



Rechtsprechung bezüglich der EG-  
rechtlichen Rechtfertigung  
geschlechtsbezogener Diskriminierung  
im Arbeitsleben

Tamara K. Hervey, University of Nottingham, VK  
Tamara.Hervey@nottingham.ac.uk



# Index

A.	Einleitung .....	109
B.	Unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung .....	112
	Anforderung an die Rechtfertigung .....	112
	Beachtliche Gründe .....	113
C.	Mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung .....	131
	Anforderungen an die Rechtfertigung .....	131
	Beachtliche Gründe .....	134
D.	Nicht zu rechtfertigende geschlechtsbezogene Diskriminierung .....	150
E.	Schlussfolgerungen .....	150
	Fussnoten .....	151



# Rechtsprechung bezüglich der EG-rechtlichen Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung im Arbeitsleben

Tamara K. Hervey, University of Nottingham, VK

## A. Einleitung

Nachdem sich der „allgemeine Grundsatz“ des Verbots der Diskriminierung aus geschlechtsbezogenen Gründen in westlichen Gesellschaften einschließlich der Europäischen Gemeinschaft zur akzeptierten Norm entwickelt, gewinnt die Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung zunehmend an Bedeutung. Unter bestimmten Voraussetzungen gelten Entscheidungen, Gepflogenheiten oder Grundsätze, obwohl sie unmittelbar oder ihren Auswirkungen geschlechtsbezogene Diskriminierung bewirken, aus verschiedenen Gründen als akzeptabel. In derartigen Fällen ist die Abweichung vom Grundsatz des Diskriminierungsverbots rechtlich begründet.

Es ist allgemein anerkannt, dass es zu jedem Grundsatz auch Ausnahmen gibt. Soll jedoch die Bedeutung des allgemeinen Grundsatzes respektiert werden, so müssen die Ausnahmetatbestände so zugeschnitten sein, dass das Kernprinzip nicht unterminiert wird. Sie sind also unter Berücksichtigung ihres Zwecks so eng wie möglich auszulegen. Die Untersuchung der im EG-Recht enthaltenen Gründe für geschlechtsbezogene Diskriminierung muss daher vom Verständnis des Kernprinzips ausgehen. Die Rechtfertigungen müssen sich daran messen lassen, inwieweit ein erfolgreicher Interessenausgleich anderer Interessen mit dem Kernprinzip des Verbots der geschlechtsbezogenen Diskriminierung gelingt.

Bis zu diesem Punkt besteht Einigkeit. Das Problem ist jedoch, dass über das Kernprinzip des Verbots der geschlechtsbezogenen Diskriminierung keine Einigkeit oder allgemeine Auffassung besteht. Es ist vielmehr so, dass bezüglich des Verbots geschlechtsbezogener Diskriminierung, insbesondere seines Hauptzwecks bzw. seiner Hauptfunktion, sowohl in der Literatur als auch in der EG-rechtlichen Rechtsprechung eine Reihe verschiedener Definitionen und Ansätze vertreten werden.<sup>1</sup> Natürlich hat die Wahl eines bestimmten Ansatzes bezüglich der Funktion des Grundsatzes des Verbotes geschlechtsbezogener Diskriminierung unmittelbare Auswirkungen auf die Beurteilung der angeführten Rechtfertigungsgründe.

Diese Studie verfolgt weder den Zweck, eine definitive Theorie oder Definition geschlechtsbezogener Diskriminierung zu liefern, noch ist eine erschöpfende Darstellung derartiger Theorien oder Definitionen beabsichtigt.<sup>2</sup> Zur Beurteilung der Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung im EG-Recht ist es allerdings erforderlich, sich über den Zweck bzw. die Funktion des Diskriminierungsverbots im Klaren zu sein. Die nachstehende Analyse der Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung geht davon aus, dass die Funktion des rechtlichen Verbots geschlechtsbezogener Diskriminierung, jedenfalls im Kontext

des Arbeitslebens, darin besteht, Frauen und Männern in dieser Sphäre „Chancengleichheit“ zu gewähren.

Das Schlagwort „Chancengleichheit“ wirft natürlich mehr Fragen auf, als es Antworten liefert. Als Ausgangspunkt unserer Analyse soll es ein Verständnis des Verbots geschlechtsbezogener Diskriminierung bezeichnen, das über den Grundsatz formaler Gleichheit hinausgeht. Formale Gleichheit (oder Gleichbehandlung) ist ein nützlicher Ausgangspunkt für eine freiheitlich verfasste Demokratie, da sie mit liberalen Gerechtigkeitsvorstellungen in Einklang steht. Als Mechanismus zur Behebung im Arbeitsleben bestehender tatsächlicher Ungleichheiten zwischen Frauen und Männer ist sie jedoch nur von eingeschränktem Nutzen. „Chancengleichheit“, die über formale Gleichheit hinausgeht, erkennt an, dass Frauen in der Arbeitswelt historischen und strukturellen Nachteilen ausgesetzt sind, und versucht, „gleiche Ausgangsbedingungen“ für arbeitende Männer und Frauen zu schaffen. Die Annahme, dass der „normale Arbeitnehmer“ männlich ist und traditionell männliche Arbeitsmuster (Vollzeit, lebenslang) die Norm sind, wird in Frage gestellt. Soweit gesellschaftlich konstruierte Unterschiede zwischen Männern und Frauen dazu dienen, die Wahlmöglichkeiten von Frauen einzuschränken, werden sie abgelehnt. Die realen Unterschiede zwischen Männern und Frauen, insbesondere diejenigen, die auf dem Umstand beruhen, dass es die Frauen sind, die die Kinder bekommen, werden jedoch anerkannt und sollen ausgeglichen werden. Das rechtliche Verbot der geschlechtsbezogenen Diskriminierung wird daher als ein Faktor angesehen, durch den die relativen Positionen von Männern und Frauen in der Arbeitswelt, aber auch in allgemeineren gesellschaftlichen Zusammenhängen ausgeglichen werden können.<sup>3</sup>

Es besteht keine abschließende Klarheit darüber, ob die Förderung der „Chancengleichheit“ die dem EG-Recht zugrundeliegende Funktion ist.<sup>4</sup> Die ursprüngliche Aufnahme in Artikel 119 EWG-Vertrag (jetzt Artikel 141 EG-Vertrag) im Vertrag von Rom hatte hauptsächlich ökonomische Gründe. Frankreich war besorgt, dass das nationale Recht, das Lohngleichheit vorsah, für französische Unternehmen in der EWG einen Wettbewerbsnachteil darstellen könnte. Die in den Vertrag aufgenommene Bestimmung, die gleiches Entgelt für Männer und Frauen vorsah, sollte also Sozialdumping verhindern.<sup>5</sup> Seither haben jedoch sowohl die Legislativinstitutionen als auch der Europäische Gerichtshof (im Folgenden: der Gerichtshof) den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter als Grundrecht anerkannt, das neben seiner wirtschaftlichen Funktion auch eine soziale Funktion hat.<sup>6</sup> In der Entscheidung *P gegen S*<sup>7</sup>, in welcher es um die Anwendung der Gleichbehandlungsrichtlinie auf den Fall der Diskriminierung einer transsexuellen Person wegen ihrer Geschlechtsumwandlung ging, bestätigte der Gerichtshof, dass die Richtlinie lediglich der Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes, eines der fundamentalen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, im betreffenden Bereich sei.<sup>8</sup> Der Gerichtshof fuhr fort, dass die Hinnahme derartiger Diskriminierung bezüglich einer solchen Person der Missachtung der ihr zustehenden Würde und Freiheit gleichkäme, welche zu schützen die Pflicht des Gerichtshofs sei.<sup>9</sup> In der neueren Rechtssache *Schröder*<sup>10</sup> bestätigte der Gerichtshof nochmals<sup>11</sup>, dass das Recht, nicht geschlechtsbezogen diskriminiert zu werden, ein grundlegendes Menschenrecht sei, und betonte, angesichts dieser Rechtsprechung müsse man den Schluss ziehen, dass der ökonomische Zweck, der mit Artikel 119 des Vertrags verfolgt wurde, nämlich die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen zwischen Unternehmen in verschiedenen Mitgliedstaaten, im

Verhältnis zu dem mit derselben Bestimmung verfolgten sozialen Zweck, der Ausdruck eines fundamentalen Menschenrechts sei, *sekundär* sei.<sup>12</sup>

Das Verständnis der Geschlechtergleichstellung [A.d.Ü.: im Original „sex equality“] als EG-rechtliches Grundrecht hat Auswirkungen auf dessen Rechtfertigung.<sup>13</sup> Natürlich haben Grundrechte keine absolute Geltung, und was *prima facie* eine Verletzung darstellt, könnte durch Allgemeinwohlerwägungen gerechtfertigt sein. Grundrechte lassen sich allerdings nicht leicht rechtfertigen. Man würde eher erwarten, dass sie dem unterliegen, was in anderen Rechtssystemen eine „strenge Prüfung“ genannt wird und wahrscheinlich einer sehr strengen Fassung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im EG-Recht entspricht.

Es ist daher sehr bedeutend, dass das Verständnis der Geschlechtergleichstellung als EG-rechtliches „Grundrecht“ sich bei Weitem noch nicht durchgesetzt hat. Die Auslegung der Gleichbehandlung durch den Gerichtshof ist Gegenstand ständiger Kritik gewesen. Der Vorwurf lautet, dass der Gerichtshof seinen eigenen Ausführungen in *Defrenne* nicht genüge und Ansätzen formaler Gleichbehandlung zuneige, insbesondere soweit Marktkräfte im Spiel seien.<sup>14</sup> Deutlich wird dies zum Beispiel in der Entscheidung in der Sache *Grant gegen South-West Trains*<sup>15</sup>, wo der Arbeitgeber der Partnerin einer lesbischen Arbeitnehmerin Fahrkartenvergünstigungen verweigerte, die dem männlichen Partner einer heterosexuellen Partnerin gewährt worden wären. Der Generalanwalt drängte den Gerichtshof unter Berufung auf dessen Ausführungen in *P gegen S* zur Anwendung von Artikel 119 EG-Vertrag. Der Gerichtshof lehnte dies ab und zog sich auf den Ansatz der formalen Gleichstellung zurück: Frau Grant sei mit einem homosexuellen Mann zu vergleichen, der in gleicher Weise behandelt worden wäre, weshalb keine Diskriminierung vorliege.

Die unterschiedlichen Ansätze lassen sich möglicherweise damit erklären, dass die Rechtssachen *Grant* und *P* verschiedene Bestimmungen des EG-Rechts betrafen. Das EG-Recht bezüglich der Geschlechtergleichstellung in der Arbeitswelt umfasst eine Reihe verschiedener Rechtsakte, die sich jeweils in einem anderen Kontext mit der Gleichbehandlung der Geschlechter befassen.<sup>16</sup> Artikel 141 EG-Vertrag betrifft gleichen Lohn für gleiche und gleichwertige Arbeit.<sup>17</sup> Gegenstand der Richtlinie 76/207EWG (die Gleichbehandlungsrichtlinie) ist die Gleichbehandlung in Beschäftigungsverhältnissen.<sup>18</sup> Derzeit wird an der Änderung der Richtlinie gearbeitet, und die vorgeschlagene Änderung lag dem Vermittlungsausschuss vor, als dieser Beitrag verfasst wurde.<sup>19</sup> Die Gleichbehandlung der Freiberufler und Selbständigen ist Gegenstand der Richtlinie 86/613&EG.<sup>20</sup> Eine Reihe weiterer einschlägiger arbeitsrechtlicher EG-Rechtsakte haben ebenfalls in bestimmten Bereichen Berührungspunkte mit Gleichstellungsvorschriften, unter anderem Vorschriften über Schwangerschaft und Mutterschutz<sup>21</sup>, atypische Arbeitsverhältnisse<sup>22</sup> und Elternurlaub.<sup>23</sup> Schließlich wird noch im Einzelnen ausgearbeitet werden müssen, welche Auswirkungen das auf „Artikel 13 Richtlinien“ basierende EG-Gleichbehandlungsrecht bezüglich rassistischer und sonstiger Diskriminierung<sup>24</sup> auf das Geschlechtergleichstellungsrecht<sup>25</sup> der Gemeinschaft hat.

