

L'exequatur d'un tel jugement qui a été signifié de façon fictive serait, selon le défendeur, contraire à l'ordre public espagnol. Le TS fait appel, en ce point, à la jurisprudence de la CJCE (affaires *Krombach* et *Renault*), qui considère que la notion d'ordre public n'a pas de contenu autonome et uniforme, devant plutôt être interprétée à niveau national et interne. En Espagne l'ordre public procédural s'identifie avec les droits et garanties établis par l'article 24 de la Constitution, qui consacre le droit à la protection judiciaire des droits et intérêts légitimes des citoyens et qui interdit les situations de déni de justice et d'absence de moyens pour se défendre. Cependant, il est nécessaire que ces situations ne puissent pas être attribuées à la conduite ou à la négligence de ceux qui les ont subies: c'est pourquoi le TS, en l'espèce, refuse le moyen du défendeur et n'y trouve pas d'obstacle à l'exequatur.

3) Les mesures provisoires et conservatoires ont fait aussi l'objet des arrêts du TS espagnol.

L'arrêt du 13 décembre 2006 refuse l'exequatur à une décision danoise qui ordonnait une mesure conservatoire, sous

l'argument qu'elle a été rendue sans l'audience préalable du défendeur: le TS applique ainsi la jurisprudence de la CJCE dans l'affaire *Denilauler c. Couchet Frères* (21 mai 1980).

L'arrêt du 5 septembre 2006 fait face à l'article 39 CB, qui permet de procéder à des mesures conservatoires pendant le délai du recours contre la décision accordant l'exécution et qui établit que celle-ci emporte l'autorisation de procéder à ces mesures. En l'espèce, les tribunaux d'instance et d'appel avaient refusé ordonner des mesures conservatoires, parce que le demandeur n'avait pas montré l'existence d'aucun danger pour l'exécution; le demandeur se pourvoit en cassation auprès du TS, considérant que l'article 39 CB attribue aux mesures conservatoires un caractère automatique, qui lui épargne la charge de prouver ce danger. Le TS soutient, cependant, que l'article 39 libère le demandeur seulement de la charge de démontrer une apparence juridique favorable, mais non de celle de démontrer la situation de danger, qui est nécessaire en tout cas pour l'octroi des mesures conservatoires.

## Allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen mitgliedstaatlichen Verfassungen und Gemeinschaftsrecht

### Die Fogasa-Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs<sup>1</sup>

PD Dr. Eva Kocher, Hamburg

#### 1. Der Beitrag spanischer Arbeitsgerichte zur Entwicklung des europäischen Rechts

Nach dem Beitritt Spaniens zur Europäischen Gemeinschaft im Jahre 1986 haben spanische (Arbeits-)Gerichte mehr und mehr ihre Funktion als europäische Gerichte angenommen. Die spanische Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit findet in der ersten Instanz in den „Juzgados de lo Social“ statt; Berufungen gehen zu den Arbeits- und Sozialkammern vor den Landesgerichten („Tribunal Superior de Justicia“ in der jeweiligen Autonomen Region), Revisionen zu den entsprechenden Kammern des Obersten Gerichtshofs („Tribunal Supremo“). Bis April 2007 haben spanische Gerichte dem europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EGV insgesamt 35 Fragen im Bereich der Sozialpolitik vorgelegt. 20 betrafen Sekundärrecht im Bereich der Sozialpolitik, 9 die Personenverkehrsfreiheit und 6 die Dienstleistungsfreiheit.<sup>2</sup> Unter den EuGH-Entscheidungen, die von spanischen Gerichten ausgingen und für das deutsche Arbeitsrecht von unmittelbarer Relevanz waren, sind die SIMAP-Entscheidung über die Einordnung von Bereitschaftszeit als Arbeitszeit<sup>3</sup> sowie die Entscheidung „Chacón Navas“ zum Verhältnis von Behinderung und Krankheit im Diskriminierungsschutz zu nennen.<sup>4</sup> Wohl noch in diesem Jahr wird auf eine Vorlage des Juzgado de lo Social Madrid über die Vereinbarkeit von tariflichen Altersgrenzen (Zwangspensionierungen, „jubilación forzosa“) mit europäischem Recht entschieden.<sup>5</sup>

