

Gleichstellungsrecht in der EU – Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen

Astrid Epiney/Marianne Freiermuth Abt

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Marianne Freiermuth Abt, Gleichstellungsrecht in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU / L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zürich 2004, S. 53-88. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Das europäische Gemeinschaftsrecht enthält bereits seit langem Vorgaben für mitgliedstaatliches Recht im Bereich der Gleichbehandlung von Mann und Frau. Die wesentlichen Rechtsgrundlagen haben sich denn auch in den letzten Jahren – mit einigen Ausnahmen¹ – insgesamt nur relativ wenig modifiziert. Nichtsdestotrotz präzisierten sich in den letzten Jahren die rechtlichen Vorgaben für die Mitgliedstaaten immer mehr, was in erster Linie auf die (auch) in diesem Bereich sehr bedeutende Rechtsprechung des EuGH zurückzuführen ist. Ziel des vorliegenden Beitrages ist es, einerseits das „Grundgerüst“ des gemeinschaftlichen Gleichstellungsrechts aufzuzeigen, wobei aber besonderer Wert auf die neuere Entwicklung der Rechtsprechung gelegt werden soll. Dabei können die primärrechtlichen (II.) von den sekundärrechtlichen (III.) Vorgaben unterschieden werden. Ein eigenes Kapitel sei der (nach wie vor aktuellen und immer wieder zu Auseinandersetzungen Anlass gebenden) Frage der rechtlichen Zulässigkeit „positiver Maßnahmen“ gewidmet (IV.). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Würdigung (V.).

II. Primärrecht: der „Grundsatz des gleichen Entgelts“ in Art. 141 EGV

Der heutige, durch den Vertrag von Amsterdam um Definitionen der Begriffe „Entgelt“ und „Gleichheit des Arbeitsentgelts“ ergänzte Art. 141 EGV² stellt Ausgangspunkt und Leitlinie

¹ Hingewiesen sei insbesondere auf die Revision der RL 76/207 sowie den Erlass der Beweislastrichtlinie. Hierzu noch unten III.

² Der frühere Art. 119. Dieser wurde bereits 1957 in den Vertrag eingeführt, allerdings weniger, um die Gleichstellung von Mann und Frau zu fördern, denn um einen unverfälschten Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten sicherzustellen. Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift etwa *Julian Currall*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 119, Rdnr. 14 ff.; *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 30 ff. Diesem Hintergrund des Art. 141 EGV kommt aber nur

des gemeinschaftlichen Gleichstellungsrechts dar, wobei er aber auf einen Aspekt – den Grundsatz des gleichen Entgelts – beschränkt ist³, so dass er keine Grundlage für die Geltendmachung sonstiger Ungleichbehandlungen im Arbeitsleben (etwa in Bezug auf Arbeits- oder Anstellungsbedingungen) darstellt⁴. Art. 141 I EGV ist unmittelbar anwendbar; der Einzelne kann sich also vor nationalen Gerichten direkt auf diese Bestimmung berufen und sie – aufgrund ihrer Drittwirkung – auch gegenüber privaten Arbeitgebern geltend machen⁵.

„Art. 141 EGV

(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

(2) Unter „Entgelt“ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.

Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet

a) dass das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird,

b) dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.“

Die für Inhalt, Bedeutung und Tragweite des „Grundsatzes des gleichen Entgelts“ maßgeblichen Aspekte⁶ ergeben sich aus einer näheren Betrachtung der tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung⁷:

historische Bedeutung zu; jedenfalls kann aus ihm nicht gefolgert werden, die Vorschrift sei eng auszulegen, so dass sie etwa nur im Falle des Bestehens von Wettbewerbsverfälschungen greifen könnte. Vgl. EuGH, verb. Rs. C-270/97, C-271/97 (Sievers und Schrage), Slg. 2000, I-929, Ziff. 57; EuGH, Rs. C-50/96 (Deutsche Telekom/Schröder), Slg. 2000, I-743, Ziff. 57. Aus der Literatur nur *Steinmeyer*, in: Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 2002, Art. 141, Rdnr. 3.

³ Art. 141 III EGV enthält darüber hinaus noch eine Rechtsgrundlage zum Erlass einschlägigen Sekundärrechts, hierzu nur *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 141, Rdnr. 96 ff., m.w.N., und Art. 141 IV EGV betrifft das Problem der „positiven Maßnahmen“, hierzu unten IV.

⁴ Hier ist vielmehr das einschlägige Sekundärrecht heranzuziehen. Vgl. hierzu unten III.

⁵ Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne II), Slg. 1976, 455, Ziff. 4/6 ff. Aus der Literatur nur *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 5, 15 ff., m.w.N. Eingegangen wird hier auch auf die Begriffe des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers.

⁶ Vgl. ausführlich zu Art. 141 *Julian Currall*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Art. 119; *Langenfeld*, Gleichbehandlung von Mann und Frau (Fn.), 29 ff.; *Koen Lenaerts*, L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples, CDE 1991, 3 ff.; *Monika Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, 1993, 123 ff.

⁷ Art. 141 EGV gibt keine Auskunft über die Rechtsfolgen der Verletzung der Vorschrift, so dass grundsätzlich eine Anpassung nach oben oder nach unten in Frage kommt. Zumindest einer rückwirkenden Anpassung nach unten wird aber in der Regel das Vertrauens- und Bestandsschutzprinzip entgegenstehen. In diesem Sinn ist wohl auch die Rechtsprechung auszulegen, vgl. etwa EuGH, Rs. C-33/89 (Kowalska), Slg. 1990, I-2591, Ziff. 20; EuGH, Rs. C-200/91 (Coloroll Pension), Slg. 1994, I-4389, Ziff. 30 ff. Nicht überzeugend daher *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 68, der allgemein einen Anspruch auf Zahlung des höheren Entgelts annimmt. Der EuGH hat zudem die zeitliche Wirkung seiner Urteile in einigen Fällen unter Hinweis auf Erwägungen der Rechtssicherheit begrenzt, vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-262/88 (Barber), Slg. 1990, I-1889; in weiteren Urteilen hat der Gerichtshof die Tragweite dieser Entscheidungen präzisiert, vgl. EuGH, Rs. C-110/91 (Moroni), Slg. 1993, I- 6591; EuGH, Rs. C-200/91 (Coloroll Pension), Slg. 1994, I-4389; EuGH, Rs- C-408/92 (Smith), Slg. 1994, I-4435; EuGH, Rs. C-128/93 (Fisscher), Slg. 1994, I-4583.

1. „Entgelt“

Der Begriff des Entgelts ist nunmehr – unter Aufnahme der von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien – in Art. 141 II EGV definiert. Unter Entgelt ist danach nicht nur der Lohn i.e.S. zu verstehen, sondern erfasst werden alle gegenwärtigen oder künftigen Leistungen (unter Einschluss von Sachleistungen), die aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt werden. Entscheidend ist damit der Zusammenhang einer Leistung mit dem Arbeitsverhältnis: Die Leistung darf ihre Grundlage nicht im Gesetz finden, sondern muss auf dem Arbeitsvertrag oder allenfalls einer einseitigen Entscheidung des Arbeitgebers beruhen. Hingegen sind die für die Gewährung einer Leistung maßgeblichen Gründe unerheblich, so dass eine Leistung nicht schon deshalb ihren Entgeltcharakter verliert, weil für ihre Gewährung eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung besteht, immer vorausgesetzt, der Leistungsgrund ist in dem Arbeitsverhältnis zu sehen⁸. Ebenso wenig sind die Art und Modalitäten der Finanzierung und Verwaltung sowie der Charakter einer ergänzenden Versorgungsleistung entscheidungsrelevant⁹.

Damit kommt etwa Betriebsrenten Entgeltcharakter zu¹⁰; gleiches gilt für Leistungen während und bei Antritt des Mutterschaftsurlaubs¹¹.

Ebenso kommt diversen Zulagen – die nicht ein Entgelt i.e.S. darstellen, sondern aus verschiedenen sonstigen Motiven (z.B. Anreiz zur Erhöhung der Produktivität oder Ausgleich für gewisse Gesundheitsgefährdungen) geleistet werden – Entgeltcharakter zu, werden sie doch aufgrund des Arbeitsverhältnisses gezahlt¹².

Auch Abfindungen und Entschädigungen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind auf dieser Grundlage als Entgelt anzusehen¹³.

2. Gleiche oder gleichwertige Arbeit

Art. 141 EGV hält nunmehr – ebenfalls in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH¹⁴ – auch ausdrücklich fest, dass ein Anspruch auf gleiches Entgelt nicht nur bei gleicher, sondern auch bei „gleichwertiger“ Arbeit besteht, wobei es aber unterlassen wurde, diesen Begriff in

⁸ Zur Kritik an der Rechtsprechung etwa *Kreber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 29 ff., m.w.N.

⁹ EuGH, Rs. C-366/99 (Griesmar), Slg. 2001, I-9383: Hier bejahte der EuGH den Entgeltcharakter im Sinne des Art. 141 EGV der im Rahmen des französischen Beamtenpensionensystems gezahlten Renten, werden sie doch in Abhängigkeit von der geleisteten Dienstzeit und der Höhe des zuletzt bezahlten Gehalts berechnet.

¹⁰ EuGH, Rs. C-262/88 (Barber), Slg. 1990, I-1889; EuGH, Rs. C-110/91 (Moroni), Slg. 1993, I-6591.

¹¹ EuGH, Rs. C-342/93 (Gillespie), Slg. 1996, I-475, Ziff. 14; EuGH, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), Slg. 1999, I-5723, Ziff. 14.

¹² EuGH, Rs. C-333/97 (Lewen), Slg. 1999, I-7243, Ziff. 21; a.A. *Kreber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 25, allerdings ohne wirkliche Begründung. Vor dem Hintergrund der Effektivität des Art. 141 EGV vermag dieser Ansatz auch nicht zu überzeugen, könnte doch ansonsten über den Umweg von Zulagen diverser Art die Anwendung des Art. 141 EGV umgangen werden.

¹³ EuGH, Rs. C-33/89 (Kowalska), Slg. 1990, I-2591, Ziff. 8 ff.; EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-688, Ziff. 28.

¹⁴ Z.B. EuGH, Rs. C-127/92 (Enderby/Frenchay Health Authority), Slg. 1993, I-5535.

Art. 141 EGV zu definieren¹⁵. Auch fällt es schwer, aus der Rechtsprechung einheitliche Kriterien abzuleiten, wobei bereits an dieser Stelle zu betonen ist, dass der Vornahme dieser Beurteilung in jedem Fall ein Wertungselement inhärent ist.

Versucht man gleichwohl eine Annäherung an die Problematik, können folgende Aspekte festgehalten werden:

- Jedenfalls ist es nicht notwendig, dass die miteinander verglichenen Tätigkeiten gleicher Natur sind oder den selben Bereich betreffen, so dass auch sehr unterschiedliche Tätigkeiten daraufhin überprüft werden können, ob sie gleichwertig sind.

So kann etwa die Arbeit von Logopäden – ein vornehmlich von Frauen ausgeübter Beruf – einerseits und Psychologen und im Krankenhaus tätigen Apothekern andererseits mit einander verglichen werden, wobei der EuGH hier nach Abwägung aller Umstände eine Gleichwertigkeit annahm, so dass ein unterschiedliches Gehalt gegen Art. 141 EGV verstößt¹⁶.

In der Rs. C-236/98¹⁷ ging es um die Frage der Berechnung des maßgeblichen Entgelts beim Vergleich der Entlohnung von Hebammen einerseits (die regelmäßig Zulagen wegen Nacht- und Feiertagsarbeit bekommen) und Krankenhausingenieuren andererseits (die diese Zulagen nicht bekommen, weil sie immer zu „normalen“ Arbeitszeiten arbeiten). Der EuGH hielt – im Ergebnis überzeugend – fest, dass die erwähnten Zulagen bei dem Vergleich nicht zu berücksichtigen seien, sollten sie doch die Nachteile, die die Erbringung von Arbeitsleistungen zu ungünstigen Zeiten mit sich bringen, ausgleichen (helfen)¹⁸. Zur Frage der Gleichwertigkeit der Arbeit einer Hebamme und derjenigen eines Krankenhausingenieurs jedoch nahm der EuGH nicht Stellung, da diese konkrete „Tatfrage“ durch das nationale Gericht zu entscheiden sei.