In unserem Zusammenhang ist das Interessanteste an der „Konstruktion“ des Geschlechtergleichstellungsrechts der EG, das in verschiedenen Situationen anscheinend unterschiedliche Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden.<sup>26</sup> Wenn Nichtdiskriminierung einfach als EG-Grundrecht behandelt würde, könnte man erwarten, dass die Maßstäbe, die an die Rechtfertigung angelegt werden, unabhängig vom Rechtfertigungsgrund dieselben wären.

Angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofs scheint dies jedoch nicht der Fall zu sein, da die Anforderungen, die an die Rechtfertigung gestellt werden, je nach ihrem Anwendungsbereich differieren. Dieser Punkt wird nachfolgend ausführlich dargestellt. Es scheint im EG-Recht eine Reihe verschiedener „Anforderungen an Rechtfertigungsgründe“ zu geben: von stärkeren bis zu schwächeren Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Ein letzter Punkt, auf den in der Einleitung einzugehen ist, betrifft den Begriff „Rechtfertigung“. Im EG-Recht kann „mittelbare Diskriminierung“<sup>27</sup> durch legitime und verhältnismäßige Grundsatzabwägungen gerechtfertigt sein, auf welche sich der Arbeitgeber bzw. im Falle nationaler Gesetze die Regierung des betreffenden Mitgliedstaats beruft. Dies ist eine „offene Klasse“ möglicher Rechtfertigungen. Andererseits ist die orthodoxe Auffassung des EG-Rechts, dass „unmittelbare Diskriminierung“<sup>28</sup> nur durch ausdrückliche gesetzliche Abweichung „gerechtfertigt“ werden kann: eine geschlossene Klasse.<sup>29</sup> Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass solche ausdrücklichen Abweichungen nicht die Diskriminierung rechtfertigen, sondern vielmehr bewirken, dass die betreffende Aktivität außerhalb der Kategorie „Diskriminierung“ liegt. Meines Erachtens sollte die Beurteilung von „Rechtfertigungen für geschlechtsbezogene Diskriminierung im Arbeitsleben“ alle Ausnahmen vom Grundsatz der Nicht-Diskriminierung im betreffenden Kontext umfassen.<sup>30</sup> So ist es möglich, die Anforderungen an die Rechtfertigung in allen Bereichen zu vergleichen. Theoretisch macht es keinen großen Unterschied, welchem Ansatz man folgt: Die Ungleichbehandlung ist jeweils rechtmäßig, egal ob man der Auffassung ist, dass der Ausnahmetatbestand bedeutet, dass die Handlung nicht diskriminierend ist, oder man die Ansicht vertritt, dass er die Diskriminierung rechtfertigt.<sup>31</sup>

## B. Unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung

### Anforderung an die Rechtfertigung

Die Anforderungen, die für die Rechtfertigung unmittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung bestehen, sind daraus abgeleitet, wie der Gerichtshof die Abschlussbestimmung in Artikel 2 Abs. 2 der Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 76/207/EWG) anwendet. Dabei ist zu beachten, dass diese Abweichung sowie die anderen Abweichungen in Artikel 2 Abs. 3 und 4 nur im Rahmen der Gleichbehandlungsrichtlinie Anwendung finden, das heißt auf die Gleichbehandlung bei Zugang zu Beschäftigung, Ausbildung und Arbeitsbedingungen. Sie gelten weder für gleichen Lohn (Gegenstand von Artikel 141 EG-Vertrag), noch, wie teilweise vertreten wird, für sexuelle Belästigung.

Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie lautet:

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

Dieser Ausnahmetatbestand ist eng gefasst und unterliegt einer relativ strengen Fassung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.<sup>32</sup> Ein Mitgliedstaat, der sich darauf berufen möchte, muss nachweisen, dass für den betreffenden Beruf das Geschlecht eine „unabdingbare Voraussetzung“ darstellt, das heißt, dass eine

Antidiskriminierungspolitik in dem betreffenden Beruf es schwierig oder unmöglich machen würde, die für den Beruf erforderlichen Tätigkeiten auszuüben. Das Geschlecht kann nicht nur wegen der *Art* der Arbeit, sondern auch wegen der *Bedingungen ihrer Ausübung* eine unabdingbare Voraussetzung darstellen, wodurch ein weiter Spielraum für die Auslegung und Anwendung des Ausnahmetatbestands eröffnet ist.

Die Anwendung von Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie durch den Gerichtshof lässt sich anhand der Rechtsprechung bezüglich der Verwendung von Frauen im nationalen Polizei- oder Militärdienst illustrieren.<sup>33</sup> Erstens ist es wichtig zu beachten, dass der Gerichtshof keine *allgemeine Ausnahme* der Polizei- oder Militärkräfte aus dem Anwendungsbereich des EG-Gleichbehandlungsrechts vornimmt. Bezüglich der Auslegung von Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie betonte der Gerichtshof, dass dieser als Ausnahmetatbestand eng auszulegen und auf *bestimmte*, außergewöhnliche Umstände zu beschränken ist.

Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie ist im Zusammenhang mit Artikel 9 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie zu lesen, in welchem niedergelegt ist, dass bezüglich der Anwendung von Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie durch die Mitgliedstaaten Transparenz bestehen muss. Die Mitgliedstaaten müssen der Kommission mitteilen, ob es „unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung [gerechtfertigt ist], die betreffenden Ausnahmen aufrecht zu erhalten“. Der Gerichtshof legt diese Transparenzanforderung sehr eng aus: Nach ständiger Rechtsprechung wird eine allgemeine Erklärung eines Mitgliedstaats, dass eine Abweichung wünschenswert wäre, diesen Anforderungen nicht gerecht.<sup>34</sup>

Der Vorschlag für eine neue Gleichbehandlungsrichtlinie sieht eine Änderung von Artikel 2 Abs. 2 vor, um Folgendes zu regeln:

„Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf Zugang zu Beschäftigung vorsehen, dass eine unterschiedliche Behandlung, die auf einem geschlechtsbezogenen Merkmal beruht, dann keine Diskriminierung darstellt, wenn ein solches Merkmal wegen der Art der besonderen beruflichen Tätigkeiten oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine echte Voraussetzung für die Ausübung dieser Tätigkeit darstellt.“<sup>35</sup>

Der letzte Satz dieser Bestimmung wurde dem Kommissionsvorschlag<sup>36</sup> durch das Europäische Parlament hinzugefügt.<sup>37</sup> Es scheint, dass das Europäische Parlament bestrebt ist, den grundlegenden Charakter des Grundsatzes der Gleichheit von Frauen und Männern zu betonen und zu verstärken. Der neue Wortlaut legt eine strengere Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nahe, die mit diesem Ziel in Einklang stünde.<sup>38</sup>

## Beachtliche Gründe

Nachdem wir nun festgestellt haben, welche Anforderungen das EG-Recht an die Rechtfertigung unmittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung stellt, wenden wir uns nunmehr den beachtlichen Rechtfertigungsgründen zu.

### *1. Künstlerische Authentizität und kulturelle Notwendigkeit*

Es scheint klar, dass Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie auf bestimmte Beschäftigungen im Bereich der Künste Anwendung fände, zum Beispiel auf Theatervorführungen oder Modellstehen für Zeichner oder Bildhauer, bei denen die auszuübende Aufgabe solcher Art ist, dass sie nicht authentisch von einer Person des anderen Geschlechts ausgeübt werden könnte. Es ist gerade die Natur

der beruflichen Tätigkeit selbst, welche die Diskriminierung rechtfertigt, um Wertschätzung und Erhalt der intrinsischen Eigenschaften der künstlerischen Arbeit zu gewährleisten. Dieser Rechtfertigungsgrund scheint unstrittig: Wer würde einen weiblichen Othello<sup>39</sup> oder eine männliche Eva in einer Skulptur oder einem Gemälde dargestellt sehen wollen?

Die kulturelle Notwendigkeit kann auch die Beschäftigung einer Person eines bestimmten Geschlechts rechtfertigen, insbesondere die Anstellung eines Mannes zur Ausführung von Arbeiten in einem Land, in dem es aus religiösen bzw. kulturellen Gründen für eine Frau schwierig wäre, die Arbeit auszuführen, da Frauen aus der öffentlichen Sphäre oder dem Wirtschaftsleben der Gemeinschaft ausgeschlossen sind. Auch dieser Fall würde klar unter Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie fallen, und zwar wegen der Bedingungen, unter welchen die Arbeit auszuüben ist.

## *2. Schicklichkeit und Schutz der Privatsphäre*

Rechte und Ansprüche anderer Personen als des diskriminierten Arbeitnehmers können nach EG-Recht ebenfalls eine Rechtfertigung für unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellen. Es ist zum Beispiel gerechtfertigt, dass Personen, die den Beruf eines Zoll- oder Gefängnisbeamten ausüben und zu deren Aufgaben es gehört, Durchsuchungen auch nackter Verdächtiger oder Insassen vorzunehmen, dasselbe Geschlecht haben wie diejenigen, mit denen sie in engen körperlichen Kontakt kommen. Es scheint, dass Schicklichkeitserwägungen auch in der unten diskutierten Entscheidung *Sirdar* des Gerichtshofs eine Rolle gespielt haben. Diese betrafen die Art der von den British Royal Marines, einer kleinen Frontkämpfeinheit, ausgeübten Tätigkeit, welche unter schwierigen und unhygienischen Verhältnissen ausgeübt wird.

In der Rechtssache *Commission gegen Vereinigtes Königreich* lehnte der Gerichtshof eine allgemeine gesetzliche Ausnahme vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Schicklichkeit ab.<sup>40</sup> Der Gerichtshof entschied, dass zwar bestimmte Arten der Beschäftigung in privaten Haushalten auf Mitglieder eines Geschlechts beschränkt sein könnten, dass dies jedoch nicht für alle Arten der Beschäftigung gelte, die von der Anwendung des UK Sex Discrimination Act 1975 ausgenommen sind. Im Ergebnis entschied der Gerichtshof, dass der Ausschluss unverhältnismäßig ist.

Der Gerichtshof hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bezüglich Schicklichkeit und Schutz der Privatsphäre nicht immer in stringenter Weise angewendet. Das Gericht akzeptierte den Schutz der Privatsphäre als Rechtfertigung der Geschlechtertrennung in verschiedenen Stellen im französischen Justizvollzug.<sup>41</sup> Eine derartige Stelle war die des Chefaufsehers in einer Haftanstalt, in der nur Personen eines Geschlechts untergebracht waren. Der Gerichtshof gelangte zu der Entscheidung, dass die unmittelbare Diskriminierung gerechtfertigt sei, nachdem er die Stelle des Aufsehers betrachtet hatte, von welcher die Beförderung zum Chefaufseher stattfindet. Der Gerichtshof war der Auffassung, dass die besondere Art sowie die Bedingungen der Ausübung der Stelle des Aufsehers es rechtfertigen, diese Stelle in Männergefängnissen Männern und in Frauengefängnissen Frauen vorzubehalten, und zwar im Interesse des Schutzes von Schicklichkeit und Privatsphäre der Insassen, mit denen der Aufseher arbeiten muss. Obgleich die Tätigkeit eines *Chefaufsehers* nicht notwendig solcher Natur ist, dass das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für die Anstellung sei, rechtfertigen

die Gründe, die für die Rekrutierung der Chefaufseher aus der Zahl der Aufseher sprechen, insbesondere die Erfahrung bei der Tätigkeit als Aufseher, die Diskriminierung.

Auf den ersten Blick mag diese Entscheidung vernünftig entscheiden. Es ist sicherlich akzeptabel festzulegen, dass Chefaufseher über Erfahrung als Aufseher verfügen müssen und dass die besondere Art der Stelle eines Aufsehers und die von ihm in dieser Stelle zu erledigenden Aufgaben es rechtfertigen, bei Aufsehern darauf zu bestehen, dass diese das gleiche Geschlecht haben wie die Insassen. Der Gerichtshof berücksichtigte dabei jedoch nicht den Fall, dass eine Aufseherin, die in einem Frauengefängnis Berufserfahrung gesammelt hat, sich für die *Beförderung* auf eine Stelle bewirbt, für welche ein bestimmtes Geschlecht nicht unabdingbare Voraussetzung ist, nämlich für den Posten eines Chefaufsehers in einem Männergefängnis. In einem solchen Falle dürfte der Ausschluss von Frauen nicht gerechtfertigt sein.