Im Zentrum der spanischen Auseinandersetzung mit dem Gemeinschaftsrecht steht bis heute eine Reihe von Entscheidungen zur Insolvenzsicherung arbeitsrechtlicher Ansprüche von Beschäftigten im Kontext der Richtlinie 80/987/EWG (Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeit-

gebers). Gegenstand war jeweils die Pflicht der spanischen Einrichtung zur Insolvenzsicherung (Fogasa<sup>6</sup>), nach Art. 33 des Arbeitsgesetzbuches (Estatuto de los Trabajadores, ET) Leistungen auszuführen, die ein insolvent erklärter Arbeitgeber im Rahmen eines Verfahrens zur Überprüfung der Rechtswirksamkeit einer Kündigung in einem freiwilligen Vergleich versprochen hatte. In der Vorlage „Rodríguez Caballero“<sup>7</sup> ging es insofern um die Insolvenzsicherung vergleichsweise vereinbarter Annahmeverzugsentgelte bis zum vereinbarten Ende des Arbeitsverhältnisses („salarios de tramitación“). Die folgenden Vorlagen „Olaso Valero“,<sup>8</sup> „Guerrero Pecino“,<sup>9</sup> „Cordero Alonso“<sup>10</sup> fragten nach der Insolvenzsicherung vergleichsweise vereinbarter Abfindungen. Art. 33 ET sah eine

<sup>1</sup> Gleichzeitig Anmerkung zur Entscheidung des EuGH vom 7.9.2006 – C-81/05 (Cordero Alonso).

<sup>2</sup> Siehe den ausführlichen Überblick von Pablo Aramendi Sánchez, 65–88, in: Jesús Rentero Jover/José Fernando Lousada Arochena/Pablo Aramendi Sánchez, La cuestión prejudicial y los órganos judiciales sociales, Aranzadi Social 1/2006, 59 ff.

<sup>3</sup> EuGH, 3.10.2000 – C-303/98 (SIMAP).

<sup>4</sup> EuGH, 11.7.2006 – C-13/05 (Chacón Navas).

<sup>5</sup> Rechtssache C-411/05 (Palacios de la Villa); Vorlagebeschluss vom 14.11.2005; Generalanwalt Ján Mazák hat am 15.2.2007 Schlussanträge gestellt.

<sup>6</sup> Fondo de Garantía Salarial, siehe Art. 33 Estatuto de los Trabajadores (Arbeitsgesetzbuch); Real Decreto 505/1985, vom 6.3.1985 über Organisation des Fogasa.

<sup>7</sup> EuGH, 12.12.2002 – C-442/00.

<sup>8</sup> EuGH, 16.12.2004 – C-520/03.

<sup>9</sup> EuGH, 13.12.2005 – C-177/05.

<sup>10</sup> EuGH, 7.9.2006 – C-81/05.

Insolvenzversicherung in diesen Fällen nur vor, wenn die Leistung durch Gerichtsurteil oder Verwaltungsentscheidung zugesprochen worden war.

Die Richtlinie 80/987/EWG verpflichtet die Mitgliedstaaten EG nicht zur Insolvenzversicherung von Abfindungen. Gegenstand des europäischen Rechts sind „nicht erfüllte Ansprüche von Arbeitnehmern aus Arbeitsverträgen oder Arbeitsverhältnissen, die das Arbeitsentgelt für den vor einem bestimmten Zeitpunkt liegenden Zeitraum betreffen“ (Art. 3). Die Änderungsrichtlinie 2002/74/EG ergänzte insofern lediglich „einschließlich, sofern dies nach ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehen ist, einer Abfindung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.“ Der EuGH legt dabei den Begriff des Arbeitsentgelts nicht autonom aus, sondern überlässt seine Bestimmung den Mitgliedstaaten. Das spanische Recht sah insofern eine Erstattungspflicht der Fogasa auch im Falle von Abfindungen für den Verlust des Arbeitsplatzes vor – jedoch nur, wenn die Abfindung durch Gerichtsurteil oder Verwaltungsentscheidung zugesprochen worden war, nicht aber, wenn sie vereinbart worden war, und sei es in einem Vergleich vor dem Arbeitsgericht oder vor der Schlichtungsbehörde.<sup>11</sup> Der Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 ET war insofern eindeutig, und die entsprechende Praxis der Fogasa war wiederholt vom Obersten Gerichtshof (Tribunal Supremo) gebilligt worden.