- Es ist nicht notwendig, dass Frauen und Männer gleichzeitig die in Frage stehende Tätigkeit ausüben, so dass etwa auch die Arbeit und Entlohnung eines Stellenvorgängers für den durchzuführenden Vergleich herangezogen werden kann.
- Fraglich ist, ob und ggf. inwieweit für die Gleichwertigkeit nicht nur die Art und Weise der ausgeübten Tätigkeit, sondern auch die Ausbildung und Erfahrung herangezogen werden darf. Grundsätzlich wird man eine solche Berücksichtigung der Qualifikation der angestellten Personen schon deshalb ermöglichen müssen, weil die Erfahrungen und Ausbildungen die Art und Weise der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben beeinflussen können, so dass es sich insofern nicht (mehr) um eine „gleiche“ oder „gleichwertige“ Arbeit handelt. Allerdings ist dies jeweils im Einzelfall nachzuweisen, wobei die bisherige Rechtsprechung des EuGH – die (noch) sehr dünn gesät ist – nicht in jeder Hinsicht überzeugt.

¹⁵ Teilweise wird hieraus auch abgeleitet, dass für den Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleichwertiger Arbeit die Voraussetzungen der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 141 EGV fehlten und diese daher – im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH – abzulehnen sei. Vgl. *Krebbler*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 6, m.w.N. Zu überzeugen vermag diese Ansicht freilich nicht: Sie berücksichtigt insbesondere nicht, dass der Begriff der gleichwertigen Arbeit vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks der Bestimmung und angesichts seines Zusammenhangs mit der „gleichen“ Arbeit durchaus einer Präzisierung zugänglich ist; allein eine gewisse tatbestandliche Offenheit eines Begriffs vermag nichts an der grundsätzlich möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit zu ändern.

¹⁶ EuGH, Rs. C-127/92 (*Enderby/Frenchay Health Authority*), Slg. 1993, I-5535.

¹⁷ EuGH, Rs. C-236/98 (*Jämställdhetsombudsmannen/Örebro läns landsting*), Slg. 2000, I-2189.

¹⁸ Weiterhin hielt der EuGH fest, dass die aufgrund des Schichtbetriebs gewährte Verkürzung der Arbeitszeit im Rahmen des Vergleichs zu berücksichtigen sei, dass aber die mit der Schichtarbeit verbundenen Schwierigkeiten objektive Gründe darstellen könnten, die einen Unterschied im Entgelt rechtfertigen können und nicht mit dem Geschlecht im Zusammenhang stehen.

Aus der Rechtsprechung ist insbesondere auf die Rs. C-309/97¹⁹ hinzuweisen. Hier ging es um die Frage, ob Personen, die zwar grundsätzlich eine anscheinend identische Tätigkeit verrichten - im konkreten Fall eine psychotherapeutische Behandlung -, jedoch eine unterschiedliche Ausbildung absolviert haben - im konkreten Fall Medizin- oder Psychologiestudium - eine gleiche oder gleichwertige Arbeit im Sinn des Art. 141 EGV leisten. Der EuGH geht zunächst davon aus, dass zur Beantwortung dieser Frage bei einer solchen Fallgestaltung insbesondere die Art der Aufgaben, die den einzelnen Arbeitnehmergruppen übertragen werden können, die an die Ausübung der Tätigkeit geknüpften Ausbildungserfordernisse und die Arbeitsbedingungen zu berücksichtigen seien. Die Berufsausbildung stelle damit nicht nur einen Umstand dar, der eine unterschiedliche Vergütung rechtfertigen könne, sondern sie gehöre vielmehr schon zu den Kriterien, die bei der Feststellung des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 141 EGV zu berücksichtigen seien. Da sich im konkreten Fall die psychotherapeutische Tätigkeit von Ärzten einerseits und Psychologen andererseits aber hinsichtlich der Art und Weise der Behandlung unterscheidet und Ärzte zudem auch noch andere Tätigkeiten ausüben dürften, sei schon das Vorliegen einer "gleichen oder gleichwertigen Arbeit" im Sinne des Art. 141 EGV zu verneinen. Jedenfalls die letztere Erwägung ist nicht über alle Zweifel erhaben, ist es doch für die Ausübung einer konkreten Tätigkeit unerheblich, ob die betreffende Person auch noch andere Aufgaben wahrnehmen könnte oder dürfte. Entscheidend sollte vielmehr sein, ob und inwieweit die Zusatzqualifikationen eben konkrete Auswirkungen auf die Art und Weise der jeweiligen Tätigkeiten entfalten. Diesem Aspekt dürfte der EuGH in dem erwähnten Urteil aber nicht genügend Rechnung getragen haben.

3. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Art. 141 EGV verbietet nur Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, nicht hingegen solche aufgrund anderer Merkmale.

Erfasst werden damit zunächst Maßnahmen, die direkt auf das Geschlecht als Unterscheidungskriterium abstellen (direkte, formelle oder unmittelbare Diskriminierungen)²⁰.

Diese Voraussetzung wurde in der C-249/96²¹ verneint. Hier ging es um die Frage, ob der Ausschluss einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerin von einer mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Vergünstigung gegen Art. 141 EGV²² verstößt. Der EuGH bejahte – in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung – zwar, dass eine Vergünstigung bei den Leistungen des Arbeitgebers für die Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen²³ ein Entgelt im Sinne des Art. 141 EGV darstelle, dies auch, wenn diese Vergünstigung nicht nur für Ehepartner, sondern auch für eine Person des anderen Geschlechts, mit der der Arbeitnehmer eine feste nichteheliche Beziehung unterhält, gewährt wird, wie dies im Ausgangsfall unbestritten war. Ein Verstoß gegen Art. 141 EGV liege aber gleichwohl nicht vor: Denn zunächst sei „beim gegenwärtigen Stand des Rechts innerhalb der Gemeinschaft“ die feste Beziehung zwischen Verheirateten oder die feste nichteheliche Beziehung zwischen Personen verschiedenen Geschlechts einer festen Beziehung zwischen Personen gleichen Geschlechts nicht gleichgestellt. Zudem knüpfe eine Unterscheidung nach der sexuellen Orientierung eben nicht an das Geschlecht an, so dass es gerade nicht um das in Art. 141 EGV verbotene Unterscheidungsmerkmal gehe.

In Bezug auf die volle Fortzahlung des Gehalts während des Mutterschaftsurlaubs geht der EuGH davon aus, dass sich Frauen im Mutterschaftsurlaub in einer besonderen Situation befinden, so dass sie nicht mit anderen (männlichen) Arbeitnehmern verglichen werden könnten²⁴, offenbar sollte also das Vergleichsmoment fehlen. Hingegen bejahte der EuGH in der Rs. C-66/96²⁵ das Vorliegen einer Unterscheidung aufgrund des Geschlechts. Zur Debatte standen nationale Regelungen in Bezug auf die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall: Diese Bestimmungen sahen vor, dass bei einer durch die Schwangerschaft bedingten Abwesenheit wegen Krankheit kein

¹⁹ EuGH, Rs. C-309/97 (Angestelltenbetriebsrat/Wiener Gebietskrankenkasse), Slg. 1999, I- I-2865.

²⁰ Die Begriffe werden in der Literatur im Wesentlichen synonym verwendet.

²¹ EuGH, Urteil vom 17.2.1998, Rs. C-249/96 (Grant/South-West Trains Ltd.), Slg. 1998, I-621, Ziff. 15 ff.; S. auch *R. Rebhahn*, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 141, Rdnr. 20.

²² Oder die zu seiner Durchführung erlassenen RL 75/117.

²³ Wie etwa die im Ausgangsfall zur Debatte stehende Fahrpreisvergünstigung für Bahnangestellte.

²⁴ EuGH, Rs. C-342/93 (Gillespie), Slg. 1996, I-475, Ziff. 17.

²⁵ EuGH, Rs. C-66/96 (Pedersen/Faellesforeningen for Danmarks Brugsforeninger), Slg. 1998, I-7327. S. im Übrigen noch EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle/Equal Opportunities Commission), Slg. 1998, I-6401. Hier erörterte der EuGH diverse Fragen im Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub.

Anspruch auf volle Lohnfortzahlung besteht, während ein solcher jedoch "normal kranken" Arbeitnehmern zusteht. Der EuGH stellte hier eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts fest, dies mit der Begründung, die ungleiche Behandlung beruhe im Wesentlichen auf der Schwangerschaft selbst, so dass eine Diskriminierung vorliege. Hingegen handle es sich nicht um eine verbotene Diskriminierung, den Lohnfortzahlungsanspruch einer schwangeren Frau zu verneinen, wenn sie der Arbeit wegen Schwangerschaftsschwierigkeiten oder im Hinblick auf die Schonung des ungeborenen Kindes fernbleibt, ohne dass sie ansonsten arbeitsunfähig oder krank ist. Denn hier liege keine Arbeitsunfähigkeit vor, so dass die Fehlzeiten und der Gehaltsausfall im Wesentlichen auf der Entscheidung der Frau beruhten, nicht zu arbeiten. Damit sei gerade nicht die Schwangerschaft Grund für die Ungleichbehandlung, so dass keine Diskriminierung zu erkennen sei. Diese Unterscheidung des EuGH mag logisch nachvollziehbar erscheinen; schließlich hat eine Arbeitnehmerin immer nur dann Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, wenn sie auch tatsächlich krank und damit arbeitsunfähig ist. Im Falle einer Schwangerschaft aber dürfte die Grenze zwischen "normalen" Schwangerschaftsbeschwerden und "qualifizierten" Schwangerschaftsbeschwerden – die nämlich eine "Krankheit" implizieren und die Arbeitsunfähigkeit nach sich ziehen – sehr fließend sein. Damit wird aber die Frage nach der Sachgerechtigkeit der vom EuGH getroffenen Unterscheidung aufgeworfen²⁶.

Darüber hinaus steht Art. 141 EGV aber auch indirekten, materiellen oder mittelbaren²⁷ Diskriminierungen entgegen²⁸. Hierunter sind solche Maßnahmen zu verstehen, die zwar auf ein anderes Kriterium als die Geschlechtszugehörigkeit abstellen, jedoch einen Anknüpfungspunkt wählen, der im Wesentlichen und typischerweise bei einem Geschlecht gegeben ist, so dass die entsprechende Maßnahme eine ähnliche Wirkung wie eine direkte Diskriminierung – also ein unmittelbares Abstellen auf das Geschlecht – zeitigt²⁹. Ein Verstoß gegen Art. 141 EGV liegt allerdings nur vor, falls keine sachlichen Gründe, d.h. solche, die nicht mit der Geschlechtszugehörigkeit zusammen hängen, für die Unterscheidung gegeben sind. M.a.W. können insbesondere mittelbare Diskriminierungen durch sachliche Gründe und unter der Voraussetzung der Beachtung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt werden³⁰. Auf diese Rechtfertigungsmöglichkeit wird zurückzukommen sein.³¹

In der Rs. C-167/97³² präzisierte der EuGH die Methode für die Feststellung des Vorliegens einer solchen indirekten oder mittelbaren Diskriminierung: Zunächst sei in jeder Gruppe (weibliche und männliche

²⁶ Hinzuweisen ist darüber hinaus noch auf einen weiteren Aspekt des Urteils: Die RL 76/207 und 92/85 stünden einer nationalen Bestimmung entgegen, die es dem Arbeitgeber erlaubt, eine schwangere Frau von der Arbeit freizustellen – ohne vollen Gehaltsausgleich –, wenn er der Ansicht ist, sie nicht beschäftigen zu können, obwohl sie an sich arbeitsfähig ist. Dies ist zwingend, denn ansonsten würde nicht nur das Diskriminierungsverbot, sondern auch der grundsätzlich geltende Kündigungsschutz unterlaufen.

²⁷ Auch hier sind diese Begriffe synonym zu verstehen.

²⁸ EuGH, Rs. 170/84 (Bilka), Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. 171/88 (Rinner Kühn), Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-343/92 (Roks), Slg. 1994, I-571.

²⁹ Aus der Literatur ausführlich zu dieser Rechtsfigur *Christian Blomeyer*, Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäß Art. 119 EGV, 1995; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 42 ff.; *Nora Refaeil/Karine Siegwart*, Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht, in: Astrid Epiney/Nora Refaeil (Hrsg.), Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht - ausgewählte Fragen, 1997, 5 ff., jeweils m.w.N.

³⁰ Ein Anwendungsfall dieser Grundsätze ist die Teilzeitarbeit: So ist z.B. der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung, sofern davon wesentlich mehr Frauen als Männer betroffen sind, grundsätzlich nicht mit Art. 141 EGV vereinbar, es sei denn, diese Maßnahme beruhe auf objektiven Faktoren, vgl. EuGH, Rs. 170/84 (Bilka), Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. 171/88 (Rinner Kühn), Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-343/92 (Roks), Slg. 1994, I-571. Auch eine niedrigere Bezahlung von Teilzeitarbeitskräften stellt, soweit diese vorwiegend aus Frauen bestehen, grundsätzlich eine durch Art. 141 EGV verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, EuGH, Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 911.

