

Uta Hühn

**Die Waffen der Frauen:**

**Der Fall *Kreil* -  
erneuter Anlass zum Konflikt  
zwischen europäischer und  
deutscher Gerichtsbarkeit?**

EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-283/98,  
*Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland*

Das **Europainstitut der Universität Basel** ist ein rechts-, sozial- und wirtschaftswissenschaftliches Zentrum für interdisziplinäre Lehre und Forschung zu europäischen Fragen. Neben einem einjährigen, praxisbezogenen und interdisziplinären Nachdiplomstudium zum *Master of Advanced European Studies* werden spezielle Weiterbildungskurse angeboten. In der Forschung werden in Zusammenarbeit mit benachbarten Instituten sowohl fachspezifische wie multidisziplinäre Themen bearbeitet. Das Europainstitut ist als Ansprechpartner für Politik, Wirtschaft und Verwaltung beratend tätig.



**Die Autorin:**

Uta Hühn hat in Berlin Rechtswissenschaft studiert, sie ist Assessorin und Absolventin des 7. Nachdiplomstudienganges 1999/2000 am Europainstitut der Universität Basel. Ihr Interessenschwerpunkt gilt dem Öffentlichen Recht (Staatsrecht) und dem Europarecht. Der vorliegende Beitrag (Stand: Ende Oktober 2000) ist eine leicht überarbeitete und gekürzte Fassung ihrer im Rahmen der Studien zum Master of Advanced European Studies in Basel angefertigten Diplomarbeit.

Kontakt: [uta.huehn@gmx.de](mailto:uta.huehn@gmx.de)

## INHALTSVERZEICHNIS

|   |           |
|---|-----------|
| <b>EINLEITUNG</b>   | <b>8</b>  |
| <b>TEIL 1: DER FALL <i>KREIL</i> IM GEMEINSCHAFTSRECHTLICHEN KONTEXT</b>  | <b>10</b> |
| <b>A. DER FALL <i>KREIL</i> UND DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH</b>   | <b>10</b> |
| <b>I. Sachverhalt und Verfahren - tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund der Entscheidung</b>  | <b>10</b> |
| 1. Der zugrunde liegende Sachverhalt  | 10        |
| 2. Die relevanten nationalen Rechtsvorschriften   | 10        |
| 3. Das Verfahren vor dem nationalen Gericht und die Vorlagefrage  | 12        |
| <b>II. Die Entscheidung des Gerichtshofes</b>   | <b>14</b> |
| <b>B. REAKTIONEN AUF DAS URTEIL</b>   | <b>17</b> |
| <b>C. DER GEHALT DES EUGH-URTEILS UND WÜRDIGUNG</b>   | <b>18</b> |
| <b>I. Zur Kompetenzfrage</b>  | <b>18</b> |
| 1. Die Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen der Union bzw. der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten nach den Vertragstexten | 19        |
| a) Die Regelungen des EU-Vertrages  | 19        |
| b) Die Regelungen des EG-Vertrages  | 20        |
| c) Würdigung  | 25        |
| 2. Der europarechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen   | 26        |
| a) Der Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG  | 26        |
| b) Würdigung  | 28        |
| 3. Zusammenfassung der Sicht des EuGH zur Kompetenzfrage  | 32        |
| <b>II. Zur Gleichbehandlungsfrage</b>   | <b>33</b> |
| 1. Art. 2 Abs. 3 RL 76/207/EWG  | 34        |
| 2. Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG  | 34        |
| 3. Zusammenfassung der Sicht des EuGH zur Gleichbehandlungsfrage  | 36        |

© Europainstitut der Universität Basel 2000

Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck, auch auszugsweise, sowie die Verbreitung auf elektronischem, photomechanischem oder sonstigem Wege bedürfen einer schriftlichen Genehmigung des Europainstituts.

|   |           |   |           |
|---|-----------|---|-----------|
| <b>TEIL 2: DER FALL <i>KREIL</i> IM KONTEXT DER DEUTSCHEN RECHTSPRECHUNG</b>  | <b>36</b> |   |           |
| <b>A. DER BESCHLUSS DES BVERWG VOM 20.5.1999</b>  | <b>36</b> |   |           |
| <b>I. Zur Kompetenzfrage</b>  | <b>37</b> |   |           |
| 1. Zum Primärrecht  | 37        |   |           |
| 2. Zum Sekundärrecht  | 37        |   |           |
| <b>II. Zur Gleichbehandlungsfrage</b>   | <b>38</b> |   |           |
| <b>B. DAS URTEIL DES BVERWG VOM 10.11.1999</b>  | <b>38</b> |   |           |
| <b>C. ZUSAMMENFASSUNG DER SICHT DES BVERWG ZUR KOMPETENZ- UND GLEICH-BEHANDLUNGSFRAGE</b>   | <b>40</b> |   |           |
| <b>Einschub: Erstes Zwischenergebnis - Zusammenfassender und würdigender Vergleich zwischen der Sicht des EuGH und des BVerwG zur Kompetenz- und Gleichbehandlungsfrage</b> | <b>40</b> |   |           |
| <b>TEIL 3: DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS VOR DEM RECHT DER MITGLIEDSTAATEN</b>  | <b>41</b> |   |           |
| <b>A. DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS VOR DEM RECHT DER MITGLIEDSTAATEN AUS DER SICHT DES EUGH</b>  | <b>42</b> |   |           |
| <b>I. Die Aussagen des EuGH</b>   | <b>42</b> |   |           |
| <b>II. Bedeutung für den Fall <i>Kreil</i></b>  | <b>42</b> |   |           |
| <b>B. DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS VOR DEUTSCHEM RECHT AUS DER SICHT DES BVERFG</b>  | <b>43</b> |   |           |
| <b>I. Kollision von Gemeinschaftsrecht mit einfachem Recht</b>  | <b>43</b> |   |           |
| 1. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts  | 43        |   |           |
| 2. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Sinne eines Anwendungsvorrangs  | 44        |   |           |
| 3. Bedeutung für den Fall <i>Kreil</i>  | 45        |   |           |
| <b>II. Kollision von Gemeinschaftsrecht mit Verfassungsrecht (Grundgesetz)</b>  | <b>45</b> |   |           |
| 1. Von <i>Solange I</i> über <i>Solange II</i> zu <i>Maastricht</i>   | 45        |   |           |
| a) Die Aussagen des BVerfG  | 45        | a) Die Aussagen des BVerfG  | 48        |
| b) Bedeutung für den Fall <i>Kreil</i>  | 47        | b) Würdigung  | 49        |
| 2. Zur (Un-) Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts bei vermuteter Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaft nach dem <i>Maastricht</i> -Urteil                        | 47        | <b>Einschub: Zweites Zwischenergebnis - Zusammenfassender und würdigender Vergleich zwischen der Sicht des EuGH und des BVerfG zur Vorrangfrage</b> | <b>51</b> |
|   |           | <b>III. Das Urteil <i>Kreil</i> - ein Anwendungsfall für die <i>Maastricht</i>-Rechtsprechung des BVerfG?</b>                                       | <b>52</b> |
|   |           | 1. verfahrensrechtliche Betrachtung   | 52        |
|   |           | 2. materiell-rechtliche Betrachtung   | 54        |
|   |           | 3. Zusammenfassung zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor deutschem Verfassungsrecht im Fall <i>Kreil</i>                                | 55        |
|   |           | <b>FAZIT UND AUSBLICK</b>   | <b>56</b> |
|   |           | <b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>  | <b>59</b> |
|   |           | <b>LITERATURVERZEICHNIS</b>   | <b>61</b> |

## EINLEITUNG

Die Europäische Union (EU) ist kein Staat von eigener Qualität und wird es wohl in absehbarer Zeit auch nicht werden. Auf völkerrechtlicher Basis gegründet, ist sie irgendwo angesiedelt zwischen einem bloßen Staatenbund und einem Bundesstaat<sup>1</sup>. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat dafür seit 1993 die Wortprägung "Staatenverbund" in Umlauf gebracht<sup>2</sup>. Die Bezeichnung kann für alle praktischen Bedürfnisse weitgehend gleichbedeutend mit den Begriffen der EU bzw. der Europäischen Gemeinschaft (EG)<sup>3</sup> verwendet werden.

Die Gemeinschaft selbst verfügt über keine originäre Staatsgewalt bzw. Kompetenzhoheit, ihren Organen steht eine sogenannte "Kompetenz-Kompetenz" im Sinne einer einseitigen Erweiterung ihrer Kompetenzen nicht zu. Diese liegt unverändert bei den einzelnen Mitgliedstaaten und ihren Verfassungsorganen. Immerhin ist die EG jedoch befugt, nach Maßgabe der von den Mitgliedstaaten eingeschränkt übertragenen Hoheitsrechte autonom Recht zu setzen. Dieses Gemeinschaftsrecht kann einerseits die Mitgliedstaaten zum Erlass von Regelungen zwingen, andererseits den Gemeinschaftsbürgern sowie den Unternehmen unmittelbar Rechte verleihen und Pflichten auferlegen. Der Anspruch einer solchen Rechtsordnung auf Geltung, Durchsetzung und Identifikation mit ihr hängt neben der Qualität und Überzeugungskraft ihrer Rechtssätze wesentlich von der Akzeptanz ab, die sie bei den Rechtsunterworfenen findet. Dazu muss jeder "Akt", der im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergeht, die Balance zwischen dem Interesse an einer fortschreitenden Integration und den berechtigten Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten halten.

Der Fall der Deutschen Tanja Kreil macht erneut das Problem des vermeintlichen "Ausgreifens" des Gemeinschaftsrechts in Bereiche, die "an sich" in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben sind, in besonderer Weise deutlich. Wenn ursprünglich ein einheitlicher Wirtschaftsraum - basierend auf den wirtschaftlichen Grundfreiheiten - das Herzstück der Gemeinschaft war und auch geblieben ist, gibt es inzwischen doch einige Sach- und Politikbereiche, die

völlig vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind<sup>4</sup>. Selbst Kernbereiche staatlicher Souveränität, wie die Struktur der nationalen Streitkräfte, stehen nicht außerhalb dieses Rechts, was die im Zentrum der nachfolgenden Untersuchung stehende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxemburg vom 11. Januar 2000 zur Zulassung von Frauen zum freiwilligen Dienst in der Bundeswehr im Fall *Kreil*<sup>5</sup> belegt. Obwohl das Urteil eigentlich nicht überraschen konnte, hatte es in der Bundesrepublik Deutschland ein überwältigendes Presse-Echo und sehr viel (politische) Aufregung zur Folge. Die Telefone der Kreiswehersatzämter standen in den Tagen nach der Entscheidung nicht mehr still: Einige Frauen wollten sofort eine Uniform, eine Ausbildung am Panzer oder im Hubschrauber erhalten, auch für die Fallschirmjägertruppe wurden Bewerbungen registriert<sup>6</sup>.

Entscheidend ist, dass sich durch das Urteil des EuGH evident rechtliche Fragen europa- und - in Bezug auf die Bundesrepublik Deutschland - verfassungsrechtlicher Art stellen, die für das innerstaatliche, deutsche (Verfassungs) Recht erhebliche Auswirkungen haben: Mit dem Urteil *Kreil* besteht zum einen aus kompetenzieller Sicht die vom EuGH und der deutschen Gerichtsbarkeit unterschiedlich beantwortete, grundlegende Frage, ob verteidigungspolitische Sachverhalte in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen (sog. Kompetenzfrage). Ein zweiter Schwerpunkt liegt bei der heiklen Frage der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Männern und Frauen auf den berufsbezogenen Aspekt der Streitkräfte (sog. Gleichbehandlungsfrage).

In der folgenden Untersuchung soll der Versuch unternommen werden, sich dem Urteil *Kreil* im Schnittpunkt zweier Rechtsordnungen, der der Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland, von beiden Ebenen aus zu nähern: Im ersten Teil werden primär gemeinschaftsrechtliche Aspekte erörtert. Dabei gilt es - nach einer Darstellung der Entscheidung und ihres Hintergrundes - diese zu würdigen, wobei die angesprochene Kompetenz- und die Gleichbehandlungsfrage näher untersucht werden. Im zweiten Teil der Arbeit geht es

<sup>1</sup> Die Literatur zur Rechtsnatur der EU, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, ist uferlos. Hinweise zu einer ausführlichen Zusammenstellung der Nachweise finden sich z.B. bei *Oppermann*, S. 333. Das Thema wird dort auch in den Rn. 884-925 behandelt.

<sup>2</sup> BVerfG, AZ 2 BvR 2134, 2159/92, Urteil vom 12.10.1993, BVerfGE 89, S. 155 ff., S. 184 f. (*Maastricht-Urteil* BVerfG).

<sup>3</sup> Im folgenden auch einfach "Gemeinschaft" genannt.

<sup>4</sup> *Hirsch*, NJW 2000, S. 1820. So auch *Streinz*, DVBl. 2000, S. 590: "Es wird sich (...) kaum noch eine Materie finden lassen, die in jeder Hinsicht ‚gemeinschaftsfest‘ ist".

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-285-98, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland* (Urteil *Kreil*); voller Wortlaut in EuGRZ 2000, S. 155. ff.

<sup>6</sup> Insofern mag der Titel des Beitrags von *Doehring* ("Vorwärts Amazonen!") berechtigt sein. Es sei aber schon hier angemerkt, dass Frau Kreil, wie *Kämmerer*, EuR 2000, S. 116 zutreffend unterstreicht, keinen Dienst mit der Waffe beehrte. Bei der angestrebten technischen Laufbahn ging es ihr um den Zugang zu einem Bereich der Streitkräfte, der tatsächlich als Kampfeinheit ausgestaltet ist, vgl. dazu hier Fn. 11.

um das Urteil *Kreil* im Kontext der deutschen Rechtsprechung. Hier werden die umstrittene Kompetenz- und die Gleichbehandlungsfrage aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) behandelt. Der dritte Teil beleuchtet die sich stellende Vorrangfrage des Gemeinschaftsrechts aus Sicht des EuGH und des BVerfG; hier wird erörtert, ob das Urteil *Kreil* einen Anwendungsfall für die *Maas-tricht*-Rechtsprechung des BVerfG darstellt.

## Teil 1: Der Fall *Kreil* im gemeinschaftsrechtlichen Kontext

### A. DER FALL *KREIL* UND DIE ENTSCHEIDUNG DES EUGH

#### I. Sachverhalt und Verfahren - tatsächlicher und rechtlicher Hintergrund der Entscheidung

##### 1. Der zugrunde liegende Sachverhalt

Die als Energieelektronikerin für Anlagentechnik bei der Firma Siemens ausgebildete, bei Urteilsfällung 23-Jährige Frau Tanja Kreil, bewarb sich 1996 für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mit dem Verwendungswunsch Instandsetzung (Elektronik). Ihr Antrag wurde vom Zentrum für Nachwuchsgewinnung Nord und - nach Widerspruch - vom Personalstammamt der Bundeswehr mit der Begründung abgelehnt, in der Bundesrepublik Deutschland sei der Dienst von Frauen mit der Waffe gesetzlich ausgeschlossen.

##### 2. Die relevanten nationalen Rechtsvorschriften

Bei den Vorschriften des deutschen Rechts, die einen Dienst von Frauen mit der Waffe ausschließen, ist eine Differenzierung zwischen der *Dienstpflicht* und dem *freiwilligen Dienst* notwendig<sup>7</sup>. Weder das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG)<sup>8</sup> noch das einfache Recht lassen eine allgemeine Wehrpflicht für Frauen zu. Das Grundgesetz sieht diese nur für Männer vor:

Art. 12 a Abs. 1 GG bestimmt, dass Männer vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden können.

Abs. 4 des Art. 12 a GG regelt:

“Kann im Verteidigungsfalle der Bedarf an zivilen Dienstleistungen im

zivilen Sanitäts- und Heilwesen sowie in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation nicht auf freiwilliger Grundlage gedeckt werden, so können Frauen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden. *Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten.*”<sup>9</sup>

Eine andere Frage ist, ob das Grundgesetz der freiwilligen Verwendung von Frauen in den Laufbahnen des Truppendienstes entgegensteht. Ein dahingehendes Verbot des (auch) freiwilligen Waffendienstes von Frauen wird Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG entnommen, dessen Auslegung jedoch umstritten ist<sup>10</sup>. Dem entsprechend sehen die einfachgesetzlichen Rechtsvorschriften vor, dass Frauen auf Grund freiwilliger Verpflichtung nur in die Laufbahnen des Sanitäts- und Militärmusikdienstes eingestellt werden können<sup>11</sup>. Die Möglichkeiten des Zugangs von Frauen zu militärischen Verwendungen in der Bundeswehr sind

<sup>9</sup> Hervorhebung von der Verfasserin.

<sup>10</sup> Auf diesen Streit kann hier nicht näher eingegangen werden, mehr dazu z.B. *Epping*, 59ff. Z.Zt. der Drucklegung des Manuskripts hat der Deutsche Bundestag eine ändernde Klarstellung von Art. 12 a Abs. 4 GG dahingehend beschlossen, daß Frauen der freiwillige “Waffendienst” in der Bundeswehr offensteht. Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich noch *de lege lata*.

<sup>11</sup> Zur Unterscheidung: Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG schließt für Frauen jeden “Dienst mit der Waffe” aus. Da die Bestimmung als negatives Verbot des freiwilligen Waffendienstes angesehen wird, die nicht positiv vorschreibt, welche Tätigkeiten Soldatinnen leisten dürfen, bleibt für den freiwilligen Wehrdienst von Soldatinnen ohne Waffe im Dienstverhältnis der Berufssoldatin oder einer Soldatin auf Zeit ein Spektrum an Verwendungsmöglichkeiten im militärischen Sanitäts- und Heilwesen, in der Bundeswehrverwaltung und im Verband der Streitkräfte in Form des Büro-, Küchen-, Sanitäts- und Wartungsdienstes, jedoch nicht im Kernbereich der Verwendung der Streitkräfte. Die Laufbahnmöglichkeiten von Frauen in der Bundeswehr sind also beschränkt, und damit sind auch die Ausbildungschancen verringert, vgl. *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 198-200; *Gornig*, Art. 12 a Abs. 4 GG, Rn. 162 f., 165.

Die Angehörigen des Militärmusikdienstes sind zwar im Verteidigungsfall - anders als die Sanitätssoldaten - keine “Nichtkombattanten” i. S. d. humanitären Völkerrechts; Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG schließt diesen Kombattantenstatus als zulässige nationale Sonderregel für Sanitätssoldatinnen aus, vgl. *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 201. Der Militärmusikdienst kann dann aber als eigenständige militärische Gattung aufgelöst werden, und seine Angehörigen können, da neben dem Musikspiel auch im Sanitätsdienst ausgebildet, in dessen Laufbahnen überführt werden, vgl. *Dreist*, S. 165.

Vgl. i. Ü. zum überaus weiten Begriff der “Waffe” *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 204-206.

Von Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG schließlich nicht berührt ist die freiwillige Ausbildung von Frauen an der Waffe zum Zweck der Selbstverteidigung, etwa im Rahmen der faktischen Verwicklung in Kampfhandlungen, *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 201.

<sup>7</sup> *Repkewitz*, NJW 1997, S. 506.

<sup>8</sup> Vom 23.5.1949, BGBl. S. 1.

insbesondere in § 1 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz [SG])<sup>12</sup> und § 3 a der Verordnung über die Laufbahnen der Soldaten (Soldatenlaufbahnverordnung [SLV])<sup>13</sup> geregelt:

Nach § 1 Abs. 2 Satz 3 SG können Frauen als Berufssoldaten oder Soldaten auf Zeit für Verwendungen im Sanitäts- und Militärmusikdienst berufen werden<sup>14</sup>. Voraussetzung ist die freiwillige Verpflichtung (vgl. § 3 a SLV). §§ 3 a, 5 Abs. 3 Satz 1 SLV schließen die Einstellung und den Wechsel von Frauen in die Laufbahnen des Truppendienstes, die insbesondere den Dienst mit der Waffe umfassen, ausdrücklich aus.

3. Das Verfahren vor dem nationalen Gericht und die Vorlagefrage  
Wegen der Versagung erhob Frau Kreil gegen die Bundesrepublik Deutschland Klage vor dem Verwaltungsgericht (VG) Hannover. Sie trug dort unter anderem vor, die Ablehnung ihrer Bewerbung allein aus geschlechtsspezifischen Gründen sei gemeinschaftsrechtswidrig. Dieses Argument betraf die Frage nach dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht.

Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf wird auf europäischer Ebene durch die sog. zweite Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG<sup>15</sup> geregelt. Die für den Fall *Kreil* entscheidenden Passagen dieser Richtlinie lauten:

#### Präambel

“... Die Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern stellt eines der Ziele der Gemeinschaft dar, soweit es sich insbesondere darum handelt, auf dem Wege des Fortschritts die Angleichung der Lebens- und Arbeitsverhältnisse der Arbeitskräfte zu fördern. ...”

<sup>12</sup> I. d. F. der Bekanntmachung vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1737.

<sup>13</sup> I. d. F. der Bekanntmachung vom 14.9.1994, BGBl. I S. 1268, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1726.

<sup>14</sup> Aus der Sicht des Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG (vgl. hier Fn. 11) ist diese Regelung nicht abschließend zu verstehen, so sind eben auch sonstige militärische Versorgungsdienste für Frauen zulässig, *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 200.

<sup>15</sup> Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 39 vom 14.2.1976, S. 40 (RL 76/207/EWG), im folgenden auch als “Gleichbehandlungsrichtlinie” bezeichnet.

Zur Umsetzung der RL 76/207/EWG erging 1980 in der Bundesrepublik Deutschland § 611 a BGB.

Nach Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RL 76/207/EWG hat sie das Ziel, dass in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsausbildung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen und in bezug auf die soziale Sicherheit verwirklicht wird<sup>16</sup>.

Insbesondere Art. 2 der RL 76/207/EWG lautet:

“(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts - insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand - erfolgen darf.

(2) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu erforderliche Ausbildung, die für das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.

(3) Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.

(4) ... ”

Gemäß Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, dass bei den Bedingungen des Zugangs - einschließlich der Auswahlkriterien - zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen - unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig - und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgt.

Nach Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie prüfen die Mitgliedstaaten in regelmäßigen Abständen die unter Art. 2 Abs. 2 fallenden beruflichen Tätigkeiten, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen aufrechtzuerhalten, und sie übermitteln der Europäischen Kommission das Ergebnis der Prüfung.