### 3. Öffentliche Sicherheit oder persönliche Sicherheit

#### a. Schutz der öffentlichen Sicherheit

In *Johnston gegen RUC* berief man sich mit Erfolg auf die öffentliche Sicherheit.<sup>42</sup> Der Gerichtshof hatte sich damit zu befassen, ob der Grundsatz der (seinerzeitigen) nordirischen Polizeibehörde Royal Ulster Constabulary, dass weibliche Angehörige der RUC ihren Dienst unbewaffnet versahen, mit der Gleichbehandlungsrichtlinie zu vereinbaren war. Dieser Grundsatz hatte zur Folge, dass Frau Johnston ihre Arbeit verlor, was einem Mann in ihrer Position nicht passiert wäre. Das Gericht entschied:

„Insoweit lässt sich nicht ausschließen, dass bei schweren inneren Unruhen die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen erhöht wird, wenn diese Schusswaffen tragen, und dass dies daher den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwiderläuft. Unter diesen Umständen können die Bedingungen der Ausübung bestimmter polizeilicher Tätigkeiten so beschaffen sein, dass das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für ihre Ausübung darstellt. In solchen Fällen kann ein Mitgliedstaat diese Aufgaben ... auf Männer beschränken.“<sup>43</sup>

Die Entscheidung in *Johnson* ist nicht unproblematisch. Der Gerichtshof akzeptierte die ohne Begründung aufgestellte Behauptung, dass weibliche Beamte der RUC eher Anschlägen ausgesetzt seien. Es gibt jedoch keinen biologischen Grund, der Frauen daran hindert, Waffen genauso effektiv einzusetzen wie Männer dies tun. Bei entsprechender Ausbildung scheint es keinen Grund zu geben, warum Frauen im Falle innerer Unruhen gefährdeter sein sollten als Männer. Sollte die allgemeine Wahrnehmung von Frauen als dem „schwächeren Geschlecht“ ein *erheblich* größeres Risiko für Frauen begründen, welches den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügt, die an die Rechtfertigung unmittelbarer Diskriminierung in Beschäftigungsverhältnissen gestellt werden?

Die neueren Entscheidungen *Sirdar* und *Kreil* stehen mit der Entscheidung *Johnson* in Einklang. In der Sache *Kreil* befasste sich das Gericht mit dem bei der Bundeswehr geltenden Grundsatz, dass Frauen keinen Dienst an der Waffe leisten. Frau Kreil, eine ausgebildete Elektronikerin bewarb sich für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mit dem Verwendungswunsch Instandsetzung (Elektronik). Gegen die Ablehnung ihres Antrags erhob sie Klage mit der Begründung, sie verstoße gegen EG-Recht. Der Gerichtshof entschied, dass ein so allgemeiner

Ausschluss weder aufgrund der spezifischen Art der fraglichen Stellen noch durch die besonderen Bedingungen, unter denen die fraglichen Tätigkeiten ausgeübt werden, gerechtfertigt sei. Darüber hinaus erhalten die Frauen, die in die Bundeswehr aufgenommen werden, eine Grundausbildung im Umgang mit Waffen. Der Ausschluss von Frauen von allen Stellen, die auch den Dienst mit der Waffe beinhalten, war deshalb unverhältnismäßig. Demgegenüber entschied das Gericht im Fall *Sirdar*, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfüllt sein könnte. Die britische Marineinfanterie schließt Frauen vom Dienst aus, weil jeder Angehörige dieser Einheit, unabhängig von seiner Spezialisierung, in der Lage sein muss, in einer Kommandoeinheit kämpfen zu können: das Erfordernis der „allseitigen Verwendbarkeit“. Frau Sirdar, eine von betriebsbedingter Kündigung betroffene Armeeköchin erhielt das Angebot, zur Marineinfanterie zu wechseln. Dieses Angebot war jedoch in der irrigen Annahme unterbreitet worden, dass es sich bei Frau Sirdar um einen Mann handelte, und wurde später zurückgenommen. Frau Sirdar ging dagegen vor, weil sie meinte, dass EG-Recht verletzt sei. Der Gerichtshof entschied, dass angesichts der Aufgaben der Frontkommandos der Ausschluss von Frauen gerechtfertigt sei. Das Gericht erklärte seine Entscheidung wie folgt:

„dass sich die Organisation der Royal Marines nach den bereits vom vorlegenden Gericht getroffenen Feststellungen grundlegend von der der übrigen Einheiten der britischen Streitkräfte, deren „Speerspitze“ sie bilden, unterscheidet. Es handelt sich um eine Truppe von geringer Personalstärke, deren Angehörige an vorderster Front eingreifen müssen. Es steht fest, dass in dieser Einheit die Köche tatsächlich auch als Angehörige eines Kampftrupps zu dienen haben, dass alle Mitglieder der Einheit zu diesem Zweck eingestellt und ausgebildet werden und dass es im Zeitpunkt der Einstellung keine Ausnahme von dieser Regel gibt.“

Wir verstehen diese Entscheidung so, dass der Dienst bei den Royal Marines im Vergleich zum normalen Dienst in den Streitkräften einen „Sonderfall“ darstellt, ebenso wie der Dienst bei der RUC im Vergleich mit dem Polizeidienst im Allgemeinen ein Sonderfall war. Wenn dies richtig ist, so greifen im Falle *Sirdar* dieselben Einwände, die bereits oben gegen die Entscheidung *Johnson* geltend gemacht wurden.<sup>44</sup> Allerdings könnten die *Bedingungen*, unter denen die Tätigkeit bei den Royal Marines ausgeübt wird (Frontangriffe – eine kleine Einheit, die unter schwierigen und unhygienischen Bedingungen tätig ist), wenn nicht unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit, so doch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Privatsphäre eine Ausnahme rechtfertigen. In dieser Hinsicht ist *Sirdar* eine angemessene Anwendung der Ausnahmeregelung in Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie.

Demgegenüber war der Gerichtshof in der Rechtssache *Kommission gegen Frankreich (Geschlechtsbezogene Diskriminierung im öffentlichen Dienst)* nicht der Auffassung, dass ein für die Rekrutierung von Männern und Frauen in den französischen Polizeidienst eingeführtes Quotensystem mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang stand. Der Gerichtshof entschied, dass die Quoten für die verschiedenen Dienststufen nicht, wie es gemäß dem Wortlaut von Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie erforderlich ist, in ausreichendem Bezug zu den besonderen Tätigkeiten standen, die in den betreffenden Stellen auszuüben waren. Eine die „öffentliche Sicherheit“ im Allgemeinen betreffende Rechtfertigung kann nicht für alle Stellen im Polizeidienst eines Mitgliedstaats gelten.<sup>45</sup>

## b. Persönliche Sicherheit von Frauen

In der Vergangenheit wurde unmittelbare Diskriminierung von Frauen in mehreren Mitgliedstaaten mit der persönlichen Sicherheit der Frauen begründet, insbesondere beim Ausschluss von Frauen aus Berufen, die als zu gefahrenträchtig oder in sonstiger Weise für Frauen ungeeignet galten, zum Beispiel Bergbau unter Tage oder Nacharbeit. Derartige Bestimmungen findet man auch in einer Reihe internationaler arbeitsrechtlicher Übereinkommen.<sup>46</sup> Einige dieser Bestimmungen sind noch heute in Kraft. Der allgemeine Trend in der EU scheint jedoch dahin zu gehen, derartige Schutzbestimmungen allmählich abzubauen, so dass nur noch solche Bestimmungen übrig bleiben, die erforderlich sind, um die Gebärfähigkeit der Frauen zu schützen.<sup>47</sup> Bei der Entscheidung über die Vereinbarkeit derartiger Bestimmungen mit den aufgrund des EG-Rechts bestehenden nationalen Verpflichtungen musste sich der Gerichtshof mit dem Verhältnis von EG-Recht, internationalem Recht und Grundrechten auseinandersetzen.<sup>48</sup>

### 4. Schwangerschaft und Elternschaft

Artikel 2 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie lautet: „Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.“ Wie in Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie hat der Gerichtshof diese Bestimmung als eng auszulegende Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von Frauen angesehen. Zum Beispiel hat er entschieden, dass sie nur dazu gedacht ist, Maßnahmen auszunehmen, die dem Schutz des biologischen Zustands von Frauen dienen, nicht jedoch zum Vorteil von Männern geltend gemacht werden kann, selbst wenn diese „weibliche“ Aufgaben bei der Kinderpflege übernehmen.<sup>49</sup> Einzelfragen bezüglich der Anwendung dieser Bestimmung, der Anwendung des allgemeinen Subsidiaritätsgrundsatzes<sup>50</sup> sowie, in letzter Zeit, des Verhältnisses zu den Bestimmungen der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie [*Richtlinie über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (Richtlinie „schwangere Arbeitnehmerinnen“)*],<sup>51</sup> werfen schwierige EG-rechtliche Probleme auf.

Die Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie enthält mehrere Sonder-schutzbestimmungen für schwangere Arbeitnehmerinnen<sup>52</sup> und solche, die kürzlich entbunden haben. Technisch gesehen begründet sie also eine Reihe von Beschäftigungsgrundsätzen, die Männer diskriminieren. Die Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie regelt die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Gefahren festzustellen, die schwangeren oder stillenden Arbeitnehmerinnen durch gefährliche Stoffe, Verfahren oder Arbeitsbedingungen drohen, und gegebenenfalls angemessene Vorkehrungen zu treffen, erforderlichenfalls die Versetzung der Frau auf eine andere Stelle.<sup>53</sup> Die Rechte der Frauen in dieser Lage müssen gesichert werden.<sup>54</sup> Arbeitnehmerinnen haben Anspruch auf mindestens 14 Tage Mutterschutzurlaub vor bzw. nach der Entbindung.<sup>55</sup> In dieser Zeit haben sie Anspruch auf den Schutz ihrer sich aus dem Beschäftigungsverhältnis ergebenden Rechte sowie auf Zahlung bzw. „angemessene Leistung“ in Höhe eines Betrags, der nicht unter dem der gesetzlichen Lohnfortzahlung im Krankheitsfall liegt.<sup>56</sup> In der Zeit von Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschutzurlaubs ist eine arbeitgeberseitige Kündigung unzulässig.<sup>57</sup> Aus Artikel 2 Abs. 3 Gleichbehandlungsrichtlinie und der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie

ergibt sich somit klar, dass dies anerkannte Gründe für diskriminierende Maßnahmen *zugunsten* von Frauen sind. Maßnahmen, die Frauen *benachteiligen*, lassen sich jedoch nicht allein mit der Schwangerschaft *an sich* begründen.<sup>58</sup> Dies ist eine unmittelbare Folge der festen Auffassung des Gerichtshofs, dass Diskriminierung aufgrund von Schwangerschaft eine *unmittelbare* geschlechtsbezogene Diskriminierung im Sinne des EG-Rechts darstellt.<sup>59</sup>

#### a. Schutz von Arbeitnehmerin oder Fötus

Wie oben festgestellt wurde, verlangt die Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie die unterschiedliche Behandlung schwangerer und stillender Frauen, wenn der Arbeitsplatz eine bestimmte Gefahr für die Frau, das neugeborene Kind oder den Fötus darstellt. Eine solche „Diskriminierung“ ist daher nach EG-Recht „gerechtfertigt“ (bzw. eigentlich vorgeschrieben<sup>60</sup>). Allerdings lässt sich die unterschiedliche Behandlung schwangerer Frauen in diesen Fällen hiermit nur rechtfertigen, wenn sie für die Frauen *vorteilhaft* ist. In der Rechtssache *Mahlburg*<sup>61</sup> entschied der Gerichtshof, dass die Weigerung, eine schwangere Frau dauerhaft für eine Arbeit einzustellen, bei welcher sie schädlichen Stoffen ausgesetzt war, gegen Artikel 2 Abs. 1 Gleichbehandlungsrichtlinie verstieß.