³¹ S. sogleich unten II.4.

³² EuGH, Rs. C-167/97 (R./Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623.

Arbeitnehmer) der Anteil der Personen zu ermitteln, der von der streitigen Regelung betroffen ist, und danach seien die entsprechenden Zahlen zu vergleichen. Es geht also nicht um einen Vergleich der absoluten Zahlen im Sinne der betroffenen Männer einerseits und der betroffenen Frauen andererseits.

In der Rs. C-249/97³³ ging es um eine nationale Regelung, die im Falle des Ausscheidens eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin im Gefolge der Geburt eines Kindes eine geringere Abfindung vorsieht als im Falle des Ausscheidens aus einem „wichtigen Grund“ (z.B. Unfähigkeit zur weiteren Ausübung der Tätigkeit oder Verletzung wesentlicher Vertragsbestimmungen durch den Arbeitgeber). Fraglich war hier, welche Vergleichsgruppen für die Feststellung des allfälligen Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung heranzuziehen waren: die Arbeitnehmer, die aus einem wichtigen Grund kündigen, und die Arbeitnehmer, die im Gefolge der Geburt eines Kindes kündigen oder aber diejenigen, die keinen wichtigen Grund zur Kündigung haben und diejenigen, die im Gefolge der Geburt eines Kindes kündigen. Denn im zweiten Fall läge keine Benachteiligung der betroffenen Personen vor, so dass eine mittelbare Diskriminierung von vornherein ausscheiden würde. Der EuGH schloss sich denn auch dieser Alternative an, wobei er im Wesentlichen auf den Charakter der „wichtigen Gründe“ hinwies, die allesamt in enger Beziehung zur Arbeitstätigkeit stünden. Hiermit sei aber die Geburt eines Kindes nicht vergleichbar, das ein – in Bezug auf den Arbeitsplatz – äußeres Ereignis darstelle. Diese Argumentation lässt sich aber durchaus hinterfragen: So wird nicht ganz deutlich, worin der Unterschied etwa eines (Freizeit-) Unfalles, der zur Arbeitsunfähigkeit für den entsprechenden Posten führt, und der Geburt eines Kindes, die dazu führt, dass Mutter oder Vater sich eben seiner Betreuung widmen müssen (weil etwa, wie auch im Verfahren geltend gemacht wurde, keine zufriedenstellenden Betreuungsmöglichkeiten für Kinder unter drei Jahren vorhanden sind) und daher ihre Berufstätigkeit nicht fortsetzen können. In beiden Fällen geht es doch darum, dass den Betroffenen die Weiterarbeit im Betrieb unmöglich oder zumindest unzumutbar geworden ist oder geworden sein kann. Auf dieser Grundlage hätte man also durchaus auf eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schließen können.

Sehr umstritten³⁴ war die Entscheidung Bötzel³⁵. Dort ging es um eine deutsche Regelung, wonach der Arbeitgeber die teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitglieder bei Teilnahme an Sitzungen nur für die ausgefallene Arbeitszeit zu kompensieren hatte, während Vollzeitbeschäftigte bei Besuch derselben Sitzungen eine Entschädigung bis zur Höhe der Vollarbeitszeit erhielten. Der EuGH sah diese Regelung als mittelbar diskriminierend im Sinne des Art. 141 EGV an, könne sie doch dazu führen, dass Vollzeitbeschäftigte bei der Teilnahme an denselben Veranstaltungen mehr vergütet bekommen als Teilzeitbeschäftigte, ohne dass hierfür objektive Gründe ersichtlich seien.

4. Rechtfertigung

Ist der Tatbestand des Art. 141 EGV erfüllt, kann die Ungleichbehandlung noch durch objektive, sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Zudem sind die Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu beachten.

Diese Rechtfertigungsmöglichkeit ist grundsätzlich auch bei unmittelbaren Diskriminierungen eröffnet³⁶, wenn ihr hier auch keine große Bedeutung zukommt.

Jedenfalls implizit ging der EuGH in den folgenden beiden Fällen von einer Rechtfertigungsmöglichkeit auch bei unmittelbaren Diskriminierungen aus, wobei es in beiden Fällen um die Schlechterstellung von Männern ging:

In der Rs. C-218/98³⁷ stand die Gewährung einer pauschalen Beihilfe allein an Arbeitnehmerinnen, die den Mutterschaftsurlaub antreten, zur Debatte. Der EuGH kam hier zu dem Schluss, dass Art. 141 EGV einer solchen Regelung nicht entgegen stehe, dies unter Hinweis auf die mit einem Mutterschaftsurlaub verbundenen

³³ EuGH, Rs. C-249/97 (Gruber/Silhouette International), Slg. 1999, I-5295.

³⁴ Vgl. etwa die Bemerkungen von *Juliane Kokott*, Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049 (1055), die insbesondere darauf hinweist, dass der EuGH den ehrenamtlichen Charakter einer Tätigkeit im Betriebsrat verkannt habe.

³⁵ EuGH, Rs. C-360/90 (Bötzel), Slg. 1992, I-3589; bestätigt durch EuGH, Rs. C-457/93 (Lewark), EuZW 1996, 150.

³⁶ So wohl auch der EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-381/99 (Brunnhofner/Bank der österr. Postsparkasse), Slg. 2001, I-4961; s. auch schon EuGH, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), Slg. 1999, I-5723, Ziff. 18 ff. Dies ist aber auch teilweise umstritten, vgl. zum Problemkreis m.w.N. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 61, m.w.N.

³⁷ EuGH, Rs. C-218/98 (Abdoulaye/Renault), Slg. 1999, I-5723.

beruflichen Nachteile (wie etwa die nicht gegebene Möglichkeit der Beförderung, die fehlenden Weiterbildungsmöglichkeiten oder aber die Schwierigkeit der Wiedereingliederung in den Betrieb nach dem Urlaub), die eben dazu führten, dass sich Arbeitnehmer, die keinen Mutterschaftsurlaub antreten, nicht in einer vergleichbaren Situation befänden.

Sodann hatte sich der Gerichtshof zu der Frage zu äußern, ob eine „Aufstockung“ des Dienstalters bei der Berechnung einer Altersrente, die (nur) Beamtinnen gewährt wird, wenn diese eheliche Kinder hatte bzw. nichteheliche Kinder mindestens neun Jahre aufgezogen hat, mit Art. 141 EGV vereinbar ist. In Anbetracht der Tatsache, dass diese Verbesserung nicht aufgrund der Mutterschaft als solcher, sondern in Anknüpfung an die Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben gewährt wird, verneinte der EuGH diese Frage, könnten doch auch Väter Erziehungsaufgaben übernehmen, so dass ihnen grundsätzlich die Möglichkeit zustehen müsse, in den Genuss der „Aufstockung“ des Dienstalters jedenfalls dann zu kommen, wenn sie die Übernahme von Erziehungsaufgaben nachweisen³⁸.

Von häufig ausschlaggebender Bedeutung für die Zulässigkeit einer Maßnahme ist die Rechtfertigung bei mittelbaren Diskriminierungen.

Auch hier sei zur Illustration auf einige Urteile aus der Rechtsprechung des EuGH hingewiesen:

Im Fall Nimz³⁹ ging es um eine tarifvertragliche Regelung, nach der für den Übergang in eine höhere Besoldungsklasse für Teilzeitbeschäftigte wesentlich mehr Dienstjahre verlangt wurden als für Vollbeschäftigte. Der EuGH stellte hier fest, dass Art. 141 EGV eine derartige Regelung nicht zulasse, es sei denn, der Arbeitgeber könne objektive Rechtfertigungskriterien nachweisen. Hierfür reiche der generelle Hinweis darauf, dass Vollzeitbeschäftigte die vorausgesetzten Fähigkeiten schneller erlernten, jedenfalls nicht.

Der Ausschluss von geringfügig Beschäftigten von der obligatorischen Erwerbsunfähigkeits- und Altersversicherung stellt nach der Rechtsprechung des EuGH keine mittelbare Diskriminierung dar, da nicht auf dem Geschlecht beruhende sozialpolitische Gründe die Maßnahme rechtfertigten⁴⁰.

Eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und damit ein Verstoß gegen Art. 141 I EGV kann im Übrigen nach Ansicht des EuGH dann vorliegen, wenn geringfügig Beschäftigte nach dem einschlägigen Tarifvertrag von der Weihnachtsgratifikation ausgeschlossen sind. Ein sachlicher Grund – insbesondere im Hinblick auf die Verwirklichung der sozial- und beschäftigungspolitischen Ziele – sei nicht ersichtlich, da es sich weder um eine Maßnahme handle, die der nationale Gesetzgeber im Rahmen seines Ermessens getroffen hat, noch um einen tragenden Grundsatz des Systems der sozialen Sicherheit⁴¹.

Die Gewährung eines Schutzes vor sozial ungerechtfertigter Entlassung nur unter der Bedingung einer vorherigen zweijährigen Anstellung bei demselben Arbeitgeber könne zwar einem legitimen Ziel der Sozialpolitik, nämlich der Förderung von Einstellungen, dienen. Allerdings obliege dem Mitgliedstaat die Beweislast dafür, dass dieses Ziel nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat und mit anderen Mitteln nicht hätte erreicht werden können⁴².

³⁸ EuGH, Rs. C-366/99 (Griesmar), Slg. 2001, I-9383.

³⁹ EuGH, Rs. C-184/89 (Nimz), Slg. 1991, I-297.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-317/93 (Nolte/Landesversicherungsanstalt Hannover), Slg. 1995, I-4625. Ebenso EuGH, Rs. C-444/93 (Megner/Scheffel), Slg. 1995, I-4741; EuGH, Rs. 8/94 (Laperre), Slg. 1996, I-273. Darüber hinaus ist noch darauf hinzuweisen, dass auch ein tarifliches Stücklohnsystem, das differenzierend ausgestaltet ist, grundsätzlich eine mittelbare Diskriminierung darstellen kann, EuGH, Rs. 400/93 (Royal Copenhagen), Slg. 1995, I-1275.

⁴¹ EuGH, Rs. C-281/97 (Krüger/Kreiskrankenhaus Ebersberg), Slg. 1999, I-5127. S. im Übrigen im Zusammenhang mit der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation an zu einem bestimmten Zeitpunkt aktive Arbeitnehmer unter Ausschluss der sich im Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitnehmer EuGH, Rs. C-333/97 (Lewen/Denda), Slg. 1999, I-7243. S. zur Ermittlungsmethode für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung bei mehreren Maßnahmen EuGH, Rs. C-226/98 (Jorgensen/Foreningen af Speciallaeger), Slg. 2000, I-2447. Im Übrigen stellte der EuGH hier klar, dass Erwägungen der Haushaltssicherung (also Gründe finanzieller Natur) keine objektiven Gründe darstellen können, die eine diskriminierende Maßnahme rechtfertigen könnten. Hiervon zu unterscheiden sei allerdings die sozialpolitische Erwägung der Eindämmung der Kosten im Gesundheitssektor und damit eine „ordnungsgemäße Steuerung“ der Ausgaben der Allgemeinheit. Wenn diese Unterscheidung auch theoretisch zu überzeugen vermag, so dürfte doch die Abgrenzung in der Praxis zwischen beiden Arten von Maßnahmen nicht immer leicht fallen. Dem Urteil sind hier jedenfalls keine Abgrenzungskriterien zu entnehmen. Vgl. zur Frage des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung und ihrer Rechtfertigung in Bezug auf das deutsche Kündigungsschutzgesetz EuGH, Rs. C-322/98 (Krachelmann/Bankhaus Lampe), Slg. 2000, I-7505; in Bezug auf die Regelung des Zugangs zum juristischen Vorbereitungsdienst und den Bewerbern, die Wehr- oder Ersatzdienstpflicht erfüllt haben, eingeräumten Vorrang EuGH, Rs. C-79/99 (Schnorbus/Hessen), Slg. 2000, I-10997.

⁴² EuGH, Rs. C-167/97 (R./Secretary of State for Employment ex parte Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623.