Das VG Hannover hielt im Verwaltungsverfahren eine Auslegung der RL 76/207/EWG für erforderlich. Es setzte das Verfahren mit Beschluss vom 13. Juli 1998

<sup>16</sup> Im folgenden als “Grundsatz der Gleichbehandlung” bezeichnet.

aus und legte dem EuGH nach Art. 177 EG-Vertrag (jetzt Art. 234 EG)<sup>17</sup> die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob (nur) die einfachgesetzlichen Regelungen des § 1 Abs. 2 Satz 3 SG und des § 3 a SLV, wonach Frauen auf Grund freiwilliger Verpflichtung nur für Verwendungen im Sanitäts- und Militärmusikdienst berufen werden können, vom Dienst mit der Waffe jedoch in jedem Falle ausgeschlossen sind, einen Verstoß gegen die RL 76/207/EWG darstellen, insbesondere auch im Hinblick auf deren Art. 2 Abs. 2.

## II. Die Entscheidung des Gerichtshofes<sup>18</sup>

In Bestätigung seiner kurz zuvor ergangenen Grundsatzentscheidung vom 26. Oktober 1999 im Fall *Sirdar*<sup>19</sup> stellte der Gerichtshof zunächst fest, dass es zwar Sache der Mitgliedstaaten ist, geeignete Maßnahmen zur Gewährleistung ihrer inneren und äußeren Sicherheit zu treffen und Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu erlassen. Deshalb sind solche Entscheidungen aber nicht vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen. Dies begründete er - wie bereits in früheren Entscheidungen<sup>20</sup> - mit Art. 36, 48, 56, 223 (nach Änderung jetzt Art. 30, 39, 46, und 296 EG) und 224 EG-Vertrag (jetzt Artikel 297 EG): Die darin vom EG-Vertrag vorgesehenen Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit betreffen nur ganz bestimmte außergewöhnliche und nicht verallgemeinerungswürdige Fälle. Zum Begriff der öffentlichen Sicherheit im Sinne der genannten Artikel führte der Gerichtshof unter Hinweis auf seine Rechtsprechung<sup>21</sup> aus, dass darunter sowohl die innere als auch die

äußere Sicherheit eines Mitgliedstaates fallen. Weiter stellte er - ebenfalls unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung<sup>22</sup> - die Anwendbarkeit der RL 76/207/EWG auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse fest.

Unter Beachtung dieser Grundsätze folgte der EuGH, dass einige der genannten, im Vertrag vorgesehenen Ausnahmen nur die Bestimmungen über den freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehr, nicht jedoch die Sozialvorschriften des EG-Vertrages betreffen, insbesondere nicht den dazu zählenden Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, der allgemeine Geltung hat. Deshalb kann es für Maßnahmen zur Organisation der Streitkräfte keinen allgemeinen, dem Vertrag immanenten Vorbehalt gegenüber dem Grundsatz der Gleichbehandlung geben, auch wenn die nationalen Entscheidungen mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit begründet werden.

Da somit die RL 76/207/EWG im Fall *Kreil* grundsätzlich zur Anwendung kommt, musste sich der Gerichtshof im weiteren mit deren Ausnahmeregelungen in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 auseinandersetzen. Dazu verwies er zunächst auf seine Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2<sup>23</sup>, wonach die Bestimmung als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 RL 76/207/EWG) eng auszulegen ist. So hatte der Gerichtshof in der Vergangenheit festgestellt, dass das Geschlecht für Arbeitsverhältnisse eines Aufsehers oder Chefaufsehers in Haftanstalten<sup>24</sup>, für bestimmte Tätigkeiten der Polizei bei schweren inneren Unruhen<sup>25</sup> oder auch für den Dienst in speziellen Kampfseinheiten<sup>26</sup> eine unabdingbare Voraussetzung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG darstellen kann. Gleichzeitig wies er jedoch auf Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie hin. Danach sind die Mitgliedstaaten trotz zulässiger Ausnahmeregelungen verpflichtet, die betreffenden Tätigkeiten in regelmäßigen Abständen zu prüfen, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob die Ausnahmen aufrechterhalten werden können<sup>27</sup>. Zur Festlegung der Reichweite einer Ausnahme vom Recht auf Gleichbehandlung

<sup>17</sup> Es wird die seit dem 1. Mai 1999 vom EuGH angewandte Zitierweise für die Bestimmungen der Europäischen Verträge gebraucht: Wird danach auf den Artikel eines Vertrages in der nach dem 1. Mai 1999 geltenden Fassung Bezug genommen, werden als Abkürzung zwei Buchstaben verwendet (z.B. EU für den Vertrag über die Europäische Union, EG für den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft). Ansonsten bleibt es bei der bisher üblichen Zitierweise, d.h. dem entsprechenden Zusatz EU-Vertrag bzw. EG-Vertrag.

<sup>18</sup> Siehe dazu Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 15-32.

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 26.10.1999 in der Rs. C-273/97, *Sirdar/The Army Board, Secretary of State for Defence*, Rn. 15 (Urteil *Sirdar*); voller Wortlaut in EuGRZ 1999, S. 687 ff.

Zum Sachverhalt: Frau *Sirdar* arbeitete als Köchin bei Einheiten der britischen Artillerie. Sie war im Zuge von Sparmaßnahmen entlassen worden. Die Verwaltung bot ihr eine Tätigkeit bei den Royal Marines an - versehentlich, da die Royal Marines eine Eliteeinheit sind und als Speerspitze der britischen Streitkräfte gelten. Jedes Mitglied muss "allseitig verwendbar" sein und wird auch so ausgebildet, u.U. erfolgt der Einsatz im Bodenkampf. Deshalb ist die Einheit Männern vorbehalten. Der EuGH hat das gebilligt.

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 15.5.1986 in der Rs. 222/84, *Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Slg. 1986, S. 1651 ff., Rn. 26 (Urteil *Johnston*); Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 16

<sup>21</sup> EuGH, Urteil vom 4.10.1991 in der Rs. C-367/89, *Richardt und "Les Accessoires Scientifiques"*, Slg. 1991, I - S. 4621 ff., Rn. 22 (Urteil *Richardt und "Les Accessoires*

*Scientifiques"*); EuGH, Urteil vom 17.10.1995 in der Rs. C-83/94, *Leifer u. a.*, Slg. 1995, I - S. 3231 ff.; Rn. 26 (Urteil *Leifer u. a.*); Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 17.

<sup>22</sup> EuGH, Urteil vom 21.5.1985 in der Rs. *Kommission/Deutschland*, Slg. 1985, S. 1459 ff., Rn. 16 (Urteil *Kommission/Deutschland*); EuGH, Urteil vom 2.10.1997 in der Rs. C-1/95, *Gester*, Slg. 1997, I - S. 5253 ff., Rn. 18; Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 18.

<sup>23</sup> Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 36; Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 23.

<sup>24</sup> EuGH, Urteil vom 30.6.1988 in der Rs. 318/86, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1988, S. 3559 ff., Rn. 11-18 (Urteil *Kommission/Frankreich*).

<sup>25</sup> Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 36 f.

<sup>26</sup> Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 29-31.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 37; Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 25.



wies der Gerichtshof - wie bereits in früheren Entscheidungen<sup>28</sup> - auf die Bedeutung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit hin, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört; hier verbleibt den nationalen Stellen bei der Setzung der erforderlichen Maßnahmen im Bereich der öffentlichen Sicherheit aber ein gewisser Ermessensspielraum<sup>29</sup>. Unter Hinweis auf seine Entscheidung im Fall *Sirdar*<sup>30</sup>, war damit nach Ansicht des EuGH im Fall *Kreil* zu prüfen, ob die Maßnahmen, die die deutschen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen hatten, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen. Dazu stellte der Gerichtshof fest, dass ein Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe, der für nahezu alle militärischen Verwendungen gilt, nicht mehr als Ausnahmemassnahme angesehen werden kann. Er ist in seiner Reichweite unverhältnismässig, da er keine spezifischen Tätigkeiten - denn nur solche können unter die Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG fallen<sup>31</sup> - mehr betrifft.

Zur Anwendung von Art. 2 Abs. 3 RL 76/207/EWG als mögliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf den vorgelegten Fall schloss der Gerichtshof - unter Hinweis auf seine Rechtsprechung<sup>32</sup> - aus den in der Bestimmung ausdrücklich aufgeführten Gründen der Schwangerschaft und Mutterschaft, dass auf spezifische Schutzbedürfnisse der Frau abzustellen ist. Dazu zählen ihre körperliche Verfassung und die besonderen Beziehungen zwischen Mutter und Kind. Demnach können Frauen von einer Beschäftigung nicht mit der Begründung von Gefahren ausgeschlossen werden, die sich von den ausdrücklich erwähnten Schutzbedürfnissen der Frau unterscheiden und die Männer und Frauen in gleicher Weise treffen.

Zusammenfassend antwortete der EuGH - in Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts in dieser Sache<sup>33</sup> - auf die Vorlagefrage, dass die RL 76/207/EWG der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegensteht, die - wie die des deutschen Rechts - Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben.

<sup>28</sup> Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 38; Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 26.

<sup>29</sup> So bereits im Urteil *Leifer u. a.* (Fn. 21), Rn. 35; *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 27.

<sup>30</sup> Vgl. Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 28.

<sup>31</sup> Vgl. Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 36-38.

<sup>32</sup> Vgl. a. a. O., Rn. 44.

<sup>33</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Antonio La Pergola vom 26.10.1999 in der Rs. C-285/98, *Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland* (Schlussanträge Rs. *Kreil*), Rn. 39; voller Wortlaut in EuGRZ 2000, S. 144 ff.

## B. REAKTIONEN AUF DAS URTEIL

Der Schlagabtausch in der Bundesrepublik Deutschland fand vor allem in den Medien statt, die Diskussion der Frage des gleichberechtigten Zugangs von Frauen zur Bundeswehr war hochpolitisiert. Dabei muss zwischen "Ob" und "Wie" des Zugangs unterschieden werden: So sehr das Ergebnis des Urteils allgemein begrüßt wurde<sup>34</sup>, gingen die Meinungen zur Frage, auf welche Weise der gleichberechtigte Zugang von Frauen zur Bundeswehr ggf. gesetzgeberisch herzustellen ist, auseinander<sup>35</sup>. Begleitet wurde diese Diskussion von der vorwiegend politisch geführten Auseinandersetzung über die künftige Struktur der Streitkräfte, auf deren Meinungsspektrum hier nicht näher eingegangen werden kann. In diesem Bereich hat das Urteil *Kreil* eine in Deutschland seit Ende der siebziger Jahre erfolglos geführte Debatte "von außen" forciert, die die Öffnung der Streitkräfte für Frauen als überfällig und mehr als zeitgemäß anerkannte<sup>36</sup>. Auf einer anderen Ebene liegt, und nur das ist im folgenden weiter von Belang, dass insbesondere die Äußerungen des Verfassungsrechtlers, Vorsitzenden des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages und früheren Bundesverteidigungsministers Rupert Scholz (CDU) für Aufmerksamkeit gesorgt haben. Er erklärte, dass der EuGH in Rechtsfragen des nationalen Wehrrechts und der Landesverteidigung schlicht nicht zuständig sei und sprach von einem "Konflikt zwischen Grundgesetz und europäischem Gemeinschaftsrecht (...)" von wahrhaft fundamentaler, grundlegend verfassungsrechtlicher Art<sup>37</sup>. Ange-

<sup>34</sup> Vgl. nur Bundesverteidigungsminister Rudolf Scharping (SPD), der erklärte, dass die Bundeswehr grundsätzlich in ihrer ganzen Vielfalt weiblichen Soldaten offenstehen solle: "Ab 2001 auch Kampfschwimmerinnen bei der Bundeswehr - Verteidigungsminister Scharping: Künftig soll es keine Einschränkungen für Frauen geben/Nur persönliche Eignung zählt", Die Bundeswehr 4/2000, S. 12.

<sup>35</sup> Vgl. Protokoll Nr. 14/44 und 14/30 der 44. Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG) - Drucksache 14/1728 (neu) -.

<sup>36</sup> Wie Götz, JZ 2000, S. 416 zutreffend feststellt, hat der EuGH durch sein Urteil eine Selbstblockade der deutschen Politik gelöst und der Bundesrepublik Deutschland die Möglichkeit eröffnet, in einer wichtigen Frage Anschluss an die allgemeine Entwicklung in den anderen NATO-Staaten zu halten. Siehe zum internationalen Vergleich: "Verwendungsmöglichkeiten für Frauen (NATO-Staaten)", Die Bundeswehr 2/2000, S. 5; "Genauso erfolgreich wie die Männer - Frauen in den europäischen Streitkräften", Die Bundeswehr 4/2000, S. 10 ff.

<sup>37</sup> Scholz, DÖV, S. 419 f.; ders. RIW 2000, S. 222; vgl. auch sein Interview in Der Tagesspiegel vom 12.1.2000: "Frauen an die Waffen - Das Gericht hat seine Grenzen überschritten", S. 4: Das Urteil des EuGH "verstößt massiv gegen das ‚Maastricht‘-Urteil des Bundesverfassungsgerichts".

sichts dieser harschen Töne und der Folgen des Urteils *Kreil* für das deutsche (Verfassungs-) Recht hat es auch Echo in den juristischen Fachzeitschriften gefunden, hier reichen die Stellungnahmen von kaum verhüllter Ablehnung<sup>38</sup> bis hin zur uneingeschränkten Billigung<sup>39</sup> des Luxemburger Urteils<sup>40</sup>.

## C. DER GEHALT DES EUGH-URTEILS UND WÜRDIGUNG

### I. Zur Kompetenzfrage

Im folgenden geht es um den ersten der beiden Schwerpunkte, die Kompetenzfrage<sup>41</sup>.

So vertrat die deutsche Bundesregierung im gerichtlichen Verfahren die Auffassung, dass das Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht für Fragen der nationalen Verteidigung, die in der Souveränität der Mitgliedstaaten verblieben seien, gelte<sup>42</sup>. Dahin ging auch die Argumentation der italienischen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs, jeweils unter Hinweis auf Art. 224 EG-Vertrag (jetzt Art. 297 EG)<sup>43</sup>. Statt dessen hat der Gerichtshof entschieden, dass Entscheidungen über die Organisation der nationalen Streitkräfte durchaus vom Gemeinschaftsrecht erfasst sein können. Teile der Literatur gehen vor allem mit dieser Aussage hart ins Gericht<sup>44</sup>. Sie erheben den Vorwurf, der EuGH überspanne seine (Rechtsprechungs-) Kompetenz wegen mangelnder Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Rechtsetzung auf dem Gebiet der nationalen Verteidigung, und er dehne den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts unzulässigerweise aus. Damit sind Begriffe angesprochen, deren Ein-

ordnung und Unterscheidung für das Verständnis des Urteils *Kreil* grundlegend sind, nämlich der Begriff der Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft und des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts.

Der Streit, ob eine bestimmte (Rechtsetzungs-) Materie in den Kompetenzbereich der EU bzw. der Gemeinschaft fällt, und welche Kompetenzen die Mitgliedstaaten besitzen, muss anhand der Vertragstexte des EU- und EG-Vertrages entschieden werden. Dazu soll zunächst die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen nach beiden Verträgen allgemein dargestellt werden, ehe die hier interessierende Kompetenzfrage jeweils fallbezogen beantwortet wird. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den "Ausnahmen" des Gemeinschaftsrechts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit. Zum Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts bedarf anschließend der vom EuGH herangezogene Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen einer näheren Betrachtung.

1. Die Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen der Union bzw. der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten nach den Vertragstexten

a) Die Regelungen des EU-Vertrages

Ausgangspunkt ist das die Rechtsetzungsgewalt der EU beherrschende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das im EU-Vertrag in Art. 5 EU geregelt ist. Es wird dort mit der Formulierung "nach Maßgabe und im Sinne" angesprochen und meint eine Befugnisbegrenzung einerseits auf die in den Verträgen zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie der nachfolgenden Verträge und Akte zu deren Änderung oder Ergänzung und andererseits auf die in den Bestimmungen des EU-Vertrages selbst eingeräumten Kompetenzen. Über diese Verweisung hinaus begründet Art. 5 EU keine zusätzlichen Kompetenzen der auch im Rahmen der EU tätig werdenden Organe der EG<sup>45</sup>; sie besitzen hier ausschließlich die ihnen durch den EU-Vertrag zugewiesenen Befugnisse.

Unter die befugnisbegründenden Bestimmungen des EU-Vertrages für die Organe der EG fallen insbesondere die Regelungen zur Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) in Titel V, Art. 11 ff. EU. Eine Zuständigkeit der Gemeinschaft auf dem Gebiet der nationalen Verteidigung ergibt sich daraus nicht. Die relevanten Normen regeln völkerverträglich, wie die Mitgliedstaaten auf dem genannten Gebiet unter "bloßer" Beteiligung der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments intergouvernemental zusammenar-

<sup>38</sup> Ähnlich kritisch wie *Scholz* (Fn. 37), allerdings mit jeweils unterschiedlichen Akzentuierungen: *Arndt*, NJW 2000, S. 1461; *ders.*, Recht und Politik, S. 29 f.; *Badura*, S. 52 ff.; *Doehring*, S. 1; *Dreist*, S. 169 f.; *Löwer*, S. 83 ff.; *Stein*, S. 214.

<sup>39</sup> *Götz*, JZ 2000, S. 414; *Mayr/Würfel*, ELR 2000, S. 55; *Streinz*, DVBl. 2000, S. 588 ff.; *Tobler*, S. 585; *Zuck*, NJW 2000, S. 1702; *Zuleeg*, Anhörung Rechtsausschuss, S. 94 f., der mit seinem Beitrag DÖV 1997 wohl als erster die europarechtliche Dimension des Problems erkannt und im Lichte der Rechtsprechung des EuGH analysiert hat.

<sup>40</sup> Deshalb ist auch *Epping*, S. 58, zu widersprechen, der speziell eine Auseinandersetzung zur Frage, ob die RL 76/207/EWG auf Wehrdienstverhältnisse anwendbar sei, für entbehrlich hält, da ja parteiübergreifender Konsens über die grundsätzliche Öffnung der Bundeswehr für Frauen bestehe.

<sup>41</sup> Die dazu entscheidenden Aussagen des Urteils *Kreil* (Fn. 5) finden sich in den Rn. 15-19.

<sup>42</sup> Im Verfahren stützte die deutsche Regierung ihren Standpunkt allerdings hauptsächlich auf Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 RL 76/207/EWG (dazu näher in diesem Teil der Arbeit, unter C. II., 1.), vgl. Schlussanträge Rs. *Kreil* (Fn. 33), Rn. 10, 13 f.

<sup>43</sup> Vgl. Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 12 f.; Schlussanträge Rs. *Kreil* (Fn. 33), Fn. 9.

<sup>44</sup> Nachweise in Fn. 38.

<sup>45</sup> *Hilf/Pache*, Art. E EU-Vertrag, Rn. 4.

beiten<sup>46</sup>. Die Vertragsrevision von Amsterdam hat daran nichts geändert. Das geht insbesondere aus Art. 17 Abs. 1 EU hervor, wonach die "schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik" eines Tages "zu einer gemeinsamen Verteidigung führen könnte, falls der Europäische Rat, dies beschließt". Die Kernfragen einer gemeinsamen Verteidigungspolitik und speziell einer gemeinsamen Verteidigung, erst recht also die der nationalen Verteidigung, werden weiterhin von den Mitgliedstaaten entschieden. Die "Akte" im Rahmen der GASP sind rechtlich stets allein den Mitgliedstaaten, weder der EU noch der Gemeinschaft zuzuordnen<sup>47</sup>.

#### b) Die Regelungen des EG-Vertrages

Mit weit geringerer Deutlichkeit lassen sich Schlüsse aus den Normen des EG-Vertrages ziehen. Das liegt im System der Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten begründet. So enthält der EG-Vertrag keinen ausdrücklichen Katalog zur Verteilung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, wie ihn etwa das Grundgesetz kennt<sup>48</sup>. Die Kompetenzen der Gemeinschaft sind final im Sinne von Politikaufgaben und Zielvorgaben ausgestaltet<sup>49</sup>. Dabei verfolgt der EG-Vertrag eine Technik fortlaufender Konkretisierung der Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft: Art. 2 EG bestimmt als Mittel zur Erreichung der dort genannten allgemeinen Aufgaben der Gemeinschaft die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie die Durchführung bestimmter gemeinsamer Politiken und Maßnahmen. Die Aufgaben der Gemeinschaft sind in Art. 3 Abs. 1 EG und Art. 4 EG aufgezählt. Sie werden ihrerseits konkretisiert in den Titeln und Kapiteln des EG-Vertrages über die einzelnen Tätigkeitsbereiche. Dort sind teils besondere Zielvorschriften, teils Ge- bzw. Verbotsnormen, teils Kompetenzvorschriften enthalten. Speziell die Rechtsgrundlagen für ein Tätigwerden der Gemeinschaft sind entweder als Einzelermächtigungen oder als allgemeine Kompetenztitel ausgestaltet. Dabei beziehen sich die ausdrücklichen Rechtsgrundlagen auf spezielle Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft. Sie finden sich jeweils in den Teilen des Vertrages, die den relevanten Tätigkeitsbereich regeln und dazu auch die materiellen Be-

stimmungen enthalten<sup>50</sup>. Bei dieser Art von Kompetenznormen gilt das im EG-Vertrag in Art. 5 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 7 Abs. 1 UAbs. 2 EG geregelte Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, das klarstellt, dass auch im Geltungsbereich des EG-Vertrages die Gemeinschaft nur handeln kann, wenn und soweit ihr hierzu die Befugnis durch Kompetenzübertragung seitens der Mitgliedstaaten mit Schaffung der Gemeinschaft nebst späterer Vertragsrevisionen gegeben ist. Dieses Prinzip schließt mit der Formulierung des Art. 5 Abs. 1 EG "in diesem Vertrag zugewiesene(n) Befugnisse" auch die Möglichkeiten nach Art. 308 EG ein. Dieser gestattet - als sog. subsidiäre Generalklausel und Rechtsgrundlage allgemeiner Natur - ein Tätigwerden der Gemeinschaft zur Verwirklichung von Zielen im Rahmen des Gemeinsamen Marktes. Die Norm kann als Rechtsgrundlage zur Regelung einer Materie herangezogen werden, ohne dass der EG-Vertrag die nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung "an sich" erforderliche Befugnis enthält. Zu diesem allgemeinen Kompetenztitel kommen mit Art. 94 EG und Art. 95 EG zwecks Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Regelungen hinzu, die den Gemeinsamen Markt bzw. den Binnenmarkt im Allgemeinen betreffen. Kernaussage des Art. 5 Abs. 1 EG ist somit, dass für jedes Handeln der Gemeinschaft im Rahmen der Zielvorgaben von Art. 3 EG und Art. 4 EG eine Rechtsgrundlage vorhanden sein muss, entweder als spezielle oder allgemeine Ermächtigungsnorm<sup>51</sup>. Daraus ergibt sich, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Regelung einer Materie die Regel und die Gemeinschaftszuständigkeit die Ausnahme darstellt<sup>52</sup>, was sich in dieser Klarheit dem EG-Vertrag jedoch nicht entnehmen lässt. Diese grundsätzliche "Allzuständigkeit" der Mitgliedstaaten bei der Rechtsetzung<sup>53</sup> erklärt das Fehlen eines ausdrücklichen Katalogs der Kompetenzen, die von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft übertragen

<sup>46</sup> Cremer, Art. 11 EU, Rn. 1.