In den Entscheidungen zu den Vorlageverfahren „Olaso Valero“ bis „Cordero Alonso“ war also nicht die Richtlinie selbst anzuwenden oder auszulegen.<sup>12</sup> Dennoch hielt der EuGH die Umsetzungsgesetzgebung für europarechtswidrig. Nach seiner Meinung ist ein Mitgliedstaat im gesamten Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts an den allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungssatz, das Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung, gebunden. Bereits in „Rodríguez Cabalero“ hatte der EuGH insofern entschieden, dass die spanische Unterscheidung zwischen Ansprüchen aus Gerichtsentscheidungen und Ansprüchen aus Vergleich willkürlich sei. Beide Rechtsquellen begründeten schließlich Ansprüche der Beschäftigten. Diesen Rechtssatz wandte er nun auch auf Abfindungen an. Art. 33 Abs. 2 ET sei nicht anzuwenden.

Im deutschen Recht stellen sich keine unmittelbar vergleichbaren Rechtsfragen. Von Bedeutung sind die Vorlagen und die darauf ergangenen Entscheidungen dennoch. Sie enthalten einerseits Aussagen über die Reichweite des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes, die Licht auf einige kryptische Formulierungen der Mangold-Entscheidung zu werfen vermögen (dazu unter 2.). Die Vorlagen haben dem Europäischen Gerichtshof andererseits auch Gelegenheit gegeben, einige offene Fragen zur Wirkung des Gemeinschaftsrechts zu klären, insbesondere zum Verhältnis des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes zur nationalen Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit (dazu unter 3.).<sup>13</sup>

## 2. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz im Primärrecht

Zunächst etablieren die Entscheidungen an die Bedeutung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes als allgemeinem Rechtsprinzip des Primärrechts. Er gilt zwar nur im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts. In diesem Bereich aber bietet der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz dem EuGH weitreichende Möglichkeiten der Kontrolle mitgliedstaatlichen Rechts. Denn in den Fogasa-Entscheidungen wird er als Verbot sachwidriger Differenzierung ausgelegt.

Der so verstandene allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz stellt auch einen der Hintergründe der Mangold-Entscheidung dar. Insbesondere in Rn 76 dieser Entscheidung interpretiert der Gerichtshof das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als spezielle Ausprägung des Verbots sachwidriger Differenzierung (es gehe um die „Wahrung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung, insbesondere im Hinblick auf das Alter“). Die Anknüpfung an das Alter kann unter bestimmten Umständen als sachwidrig angesehen werden. Dieses Verhältnis von allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsätzen und Diskriminierungsverboten ist auch in anderen Bereichen anerkannt. Der BAG hat es zum Beispiel in Bezug auf den allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ebenso gesehen.<sup>14</sup> Dies muss nicht bedeuten, dass der gesamte Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/78/EG und anderer Antidiskriminierungsrichtlinien nun bereits vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz erfasst sei und lediglich deklaratorische Regelungen enthielte. Denn der Diskriminierungsschutz der Richtlinien erschöpft sich nicht in den formalen Aspekten des Verbots sachwidriger Differenzierung. Er enthält einerseits sowohl Unterscheidungsverbote als auch (materielle) Gleichbehandlungsgebote,<sup>15</sup> und erstreckt sich andererseits auf „die Bereitstellung geeigneter Rechtsbehelfe, die Beweislast, die Viktimisierung, den sozialen Dialog sowie die positiven und anderen spezifischen Maßnahmen zur Umsetzung einer solchen Richtlinie angeht.“<sup>16</sup>

Nun kann man sich darüber streiten, ob es bei der Mangold-Entscheidung tatsächlich um eine Regelung ging, die sich bereits im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts bewegte; schließlich war die Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht abgelaufen. Es lässt sich auch darüber streiten, ob ein allgemeines Diskriminierungsverbot wegen des Alters genau den Inhalt haben muss. Die Begründung eines formal verstandenen Unterscheidungsverbots wegen des Alters als allgemeinem Rechtsgrundsatz der Gemeinschaft ist nach der allgemeinen Dogmatik des Antidiskriminierungsrechts aber keines-

<sup>11</sup> Art. 63-68 des spanischen Arbeitsgerichtsgesetzes (LPL, Ley de Procedimiento Laboral) verlangt einen obligatorischen vorgeschichtlichen Schlichtungsversuch vor einer öffentlich-rechtlichen, durch Berufsorganisationen oder durch Tarifvertrag eingerichteten Stelle, sowie (nach Art. 84 LPL) im Falle des Scheiterns einen weiteren Schlichtungsversuch vor dem Arbeitsgericht.

<sup>12</sup> So aber Preis, NZA 2006, 405.

<sup>13</sup> Auf diesen Aspekt konzentriert sich die Entscheidungsanmerkung von Winter zur Entscheidung „Cordero Alonso“, jurisPR-ArbR 48/2006 Anm. 1.