In der Rs. C-381/99⁴³ ging es um die Gewährung besonderer Zulagen, die für einen Arbeitnehmer schon direkt bei der Einstellung gewährt wurden, während sie einer in dieselbe Gehaltsstufe eingruppierten Arbeitnehmerin versagt blieben. Nachdem der EuGH festgestellt hatte, dass eine solche Zulage als Entgelt im Sinne des Art. 141 EGV anzusehen sei und dass dem Arbeitnehmer die Beweislast dafür obliege, dass ihm ein niedrigeres Gehalt gezahlt werde und er tatsächlich eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichte (wobei sich letzteres nicht schon aus der Einstufung in dieselbe tarifliche Gehaltsstufe zwingend ergebe), kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass jedenfalls eine bereits bei der Einstellung erfolgte Ungleichbehandlung in Bezug auf das Gehalt nicht durch sich notwendigerweise erst später herausstellende unterschiedliche Leistungen gerechtfertigt werden könne⁴⁴. Wenn sich nachträglich auf der Grundlage bereits erbrachter Arbeitsleistungen herausstellt, dass in der persönlichen Leistungsfähigkeit objektive Unterschiede bestehen, kann dies hingegen ein unterschiedliches Entgelt begründen; in einem solchen Fall ginge es aber wohl schon nicht um eine gleiche oder gleichwertige Arbeit⁴⁵.

5. Anwendungsbereich

Wie alle Gleichheitsgebote kann Art. 141 EGV nur gegenüber einem „Urheber“ geltend gemacht werden, so dass z.B. die ungleiche Entlohnung in zwei verschiedenen Betrieben nicht am Maßstab des Art. 141 EGV gemessen werden kann. Beruht die Ungleichbehandlung hingegen auf einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Bestimmung, ist Art. 141 EGV anwendbar, geht es doch um Bestimmungen desselben Ursprungs.

Die Implikationen dieser Grundsätze können durch die Rs. C-320/00⁴⁶ illustriert werden⁴⁷. Im Ausgangsfall waren die Klägerinnen zunächst bei einer Gemeinde beschäftigt. Hier war die Gleichwertigkeit ihrer Arbeit (Arbeiten im Reinigungs- und Kantinenbetrieb) mit derjenigen anderer (höher entlohnter) Arbeitnehmer (die bei der Gartenpflege, der Müllabfuhr und der Kanalwartung beschäftigt waren) gerichtlich festgestellt worden, so dass insoweit ein Verstoß gegen Art. 141 EGV vorlag. Die Erbringung der Kantinen- und Reinigungsdienstleistungen war aber vertraglich auf ein Privatunternehmen übertragen worden, womit sich nach Ansicht des EuGH die ungleiche Bezahlung nicht "auf denselben Ursprung" zurückführen lasse, so dass keine Institution für die Ungleichbehandlung verantwortlich sei. Dabei versteht der Gerichtshof diese Voraussetzung nicht als gleichbedeutend mit dem Erfordernis, bei demselben Arbeitgeber beschäftigt zu sein; vielmehr soll es ausreichen, dass die Ungleichbehandlung auf einen einzigen Umstand zurückzuführen ist. Relevant wird dies insbesondere bei in Tarifverträgen festgelegten Gehältern, die für eine ganze Branche Anwendung finden: Hier kann auch die Arbeit von in verschiedenen Unternehmen beschäftigten Personen miteinander verglichen werden, beruht doch das Lohnniveau auf einem Tarifvertrag, also demselben Ursprung. Grundsätzlich ist dieser Ansatz des EuGH vor dem Hintergrund der Struktur von Gleichheitssätzen, die eine (Un-) Gleichbehandlung bedingen, was das Verhalten eines Akteurs voraussetzt, zwingend. Gleichwohl bleiben aber noch Fragen offen: So hätte insbesondere

⁴³ EuGH, Rs. C-381/99 (Brunnhofner/Bank der österr. Postsparkasse), Slg. 2001, I-4961.

⁴⁴ Von Bedeutung ist das Urteil darüber hinaus in Bezug auf die Klarstellung der Beweislastregelungen: Der Kläger muss entsprechend den allgemeinen Beweislastregelungen, wonach das Bestehen seines Anspruchs durch den Klagenden bewiesen werden muss, den Nachweis erbringen, dass der Anschein einer Diskriminierung vorliegt, also darlegen, dass ein unterschiedliches Gehalt für Männer und Frauen bezahlt wird und eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt. Wird dieser Nachweis erbracht, spricht der erste Anschein für eine Diskriminierung, und es obliegt dem Arbeitgeber zu beweisen, dass nicht das Geschlecht, sondern andere Kriterien für die Ungleichbehandlung ausschlaggebend sind. Ausnahmen von der Beweislastpflichtigkeit des Klägers sind aber dann zu machen, wenn das Entlohnungssystem so intransparent ist, dass es der Kläger gar nicht eruieren und er seiner grundsätzlichen Beweislastpflicht also nicht nachkommen kann. Diese Grundsätze sind nunmehr auch sekundärrechtlich verankert. S. noch unten III.1.

⁴⁵ Schlussanträge des Generalanwalts zur Rs. 381/99 (Brunnhofner), Slg. 2001, I-4961, Ziff. 79.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-320/00 (Lawrenceu.a./Regent Office), Slg. 2002, I-7325.

⁴⁷ S. ansonsten zum Anwendungsbereich des Art. 141 EGV EuGH, Rs. C-351/00 (Niemi), Slg. 2002, I-7007, wo es um die Abgrenzung des Entgeltbegriffs des Art. 141 EGV von den durch die RL 79/7 erfassten Leistungen geht. In casu stand eine finnische Regelung zur Debatte, die für weibliche Bedienstete der Streitkräfte ein höheres Rentenalter vorsieht als für männliche. Die Anwendbarkeit des Art. 141 EGV war vor dem Hintergrund fraglich, dass die finnische Regelung für alle staatlichen Bediensteten gilt, so dass sich die Frage nach dem Zusammenhang zwischen Arbeitsverhältnis und Rentenleistung stellte, wobei der EuGH diesen Zusammenhang aber bejahte.

interessiert, ob es für die Heranziehung dieses Grundsatzes nicht insofern Grenzen gibt, als sich der Staat in gewissen Situationen durch die Übertragung von Aufgaben an Private der Pflicht zur Beachtung grundrechtlicher Garantien entzieht.

III. Sekundärrecht

1. Überblick

In zahlreichen Richtlinien hat die Gemeinschaft sowohl den Grundsatz des gleichen Entgelts konkretisiert als auch das Prinzip der Gleichbehandlung von Mann und Frau für viele Bereiche verwirklicht. Diese gesetzgeberische Tätigkeit ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich Art. 141 I, II EGV – wie erwähnt – auf den Bereich des Entgelts beschränkt und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau⁴⁸ keine Rechtswirkung zwischen Privaten entfaltet. Von besonderer Bedeutung sind hier – neben der eigens zu behandelnden RL 76/207 – folgende Rechtsakte:

- Die RL 75/117/EWG⁴⁹ konkretisiert im Wesentlichen Art. 141 EGV und ergänzt diese Bestimmung um einige zusätzliche Pflichten der Mitgliedstaaten, wie etwa die Ermöglichung der gerichtlichen Geltendmachung des Grundsatzes des gleichen Entgelts oder die Einführung eines besonderen Schutzes von Arbeitnehmern, die sich auf den Grundsatz des gleichen Entgelts berufen, vor Entlassungen. Wegen des sich weitgehend mit Art. 141 EGV überschneidenden Regelungsgehalts kommt ihr in der (gerichtlichen) Praxis nur noch wenig Bedeutung zu⁵⁰.
- Die RL 79/7/EWG⁵¹ bezweckt die Verwirklichung der Gleichbehandlung in den gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit.

Der Anwendungsbereich der RL 79/7 wurde in der Rechtsprechung verschiedentlich präzisiert: In der Rs. C-228/94⁵² hielt der EuGH fest, dass Fahrpreisvergünstigungen (für Frauen ab 60, Männer ab 65 Jahren) für öffentliche Verkehrsmittel keine Leistung der sozialen Sicherheit im Sinne der RL 79/7 seien, da sie gerade nicht nur gegen die im einzelnen aufgeführten Risiken schützen sollten, sondern allgemein bestimmten, im einzelnen durch Gesetz festgelegten Personengruppen zugute kommen sollten. Überzeugend ist dies insofern, als der Prüfungsmaßstab des Gemeinschaftsrechts sich ansonsten auf eine nicht mehr eingrenzbar Vielzahl von Formen sozialer Vergünstigungen erstreckte, ohne dass eine voraussehbare Begrenzung möglich wäre.

⁴⁸ Hierzu *Astrid Epiney*, Möglichkeiten und Grenzen „positiver Diskriminierung“ im europäischen Gemeinschaftsrecht, FS Bernhard Schnyder, 1995, 205 (212 f.).

⁴⁹ RL des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen vom 10.2.1975, ABl. 1975 L 45 19, „Entgeltrichtlinie“.

⁵⁰ Zum Verhältnis des Art. 141 I, II EGV zur RL 75/117 nur *Kreber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV (Fn.), Art. 141, Rdnr. 9 f., m.w.N.

⁵¹ RL des Rates zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit vom 19.12.1979, ABl. 1979 L 6, 24.

⁵² EuGH, Rs. C-228/94 (*Atkins/Wrekin District Council, Department of Transport*), Slg. 1996, I-3633. S. darüber hinaus EuGH, Rs. C-139/95 (*Balestra/Istituto nazionale della previdenza sociale*), Slg. 1997, I-549, wo es um Fragen der frühzeitigen Pensionierung und des finanziellen Ausgleichs im Rahmen der RL 79/7 ging.

In der Rs. C-77/95⁵³ stellte der EuGH klar, dass sich der Anwendungsbereich der Richtlinie nur auf die Erwerbsbevölkerung erstreckt. Zwar ist dieser Begriff sehr weit zu verstehen, so dass er insbesondere auch Personen umfasst, die auf Arbeitssuche sind oder die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund einer der in der Richtlinie genannten Risiken, wie etwa Invalidität, unterbrochen haben. Allerdings werden damit Personen, die keine (entgeltliche) Erwerbstätigkeit ausüben oder diese aufgrund von nicht durch die Richtlinie gedeckten Umständen - wie etwa Kinderbetreuung - aufgeben, nicht erfasst. Jedenfalls sofern keine Erwerbstätigkeit aufgegeben wird, fällt daher auch die Betreuung eines behinderten Ehegatten nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, unabhängig davon, dass eine derartige Tätigkeit möglicherweise umfangreiche Spezialkenntnisse voraussetzt. Diese Auslegung ist auf der Grundlage der Richtlinie - die eben die Gleichbehandlung ausschließlich für die Erwerbsbevölkerung regelt - sicherlich zwingend; allerdings tritt dadurch auch die Unzulänglichkeit des im wesentlichen auf den Erwerbsbereich begrenzten europäischen Gleichbehandlungsrechts zutage. Diese sachliche Begrenzung birgt die Gefahr der unzureichenden Berücksichtigung der tatsächlichen Situation der Frauen - die eben (noch) häufig unentgeltliche Tätigkeiten ausüben, deren wirtschaftlicher Wert aber nicht zu verkennen ist - mit sich. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob die Gemeinschaft denn nicht auch über den Bereich des Erwerbslebens hinaus Grundsätze zur tatsächlichen Verwirklichung der Gleichstellung von Mann und Frau erlassen sollte. Zu beachten wäre allerdings jedenfalls der Grundsatz der Subsidiarität.

- Durch die RL 86/378⁵⁴ wird der Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf betriebliche Systeme sozialer Sicherheit ausgeweitet; sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich entsprechen weitgehend den im Rahmen der RL 79/7 entwickelten Grundsätzen⁵⁵.
- Die RL 92/85⁵⁶ betrifft den Schutz von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen. Sie sieht neben einigen gesundheitlichen Schutzmaßnahmen und den Rechten der betroffenen Frauen am Arbeitsplatz insbesondere die Einrichtung eines mindestens 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs sowie einen Kündigungsschutz vor.

In der Rs. C-109/00⁵⁷ präzisierte der EuGH die Tragweite des zentralen Art. 10 RL 92/85 in Bezug auf die ausnahmsweise zulässige Kündigung: Eine Kündigung sei auch dann nicht mit dieser Bestimmung vereinbar, wenn die Schwangerschaft zu finanziellen Einbußen für den Arbeitgeber führt, so insbesondere dadurch, dass die Arbeitnehmerin während der Dauer der Schwangerschaft nicht auf dem betreffenden Arbeitsplatz beschäftigt werden darf. Jede andere Auslegung mindere die praktische Wirksamkeit des Schutzes der Schwangeren. Ebenso sei es unerheblich, dass die Arbeitnehmerin den Arbeitgeber nicht über ihre Schwangerschaft unterrichtet hat, was insofern folgerichtig erscheint, als der Arbeitgeber nicht das Recht hat, dieses Kriterium bei der Einstellung zu berücksichtigen. Schließlich stellte der EuGH klar, dass die RL 76/207 und 92/85 auf alle Unternehmen, unabhängig von ihrer Größe, anwendbar sind.