<sup>47</sup> Ders., a. a. O., ebd.

<sup>48</sup> In Art. 73 ff. GG werden den verschiedenen "Ebenen" im Bundesstaat (Bund/Länder) bestimmte Rechtsetzungskompetenzen funktional, d.h. nach Sachgebieten oder Gesetzgebungsbereichen, zugewiesen.

<sup>49</sup> Vgl. Langguth, Art. 5 EG, Rn. 2.

<sup>50</sup> Als fallbezogenes Beispiel: Die Tätigkeit der Gemeinschaft i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Buchst. j) EG umfasst "nach Maßgabe dieses Vertrages (...) eine Sozialpolitik (...)". Die materiellen Vorschriften und Ermächtigungsgrundlagen für ein Tätigwerden der Gemeinschaft sind in Art. 136 ff. EG geregelt, letztere dort in Art. 137 EG und Art. 141 EG.

<sup>51</sup> Langguth, Art. 5 EG, Rn. 7. Angemerkt sei hier nur, dass neben der subsidiären Handlungszuständigkeit in Art. 308 EG den Gemeinschaftsorganen auch ungeschriebene Zuständigkeiten (sog. "implied powers" - Kompetenzen kraft Sachzusammenhang) eingeräumt werden. Im Gegensatz zur Generalklausel des Art. 308 EG wird hier die Kompetenz nicht aus den Vertragszielen, sondern aus bereits vorhandenen Zuständigkeiten der EG abgeleitet: Eine einem Gemeinschaftsorgan vom EG-Vertrag eingeräumte Kompetenz ermächtigt auch zu solchen Maßnahmen, die zur wirksamen und vollständigen Ausübung der ausdrücklich eingeräumten Befugnis erforderlich ist, Zuleeg, Kommentar EGV, Art. 3 b EG-Vertrag, Rn. 2.

<sup>52</sup> Langguth, Art. 5 EG, Rn. 4.

<sup>53</sup> Zuleeg, Kommentar EGV, Art. 3 b EG-Vertrag, Rn. 2.

worden sind<sup>54</sup>. Ausdrücklich festgehalten sind vielmehr nur diejenigen Kompetenzen der Mitgliedstaaten, die ihnen innerhalb der "an sich" auf die Gemeinschaft übertragenen Befugnisse verbleiben. Dazu zählen namentlich sog. Bereichsausnahmen (fallbezogen z. B. Art. 39 Abs. 4 EG) und Vorbehalte bzw. Schranken (fallbezogen z.B. Art. 30, 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 EG)<sup>55</sup>.

Die dargestellte Zielorientiertheit des EG-Vertrages erschwert zusätzlich die Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten: Aus Art. 5 Abs. 2 EG lässt sich entnehmen, dass es neben den der Gemeinschaft ausschließlich zugewiesenen Kompetenzen noch andere Arten der Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geben muss. Diese können - z.B. nach dem Vorbild der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeiten des Bundes nach dem Grundgesetz (vgl. Art. 72, 74, 74 a GG) - als konkurrierende Zuständigkeiten bezeichnet werden; der EuGH sieht die Alternative zur ausschließlichen Kompetenz als parallele Kompetenz an<sup>56</sup>. Zur Unterscheidung beider Kategorien<sup>57</sup> sind dem EG-Vertrag keine Anhaltspunkte zu entnehmen. Nach der Rechtsprechung des EuGH zählen zu den ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeiten der Gemeinschaft aber die Agrarmarkt-, die Fischerei-, und die gemeinsame Handelspolitik<sup>58</sup>. Auf diesen Sachgebieten ist den Mitgliedstaaten keinerlei Freiraum für eigene Regelungen vorbehalten, die Gemeinschaft ist zur Rechtsetzung ausschließlich zuständig. Im Übrigen sind die Zuständigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geteilt. In diesen Bereichen greift der in Art. 5 Abs. 2 EG normierte Grundsatz der Subsidiarität, wonach die Gemeinschaft nur tätig wird, "sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können". Grundsätzlich bewirkt die Ausübung einer konkurrieren-

den Gesetzgebungszuständigkeit durch die Gemeinschaft jedenfalls, dass den Mitgliedstaaten jedes gesetzgeberische Handeln im betreffenden Bereich verwehrt ist - soweit die gemeinschaftsrechtliche Regelung reicht. Umgekehrt sind die Mitgliedstaaten zu nationalen Regelungen befugt, solange die Gemeinschaft ihre (konkurrierende) Kompetenz (noch) nicht wahrgenommen hat.

Diese Grundsätze auf die fallbezogene Kompetenzfrage angewandt, lässt sich schnell feststellen, dass das Recht der Gemeinschaft, das im Übrigen gemäß Art. 47 EU von den Vorschriften über die GASP nicht berührt wird, Fragen der Verteidigung nicht explizit regelt<sup>59</sup>. Zur Falllösung findet der EuGH einen vertraglichen Anknüpfungspunkt in Art. Art. 297 EG, der bestimmt, dass sich

"die Mitgliedstaaten (...) miteinander ins Benehmen (setzen), um durch gemeinsames Vorgehen zu verhindern, dass das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes durch Maßnahmen beeinträchtigt wird, die ein Mitgliedstaat bei einer schwerwiegenden innerstaatlichen Störung der öffentlichen Ordnung, im Kriegsfall, bei einer ernstesten, eine Kriegsgefahr darstellenden internationalen Spannung oder in Erfüllung der Verpflichtung trifft, die er im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Friedens und der internationalen Sicherheit übernommen hat".

Diese Vorschrift sieht der Gerichtshof unter anderem als Beleg für seine These an, dass ein Sachverhalt nicht schon deshalb vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen ist, weil er den Bereich der Verteidigung berührt. Das wird in seiner Formulierung deutlich, dass es zwar Sache der Mitgliedstaaten ist, Entscheidungen über die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen, dies jedoch nicht bedeute, "dass derartige Entscheidungen vollständig der Anwendung des Gemeinschaftsrechts entzogen wären"<sup>60</sup>.

Ob der Wortlaut der Norm eine solche Auslegung zulässt, mag bezweifelt werden<sup>61</sup>. Weiter kommt man mit ihrer Struktur. Art. 297 EG regelt, wie auch Art. 30, 39 Abs. 4, 46 Abs. 1, 296 Abs. 1 EG, die der EuGH in diesem Zusammenhang heranzieht<sup>62</sup>, eine "Ausnahme"<sup>63</sup> aus Gründen der öffentlichen Sicherheit,

<sup>54</sup> Aus deutscher Sicht unterliegen Fragen der Verteidigung gemäß Art. 73 Nr. 1 GG vielmehr der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes, somit der alleinigen Regelungskompetenz des Mitgliedstaates Bundesrepublik Deutschland. Für das EG-Recht ist nach Ansicht des EuGH aber ein anderer Ausgangspunkt entscheidend.

<sup>55</sup> Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 15.

<sup>56</sup> Wohl eher verneinend *Stahn*, S. 123, der dies mit der missverständlichen Formulierung der Norm begründet, die auch durch *Gilsdorf/Kuijper*, Art. 224 EG-Vertrag, Rn. 2, dort m. w. N. in Fn. 1, problematisiert wird.

<sup>57</sup> Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 16.

<sup>58</sup> Terminologisch und strukturell bestehen bei den einzelnen genannten "Ausnahmen" Unter-

<sup>54</sup> *Langguth*, Art. 5 EG, Rn. 4.

<sup>55</sup> Zur Unterscheidung sei hier nur soviel gesagt: Soweit eine Bereichsausnahme reicht, findet das Gemeinschaftsrecht überhaupt keine Anwendung, soweit lediglich ein Vorbehalt bzw. eine Schranke gegeben ist, kommt das Gemeinschaftsrecht zur Anwendung, und die mitgliedstaatlichen Beschränkungen müssen sich nach dessen Maßstäben rechtfertigen lassen, vgl. *Streinz*, DVBl. 2000, S. 589, dort m. w. N. in Fn. 29.

<sup>56</sup> *Zuleeg*, Kommentar EGV, Art. 3 b EG-Vertrag, Rn. 6, dort m. N. zur Rspr. des EuGH in Fn. 63.

<sup>57</sup> Zusätzlich zur ausschließlichen und konkurrierenden Gemeinschaftszuständigkeit (diese Terminologie wird im Weiteren gebraucht) werden auch noch sog. parallele Zuständigkeiten (wohl in einem anderen Sinne, als sie der EuGH versteht) und die Rahmenkompetenz der Gemeinschaft besprochen, dazu guter Überblick bei *Streinz*, Europarecht, Rn. 128 ff.

<sup>58</sup> Vgl. die Nachweise zur entsprechenden Rspr. des EuGH bei *Zuleeg*, Kommentar EGV, Art. 3 b EG-Vertrag, dort in Fn. 39, 43, 45.

die nicht nur eine bestimmte Grundfreiheit<sup>64</sup>, sondern die allgemeinen Vorschriften des EG-Vertrages betrifft<sup>65</sup>. Geht man davon aus, dass nationale Verteidigungsinteressen Gründe der öffentlichen, äußeren Sicherheit im Sinne der "Ausnahme" des Art. 297 EG begründen können<sup>66</sup>, lässt sich die Argumentation des Gerichtshofs auf folgenden Punkt bringen: Auch der Bereich der nationalen Verteidigung ist nicht generell von den allgemeinen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ausgenommen, und nur unter äußerst restriktiven Voraussetzungen - den in Art. 297 EG aufgezählten Notstandssituationen - können im Interesse der öffentlichen Sicherheit "Ausnahmen" zugelassen werden, deren Regelung den Mitgliedstaaten verbleibt<sup>67</sup>.

In der Rechtsprechung ist diese Vorgehensweise des EuGH nichts Neues. So hatte der Gerichtshof bereits in den Urteilen *Richardt und "Les Accessoires Scientifiques"*<sup>68</sup> sowie *Leifer u. a.*<sup>69</sup> entschieden, dass Gründe öffentlicher, äußerer Sicherheit keine Bereichsausnahme vom Vertrag begründen, sondern das Verhalten eines Staates - nachdem der Anwendungsbereich des Vertrages grundsätzlich eröffnet ist - nur unter bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen rechtfertigen können. Bestätigt wird dies durch das Urteil *Johnston*<sup>70</sup>, eine

---

schiede; der EuGH bringt dabei sog. Bereichsausnahmen und Vorbehalte bzw. Schranken durcheinander, vgl. dazu hier Fn. 55.

<sup>64</sup> Deshalb mag auch die Argumentation des EuGH mit den "Ausnahmen" der Grundfreiheiten im Binnenmarkt auf den ersten Blick "schief" erscheinen. Zutreffend ist, dass die Streitkräfte keinen Binnenmarktbezug haben, sie bieten Arbeitnehmerinnen aus anderen Mitgliedstaaten keine Beschäftigungsmöglichkeiten. Die Feststellung des Gerichtshofs kann aber so verstanden werden, dass die Bereichsausnahmen, die der EG-Vertrag vorsieht, und die genannten "Ausnahmen", die Beschränkungen rechtfertigen können, die Bestimmungen über die Grundfreiheiten betreffen, aber nicht das Grundrecht des Art. 141 EG und die zur Sozialpolitik erlassenen sekundärrechtlichen Vorschriften, wozu die RL 76/207/EWG gehört. Es wird dadurch deutlich, dass das Gemeinschaftsrecht "europaweit" Rechte für Inländer auch ohne grenzüberschreitenden Bezug begründen kann, wie das bei Regeln zur Rechtsvereinheitlichung grundsätzlich der Fall ist, *Streinz*, DVBl. 2000, S. 590. Das Argument 'keine europäische Gleichberechtigung bei rein nationalen Sachverhalten' - so *Stein*, S. 214 - geht also fehl.

<sup>65</sup> Dabei kann im Fall des Art. 297 EG von sämtlichen Vertragsvorschriften abgewichen werden, *Callies*, Art. 297 EG, Rn. 3. Denn nur so erhält die Vorschrift nach allgemein vertretener Auslegung überhaupt ihren Sinn, *Gilsdorf/Kuijper*, Art. 224 EG-Vertrag, Rn. 2, wieder mit Hinweis auf die missverständliche Formulierung der Norm (siehe hier Fn. 61).

<sup>66</sup> Vgl. Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 17.

<sup>67</sup> Vgl. dazu *Callies*, Art. 297 EG, Rn. 3.

<sup>68</sup> Urteil *Richardt und "Les Accessoires Scientifiques"* (Fn. 21), Rn. 22 f.

<sup>69</sup> Urteil *Leifer u. a.* (Fn. 21), Rn. 26-30.

<sup>70</sup> Vgl. Urteil *Johnston*, (Fn. 20), Rn. 27, 60.

Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleibt auch hier nur im Rahmen von ausdrücklich zuerkannten "Ausnahmen". Das Urteil *Kreil* setzt diese Rechtsprechung, erst recht im Hinblick auf die Vorgängerentscheidung im Fall *Sirdar*, fort.

### c) Würdigung

Folgt man dieser nachvollziehbaren, wenn auch knappen<sup>71</sup> Argumentation, verliert der Vorwurf fehlender Zuständigkeit des EuGH wegen mangelnder Rechtsetzungsgewalt der Gemeinschaft im Bereich der nationalen Verteidigung an Gewicht und Schärfe. Gemäß Art. 220 EG sichert der EuGH die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EG-Vertrages. Seine Entscheidung im Fall *Kreil* hält sich im System der dargestellten Kompetenzabgrenzung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, wonach die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nur noch zur Regelung von Bereichsausnahmen oder Vorbehalten bzw. Schranken befugt sind. Es trifft nicht zu, dass auf allen Rechtsgebieten, für die "an sich" die alleinige Regelungskompetenz bei den Mitgliedstaaten liegt, der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht eröffnet ist. Weder leugnet, noch verdrängt der EuGH damit die militärische Organisationshoheit der Mitgliedstaaten. Denn das Gemeinschaftsrecht will (und kann) nicht in die innere Ordnung der nationalen Streitkräfte eingreifen. Es betrifft aber die "Ausnahme"-Maßnahmen nach Art. 297 EG sowie das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes und bezieht somit das Sachgebiet, das der Organisationshoheit der Mitgliedstaaten unterfällt, in seinen Bereich ein und legt den Umfang der gerichtlichen Kontrolle fest<sup>72</sup>. Dieses Sachgebiet ist in der Gleichbehandlungsrichtlinie unter dem Blickwinkel des Zugangs zu einer Beschäftigung geregelt. Die spezielle Ausprägung des von Frau Kreil geltend gemachten Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen kennt aber keine Bereichsausnahme für den Bereich der nationalen Verteidigung. Ob bei Erlass der RL 76/207/EWG im Jahr 1976 "doch kein Mitgliedstaat, der dieser Richtlinie zugestimmt hat, auch nur im Traum auf die Idee gekommen (ist), sie könnte eines Tages auch auf Streitkräfte ange-

---

<sup>71</sup> So ist auch angesichts des Begründungsaufwandes der Schlussanträge des Generalanwalts Antonio La Pergola vom 18.5.1999 in der Rs. C-273/97, *Angela Maria Sirdar/The Army Board, Secretary of State Defence* (Schlussanträge Rs. *Sirdar*, voller Wortlaut in EuGRZ 1999, S. 665 ff.) speziell zur Kompetenzfrage verständlich, dass *Dreist*, S. 169, (übertrieben) bemängelt, der EuGH lasse eine Auseinandersetzung mit der entscheidenden Frage völlig vermissen, ob seine Zuständigkeit im Regelungsbereich der Außen- und Sicherheitspolitik eines Staates gegeben sei.

<sup>72</sup> Schlussanträge Rs. *Sirdar* (Fn. 71), Rn. 29.

wendet werden<sup>73</sup>, mag dahinstehen. Das Fehlen einer "Ausnahme" vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ist das entscheidende Element in der Argumentation des EuGH<sup>74</sup>. Die Mitgliedstaaten sind nur noch im Rahmen der ausdrücklich zuerkannten Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung des Art. 2 Abs. 2 bzw. Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie zu nationalen Maßnahmen befugt.

Mit Bejahung der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts im Fall *Kreil* bleibt dennoch die Frage, wie die Anwendung der Richtlinie auf den berufsbezogenen Aspekt der Streitkräfte begründet werden kann<sup>75</sup>.

## 2. Der europarechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen

Nach Ansicht des EuGH ist die Anwendbarkeit der RL 76/207/EWG auf den Bereich der Verteidigung nicht deshalb ausgeschlossen, weil dieser in der Kompetenz der Mitgliedstaaten verblieben ist. Denn nach seiner Auslegung des EG-Vertrages ist das fragliche Gebiet zumindest nicht vom Vertrag ausgeklammert. Freilich handelt er das Problem lediglich mit der Feststellung ab, es entspreche ständiger Rechtsprechung, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen allgemeine Geltung hat und dass die Richtlinie auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar ist<sup>76</sup>.

### a) Der Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG

Zum einen gilt die Richtlinie ihrem Wortlaut nach für Arbeitnehmer, wobei sich der Grundsatz der Gleichbehandlung auf den Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg für diesen Personenkreis richtet. Da der gemeinschaftsrechtliche Arbeitnehmerbegriff weiter als die Arbeitnehmereigenschaft nach deutschem Recht ist<sup>77</sup>, kann darunter auch das Soldatenverhältnis fallen<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> Stein, S. 214; vgl. auch Scholz, DÖV 2000, S. 418 f.

<sup>74</sup> Tobler, S. 585.

<sup>75</sup> Erinnert sei hier an kritische Stimmen in der Literatur, wie: "Der EuGH hat über eine Art von Eselsbrücke - die Berufsausübung - in die Gestaltung der nationalen Streitkräfte eingegriffen, eine Einflussnahme, die gerade vom Recht der EU nicht vorgesehen ist", Doehring, S. 1; "Die Gleichberechtigung ist ein Thema nur innerhalb der ,Tätigkeiten der Gemeinschaft'", Löwer, S. 84.

<sup>76</sup> Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 18.

<sup>77</sup> Zum Begriff des Arbeitnehmers nach Art. 48 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 39 EG): EuGH, Urteil vom 23.3.1982 in der Rs. 53/81, *Levin*, Slg. 1982, S. 1035 ff., Rn. 11; EuGH, Urteil vom 3.7.1986 in der Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, S. 2121 ff., Rn. 16.

<sup>78</sup> Gornig, Art. 12 a Abs. 4 GG, Rn. 169, Fn. 43, unter Verweis auf die ausführliche Begründung bei Zuleeg, DÖV 1997, S. 1022.

Zum anderen hängt damit die Art des Arbeitsverhältnisses zusammen. Vom Wortlaut her lässt sich die allgemeine Geltung der Richtlinie für alle Arbeitsverhältnisse aus Art. 3 Abs. 1 RL 76/207/EWG entnehmen, der auf den Zugang "zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen - unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig" abstellt. Die Gleichbehandlungsrichtlinie gilt daher auch für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse, in die angehende Berufssoldaten in der Bundesrepublik Deutschland unbestritten eintreten<sup>79</sup>. Gestützt wird diese These durch die Tatsache, dass die Richtlinie - anders als Art. 39 Abs. 4 EG - keine Bereichsausnahme für den öffentlichen Dienst enthält. Das meint wohl auch der Gerichtshof, wenn er von der "allgemeinen Geltung" des Grundsatzes der Gleichbehandlung spricht.

Ausgehend von seiner Rechtsprechung im Fall *Johnston* war es für den EuGH bis zur Anwendung der Richtlinie auch auf den berufsbezogenen Aspekt der Streitkräfte im Fall *Kreil* (und *Sirdar*) kein großer Schritt: Im Fall *Johnston* ging es darum, dass nach einer Regelung für Nordirland geschlechtsspezifische Diskriminierungen zwischen Männern und Frauen im Polizeidienst grundsätzlich untersagt sind. Hiervon ausgenommen sind Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Staatssicherheit oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Begründet wurde die Maßnahme mit der in Nordirland herrschenden Gefahr, dass potentielle Angreifer durch Anschläge auf Frauen in den Besitz von Schusswaffen gelangen könnten. Frau Johnston, die - anders als ihre männlichen Kollegen - auf Grund der entsprechenden Vorschrift nicht mit einer Schusswaffe im Polizeidienst ausgerüstet wurde, sah sich dadurch diskriminiert. Da die RL 76/207/EWG keine "Ausnahme" zur Wahrung der ins Feld geführten Rechtsgüter der inneren Sicherheit enthält, berücksichtigte der EuGH diese in der Prüfung von Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie. Er führte dazu aus, dass sich nicht ausschließen ließe, "dass bei schweren inneren Unruhen die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen erhöht wird, wenn diese Schusswaffen tragen, und dass dies daher den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwiderläuft"<sup>80</sup>. Also "können die Bedingungen der Ausübung bestimmter polizeilicher Tätigkeiten so beschaffen sein, dass das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für ihre Ausübung darstellt"<sup>81</sup>. Der EuGH hat damit im Fall *Johnston* Fragen der öffentlichen, inneren Sicherheit in den Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG einbezogen. In den Rechtssachen *Sirdar* und *Kreil* nimmt er eine Ausdehnung auch auf Fragen der äußeren Sicherheit vor<sup>82</sup>, wenn

<sup>79</sup> Vgl. nur Scholz, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 203.

<sup>80</sup> Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 36.

<sup>81</sup> A. a. O., Rn. 37.

<sup>82</sup> Vgl. Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 17; Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 17.

er - wie im Fall *Sirdar* - formuliert, dass es "für Maßnahmen zur Organisation der Streitkräfte, die mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit begründet werden, keinen allgemeinen Vorbehalt gegenüber dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen (gibt)"<sup>83</sup>.

#### b) Würdigung

Der Gerichtshof begründet nicht, warum die Einbeziehung des Sektors der nationalen Verteidigung in den Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG von den Vorschriften des EG-Vertrages gedeckt ist. Zugegebenermaßen ist nicht einfach nachzuvollziehen, wie er den "Sprung" von den Regelungen der Art. 30, 39, 46, 296 EG und 297 EG und den darin vorgesehenen "Ausnahmen" hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit zu den Sozialvorschriften des EG-Vertrages schafft, "zu denen der von Frau Kreil geltend gemachte Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gehört", um dann festzustellen, dass "folglich (...) die Richtlinie in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens anwendbar ist"<sup>84</sup>.