<sup>14</sup> BAG 11.4.2006, NJW 2006, 2875 ff.: „Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz ist insbesondere dann verletzt, wenn der Arbeitgeber gegen eine die sachfremde Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern ausdrücklich verbietende Norm, wie zB § 611a BGB oder § 4 TzBfG, verstößt. Dies gilt auch für den Fall, dass der Arbeitgeber gegen eine die Gleichbehandlung von Arbeitnehmern bezweckende Richtlinie der EG verstößt.“ Vgl. auch die Hinweise von M.Schmidt, GLJ 2005, 519 auf internationalrechtliche Grundlagen des allgemeinen Grundsatzes eines Verbots der Differenzierung ohne sachlichen Grund.

<sup>15</sup> Siehe Schiek, in: dies. (Hrsg.), AGG, 2007, Einl, Rn 51 ff.; Rn 64; vgl. auch Kocher, RdA 2002, 167 ff in der Auseinandersetzung mit Fastrich, RdA 2000, 65 ff. Zum Begriffspaar „Unterscheidungsverbot“ und „Gleichbehandlungsgebot“ insbesondere Neuner, JZ 2003, 57 ff sowie ders., in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, 2006, 86 ff.

<sup>16</sup> EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 (Mangold), Rn 76.

wegs so überraschend, wie dies in der deutschen Diskussion der Mangold-Entscheidung anklingt:<sup>17</sup> Eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung wegen des Alters kann durchaus als sachwidrige Differenzierung im Sinne des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes angesehen werden.

### 3. Konkurrenzen zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Verfassungsrechts

#### a. Deutsches Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof

Einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz enthält allerdings auch die spanische Verfassung (Art. 14). Und der spanische Verfassungsgerichtshof („Tribunal Constitucional“) hatte die fragliche Praxis der Fogasa bereits an diesem Maßstab überprüft und keine sachwidrige Differenzierung erkennen können. Die Sonderstellung von vergleichsweise vereinbarten Abfindungen sei mit dem legitimen gesetzgeberischen Ziel einer Verhinderung von Missbrauch durch kollusives Zusammenwirken gerechtfertigt.<sup>18</sup> Der EuGH kam nun bei seiner eigenständigen Auslegung des allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes zum gegenteiligen Ergebnis.

Ähnliche Konflikte zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH sind keineswegs ausgeschlossen.<sup>19</sup> Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat sich zwar in den Solange-Entscheidungen und dem Maastricht-Urteil zu einem „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof bekannt.<sup>20</sup> Nach der Entscheidung Solange II aus dem Jahre 1986<sup>21</sup> bilden gerade die Gleichbehandlungsgrundsätze und andere Grundrechtsverbürgungen, die vom Europäischen Gerichtshof aus den mitgliedstaatlichen Verfassungen und der Europäischen Menschenrechtskonvention entwickelt worden sind und als allgemeine Rechtsgrundsätze Geltung als primäres Gemeinschaftsrecht entfalten, die Grundlage dafür, dass das Bundesverfassungsgericht sich seiner Kontrollbefugnis begeben könne.<sup>22</sup> Es könne von einem wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaft durch den Europäischen Gerichtshof ausgegangen werden. Rügen wegen der Verletzung von Grundrechten durch Gemeinschaftsrecht sind damit unzulässig; entsprechende Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten sind nur zulässig, wenn ihre Begründung darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei.<sup>23</sup>

Allerdings differenziert das BVerfG: Soweit der nationale Gesetzgeber Spielraum bei der Umsetzung von sekundärem Gemeinschaftsrecht habe, bleibe er an die Vorgaben des Grundgesetzes gebunden und unterliege insoweit in vollem Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Und es ist dieser Bereich, in dem der EuGH in den Fogasa-Entscheidungen die nationale Gesetzgebung auch an den gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes bindet. In der Vorlage Cordero Alonso wurde der EuGH erstmals gefragt, wie er das Verhältnis zum spanischen Verfassungsrecht in seiner Auslegung durch den Tribunal Constitucional sehe. Der EuGH antwortete in seinem Urteil vom September 2006,<sup>24</sup> er halte es für unproblematisch, die Sachwidrigkeit einer gesetzgeberischen Unterscheidung anders einzuschätzen als der nationale Verfassungsgerichtshof: Analoge Grundrechte in der nationalen und in der europäischen Rechtsord-

nung kämen nicht in unmittelbare Kollision; die Auslegungen könnten nebeneinander stehen.