- In der Richtlinie über das Rahmenabkommen zwischen den Sozialpartnern über den Elternurlaub⁵⁸ - die auf ein Rahmenabkommen zwischen den Arbeitgeberdachverbänden und dem Gewerkschaftsdachverband zurück geht, vgl. Art. 4 Abkommen über die Sozialpolitik - ist ein individueller Anspruch für Männer und Frauen auf drei Monate

⁵³ EuGH, Rs. C-77/95 (Züchner/Handelskrankenkasse Bremen), Slg. 1996, I-5689.

⁵⁴ RL des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit vom 24.7.1986, ABl. 1986 L 225, 48.

⁵⁵ Darüber hinaus ist noch die RL 86/631 (RL des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit - auch in der Landwirtschaft - ausüben, sowie über den Mutterschutz vom 11.12.1986, ABl. 1986 L 359, 56) zu erwähnen. Sie soll den Grundsatz der Gleichbehandlung auch im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit sicherstellen und die rechtliche Stellung des mithelfenden Ehegatten verbessern.

⁵⁶ RL 92/85 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 348, 1.

⁵⁷ EuGH, Rs. C-109/00 (Tele Danmark), Slg. 2001, I-6993.

⁵⁸ RL 96/43 des Rates vom 3. Juni 1996, ABl. 1996 L 145, 4.

Erziehungsurlaub bei der Geburt oder Adoption eines Kindes vorgesehen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und muss bis zum achten Lebensjahr des Kindes eingelöst werden. In Ausnahmeregelungen werden die arbeitsorganisatorischen Besonderheiten kleiner Unternehmen berücksichtigt. Schließlich soll in Fällen höherer Gewalt und dringenden familiären Erfordernissen die zwingende Anwesenheit des Arbeitnehmers in der Familie ermöglicht werden. Nicht geregelt sind allerdings die finanzielle Unterstützung und die Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit während des Elternurlaubs.

- Schließlich ist noch auf die RL 97/80⁵⁹ hinzuweisen, die Fragen der Beweislast regelt und im Wesentlichen die bis dahin entwickelte Rechtsprechung in dieser Frage kodifiziert. Danach muss der Arbeitnehmer das Vorliegen einer Diskriminierung glaubhaft machen und der Arbeitgeber dann beweisen, dass eben doch keine Diskriminierung vorliegt bzw. entsprechende Rechtfertigungsgründe geltend machen sowie deren Vorliegen beweisen.

2. *Inbesondere: zur RL 76/207 (Gleichbehandlungsrichtlinie)*

Von besonderer Bedeutung für die tatsächliche Verwirklichung der Gleichbehandlung ist die RL 76/207⁶⁰. Sie stellt den Grundsatz der Gleichbehandlung für den Bereich des Arbeitsrechts sicher und erfasst alle beruflichen Tätigkeiten, unabhängig davon, ob es sich um abhängige oder selbständige Beschäftigungen, privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Dienst- oder Arbeitsverhältnisse handelt⁶¹. Die Richtlinie wurde im Jahr 2002 einer relativ weitgehenden Modifikation unterzogen⁶², und im Folgenden soll besonderer Wert auf diese Änderungen gelegt werden.

Grundlegende Zielsetzung der Richtlinie ist die Sicherstellung der Gleichbehandlung von Mann und Frau hinsichtlich des „Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen“ (Art. 1 I RL 76/207). Der neu eingefügte Art. 1a fordert darüber hinaus die aktive Berücksichtigung des Ziels der Gleichstellung von Männern und Frauen durch die Mitgliedstaaten bei der Formulierung und Umsetzung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Politiken und Tätigkeiten in den in Art. 1 I RL 76/207 genannten Bereichen.

⁵⁹ RL 97/80 vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. 1998 L 14, 6.

⁶⁰ RL 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen vom 9.2.1976, ABl. 1976 L 39, 40.

⁶¹ Zum sachlichen Anwendungsbereich der RL 76/207 etwa EuGH, Rs. 19/81 (Burton), Slg. 1982, 555; EuGH, Rs. 151/84 (Roberts), Slg. 1986, 703; EuGH, Rs. 152/84 (Marshall), Slg. 1986, 723.

⁶² RL 2002/73 des Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207 des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269, 15. Die RL 2002/73 ist bis zum 5.10.2005 umzusetzen, Art. 2 I RL 2002/73.

In der Rs. C-13/94⁶³ ging es um den Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote der RL 76/207. Die Klägerin des britischen Ausgangsverfahrens hatte sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen und wurde daraufhin von der Bildungseinrichtung, bei dem sie als Geschäftsführerin beschäftigt war, entlassen. Sie ging gerichtlich hiergegen vor mit der Begründung, die Entlassung verstoße gegen das in Art. 5 Abs. 1 RL 76/207 stipulierte Diskriminierungsverbot bei Entlassungen. Problematisch war dies deshalb, weil hier die Ungleichbehandlung nicht direkt aufgrund der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, sondern erst aufgrund der Geschlechtsumwandlung erfolgte. Gleichwohl fällt nach Ansicht des Gerichtshofs auch diese Fallgestaltung in den Anwendungsbereich der RL 76/207, da auch das Abstellen auf die Geschlechtsumwandlung letztlich dazu führe, dass die betreffende Person im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, denen sie vorher angehört hatte, anders behandelt werde. Zudem greift der EuGH noch auf die Erwägung zurück, dass die betreffende Vorschrift der Richtlinie letztlich eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes darstelle. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des neuen Geschlechts im Anschluss an eine Geschlechtsumwandlung entfaltet letztlich parallele Auswirkungen für die betroffene Person wie ein direkter Rückgriff auf das Geschlecht als Unterscheidungskriterium, so dass es angesichts des Sinns und Zwecks der RL 76/207, jede Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zu verbieten, zwingend erscheint, auch diese Konstellation in ihren Anwendungsbereich einzubeziehen.

Herzstück der Richtlinie – auch nach der Änderung – ist der nunmehr neu formulierte Art. 2 RL 76/207:

- Art. 2 I RL 76/207 formuliert den Grundsatz der Nichtdiskriminierung⁶⁴: Unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen sind verboten. Neu definiert die Richtlinie in Art. 2 II, was unter einer direkten und einer indirekten Diskriminierung zu verstehen ist, wobei im Wesentlichen die Rechtsprechung kodifiziert wird⁶⁵. Weiterhin wird klargestellt, dass eine sexuelle Belästigung als verbotene Diskriminierung im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist (Art. 2 III RL 76/207)⁶⁶.

In Bezug auf unmittelbare Diskriminierungen sind in der Rechtsprechung insbesondere Maßnahmen, die direkt oder indirekt an die Schwangerschaft anknüpfen, relevant geworden⁶⁷. Der EuGH hält hier in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Verweigerung der Einstellung oder eine Entlassung (ausgenommen diejenige nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubs), sowie die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle. Eine solche Diskriminierung könne auch nicht mit dem finanziellen Nachteil gerechtfertigt werden, den ein Arbeitgeber wegen der Schwangerschaft und dem Mutterschaftsurlaub erleiden würde. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liege damit jedenfalls immer dann vor, wenn der Arbeitgeber sich weigert, eine geeignete Person einzustellen, weil er aufgrund einer Schwangerschaft Nachteile befürchtet⁶⁸.

⁶³ EuGH, Rs. C-13/94 (P/S und Cornwall Country Council), Slg. 1996, I-2143.

⁶⁴ Diese Bestimmung wurde nicht modifiziert.

⁶⁵ So dass auf die Ausführungen zu Art. 141 EGV verwiesen werden kann. S.o. II.

⁶⁶ Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass Art. 2 V RL 76/207 die Mitgliedstaaten verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Arbeitgeber und sonstige Verantwortliche dazu anzuhalten, jegliche Form von Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, insbesondere die sexuelle Belästigung, zu unterbinden.

⁶⁷ Hinzuweisen ist aber auch auf die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf das Nachtarbeitsverbot für Frauen: Nach der Rechtsprechung des EuGH verstößt ein allgemeines Verbot der Nachtarbeit für Frauen – auch wenn es davon für bestimmte Berufe Ausnahmen gibt – gegen das Diskriminierungsverbot, sofern kein gleichartiges Verbot für Männer besteht (EuGH, Rs. C-345/89 (Stoekel), Slg. 1991, I-4047; bestätigt durch EuGH, Rs. C-197/96 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-1489).

⁶⁸ EuGH, Rs. C-177/88 (Dekker), Slg. 1990, I-3941.

Als Beispiele aus der Rechtsprechung seien folgende Fälle erwähnt:

In der Rs. C-177/88⁶⁹ ging es um die Nichteinstellung einer Frau wegen ihrer Schwangerschaft. Der Arbeitgeber hätte ihr die durch die Schwangerschaft verursachten Fehlzeiten bezahlen müssen und diese nicht durch die Sozialversicherung rückerstattet erhalten, zudem hätte er einen Vertreter einstellen müssen. Nach Ansicht des EuGH änderten diese Umstände nichts an dem diskriminierenden Charakter der Maßnahme, die insbesondere nicht mit den finanziellen Nachteilen gerechtfertigt werden könne und auch nicht von einem Verschulden des Arbeitgebers abhängig sei⁷⁰.

In der Rs. 394/96⁷¹ hatte der EuGH über die Zulässigkeit von Entlassungen infolge von Fehlzeiten wegen einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit zu entscheiden: Die Klägerin des Ausgangsrechtsstreits wurde während der Dauer ihres Arbeitsverhältnisses schwanger. Im Gefolge der Schwangerschaft ergaben sich gesundheitliche Komplikationen, die zu einer längeren krankheitsbedingten Abwesenheit der Klägerin führten. Der Arbeitsvertrag der Klägerin enthielt eine Klausel, die vorsah, dass eine Kündigung möglich ist, wenn eine krankheitsbedingte Abwesenheit einen bestimmten Zeitraum überschreitet. Dieser war im Falle der Abwesenheiten der Klägerin erreicht, und der Arbeitgeber kündigte ihr daraufhin. In dem anschließenden Rechtsstreit stellte sich die Frage, ob hier eine nach Art. 2 I, 5 I RL 76/207 verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Der EuGH bejahte diese Frage: Entlassungen wegen Schwangerschaft oder wegen einem im wesentlichen auf der Schwangerschaft beruhenden Grund stellten jedenfalls eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, kämen sie doch von vornherein nur bei Frauen in Betracht. Wenn es nun während der Schwangerschaft zu gesundheitlichen Komplikationen kommt, sei dies Teil der mit der Schwangerschaft verbundenen Risiken, so dass diese den eigentlichen Grund der Kündigung darstelle. Dann aber handele es sich um eine (unmittelbare) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. An dieser Beurteilung ändere auch die im Arbeitsvertrag vorgesehene Kündigungsklausel nichts⁷². Darüber hinaus betonte der Gerichtshof aber auch, dass für Krankheiten, die zwar durch die Schwangerschaft oder Entbindung verursacht wurden, aber nach Ablauf des Mutterschaftsurlaubes zu Fehlzeiten führen, keine andere Beurteilung angebracht sei, als für sonstige Gesundheitsstörungen. Männliche und weibliche Arbeitnehmer seien in gleichem Maß dem Krankheitsrisiko ausgesetzt. Wenn eine Frau somit unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Mann entlassen wird aufgrund von Fehlzeiten wegen Krankheit, so liege weder eine direkte noch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-177/88 (Dekker/VJV-Centrum Plus), Slg. 1990, I-3941.