Trotz der geäußerten Kritik hält sich das Urteil *Kreil* im Rahmen der Kompetenzen der Gemeinschaft zur Rechtsetzung. Denn der EuGH verhilft hier einem in der Rechtsordnung der Gemeinschaft verankerten Grundrecht zur Geltung, mag es auch nicht so formuliert sein: Der Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Von den Kritikern des Urteils *Kreil* wird übersehen, dass die Notwendigkeit zur Gleichberechtigung der Geschlechter nicht allein aus der RL 76/207/EWG folgt. Diese sekundärrechtliche Regelung ist nur die Ausprägung des in der Gemeinschaftsrechtsordnung allgemein geltenden Gleichheitssatzes, der das gesamte Arbeitsleben erfasst und insbesondere den gleichberechtigten Zugang zum Beruf regelt. Ein Nachvollzug der Entwicklung, die der Gleichheitssatz erfahren hat, soll das zeigen:

Der allgemeine Gleichheitssatz ist hinsichtlich der Gleichstellung von Männern und Frauen durch die Amsterdamer Vertragsrevision wesentlich gestärkt worden. Art. 2 EG zählt nun die Gleichstellung von Männern und Frauen ausdrücklich zu den Aufgaben der Gemeinschaft. Nach Art. 3 Abs. 2 EG ist bei allen in Art. 3 Abs. 1 EG genannten Tätigkeiten der Gemeinschaft die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu anderen Tätigkeiten der Gemeinschaft: Als sog. Querschnittsmaterie verpflichtet diese Politik alle Organe der Gemeinschaft zur Förderung der Geschlech-

tergleichheit. Typisch für eine solche Querschnittsmaterie ist, dass die Zuordnung zu einem bestimmten Kompetenztitel schwer fällt. Vielmehr tangiert sie verschiedene Bereiche. Weiter kann mit der Ermächtigung in Art. 13 EG unter anderem eine Gleichstellung der Frau auch in anderen Gesellschaftsbereichen als dem des Erwerbslebens erreicht werden. Von größter Bedeutung ist der unmittelbar anwendbare Art. 141 EG, der ein Recht auf gleiches Entgelt von Männern und Frauen - jetzt nicht mehr nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit - vermittelt. Insbesondere gibt Art. 141 Abs. 3 EG der Gemeinschaft die Kompetenz zum Erlass von Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichberechtigung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. In Zukunft ist damit Rechtsetzung auf allen erdenklichen Gebieten des Arbeitslebens, die im weitesten Sinne Einfluss auf die Geschlechtergleichstellung haben können, möglich (z.B. zur sozialen Sicherheit, Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Kinderbetreuung, Teilzeitbeschäftigung, Elternurlaub, Bekämpfung von Mobbing und sexueller Belästigung am Arbeitsplatz)<sup>85</sup>. Das Ziel der Gleichberechtigung taucht weiter in Art. 137 EG auf, hier insbesondere mit der zusätzlich vorhandenen Kompetenz der Gemeinschaft in Art. 137 Abs. 1, Spiegelstrich 5 i. V. m. Abs. 2 EG, wonach die Gemeinschaft im Interesse der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz tätig werden kann<sup>86</sup>. Für den Erlass künftiger Bestimmungen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen verfügt der Rat jetzt also eher über ein "Zuviel" als - wie in der Vergangenheit - über ein "Zuwenig" an ausdrücklichen Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft.

An der Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrichtlinie auch für Beschäftigungsverhältnisse in den Streitkräften kann nach heutiger Gesetzeslage also kein vernünftiger Zweifel mehr bestehen<sup>87</sup>. Für die juristische Legitimität der RL 76/207/EWG ist aber der Zeitpunkt ihres Erlasses, also die Rechtslage vor Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam, maßgeblich.

<sup>83</sup> Urteil *Sirdar* (Fn. 19), Rn. 19. Diese Ausführungen fehlen im Urteil *Kreil*.

<sup>84</sup> Vgl. Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 17, 18 und 19.

Es sei darauf hingewiesen, dass der gemeinschaftsrechtliche Begriff der Sozialpolitik sowohl das Sozialrecht als auch das hier einschlägige Arbeitsrecht umfasst, *Kreber*, Art. 136 EG, Rn. 1.

<sup>85</sup> Vgl. *Coen*, Art. 141 EG, Rn. 59.

<sup>86</sup> Art. 141 Abs. 3 EG ist *lex specialis* zu Art. 137 Abs. 1, Spiegelstrich 5 EG: Während Art. 141 Abs. 3 EG der Gemeinschaft eine uneingeschränkte Zuständigkeit - allenfalls unter Einhaltung des Subsidiaritätsgebots des Art. 5 Abs. 2 EG - zuweist, hat die Gemeinschaft nach Art. 137 Abs. 1, Spiegelstrich 5 EG nur eine Komplementärzuständigkeit auf dem Gebiet der Gleichstellung, d.h. sie ist darauf beschränkt, die Gleichstellungspolitik der Mitgliedstaaten zu ergänzen und zu unterstützen.

<sup>87</sup> *Kämmerer*, EuR 2000, S. 110.

Ausdrücklich angesprochen war die Gleichstellung von Männern und Frauen ursprünglich nur in Art. 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Art. 136 bis 143 EG ersetzt worden; vgl. zu Art. 119 EG-Vertrag jetzt Art. 141 EG), der die Lohngleichheit bei gleicher Arbeit regelte. Zwar hatte sich der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den Rechtsstreiten der Stewardess Gabrielle Defrenne gegen ihre Arbeitgeberin, die belgische Fluglinie Sabena, geweigert, diese Bestimmung über ihren Anwendungsbereich hinaus auch auf die Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen in Bezug auf andere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen als die des Entgelts auszudehnen<sup>88</sup>. Aber auch Art. 119 EG-Vertrag war nur eine spezielle Ausprägung des der Gemeinschaftsrechtsordnung immanenten allgemeinen Gleichheitsgedankens von Mann und Frau<sup>89</sup>. So griff die Gemeinschaft zur Rechtsetzung auf dem Gebiet der Sozialpolitik auf ihre Ermächtigungen im EG-Vertrag zurück, wonach im Rahmen des Gemeinsamen Marktes die Gemeinschaft ihre Ziele verwirklichen kann, wenn die erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind. Die Kompetenz des Rates zum Erlass der RL 76/207/EWG beruhte auf Art. 235 EG-Vertrag<sup>90</sup>. Denn die Gleichberechtigung von Männern und Frauen im Arbeitsleben gehört zu den Zielen der Gemeinschaft, wie die Bestimmung über die Lohngleichheit des Art. 119 EG-Vertrag zeigte. Vier weitere Richtlinien zu anderen Feldern der Gleichberechtigung von Männern und Frauen stützten sich teilweise auf Art. 100 EG-Vertrag, teilweise auf Art. 235 EG-Vertrag, teilweise auf eine Kombination dieser beiden allgemeinen Kompetenztitel<sup>91</sup>.

Um auf die Kritik zu antworten: Es ist in der Tat schwierig, eine umfassende, ausdrückliche Kompetenzgrundlage für ein Tätigwerden der Gemeinschaft im Bereich der Sozialpolitik auch für den Zeitraum vor Inkrafttreten des Vertrages

<sup>88</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 15.6.1978 in der Rs. 149/77, *Defrenne/Sabena*, Slg. 1978, S. 1365 ff., Rn. 30/32 f. (Urteil *Defrenne III*).

<sup>89</sup> Art. 119 EG-Vertrag war aber, anders als heute Art. 141 EG, als unmittelbar geltende Norm mit Grundrechtscharakter eine rein materielle Bestimmung, die keinerlei Befugnis zum Erlass von Sekundärrecht enthielt.

<sup>90</sup> Es wird z. T. bezweifelt, ob sie damit eine hinreichende Ermächtigung im EG-Vertrag besitzt - zumal, wenn sie auch auf die Streitkräfte Anwendung findet, vgl. *Badura*, S. 53; *Laubinger/Repkewitz*, VA 2000, S. 318; *Kämmerer*, EuR 2000, S. 108 f.; kritisch auch *Stein*, S. 214. Die Richtlinie selbst ist durch Rechtsprechung und Praxis "akzeptiert", so dass diese grundsätzlichen Bedenken hier noch dahinstehen sollen, vgl. dazu aber in Teil 3 der Arbeit, unter B. II. 2. Im Übrigen hätte gegen die Richtlinie gemäß Art. 173 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 230 EG) nur binnen zwei Monaten ab Bekanntgabe/Mitteilung bzw. Kenntniss wegen vermeintlich fehlender Rechtsgrundlage auf Nichtigkeit geklagt werden können.

<sup>91</sup> Vgl. zu den Richtlinien im Einzelnen *Langenfeld/Jansen*, Art. 119 EG-Vertrag, Rn. 47 ff.

von Amsterdam zu begründen<sup>92</sup>. Darauf kommt es aber nicht an. Auch die mittlerweile bestehenden ausdrücklichen Kompetenzen zum Normerlass auf diesem Gebiet berühren die bestehende RL 76/207/EWG nicht. Denn das Ziel der Richtlinie, "die Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern, soweit es sich insbesondere darum handelt, auf dem Wege des Fortschritts die Angleichung der Lebens- und Arbeitsverhältnisse zu fördern", war im Gemeinschaftsrecht verankert, und Art. 235 EG-Vertrag bot die Ermächtigung zum Richtlinienerlass: Ein erster Anhaltspunkt lässt sich der angesprochenen Rechtsprechung des EuGH zu den Rechtsstreiten *Defrenne* entnehmen, mit der der Gerichtshof den Grundstein für die Chancengleichheit zwischen Männern und Frauen legte. In seiner dazu ergangenen Entscheidung *Defrenne III* bekräftigt er, dass die Wahrung der Grundrechte des Menschen Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts ist<sup>93</sup>, deren Einhaltung er zu sichern hat<sup>94</sup>. Er führt dort aus, dass zu diesen Grundrechten die Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung gehört. Dabei beruft er sich auf die Europäische Sozialcharta vom 18. November 1961, den sozialrechtlichen Ergänzungsvertrag zu der am 4. November 1950 unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Ein weiteres Argument für die sozialrechtliche Zielsetzung des EG-Vertrages lässt sich der Präambel des EG-Vertrages entnehmen, wonach die Gemeinschaft durch gemeinsames Handeln den sozialen Fortschritt ihrer Mitgliedstaaten sichert und die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker anstrebt. Aufgegriffen wird dieser auch in der Gleichbehandlungsrichtlinie als Ziel verankerte programmatische Grundsatz durch Art. 117 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Art. 136 bis 143 EG ersetzt worden; vgl. zu Art. 117 EG-Vertrag jetzt Art. 136 EG), wonach die Mitgliedstaaten "auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte" hinwirken. Betont wird dies durch den EuGH in seinem Urteil *Defrenne II*, der dort ausführt, dass die Gemeinschaft "ja nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränkt" ist<sup>95</sup>. An glei-

<sup>92</sup> Freilich standen die genannten, allgemeinen Kompetenztitel zur Verfügung, die auf Gebiete anwendbar sind, auf die ihr Wortlaut nicht hinweist und die als Auffangbestimmungen einen weiten Spielraum lassen - und so wurden sie ja auch genutzt.

<sup>93</sup> Trotz des (noch?) fehlenden, rechtlich verbindlichen Grundrechtskatalogs im EG-Vertrag sind gemeinschaftsrechtliche Grundrechte im Rang des Gemeinschaftsprimärrechts anerkannt, grundlegend dazu EuGH, Urteil vom 12.11.1969 in der Rs. 29/69, *Stauder/Stadt Ulm*, Slg. 1969, S. 419 ff.

<sup>94</sup> Urteil *Defrenne III* (Fn. 88), Rn. 26/29.

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 8.4.1976 in der Rs. 43/75, *Defrenne/Sabena*, Slg. 1976, S. 455 ff., Rn. 8/11 (Urteil *Defrenne II*).



cher Stelle weist der Gerichtshof auf die doppelte, nämlich wirtschaftliche und soziale Zweckbestimmung von Art. 119 EG-Vertrag hin, der ursprünglich nur auf Bestreben Frankreichs Eingang in den Vertrag gefunden hatte, das wegen seiner umfangreichen Sozialleistungen und Vorschriften zur Förderung der Frauen Wettbewerbsnachteile gegenüber anderen Mitgliedstaaten befürchtete.

Im Fall *Kreil* trifft die damit auch zum Zeitpunkt des Erlasses der Gleichbehandlungsrichtlinie bestehende sozialrechtliche Kompetenz der Gemeinschaft zur Geschlechtergleichstellung auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich der nationalen Verteidigung. Hält der EuGH den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts in einem solchen Fall für eröffnet, spricht er der Gemeinschaft keine neuen Kompetenzen zu, sondern wendet diese nur auf Bereiche an, die von den Gründungsverträgen zwar nicht in ihrer Gesamtheit, aber doch punktuell - und hier lediglich in Form einzelner Ausnahmen - erfasst sind<sup>96</sup>. Liegt der Schwerpunkt des Falles, wie im Fall *Kreil*, auf den Sozialvorschriften des Vertrages, ist nicht mehr entscheidend, ob die Gemeinschaft auch für den anderen Sachbereich, hier die nationale Verteidigung, Rechtsetzungskompetenz besitzt<sup>97</sup>. Das ist wohl auch gemeint, wenn der EuGH von der "allgemeinen Geltung" des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen spricht<sup>98</sup>.

### 3. Zusammenfassung der Sicht des EuGH zur Kompetenzfrage

Zusammenfassend ist aus Sicht des EuGH die Kompetenzfrage dahin zu beantworten, dass die RL 76/207/EWG aus zwei Gründen auf den Bereich der nationalen Verteidigung Anwendung findet: Weder schließt das Gemeinschaftsrecht diesen Bereich allgemein - also für das gesamte EG-Recht - noch spezifisch - im Hinblick auf das EG-Gleichstellungsrecht - aus<sup>99</sup>. Es ist zwar zutreffend, dass die Bereiche der Sicherheitspolitik im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten verblieben sind. Daraus folgt aber nicht, dass solche Entscheidungen dem Gemeinschaftsrecht vollständig entzogen wären. Ein genereller Vorbehalt für Maßnahmen im Interesse der öffentlichen Sicherheit gibt es nicht.

<sup>96</sup> Vgl. *Stahn*, S. 126 f.

<sup>97</sup> So wohl Schlussanträge Rs. *Sirdar* (Fn. 71), Rn. 29: "Zwar haben die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft keine Befugnisse über die Organisation und die Führung ihrer Streitkräfte übertragen, aber darum geht es hier auch nicht".

<sup>98</sup> In diesem Sinne schon *Zuleeg*, DÖV 1997, S. 1021, wonach das Gemeinschaftsrecht für den freiwilligen Eintritt von Frauen in den Wehrdienst mit Waffen keine Regelung trifft, so dass sein Anwendungsbereich grundsätzlich ausscheidet. "Allerdings macht die Gleichberechtigung von Männern und Frauen eine Ausnahme, weil sie das gesamte Arbeitsleben erfasst".

<sup>99</sup> Vgl. *Tobler*, S. 785.

Die europarechtlich garantierte Gleichberechtigung von Männern und Frauen erfasst das gesamte Berufsleben und findet deshalb auch auf den freiwilligen Dienst von Frauen in der Bundeswehr Anwendung. Die Verpflichtung zur Gleichstellung der Geschlechter erfolgt dabei aus der Gleichbehandlungsrichtlinie, die einen allgemeinen Gleichheitssatz verwirklicht, dem auf europäischer Ebene Grundrechtsqualität zukommt.

Dieses Vorgehen des EuGH basiert auf seinem Bestreben, das Gemeinschaftsrecht im Sinne einer möglichst großen praktischen Wirksamkeit auszulegen<sup>100</sup>. Es zeigt zugleich, dass das Verbleiben einer Materie in der (Rechtsetzungs-) Kompetenz der Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben entbindet, die dadurch berührt werden, hier der Sozialvorschriften des EG-Vertrages in Form des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Männern und Frauen<sup>101</sup>.

## II. Zur Gleichbehandlungsfrage

Ein zweiter Schwerpunkt liegt bei der Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der Streitkräfte<sup>102</sup>.

Nachdem die Hürde der Anwendbarkeit der Gleichbehandlungsrichtlinie genommen war, hatte sich der Gerichtshof - ausgehend von seinen in den Urteilen *Johnston* und *Sirdar* entwickelten Grundsätzen und gemäß der eigentlichen Vorlagefrage - mit Inhalt und Umfang der Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung zu befassen, was im Weiteren zu würdigen ist. Die Bundesrepublik Deutschland sah in diesen Ausnahmen die Rechtfertigung für ihre einfachgesetzlichen nationalen Bestimmungen zum Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe. Sie wies dazu auf Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG als Rechtsgrundlage der Ausschlussbestimmungen hin<sup>103</sup>. Nach dieser nationalen Verfassungsbestimmung sollen Frauen von jeder Mitwirkung an Kampfeinsätzen ausgeschlossen werden und auf keinen Fall als Kombattanten feindlicher Waffeneinwirkung ausgesetzt sein. Der damit rechtspolitisch bezweckte Schutz der Frau stelle eine aus der leidvollen deutschen Vergangenheit folgende moralische Verpflichtung dar. Zudem liege Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG die Vorstellung zu Grunde, dass das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für den Dienst mit der Waffe sei<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Zu dieser "effet-utile"-Auslegung der Vertragsvorschriften durch den EuGH im Fall *Kreil* siehe *Stahn*, S. 121, 124; *Tobler*, S. 583.

<sup>101</sup> *Streinz*, DVBl. 2000, S. 589.

<sup>102</sup> Die dazu entscheidenden Teile des Urteils *Kreil* (Fn. 5) finden sich in den Rn. 20-31.

<sup>103</sup> Vgl. Schlussanträge Rs. *Kreil* (Fn. 33), Rn. 10-12.

<sup>104</sup> Vgl. a. a. O., Rn. 14.

### 1. Art. 2 Abs. 3 RL 76/207/EWG

Nach Art. 2 Abs. 3 RL 76/207/EWG können die Mitgliedstaaten zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, einseitig begünstigende (positiv diskriminierende) Regelungen erlassen. Das setzt voraus, dass die unterschiedliche Behandlung aus einem objektiven Grund erfolgt, der mit der "biologischen Eigenart" der Frau zusammenhängt<sup>105</sup>, was sich aus der beispielhaften Aufzählung von Schwangerschaft und Mutterschaft in der Vorschrift ergibt. Diese schutzwürdigen Belange der Frau dürfen aber nicht über ihre Tragweite hinaus ausgedehnt werden<sup>106</sup>, es soll nicht jede Eigenart der Frau von Art. 2 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie erfasst sein. Ein Vergleich mit Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie macht das deutlich: Das Kriterium der Tätigkeiten, für die "das Geschlecht (...) eine unabdingbare Voraussetzung darstellt", hätte sonst kaum noch eine eigenständige Bedeutung<sup>107</sup>. Frauen können also nicht mit der Begründung von einer bestimmten Beschäftigung ausgeschlossen werden, sie müssten im Verhältnis zu Männern stärker gegen Gefahren geschützt werden, die sich von den in der RL 76/207/EWG ausdrücklich erwähnten Schutzbedürfnissen der Frau unterscheiden.

Da eine "frauenspezifische Gefahr" im Sinne des Art. 2 Abs. 3 RL 76/207/EWG in den Laufbahnen des Truppendienstes der Bundeswehr nicht auszumachen ist, musste eine Berufung auf die Norm scheitern, das vorgebrachte Schutzargument konnte nicht überzeugen.

### 2. Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG

Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG lässt Ausnahmen für Tätigkeiten zu, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, sofern sich dies aus "ihrer Art" oder den "Bedingungen ihrer Ausübung" ergibt. Der Gerichtshof hat dazu entschieden, dass Ausnahmen von einem subjektiven Recht wie dem auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen eng auszulegen sind und nur auf Erfordernisse gestützt werden können, "die für die Ausübung der jeweiligen spezifischen Tätigkeit entscheidend sind"<sup>108</sup>. In der mündlichen Verhandlung erklärte der Vertreter der deutschen Regierung ausdrücklich, dass er weder die Eignung von Frau Kreil noch die von Frauen allgemein für den Dienst mit der Waffe in der Bundeswehr in Frage stellt<sup>109</sup>, ohnehin erfolgt in den Diensten der Bundeswehr, zu denen Frauen Zugang haben, eine Ausbildung an der Waffe zur Selbstverteidigung und Nothilfe.

<sup>105</sup> Vgl. a. a. O., Rn. 13, dort m. N. in Fn. 22.

<sup>106</sup> Vgl. a. a. O., ebd., dort m. N. in Fn. 23.

<sup>107</sup> Vgl. a. a. O., Rn. 15.

<sup>108</sup> Urteil *Kommission/Frankreich* (Fn. 24), Rn. 28.

<sup>109</sup> Vgl. Schlussanträge Rs. *Kreil* (Fn. 33), Rn. 16.

Es lässt sich schwer vertreten, dass eine Verwendung von Frauen in der Bundeswehr über den Sanitäts- und Militärmusikdienst hinaus nicht in Betracht kommt. Zwar verfügen Frauen wohl im Durchschnitt über geringere körperliche Kräfte, und sie zeigen auch andere soziale Verhaltensweisen als Männer, so dass sie für die Verwendung bei bestimmten Kampfaufgaben ausscheiden mögen. Relativiert wird das aber durch veränderte sicherheitspolitische Gegebenheiten, namentlich im Hinblick auf technologisch weitgehend veränderte Sicherheits- und Verteidigungsstrukturen. So war auch der vollständige Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe - weil undifferenziert und ohne sachliche Begründung - schlicht als unverhältnismäßig<sup>110</sup> anzusehen und gemeinschaftsrechtlich nicht haltbar<sup>111</sup>. In dieser fehlenden Spezifität des Ausschlusses von Frauen liegt auch der entscheidende Unterschied zum Ausgang des Rechtsstreits *Sirdar*<sup>112</sup>. Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung dürfen nach der Rechtsprechung des EuGH nur hinsichtlich spezieller beruflicher Tätigkeiten erfolgen. Es muss demnach für jede militärische Einheit gesondert geprüft werden, ob nur männliche Bewerber geeignet sind, die geforderten militärischen Aufgaben zu erfüllen<sup>113</sup>. Insoweit hat der EuGH, der ohnehin keinen abstrakten Maßstab dazu formulieren konnte, in welchem Umfang und in welchen Funktionen Frauen unmittelbar mit der Waffe am Kampf teilnehmen können und dafür ausgebildet werden, den Mitgliedstaaten zu Recht einen Ermessensspielraum bei den erforderlichen Maßnahmen eingeräumt. Dieser wird

<sup>110</sup> Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit folgt der EuGH in ständiger Rechtsprechung dem im deutschen Rechtssystem geltenden Schema: Die Rechtmäßigkeit eines Eingriffs hängt davon ab, dass die Maßnahme (hier: Tätigkeit, die vom Anwendungsbereich der RL 76/207/EWG nach deren Art. 2 Abs. 2 ausgeschlossen wird) zur Erreichung des mit der fraglichen Regelung zulässigerweise verfolgten Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist, vgl. EuGH, Urteil vom 11.7.1989 in der Rs. 265/87, *Schräder/Hauptzollamt Gronau*, Slg. 1989, S. 2237 ff., Rn. 21; EuGH, Urteil vom 13.11.1990 in der Rs. C-331/88, *The Queen/Fedesa u. a.*, Slg. 1990 I - S. 4023 ff., Rn. 13.

