indem sie z. B. wie im vorliegenden Fall die Zahlung von zwei verschiedenen Leistungen vorsehen, von denen die eine dem Behinderten selbst und die andere der Person gezahlt wird, die seine Betreuung übernimmt, oder dadurch zum gleichen Ergebnis gelangen, daß sie dem Behinderten eine Leistung mit einem höheren Betrag zahlen; der Gerichtshof hat hinzugefügt: „Um sicherzustellen, daß die schrittweise Verwirklichung des in Artikel 1 genannten und in Artikel 4 der Richtlinie 79/7 verdeutlichten Grundsatzes der Gleichbehandlung in der gesamten Gemeinschaft harmonisch erfolgt, ist Artikel 3 Absatz 1 deshalb dahin auszulegen, daß er alle Leistungen umfaßt, die im weiten Sinne zu einem der dort genannten gesetzlichen Systeme gehören oder unter eine Sozialhilferegelung fallen, die ein solches System ergänzen oder ersetzen soll."

52. Es ist zu berücksichtigen, daß — worauf Generalanwalt Darmon in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Roks zu Recht hingewiesen hat [31] — „durch die Richtlinie [79/7] nicht das Funktionieren der Systeme der sozialen Sicherheit geregelt ... werden [soll] ... Die Richtlinie soll nach der Formulierung in Artikel 1 sicherstellen, ‚daß auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und der sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung im Sinne von Artikel 3 der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit ... schrittweise verwirklicht wird'", und daß — wie der Gerichtshof in demselben Urteil betont hat [32] — die „Richtlinie 79/7 ... die Zuständigkeit unberührt [läßt], die die Artikel 117 und 118 EWG-Vertrag den Mitgliedstaaten dafür zuerkennen, im Rahmen einer von der Kommission organisierten engen Zusammenarbeit ihre Sozialpolitik und somit die Art und das Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen auch im Bereich der sozialen Sicherheit sowie die konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung festzulegen".

30 — Zitiert in Fußnote 5, Randnr. 23.

31 — Urteil zitiert in Fußnote 28, Nr. 41 der Schlußanträge.

32 — A. a. O., Randnr. 28.

53. Die Mitgliedstaaten sind folglich sowohl bei der Regelung des Funktionierens ihrer Systeme der sozialen Sicherheit als auch bei der Festlegung von Art und Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen wie auch der konkreten Einzelheiten der Durchführung dieser Maßnahmen frei, sofern nur nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstoßen wird.

Wie bereits zu sehen war, ist der Schutz gegen die Risiken Krankheit und/oder Invalidität im deutschen System der sozialen Sicherheit dadurch gekennzeichnet, daß erstens — anders als in dem im Urteil Drake [33] geprüften britischen System — bestimmt ist, daß — wenn von der Krankenkasse keine Sachleistungen gewährt werden — Inhaber des Anspruchs auf Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das er sich für seine Pflege beschafft hat, in allen Fällen der Versicherte ist, und — zweitens — daß der Anspruch des Versicherten sowohl auf die Sachleistung als auch auf diese Erstattung wegfällt, wenn er mit einer anderen Person zusammenlebt, die ihn in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen kann.

54. Meiner Meinung nach verwehren die Vorschriften der Richtlinie 79/7 beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts und in Anbetracht der zitierten Rechtsprechung es einem Mitgliedstaat nicht, den Schutz gegen die Risiken Krankheit und/oder Invalidität in seinem System der sozialen Sicherheit in der Weise auszugestalten, daß — wenn keine Sachleistungen zu Lasten der Krankenkasse erbracht werden — Inhaber des Anspruchs auf Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das der Betroffene sich selbst beschafft hat, in allen Fällen der Versicherte ist. Es bleibt noch zu prüfen, ob die Vorschriften dieser Richtlinie, konkret Artikel 4, dem entgegenstehen, daß diesem Versicherten nach innerstaatlichem Recht der Anspruch darauf verwehrt wird, sowohl die Sachleistung als auch gegebenenfalls die Erstattung der Kosten zu erhalten, wenn er mit einer anderen Person zusammenlebt, die ihn pflegen kann.

55. Nach ständiger Rechtsprechung steht Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 der Anwendung einer nationalen Maßnahme entgegen, die zwar neutral formuliert ist, tatsächlich aber einen wesentlich höheren Prozentsatz Frauen als Männer benachteiligt, sofern diese Maßnahme nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [34].