⁷⁰ S. auch EuGH, Rs. C-421/92 (Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt), Slg. 1994, I-1657: Hier wurde eine Frau für die Nachtwache in einem Altersheim angestellt. Als sich herausstellte, dass sie schwanger war (seit 12 Tagen vor Vertragsunterzeichnung), erklärte der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag für nichtig, da sie als Schwangere nicht in der Nacht arbeiten dürfe und er sich somit in einem Irrtum über eine "verkehrs wesentliche" Eigenschaft der Person befunden habe. Der EuGH erklärte ein weiteres Mal, dies stelle eine direkte Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft dar und sei somit unzulässig. Das Nachtarbeitsverbot für Schwangere gelte nur während der Schwangerschaft, der Vertrag sei aber auf unbestimmte Zeit geschlossen worden und somit wirke das Beschäftigungsverbot nur für eine beschränkte Zeit der gesamten Vertragsdauer. In EuGH, Rs. C-32/93 (Webb/EMO Air Cargo), Slg. 1994, I-3657 ging es darum, dass eine Frau als Ersatz für eine sich im Mutterschaftsurlaub befindliche Frau eingestellt wurde. Zwei Wochen nach Aufnahme ihrer Tätigkeit stellte sie fest, dass sie schwanger war und somit die Vertretung nicht gewährleisten konnte. Der Arbeitgeber wollte sie daher entlassen. Der EuGH qualifizierte dies als unmittelbare Diskriminierung, die auch nicht deshalb entfalle, weil eine andere Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs hätte vertreten werden sollen. Der gemeinschaftsrechtlich vorgesehene Schutz für schwangere Frauen und Wöchnerinnen könne nicht davon abhängen, ob die Anwesenheit der betreffenden Person für das Unternehmen unerlässlich ist oder nicht. Der Zustand der Schwangerschaft könne nicht mit einer Krankheit oder mit sonstiger Nichtverfügbarkeit aus anderen Gründen verglichen werden

⁷¹ EuGH, Rs. 394/96 (Brown/Rentokil), Slg. 1998, I-4185.

⁷² Der Gerichtshof modifizierte in diesem Urteil einen Aspekt seiner jüngsten bisherigen Rechtsprechung: Im Fall Larsson (EuGH, Rs. C-400/95, Larsson/Fotex Supermarket, Slg. 1997, I-2757) hatte er noch betont, dass bei der Berechnung von Fehlzeiten, die zu einer Kündigung führen (können), die während der Schwangerschaft aufgetretenen Fehlzeiten berücksichtigt werden könnten. Im vorliegenden Fall stellte er hingegen klar, dass die Berücksichtigung von Fehlzeiten während der Schwangerschaft, die auf schwangerschaftsbedingten Krankheiten beruhen, gerade nicht bei der Berechnung der für eine Kündigung notwendigen Fehlzeiten berücksichtigt werden dürfen, stellen sie doch eine unmittelbare Konsequenz der Schwangerschaft dar, so dass hier eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege. Dieser (neue) Ansatz des Gerichtshofs erscheint zwingend: Nur auf diese Weise lässt sich vermeiden, dass der schwangeren Frauen grundsätzlich zukommende Kündigungsschutz letztlich durch eine entsprechende Kalkulation von Fehlzeiten und eine damit einhergehende Kündigung nach der Schwangerschaft und nach Ablauf des Mutterschutzes unterlaufen wird.

Diese Argumentation kann man durchaus unter dem Gesichtspunkt kritisieren, dass der Ablauf einer bestimmten Zeit nichts daran ändert, dass die Beschwerden aufgrund der Schwangerschaft entstanden sind, womit die Frage des Vergleichspaares angesprochen wird.

In der Rs. C-136/95⁷³ verweigerte der Arbeitgeber einer Frau die jährliche Leistungsbewertung, da sie die vertragliche Voraussetzung von mindestens sechs Monaten Präsenz am Arbeitsplatz aufgrund ihrer schwangerschafts- und mutterschaftsbedingten Absenz nicht erfüllte. Der Gerichtshof befand, solche Qualifikationsbewertungen seien wichtig für die Planung und Weiterführung der Karriere, sowie eine allfällige Beförderung. Daher stelle die Verweigerung einer solchen Bewertung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, wenn sie deshalb geschehe, weil die Frau schwanger war und vom ihr zustehenden Mutterschaftsurlaub Gebrauch gemacht habe.

Eine andere Fallgestaltung betraf schließlich ein jüngst ergangenes Urteil: In der Rs. C-186/01⁷⁴ hatte sich der EuGH mit der Frage zu befassen, ob die Wehrpflicht für Männer gegen den gemeinschaftlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 2 I RL 76/207) verstößt⁷⁵, was der Gerichtshof im Ergebnis verneinte, dies allerdings bereits auf der Grundlage der Verneinung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts, das es den Mitgliedstaaten überlasse, die ihnen als sachdienlich erscheinenden Entscheidungen für die Organisation ihrer Streitkräfte zu treffen.

- Von diesem Grundsatz sind allerdings abschließend zu verstehende Ausnahmen zugelassen, die in der Sache die bisherigen Bestimmungen aufgreifen, aber teilweise etwas umformulieren bzw. präzisieren:

Gemäß Art. 2 VI stellt die Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung dar, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt, womit auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip Bezug genommen wird. Damit übernimmt die Neufassung der Richtlinie die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH, die daher nach wie vor maßgeblich bleibt. Als (klare) Beispiele für Tätigkeiten, bei denen das Geschlecht eine notwendige Voraussetzung für eine Anstellung ist, können männliche oder weibliche Models angeführt werden oder Schauspieler, die eine bestimmte (männliche oder weibliche) Rolle zu spielen haben⁷⁶.

In der Rechtsprechung wurde diese Ausnahmebestimmung in den letzten Jahren⁷⁷ insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Frauen von bestimmten Diensten in der Armee relevant: Nicht gedeckt von diesem Ausnahmetatbestand sei der generelle Ausschluss von Frauen vom bewaffneten Dienst

⁷³ EuGH, Rs. C-136/95 (CNAVTS/Thibault), Slg. 1998, I-2011.

⁷⁴ EuGH, Rs. C-186/01 (Dory), Urteil vom 11.3.2003, noch nicht in der amtlichen Sammlung.

⁷⁵ In Betracht kam dies insbesondere deshalb, weil die nur für Männer geltende Wehrpflicht dazu führen könnte, dass diese – im Vergleich zu Frauen – aufgrund des Wehrdienstes erst später Zugang zu Beschäftigung und Berufsausbildung haben.

⁷⁶ Maximilian Fuchs/Franz Marhold, Europäisches Arbeitsrecht, 2001, 75.

⁷⁷ Eine erste Entscheidung zu dieser Ausnahme fällt der EuGH in EuGH, Rs. 222/84 (Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary), Slg. 1986, 1651, wo er ausführt, der Schutz der öffentlichen Sicherheit sei zwar kein von der Richtlinie vorgesehener Rechtfertigungsgrund für eine Diskriminierung, er könne aber berücksichtigt werden um festzustellen, inwieweit das Geschlecht aufgrund der konkreten Bedingungen, unter denen die Tätigkeit als Polizist ausgeübt wird, eine unabdingbare Voraussetzung für diese Tätigkeit darstelle. Der EuGH hielt es für gerechtfertigt, in einer durch häufige Anschläge gekennzeichneten innenpolitischen Situation die allgemeinen polizeilichen Aufgaben mit Schusswaffen ausgerüsteten Männern vorzubehalten. Dies ist wohl diskutabel, da nicht ersichtlich ist, warum Frauen ganz allgemein für diese Aufgaben weniger geeignet sein sollen. Es ist im Übrigen fraglich, ob das Urteil heute genauso ausgefallen wäre, dürfte der EuGH den Gestaltungsspielraum in den nachfolgenden „Soldatenurteilen“ doch erheblich enger ziehen.

in der Armee (Rs. C-285/98⁷⁸), könne Art. 2 II RL 76/207 a.F. doch auf der Grundlage einer engen Auslegung als Ausnahmebestimmung nur spezifische Tätigkeiten betreffen⁷⁹. Eine solche spezifische Tätigkeit wurde hingegen in Bezug auf die Elitetruppe der Royal Marines bejaht (Rs. C-273/97⁸⁰): Diese stelle eine spezielle Kampfeinheit mit besonderen Anforderungen und Aufgaben dar, die auf der Interoperabilität (allseitige Verwendbarkeit) aller Angehörigen (inklusive der Köche) beruhe⁸¹. Die Stichhaltigkeit der Argumentation lässt sich jedoch durchaus hinterfragen: Es ging ja an sich nicht darum, welche Anforderungen bestimmte Personen erfüllen müssen, um einer für die öffentliche Sicherheit oder Verteidigung zuständigen Truppe angehören zu können, sondern um den allgemeinen Ausschluss von Frauen – allein aufgrund des Geschlechts – von dieser Truppe. Dann aber drängt sich die Frage auf, ob denn wirklich dieses Kriterium entscheidend sein darf – dies bedeutete, dass der Nachweis zu erbringen wäre, dass tatsächlich das Geschlecht als solches unabdingbare Voraussetzung für den Dienst in der Eliteeinheit darstellt – oder ob es nicht vielmehr um bestimmte psychische und physische Anforderungen geht. Letztlich verlangte damit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Präzisierung der genauen Anforderungen an die Mitglieder einer solchen Elitetruppe, womit auch die in diesem Zusammenhang teilweise vorgebrachten eher diffusen Argumente gegen die grundsätzliche Verwendbarkeit von Frauen⁸² etwas an Transparenz gewinnen könnten.

- Art. 2 VII RL 76/207 stärkt – im Vergleich zur bisherigen Fassung der Richtlinie – den rechtlichen Schutz der Frauen: Bisher hatte sich die RL 76/207 darauf beschränkt, den Schutzvorschriften zugunsten der Frauen „nicht entgegenzustehen“. Die Mitgliedstaaten verfügten über einen großen Ermessensspielraum bezüglich der Maßnahmen zum Schutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen und Müttern. Nun wird zumindest festgehalten, dass die ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub i.S. der RL 92/85 als Diskriminierung gilt. Dies ist besonders wichtig im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung, aber auch bezüglich des beruflichen Aufstiegs und der Arbeitsbedingungen⁸³. Art. 2 VII sieht zudem vor, dass Frauen im Mutterschaftsurlaub Anspruch auf Rückkehr an ihren früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz nach dem Mutterschaftsurlaub haben, dies unter Bedingungen, die für sie nicht weniger günstig sind. Des Weiteren haben sie ein Recht auf alle Verbesserungen der Arbeitsbedingungen, die ihnen während ihrer Abwesenheit zugute gekommen wären⁸⁴. Dadurch wird das Verbot der Entlassung während der Schwangerschaft und dem

⁷⁸ EuGH, Rs. C-285/98 (Kreil/Deutschland), Slg. 2000, I-69.

⁷⁹ Kritisch dazu aus kompetenzrechtlicher Sicht *Stein*, EuZW 2000, 213. Im Ergebnis dürfte der Bereich Verteidigung und Organisation der Streitkräfte zwar in der Zuständigkeit der einzelnen Mitgliedstaaten liegen; dies bedeutet aber nicht, dass hier insgesamt eine „Bereichsausnahme“ gegeben ist und das Gemeinschaftsrecht hier von vornherein keine Anwendung finden kann. Vielmehr sind eben bei der Organisation der Streitkräfte die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu beachten, wie dies auch in anderen Bereichen der Fall ist, so etwa im Rahmen der Prozessordnungen oder des Strafvollzugs. Im Ergebnis wie hier *Kämmerer*, EuR 2000, 110. Vgl. ansonsten zur Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf Sachverhalte mit verteidigungspolitischem Bezug *Stahn*, EuGRZ 2000, 121; *Streinz*, DVBl. 2000, 585 (588).

⁸⁰ EuGH, Rs. C-273/97 (Sirdar/Army Board), Slg. 1999, I-7403.

⁸¹ Dabei wies der Gerichtshof interessanterweise in diesem Zusammenhang auch auf den den Mitgliedstaaten bei der Bestimmung des Inhalts der für die öffentliche Sicherheit maßgeblichen Faktoren zustehenden Ermessensspielraum hin.

⁸² Wie etwa die Schutzbedürftigkeit und Unfähigkeit der Frauen und die angeblich daraus entstehende Gefährdung der männlichen Soldaten (s. dazu *Kämmerer*, EuR 2000, 106). Der Autor führt weitere Möglichkeiten an und schließt, dass letztlich kein überzeugendes Motiv für den Ausschluss von Frauen vom Dienst an der Waffe existiere.

⁸³ Die Richtlinie berührt nicht die Bestimmungen anderer Richtlinien über Elternurlaub (RL 96/34) oder RL 92/85 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

⁸⁴ Vgl. hierzu aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. 184/83 (Hofmann/Barmer Ersatzkasse), Slg. 1984, 3047, Ziff. 25; EuGH, Rs. C-32/93 (Webb/EMO Air Cargo), Slg. 1994, I-3567, Ziff. 20.