Ferner war nach Ansicht des EuGH im Fall *Kreil* der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit, die für die Bedingungen der Ausübung der jeweiligen Tätigkeit bestimmend sind, in Einklang zu bringen, Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 23.

<sup>111</sup> Bereits der Generalanwalt hatte auf die fehlende Spezifität des Ausschlusses von Frauen im Fall *Kreil* hingewiesen, Schlussanträge Rs. *Kreil* (Fn. 33), Rn. 25 ff., 29.

<sup>112</sup> Angemerkt sei hier nur, dass die Anwendung von Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG im Fall *Sirdar* nicht unproblematisch ist, vgl. dazu Schlussanträge Rs. *Sirdar* (Fn. 71), Rn. 32 ff.; *Kämmerer*, Anhörung Rechtsausschuss, S. 77; *Mayr*, ELR 1999, S. 495.

<sup>113</sup> Beispielhaft werden hier die Angehörigen bestimmter Spezialeinheiten mit extremen körperlichen Anforderungen genannt, wie Besatzungsmitglieder von U-Booten, Marineinfanteristen (Fall *Sirdar*), Kampfschwimmer.

aber wiederum durch eine restriktive Auslegung der Ausnahmebestimmung des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt.

3. Zusammenfassung der Sicht des EuGH zur Gleichbehandlungsfrage  
Zusammenfassend hängt die Gleichbehandlungsfrage eng mit der Kompetenzfrage zusammen: Der Grundsatz der Gleichbehandlung gilt allgemein, militärische Notwendigkeiten in den einzelnen Mitgliedstaaten können im Rahmen der Ausnahmen der Gleichbehandlungsrichtlinie Berücksichtigung finden. Diese möglichen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung spiegeln aber insbesondere die im Verfahren vorgebrachten Argumente der deutschen Regierung zum Schutz der Frau sowie zum konstitutionellen Unterschied zwischen Männern und Frauen nur bedingt wider. Allein der Wunsch, Frauen überhaupt von den Streitkräften fernzuhalten, ist für sich genommen kein Differenzierungsgrund, sondern allenfalls ein Differenzierungsziel oder -mittel, das hinsichtlich des Prüfungsmaßstabes der RL 76/207/EWG (Verhältnismäßigkeit) keinen Bestand haben konnte.

## Teil 2: Der Fall *Kreil* im Kontext der deutschen Rechtsprechung

Für die aus Sicht der deutschen Rechtsprechung im Fall *Kreil* zu beantwortende Kompetenz- und Gleichbehandlungsfrage bestehen Anknüpfungspunkte in zwei Entscheidungen des BVerwG aus dem Jahr 1999.

### A. DER BESCHLUSS DES BVERWG VOM 20.5.1999<sup>114</sup>

Dem Beschluss liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Der Wunsch von Frauen nach Zugang zu den Laufbahnen des Truppendienstes kann neben dem Zugang zum Wehrdienstverhältnis an sich (Fall *Kreil*) auch im Wege des Antrags auf einen Laufbahnwechsel aktuell werden. So beehrte eine Soldatin, Oberfeldwebel im Sanitätsdienst, ihre Zulassung als Militärkraftfahrlehrer. Der Bundesminister der Verteidigung lehnte das unter Hinweis auf den dafür notwendigen Wechsel in die Laufbahn des Truppendienstes ab, der für Frauen nach geltendem Recht nicht möglich ist. Daraufhin beantragte die Soldatin die Entscheidung des BVerwG. Der Antrag blieb ohne Erfolg.

<sup>114</sup> BVerwG, AZ 1 WB 94/98, Beschluss vom 20.5.1999, NVwZ 1999, S. 1343 ff. (*Beschluss BVerwG*).

Zunächst bestätigte das Gericht unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 Satz 1 SLV, der auch mit höherrangigem Recht (Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG) vereinbar sei, die rechtsfehlerfreie Ablehnung des Begehrs der Antragstellerin. Weiter führte es aus, dass die als generelles Waffendienstverbot verstandene Verfassungsbestimmung auch im Hinblick auf die Gleichbehandlungsrichtlinie keiner einschränkenden Auslegung bedürfe. Denn die Richtlinie sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Damit sprach das Gericht zunächst die Kompetenzfrage an.

### I. Zur Kompetenzfrage<sup>115</sup>

#### 1. Zum Primärrecht

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 1 EG ist nach Ansicht des Gerichts die Zuständigkeit der europäischen Organe und damit auch der Geltungsbereich der von ihnen erlassenen Normen auf den Gebieten ausgeschlossen, für die die Gemeinschaft keine Befugnis besitzt. Zu diesen Bereichen gehöre die lediglich intergouvernemental ausgestaltete Außen- und Sicherheitspolitik. Fragen der nationalen Sicherheit und Angelegenheiten der Landesverteidigung, damit auch Fragen der Funktionsfähigkeit und Struktur der Streitkräfte, seien in der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verblieben. Dies würde durch die Vorschriften des EU-Vertrages in Art. 11 ff. EU, hier insbesondere Art. 17 Abs. 1 EU, belegt. Damit bestehe auf dem Gebiet der Verteidigungspolitik keine gemeinschaftsrechtliche Zuständigkeit.

#### 2. Zum Sekundärrecht

Etwas anderes könne sich nach Meinung des BVerwG auch nicht aus der RL 76/207/EWG ergeben. Zwar sei die Richtlinie nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>116</sup> grundsätzlich auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse anwendbar. Sie erstrecke sich von ihrem Geltungsanspruch her aber nur auf Bereiche, für die die Gemeinschaft eine - zugewiesene - Kompetenz besitze. Durch Auslegung sei eine Erweiterung dieser Zuständigkeit nicht möglich. Eine einzelne, Aufgaben oder Befugnisse zuweisende Bestimmung könne - so das Gericht weiter - zwar mit Blick auf die Vertragsziele ausgelegt werden, das Vertragsziel selbst genüge jedoch nicht, um Aufgaben und Befugnisse zu begründen oder zu erweitern. Das Gericht wies dazu auf die dem EU-Vertrag immanente "Trennungslinie zwischen einer Rechtsfortbildung innerhalb der Verträge und einer deren Grenzen sprengenden, vom geltenden Vertragsrecht nicht gedeckten Rechtsetzung" hin<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Die dazu entscheidenden Teile des *Beschlusses* BVerwG (Fn. 114) finden sich auf S. 1344, rechte Spalte.

<sup>116</sup> Hinweis auf das Urteil *Kommission/Deutschland* (Fn.22), Rn. 16.

<sup>117</sup> *Beschluss* BVerwG (Fn. 114), S. 1344, rechte Spalte; Hinweis auf *Maastricht-Urteil* BVerfG

## II. Zur Gleichbehandlungsfrage<sup>118</sup>

Selbst wenn man davon ausgehe - so das Gericht weiter -, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie alle Arbeitnehmer erfasse, könne Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG nicht dahingehend ausgelegt werden, dass er den freiwilligen Waffendienst Frauen zulasse. Die "Arbeitnehmertätigkeit"<sup>119</sup> als Soldat sei nämlich nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie von deren Anwendungsbereich ausgenommen. Das ergebe sich nach Meinung des Gerichts aus dem Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG zugrunde liegenden rechtspolitischen Ziel des Verfassungsgebers. Diese nationale Sonderregel rechtfertige es, das Geschlecht als unabdingbare Voraussetzung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG für den Dienst mit der Waffe anzusehen. Ein solches nationales Vorgehen, das im Hinblick auf die unterschiedlichen sozio-kulturellen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten gerechtfertigt sein könne, sei vom EuGH anerkannt<sup>120</sup>. Insgesamt sieht das Gericht damit für deutsche Soldaten den Anwendungsbereich der Gleichbehandlungsrichtlinie als nicht eröffnet an (Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG). Ob der Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe darüber hinaus nach Art. 2 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie gerechtfertigt ist, bedürfe deshalb keiner Entscheidung.

Das Gericht hat also eine europarechtliche Relevanz des zu entscheidenden Falles mit der Begründung verneint, die Rechtsetzungskompetenz der Gemeinschaft erfasse nicht den Bereich der Verteidigung<sup>121</sup>.

### B. DAS URTEIL DES BVERWG VOM 10.11.1999<sup>122</sup>

In diesem Urteil argumentiert das BVerwG zu den Aussagen des EG-Primärrechts im Rahmen der Kompetenzfrage ähnlich. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt hat zwar auf den ersten Blick wenig damit zu tun, die Entscheidung gibt aber wieder Einblick in das Verständnis des BVerwG vom Kompetenzgefüge zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Es ging darum, ob der nach deutschen Recht wehrdienstpflichtige Kläger für den

zu Promotionszwecken verlängerten Aufenthalt in Großbritannien der Genehmigung der Wehersatzbehörde bedurfte. Der Kläger hatte unter anderem ins Feld geführt, die Genehmigungspflicht für Auslandsaufenthalte (geregelt in § 3 Abs. 2 Wehrpflichtgesetz [WPfIG]<sup>123</sup>), sei wegen Widerspruchs zu höherrangigem Recht nicht anwendbar. Das Gericht setzte sich deshalb mit den Freizügigkeitsbestimmungen des Gemeinschaftsrechts (Art. 18 EG) auseinander. Der Anwendungsbereich von § 3 Abs. 2 WPfIG sei - so das Gericht - durch Art. 18 EG nicht eingeschränkt, da er auf solche Beschränkungen der Ausreisefreiheit keine Anwendung finde, die ausschließlich verteidigungspolitischer Natur seien. Zum Kompetenzgefüge zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten führte das BVerwG dann aus<sup>124</sup>, dass die nationale Verteidigungspolitik als Teilbereich der Sicherheitspolitik von den Mitgliedstaaten nicht in die supranationale Zuständigkeitsordnung der Gemeinschaft übergegangen sei. Dieses Ergebnis folge aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Aufhorchen lassen die Ausführungen des BVerwG, wenn es Bezug auf das kurz zuvor ergangene Urteil des EuGH im Rechtsstreit *Sirdar* nimmt, das nach seiner Ansicht keine abweichende Beurteilung des zu entscheidenden Falles rechtfertige<sup>125</sup>. Auch wenn nach Auffassung des EuGH die Organisation der nationalen Streitkräfte nicht vollständig vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sei, liege hier der fallentscheidende Unterschied darin, dass im Fall *Sirdar* "neben dem militärischen der wirtschaftlich-soziale Aspekt des Falles und damit der Berührungspunkt mit den klassischen Regelungsmaterien des Europäischen Gemeinschaftsrechts klar zu Tage" trete. Immerhin mag "ähnliches (...) gelten, wenn es darum geht, ob und inwieweit in Deutschland Frauen als Freiwilligen ein *Anspruch* auf Zugang zu den Einheiten der Bundeswehr einzuräumen ist"<sup>126</sup>. Von einem "vergleichbaren Berührungspunkt mit den Regelungen des EG-Vertrages" könne bei der Genehmigungspflicht für Auslandsaufenthalte als Instrument der Durchsetzung der allgemeinen *Wehrpflicht* keine Rede sein<sup>127</sup>. Selbst bei Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 18 Abs. 1 EG konkretisiere § 3 Abs. 2 WPfIG eine nach dem EG-Vertrag mögliche Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (Art. 18 Abs. 1 EG i. V. m. Art. 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 EG und sekundärrechtlichen Bestimmungen), zu denen auch die äußere Sicherheit gehöre<sup>128</sup>.

<sup>123</sup> I. d. F. der Bekanntmachung vom 15.12.1995, BGBl. I S. 1756.

<sup>124</sup> Die dazu entscheidenden Teile des *Urteils* BVerwG (Fn. 122) finden sich auf S. 179 f.

<sup>125</sup> Vgl. a. a. O., S. 180, linke Spalte.

<sup>126</sup> A. a. O., ebd., Hervorhebung durch das Gericht.

<sup>127</sup> A. a. O., ebd., Hervorhebung durch das Gericht.

<sup>128</sup> A. a. O., S. 180, rechte Spalte.

(Fn. 2), S. 209 f.

<sup>118</sup> Die dazu entscheidenden Teile des *Beschlusses* BVerwG (Fn. 114) finden sich auf S. 1345, linke Spalte.

<sup>119</sup> Die Anführungsstriche sind durch das Gericht gesetzt.

<sup>120</sup> Hinweis auf Urteil *Johnston* (Fn. 20), Rn. 39.

<sup>121</sup> Vgl. zu der berechtigten Frage, ob hier das BVerwG nach Art. 234 Abs. 3 EG verpflichtet war, die Frage der Auslegung der RL 76/207/EWG dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen, *Laubinger/Repkewitz*, VA 2000, S. 315 f.

<sup>122</sup> BVerwG, AZ 6 C 30.98, Urteil vom 10.11.1999, EuGRZ 2000, S. 177 ff. (*Urteil* BVerwG).

### C. ZUSAMMENFASSUNG DER SICHT DES BVERWG ZUR KOMPETENZ- UND GLEICHBEHANDLUNGSFRAGE

Das Modell des BVerwG zur Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten basiert auf der strikten Anwendung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung. Das Gericht fordert für jedes Tätigwerden der Gemeinschaft die ausdrückliche Zuweisung der in Anspruch genommenen Kompetenz durch die Mitgliedstaaten. Die Erweiterung der Zuständigkeit der Gemeinschaft auf den Bereich der Verteidigung sieht es als einen Rechtsakt an, der vom ursprünglich geäußerten Willen der Vertragsparteien nicht mehr gedeckt ist. Damit bezieht sich das BVerwG auf die vom BVerfG in seiner *Maastricht*-Rechtsprechung aufgestellte Theorie vom "ausbrechenden Rechtsakt"<sup>129</sup>. So kommt das BVerwG in den beiden hier einschlägigen Entscheidungen zu dem Ergebnis, dass die nationale Verteidigung nicht zu den Politikbereichen gehört, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen.

Zur Gleichbehandlungsfrage sieht das BVerwG die Rechtfertigung von Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG in der Ausnahme des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG begründet.

#### Einschub:

#### **Erstes Zwischenergebnis - Zusammenfassender und würdiger Vergleich zwischen der Sicht des EuGH und des BVerwG zur Kompetenz- und Gleichbehandlungsfrage**

Hinsichtlich der "Zuständigkeit der Gemeinschaft" auf dem Gebiet der Verteidigung gehen EuGH und BVerwG von verschiedenen Kompetenzmodellen aus: Der EuGH vertritt die Allzuständigkeit der Gemeinschaft für die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes, der punktuell eben auch die Streitkräfte umfasst. Hingegen sucht das BVerwG - wie bei den Gesetzgebungskompetenzen im Grundgesetz - nach einer allgemeinen Verbandskompetenz der Gemeinschaft für den Bereich der Verteidigung und verneint diese. Den divergierenden Meinungen beider Gerichte liegt offenbar ein unterschiedliches Verständnis der Abgrenzung der Kompetenzen der Gemeinschaft von denen der Mitgliedstaaten zugrunde. Dieser unterschiedliche Zugang kann nur als Kurzschluss des BVerwG zwischen den Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft und dem Anwen-

<sup>129</sup> Vgl. *Maastricht-Urteil* BVerfG (Fn. 2), S. 188, dazu ausführlich in Teil 3 der Arbeit, unter B. II. 2.

dungsbereich des Gemeinschaftsrechts beschrieben werden<sup>130</sup>. Die Fehleinschätzung des BVerwG (und der kritischen Teile in der Literatur) geht dabei dahin, dass in allen Rechtsbereichen, für die die alleinige Regelungshoheit bei den Mitgliedstaaten liegt, der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht eröffnet sei<sup>131</sup>. Hinsichtlich der Gleichbehandlungsfrage beurteilen beide Gerichte die Reichweite vor allem des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG unterschiedlich: Während der EuGH den vollständigen Ausschluss von Frauen vom Dienst mit der Waffe als unverhältnismäßig betrachtet, sieht das BVerwG in der betreffenden Richtlinienbestimmung die Rechtfertigung für Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG.

Der somit vor allem zur Kompetenzfrage bestehende Konflikt zwischen europäischer und deutscher Rechtsprechung wirft - wie vom BVerwG angedeutet - in der Tat das Problem der Kontrolle "ausbrechender Rechtsakte"<sup>132</sup> der Gemeinschaft durch die deutsche Gerichtsbarkeit auf. Deshalb soll untersucht werden, ob insbesondere die deutschen Gerichte dem Urteil *Kreil* die Gefolgschaft verweigern können oder ob sie sich dem EuGH "beugen" müssen.

### Teil 3: Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten

Die Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts war für den EuGH zwar nicht entscheidungserheblich, sie ist es erst für das VG Hannover. Dennoch soll nach einer Darstellung der Sicht des EuGH zur Vorrangfrage auf die nach der deutschen Rechtsprechung differenziert zu beantwortende Frage eingegangen werden.

<sup>130</sup> Vgl. *Hirsch*, NJW 2000, S. 1820.

<sup>131</sup> Dabei bezieht sich die dargestellte Auffassung des BVerwG auf bisher entschiedene Sachverhalte, die nach Ansicht des Gerichts ausschließlich verteidigungspolitischer Natur waren. Zum (bisher nicht zu entscheidenden) Fall, in dem neben dem militärischen Aspekt ein Berührungspunkt z.B. mit den sozialrechtlichen Regelungen des EG-Vertrages besteht, es speziell um den freiwilligen Zugang von Frauen zur Bundeswehr geht, sind die Ausführungen des Gerichts vage. Seine Andeutungen dazu lassen offen, ob es bei dieser Konstellation die Sicht des EuGH zur Kompetenzfrage in der hier vertretenen Interpretation der EuGH-Rechtsprechung teilen würde.

<sup>132</sup> Nach *Zuleeg*, NJW 2000, S. 2848, zeuge es von schlechtem Geschmack und fehlender Achtung gegenüber dem höchsten Hüter des Gemeinschaftsrechts, ihm ein Verhalten zuzuschreiben, das an ein wildes Tier im Käfig erinnere, weshalb der Ausdruck vermieden werden sollte. Als mittlerweile "populärer" Begriff weist er aber schlaglichtartig auf das Problem hin und wird hier in Anführungszeichen verwendet.

## A. DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS VOR DEM RECHT DER MITGLIEDSTAATEN AUS DER SICHT DES EUGH<sup>133</sup>

### I. Die Aussagen des EuGH

Kollidiert wie im Fall *Kreil* Gemeinschaftsrecht mit nationalem Recht, stellt sich die Vorrangfrage. Sie ist aus Sicht des EuGH klar zu beantworten, wenn es um einen Konflikt zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalen Rechtsnormen ohne Verfassungsrang geht. Der Gerichtshof vertritt einen Vorrang des Gemeinschaftsrechts kraft Eigenständigkeit der Gemeinschaft: "Dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht (können) wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen (...), wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll"<sup>134</sup>. Den Vorrang des Gemeinschaftsrechts sieht der Gerichtshof durch Art. 189 EG-Vertrag (jetzt Art. 249 EG) bestätigt, wonach die Verordnung verbindlich und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt<sup>135</sup>. Im Primärrecht ist der Vorrang des Gemeinschaftsrechts nicht ausdrücklich geregelt<sup>136</sup>, er wird durch dieses aber auch nicht ausgeschlossen. Der EuGH hat die These vom Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem des nationalen Rechts in ständiger Rechtsprechung wiederholt, schließlich auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht, selbst wenn es sich um Grundrechte oder Strukturprinzipien der staatlichen Verfassung handelt<sup>137</sup>.

### II. Bedeutung für den Fall *Kreil*

Der EuGH entscheidet nach Art. 220 EG nur über die Auslegung und Gültigkeit des europäischen Rechts, nicht, ob die gemeinschaftswidrige Norm eines Mitgliedstaates unanwendbar oder gar unwirksam ist. So konnte der Gerichtshof in der Rechtssache *Kreil* nur allgemein aussprechen, dass die RL 76/

<sup>133</sup> Vgl. dazu jüngst die ausführliche Untersuchung zum unbeschränkten Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus dogmatischer Sicht unter Einbeziehung der Rspr. des EuGH von *Frank*.

<sup>134</sup> Grundlegend EuGH, Urteil vom 15.7.1964 in der Rs. 6/64, *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, S. 1251 ff., S. 1270 (Urteil *Costa/E.N.E.L.*); EuGH, Urteil vom 9.3.1978 in der Rs. 106/77, *Staatliche Finanzverwaltung/S.p.A. Simmenthal*, Slg. 1978, S. 629 ff., Rn. 17/18 (Urteil *Simmenthal II*).

<sup>135</sup> Urteil *Costa/E.N.E.L.* (Fn. 134), S. 1270.

<sup>136</sup> Es fehlt eine Bestimmung, die nach dem Beispiel von Art. 31 GG ("Bundesrecht bricht Landesrecht") z.B. regeln würde "Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht".

<sup>137</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.1970 in der Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel*, Slg. 1970, S. 1125 ff., Rn. 3 (Urteil *Internationale Handelsgesellschaft*).

207/EWG der Anwendung nationaler Vorschriften entgegensteht, die - wie § 1 Abs. 2 Satz 3 SG und § 3 a SVO - Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst ermöglichen. Die Regelung des Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG, die durch die genannten einfachgesetzlichen Normen umgesetzt wird, stand zwar nicht zur Debatte. Da der Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus Sicht des EuGH ebenso für das nationale Verfassungsrecht gilt, ist davon auch Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG betroffen - jedenfalls in der überwiegend vertretenen Auslegung, einschließlich der (höchstrichterlichen) verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

## B. DER VORRANG DES GEMEINSCHAFTSRECHTS VOR DEUTSCHEM RECHT AUS DER SICHT DES BVERFG

Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht der deutschen Rechtsprechung ist zunächst zwischen Kollisionen mit einfachem Recht und Verfassungsrecht zu unterscheiden<sup>138</sup>. Für den Fall *Kreil* bedarf die Frage der Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts bei vermuteter Unzuständigkeit der Gemeinschaft zum Normerlass einer gesonderten Betrachtung. Es geht dabei um die Frage, ob sich ein Rechtsakt eines Gemeinschaftsorgans noch in den Grenzen der diesem Organ eingeräumten Befugnisse hält oder aus ihnen "ausbricht"<sup>139</sup>; wegen der Wechselbezüge ist in diesem Zusammenhang auch auf die Grundrechtsproblematik einzugehen.