#### b. Fähigkeit zur Arbeitsausübung

Eine schwangere Frau, die wegen ihres durch die Schwangerschaft veränderten körperlichen Zustands physisch nicht in der Lage ist, ihre Arbeit auszuführen (etwa eine Stewardess, die angesichts der räumlichen Enge an Bord des Flugzeugs ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen kann), ist durch die Bestimmungen der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie vor Entlassung<sup>62</sup> und nachteiliger Behandlung geschützt.

Die Fähigkeit zur Ausübung der Tätigkeit wirft schwierigere Probleme auf, wenn es nicht um die physische Fähigkeit, sondern um die Verfügbarkeit der Arbeitskraft geht. Kann ein Arbeitgeber eine Entlassung mit der Tatsache rechtfertigen, dass die schwangere Arbeitnehmerin während des Mutterschutzes nicht für Arbeitszwecke zur Verfügung steht? Der Gerichtshof hat diese Rechtfertigung in *Webb*<sup>63</sup> bezüglich einer festangestellten Arbeitnehmerin entschieden zurückgewiesen. Dazu führte er aus, dass die „Entlassung einer schwangeren Frau, die für unbestimmte Zeit eingestellt wurde, nicht mit ihrer Unfähigkeit begründet werden [darf], eine der wesentlichen Voraussetzungen ihres Arbeitsvertrags zu erfüllen“.

Aus der Entscheidung in *Webb* schien man jedoch den Umkehrschluss ziehen zu können, dass die Entlassung einer Frau, die für *bestimmte Zeit* eingestellt wurde, mit deren Schwangerschaft begründet werden könnte, wenn sie in der erforderlichen Zeit nicht zur Arbeit zur Verfügung stünde.<sup>64</sup> Diese Auffassung vertrat der Arbeitgeber in der Rechtssache *Tele-Danmark*<sup>65</sup>, wo eine Frau mit einem Sechsmonatsvertrag eingestellt worden war und ihren Arbeitgeber beim Vorstellungsgespräch nicht von ihrer Schwangerschaft in Kenntnis gesetzt hatte. Kurz nachdem sie ihn informiert hatte, wurde sie entlassen, da sie während eines erheblichen Teils ihres Beschäftigungsverhältnisses nicht in der Lage sein würde, zu arbeiten. Der Arbeitgeber vertrat die Auffassung, dass Artikel 10 der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie unter diesen Umständen keine Anwendung finde. Der Gerichtshof wies diese Ansicht entschieden zurück. Dabei erklärte er, dass die Grundsätze, die in früheren Fällen bezüglich der Entlassung von Arbeit-

nehmerinnen wegen Schwangerschaft entwickelt wurden, auch auf Zeitarbeitsverträge Anwendung finden.<sup>66</sup> In der Rechtssache *Melgar*<sup>67</sup> gelangte der Gerichtshof auf anderem Weg zu demselben Ergebnis. Dabei ging es um einen abgelaufenen Zeitarbeitsvertrag<sup>68</sup>, der angeblich wegen der Schwangerschaft der Arbeitnehmerin nicht mehr verlängert wurde. Der Gerichtshof führte aus, die Nichtverlängerung des Vertrags stelle keine Entlassung dar. Wenn jedoch die mit der Schwangerschaft begründete Weigerung, eine Frau unbefristet zu beschäftigen, eine nicht zu rechtfertigende unmittelbare Diskriminierung<sup>69</sup> sei, so stelle die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags, soweit diese durch die Schwangerschaft der Arbeitnehmerin motiviert ist, ebenfalls eine unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung dar.<sup>70</sup> Ein Punkt mit dem sich der Gerichtshof noch nicht auseinandergesetzt hat und auf den auch in der Rechtssache *Mahlburg*<sup>71</sup> nicht eingegangen wurde, ist, ob es gerechtfertigt ist, eine schwangere Frau nicht mit einem Zeitarbeitsvertrag einzustellen, wenn der Vertrag von der schwangeren Frau nicht erfüllt werden kann, weil der Arbeitsplatz eine spezifische Gesundheitsgefahr für die Frau bzw. ihren Fötus darstellt. Es wird die Ansicht vertreten, dass aus dem Schweigen des Gerichtshofs zu diesem Punkt geschlossen werden könne, dass der Gerichtshof eine mögliche Rechtfertigung für unmittelbare Diskriminierung aus Gesundheits- und Sicherheitsgründen eingeführt hat.<sup>72</sup> Der Vertrag, um den es in der Rechtssache *Mahlburg* ging, war jedoch ein fester Arbeitsvertrag. Deshalb war der Gerichtshof nicht gehalten, die Frage der Ablehnung der Anstellung einer schwangeren Frau mit einem Zeitarbeitsvertrag unter diesen Umständen zu entscheiden.

Weitere Probleme entstehen, wenn die angebliche Rechtfertigung sich auf die Arbeitsunfähigkeit wegen schwangerschaftsbedingter Krankheiten stützt. Der Gerichtshof hatte sich mehrfach mit dieser Frage zu befassen, wobei er es schwer fand, einen Ausgleich zwischen der durch die schwangerschaftsbezogene Arbeitsunfähigkeit der Arbeitnehmerinnen entstehenden finanziellen Belastung des Arbeitgebers (und damit des Arbeitsmarkts) und dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu finden. In der Rechtssache *Hertz*<sup>73</sup> bestätigte der Gerichtshof, dass die Entlassung einer Arbeitnehmerin eine unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellt. Der Gerichtshof folgte jedoch nicht der in *Dekker*<sup>74</sup> vertretenen Logik, sondern entschied, dass die Entlassung einer Arbeitnehmerin wegen wiederholter krankheitsbedingter Fehlzeiten, die nach dem im nationalen Recht vorgesehenen Mutterschutzurlaub auftreten, keine Diskriminierung darstellt, selbst wenn diese Krankheit auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist.<sup>75</sup> Nach dem Ende des Mutterschutzurlaubs unterscheiden sich schwangerschaftsbedingte Fehlzeiten nicht von Fehlzeiten wegen anderer Krankheiten, so dass es diese Fehlzeiten, und nicht die Schwangerschaft oder die schwangerschaftsbedingte Krankheit ist, welche die Entlassung rechtfertigt. Darüber hinaus befand der Gerichtshof in der Rechtssache *Larsson*<sup>76</sup>, dass das einschlägige EG-Recht den Arbeitgeber nicht daran hindere, bei der Berechnung der Fehlzeiten, welche den Kündigungsgrund darstellten, Frau Larssons Fehlzeiten ab Beginn der Schwangerschaft bis zum Beginn des Mutterschutzurlaubs zu berücksichtigen. Diese Entscheidung wurde allgemein kritisiert, und der Gerichtshof revidierte seine Auffassung in der Rechtssache *Brown gegen Rentokil*.<sup>77</sup>

In *Brown gegen Rentokil* entschied der Gerichtshof:

„entgegen der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache C-400/95 [darf] dann, wenn eine Arbeitnehmerin wegen einer durch die

Schwangerschaft oder die Niederkunft bedingten Krankheit fehlt, die im Laufe der Schwangerschaft aufgetreten ist und während des Mutterschaftsurlaubs und danach fortbestanden hat, nicht nur die während des Mutterschaftsurlaubs, sondern auch die bereits vom Anfang der Schwangerschaft an bis zum Beginn des Mutterschaftsurlaubs eingetretene Fehlzeit *nicht bei der Berechnung des Zeitraums berücksichtigt werden [...], der zu einer Entlassung nach nationalem Recht berechtigt.*<sup>78</sup>

Frau Browns Krankheit war offensichtlich schwangerschaftsbedingt. Während des Schutzzeitraums sei ihre Lage daher nicht mit der eines Mitarbeiters zu vergleichen, der aus nicht schwangerschaftsbedingten Gründen fehle.<sup>79</sup> Daraus folgt, dass die Arbeitsfehlzeiten während des in der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie festgelegten „Schutzzeitraums“ (welcher vom Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschutzes läuft) keinen Entlassungsgrund darstellen. Vermutlich rechtfertigen sie auch nicht die nachteilige Behandlung einer Arbeitnehmerin bezüglich ihres Status oder ihrer Ansprüche. Außerhalb dieses Zeitraums steht das EG-Gleichstellungsrecht einer solchen Rechtfertigung allerdings nicht entgegen, so dass die nationalen Kündigungsschutzbestimmungen Anwendungen finden.

Die Entscheidungen in *Larsson* und *Brown gegen Rentokil* kann man im Hinblick auf die „Chancengleichheit“ insofern kritisieren, als dass nur Frauen schwangerschaftsbedingte Krankheiten haben können, egal ob diese Krankheiten während des Schutzzeitraums auftreten oder nicht. Die Begründung eines solchen Schutzzeitraums gewährt Frauen mit „normalem“ Schwangerschaftsverlauf Schutz, verweigert den arbeitsrechtlichen Schutz jedoch den Frauen, deren Schwangerschaften problematisch sind, während gerade diese Frauen des Schutzes möglicherweise am meisten bedürfen. Es bleibt unklar, warum, wenn die *Ursache* der Erkrankung eine Schwangerschaft ist, die Erkrankung anders behandelt werden sollte, je nach dem, ob sie während des Mutterschutzes auftritt oder außerhalb desselben. Tatsächlich vertrat der Gerichtshof in der Sache *Høj Peder-ser*<sup>80</sup>, in der auf gleiches Entgelt geklagt wurde, die Auffassung, dass, sofern das nationale Recht vorsieht, dass alle Arbeitnehmer grundsätzlich Anspruch auf volle Lohnfortzahlung im Falle der Arbeitsunfähigkeit haben, die Verweigerung der vollen Lohnzahlung an eine Frau, die vor dem Mutterschutz arbeitsunfähig ist, soweit ihre Arbeitsunfähigkeit 'auf einen mit der Schwangerschaft zusammenhängenden krankhaften Zustand zurückzuführen ist, im Wesentlichen auf der Schwangerschaft [beruht] und somit eine Diskriminierung dar[stellt]'.<sup>81</sup>

Aus der Warte der Arbeitgeber ergibt sich aus der Kombination der Entscheidungen *Brown* und *Larsson* sowie der Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie sehr klar, wann ein Arbeitgeber sich gemäß Artikel 2 Abs. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie auf das nationale Arbeitsrecht stützen kann, um einen Arbeitnehmer wegen längerer Fehlzeiten aufgrund schwangerschaftsbedingter Krankheiten zu entlassen. Die Entscheidung in der Sache *Brown* zeigt, dass der Gerichtshof den Grundsatz der Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung in solcher Weise anwendet, dass er die in der Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie niedergelegten Bestimmungen nicht verletzt.

Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache *Grüber*<sup>82</sup> rührte noch weniger am Status quo bezüglich des Verhältnisses von Frauen zu Arbeitsmarkt und Familienpflichten. Frau Grüber hatte ihr Beschäftigungsverhältnis kündigen müssen, da sie keine angemessene Kinderbetreuung finden konnte. Arbeitnehmer,

die drei Jahre lang beschäftigt gewesen waren, hatten Anspruch auf ein Abfindung, wenn sie das Beschäftigungsverhältnis aus „wichtigen Gründen“ beendeten. Diese beinhalteten nicht ausdrücklich Kinderbetreuung, aber diejenigen, die mehr als fünf Jahre beschäftigt waren, hatten Anspruch auf die Hälfte der Abfindung, wenn sie wegen der Geburt eines Kindes aus dem Arbeitsverhältnis ausschieden. Der Gerichtshof lehnte es ab, diejenigen, die wegen der Kinderbetreuung ausschieden, denen gleichzustellen, die aus „wichtigen Gründen“ ausschieden, sondern hielt es für angemessen, letztere mit denen zu vergleichen, die ohne „wichtigen Grund“ ausschieden. Somit konnte der Gerichtshof keine mittelbare Diskriminierung feststellen, weshalb die Frage der Rechtfertigung nicht mehr zur Prüfung anstand.<sup>83</sup>

### c. Kosten für den Arbeitgeber

Der Gerichtshof führte in der Rechtssache *Dekker* sehr allgemein aus, dass „bei der Verweigerung der Anstellung wegen der finanziellen Auswirkungen im Falle schwangerschaftsbedingter Fehlzeiten davon auszugehen sei, dass sie im Grunde auf der Tatsache der Schwangerschaft beruht. Eine solche Diskriminierung sei damit zu rechtfertigen, dass der Arbeitgeber, der eine schwangere Frau einstellt, finanzielle Einbußen erleidet...“<sup>84</sup>

Bestätigt wurde dieser Grundsatz in *Webb*, wo der Gerichtshof ausführte, dass der durch das EG-Recht gewährte Schutz der Frau während Schwangerschaft und Mutterschaft nicht davon abhängig sein könne, ob ihre Anwesenheit am Arbeitsplatz während des Mutterschutzurlaubs für das ordnungsgemäße Funktionieren des Unternehmens ihres Arbeitgebers wesentlich sei.<sup>85</sup> In der jüngeren Entscheidung *Mahlburg*<sup>86</sup> wandte der Gerichtshof den Grundsatz im Falle einer schwangeren Arbeitskraft an, die ihre Arbeit während der Schwangerschaft nicht ausführen kann. Ein in solchen Fällen entstehender finanzieller Verlust des Arbeitgebers ist kein Rechtfertigungsgrund für die Ablehnung der Einstellung, jedenfalls nicht im Falle eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses.<sup>87</sup>

Geht es jedoch nicht mehr um die Ablehnung einer Anstellung, sondern um die Arbeitsbedingungen schwangerer und im Mutterschutz befindlicher Arbeitnehmer, ist die Rechtlage weniger klar. Die Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie impliziert, dass die durch die Schwangerschaft verursachte finanzielle Belastung nicht in vollem Umfang vom Arbeitgeber getragen werden muss, sondern auch vom Staat, nämlich in Form eines angemessenen Mutterschaftsgelds. Wenn, wie es häufig der Fall ist, das Mutterschaftsgeld geringer ist als der Arbeitslohn, ist diese Einbuße von der Frau selbst zu tragen. Diese Rechtfertigung des Unterschieds bezüglich der Vergütung von Arbeitnehmerinnen im Mutterschutz und anderen Arbeitnehmern wurde vom Gerichtshof in einer Reihe von Fällen bestätigt, in denen es um das Verhältnis von Artikel 141 EG-Vertrag, die Gleichbehandlungsrichtlinie und die Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie ging.

In dem eher ungewöhnlichen Fall *Thibault* befasste sich der Gerichtshof mit der Ablehnung der Vornahme einer Leistungsbeurteilung für eine Frau, weil sie im betreffenden Jahr hauptsächlich wegen Mutterschutzurlaubs mehr als sechs Monate gefehlt hatte. Die Leistungsbeurteilung zog in der Regel eine „Beförderung“ im Wege einer Lohnerhöhung nach sich, aber der Gerichtshof entschied diesen Fall unter Anwendung der Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie und nicht des Artikels 141 EG-Vertrag. Der Gerichtshof führte aus, dass die Verweigerung der Vornahme einer Leistungsbeurteilung für Frau

Thibault eine unmittelbare Diskriminierung darstelle: Hätte sie sich nicht im Mutterschutz befunden, hätte sie die Voraussetzungen für eine Lohnerhöhung erfüllt. Diese Begründung scheint zu implizieren, dass eine Frau im Mutterschutz mit ihre Kollegen zu vergleichen ist, die am Arbeitsplatz verbleiben. Dies wurde vom Gerichtshof jedoch nicht ausdrücklich erklärt, und der Fall wurde auch nicht von anderen unterschieden, in denen der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon ausging, dass eine Frau im Mutterschutz in einer besonderen Situation ist, die nicht mit anderen zu vergleichen ist.<sup>88</sup>

In *Lewen* entschied der Gerichtshof, dass die Verweigerung einer Weihnachtsgratifikation nicht damit zu rechtfertigen sei, dass die Arbeitnehmerin während des Jahres, für das die Gratifikation gezahlt wurde, wegen des Mutterschutzes fehlte. Dies erfolgte auf der Grundlage, dass es sich bei der Gratifikation um „Entgelt“ im Sinne von Artikel 141 EG-Vertrag handelte, nicht um eine „Fortzahlung“ im Sinne von Artikel 11 Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie, da sie nicht darauf abzielte, für die Zeit des Mutterschutzes ein Mindesteinkommen zu sichern. Somit scheint es, dass bezüglich an den Arbeitsvertrag anknüpfender Zahlungen eine Diskriminierung wegen Schwangerschaft nicht zu rechtfertigen ist.<sup>89</sup>

Im Allgemeinen ist es jedoch, wie der Gerichtshof in *Gillespie*<sup>90</sup> und *Boyle*<sup>91</sup> bestätigt hat, nach EG-Recht zulässig, Frauen im Mutterschutz in anderer Höhe zu vergüten als diejenigen, die arbeiten oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig sind. Der Gerichtshof begründete diese Auffassung damit, dass eine Frau im Mutterschutz nicht mit einem Mann oder einer Frau zu vergleichen sei, die ihre Arbeit tatsächlich ausüben oder aus anderen Gründen, etwa wegen Krankheit, fehlen. Der Gerichtshof betrachtet dies nicht als eine Frage der Rechtfertigung, sondern erkennt schon keine Diskriminierung, weil es keinen geeigneten Vergleich gibt. Es scheint jedoch so, dass dieser Begründung eigentlich die Auffassung zugrunde liegt, dass durch die in Artikel 11 Schwangerschafts- und Mutterschutzrichtlinie niedergelegte EG-Regelung der Aufteilung der Kosten des Mutterschutzes eine Grenze gesetzt ist und dass der Nichtdiskriminierungsgrundsatz nicht dazu verwendet werden kann, die bestehende Regelung zu unterminieren.<sup>92</sup>

Artikel 11 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie findet nur auf Zahlungen *während des Mutterschutzes* Anwendung. In *Høj Pedersen*<sup>93</sup> vertraten die Beklagten die Auffassung, dass Artikel 11 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie es gestatte, nach nationalem Recht eine maximale Höhe der Zahlungen festzulegen, die Frauen im Falle einer *Schwangerschaft* zustehen. Des Weiteren wurde ausgeführt, dass jegliche Diskriminierung, die aufgrund solchen nationalen Rechts bestehen könnte, durch die Tatsache gerechtfertigt sei, dass sie die Aufteilung der mit der Schwangerschaft verbundenen Risiken und ökonomischen Kosten zwischen der schwangeren Arbeitnehmerin, dem Arbeitgeber und der Gesellschaft insgesamt widerspiegeln.<sup>94</sup> Der Gerichtshof wies dieses Argument zurück, indem er entschied, dass die Obergrenze nur für Zahlungen oder Leistungen gelte, die man während des Mutterschutzes erhält.<sup>95</sup> Jedenfalls, fuhr der Gerichtshof fort:

„Der Wille, die mit der Schwangerschaft zusammenhängenden Risiken und wirtschaftlichen Belastungen auf die schwangere Arbeitnehmerin, den Arbeitgeber und die Gesellschaft zu verteilen, kann ... die Diskriminierung nicht rechtfertigen[,die dadurch entsteht, dass einer Frau, deren Arbeitsunfähigkeit auf einen mit der Schwangerschaft zusammenhängenden krankhaften Zustand zurückzuführen ist, die volle

Lohnzahlung verweigert wird, obgleich andere Arbeitsunfähigkeiten anders behandelt werden] Er ist nämlich kein objektiver Faktor im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat.“<sup>96</sup>

Bei seiner Auseinandersetzung mit der dem Arbeitgeber entstehenden Kosten als Rechtfertigung einer an Schwangerschaft und Mutterschaft anknüpfenden diskriminierenden Behandlung hat der Gerichtshof die Auffassung der Legislative respektiert und zwischen Schwangerschaft und Mutterschaft unterschieden.<sup>97</sup>

#### d. Moral / Religionsfreiheit

Unter bestimmten Umständen wirft die Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin moralische oder religiöse Probleme für den Arbeitgeber auf. Dies ist etwa der Fall, wenn eine unverheiratete Lehrerin an einer Bekenntnisschule schwanger wird. Es ist nicht die Schwangerschaft *an sich*, die als unmoralisch oder abweichend von der religiösen Überzeugung des Arbeitgebers angesehen wird, sondern die Schwangerschaft als äußeres Zeichen außerehelicher sexueller Aktivität. Wäre die Entlassung einer solchen Arbeitnehmerin nach EG-Recht rechtmäßig? Der Gerichtshof hat sich mit dieser Frage noch nicht befassen müssen. Folgt man der Logik in *Dekker*, so würde man wohl sagen müssen, dass eine Schwangerschaft als sichtbares Zeichen sexueller Aktivität nur Frauen passieren kann, weshalb die Entlassung einer Frau in einem solchen Falle eine unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung wäre. Ein Arbeitgeber könnte nur schwerlich nachweisen, dass er einen Mann, der eine außereheliche sexuelle Beziehung unterhält, in gleicher Weise behandelt hätte.

Sollte der Gerichtshof sich mit einem solchen Fall befassen müssen, könnte er vielleicht neben den Vorschriften für die Geschlechtergleichstellung auch die „Artikel 13“-Richtlinie 2000/78/EG heranziehen.<sup>98</sup> Diese regelt, dass niemand wegen seiner Religion oder Weltanschauung, seiner Behinderung, seines Alters oder seiner sexuellen Ausrichtung in der Arbeitssphäre diskriminiert werden darf. Artikel 4 sieht eine Ausnahme vor, soweit es sich um eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ handelt. In Artikel 4 Abs. 2 ist dies im Zusammenhang mit der Diskriminierung aus religiösen Gründen genauer ausgeführt. Bei einer Beschäftigung innerhalb von „Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“ ist eine auf die Religion einer Person abstellende unterschiedliche Behandlung rechtmäßig, soweit die Art der Arbeit oder die Bedingungen, unter denen sie ausgeführt wird, dies rechtfertigt. Bei der Feststellung, ob dies eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt, ist der Ethos der Institution zu beachten. Der Gebrauch des Wortes „Ethos“ an dieser Stelle ist signifikant, denn er scheint etwas zu implizieren, was über den mit der Religion verbundenen reinen Glauben im Sinne einer inneren Überzeugung hinausgeht. Möglicherweise erstreckt sich der Begriff auf äußerliches Verhalten, das mit dem Glauben in Einklang steht. Der religiöse Ethos mag es daher erfordern, dass der Lebenswandel, insbesondere die Sexualmoral des Arbeitnehmers mit der Religion in Einklang steht. In Artikel 4 heißt es, dass die Regelung „keine Diskriminierung aus einem anderen Grund [rechtfertigt]“, worunter wahrscheinlich auch geschlechtsbezogene Diskriminierung fielen. Im Folgenden heißt es dann, dass „[s]ofern die Bestimmungen dieser Richtlinie im übrigen eingehalten werden, die Kirchen [...] von den für sie arbeitenden Personen verlangen [können], dass sie

sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten". Könnte der Gerichtshof zu der Auffassung gelangen, dass eine außereheliche Schwangerschaft nicht mit dem Ethos des Arbeitgebers in Einklang steht, und die unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung für durch den religiösen Ethos des Arbeitgebers gerechtfertigt halten? Es ist allgemein anerkannt, dass unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung nur aus den in der Gleichbehandlungsrichtlinie genannten Gründen gerechtfertigt sein kann, welche weder Moral, noch Ethos oder Religionsfreiheit beinhalten. Der Gerichtshof hat jedoch niemals ausdrücklich entschieden, dass dem so ist. Tatsächlich hat mindestens ein Generalanwalt dem Gerichtshof vorgeschlagen, eine unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung in einem Falle für gerechtfertigt zu erachten, der nicht unter die ausdrücklich in der Gleichbehandlungsrichtlinie genannten Abweichungen fällt.<sup>99</sup> Das Bestehen eines anderen EG-Rechtsakts, nämlich der Artikel-13-Richtlinie, könnte ausreichen, den Gerichtshof davon zu überzeugen, dass eine solche Diskriminierung gerechtfertigt ist.