Mutterschaftsurlaub gem. Art. 10 der RL 92/85 ergänzt. Entsprechende Rechte nach Elternurlaub/Vaterschaftsurlaub/Adoptionsurlaub sollen die Mitgliedstaaten, in denen solche Möglichkeiten vorgesehen sind, gewährleisten (Art. 2 VIII Uabs. 4 RL 76/207).

Im Fall Habermann-Beltermann⁸⁵ betonte der EuGH, dass der Arbeitsvertrag einer Schwangeren, wonach diese nachts zu arbeiten hatte, nicht aufgelöst werden könne, dies obwohl die Arbeitnehmerin wegen des für Schwangere geltenden Nachtarbeitsverbots den Arbeitsvertrag nicht erfüllen konnte. Auch wenn die Schwangerschaft bei Vertragsschluss nicht bekannt war, würde die Möglichkeit zur Beendigung des Arbeitsvertrags nicht bestehen. Dasselbe gilt für die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrags aufgrund der Schwangerschaft, wie der EuGH in der Rs. Jiménez Melgar⁸⁶ festhielt.

Von den weiteren Neuerungen der Richtlinie ist insbesondere die Kodifizierung der Rechtsprechung in Bezug auf die Anforderungen an einen effektiven Rechtsschutz im Falle der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 6) sowie die Verpflichtung, Gleichstellungsbüros mit bestimmten, genauer definierten Kompetenzen einzurichten (Art. 8bis), hervorzuheben, Aspekte, die hier nicht vertieft werden sollen⁸⁷.

IV. Zum Sonderproblem der „positiven Maßnahmen“

Ein auch in der Rechtsprechung immer wieder aktuelles Problem ist die Frage, ob und inwieweit (nationale) sog. „positive Maßnahmen“ mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in Einklang stehen⁸⁸. Es kann im Folgenden nun nicht darum gehen, die Problematik (nochmals) umfassend aufzuarbeiten; vielmehr sollen hier in erster Linie unter Berücksichtigung der Entwicklung der Rechtsprechung die Grundzüge der hier zur Anwendung kommenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aufgezeigt werden.

1. Rechtlicher Rahmen und Grundsatz

⁸⁵ EuGH, Rs. C-421/92 (Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt), Slg. 1994, I-1657.

⁸⁶ EuGH, Rs. 438/99 (Jiménez Melgar/Ayuntamiento de Los Barrios), Slg. 2001, I-6915.

⁸⁷ Vgl. zu dem Aspekt des effektiven Rechtsschutzes m.w.N. aus Literatur und Rechtsprechung *Astrid Epiney/Marianne Freiermuth Abt*, Zur effektiven Durchsetzung des Rechts auf Gleichbehandlung von Mann und Frau in der Europäischen Union, in: Christine Kreuzer (Hrsg.), Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven, Baden-Baden 2001, 131 ff.

⁸⁸ Unter „positiven Maßnahmen“ sollen im Folgenden (ohne dass der Anspruch erhoben wird, hier eine wirkliche Begriffsklärung zu leisten) solche Maßnahmen verstanden werden, die im Interesse der Verwirklichung der faktischen Gleichstellung der Geschlechter dem benachteiligten Geschlecht (also in der Regel den Frauen) im Vergleich zu dem anderen Geschlecht (also in der Regel den Männern) zusätzliche oder weitergehende Rechte einräumen. Positive Maßnahmen zeichnen sich also durch zwei Merkmale aus: Erstens wird (direkt oder indirekt) im Hinblick auf eine unterschiedliche Behandlung an das Geschlecht einer Person angeknüpft, um, zweitens, die faktische (Rechts-) Stellung des benachteiligten Geschlechts zu verbessern. Vgl. zum Begriff etwa *Andreas Auer*, Les mesures positives et l’art. 4als. 2 Cst., AJP 1993, 1336 (1337); *Kathrin Arioli*, Frauenförderungsmaßnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmäßigkeit von Quotenregelungen, 1992, 203 ff.

Prüfungsmaßstab aus rechtlicher Sicht für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit positiver Maßnahmen sind nunmehr nicht mehr Art. 2 I, IV RL 76/207 (a.F.), sondern allein maßgeblich ist Art. 141 IV EGV. Auch Art. 2 VIII RL 76/207 (n.F.) verweist nunmehr auf diese Bestimmung.

Art. 141 IV EGV

„Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“

Damit eröffnet Art. 141 IV EGV den Mitgliedstaaten ganz allgemein die Möglichkeit gleichheitsdurchbrechende Maßnahmen zu ergreifen, so dass eine grundsätzliche Beschränkung auf bestimmte Förderungsmaßnahmen - die übrigens schon in Anwendung des Art. 2 IV RL 76/207 a.F. fraglich war – nicht mehr vertretbar ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich der Anwendungsbereich des Art. 141 IV EGV nicht auf den Entgeltbereich beschränkt, sondern insgesamt das „Arbeitsleben“ betrifft und somit auf alle Maßnahmen, die die „Erleichterung der Berufstätigkeit“ der Frauen zum Gegenstand haben, anwendbar ist.

Insofern ist das Urteil Kalanke⁸⁹ jedenfalls heute⁹⁰ überholt, wurde dort doch noch zwischen Maßnahmen zur Erreichung einer „Ergebnisgleichheit“ – die nicht durch Art. 2 IV RL 76/207 a.F. gedeckt seien – und solchen zur Förderung der „Chancengleichheit“ – die allein durch diese Vorschrift ermöglicht würden – unterschieden⁹¹.

Positiv gewendet ermöglicht es Art. 141 IV EGV den Mitgliedstaaten allgemein, im Falle der Unterrepräsentation von Frauen in bestimmten Berufssektoren auch gleichheitsdurchbrechende (also einzelne Männer benachteiligende) Maßnahmen zur Beseitigung dieser Situation zu treffen.

Art. 141 IV EGV enthält allerdings zwei wichtige Einschränkungen: Erstens müssen die positiven Maßnahmen explizit den drei genannten Zielen dienen und zweitens darf es sich nur um "spezifische Vergünstigungen" handeln, d.h. die jeweiligen Maßnahmen müssen direkt an eine bestimmte benachteiligende Situation anknüpfen. Somit müssen die Maßnahmen auf einen bestimmten Bereich begrenzt sein, eine generalklauselartige Formulierung ist unzulässig⁹². Zweitens ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten⁹³. Letzteres impliziert insbesondere auch die zeitliche oder sonstige Beschränkung der Maßnahme in dem Sinn, dass sie nur soweit und solange greifen darf, wie die tatsächlichen Nachteile bestehen. Bei dieser Beurteilung kann dann wohl auch die bislang zu Art. 2 IV RL 76/207 a.F. ergangene

⁸⁹ EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke/Bremen), Slg. 1995, I-3051.

⁹⁰ Ergänzend sei aber darauf hingewiesen, dass der EuGH in seiner Folgerechtsprechung die Unterscheidung zwischen Ergebnis- und Chancengleichheit nicht mehr aufgriff. Vgl. EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall/Nordrhein-Westfalen), Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck/Hessischer Ministerpräsident), Slg. 2000, I-1875; EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson/Fogelqvist), Slg. 2000, I-5539.

⁹¹ Zur Kritik bereits *Astrid Epiney/Nora Refaeil*, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff?, *AJP* 1996, 179 ff.; *Christine Fuchsloch*, Kalanke und die Folgen, *Familie und Recht* 1996, 87 ff.

⁹² S. auch *Michael Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, 2002, 176.

⁹³ So auch ausdrücklich *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/EGV (Fn.)*, Art. 141, Rdnr. 83 ff.

Rechtsprechung berücksichtigt werden. Diese legt der Prüfung der Zulässigkeit positiver Maßnahmen in der Regel eine zweistufige Vorgehensweise zugrunde⁹⁴: In einem ersten Schritt ist die Gleichheit der Qualifikation als Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit zu überprüfen und festzustellen⁹⁵. In einem zweiten Schritt geht es dann um die „Absolutheit und Unbedingtheit“ der Maßnahmen, wobei in der Sache eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt, ohne dass dies jedoch durch den EuGH wirklich klargelegt wird. Dies impliziert auch, dass es grundsätzlich als unzulässig erachtet wird, wenn durch positive Maßnahmen weniger qualifizierten Bewerberinnen (im Vergleich zu Mitbewerbern) Vorrang eingeräumt wird⁹⁶. Im Übrigen dürfte der EuGH grundsätzlich davon ausgehen, dass „absolute“ Bevorzugungsregeln – also solche ohne „Öffnungsklauseln“, die die individuelle Situation aller Beteiligten zu berücksichtigen erlauben – nicht den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen⁹⁷.

Der EuGH formuliert diese Anforderungen wie folgt: Eine vorrangige Berücksichtigung von Frauen sei immer dann (im Lichte der Art. 2 I, IV RL 76/207 a.F.) zulässig, wenn sie den weiblichen Bewerbern bei gleicher Qualifikation keinen automatischen und unbedingten Vorrang im Vergleich zu den männlichen Bewerbern einräumt und wenn eine objektive Beurteilung der Bewerbungen gewährleistet ist, die die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigen kann⁹⁸. Eine Regelung wie diejenige des einschlägigen hessischen Gesetzes, wonach bei einem qualifikatorischen Patt zwischen einem Bewerber und einer Bewerberin die letztere einzustellen ist⁹⁹, es sei denn, es stehen dem Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegen, erfülle diese Voraussetzungen, da die Möglichkeit der Berücksichtigung dieser Gründe eben die Konsequenz nach sich ziehe, dass es keine unbedingte und absolute Vorrangnorm gebe.

2. Zur Rechtsprechung

Im Einzelnen kann zur Illustration dieser Grundsätze insbesondere auf folgende Urteile des Gerichtshofs hingewiesen werden:

- In der Rs. C-158/97¹⁰⁰ ging es u.a. auch um feste Quoten für bestimmte Anstellungen, die der EuGH aufgrund des besonderen Charakters der Stellen für zulässig erachtete: So stoße

⁹⁴ Vgl. hierzu auch *Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts (Fn.), 165 ff.

⁹⁵ Wobei dies in der Regel durch das nationale Gericht oder die Behörde zu leisten ist.

⁹⁶ Im Übrigen dürfte jedenfalls Art. 141 IV EGV auch nicht als „Ausnahmevorschrift“ in dem Sinn angesehen werden, dass sie als Durchbrechung des grundsätzlichen Gleichheitsgebots eng auszulegen wäre. Dies ändert allerdings nichts daran, dass es auch im Rahmen des Art. 141 IV EGV um die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung Einzelner zugunsten eines öffentlichen Interesses (nämlich die faktische Gleichstellung insgesamt) geht, weshalb dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine große Bedeutung zukommt.

⁹⁷ So bereits EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall/Nordrhein-Westfalen), Slg. 1997, I-6363. Der Gerichtshof greift hier auch ausdrücklich auf materielle Gesichtspunkte zurück, insbesondere den Umstand, dass trotz gleicher Qualifikationen und einer rechtlichen Gleichstellung der Frauen aus verschiedenen Gründen die Tendenz bestehe, gleichwohl Männer bevorzugt einzustellen, so dass allein die gleiche Ausgangsposition nicht bedeute, dass die betroffenen Bewerber auch tatsächlich gleiche Chancen haben. Damit aber gibt der EuGH (implizit) zu, dass sich ungleiche Chancen eben auch im Ergebnis widerspiegeln (können), womit die von ihm im Urteil Kalanke getroffen Unterscheidung - auch wenn der Gerichtshof dies nicht in dieser Form klarstellt - hinfällig wird. Ausschlaggebend dürfte dann in diesen Situationen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen sein.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck/Hessischer Ministerpräsident), Slg. 2000, I-1875

⁹⁹ Falls dies zur Erfüllung der Zielvorgaben des Frauenförderplans erforderlich ist.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck/Hessischer Ministerpräsident), Slg. 2000, I-1875.

eine Regelung nicht auf gemeinschaftsrechtliche Bedenken, nach der die verbindlichen Zielvorgaben des Frauenförderungsplans für befristete Stellen im wissenschaftlichen Dienst mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventinnen und Absolventen des jeweiligen Fachbereichs stellen, gehe es hier doch nicht um eine absolute Größe, da dieser Anteil immer variere. Selbst eine „starre“ Quote, nach der Ausbildungsplätze in Berufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, zu mindestens 50% von Frauen besetzt werden müssen, stelle keine absolut starre Quote dar, sehe die Regelung doch vor, dass im Falle des Fehlens von Bewerbungen von Frauen auch Männer berücksichtigt werden können. Im Übrigen gebe es in den entsprechenden Berufen auch Ausbildungsplätze in der Privatwirtschaft (es ging um den öffentlichen Dienst), so dass die allenfalls betroffenen Männer nicht endgültig ihrer Ausbildungsmöglichkeiten beraubt werden. Auch sei die Maßnahme auf die Ausbildung beschränkt; es gehe also nicht um definitive Arbeitsplätze, und der Ausbildung komme bei der Verwirklichung der faktischen Gleichstellung eine besondere Bedeutung zu.