#### b. Verwerfungskompetenzen spanischer Gerichte bei Gemeinschaftswidrigkeit von Gesetzen

Die Auseinandersetzung über die Fogasa-Entscheidungen des EuGH sind in Spanien heftig gewesen und noch nicht an ihrem Ende. Die Vorlage „Cordero Alonso“ war die fünfte einer Reihe von Vorlageverfahren zwischen 2002 und 2006; das Arbeitsgericht Algeciras hat im Juni und Dezember 2006 zwei weitere Vorlageverfahren in diesem Kontext eingeleitet.<sup>25</sup> Das zweite dieser Verfahren betrifft eine Gesetzesänderung vom Juni 2006, mit dem die Richtlinie 2002/74/EG sowie die Rechtsprechung des EuGH umgesetzt werden sollte. Die Gesetzesänderung bezieht aber nur Vergleiche ein, die vor Gericht abgeschlossen wurden, nicht aber außergerichtliche Vergleiche, selbst wenn sie vor einer der öffentlichen oder tariflichen Schlichtungsstellen abgeschlossen wurden.<sup>26</sup> Nun spricht tatsächlich einiges dafür, dass diese Umsetzung tatsächlich den Anforderungen des EuGH an die Sachangemessenheit der Differenzierung nicht zu genügen vermag. Hier stellt sich aber noch eine weitere Frage: Weshalb wendet das Arbeitsgericht Algeciras das Gemeinschaftsrecht in der von ihm ermittelten Auslegung nicht einfach an und lässt das spanische Gesetz unangewendet? Warum sind auch die Arbeitsgerichte in den bisherigen Vorlageverfahren nicht so verfahren, obwohl in den EuGH-Entscheidungen zur Verpflichtung der Fogasa nach den ersten beiden Entscheidungen keine Überraschungen mehr zu erwarten waren? Die Antwort darauf ist unter anderem in der beschränkten Kompetenz der spanischen Gerichte zur Verwerfung von Gesetzen zu suchen.

Die zentrale Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts zu diesem Thema stammt vom 19.4.2004.<sup>27</sup> Der Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hatte damals ein spanisches Gesetz über die Besteuerung bestimmter Glücksspiele nicht angewandt. Es hielt das Gesetz einerseits für einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz der spanischen Verfassung (Art. 14); andererseits erkannte es einen Verstoß gegen Art. 33 der Sechsten Umsatzsteuerrichtlinie 77/388/EWG.<sup>28</sup>

<sup>17</sup> Preis, NZA 2006, 405 f; Bauer/Arnold, NJW 2006, 9; eine andere Einschätzung vertritt auch M.Schmidt, GLJ 2005, 518 (not at all surprising); vgl. auch Laskowski, Habilitationsvortrag Juristische Fakultät der Universität Hamburg vom 19.6.2006.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional, Entscheidung vom 25.10.1993 – 306/1993.

<sup>19</sup> Vgl. Winter, jurisPR-ArbR 48/2006 Anm. 1.

<sup>20</sup> BVerfG, 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 („Maastricht“).

<sup>21</sup> BVerfG, 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (376) („Solange II“) gegen BVerfG, 29.4.1974, BVerfGE 37, 271 („Solange I“); siehe auch BVerfG, 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 („Maastricht“). BVerfG, 9.1.2001, NJW 2001, 1267 ff (Rinke).

<sup>22</sup> Vgl. Preis, NZA 2006, 405.

<sup>23</sup> BVerfG (Kammerbeschluss), 9.7.1992, DWiR 1992, 381.

<sup>24</sup> EuGH, 7.9.2006 – C-81/05 (Cordero Alonso).

<sup>25</sup> C-246/06, Vorlage vom 2.6.2006 (Velasco Navarro) und C-498/06, Vorlage vom 7.12.2006 (Robledillo Núñez).

<sup>26</sup> Real Decreto Ley 5/2006, 9.6.2006, zur Verbesserung von Wachstum und Beschäftigung (Transposition der Richtlinie 2002/74/EG und der entsprechenden Rechtsprechung des EuGH), BOE n°. 141 vom 14.6.2006, 22676 ff.

<sup>27</sup> BOE n°. 120 Suplemento, 18.5.2004, 64 ff.

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, 26.6.1997, C-370-372/95.