#### e. Familienpflichten

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die abweichende Vergütung und Behandlung von Müttern im Mutterschutz, soweit sie diesen einen Vorteil gewährt, gerechtfertigt, und Väter können sich nicht auf die Anti-Diskriminierungsbestimmungen des EG-Rechts stützen, um gleich behandelt zu werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Vater die (traditionell weibliche) Rolle der Kinderpflege übernimmt. In *Hofmann*<sup>100</sup> entschied der Gerichtshof den Fall eines Vaters, der in gleicher Weise Vaterschaftsurlaub nehmen wollte, wie es der Mutter möglich gewesen wäre, wenn sie nach nationalem Recht Mutterschutzurlaub genommen hätte. Der Gerichtshof entschied, dass das nationale Recht unter Artikel 2 Abs. 3 Gleichbehandlungsrichtlinie fällt, da es dem Schutz der Frauen und deren „besonderer Beziehung“ zu ihren Kindern im Zusammenhang mit den Auswirkungen von Schwangerschaft und Mutterschaft dient.<sup>101</sup> In der Rechtsache *Kommission gegen Frankreich*<sup>102</sup> wies der Gerichtshof das Argument, dass bestimmte Privilegien für Mütter wie Extraurlaub, Urlaub am Muttertag sowie Zusatzzahlungen für Kinderbetreuungskosten rechtmäßig im Sinne von Artikel 2 Abs. 3 oder Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie seien, zurück. Diese Entscheidung ist jedoch die einzige, die diesem Gedankengang folgt. In späteren Entscheidungen wie *Abdoulaye*<sup>103</sup> verfolgte der Gerichtshof den Ansatz aus der *Hofmann*-Entscheidung. Dort hatte der Gerichtshof entschieden, dass die Zahlung eines Pauschalbetrags, der ausschließlich Arbeitnehmerinnen im Mutterschutz zustand, keine Diskriminierung darstelle, da die Situation einer Arbeitnehmerin im Mutterschutz nicht mit der anderer Arbeitnehmer vergleichbar sei.<sup>104</sup> In *Lommers*<sup>105</sup> befand der Gerichtshof, dass die Beschränkung der Plätze im Betriebskindergarten auf die Kinder von Arbeitnehmerinnen<sup>106</sup> mit dem EG-Recht in Einklang steht.

Betrachtet man diese Fälle unter dem Gesichtspunkt der Chancengleichheit, so werfen sie besondere Probleme auf. Wie McGlynn und andere<sup>107</sup> überzeugend dargelegt haben, basiert der vom Gericht verfolgte Ansatz auf überholten Vorstellungen bezüglich der Entstehung der Bindung zwischen Mutter und Kind. Allerdings enthält der Ansatz des Gerichtshofs Elemente, die die soziale Realität bezüglich der Rolle von Frauen in der Familie widerspiegeln. Für die meisten Kinder in der EU sind die Mütter die Hauptbetreuungspersonen. Man könnte

daher meinen, dass der Ansatz des Gerichtshofs mit „Chancengleichheit“ in Einklang steht, da der bezüglich der Kinderbetreuung tatsächlich bestehende Unterschied zwischen Frauen und Männern anerkannt wird.

Auf der anderen Seite ist jeder Ansatz, der eine „Sonderbehandlung für Mütter“ vorsieht, langfristig fundamental schädlich für Frauen, wenn er an die Kinderbetreuung und nicht an Schwangerschaft und Geburt anknüpft. Nur Frauen können Kinder gebären: Es ist daher im Namen der Chancengleichheit zu rechtfertigen, Frauen aufgrund ihrer Schwangerschaft anders zu behandeln. Aber sowohl Männer als auch Frauen werden Eltern. Hinsichtlich der Kinderbetreuung sollte das EG-Recht daher zumindest langfristig zur Gleichbehandlung von Müttern und Vätern tendieren. Dies würde bedeuten, dass Bestimmungen, die sich außerhalb des „besonderen Zeitraums“ der Schwangerschaft<sup>108</sup> auf Kinderbetreuung beziehen, auf „gleicher Elternschaft“ basieren sollten. Wenn Frauen aufgrund ihrer Elternpflichten bevorzugt behandelt werden, trägt dies langfristig nicht zur Förderung der Chancengleichheit bei.

Derzeit basieren jedoch weder die Entscheidungen des Gerichtshofs noch die EG-Rechtsakte auf dieser Grundlage. Das Problem mit dem Ansatz des Gerichtshofs ist, dass er „Schwangerschaft“ und „Mutterschaft“ gleichsetzt oder jedenfalls davon ausgeht, dass ein Zustand in den anderen übergeht, während es nur die eigentliche Schwangerschaft ist, die ausschließlich Frauen betrifft. Die Elternschaft haben Frauen und Männer gemeinsam. Die Elternurlaubsrichtlinie<sup>109</sup> bietet geringeren Schutz als die Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie, indem sie, was eine wichtige Rolle spielt, keinen Anspruch auf bezahlten Elternurlaub gewährt. Diese Richtlinie versäumt es daher, allen Eltern den Sonderschutz zu gewähren, dessen sie bedürfen, um im Namen der Chancengleichheit eine wahre „Vereinbarkeit von Arbeit und Familie“ zu erreichen.

In seiner Auslegung der Elternurlaubsrichtlinie hat der Gerichtshof seine Mutterschaftsideologie perpetuiert. In der Rechtssache *Lewen*<sup>110</sup> befasste sich der Gerichtshof mit dem Weihnachtsgeldanspruch einer Frau im Elternurlaub. Der Gerichtshof entschied, dass das Weihnachtsgeld nicht zu den Rechten zählt, „die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben“, welche bis zum Ende des Elternurlaubs auf dem derzeitigen Stand bestehen bleiben müssen.<sup>111</sup> Dies mag überraschen, lässt sich aber wahrscheinlich durch das Argument des Arbeitgebers erklären, dass die Gratifikation einen Anreiz für das kommende Jahr bieten soll und nicht eine Belohnung für bereits geleistete Arbeit. Das Gericht befand jedoch unter Berücksichtigung der sozialen Realität, dass eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliege, weil es wesentlich wahrscheinlicher ist, dass Arbeitnehmerinnen sich gerade im Erziehungsurlaub befinden, wenn die Gratifikation gezahlt wird, als dass männliche Mitarbeiter im Erziehungsurlaub sind.“<sup>112</sup> Einerseits könnte man dies als Anerkennung des Status quo ansehen, der Frauen Schutz bietet und damit die Chancengleichheit fördert. Andererseits wird dadurch die Annahme verstärkt, dass Kinderbetreuung vorwiegend Aufgabe der Frauen ist und dass nur Frauen in dieser Hinsicht besonderen arbeitsrechtlichen Schutzes bedürfen. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass das Argument der mittelbaren Diskriminierung nicht mehr greifen würde, wenn mehr Männer Urlaub zur Betreuung ihrer Kinder nähmen, da die statistische Ungleichheit zwischen Frauen und Männern geringer wäre.<sup>113</sup> Es ist daher besonders enttäuschend, dass der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Elternurlaubsrichtlinie diesen Ansatz verfolgt hat. Was man braucht, ist eine

Sonderbehandlung für *Eltern* sowie die Anerkennung, dass jegliche sich daraus ergebende mittelbare geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung<sup>114</sup> gerechtfertigt werden kann.

Die vorgeschlagenen Änderungen der Gleichbehandlungsrichtlinie könnten in diesen Punkten Klärung bringen, werden aber wahrscheinlich letztlich nicht das erreichen, was zur Förderung der Chancengleichheit langfristig erforderlich wäre. Es wird vorgeschlagen, Artikel 2 Abs. 3 Gleichbehandlungsrichtlinie durch einen besonderen Anspruch zu ergänzen, der die Frau berechtigt, nach ihrem Mutterschutz auf ihre alte Stelle oder auf eine vergleichbare Position, zu für sie nicht ungünstigeren Bedingungen zurückzukehren.<sup>115</sup> Dies entspricht einer ähnlichen Bestimmung in der Elternurlaubsrichtlinie.<sup>116</sup> In der Gleichbehandlungsrichtlinie wird ausdrücklich festgelegt, dass sie unbeschadet der Bestimmungen in der Elternurlaub- und Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie gilt, welche Müttern im Mutterschutz andere arbeitsrechtliche Ansprüche gewähren als Eltern im Elternurlaub. Die in dieser Hinsicht unterschiedliche Behandlung von Müttern und Vätern, die bereits vom Gerichtshof garantiert ist, wird in dieser Weise durch die Gleichbehandlungsrichtlinie untermauert.

Noch mehr Hoffnung bezüglich der Chancengleichheit gibt, dass die vorgeschlagene neue Gleichbehandlungsrichtlinie das Recht eines Mitgliedstaats unbeschadet lässt, einen eigenen Vaterschaftsurlaub anzuerkennen. Mitgliedstaaten, die ein solches Recht anerkennen, müssen Vorkehrungen treffen, um Väter davor zu schützen, dass ihnen wegen der Wahrnehmung dieses Rechts gekündigt wird, und ihnen das Recht zu gewähren, zu für sie nicht ungünstigeren Bedingungen auf ihre alte Stelle oder eine vergleichbare Position zurückzukehren. Einerseits kann man diese Regelung so werten, dass sie die Notwendigkeit anerkennt, arbeitenden Vätern besondere arbeitsrechtliche Ansprüche zu gewähren, um die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie zu fördern. Die spezifischen Abweichungen in der geänderten Gleichbehandlungsrichtlinie werden sicherstellen, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung nicht dazu genutzt werden kann zu verlangen, dass solche Sonderrechte über ihren beabsichtigten Anwendungsbereich hinaus erweitert werden, etwa indem verlangt wird, dass Frauen ebenfalls Anspruch auf die aufgrund nationalen Rechts gewährleisteten Vaterschaftsurlaubsrechte haben. Bei einer solchen Anwendung bestünde die Gefahr, dass sie von den Arbeitgebern nicht mitgetragen würde, da diese zurecht einwenden würden, dass sie im Namen der Gleichheit gezwungen würden, mehr Leistungen zu erbringen als nach EG-Recht zur Förderung der Vereinbarkeit von Arbeit und Familie erforderlich sind.

Andererseits könnte das Festhalten an der Unterscheidung zwischen Mutterschutzurlaub und Vaterschaftsurlaub bewirken, dass dieser Vorschlag kritisiert wird, weil er nicht dem Ansatz „gleicher Elternschaft“ entspricht. Diese grundlegende Veränderung wäre jedoch erforderlich, um den gesamten Rahmen des EG-Rechts bezüglich Vereinbarkeit von Arbeit und Familie mit dem Chancengleichheitsgrundsatz in Einklang zu bringen und die grundlegende Natur des Rechts auf Chancengleichheit in Bezug auf andere arbeitsrechtliche Ansprüche zu untermauern.

##### *5. Positive Maßnahmen*

Aufgrund von Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie sind vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung

der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen [in der Arbeitswelt] beeinträchtigen". Artikel 141 Abs. 4 EG-Vertrag enthält eine ähnliche Bestimmung, dass

„[i]m Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben [...] der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran [hindert], 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.“

Das EG-Recht gestattet damit bestimmte Arten positiver Maßnahmen. Positive Maßnahmen dienen der Sicherstellung materieller, nicht nur formeller Gleichheit durch Berücksichtigung historischer, sozialer und struktureller Unterschiede zwischen den unterschiedlichen Erfahrungen und Chancen, die Männer und Frauen wegen ihrer verschiedenen sozialen Rollen auf dem Arbeitsmarkt machen, bzw. die ihnen dort offen stehen.<sup>117</sup>

Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Anwendung positiver Maßnahmen grundsätzlich eine unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellt.<sup>118</sup> Der Gerichtshof, der einen Ansatz formaler Gleichheit verfolgt, sieht positive Maßnahmen nicht als Förderung materieller Gleichheit.<sup>119</sup> Er hält positive Maßnahmen vielmehr für Diskriminierung, die unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein kann, um die Chancengleichheit zu fördern. Diese Konstruktion hat Konsequenzen für den Ansatz, den der Gerichtshof bezüglich positiver Maßnahmen verfolgt. Da positive Maßnahmen eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot darstellen, hat der Gerichtshof ein sehr enges Verständnis dessen, was als positive Maßnahme zulässig ist.