### I. Kollision von Gemeinschaftsrecht mit einfachem Recht

#### 1. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Das BVerfG hat den Vorrang von unmittelbar geltendem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht gegenüber einfachem, deutschem Recht anerkannt. Die Begründung sieht es in der eigenständigen Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft, die in die innerstaatliche Rechtsordnung hineinwirkt<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> Bevor ein deutsches Gericht über die Vorrangfrage entscheidet, muss es prüfen, ob nicht eine Vorlage an den EuGH in Betracht kommt. Das kann zum einen der Klärung der Frage dienen, ob das Gemeinschaftsrecht überhaupt so auszulegen ist, dass es mit deutschem Recht kollidiert (Fall *Kreil*). Zum anderen stellt sich die Vorrangfrage dann nicht, wenn der EuGH den betreffenden Rechtsakt wegen Verstoßes gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht für ungültig erklärt.

<sup>139</sup> Vgl. zu diesem Problem der hinreichenden Ermächtigung der Gleichbehandlungsrichtlinie im EG-Vertrag bereits hier Fn. 90.

<sup>140</sup> Vgl. BVerfGE 31, S. 145 ff., S. 173 f.

Dieser Vorrang beruht aus deutscher Sicht auf der ungeschriebenen Kollisionsnorm des primären Gemeinschaftsrechts, der das deutsche Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG zum EG-Vertrag i. V. m. Art. 24 Abs. 1 GG bzw. Art. 23 Abs. 1 GG den innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl erteilt hat<sup>141</sup>. Die Öffnung der innerstaatlichen Rechtsordnung für das Gemeinschaftsrecht hat zur Folge, dass der „Herrschaftsanspruch der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich des Grundgesetzes zurückgenommen und der unmittelbaren Geltung und Anwendbarkeit eines Rechts aus anderer Quelle innerhalb des staatlichen Herrschaftsbereichs Raum gelassen wird“<sup>142</sup>.

2. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts im Sinne eines Anwendungsvorrangs  
Einigkeit zwischen EuGH und BVerfG besteht darin, dass im Falle einer Kollision von nationalem Recht mit unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht die mitgliedstaatliche Norm nicht nichtig ist, sondern lediglich im konkreten Fall keine Anwendung findet<sup>143</sup>. Man spricht daher nicht von einem Geltungsvorrang, sondern von einem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts: Da die mitgliedstaatliche Norm im konkreten Fall zwar unangewendet bleiben muss, ansonsten aber in Kraft bleibt, regelt sie weiterhin Sachverhalte ohne gemeinschaftsrechtlichen Bezug. Deutsche Gerichte und Verwaltungsbehörden haben insoweit eine Prüfungs- und Verwerfungskompetenz gegenüber gemeinschaftsrechtswidrigen, einfachen deutschen Gesetzen<sup>144</sup>.

<sup>141</sup> Vgl. BVerfG, AZ 2 BvR 197/83, Beschluss vom 22.10.1986, BVerfGE 73, S. 339 ff., S. 374 f. (*Solange II*-Beschluss BVerfG).

Art. 24 GG lässt die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen zu und eröffnet unter Gesetzesvorbehalt die Möglichkeit, Recht, das die zwischenstaatliche Einrichtung setzt, in die innerstaatliche Rechtsordnung zu integrieren. Auf dieser Grundlage haben die Zustimmungsgesetze zu den Gemeinschaftsverträgen bewirkt, dass das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht, gesetzt in Ausübung übertragener Hoheitsrechte, innerstaatlich unmittelbar gilt und von den deutschen Gerichten und Behörden anzuwenden ist. Soweit hier auf Art. 24 GG Bezug genommen wird, gilt dies grundsätzlich auch für Art. 23 GG, der erst durch Gesetz vom 21.12.1992 in das Grundgesetz eingefügt wurde und für zukünftige Übertragungen von Hoheitsrechten auf die EU gilt.

<sup>142</sup> BVerfG, AZ 2 BvL 52/71, Beschluss vom 29.5.1974, BVerfGE 37, S. 271 ff., S. 280 (*Solange I*-Beschluss BVerfG); vgl. auch *Solange II*-Beschluss BVerfG (Fn. 141), S. 374.

<sup>143</sup> Vgl. Urteil *Simmenthal II* (Fn. 134), Rn. 21/23; für unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmungen vgl. EuGH, Urteil vom 22.6.1989 in der Rs. 103/88, *Fratelli Costanzo SpA/ Stadt Mailand*, Slg. 1989, S. 1839 ff., Rn. 28 ff.; BVerfGE 75, S. 223 ff., S. 244 f., dort m. w. N.; BVerfGE 85, S. 191 ff., S. 204.

<sup>144</sup> Vgl. *Streinz*, Handbuch des Staatsrechts, § 182, Rn. 64, 72.

### 3. Bedeutung für den Fall *Kreil*

Der beschriebene Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts erfasst die Vorschriften des SG und der SLV, die Anlass für die Vorlage des VG Hannover waren, sowie die weitere, den Laufbahnwechsel betreffende Regelung des § 5 Abs. 3 Satz 1 SLV. Aus der Auslegung der RL 76/207/EWG ergibt sich, dass die der Richtlinie entgegenstehenden Bestimmungen der § 1 Abs. 2 Satz 3 SG, §§ 3 a und 5 Abs. 3 Satz 1 SLV als mittelbare Folge des EuGH-Urteils<sup>145</sup> nichtig sind<sup>146</sup>.

Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber der Verfassungsnorm des Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG führt zu Kritik bei jenen, die nationales Verfassungsrecht über das Gemeinschaftsrecht stellen wollen<sup>147</sup>. Sie sehen sich durch die Rechtsprechung des BVerfG bestärkt, das zwar den unbedingten Vorrang des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts vor einfachen Gesetzen anerkennt, hinsichtlich des Grundgesetzes aber Vorbehalte macht. Vorliegend interessiert nur die Kollision von sekundärem Gemeinschaftsrecht mit Bestimmungen des Grundgesetzes. Dazu ergingen bedeutsame Entscheidungen des BVerfG.

## II. Kollision von Gemeinschaftsrecht mit Verfassungsrecht (Grundgesetz)

### 1. Von *Solange I* über *Solange II* zu *Maastricht*

#### a) Die Aussagen des BVerfG

Das BVerfG fasste zunächst im Jahr 1974 den sog. *Solange I*-Beschluss<sup>148</sup>, in dem es sich die Prüfung der Konformität des sekundären Gemeinschaftsrechts mit den deutschen Grundrechten vorbehielt, „solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht soweit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Grundrechtskatalog enthält, der dem Grundrechtskatalog des

<sup>145</sup> Unmittelbar legt der EuGH nur das Gemeinschaftsrecht verbindlich aus, er stellt nicht die (Un-) Vereinbarkeit von nationalem mit Gemeinschaftsrecht fest.

<sup>146</sup> Das folgt aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, das in der verbindlichen Auslegung durch den EuGH das genannte Prüfungs- und Verwerfungsrecht der deutschen Gerichte und Verwaltungsbehörden umfasst. Hier dürfte ausnahmsweise der Anwendungsvorrang i. S. e. Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts bestehen, da sonstige nationale Fälle ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht nicht denkbar sind, in denen die Vorschriften weiterhin Anwendung finden könnten. Die deutsche Bundesregierung hat bereits dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des SG und anderer einfachgesetzlicher Vorschriften zugestimmt, vgl. NJW-Wochenspiegel, NJW 28/2000, S. LIII.

<sup>147</sup> Z. B. *Arndt*, NJW 2000, S. 1461: „Deutsches Verfassungsrecht geht immer dem Recht der Europäischen Union vor“.

<sup>148</sup> *Solange I*-Beschluss BVerfG (Fn. 142).

Grundgesetzes adäquat ist<sup>149</sup>. Der Vorrang sekundären Gemeinschaftsrechts fand danach seine Grenzen in den Grundrechten des Grundgesetzes. Mit dem *Solange II*-Beschluss<sup>150</sup> im Jahr 1986 machte das BVerfG eine Kehrtwende: Das Gericht führte hier aus, dass es seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für das Handeln deutscher Verwaltungsbehörden und Gerichte dient, nicht mehr ausübe und dieses Recht nicht mehr am Maßstab der Grundrechte überprüfe, "solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt"<sup>151</sup>. Im Ergebnis wurde also der Vorrang sekundären Gemeinschaftsrechts auch vor den Grundrechten des Grundgesetzes durch das BVerfG anerkannt. Hinsichtlich der Maßgeblichkeit deutscher Grundrechte als Prüfungsmaßstab für sekundäres Gemeinschaftsrecht und der Rechtsprechungsgewalt des BVerfG enthält das nachfolgende *Maastricht*-Urteil aus dem Jahr 1993 im wesentlichen nichts Neues; das BVerfG setzt wohl seine bisherige Rechtsprechung entsprechend dem *Solange II*-Beschluss fort<sup>152</sup>, auf den es auch ausdrücklich verweist<sup>153</sup>. Zwar übt das Gericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht nach eigenem Bekunden in einem "Kooperationsverhältnis" zum EuGH<sup>154</sup> aus. Damit dürfte aber die vorrangige Verantwortlichkeit des EuGH hinsichtlich des Grundrechtsschutzes unmittelbar gegenüber Hoheitsakten der Gemeinschaft gemeint sein<sup>155</sup>. Das Nebeneinander von deutscher und Gemeinschaftsgerichtsbarkeit wäre dann im Sinne nützlicher Pragmatik entschärft<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> A. a. O., S. 285.

<sup>150</sup> *Solange II*-Beschluss BVerfG (Fn. 141).

<sup>151</sup> A. a. O., S. 387.

<sup>152</sup> Götz, JZ 1993, S. 1083; Schröder, S. 323; Streinz, EuZW 1994, S. 331. Das BVerfG bestätigt das nun ausdrücklich in seinem *Bananenmarktordnung*-Beschluss, siehe dazu hier in Fn. 156.

<sup>153</sup> *Maastricht*-Urteil BVerfG (Fn. 2), S. 175.

<sup>154</sup> A. a. O., ebd.

<sup>155</sup> Vgl. Schröder, S. 323.

<sup>156</sup> Als "Nagelprobe" für diese Rechtsprechung des BVerfG gilt seit langem der Fall zur gemeinsamen Marktorganisation für Bananen (vgl. dazu Zuleeg, NJW 1997, S. 1201 ff.): Auf Grund einer Vorlage des VG Frankfurt am Main nach Art. 100 Abs. 1 GG analog hatte das BVerfG zu entscheiden, ob die Gemeinschaftsgrundrechte über ihre formelle Anerkennung durch den EuGH hinaus von diesem auch materiell ausreichend geschützt werden. In seinem

b) Bedeutung für den Fall *Kreil*

Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG steht zwar im Grundrechtsteil des Grundgesetzes, enthält aber selbst kein Grundrecht. Ganz im Gegenteil, die Bestimmung modifiziert - in ihrer überwiegend vertretenen Auslegung - als bewusst differenzierende, gleichheitsrechtliche Sonderregel<sup>157</sup> die in den Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 33 Abs. 2 GG verankerten Gleichheitsgarantien<sup>158</sup>. In der skizzierten Rechtsprechung des BVerfG ging es jeweils um die Maßgeblichkeit der Grundrechte des Grundgesetzes als Prüfungsmaßstab für sekundäres Gemeinschaftsrecht, speziell Verordnungen im Sinne von Art. 249 Abs. 2 EG. Daraus lässt sich - wenn überhaupt - für den Fall *Kreil* kein Vorbehalt zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht der deutschen Rechtsprechung herleiten.

2. Zur (Un-) Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts bei vermuteter Kompetenzüberschreitung der Gemeinschaft nach dem *Maastricht*-Urteil

---

Vorlagebeschluss vom 24.10.1996 (EuZW 1997, S. 182) äußerte das VG nämlich Zweifel, ob die Verordnung (EWG) Nr. 404/93 über die gemeinsame Marktorganisation für Bananen sowie die Durchführungsverordnungen der Europäischen Kommission in der Auslegung, die sie durch die Rechtsprechung des EuGH erfahren haben (EuGH, Urteil vom 9.11.1995 in der Rs. C-465/93 *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft/Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, Slg. 1995, I - S. 3761 ff.), mit der Gewährleistung bestimmter Grundrechte des Grundgesetzes vereinbar ist. Es stützte sich darauf, dass das BVerfG seine Prüfungs- und Verwerfungskompetenz auf Hoheitsakte der Gemeinschaft erstreckt habe. Das BVerfG hielt jedoch die Vorlage des VG für unzulässig und verwies auf seine *Solange II*-Rechtsprechung (Fn. 141). Im Übrigen beruhe "die Begründung der Vorlage (...) auf einem Missverständnis des *Maastricht*-Urteils"(!): "Das vorlegende Gericht meint, das BVerfG übe seine Prüfungsbefugnis nach dem *Maastricht*-Urteil entgegen der *Solange II*-Entscheidung ausdrücklich wieder aus, (...). Diese Aussage kann dem *Maastricht*-Urteil nicht entnommen werden. Ein Widerspruch zwischen den Entscheidungen *Solange II* und *Maastricht* besteht nicht. Insbesondere hat der Senat im *Maastricht*-Urteil an keiner Stelle seine Auffassung über die Abgrenzung der Rechtsprechungszuständigkeit des EuGH im Verhältnis zum BVerfG und umgekehrt abgegeben", BVerfG, AZ 2 BvL 1/97, Beschluss vom 7.6.2000 (*Bananenmarkt-ordnung*-Beschluss BVerfG), vgl. Pressemitteilung des BVerfG Nr. 103/2000, NJW 35/2000, S. XIV f.

Eine entsprechend klarstellende Entscheidung des BVerfG zu den Kompetenzgrenzen steht allerdings noch aus.

<sup>157</sup> Scholz, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 203; ders., DÖV 2000, S. 418.

<sup>158</sup> Der Grundrechtsschutz der Frau würde also nicht verkürzt, sondern vielmehr gefördert, wenn die die Rechte der Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG sowie Art. 33 Abs. 2 GG einschränkende Bestimmung beseitigt würde, vgl. Streinz, DVBl. 2000, S. 593; Zuleeg, DÖV 1997, S. 1024.



#### a) Die Aussagen des BVerfG

Probleme wirft die Anwendbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts bei vermunteter Kompetenzüberschreitung durch Gemeinschaftsorgane und die Billigung durch den EuGH auf. Insbesondere stellt sich die Frage, wer abschließend darüber zu entscheiden hat, ob sich Gemeinschaftsrechtsakte im Rahmen ihrer Kompetenzen halten oder aus ihnen "ausbrechen". Das BVerfG knüpft dazu in seinem *Maastricht*-Urteil zunächst an Art. 38 GG an<sup>159</sup>. Diese Bestimmung sei verletzt, wenn das deutsche Zustimmungsgesetz die zur Wahrnehmung durch die Gemeinschaft übertragenen Hoheitsrechte nicht hinreichend bestimmbar festlegt. Dies käme einer Generalermächtigung gleich, so dass im Ergebnis ein Mindestmaß demokratischer Legitimation der ausgeübten Hoheitsgewalt nicht mehr gewährleistet sei (Art. 79 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). Weiter führt das Gericht dazu aus: "Entscheidend ist, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik Deutschland und die daraus sich ergebenden Rechte und Pflichten - insbesondere auch das rechtsverbindliche unmittelbare Tätigwerden der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Rechtsraum - für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden sind (...). Das bedeutet zugleich, dass spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind (...). Würden etwa europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben, oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrundeliegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsgebiet nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen"<sup>160</sup>. Zur Auslegung der Ermächtigungsnormen des EG-Vertrages führt das BVerfG an anderer Stelle aus: "Der EU-Vertrag und insbesondere der EG-Vertrag folgen dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (...). Nach diesem Grundsatz kann zwar eine

<sup>159</sup> Anlass für das *Maastricht*-Urteil waren verschiedene Verfassungsbeschwerden, die gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union von Maastricht gerichtet waren. Einer der Beschwerdeführer machte geltend, er sei in seinem Recht aus Art. 38 GG verletzt, wenn der EU-Vertrag wesentliche Kompetenzen auf "Organe" der EU übertrage.

<sup>160</sup> *Maastricht*-Urteil BVerfG (Fn. 2), S. 187 f.

einzelne Bestimmung, die Aufgaben oder Befugnisse zuweist, mit Blick auf die Vertragsziele ausgelegt werden; das Vertragsziel selbst genügt jedoch nicht, um Aufgaben und Befugnisse zu begründen oder zu erweitern (...). Darüber hinaus verdeutlicht der Unions-Vertrag durch ausdrückliche Hinweise auf das Erfordernis einer Vertragsänderung (Art. N EUV)<sup>161</sup> oder einer Vertragerweiterung (Art. K.9 EUV)<sup>162</sup> die Trennlinie zwischen einer Rechtsfortbildung innerhalb der Verträge (...) und einer deren Grenzen sprengenden, vom geltenden Vertragsrecht nicht gedeckten Rechtsetzung. (...) Indem die Gründungsverträge den Europäischen Gemeinschaften einerseits in umgrenzten Tatbeständen Hoheitsrechte einräumen, andererseits die Vertragsänderung (...) regeln, hat diese Unterscheidung auch Bedeutung für die zukünftige Handhabung der Einzelermächtigungen. Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf eine großzügige Handhabung des Art. 235 EWGV<sup>163</sup> im Sinne einer 'Vertragsabrundungskompetenz' auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten der Europäischen Gemeinschaften ('implied powers') und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse ('effet utile') gestützt hat (...), so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Einrichtungen und Organe der Gemeinschaften zu beachten sein, dass der Unions-Vertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragerweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten"<sup>164</sup>.

#### b) Würdigung

Über Bedeutung und Tragweite der zitierten Urteilsstellen herrscht in der umfangreichen Literatur<sup>165</sup> keine Einigkeit. Dennoch kann für die vorliegenden Bedürfnisse folgendes festgehalten werden: Das BVerfG stellt zunächst fest, dass es über die Einhaltung der Kompetenzgrenzen des EG-Vertrages durch die Gemeinschaft letztverbindlich für den deutschen Rechtsraum entscheidet. Es knüpft dazu im wesentlichen an den Rechtsanwendungsbefehl des deut-

<sup>161</sup> Jetzt Art. 48 EU.

<sup>162</sup> Die Artikel K bis K.9 des Vertrages über die Europäische Union sind durch die Artikel 29 EU bis 42 EU ersetzt worden; vgl. zu Art. K.9 EU-Vertrag jetzt Art. 37 EU.

<sup>163</sup> Jetzt Art. 308 EG.

<sup>164</sup> *Maastricht*-Urteil BVerfG (Fn. 2), S. 209 f. Hier knüpft die Argumentation v. a. von Scholz (Fn. 37) an.

<sup>165</sup> Ein Nachweis zur Vielzahl der Kommentierungen des *Maastricht*-Urteils findet sich z. B. bei Hirsch, NJW 1996, S. 2457, dort in Fn. 4

schen Zustimmungsgesetzes zum EG-Vertrag an. Rechtsakte der Gemeinschaft können im deutschen Rechtsraum nur insoweit Geltung beanspruchen, als sie vom Zustimmungsgesetz gedeckt und der Gemeinschaft in dem betreffenden Bereich tatsächlich Hoheitsrechte übertragen sind. Offen bleibt indes, wie die Trennungslinie zwischen zulässiger Auslegung und Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts einerseits und einer unzulässigen Vertragserweiterung andererseits zu ziehen ist<sup>166</sup>. Soweit die Gemeinschaftsorgane die Grenzen der ihnen eingeräumten Handlungsbefugnisse überschreiten, seien daraus hervorgehende Rechtsakte in Deutschland nicht verbindlich. Sie dürften von den deutschen Staatsorganen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht angewendet werden. Wörtlich genommen bedeutet das, dass Gerichte und Verwaltung selbstständig darüber befinden könnten, ob sich ein Gemeinschaftsakt so weit von seinen Kompetenzgrundlagen entfernt hat, dass er als unverbindlich zu betrachten ist. Diese Annahme begegnet rechtlichen Bedenken: Die letztverbindliche Auslegung der Kompetenznormen des EG-Vertrages und die Entscheidung über die Ungültigkeit von sekundärem Gemeinschaftsrecht obliegt nach Art. 220, 230 und 234 EG ausschließlich dem EuGH. Soweit ein Gericht einen Gemeinschaftsrechtsakt wegen Kompetenzüberschreitung für unanwendbar hält, ist es zur Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG verpflichtet<sup>167</sup>. Erst wenn der EuGH die erhobenen Einwände zurückgewiesen hat, kommt eine Anrufung des BVerfG in Betracht, das selbst wiederum an den EuGH vorlegen müsste<sup>168</sup>. Hinsichtlich der Rechtsanwendung durch die Verwaltung liegt es im Interesse der Rechtssicherheit nahe, ihr generell das Recht zur Missachtung sekundären Gemeinschaftsrechts abzusprechen<sup>169</sup>. Auf welchem Weg das BVerfG mit der Frage der Unanwendbarkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes wegen Kompetenzüberschreitung durch die Gemeinschaft befasst werden kann, lässt das *Maastricht*-Urteil offen. Denkbar ist - entsprechend dem *Solange I*-Beschluss - ein Normenkontrollverfahren nach

---

<sup>166</sup> Götz, JZ 1993, S. 1084.

<sup>167</sup> Gersdorf, S. 684; Götz, JZ 1993, S. 1086; Schröder, S. 324; Zuleeg, JZ 1994, S. 3 f.; insbesondere müssen nationale Gerichte jeder Instanz vorlegen, wenn sie sekundäres Gemeinschaftsrecht für ungültig halten und deshalb nicht anwenden wollen, vgl. EuGH, Urteil vom 22.10.1987 in der Rs. 314/85, *Foto-Frost/Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Slg. 1987, S. 4199 ff., Rn. 11 ff., 20.

<sup>168</sup> Gersdorf, S. 684.

<sup>169</sup> Zuleeg, JZ 1994, S. 4. Gedacht werden könnte hier auch an die Übertragung der Argumentation zur (nach h. M. abgelehnten) "Verwerfungskompetenz" der Verwaltung gegenüber verfassungswidrigen deutschen Gesetzen.