Mit der expliziten Nichtanwendung des Gesetzes überschritt dieses Gericht nach Meinung des spanischen Verfassungsgerichts jedoch in zweifacher Hinsicht seine Kompetenzen. Denn die spanische Verfassung enthält mit Art. 163 eine Norm, die Art. 100 GG auf den ersten Blick zu entsprechen scheint: „Wenn ein rechtsprechendes Organ in einem Verfahren der Ansicht ist, dass eine auf den entsprechenden Fall anwendbare Norm mit Gesetzesrang, von deren Gültigkeit der Urteilspruch abhängt, verfassungswidrig sein könnte, bringt es die Frage vor das Verfassungsgericht [...]“. Der Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hatte im fraglichen Fall einen Verfassungsverstoß des Gesetzes angenommen, jedoch auf eine Vorlage verzichtet, da er irrtümlich annahm, er dürfe die Rechtsprechung eines früheren Verfassungsgerichtsurteils zu einer ähnlichen Norm auf die streitbefangene Norm übertragen. Damit verletzte das Gericht die Vorlagepflicht aus Art. 163 der spanischen Verfassung.

Durfte das Gericht das Gesetz aber wegen Gemeinschaftswidrigkeit außer Acht lassen? Es ist diese Frage, anhand derer der spanische Verfassungsgerichtshof den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutz in das spanische Rechtssystem integriert: Nach Art. 96 der spanischen Verfassung sei der EG-Vertrag Teil der internen Rechtsordnung. Ein Gericht dürfe danach ein Gesetz, das es grundsätzlich für anwendbar halte, aus Rechtsgründen nur dann wegen Unvereinbarkeit mit höherem Recht unangewandt lassen, wenn es entweder das Vorlageverfahren nach Art. 163 CE oder das Vorlageverfahren nach Art. 234 EGV betrieben habe.<sup>29</sup>

### c. Verwerfungskompetenzen deutscher Gerichte

Damit hat der Spanische Tribunal Constitucional einen anderen Weg eingeschlagen als das BVerfG. Zwar hat auch das BVerfG die europäische Rechtsordnung in das deutsche Rechtssystem integriert und die durch die Solange- und Maastricht-Entscheidungen begründete materielle Kompetenzordnung systematisch überzeugend prozedural abgesichert: Es kontrolliert die Einhaltung des Art. 234 EGV in ähnlicher Weise wie die anderer Zuständigkeitsregelungen.<sup>30</sup> Nachdem der Europäische Gerichtshof als gesetzlicher Richter anerkannt wird, stellt es einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar, wenn ein deutsches Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofs im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 EGV nicht nachkommt<sup>31</sup> – wobei das BVerfG allerdings hinsichtlich der Vorlagepflicht deutscher Gerichte im Rahmen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG lediglich eine Evidenzkontrolle ausübt: Das Bundesverfassungsgericht beanstandet Auslegung und Anwendung des Art. 234 EGV nur, „wenn sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheinen und offensichtlich unhaltbar“ ist.<sup>32</sup>

Die Kompetenz der deutschen Gerichte zur Verwerfung von Gesetzen ist gleichzeitig nach Art. 100 GG aber nur im Fall der Unvereinbarkeit formellen nachkonstitutionellen Rechts mit dem Grundgesetz begrenzt. Alle anderen Normenkonflikte, insbesondere die Vereinbarkeit innerstaatlichen Rechts mit vorrangigem Europäischem Gemeinschaftsrecht, seien der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz des zuständigen Gerichts überlassen.<sup>33</sup> Die Zielsetzung und Reichweite des Art. 100 GG ist insoweit eine grundsätzlich andere als die des Art. 163 der Spanischen Verfassung. Das BVerfG hält die Instanzgerichte insoweit nicht zur Durchführung des Vorlageverfahrens nach Art. 234 EGV verpflichtet. Sind die

Instanzgerichte von der Europarechtswidrigkeit eines nationalen Gesetzes überzeugt, so dürfen sie es unangewandt lassen. Aktuell kommt eine solche Nicht-Anwendung wegen offenkundiger Gemeinschaftswidrigkeit zum Beispiel für § 2 Abs. 4 AGG oder § 622 Abs. 2 Satz 2 BGB in Betracht. Das ArbG Osnabrück hat sich in einem Urteil vom 5. Februar 2007<sup>34</sup> bereits entsprechend verhalten und § 2 Abs. 4 GG unangewandt gelassen.