Im ersten Fall, bei dem der Gerichtshof Gelegenheit hatte, Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie zu prüfen, in der Rechtssache *Kalanke*<sup>120</sup>, entschied der Gerichtshof, dass Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie Maßnahmen gestattet, die sich auf die Arbeitsorganisation beziehen, insbesondere für Arbeitnehmer mit Kindern, sowie die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie betreffen, nicht jedoch rigide Quotenregelungen, welche eine bevorzugte Einstellung oder Beförderungen von Frauen zum Nachteil (gleich qualifizierter) Männer vorschreiben. Derartige Regelungen sprengen den Rahmen der Ausnahmeregelung in Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie.<sup>121</sup> Bestätigt wurde dies in der Sache *Abrahamsson*<sup>122</sup>, in der der Gerichtshof entschied, dass eine nationale Regelung, die einer Person des unterrepräsentierten Geschlechts bei angemessener Qualifikationen automatisch Vorrang gewährte, auch wenn diese in untergeordneten Aspekten der Person unterlegen war, die sonst angestellt worden wäre, nicht den Anforderungen in Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie und Artikel 141 Abs. 4 EG-Vertrag genügte.<sup>123</sup>

Das Urteil in der Rechtssache *Kalanke*, das auf erhebliche Bedenken stieß, warf Zweifel an der Rechtmäßigkeit verschiedener Formen positiver Maßnahmen auf.<sup>124</sup> Der Gerichtshof nahm jedoch in der Rechtssache *Hellmut Marschall*, möglicherweise in Reaktion auf die in Amsterdam vereinbarten Änderungen des Vertrags<sup>125</sup>, eine Anpassung seiner Position vor.<sup>126</sup> Herrn Marschall war die Beförderung auf eine Lehrerstelle an einer Sekundarschule verweigert worden. Statt seiner war eine gleich qualifizierte Frau befördert worden, da Frauen in höher dotierten Lehrerstellen unterrepräsentiert waren. Dies stand mit dem einschlägigen

staatlichen Recht in Einklang, das die bevorzugte Beförderung einer gleich qualifizierten Frau zuließ, sofern nicht speziell einen bestimmten [männlichen] Kandidaten betreffende Gründe den Ausschlag zu seinen Gunsten geben (die „Öffnungsklausel“). Der Gerichtshof, der die Voraussetzungen der *Kalanke*-Entscheidung nicht erfüllt sah und die vom Generalanwalt vertretene Auffassung nicht teilte, entschied, dass eine Quotenregelung, die eine „Öffnungsklausel“ enthalte, mit Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie in Einklang stehe, sofern diese dazu diene, den Vorurteilen entgegenzuwirken, denen Kandidatinnen wegen der diskriminierenden Tendenzen der Arbeitgeber ausgesetzt sind. Dies sei dann der Fall, „wenn [die Öffnungsklausel] den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besäßen, in jedem Einzelfall garantiere, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung seien, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt würden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfalle, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwögen.“ In dieser Hinsicht sei jedoch zu bedenken, dass diese Kriterien weibliche Bewerber nicht diskriminieren dürfen.<sup>127</sup>

Die Entscheidung in *Hellmut Marshall* beschränkt daher die Entscheidung in *Kalanke* auf den (ungewöhnlichen) Fall uneingeschränkter Quotenregelungen. Eine Quotenregelung mit Öffnungsklausel fällt, sofern sie objektiv angewendet wird, unter Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie, welche eine Ausnahme zum Gleichbehandlungsgrundsatz darstellt. Außerdem hat der Gerichtshof die Kriterien eingeschränkt, welche zugunsten von Männern berücksichtigt werden dürfen, wodurch der Anwendungsbereich der Öffnungsklauseln wiederum beschränkt wird. Die anzuwendenden Kriterien müssen sich konkret auf die betreffenden Personen beziehen und allgemein nichtdiskriminierender Art sein.<sup>128</sup> Sie dürfen sich also nicht auf allgemeine Annahmen über Männer stützen.<sup>129</sup> Es scheint also, dass *Hellmut Marshall* die Tür für alle möglichen Quotensysteme öffnet, so dass nationale Gesetzgeber Spielraum für (flexible) positive Maßnahmen haben, auch für Quotensysteme, sofern diese nicht offensichtlich unflexibel sind oder missbräuchlich angewendet werden.

Dies wurde in *Baedeck*<sup>130</sup> bestätigt, wo der Gerichtshof ausführte, dass Artikel 2 Abs. 1 und Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie staatliche Regelungen nicht ausschließen, die die „faire“ Teilhabe an der Arbeitswelt dadurch förderten, dass bei Beachtung bestimmter Schutzbestimmungen mindestens die Hälfte der Ausbildungsplätze in der öffentlichen Verwaltung an Frauen gingen.<sup>131</sup> Das Gericht befasste sich außerdem mit der Rechtmäßigkeit der sogenannten „flexiblen Ergebnisquote“<sup>132</sup> im Bundesland Hessen. Dies ist eine Regel, die auf diejenigen Bereiche des öffentlichen Dienstes Anwendung findet, in denen Frauen unterrepräsentiert sind. Sie bevorzugt, wenn es männliche und weibliche Bewerber gibt, Kandidatinnen mit gleicher Qualifikation, so weit dies erforderlich ist, um verbindliche Ziele zur Frauenförderung zu erfüllen, und keine Gründe von stärkerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen.<sup>133</sup> Der Gerichtshof sagte, das die durch das hessische Gesetz eingeführte Vorrangregelung nicht „absolut und unbeding“ im Sinne der *Kalanke*-Entscheidung sei. Sie sei rechtmäßig, so lange garantiert ist, dass Bewerbungen einer objektiven Prüfung unterzogen werden, in deren Zuge die besondere persönliche Situation aller Bewerber berücksichtigt wird.<sup>134</sup> Der Gerichtshof erkannte an, dass die durch Hausarbeit gewonnenen Fähigkeiten und Erfahrungen dabei insoweit zu berücksichtigen seien, als diese für

die Eignung, Leistung und Fähigkeit der Bewerber von Belang sind. Demgegenüber seien Dienstzeit, Alter und Datum der letzten Beförderung nur insoweit zu berücksichtigen, als sie für die Stelle von Bedeutung sind. Familienstand oder Einkommen des Partners seien irrelevant. Darüber hinaus dürften sich Teilzeitarbeit, Urlaub und Verzögerungen bei der Ausbildung, soweit sie auf die Betreuung von Kindern oder anderen Angehörigen zurückzuführen sind, nicht negativ auf das Auswahlverfahren auswirken.<sup>135</sup> Der Gerichtshof fuhr fort:

„Solche Kriterien begünstigen im allgemeinen Frauen, obwohl sie geschlechtsneutral formuliert sind und sich somit auch zugunsten von Männern auswirken können. Sie sollen offenkundig eine materielle und nicht nur formale Gleichheit herbeiführen, indem sie in der sozialen Wirklichkeit auftretende faktische Ungleichheiten verringern.“<sup>136</sup>

Somit scheint der Gerichtshof<sup>137</sup>, in einigen Punkten die (mittelbare) Diskriminierung von Männern durch Anwendung von Auswahlkriterien zu gestatten. Die Auswahl einer Frau aufgrund einer flexiblen Quotenregelung kommt natürlich erst in Betracht, wenn sich eine Bewerberin und ein Bewerber hinsichtlich ihrer Qualifikation nicht unterscheiden.<sup>138</sup>

Ein Element der hessischen Regelung schrieb für befristete Universitätsstellen sowie für wissenschaftliche Assistenzstellen verbindliche Ziele für Bewerberinnen vor, die gleichermaßen qualifiziert sind wie die männlichen Bewerber. Diese Ziele sahen vor, dass der Mindestprozentsatz von Frauen mindestens dem Prozentsatz der Frauen unter den Absolventen, Doktoranden und Habilitanden sowie Studenten jeder Disziplin entspricht. Damit war man sehr nahe an einem Ansatz des gleichen Ergebnisses, den der Gerichtshof im Falle *Kalanke* abgelehnt hatte, weil er außerhalb des Artikels 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie liege. Der Gerichtshof entschied in *Baedeck*, dass die Regelung mit EG-Recht vereinbar sei. Dabei wies er darauf hin, dass das System keine absolute Grenze setze, sondern nur eine relative Grenze in Bezug auf die Anzahl der Personen, die die erforderliche Ausbildung durchlaufen haben.<sup>139</sup> Die Bezugnahme auf echte Tatsachen als quantitatives Kriterium für die Bevorzugung von Frauen sei gerechtfertigt.

Ein Argument für die Berechtigung positiver Maßnahmen in Fällen wie *Marshall* und *Abrahamsson* sei das Erfordernis, leitende Stellen im Ausbildungssektor mit Frauen zu besetzen, damit sie als Rollenmodell für Frauen und Mädchen dienen können. Der Gerichtshof wurde dafür kritisiert, dass er in der Rechtssache *Abrahamsson* nicht das Ausmaß der Unterrepräsentation von Frauen unter der schwedischen Professorenschaft berücksichtigt hatte.<sup>140</sup> Obgleich die Frau in *Marschall* mit ihrer Bewerbung auf eine höhere Lehrerstelle Erfolg hatte, wurde dies im Fall *Abrahamsson* nicht als akzeptable Begründung angesehen. Es hat den Anschein, dass die Anstellung von Rollenmodellen kein Hauptelement der Begründung positiver Maßnahmen nach EG-Recht ist.

Das wichtige an den Entscheidungen *Marschall* und *Baedeck* ist, dass der Gerichtshof anerkennt, dass „allein die Tatsache, dass zwei Bewerber unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert sind, nicht [bedeutet], dass sie gleiche Chancen haben“.<sup>141</sup> Dies steht in deutlichem Gegensatz zur Auffassung des Generalanwalts in *Kalanke*, dass die Bewerber, da sie über dieselben Qualifikationen verfügen, notwendig die gleichen Chancen haben müssen: sie hätten beide dieselbe Position auf dem Startblock.<sup>142</sup> In *Marschall* erkannte der Gerichtshof, dass Arbeitgeber wegen ihrer „stereotypen Vorstellungen über die Rolle und die Fähigkeiten der Frau im Erwerbsleben“<sup>143</sup> dazu neigen, bei Beförderungen männliche Kandidaten

gegenüber gleich qualifizierten Kandidatinnen zu bevorzugen, so dass gleich qualifizierte Männer und Frauen nicht notwendigerweise über dieselben Beförderungschancen verfügen.<sup>144</sup> Wie Kenner ausführt:

Politiken, die darauf abzielen, Ungleichheiten unter Arbeitnehmern durch Quoten und Zielvorgaben zu korrigieren und bei denen es darum geht, ein gleiches Ergebnis zu erzielen, können legitim sein. Daraus folgt, dass eine nationale Regelung in den Anwendungsbereich von Artikel 2 Abs. 4 fällt, sofern sie dazu dient, derartigen Einstellungen und Verhaltensweisen entgegenzuwirken und dadurch die tatsächlichen Gleichheiten [A.d.Ü.: *sic*], die im wirklichen Leben bestehen mögen, zu reduzieren. (Abs. 31, Hervorhebung hinzugefügt). Mit anderen Worten: Soziale Diskriminierung außerhalb des Arbeitsplatzes stellt einen Rechtfertigungsgrund für ein Element positiver Maßnahmen in der Arbeitsphäre dar.<sup>145</sup>