Der EuGH geht damit also offenbar davon aus, dass eine unbedingte und absolute Vorrangregel nur dann anzunehmen ist, wenn eine andere Entscheidung von vornherein ausgeschlossen ist; hingegen genügt es offenbar für die Zulässigkeit einer Vorrangklausel, wenn die Öffnungsklausel eher eng gefasst ist, wie in den vorliegenden Fallgestaltungen. In Anbetracht des letztlich wohl entscheidenden Kriteriums der Verhältnismäßigkeit – wovon auch der EuGH zumindest implizit ausgehen dürfte, wenn er etwa auf die anderweitigen Ausbildungsmöglichkeiten für betroffene Männer hinweist – vermag dieser Ansatz im Ergebnis zu überzeugen. Es wäre allerdings zu wünschen gewesen, dass der Gerichtshof, der übrigens – da alle Bestimmungen als mit der RL 76/207 vereinbar angesehen wurden – nicht auf Art. 141 IV EGV zurückgriff, die dogmatischen Grundlagen für seine Entscheidungen deutlicher klargelegt hätte: So hätte sich etwa die Klarstellung aufgedrängt, dass Art. 2 I, IV RL 76/207 a.F. allgemein positive Maßnahmen von Frauen und damit eine Schlechterstellung von Männern zulassen, sofern damit das Ziel der faktischen Gleichstellung verfolgt wird. Ob letzteres dann tatsächlich der Fall ist, ist dann auch und gerade eine Frage der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Der Umstand eben, dass sog. „automatische und unbedingte“ Vorrangregeln unzulässig sind, könnte dann auch überzeugender und rational nachvollziehbarer begründet werden: Solche Vorrangregeln sind nämlich in aller Regel unverhältnismäßig. Würde der EuGH das Kriterium der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich anwenden, müsste er auch nicht in manchmal schwer nachvollziehbaren Wendungen begründen, warum eine bestimmte Vorrangregelung gerade nicht „absolut“, „automatisch“ oder „unbedingt“ ist. So vermag man durchaus Zweifel haben, ob es zutreffend ist, die 50 %-Reservierung von Ausbildungsplätzen nur deshalb nicht als „absolut“ anzusehen, weil im Falle von Frauenmangel ja auch Männer zum Zuge kommen können; dies ändert doch nichts daran, dass im Falle von genügend verfügbaren Frauen eben doch eine starre Regelung besteht. Bezeichnend ist dann auch,

dass der EuGH gerade hier auf der Verhältnismäßigkeit zuzuordnende Erwägungen zurückgreift.

- In der Rs. C-407/98¹⁰¹ ging es im Wesentlichen darum, ob es zulässig ist, dass ein (öffentlicher oder privater) Arbeitgeber bei der Einstellung, Beförderung oder Ausbildung eine im Vergleich zu einer anderen Person weniger qualifizierte Person auszuwählen hat, wenn die Entscheidung im Rahmen von Bestrebungen zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter getroffen wird¹⁰². Der EuGH schloss hier auf eine „automatische“ Bevorzugung des unterrepräsentierten Geschlechts, woran auch der ebenfalls in der einschlägigen Regelung enthaltene Grundsatz, dass der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht zu groß sein darf, nichts zu ändern vermöge. Auch eine Heranziehung des Art. 141 IV EGV führe zu keinem anderen Schluss, da jedenfalls eine unverhältnismäßige Maßnahme – wie die zur Debatte stehende – nicht von dieser Bestimmung erfasst werden könne. Auch hier vermag das Ergebnis des Urteils durchaus zu überzeugen, wobei sich jedoch – wie in der Rs. C-158/97 – eine Klarstellung, dass hier die Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme entscheidend sein muss, aufgedrängt hätte.
- In der Rs. C-476/99¹⁰³ stand eine Maßnahme des niederländischen Landwirtschaftsministeriums zur Debatte, wonach den Angestellten in einer subventionierten Kindertagesstätte Kinderbetreuungsplätze zur Verfügung gestellt werden, diese aber, außer in Notfällen, den Kindern weiblicher Beamter vorbehalten. Der EuGH stellte zunächst fest, dass es sich bei der Zurverfügungstellung solcher Betreuungsplätze um Arbeitsbedingungen im Sinne der RL 76/207 handele, so dass deren Anwendungsbereich eröffnet sei. Weiterhin bejahte er eine unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts, da sich Männer und Frauen, die einer Berufstätigkeit nachgehen und Väter bzw. Mütter von Kleinkindern sind, in einer vergleichbaren Situation befänden. Daher war die Möglichkeit der Rechtfertigung nach Art. 2 IV RL 76/207 a.F. ausschlaggebend, die der EuGH im Ergebnis bejahte, wobei er entscheidend auf die zum Zeitpunkt des Ergreifens der Maßnahme bestehende Unterrepräsentation von Frauen¹⁰⁴ im Landwirtschaftsministerium sowie die Bedeutung des Angebots an ausreichenden und erschwinglichen Kinderbetreuungsplätzen für die Möglichkeit der Berufstätigkeit insbesondere weiblicher Arbeitnehmer abstellte. Aufgrund dieser Umstände und angesichts der Tatsache, dass den Frauen keine Arbeitsplätze, sondern die Inanspruchnahme bestimmter Arbeitsbedingungen vorbehalten werden, sei die Maßnahme als "Teil des begrenzten Konzepts zur Verwirklichung der Chancengleichheit" anzusehen. Eine solche Maßnahme entspreche auch grundsätzlich den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da es in Notfällen – wozu offenbar insbesondere die

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson u.a./Fogelqvist), Slg. 2000, I-5539.

¹⁰² Konkret stand eine Berufung als Professor(in) zur Debatte.

¹⁰³ EuGH, Rs. C-476/99 (Lommers/Minister van Landbouw), Slg. 2002, I-2891.

¹⁰⁴ Sowohl hinsichtlich ihrer Zahl als auch hinsichtlich ihres Anteils an der Besetzung von Stellen höherer Besoldungsgruppen.

Situation allein erziehender Männer gezählt wird – auch für Männer möglich bleibe, das Betreuungsangebot in Anspruch zu nehmen. Auch könne keine Rede davon sein, dass eine solche Maßnahme tradierte Rollenverteilungen zementiere, da auch weibliche Arbeitnehmer angesichts der begrenzten Kapazitäten keineswegs sicher sein könnten, einen Platz in der hauseigenen Krippe zu erhalten und der Zugang zu Betreuungsplätzen auf dem freien Markt weiterhin für alle offen bleibe. Schließlich sei der Umstand, dass Ehefrauen von im Ministerium beschäftigten Beamten ggf. Schwierigkeiten bei der Verfolgung ihrer beruflichen Laufbahn haben könnten, da sie die Betreuung der Kleinkinder sicher stellen müssten, ohne Bedeutung für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der zur Debatte stehenden Maßnahme, bei der es eben nur um die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zwischen dem konkreten Arbeitgeber und seinen Angestellten gehe; eine Verpflichtung des Arbeitgebers, die Lage von nicht zu seinem Personal gehörenden Personen zu berücksichtigen, gebe es nicht. Wenn diese letzte Erwägung auch auf den ersten Blick befremdlich erscheint, da sie die Gefahr bergen könnte, dass es zu sehr punktuellen und fragmentierten Maßnahmen kommen kann, die dann insgesamt eben der Chancengleichheit nicht förderlich sein könnten, dürfte sie doch im Ergebnis überzeugen: Denn ein einzelner Arbeitgeber kann nur innerhalb des Anwendungsbereichs der von ihm ergriffenen Maßnahme verpflichtet werden, nicht hingegen dazu, alle sonstigen, möglicherweise noch relevanten, aber außerhalb seines Einflussbereichs liegenden Umstände zu berücksichtigen.

- Um eine besondere Fallgestaltung ging es in der Rs. C-366/99¹⁰⁵. Der EuGH hatte sich hier zu der Frage zu äußern, ob eine „Aufstockung“ des Dienstalters bei der Berechnung der erwähnten Altersrente, die (nur) Beamtinnen gewährt wird, wenn diese eheliche Kinder hatte bzw. nichteeliche Kinder mindestens neun Jahre aufgezogen hat, mit Art. 141 EGV vereinbar ist. In Anbetracht der Tatsache, dass diese Verbesserung nicht aufgrund der Mutterschaft als solcher, sondern in Anknüpfung an die Wahrnehmung von Erziehungsaufgaben gewährt wird, verneinte der EuGH diese Frage, könnten doch auch Väter Erziehungsaufgaben übernehmen, so dass ihnen grundsätzlich die Möglichkeit zustehen müsse, in den Genuss der „Aufstockung“ des Dienstalters jedenfalls dann zu kommen, wenn sie die Übernahme von Erziehungsaufgaben nachweisen. Eine solche Maßnahme könne auch nicht durch Art. 6 III des Abkommens über die Sozialpolitik (das hier zur Anwendung kam) gerechtfertigt werden, da sie gerade nicht – wie von dieser Bestimmung verlangt – die Nachteile von Beamtinnen hinsichtlich ihrer Berufslaufbahn auszugleichen vermöchte, setze sie doch erst nach Abschluss der beruflichen Tätigkeit ein, so dass sie eine Art „Kompensation“ darstelle. Angesichts der im Wesentlichen parallelen Formulierung des Art. 141 IV EGV dürften diese Grundsätze auch unter der Rechtslage nach dem Vertrag von Amsterdam (und Nizza) weiterhin Gültigkeit beanspruchen. Materiell ist von Bedeutung, dass damit die durch Art. 141 IV EGV ermöglichten

¹⁰⁵ EuGH, Rs. C-366/99 (Griesmar), Slg. 2001, I-9383.

„positiven Maßnahmen“ auf solche beschränkt werden, die direkt dem beruflichen Fortkommen des unterrepräsentierten Geschlechts, also im Wesentlichen von Frauen, dienen; nachträgliche „Ausgleichsmaßnahmen“ sind damit ausgeschlossen.

V. Schluss

Insgesamt konnte der vorliegende Überblick verdeutlichen, dass das europäische Gemeinschaftsrecht sehr wichtige Anstöße zur Entwicklung des Gleichstellungsrechts in der EU und insbesondere auch in den Mitgliedstaaten gegeben hat. Gerade die Grundsätze der Entgeltgleichheit und der Gleichbehandlung wurden maßgeblich durch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben entwickelt und die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert. An dieser gesamthaften Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass man das eine oder andere Urteil kritisieren mag. Nicht zu verkennen ist allerdings auch, dass sich das gemeinschaftliche Gleichstellungsrecht im Wesentlichen darauf beschränkt, mitgliedstaatlichem Verhalten Schranken zu setzen; hingegen sind dem Gemeinschaftsrecht sehr wenige Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zu aktivem Verhalten zu entnehmen, wenn auch hier die Modifikation der RL 76/207 einige neue Verpflichtungen eingeführt hat. Diese Akzentsetzung im Gemeinschaftsrecht ist sicherlich auch und gerade vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsgedankens zu sehen.

Deutlich wird damit auch, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten nicht aus der Verantwortung entlässt; vielmehr obliegt es ihnen, in den vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Grenzen auch (weitere) Maßnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung zu ergreifen. Gerade für positive Maßnahmen dürfte der rechtliche Rahmen hier relativ weit gezogen sein, was die Verlagerung der Diskussion auf die politische Ebene impliziert, wo an sich u.E. auch der richtige Ort für diese Diskussion ist.

Punktuell ist noch darauf hinzuweisen, dass eines der Grundprobleme der faktischen Schlechterstellung von Frauen – die „Gefahr“ der Schwangerschaft – nicht nur mit einem Diskriminierungsverbot begegnet werden kann; vielmehr müsste eine vernünftige Gesamtkonzeption wohl auch an den aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft ggf. höheren Kosten für Arbeitgeber ansetzen, indem weibliche Arbeit verbilligt und männliche Arbeit verteuert wird, so dass kein (finanzieller) Grund mehr besteht, Arbeitnehmerinnen weniger leicht einzustellen als Arbeitnehmer.