Nach früheren Entscheidungen konnte man sogar den Eindruck gewinnen, das BVerfG spreche bei gleich oder ähnlich lautenden Grundrechten im europäischen und deutschen Recht der Prüfung der Gemeinschaftswidrigkeit den Vorrang zu. So meinte das BVerfG in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot, die Entscheidungserheblichkeit nach Art. 100 GG sei zu verneinen, wenn die Unanwendbarkeit bereits aus anderen Gründen feststehe, zum Beispiel wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht – selbst wenn diese mit einer Entscheidung des EuGH begründet werde, die nicht unmittelbar zum deutschen Recht, sondern (wie im damaligen Fall) zu einem französischen Gesetz ergangen sei. Diese Aussage wiederholte das BVerfG nun jüngst in der Tariftreue-Entscheidung, schränkte dabei auch aber ihre Reichweite ein: Nur wenn feststehe, dass ein Gesetz dem europäischen Gemeinschaftsrecht widerspricht und deshalb wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts nicht angewandt werden darf,<sup>35</sup> sei das Gesetz nicht mehr entscheidungserheblich im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG. Sei die gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Rechtslage hingegen strittig, gebe es aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts keine feste Rangfolge unter den vom Fachgericht gegebenenfalls einzuleitenden Zwischenverfahren nach Art. 234 Abs. 2, 3 EG und Art. 100 Abs. 1 GG.<sup>36</sup>

Das Bundesverfassungsgericht ist in diesem Fall auch nicht verpflichtet, dem Europäischen Gerichtshof eine Vorabentscheidung nach Art. 234 EGV zu ermöglichen. Solange nicht geklärt ist, dass das innerstaatliche Recht mit dem Grundgesetz vereinbar ist, wäre der Europäische Gerichtshof im Ungewissen darüber, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Dabei bleibt unberücksichtigt, dass der EuGH die Vereinbarkeit mit nationalem Recht im Rahmen des Art. 234 EG gar nicht feststellen kann. In der Praxis hat der EuGH aber – wie in den Fogasa-Entscheidungen – die nationalen Gerichte häufig dazu aufgefordert, bestimmte nationale Gesetze unangewendet zu lassen.

<sup>30</sup> BVerfG (Kammerbeschluss), 22.12.1992–2 BvR 557/88, NVwZ 1993, 883.

<sup>31</sup> BVerfG, 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (366 ff.); BVerfG, 31.5.1990, BVerfGE 82, 159 (194 ff).

<sup>32</sup> BVerfG (Kammerbeschluss), 5.8.1998, DB 1998, 1919; vgl. BVerfGE 82, 159 (194); BVerfG (Kammerbeschluss), 21.8.1996, NVwZ 1997, 481. Zu den Fallgruppen des Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter siehe BVerfG, 9.6.1971, BVerfGE 31, 145 (195 f).

<sup>33</sup> BVerfG, 9.6.1971, BVerfGE 31, 145 (174 f.); genauso BVerfG, 31.5.1990, BVerfGE 82, 159 ff (191).

<sup>34</sup> ArbG Osnabrück, 5.2.2007 – 3 Ca 721/06 (Karmann).

<sup>35</sup> BVerfG, 28.1.2002, BVerfGE 85, 191 ff (203); BVerfG, 17.12.2002, BVerfGE 106, 275 (295); für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde BVerfG, 16.3.2004, BVerfGE 110, 141 (155 f).

<sup>36</sup> Zur Auseinandersetzung genauer Pietzcker, ZfBR 2007, 135.

<sup>37</sup> BVerfG, 17.12.2002, BVerfGE 106, 275 (295); BVerfG, 16.3.2004, BVerfGE 110, 141 (155 f).

Zwar kann es ohne vorherige Klärung der europarechtlichen Fragen durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dazu kommen, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes überprüft, das wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts gar nicht angewandt werden darf. Umgekehrt bliebe aber ohne

Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der Vorabentscheidung für den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften offen, ob die Vorabentscheidung eine nach innerstaatlichen Maßstäben im Übrigen gültige und deshalb entscheidungserhebliche Norm betrifft.

## Rezensionen

**Peter A.J. van den Berg: The Politics of European Codification. A History of the Unification of Law in France, Prussia, the Austrian Monarchy and the Netherlands (Groningen: Europa Law Publishing 2007. ISBN 978-90-76871-48-6. € 68,-)**

Il s'agit d'un ouvrage de synthèse sur l'histoire de la codification du droit civil en France, en Prusse, en Autriche et aux Pays Bas. L'auteur se propose de montrer l'existence d'une similitude entre le mouvement de codification du droit au XVIIIe siècle et la situation de l'Europe actuelle qui, depuis la création de l'Union Européenne, s'efforce de répondre à la nécessité d'une uniformisation des législations.

L'originalité de cette étude consiste surtout dans l'analyse des causes du développement au xviii<sup>e</sup> siècle du phénomène de la codification du droit en Europe, causes qui dérivent – selon van den Berg – d'une série de motifs *politico-théoriques, juridiques et pratiques*.