56. Sowohl die Antragstellerin als auch die Kommission machen geltend, daß es sich um eine Vorschrift handele, durch die eine mittelbare Diskriminierung geschaffen werde, weil sie mehr Frauen als Männer benachteilige, da die Personen, die mit einem Behinderten zusammenlebten und in der Lage seien, ihn zu pflegen, in der Mehrzahl weiblichen Geschlechts seien. Ich will nicht bestreiten, daß sie, was die zweite Feststellung angeht, recht haben, kann ihnen aber nicht zustimmen, was die erste Feststellung angeht.

33 — Zitiert in Fußnote 5.

34 — Siehe als neueste Entscheidungen die Urteile Nolte und Megner, zitiert in Fußnote 14, Randnrn. 28 und 24, und Posthuma-van Damme, zitiert in Fußnote 20, Randnr. 24.

57. Mit Rücksicht darauf, daß die Richtlinie 79/7 die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit bezweckt, kann ich nämlich feststellen, daß die streitige nationale Vorschrift, die zu einem der in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie genannten gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit gehört, diejenigen, die mit einem Behinderten zusammenleben und die ihn in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen können, in ihren Rechten im Rahmen der sozialen Sicherheit nicht beeinträchtigt.

Aus diesem Grund kann eine Vorschrift dieses Inhalts keine diskriminierende Auswirkungen erzeugen, auch wenn in der gegenwärtigen Gesellschaft mehr Frauen als Männer einen kranken Familienangehörigen pflegen.

58. In einem System mit derartigen Merkmalen können benachteiligt nur die Versicherten sein, denen das Recht auf häusliche Krankenpflege verwehrt wird, wenn sie mit jemandem zusammenleben, der sie pflegen kann. Um zu belegen, daß die Anwendung der streitigen Vorschrift einen viel höheren Prozentsatz von Frauen in ihren Rechten im Bereich der sozialen Sicherheit beeinträchtigt, wäre meines Erachtens nachzuweisen, daß die kranken oder behinderten Versicherten, die mit jemand zusammenleben, der sie pflegen kann, und nicht die Personen, die sie betreuen, mehrheitlich dem weiblichen Geschlecht angehören. Nur in diesem Fall wäre eine nationale Vorschrift wie diejenige, die Gegenstand der Prüfung ist, diskriminierend im Sinne der Richtlinie 79/7.

59. Die Antragstellerin macht außerdem geltend, sie sei Opfer einer Diskriminierung, da der Umstand, daß sie sich der Pflege ihres Ehemanns gewidmet habe, sie daran gehindert habe, eine berufliche Tätigkeit auszuüben.

Meines Erachtens ist auch nicht davon auszugehen, daß die streitige nationale Vorschrift gegen die Richtlinie 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstößt, soweit dieser — u. a. — den Zugang zur Beschäftigung betrifft. Diese Vorschrift zwingt nämlich niemanden, eine Beschäftigung aufzugeben, um für einen Kranken oder einen Behinderten, mit dem er zusammenlebt, zu sorgen, noch hindert sie jemanden daran, eine Beschäftigung zu suchen und eine berufliche Tätigkeit auszuüben, da sie das Recht auf häusliche Krankenpflege in Form von Sachleistungen oder Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das der Kranke sich selbst beschafft hat, nicht jedem Versicherten, der mit anderen Personen zusammenlebt, sondern nur demjenigen verwehrt, der mit Personen zusammenlebt, die in der Lage sind, ihn in dem erforderlichen Umfang zu pflegen und zu versorgen.

60. Ich bin daher der Meinung, daß eine nationale Vorschrift, die einem Versicherten das Recht auf häusliche Krankenpflege zu Lasten der Krankenkasse in Form von Sachleistungen oder als Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das er sich selbst beschafft hat, verwehrt, wenn dieser Versicherte, der der einzige Inhaber dieses Rechts ist, mit einer anderen Person zusammenlebt, die ihn in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen kann, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 79/7 darstellt.

Zur dritten Vorabentscheidungsfrage

61. Meines Erachtens ist davon auszugehen, daß das vorlegende Gericht mit der dritten Frage feststellen möchte, ob die Antragstellerin, die nicht bei der Antragsgegnerin versichert ist, sich auf die Richtlinie 79/7 berufen kann oder aber ob dies nur ihr Ehemann als Versicherungsnehmer kann.