Art. 100 GG analog<sup>170</sup>, Prüfungsgegenstand wäre dann der in Frage stehende Gemeinschaftsrechtsakt, Prüfungsmaßstab Art. 23 Abs. 1 GG und das Zustimmungsgesetz<sup>171</sup>. Ferner wird die Zulässigkeit einer Verfassungsbeschwerde diskutiert, die auf eine Verletzung von Art. 38 GG (bzw. Art. 2 GG) gestützt werden könnte<sup>172</sup>.

Bejahte das BVerfG eine Kompetenzüberschreitung durch die Gemeinschaftsorgane, würde es als Folge die Unanwendbarkeit des betreffenden Gemeinschaftsrechtsaktes für die Bundesrepublik Deutschland feststellen.

### **Einschub:**

#### **Zweites Zwischenergebnis - Zusammenfassender und würdiger Vergleich zwischen der Sicht des EuGH und des BVerfG zur Vorrangfrage**

EuGH und BVerfG gehen übereinstimmend - wenn auch mit unterschiedlichen Begründungen - vom unbedingten Vorrang des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts vor einfachem mitgliedstaatlichen Recht aus. Der EuGH vertritt diesen Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten. Aus Sicht des BVerfG bestehen insoweit Vorbehalte. Dabei sind die Probleme einer Grundrechtsverletzung einerseits und einer Kompetenzüberschreitung andererseits auseinanderzuhalten. Das BVerfG spricht nur im ersten Fall von einem "Kooperationsverhältnis" mit dem EuGH und überlässt ihm weitgehend die Letztentscheidung; das BVerfG sichert hier "nur" die "generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards" des Grundgesetzes<sup>173</sup>. Andererseits nimmt es in dieser *Maastricht*-Rechtsprechung für sich in Anspruch, die Einhaltung der Kompetenzgrenzen des EG-Vertrages durch die Gemeinschaft letztverbindlich für den deutschen Rechtsraum sicherzustellen. Unstreitig dabei ist, dass kompetenzwidriges Gemeinschaftsrecht in der Bundesrepublik Deutschland nicht gilt und somit nicht anwendbar ist, streitig ist, ob hierüber der EuGH oder das BVerfG letztverbindlich entscheidet. Wie der Fall *Kreil* unter diesem Blickwinkel einzuordnen ist, soll weiter untersucht werden.

---

<sup>170</sup> Gersdorf, S. 684 f., Götz, JZ 1993, S. 1086. Der Analogie liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Gemeinschaftsrecht am Maßstab des deutschen Zustimmungsgesetzes zu den Gemeinschaftsverträgen gemessen werden kann.

<sup>171</sup> Schröder, S. 324.

<sup>172</sup> Ders., S. 324; Schweitzer, Rn. 95.

<sup>173</sup> Siehe aber *Bananenmarktordnung*-Beschluss BVerfG (Fn. 156).

### III. Das Urteil *Kreil* - Ein Anwendungsfall für die *Maastricht*-Rechtsprechung des BVerfG?

#### 1. verfahrensrechtliche Betrachtung

Zunächst einmal betrifft die Vorabentscheidung des EuGH im Fall *Kreil* die Prozessparteien selbst. Bindungswirkung besteht für das vorlegende VG Hannover und auch alle Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben<sup>174</sup>; sie müssen das Vorabentscheidungsurteil des EuGH bei ihrer Entscheidungsfindung zugrunde legen und die RL 76/207/EWG in der vom EuGH gegebenen Auslegung auf den zu entscheidenden Fall anwenden. Umstritten ist aber, in welchem Maße Vorabentscheidungen in Auslegungsfragen darüber hinaus verbindliche Wirkung für das Verfahren zwischen anderen Beteiligten haben<sup>175</sup>. Der EuGH scheint dahin zu tendieren, diesen Urteilen auch allgemeine Bedeutung beizumessen. So folgt aus seiner Feststellung, wonach letztinstanzliche Gerichte im Sinne von Art. 234 Abs. 3 EG nicht zur Vorlage verpflichtet sind, wenn die gleiche Streitfrage bereits vom EuGH entschieden ist, dass diese Gerichte die frühere Entscheidung des EuGH ihrer Entscheidungsfindung zu Grunde legen müssen<sup>176</sup>. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass nationale Gerichte, die nicht zur Vorlage verpflichtet sind, das Gemeinschaftsrecht doch anders auslegen als der EuGH. Dann aber muss das letztinstanzlich entscheidende Gericht ein Vorabentscheidungsverfahren einholen, sofern es die früher gegebene Auslegung des EuGH nicht übernehmen will<sup>177</sup>. Im Ergebnis kommt folglich auch den Auslegungsurteilen in Vorabentscheidungsverfahren de facto eine "erga-omnes"-Wirkung zu<sup>178</sup>.

Für den Fall *Kreil*, in dem bereits eine Entscheidung des EuGH vorliegt, sind nun folgende Möglichkeiten zur "Prüfung" der EuGH-Rechtsprechung denkbar: Die Fachgerichte könnten sich unter Berufung auf die Lehre vom "ausbrechenden Rechtsakt" der EuGH-Rechtsprechung widersetzen<sup>179</sup>. Allerdings ist die Formulierung des *Maastricht*-Urteils, wonach die deutschen Staatsorgane aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert sind, "ausbrechende Rechtsakte" an-

zuwenden, hinsichtlich einer "Verwerfungskompetenz" der Fachgerichte unklar. An sich hat das BVerfG ihnen nur eine "Prüfungskompetenz" zugesprochen<sup>180</sup>. Denkbar wäre auch eine Befassung des BVerfG mit dem Urteil *Kreil* über das Verfahren der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 GG analog<sup>181</sup>. Fraglich ist aber, ob dies auch gelten kann, wenn nicht eine konkrete Norm, sondern eine Entscheidung des EuGH den Rahmen des Integrationsprogrammes zu verlassen scheint. Zum Teil wird das bejaht<sup>182</sup>. Dagegen spricht aber die Rechtsprechung des 2. Senats des BVerfG, wonach Art. 100 GG allein zur Kontrolle gegenüber dem Gesetzgeber, nicht aber gegenüber Gerichten, und damit auch nicht gegenüber dem EuGH, ermächtigt<sup>183</sup>. Der 1. Senat des BVerfG hat in seinem Urteil zum Verbot der Nachtarbeit<sup>184</sup> die Auslegung der RL 76/207/EWG durch den EuGH in der Rechtssache *Stoeckel*<sup>185</sup> - einem der Rechtssache *Kreil* vergleichbaren Rechtsstreit - zum Anlass genommen, Richtervorlagen nach Art. 100 GG nicht mehr für entscheidungserheblich zu erklären. Denn Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts komme für den Fall des Widerspruchs zu innerstaatlichem Gesetzesrecht auch vor deutschen Gerichten Anwendungsvorrang zu<sup>186</sup>. Bemerkenswert sind hier weiterhin die Ausführungen des BVerfG zur rechtlichen Qualität der Gleichbehandlungsrichtlinie; nach Ansicht des Gerichts halte sich die Auffassung des EuGH zur Qualität der Richtlinie im Rahmen des Integrationsprogramms, das auf der Grundlage von Art. 24 Abs. 1 GG durch das deutsche Zustimmungsgesetz gebilligt ist. Das Gericht übt daher seine Gerichtsbarkeit im Wege der Normenkontrolle nach Art. 100 GG nicht aus<sup>187</sup>.

Was hier nur gezeigt werden soll: Die Entscheidung des EuGH im Fall *Stoeckel* war für das BVerfG also maßgeblich.

<sup>174</sup> Sog. "inter-partes"-Wirkung, vgl. EuGH, Urteil vom 24.6.1969 in der Rs. 29/68 *Milch-, Fett- und Eierkontor gegen Hauptzollamt Saarbrücken*, Slg. 1969, S. 165 ff., S. 178.

<sup>175</sup> Sog. "erga-omnes"-Wirkung, vgl. *Borchardt*, Art. 234 EG, Rn. 53, 55.

<sup>176</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 6.10.1982 in der Rs. 283/81, *Srl C.I.L.F.I.T. und Lanificio di Gavardo SpA gegen ministro della sanità*, Slg. 1982, S. 3415 ff., Rn. 13.

<sup>177</sup> *Krúck*, Art. 177 EG-Vertrag, Rn. 91.

<sup>178</sup> *Borchardt*, Art. 234 EG, Rn. 55; *Krúck*, Art. 177 EG-Vertrag, Rn. 92, die diese Präjudizwirkung von Auslegungsurteilen des EuGH mit der von höchstrichterlichen Urteilen im nationalen Recht vergleichen.

<sup>179</sup> Vgl. dazu näher *Hirsch*, NJW 1996, S. 2460 ff.

<sup>180</sup> Vgl. BVerfG bzgl. einer (unzulässigen) Verfassungsbeschwerde zur Anwendbarkeit der EG-Bananenmarktordnung in der Bundesrepublik Deutschland, BVerfG, AZ 2 BvR 760/95, Beschluss vom 26.4.1995, EuZW 1995, S. 412 f., S. 413: "Soweit die Nichtanwendbarkeit von EG-Recht in Deutschland behauptet wird, ist jedenfalls die Prüfungskompetenz der Fachgerichte eröffnet".

<sup>181</sup> Erinnert sei daran, dass das BVerfG die Frage, auf welchem Weg es mit der Unanwendbarkeit eines Gemeinschaftsrechtsaktes wegen Kompetenzüberschreitung durch die Gemeinschaft befasst werden kann, in seinem *Maastricht*-Urteil ausdrücklich offen gelassen hat.

<sup>182</sup> *Zuck/Lenz*, NJW 1997, S. 1197.

<sup>183</sup> Vgl. *Solange II*-Beschluss BVerfG (Fn. 141), S. 371.

<sup>184</sup> BVerfG, AZ 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91, Urteil vom 28.1.1992, BVerfGE 85, S. 191 ff. (*Nachtarbeitsverbot*-Urteil BVerfG).

<sup>185</sup> EuGH, Urteil vom 25.7.1991 in der Rs. C-345/89, *Strafverfahren gegen Alfred Stoeckel*, Slg. 1991, I - S. 4047 ff. (Urteil *Stoeckel*).

<sup>186</sup> Vgl. *Nachtarbeitsverbot*-Urteil BVerfG (Fn. 184), S. 204.

<sup>187</sup> Vgl. a. a. O., ebd.

## 2. materiell-rechtliche Betrachtung

Der behauptete massive Konflikt zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Gemeinschaft, der durch eine Anrufung des BVerfG wegen Kompetenzüberschreitung des EuGH im Fall *Kreil* entstehen könnte, ist derzeit nicht auszumachen.

Zum einen hat sich das BVerfG bisher auf Warnungen beschränkt und in keinem Fall angenommen, dass die Gemeinschaft ihre Kompetenzen überschritten hat: Entgegen Erwartungen in der Literatur hat das Gericht seine darauf bezogenen Ausführungen im *Maastricht*-Urteil auch nicht im Urteil über die "Fernseh-Richtlinie"<sup>188</sup> präzisiert<sup>189</sup>. Dieser Entscheidung dürfte deshalb keine grundlegende Bedeutung für die Frage der verfassungsrechtlichen Relevanz von Kompetenzüberschreitungen der Gemeinschaft zukommen.

Zum anderen hält sich - wie gezeigt - das Urteil des EuGH durchaus im Rahmen der (Rechtsprechungs-) Kompetenz des Gerichtshofs. Der EuGH räumt der Gemeinschaft in Bezug auf die Verteidigung keine generelle Zuständigkeit ein, wie sie etwa einer Verbandskompetenz im Sinne des deutschen Verfassungsrechts entsprechen würde. Er formuliert vielmehr negativ, dass zumindest nicht jede staatliche Maßnahme auf diesem Gebiet vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen ist. Wie gesehen, bezieht sich diese Rechtsprechung von vornherein nur auf Sachverhalte, die zwar einen verteidigungspolitischen Bezug haben, aber auch die Regelungsmaterien des EG-Vertrages berühren.

Auch das "Essentiale" des Grundgesetzes ist nicht verletzt, zumal Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG nicht der "Ewigkeitsgarantie" des Art. 79 Abs. 3 GG unterfällt<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3.10.1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl. Nr. L 298 vom 17.10.1989, S. 23.

<sup>189</sup> Vgl. BVerfGE 92, S. 203 ff., S. 238 ff.

<sup>190</sup> Siehe nur *Scholz*, Kommentar GG, Art. 12 a, Rn. 208. Angesprochen ist damit, dass nach der *Maastricht*-Rechtsprechung des BVerfG auch das primäre Gemeinschaftsrecht (mittelbar) Gegenstand verfassungsgerichtlicher Kontrolle sein kann mit der Behauptung, es stehe im Widerspruch zu Regelungen des Grundgesetzes. Die *Solange*-Rechtsprechung ist hier nicht einschlägig, da sie nur sekundäres Gemeinschaftsrecht betrifft. Prüfungsgegenstand ist nicht das Primärrecht selbst, sondern das Zustimmungsgesetz zum EG-Vertrag mit dem Argument, das primäre Gemeinschaftsrecht gehe über das Integrationsprogramm des Zustimmungsgesetzes hinaus. Denn die Unanwendbarkeit von primärem Gemeinschaftsrecht aus Gründen der Verfassungswidrigkeit ist nicht denkbar, ohne dass das Zustimmungsgesetz (zumindest teilweise) mit dem Grundgesetz unvereinbar ist (BVerfGE 52, S. 187 ff., S. 199 f.) Prüfungsmaßstab sind die Grenzen der Übertragbarkeit von Hoheitsrechten, Art. 23 Abs. 1 S. 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG, *Maastricht*-Urteil BVerfG (Fn. 2), S. 182 ff.: Danach

Schließlich hat das BVerfG in seinem *Maastricht*-Urteil nur "für die Zukunft" die Möglichkeit in Aussicht gestellt, die einer Vertragserweiterung gleichkommende Auslegung von Befugnisnormen - zur Rechtsetzung und nicht zur Rechtsprechung - durch die Gemeinschaft die Bindungswirkung für die Bundesrepublik Deutschland abzusprechen.

Damit bietet das Urteil *Kreil* des EuGH insgesamt keinen Anlass, über einen möglichen Vorbehalt des BVerfG hinsichtlich des Vorrangs von Gemeinschaftsrecht auch vor Bestimmungen des Grundgesetzes neu nachzudenken. Es ist schon fraglich, in welchem Verfahren das BVerfG mit dem Urteil befasst werden könnte, und auch materiell-rechtlich kann es keinen Anwendungsfall für die *Maastricht*-Rechtsprechung des BVerfG darstellen<sup>191</sup>.

## 3. Zusammenfassung zum Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor deutschem Verfassungsrecht im Fall *Kreil*

Eine europäische Richtlinie verdrängt deutsches Verfassungsrecht und setzt es außer Anwendung<sup>192</sup>. Das war auch das Hauptmotiv für die zum Teil heftigen Reaktionen auf das Urteil. Diese Wirkung hat es jedenfalls dann, wenn man der bislang überwiegenden Auslegung folgt, dass Art. 12 a Abs. 4 Satz 2 GG Frauen auch vom freiwilligen Militärdienst mit der Waffe ausschließt. Denn nur für

---

müsse das Grundgefüge der Verfassung auch vor der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft Bestand haben und könne weder durch primäres noch sekundäres Gemeinschaftsrecht geändert werden. Hinsichtlich des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts aus Sicht des BVerfG bedeutet das, dass die Unanwendbarkeit primären Gemeinschaftsrechts wegen Verstoßes des deutschen Zustimmungsgesetzes gegen das Grundgesetz, vor allem gegen Grundrechte und Art. 23 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG, denkbar ist.

*Hirsch*, NJW 2000, S. 1819 fragt in diesem Zusammenhang, ob der Dissens zwischen EuGH und BVerfG wirklich so groß ist: "Für den - rein hypothetischen - Extremfall", dass Gemeinschaftsrecht die Kompetenzgrenzen überschreite und der EuGH keinen ausreichenden Rechtsschutz dagegen biete, solle den nationalen Verfassungsgerichten nicht die Kompetenz abgesprochen werden, die "essentialia" ihrer Verfassungen zu schützen. Umgekehrt bestehe aber die Aufgabe nationaler Verfassungsgerichte nicht darin, Urteile des EuGH systematisch auf eine Kompetenzüberschreitung zu überprüfen. Es solle erst dann erwogen werden, einzugreifen, "wenn mit einer gewissen Offenkundigkeit schwerwiegend und systematisch das Integrationsprogramm der Verträge überdehnt" würde. Dafür biete im deutschen Recht Art. 79 Abs. 3 GG einen brauchbaren Maßstab. So auch *Everling*, S. 226, mit Blick auf die Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH.

<sup>191</sup> Neben *Scholz* (Fn. 37) a. A. auch *Löwer*, S. 83, mit nicht überzeugender Begründung, da er - wie das BVerfG - nach einer allgemeinen Verbandskompetenz der Gemeinschaft für die Verteidigung fragt.

<sup>192</sup> Vgl. dazu auch die Begründung bei *Sieberichs*, S. 2565, rechte Spalte.

diesen Fall ist deutsches Verfassungsrecht durch das Urteil *Kreil* tatsächlich tangiert<sup>193</sup>.

## FAZIT UND AUSBLICK

Die Bedeutung des Falles *Kreil* liegt in der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auch auf Sachverhalte mit verteidigungspolitischem Bezug. Es besteht für die Streitkräfte keine Bereichsausnahme, wenn sich der Verteidigungssektor mit klassischen Anknüpfungspunkten des EG-Vertrages überschneidet. Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf den berufsbezogenen Aspekt der Streitkräfte verdeutlicht den "Prozesscharakter der fortschreitenden Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen"<sup>194</sup>. Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen hat sich von einer auf das Entgelt beschränkten Gleichheitsgarantie zu einem Gemeinschaftsgrundrecht allgemeiner Art entwickelt, dessen Durchsetzung der EuGH sichert. Mag auch vereinzelt der Vorwurf fehlender Zuständigkeit des EuGH bestehen bleiben, gibt es keinen Grund, dem Europarecht in diesem Fall den Anwendungsvorrang zu verweigern: Nach Art. 220 EG sowieso schon nicht, und auch das *Maastricht*-Urteil des BVerfG bietet keine Schützenhilfe. Es stehen Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts auf dem Spiel<sup>195</sup>.

Es ist im Übrigen nichts Neues, was durch den Fall *Kreil* wieder deutlich wird: Das EG-Recht hat über den Anwendungsvorrang enormen Einfluss auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten. Dabei wurden bereits in der 1957 als EWG - Europäische Wirtschaftsgemeinschaft - gegründeten Gemeinschaft viele "außerwirtschaftliche" Materien vom EG-Recht erfasst. Ursache war zum einen, dass auch die "nichtwirtschaftlichen" Bereiche in eine Rechtsordnung einbezogen werden müssen, die den Menschen nicht als bloßen Produktionsfaktor ansieht (Stichwort: Soziale Dimension des Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes), zum anderen, dass "die Wirtschaft" viele, nämlich fast alle

<sup>193</sup> Es kann hier nicht auf die Folgen des Urteils *Kreil* für das deutsche Recht sowie etwaige Lösungsansätze, um eine Kollision mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorrangfrage von Gemeinschaftsrecht gegenüber nationalem Verfassungsrecht zu verhindern, eingegangen werden, vgl. dazu z. B. *Laubinger/Repkewitz*, VA 2000, S. 321 ff; *Zuleeg*, DÖV 1997, S. 1024.

<sup>194</sup> Aus der Rechtsansicht der Europäischen Kommission im Fall *Kreil*, Urteil *Kreil* (Fn. 5), Rn. 14.

<sup>195</sup> Vgl. Urteil *Internationale Handelsgesellschaft* (Fn. 137), Rn. 3.

Lebensbereiche erfasst. Die Beschränkung der Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, die Bezugnahme auf den "Anwendungsbereich" des Vertrages (so z. B. in Art. 12 Abs. 1 EG) und die Festlegung der Aufgaben der Gemeinschaft in Art. 2 EG sowie ihrer Tätigkeiten in Art. 3 EG und Art. 4 EG, die "nach Maßgabe dieses Vertrages" wahrzunehmen sind, werden dadurch nicht bedeutungs- oder gar konturenlos. Um eine Konturenlosigkeit zu vermeiden, ist es wichtig, auf die Grenzen der Gemeinschaftstätigkeit hinzuweisen und diese in konkreten Grenzfällen aufzuzeigen. Dies hat der EuGH in seinem Urteil zur Vereinbarkeit der sog. "Tabak-Richtlinie"<sup>196</sup> mit den Rechtsetzungskompetenzen der Gemeinschaft getan<sup>197</sup>. Allerdings erscheint der Versuch, "gemeinschaftsrechtsfeste" Bereiche festlegen zu wollen, wenig erfolgversprechend. Dieser Ansatz wurde im Fall *Kreil* wieder versucht, gegenüber dem EuGH allerdings ohne Erfolg. Ob hier der Vorschlag des ehemaligen deutschen Richters am EuGH, *Hirsch*, Erfolg verspricht, den geplanten Grundrechtskatalog mit der Erstellung eines "klaren Kompetenzkatalogs" zu verbinden, kann bezweifelt werden. Zweck ist, "schwierige und akzeptanzschädliche Streitigkeiten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten über die Kompetenzabgrenzungen von vornherein zu vermeiden"<sup>198</sup>. Selbst wenn man bedenkt, dass "Kompetenz der Gemeinschaft" und "Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts" unterschiedliche Dinge meint, scheint doch jeder Abgrenzungsversuch, der das Ziel einer klaren, eindeutigen Trennung beider Rechtskreise verfolgt, angesichts ihrer engen rechtlichen Verflechtung und des dynamischen Charakters der Gemeinschaft fast unmöglich. Das Gemeinschaftsrecht ist kaum mehr überschaubar, und je umfangreicher der Normenbestand wird, desto größer ist die Gefahr von Überschneidungen und Kollisionen von unmittelbar geltendem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht.

<sup>196</sup> Richtlinie 98/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.1998 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. Nr. L 213 vom 30.7.1998, S. 9.

<sup>197</sup> Danach war der Gemeinschaftsgesetzgeber für den Erlass der RL auf der Grundlage von Art. 100 a, Art. 57 Abs. 2 und Art. 66 EG-Vertrag nicht zuständig, EuGH, Urteil vom 5.10.2000 in der Rs. C-376/98, *Bundesrepublik Deutschland/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*; vgl. auch EuGH, Urteil vom 5.10.2000 in der Rs. C-74/99, *The Queen/Secretary of State for Health u. a.*. Voller Wortlaut beider Urteile z. Zt. auf dem Server des EuGH unter <http://www.curia.eu.int/>.