En premier lieu il s'agissait, selon le motif *politico-théorique*, de la revendication de la part de la classe bourgeoise d'une réelle garantie des droits, et notamment du droit de propriété, afin qu'il joue son rôle économique dans une société en transformation comme celle de la fin du XVIIIe siècle. Un code donc aurait pu assurer la liberté et la sécurité juridique.

En deuxième lieu, des raisons techniques et juridiques – et c'est l'argument juridique – soutenaient la codification du droit: un code aurait simplifié les procès et favorisé la rapidité et l'efficacité des jugements. Du point de vue individuel, l'uniformisation du droit et des sources étaient considérées comme l'instrument juridique pour garantir une administration de la justice prompte et rationnelle.

En dernier lieu, l'auteur rappelle les motifs *pratiques*, à savoir l'intention de favoriser le développement économique grâce à l'abrogation des sources coutumières et jurisprudentielles en établissant le monopole étatique de la création des normes juridique. La codification, dans cette perspective, représentait un *instrumentum regni* très efficace pour l'affirmation du pouvoir de l'État.

La lutte pour la codification, selon l'auteur, n'aurait pu être couronnée de succès si elle avait été exclusivement fondée sur des raisons culturelles, à savoir politico-théoriques. Très importants ont été les motifs pratiques, liés à la nécessité de développer un État plus centralisé par rapport à la tradition. Ce fut le cas de la codification de la France, de l'Empire autrichien et des Pays Bas. La situation prussienne a été différente, parce que d'un côté la tradition de l'État corporatif – le *Ständestaat* – et de l'autre la culture juridique historiciste et organiciste empêchèrent de considérer la codification du droit comme un moyen de création de l'État national.

Pour conclure, van den Berg observe que dans la situation actuelle du processus d'uniformisation des législations européennes, la hiérarchie des motifs politiques et économiques est bouleversée, par rapport aux siècles XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup>: sans doute on ne peut pas considérer aujourd'hui la codification du droit comme une nécessité politique, à savoir comme un moyen pour favoriser le développement de l'union des pays de l'UE.

*Professor Dr. Paolo Alvazzi del Frate, Rom*

**James Gordley/Arthur Taylor von Mehren: An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials (Cambridge: Cambridge University Press 2006. ISBN 978-0521681858. € 46,50)**

Das junge Fach Gemeinschaftsprivatrecht steht – auch – auf den Schultern der „klassischen“ Rechtsvergleichung. Wie die Vergleichung in den akademischen Unterricht am besten zu integrieren sei, ist Gegenstand lang anhaltender Debatten, die die methodische Zerrissenheit der Disziplin reflektieren. Unbestritten ein Meilenstein komparatistischer Didaktik ist das 1957 erstmals erschienene „The Civil Law System – Cases and Materials for the Comparative Study of Law“ von A. T. von Mehren, das in seiner zweiten, zusammen mit Gordley besorgten Auflage von 1977 endgültig zum Standardwerk avancierte. Ausdrücklich nicht als dritte Auflage dieses Standardwerks will der nun federführende Gordley das hier angezeigte Werk verstehen – sehr wohl aber als Weiterentwicklung im Geiste des Originals.

Die wichtigsten von Gordley vorgenommenen Änderungen zeigen sich bereits im neugefassten Titel. Nicht mehr Rechtsvergleichung, sondern ausschließlich *Privatrechtsvergleichung* ist Gegenstand des Buches. Wird so einerseits der Blickwinkel konzentriert, ist auf der anderen Seite die Beschränkung auf die Beobachtung des kontinentalen „civil law“ gefallen – statt dessen finden nun sich auch Materialien zum „common law“ Englands und der USA.

Als „case book“ versammelt das Werk Gerichtsentscheidungen, Gesetzestexte sowie Exzerpte wissenschaftlichen Schrifttums. Hier finden sich für die Lehre mundgerecht editierte Klassiker der Komparatistik, die aus keinem amerikanischen Kurs in „Comparative Law“ wegzudenken wären: so etwa Dawsons „Oracles of the Law“ und Langbeins „German Advantage“, sowie, freilich in Übersetzung, das Zweigert/Kötz'sche Lehrbuch. Ketzerisches, wie etwa von Pierre Legrand, sucht man allerdings vergeblich. Neu hinzugekommen sind Texte zum Europarecht sowie die Hinweise zu „Unidroit“ und „Lando-Principles“ bei der Betrachtung einzelner Privatrechtsinstitute. Stärker als etwa das vergleichbare von Schle-