62. Es handelt sich um eine Frage, die in der Rechtsprechung bereits beantwortet worden ist. Im Urteil Verholen [35], in dem es darum ging, ob sich der einzelne auf die Richtlinie 79/7 berufen kann, wenn ihn die Folgen einer nationalen Vorschrift treffen, durch die seine Ehefrau diskriminiert wird, wenn diese sich selbst nicht am Verfahren beteiligen kann, wird festgestellt, daß „das Recht, sich auf die Richtlinie 79/7 zu berufen, nicht auf diejenigen beschränkt ist, die in den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie fallen, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß andere Personen ein unmittelbares Interesse daran haben können, daß das Diskriminierungsverbot zugunsten der geschützten Personen beachtet wird". Weiter heißt es dort, daß es zwar grundsätzlich Sache des nationalen Rechts ist, die Klagebefugnis und das Rechtsschutzinteresse des einzelnen zu bestimmen, daß das Gemeinschaftsrecht jedoch verlangt, daß die nationalen Rechtsvorschriften das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz nicht beeinträchtigen [36] und daß die Anwendung der nationalen Rechtsvorschriften nicht dazu führt, daß sie die Ausübung der Rechte, die die Gemeinschaftsrechtsordnung einräumt, praktisch unmöglich macht [37]. Durch das Urteil wurde die Vorlagefrage bejaht, jedoch unter der Voraussetzung, daß die diskriminierte Ehefrau selbst in den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fällt.

63. Im Urteil Roks [38] antwortete der Gerichtshof dem Raad van Beroep 's Hertogenbosch, der u. a. fragte, ob sich nur Personen, die in den in Artikel 2 der Richtlinie 79/7 festgelegten persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, bei Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung mit Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie vor den nationalen Gerichten auf diese Bestimmung berufen können, um die Anwendung der nationalen Regelung zu verhindern, oder aber alle durch die nationale Regelung betroffenen Personen, selbst wenn sie nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fallen.

In diesem Urteil stellt der Gerichtshof fest, daß sich Personen, die nicht in den persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 fallen, nicht auf Artikel 4 Absatz 1 dieser Richtlinie berufen können, selbst wenn sie von einem nationalen System der sozialen Sicherheit erfaßt werden, das in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, und antwortet, daß „sich nur Personen, die in den in Artikel 2 der Richtlinie 79/7 festgelegten persönlichen Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, und Personen, die durch

35 — Zitiert in Fußnote 9, Randnr. 23.

36 — Urteile vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 17) und vom 15. Oktober 1987 in der Rechtssache 222/86 (Heylens, Slg. 1987, 4097, Randnr. 14).

37 — Urteil vom 9. November 1983 in der Rechtssache 199/82 (San Giorgio, Slg. 1983, 3595, Randnr. 14).

38 — Zitiert in Fußnote 28, Randnr. 41.

die Auswirkungen einer nationalen Regelung betroffen sind, durch die eine andere Person diskriminiert wird, die ihrerseits in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, bei Unvereinbarkeit einer nationalen Regelung mit Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie vor den nationalen Gerichten auf diese Bestimmung berufen können, um die Anwendung der nationalen Regelung zu verhindern".

64. In Anbetracht dieser Rechtsprechung wird die Antwort auf diese Frage in vollem Umfang davon abhängen, welche Antwort der Gerichtshof auf die erste Vorlagefrage gegeben hat, da — wenn er entscheidet, daß die Antragstellerin nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie 79/7 gehört — weder sie noch ihr Ehemann sich auf die Richtlinie berufen kann, um die Anwendung einer angeblich diskriminierenden nationalen Regelung zu verhindern. Wenn dagegen dahin zu entscheiden wäre, daß die Antragstellerin zur Erwerbsbevölkerung gehört, kann entweder sie oder ihr Ehemann sich auf die Richtlinie 79/7 berufen, um die Anwendung dieser nationalen Vorschrift zu verhindern.

Zur vierten und zum ersten Teil der fünften Vorabentscheidungsfrage

65. Meines Erachtens möchte das vorlegende Gericht mit Hilfe dieser Fragen feststellen, ob die Antragsgegnerin als Staatsorgan haften würde, und wenn ja, welcher Art ihre Haftung wäre, falls sich erweist, daß die streitige nationale Vorschrift zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 79/7 führt.