<sup>198</sup> *Hirsch*, EWS 2000. Zur Forderung nach Aufnahme eines enumerativen Kompetenzkatalogs in den EG-Vertrag vgl. auch *Streinz*, DVBl. 2000, S. 595, dort m. w. N. in Fn. 95.

Bei allen Fragen, die sich durch das besprochene Urteil *Kreil* stellen, ist eins sicher: Frau Kreil hat ihren Platz in der europäischen und deutschen Rechtsgeschichte sicher. Oder - wie es *Zuck* formuliert, der auf einen weiteren Aspekt des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht hinweist: Es genügt nicht, "immer neue Forderungen in die Verfassung hineinzuschreiben. Nicht Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verändert die Wirklichkeit, sondern Beschwerdeführerinnen wie Tanja Kreil"<sup>199</sup>. Ob nun - in Lauf gesetzt durch "Europa" - Frauen in die Bundeswehr gehören, ist ein anderes Thema, und man mag es bestreiten. In rechtlicher Hinsicht ist es aber gut, dass Frauen, die dies (u. U. aus beruflichen Gründen) unbedingt wollen, jetzt Zugang haben. Entscheidend sind Eignung, Befähigung und fachliche Leistung. Und für alle anderen Frauen besteht keine Verpflichtung zum "Waffen-dienst"<sup>200</sup>.

<sup>199</sup> *Zuck*, NJW 2000, S. 1702.

<sup>200</sup> Auf die Bedeutung des Urteils *Kreil* für politische Fragen, wie die allgemeine Wehrpflicht und die Wehrgerechtigkeit, kann hier nicht eingegangen werden, vgl. dazu ausführlich z.B. *Stahn*, S. 132 ff.

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|                  |   |
|------------------|---|
| a. A.            | anderer Ansicht   |
| a. a. O.         | am angegebenen Ort  |
| ABl.             | Amtsblatt der EG  |
| Abs.             | Absatz  |
| AJP              | Aktuelle juristische Praxis (Zeitschrift, Schweiz)                  |
| Art.             | Artikel   |
| Aufl.            | Auflage   |
| AZ               | Aktenzeichen  |
| Begr.            | Begründer   |
| Bd.              | Band  |
| BGB              | Bürgerliches Gesetzbuch   |
| BGBI.            | Bundesgesetzblatt   |
| BT-Drs.          | Bundestags-Drucksache   |
| Buchst.          | Buchstabe   |
| BVerfG           | Bundesverfassungsgericht  |
| BVerfGE          | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts<br>(amtliche Sammlung) |
| BVerwG           | Bundesverwaltungsgericht  |
| BVerwGE          | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts<br>(amtliche Sammlung) |
| bzw.             | beziehungsweise   |
| CDU              | Christlich Demokratische Union                                      |
| ders.            | derselbe  |
| d. h.            | das heißt   |
| DÖV              | Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)                            |
| Drs.             | Drucksache  |
| DVBl.            | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)                            |
| ebd.             | ebenda  |
| E(W)G            | Europäische (Wirtschafts-) Gemeinschaft                             |
| EG-Vertrag (EGV) | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft                  |
| ELR              | European Law Reporter (Zeitschrift)                                 |
| EU               | Europäische Union   |
| EU-Vertrag (EUV) | Vertrag über die Europäische Union                                  |
| EuGH             | Europäischer Gerichtshof  |
| EuGRZ            | Europäische Grundrechte-Zeitschrift                                 |
| EuR              | Europarecht (Zeitschrift)   |
| EuZW             | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht                        |
| EWS              | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)             |
| f.               | folgende  |
| ff.              | fortfolgende  |
| Fn.              | Fußnote(n)  |

|          |  |
|----------|--|
| GASP     | Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik                                 |
| GG       | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland                           |
| ggf.     | gegebenenfalls   |
| h. M.    | herrschende Meinung  |
| Hrsg.    | Herausgeber  |
| i. d. F. | in der Fassung   |
| i. S. d. | im Sinne des   |
| i. S. e. | im Sinne eines   |
| i. V. m. | in Verbindung mit  |
| i. Ü.    | im Übrigen   |
| JZ       | Juristenzeitung (Zeitschrift)  |
| m. N.    | mit Nachweis   |
| m. w. N. | mit weiterem Nachweis/weiteren Nachweisen                                |
| NATO     | Nordatlantikpakt-Organisation (North Atlantic Treaty Organization)       |
| NJW      | Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)                             |
| Nr.      | Nummer(n)  |
| NVwZ     | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht                                    |
| RIW      | Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)                       |
| RL       | Richtlinie   |
| Rn.      | Randnummer(n)  |
| Rs.      | Rechtssache  |
| Rspr.    | Rechtsprechung   |
| S.       | Seite(n)   |
| SG       | Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Soldatengesetz)             |
| Slg.     | amtliche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH                            |
| SLV      | Verordnung über die Laufbahnen der Soldaten (Soldatenlaufbahnverordnung) |
| SPD      | Sozialdemokratische Partei   |
| sog.     | sogenannte(n)  |
| u. a.    | und andere   |
| UAbs.    | Unterabsatz  |
| u. U.    | unter Umständen  |
| v. a.    | vor allem  |
| VA       | Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)  |
| VG       | Verwaltungsgericht   |
| vgl.     | vergleiche   |
| WPfIG    | Wehrpflichtgesetz  |
| z.B.     | zum Beispiel   |
| z.T.     | zum Teil   |
| z.Zt.    | zur Zeit   |

## LITERATURVERZEICHNIS\*

- Arndt, Claus*: Waffeneinsatz von Frauen bei der Bundeswehr, NJW 2000, S. 1461 f. (zitiert: NJW 2000).
- ders.*: Frauen und Bundeswehr, Recht und Politik 2000, S. 29 f. (zitiert: Recht und Politik 2000).
- Badura, Peter*: Schriftliche Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a) - Drucksache 14/1728 (neu) -, veröffentlicht als Anhang zum Wortprotokoll, Protokoll Nr. 14/44 und 14/30, zur Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG), S. 49 ff.
- Borchardt, Klaus-Dieter*: Kommentierung zu Art. 234 EG, in: Lenz, C. O. (Hrsg.): Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl. 1999.
- Callies, Christian*: Kommentierung zu Art. 297 EG, in: Callies, Ch./Ruffert, M. (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV -, 1999.
- Coen, Martin*: Kommentierung zu Art. 141 EG, in: Lenz, C. O. (Hrsg.)/Borchardt, K.-D.: EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl. 1999.
- Cremer, Hans-Joachim*: Kommentierung zu Art. 11-28 EU, in: Callies, Ch./Ruffert, M. (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV -, 1999.
- Doehring, Karl*: Vorwärts Amazonen!, Die erste Seite, RIW 3/2000, S. 1.
- Dreist, Peter*: Waffendienst für Frauen, Anmerkungen zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in Sachen Tanja Kreil, Truppenpraxis/Wehrausbildung 2000, S. 164 ff.
- Epping, Volker*: Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf auf der Drucksache 14/1728 (neu) (Gleichberechtigter Zugang von Frauen zur Bundeswehr), veröffentlicht als Anhang zum Wortprotokoll, Protokoll Nr. 14/44 und 14/30, zur Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG), S. 56 ff.

\* Soweit nichts anderes vermerkt, wird ausschließlich nach dem Verfassername/Herausgebername zitiert.

- Everling, Ulrich*: Richterliche Rechtsfortbildung in der europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, S. 217 ff.
- Frank, Stefan Leo*: Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, Zeitschrift für öffentliches Recht 2000, S. 1 ff.
- Gersdorf, Hubertus*: Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl. 1994, S. 674 ff.
- Gilsdorf, Peter/Kuijper, Pieter Jan*: Kommentierung zu Art. 224 EG-Vertrag, in: von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 5: Art. 210 - 248 EG-Vertrag, Art. H - S EU-Vertrag, 5. Aufl. 1997.
- Gornig, Gilbert*: Kommentierung zu Art. 12 a Abs. 4 GG, in: von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, Ch.: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1: Präambel, Art. 1 bis 19, 4. Aufl. 1999.
- Götz, Volkmar*: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1993, S. 1081 ff. (zitiert: JZ 1993).
- ders.*: Anmerkung zum EuGH-Urteil vom 11.1.2000 - Rs. C-285/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland, JZ 2000, S. 413 ff. (zitiert: JZ 2000).
- Hilf, Meinhard/Pache, Eckhard*: Kommentierung zu Art. E EUV, in: Grabitz, E./Hilf, M.: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Altband I: EUV, Art. 1-136 a EGV (Maastrichter Fassung), Ergänzungslieferung 8.
- Hirsch, Günter*: Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht - Kooperation oder Konfrontation? NJW 1996, S. 2457 ff. (zitiert: NJW 1996).
- ders.*: Grundrechte und Europa, Die erste Seite, EWS 1/2000, S. 1 (zitiert: EWS 2000).
- ders.*: Der EuGH im Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, NJW 2000, S. 1817 ff. (zitiert: NJW 2000).
- Kämmerer, Jörn Axel*: Gleichberechtigung am Gewehr. Zugleich eine Anmerkung zu den Urteilen des EuGH vom 26.10.1999, Angela Sirdar/The Army Board, Rs. C-273/97 und vom 11.1.2000, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland, Rs. C-285/98, EuR 2000, S. 102 ff. (zitiert: EuR 2000).
- ders.*: Schriftliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 12 a) - BT-Drs. 14/1728 (neu) -, veröffentlicht als Anhang zum Wortprotokoll, Protokoll Nr. 14/44 und 14/30, zur Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG), S. 75 ff. (zitiert: Anhörung Rechtsausschuss).
- Krebber, Sebastian*: Kommentierung zu Art. 136 EG, in: Callies, Ch./Ruffert, M. (Hrsg.): Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft - EUV/EGV -, 1999.
- Krück, Hans*: Kommentierung zu Art. 177 EG-Vertrag, in: von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 4: Art. 137 - 209 a EGV, 5. Aufl. 1997.
- Langenfeld, Christine/Jansen, Bernhard*: Kommentierung zu Art. 119 EG-Vertrag in: Grabitz, E./Hilf, M.: Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Altband I: EUV, Art. 1-136a EGV (Maastrichter Fassung), Ergänzungslieferung 9.
- Langguth, Gerd*: Kommentierung zu Art. 5 EG in: Lenz, C. O. (Hrsg.)/Borchardt, K.-D.: EG-Vertrag, Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2. Aufl. 1999.
- Laubinger, Hans-Werner/Repkewitz, Ulrich*: Freiwilliger Waffendienst von Frauen in der Bundeswehr, VA 2000, S. 297 ff. (zitiert: VA 2000).
- Löwer, Wolfgang*: Schriftliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 12 a) - BT-Drs. 14/1728 (neu) -, veröffentlicht als Anhang zum Wortprotokoll, Protokoll Nr. 14/44 und 14/30, zur Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG), S. 80 ff.
- Mayr, Klaus*: Frauen dürfen (als Arbeitnehmerinnen) nicht an die Front! (Angela Maria Sirdar./The Army Board, Secretary of State for Defence, EuGH vom 26. Oktober 1999, C-273/97), ELR 1999, S. 493 ff (zitiert: ELR 1999).
- ders./Würfel, Christine*: Deutsche Frau und Dienst mit der Waffe (Tanja Kreil./Bundesrepublik Deutschland, EuGH vom 11. Januar 2000, C-285/98), ELR 2000, S. 54 ff. (zitiert: ELR 2000).
- Oppermann, Thomas*: Europarecht, 2. Aufl. 1999.
- Repkewitz, Ulrich*: Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen? NJW 1997, S. 506 ff. (zitiert: NJW 1997).
- Scholz, Rupert*: Kommentierung zu Art. 12 a GG, in: Maunz, Th./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R.: Grundgesetz, Kommentar, Bd. II: Art. 12-21, Lieferung 23 (zitiert: Kommentar GG).
- ders.*: Frauen an die Waffe kraft Europarechts?, DÖV 2000, S. 417 ff. (zitiert: DÖV 2000).
- ders.*: RIW-Kommentar zum Urteil des EuGH/Frauen in der Bundeswehr, RIW 2000, S. 222 f. (zitiert: RIW 2000).
- Schröder, Meinhard*: Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozess der europäischen Integration - Bemerkungen zum Maastricht-Urteil -, DVBl. 1994, S. 316 ff.
- Schweitzer, Michael*: Staatsrecht III, Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 6. Aufl. 1997.
- Sieberichs, Thomas*: Nochmals: Waffeneinsatz von Frauen in der Bundeswehr, NJW 2000, S. 2565 f.
- Stahn, Carsten*: Streitkräfte im Wandel - Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht, EuGRZ 2000, S. 121 ff.



*Stein, Torsten*: Anmerkung zum Urteil des EuGH v. 11.1.2000 - Rs. 285/98 (Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland), EuZW 2000, S. 213 f.

*Streinz, Rudolf*: Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Normativität und Schutz der Verfassung, Internationale Beziehungen, § 182, 1992 (zitiert: Handbuch des Staatsrechts).

*ders.*: Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, EuZW 1994, S. 329 ff. (zitiert: EuZW 1994).

*ders.*: Europarecht, 4. Aufl. 1999 (zitiert: Europarecht).

*ders.*: Frauen an die Front - Bewertung und Folgen der Urteile des EuGH vom 26. Oktober 1999 - Rs. C-273/97 (Angela Maria Sirdar) - und vom 11. Januar 2000 - Rs. C-285/98 (Tanja Kreil) -, DVBl. 2000, S. 585 ff. (zitiert: DVBl. 2000).

*Tobler, Christa*: Kompetenzanmaßung der EG via den EuGH? Zur Rechtsprechung des EuGH über die Anwendbarkeit des EG-Gleichstellungsrechtes auf Arbeitsverhältnisse in den Streitkräften der Mitgliedstaaten, AJP 2000, S. 577 ff.

*Zuck, Rüdiger*: Frauen an die Front? NJW 2000, S. 1701 f. (zitiert: NJW 2000).

*ders./Lenz, Christofer*: Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa, NJW 1997, S. 1193 ff. (zitiert: NJW 1997).

*Zuleeg, Manfred*: Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, S. 1 ff. (zitiert: JZ 1994).

*ders.*: Frauen in die Bundeswehr, DÖV 1997, S. 1017 ff. (zitiert: DÖV 1997).

*ders.*: Kommentierung zu Art. 3 b EG-Vertrag, in: von der Groeben, H./Thiesing, J./Ehlermann, C.-D. (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Bd. 1: Art. A - F EUV, Art. 1 - 84 EGV, 5. Aufl. 1997 (zitiert: Kommentar EGV).

*ders.*: Bananen und Grundrechte - Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, S. 1201 ff. (zitiert: NJW 1997).

*ders.*: Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, S. 2846 ff. (zitiert: NJW 2000).

*ders.*: Stellungnahme zur Notwendigkeit einer Verfassungsänderung aus Anlass des europarechtlich gebotenen Zugangs zum freiwilligen Dienst in der Bundeswehr für Frauen, veröffentlicht als Anhang zum Wortprotokoll, Protokoll Nr. 14/44 und 14/30, zur Sitzung des Rechtsausschusses und des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages vom 23. Februar 2000 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12 a GG), S. 94 ff. (zitiert: Anhörung Rechtsausschuss).

## BASLER SCHRIFTEN ZUR EUROPÄISCHEN INTEGRATION

- Wir bestellen die Schriftenreihe im Jahresabonnement zu sFr. 120.- (8-10 Nrn.). Das Abonnement läuft jeweils für ein Kalenderjahr und verlängert sich automatisch, wenn es nicht drei Monate vor Ablauf schriftlich gekündigt wird.
- Wir bestellen folgende Nummern einzeln zum Preis von sFr. 20.-; Doppelnummern 30.-:
- Wir sind an einem Publikationsaustausch interessiert.
- Wir sind an Unterlagen zum Nachdiplomkurs interessiert.
- Wir sind an Unterlagen zu den Weiterbildungskursen interessiert.

\*vergriffen

- Nr. 1 Subsidiarität - Schlagwort oder Kurskorrektur (mit Beiträgen von Flavio Cotti, Jean-Paul Heider, Jakob Kellenberger und Erwin Teufel) (Doppelnummer)\*
- Nr. 2 Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext (Tagungsband/Doppelnummer)\*
- Nr. 3 Martin Holland, The European Union's Common Foreign and Security Policy: The Joint Action Toward South Africa\*
- Nr. 4 Brigid Gavin, The Implications of the Uruguay Round for the Common Agricultural Policy
- Nr. 6 Urs Saxer, Die Zukunft des Nationalstaates
- Nr. 7 Frank Emmert, Lange Stange im Nebel oder neue Strategie? Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit
- Nr. 8 Stephan Kux, Subsidiarity and the Environment: Implementing International Agreements
- Nr. 9 Arbeitslosigkeit (mit Beiträgen von Christopher Boyd, Wolfgang Franz und Jean-Luc Nordmann)
- Nr.10 Peter Schmidt, Die aussenpolitische Rolle Deutschlands im neuen Europa
- Nr.11 Hans Baumann, Möglichkeiten und Grenzen der Sozialen Dimension nach Maastricht: Das Beispiel der Bauwirtschaft\*
- Nr.12 Georg Kreis, Das schweizerische Staatsvertragsreferendum: Wechsel-spiel zwischen indirekter und direkter Demokratie
- Nr.13 Markus Lusser, Die europäische Währungsintegration und die Schweiz
- Nr.14 Claus Leggewie, Ist kulturelle Koexistenz lernbar?
- Nr.15 Rolf Lüpke, Die Durchsetzung strengerer einzelstaatlicher Umweltschutznormen im Gemeinschaftsrecht (Doppelnummer)
- Nr.16 Stephan Kux, Ursachen und Lösungsansätze des Balkankonflikts: Folgerungen für das Abkommen von Dayton

- Nr.17 Jan Dietze/Dominik Schnichels, Die aktuelle Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (EuGVÜ)
  - Nr.18 Basler Thesen für die künftige Verfassung Europas (2. Aufl.)
  - Nr.19 Christian Garbe, Subsidiarity and European Environmental Policy: An Economic Perspective
  - Nr.20 Claudia Weiss, Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention: Die Haltung des Parlaments 1969-1995
  - Nr.21 Gunther Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus
  - Nr.22 Jürgen Mittelstrass, Stichwort Interdisziplinarität (mit einem anschliessenden Werkstattgespräch)
  - Nr.23 William James Adams, The Political Economy of French Agriculture
  - Nr.24 Aktuelle Fragen der Wirtschafts- und Währungsunion (mit Beiträgen von Gunter Baer, Peter Bofinger, Renate Ohr und Georg Rich) (Tagungsband/Doppelnummer)
  - Nr.25 Franz Blankart, Handel und Menschenrechte
  - Nr.26 Manfred Dammeyer/Christoph Koellreuter, Die Globalisierung der Wirtschaft als Herausforderung an die Regionen Europas
  - Nr.27 Beat Sitter-Liver, Von Macht und Verantwortung in der Wissenschaft
  - Nr.28 Hartwig Isernhagen, Interdisziplinarität und die gesellschaftliche Rolle der Geistes- und Kulturwissenschaften
  - Nr.29 Muriel Peneveyre, La réglementation prudentielle des banques dans l'Union Européenne
  - Nr.30 Giuseppe Callovi/Roland Schärer/Georg Kreis, Citoyenneté et naturalisations en Europe
  - Nr.31 Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht
  - Nr.32 Jacques Pelkmans, Europe's Rediscovery of Asia. Political, economic and institutional aspects
  - Nr.33 Maya Krell, Euro-mediterrane Partnerschaft. Die Chancen des Stabilitätstransfers
  - Nr.34 Valéry Giscard d'Estaing, L'Union Européenne: Elargissement ou approfondissement?
  - Nr.35 Martin Holland, Do Acronyms Matter? The Future of ACP-EU Relations and the Developing World
  - Nr.36 Andreas Guski, Westeuropa - Osteuropa: Aspekte einer problematischen Nachbarschaft
  - Nr.37 Matthias Amgwerd, Autonomer Nachvollzug von EU-Recht durch die Schweiz - unter spezieller Berücksichtigung des Kartellrechts (Doppelnummer)
  - Nr.38 Manfred Rist, Infotainment oder Sachinformation? Die Europäische Union als journalistische Herausforderung (Doppelnummer)
  - Nr.39 Lothar Kettenacker/Hansgerd Schulte/Christoph Weckerle, Kulturpräsenz im Ausland. Deutschland, Frankreich, Schweiz
  - Nr.40 Georg Kreis/Andreas Auer /Christoph Koellreuter, Die Zukunft der Schweiz in Europa? Schweizerische Informationstagung vom 15. April 1999 veranstaltet durch das EUROPA FORUM LUZERN
  - Nr.41 Charles Liebherr, Regulierung der audiovisuellen Industrie in der Europäischen Union
  - Nr.42/43 Urs Saxer, Kosovo und das Völkerrecht. Ein Konfliktmanagement im Spannungsfeld von Menschenrechten, kollektiver Sicherheit und Unilateralismus
  - Nr.44/45 Gabriela Arnold, sollen Parallelimporte von Arzneimitteln zugelassen werden? Eine Analyse der Situation in der Europäischen Union mit Folgerungen für die Schweiz
  - Nr.46 Markus Freitag, Die politischen Rahmenbedingungen des Euro: Glaubwürdige Weichenstellungen oder Gefahr möglicher Entgleisungen?
  - Nr.47/48 Andrew Watt, „What has Become of Employment Policy?“ - Explaining the Ineffectiveness of Employment Policy in the European Union
  - Nr.49 Christian Busse, Österreich contra Europäische Union - Eine rechtliche Beurteilung der Reaktionen der EU und ihrer Mitgliedstaaten auf die Regierungsbeteiligung der FPÖ in Österreich
  - Nr.50 Thomas Gisselbrecht, Besteuerung von Zinserträgen in der Europäischen Union. Abschied vom Schweizerischen Bankgeheimnis?
  - Nr.51 Uta Hühn, Die Waffen der Frauen: Der Fall *Kreil* - erneuter Anlass zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit? EuGH, Urteil vom 11.1.2000 in der Rs. C-283/98, Tanja Kreil/Bundesrepublik Deutschland
- Zu beziehen bei:
- EuropaInstitut der Universität Basel, Gellertstrasse 27, CH-4020 Basel, Schweiz, Tel. ++41 (0) 61 317 97 67, FAX ++41 (0) 61 317 97 66, e-mail [europa@ubaclu.unibas.ch](mailto:europa@ubaclu.unibas.ch)