66. Bei der Prüfung der auf diese Weise neu formulierten Fragen muß ich davon ausgehen, daß es sich bei der Haftung, von der das vorlegende Gericht spricht, um die Haftung des Staates für Schäden handelt, die den einzelnen durch Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, die dem Staat zuzurechnen sind, und daß anzunehmen ist, daß die Antragsgegnerin, die Handelskrankenkasse (Ersatzkasse) Bremen, unter dem Begriff des Staates im weiteren Sinn fällt.

67. Der Gerichtshof hat im Urteil Francovich [39] bereits festgestellt, daß die volle Wirksamkeit der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen beeinträchtigt und der Schutz der durch sie begründeten Rechte gemindert wäre, wenn der einzelne nicht die Möglichkeit hätte, für den Fall eine Entschädigung zu erlangen, daß seine Rechte durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht verletzt werden, der einem Mitgliedstaat zuzurechnen ist, und daß der Grundsatz einer Haftung des Staates für Schäden, die dem einzelnen durch dem Staat zurechenbare Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht entstehen, aus dem Wesen der durch den Vertrag geschaffenen Rechtsordnung folgt.

In diesem Urteil hat der Gerichtshof hinzugefügt:

„Verstößt ein Mitgliedstaat ... gegen seine Verpflichtung aus Artikel 189 Absatz 3 EWG-Vertrag, alle erforderlichen Maßnahmen zur Erreichung des durch eine Richtlinie vorgeschriebenen Ziels zu erlassen, so verlangt die volle Wirksamkeit dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelung einen Entschädigungsanspruch, wenn drei Voraussetzungen erfüllt sind. Erstens muß das

39 — Urteil vom 19. November 1991 in den verbundenen Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (Francovich, Slg. 1991, I-5357, Randnrn. 33 und 35).

durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an einzelne beinhalten. Zweitens muß der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden können. Drittens muß ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verstoß gegen die dem Staat auferlegte Verpflichtung und dem den Geschädigten entstandenen Schaden bestehen." [40]

68. Anders als in der Rechtssache Francovich, in der sich die Betroffenen, da es sich um Vorschriften einer Richtlinie handelte, die nicht hinreichend bestimmt und an Bedingungen geknüpft waren, mangels fristgerecht erlassener innerstaatlicher Durchführungsmaßnahmen vor den nationalen Gerichten nicht auf bestimmte Rechte berufen konnten, handelt es sich im vorliegenden Fall um eine Vorschrift, die unmittelbare Wirkung entfaltet.

Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß „sich die einzelnen bei Fehlen angemessener Durchführungsmaßnahmen vor den innerstaatlichen Gerichten auf Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 berufen können, um die Anwendung mit diesem Artikel unvereinbarer innerstaatlicher Vorschriften zu verhindern, und daß Frauen seit dem 23. Dezember 1984, dem Tag, an dem die Frist für die Umsetzung der Richtlinie abgelaufen ist, Anspruch auf die gleiche Behandlung und auf die Anwendung der gleichen Regelung wie Männer haben, die sich in der gleichen Lage befinden, wobei diese Regelung, solange die Richtlinie nicht korrekt durchgeführt ist, das einzige gültige Bezugssystem bleibt" [41].

Außerdem können die einzelnen nach der Rechtsprechung im Urteil Marshall I [42], wenn sie sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie berufen können, dies unabhängig davon tun, in welcher Eigenschaft der Staat handelt.

69. Wie der Gerichtshof kürzlich im Urteil Brasserie du Pêcheur [43] festgestellt hat, „stellt die dem einzelnen eingeräumte Möglichkeit, sich vor den nationalen Gerichten auf unmittelbar anwendbare Vertragsvorschriften zu berufen, nur eine Mindestgarantie dar und reicht für sich allein nicht aus, um die uneingeschränkte Anwendung des Vertrages zu gewährleisten ... Diese Möglichkeit, die der Anwendung gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften den Vorrang gegenüber nationalen Vorschriften verschaffen soll, ist nicht in allen Fällen geeignet, dem einzelnen die Inanspruchnahme der Rechte zu sichern, die ihm das Gemeinschaftsrecht verleiht, und insbesondere zu verhindern, daß er aufgrund eines einem Mitgliedstaat zuzurechnenden Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht einen Schaden erleidet."

In diesem Urteil fügt der Gerichtshof hinzu, daß „die Entschädigung die nachteiligen Folgen beseitigen [soll], die sich für die von einer Richtlinie begünstigten Personen aus der Nichtumsetzung der Richtlinie durch einen Mitgliedstaat ergeben. Dies gilt auch im Fall der Verletzung eines unmittelbar durch eine Gemeinschaftsnorm verliehenen Rechts, auf das sich der einzelne vor den nationalen Gerichten berufen kann. In diesem Fall stellt der Entschädigungsanspruch

40 — A. a. O., Randnrn. 39 und 40.

41 — Urteil Roks, zitiert in Fußnote 37, Randnr. 18, und Urteil vom 24. Juli 1987 in der Rechtssache 384/85 (Borrie Clarke, Slg. 1987, 2865, Randnrn. 11 und 12).

42 — Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723, Randnr. 49).

43 — Urteil vom 5. März 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-46/93 und C-48/93 (Brasserie du pêcheur SA u. a., Slg. 1996, I-1029, Randnr. 20).

die notwendige Ergänzung der unmittelbaren Wirkung dar, die den Gemeinschaftsvorschriften zukommt, auf deren Verletzung der entstandene Schaden beruht." [44]

70. In Anbetracht dieser Rechtsprechung ist für den Fall, daß der Gerichtshof die erste Vorabentscheidungsfrage bejaht hat, auf die vierte und auf den ersten Teil der fünften Frage zu antworten, daß die Antragsgegnerin als Organ des Staates eine Haftung treffen kann, die von den Geschädigten vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden kann, wenn sich erweist, daß die streitige nationale Vorschrift nach dem 23. Dezember 1984, dem Tag, an dem die Frist für die Anpassung des nationalen Rechts an die Richtlinie 79/7 abgelaufen ist, zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Bereich der sozialen Sicherheit geführt hat.

71. Wie ich bereits in Nummer 40 ausgeführt habe, braucht der zweite Teil der fünften Vorabentscheidungsfrage nicht beantwortet zu werden, da er sich auf Probleme der Auslegung des innerstaatlichen Rechts bezieht, deren Prüfung nicht Sache des Gerichtshofes ist.

Ergebnis

Gemäß den vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Hanseatischen Oberlandesgericht Bremen wie folgt zu antworten:

1. Die Antragstellerin gehört nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Anwendung der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, da sie, um ihren behinderten Ehemann zu pflegen, weder eine von ihr ausgeübte berufliche Tätigkeit aufgegeben, noch die Arbeitsuche unterbrochen hat, wobei es in diesem Zusammenhang unerheblich ist, daß die Antragstellerin Leistungen erbringt, die über die normale Pflege im Rahmen der Ehe weit hinausgehen.

44 — A. a. O., Randnrn. 21 und 22.

Wenn der Gerichtshof sich dieser Auffassung nicht anschließen sollte, müßte er die übrigen Fragen wie folgt beantworten:

2. Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 steht einer nationalen Vorschrift nicht entgegen, die einem Versicherten das Recht auf häusliche Krankenpflege zu Lasten der Krankenkasse in Form von Sachleistungen oder als Erstattung der Kosten, die durch das Personal verursacht werden, das er sich selbst beschafft hat, verwehrt, wenn dieser Versicherte, der der einzige Inhaber dieses Rechts ist, mit einer anderen Person zusammenlebt, die ihn in dem erforderlichen Umfang pflegen und versorgen kann.

3. Wenn die Antragstellerin nicht zur Erwerbsbevölkerung im Sinne der Richtlinie 79/7 gehört, kann weder sie noch ihr Ehemann sich auf die Richtlinie berufen, um die Anwendung einer angeblich diskriminierenden nationalen Regelung zu verhindern. Gehört die Antragstellerin dagegen zu Erwerbsbevölkerung, so kann sie oder ihr Ehemann sich auf die Richtlinie 79/7 berufen, um die Anwendung dieser nationalen Vorschrift zu verhindern.

4. Die Antragsgegnerin kann als Organ des Staates eine Haftung treffen, die von den Geschädigten vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden kann, wenn sich erweist, daß die streitige nationale Vorschrift nach dem 23. Dezember 1984, dem Tag, an dem die Frist für die Anpassung des nationalen Rechts an die Richtlinie 79/7 abgelaufen ist, zu einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Bereich der sozialen Sicherheit geführt hat.