Außer bei der Anstellung und Beförderung kann Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie auch auf die Arbeitsbedingungen Anwendung finden.<sup>146</sup> In *Lommers* entschied der Gerichtshof über eine Regelung, die vorsah, dass die Plätze im Betriebskindergarten außer in Notfällen<sup>147</sup> dem weiblichen Personal des niederländischen Landwirtschaftsministeriums vorbehalten waren. Hier konnte der Gerichtshof ebenso wie in den Rechtssachen *Marschall* und *Baedeck* Elemente seines Ansatzes in *Kalanke* bestätigen, dass Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie Maßnahmen rechtfertigt, welche „tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen“<sup>148</sup>, wie etwa Maßnahmen, die sich auf die Arbeitsorganisation sowie die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie beziehen. Diese „[sollen] ihnen dazu verhelfen, [...] unter den gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verfolgen“.<sup>149</sup> In dieser Hinsicht gelangte der Gerichtshof unter Bezugnahme auf die Empfehlung 84/635 zur Förderung positiver Maßnahmen für Frauen<sup>150</sup> sowie die Empfehlung 92/241 über Kinderbetreuung<sup>151</sup> zu der Erkenntnis, dass der Mangel an geeigneten Kindergartenplätze eher Frauen dazu veranlasst, ihre Arbeit aufzugeben.<sup>152</sup>

Der Gerichtshof ging ausdrücklich auf das oben diskutierte Argument ein, dass Maßnahmen wie diese Frauen zwar insofern nützen, als sie ihrem derzeitigen *Status quo* bezüglich der Kinderbetreuungspflichten Rechnung tragen, sich *langfristig* jedoch nachteilig auswirken können, weil sie dazu beitragen, die traditionelle Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen zu perpetuieren. Der Gerichtshof verwarf dieses Argument jedoch als (lediglich) „in der Literatur vertretene Ansicht“<sup>153</sup> und fuhr fort, dass die Maßnahmen keine Garantie beinhalten, dass alle Frauen, die im Landwirtschaftsministerium arbeiten, einen Kindergartenplatz für ihre Kinder erhalten. Der Gerichtshof fand sogar, dass männliche Arbeitnehmer bezüglich der Kindergartenplätze nicht mehr benachteiligt seien als Arbeitnehmerinnen, die ebenfalls keinen Platz für ihr Kind bekommen konnten. Dies ist mit Verlaub schlicht falsch, da für männliche Arbeitnehmer, die einen Kindergartenplatz für ihr Kind möchten, die *zusätzliche* Anforderung besteht nachzuweisen, dass ihr Fall unter die Kategorie „Notfall“ fällt, während Arbeitnehmerinnen dies nicht nachzuweisen brauchen. Der Gerichtshof scheint der Tatsache Bedeutung beizumessen, dass die niederländische Regelung Männer nicht vollkommen ausschloss. Möglicherweise klingen hier die in *Marschall* und *Baedeck* getroffenen Entscheidungen bezüglich der Flexibilität nach. Letztendlich kann man jedoch nicht sagen, dass das EG-Recht die Chancengleichheit fördert, solange es sich bezüglich der Maßnahmen zur Vereinbarkeit

zwischen Arbeit und Familie nicht dem Ansatz „gleicher Elternschaft“ annähert. Die Rechtfertigung der diskriminierenden Regelung war hier, meiner Ansicht nach, fehl am Platz.

## C. Mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung

### Anforderungen an die Rechtfertigung

Eine mittelbare Diskriminierung [liegt] vor, wenn Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ohne aus einem verbotener Grund (in diesem Fall dem Geschlecht) zu diskriminieren, ihrer Auswirkung nach doch diskriminierend sind.<sup>154</sup> Nach EG-Recht muss zunächst der Kläger die die ungleichen Auswirkungen darlegen. Normalerweise geschieht dies, indem er eine statistische Ungleichheit zwischen der Lage von Frauen und Männern<sup>155</sup> aufzeigt. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs gibt es allerdings auch Hinweise, dass es genügen könnte, wenn das nationale Gericht nach seinem Verständnis der sozialen Realität die inhärente Gefahr einer ungleichen Auswirkung sieht.<sup>156</sup> Danach ist der Arbeitgeber (bzw. im Falle mittelbar diskriminierender Gesetzgebung der Mitgliedstaat) beweisbelastet, die Anwendung der betreffenden Regelungen, Kriterien oder Gepflogenheiten zu rechtfertigen. Die Frage der Rechtfertigung ist also der Kernpunkt des eigentlichen Rechtsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung. Jegliche tatsächlich ungleichen Auswirkungen auf Frauen können die Frage der mittelbaren geschlechtsbezogenen Diskriminierung aufwerfen: Wenn es rechtfertigende Gründe für die unterschiedlichen Auswirkungen gibt, ist die Anwendung der Vorschriften, Kriterien oder Verfahren nicht rechtswidrig.

Der Gerichtshof entwickelte die an die Rechtfertigung zu stellenden Anforderungen erstmalig in der Rechtssache *Bilka-Kaufhaus*.<sup>157</sup> Der Gerichtshof entschied, dass bei der Entscheidung über die Rechtfertigung festgestellt werden muss, ob durch die vom Arbeitgeber angeführten Gründe die mittelbar diskriminierenden Gepflogenheiten „objektiv gerechtfertigt“ werden können. Kommt das nationale Gericht zu dem Schluss, dass die fragliche Maßnahme ein echtes unternehmerisches Erfordernis erfüllt, geeignet ist, das vom Unternehmen verfolgte Ziel zu erreichen, und zur Zweckerreichung erforderlich ist, so ist sie nicht rechtswidrig. Zwei Elemente dieser Prüfung verdienen eine genauere Betrachtung.

Erstens steht fest, dass der Rechtfertigungsgrund *objektiv* sein muss. Es reicht nicht, eine Rechtfertigung einfach zu behaupten, es müssen vielmehr die tatsächlichen Voraussetzungen für den behaupteten Vorteil der mittelbar diskriminierenden Kriterien, Grundsätze oder Verfahren nachgewiesen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können verallgemeinernde Annahmen bezüglich bestimmter Kategorien von Arbeitnehmern keinen objektiven Rechtfertigungsgrund darstellen. In der Rechtssache *Rinner Kühn*<sup>158</sup> entschied der Gerichtshof zum Beispiel, dass die Vorstellung, Teilzeitarbeitnehmer seien nicht in derselben Weise in das Unternehmen des Arbeitgebers integriert oder nicht im selben Maße engagiert, keinen objektiven Rechtfertigungsgrund darstellt. In *Hill*<sup>159</sup> wurde die Annahme des Arbeitgebers, dass ein Anreizsystem, das Job-Sharer (d.h. Personen, die ihre Stelle mit jemand anderem teilen) benachteiligt, Motivation, Engagement und Arbeitsmoral des Personals erhalte, nicht als objektiv akzeptiert.

Zweitens spielt, wie die Elemente „Geeignetheit“ und „Erforderlichkeit“ der im Fall *Bilka* entwickelten Grundsätze erkennen lassen, die Verhältnismäßigkeits-

prüfung eine wichtige Rolle für die Feststellung der Anforderungen, die nach EG-Recht an die Rechtfertigung mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung zu stellen sind.<sup>160</sup> Die frühen Fälle, die sich mit mittelbar diskriminierenden Handlungen von Arbeitgebern befassten, schienen für eine sehr strenge Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu sprechen. In der Rechtssache *Bilka* befasste sich der Gerichtshof mit einer Rentenregelung, die bessere Konditionen für Vollzeit- als für Teilzeitkräfte vorsah. Zu deren Rechtfertigung war angeführt worden, dass diese es dem Supermarkt ermögliche, auch an Sonnabenden ausreichend Personal zu beschäftigen, einem Tag, an dem Teilzeitkräfte angeblich nicht gerne arbeiteten. Der Gerichtshof stellte fest, dass diese Unternehmenspolitik nicht notwendigerweise den gewünschten Effekt haben werde, der Eintritt des Effekts allerdings auch nicht ganz ausgeschlossen werden könne. Insbesondere wurde dabei darauf abgestellt, dass der Arbeitgeber keinen Versuch unternommen hatte, die besseren Rentenansprüche auch denjenigen Teilzeitkräften anzubieten, die an Sonnabenden arbeiteten. Auf dieser Grundlage kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt worden sei. Diese Version der Verhältnismäßigkeitsprüfung verlangt eine strenge Prüfung durch das Gericht, da die Maßnahme nicht weiter gehen darf, als zur Erreichung des Ziels erforderlich.

In den späteren Rechtssachen *Megner*<sup>161</sup> und *Nolte*<sup>162</sup>, in denen es um geschlechtsbezogene Diskriminierung in sozialversicherungsrechtlichen EG-Rechtsakten ging, wurden wesentlich weniger strenge Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit gestellt.<sup>163</sup> In *Megner* und *Nolte* beehrten die Parteien (zwei „geringfügig beschäftigte“<sup>164</sup> Frauen) die Anerkennung, dass sie der gesetzlichen Sozial- und Rentenversicherung unterliegen und verpflichtet sind, Beiträge zur gesetzlichen Arbeitslosenversicherung zu zahlen. Ihr Ausschluss aus diesen Versicherungen stellte eine mittelbare Diskriminierung dar. Hier fand der Gerichtshof, dass die von der deutschen Regierung vorgebrachten sozialpolitischen Gründe – das Erfordernis struktureller Kohärenz des deutschen Sozialversicherungssystems, der gesellschaftliche Bedarf an geringfügiger Beschäftigung und das Risiko eines Anstiegs der „Schwarzarbeit“, falls der Ausschluss der geringfügig Beschäftigten aus der Sozialversicherung aufgehoben werden sollte – die mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung rechtfertigten. Der Gerichtshof erkannte ausdrücklich an, dass die Mitgliedstaaten bezüglich der Sozialpolitik einen „weiten Entscheidungsspielraum“<sup>165</sup> genießen, und fügte hinzu, dass „der nationale Gesetzgeber in vertretbarer Weise davon ausgehen konnte, dass die fraglichen Rechtsvorschriften erforderlich waren, um [sein] Ziel zu erreichen“.<sup>166</sup> Diese Anforderung scheint eine wesentlich weniger strenge Prüfung zu implizieren, als in der Rechtssache *Bilka* vorgenommen wurde. Hier reichte es aus, dass die Legislative vernünftigerweise der Überzeugung war, dass das Ziel erforderlich war. Dieser Ansatz wurde in den Rechtssachen *Posthuma-van Damme*<sup>167</sup> und *Laperre* bestätigt.<sup>168</sup> Legt man also dieselben Maßstäbe an wie bei *Megner* und *Nolte*, so bewirkt der Nachweis, dass zur Erreichung desselben Ziels ein weniger diskriminierendes Mittel zur Verfügung gestanden hätte, nicht die Rechtswidrigkeit der angegebenen Begründung. Es scheint daher, dass das EG-Recht bezüglich des legislativen Entscheidungsspielraums auf dem Gebiet der Sozialversicherung mehr richterliche Zurückhaltung übt, selbst wenn die getroffenen gesetzgeberischen Entscheidungen den Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung unterminieren.

Während die Entscheidungen in den Rechtssachen *Bilka* einerseits und *Megner/Nolte* andererseits die beiden Enden des Spektrums der Prüfungsanforderungen darstellen, so scheint die Arbeitsgesetzgebung in der Mitte zu liegen. Implizit ging dies aus Fällen wie *Bötel*<sup>169</sup> hervor, in denen der Gerichtshof eine angeführte Rechtfertigung nicht akzeptierte, weil die nationalen Gesetze in weniger diskriminierender Weise hätten ausgelegt oder angewendet werden können. In der Rechtssache *Seymour-Smith* wurde der Gerichtshof ausdrücklich gefragt, welche rechtlichen Voraussetzungen für die Feststellung der objektiven Rechtfertigung einer von einem Mitgliedstaat aus sozialpolitischen Gründen eingeführten arbeitsrechtlichen Regelung bestehen.<sup>170</sup> Die Antwort des Gerichtshofs ist nicht eindeutig und scheint irgendwo zwischen den Anforderungen zu liegen, die in *Bilka* bzw. *Megner/Nolte* gestellt wurden. Der Gerichtshof begann seine Prüfung, indem er wiederholte, dass die Frage der Rechtfertigung vom nationalen Gericht zu entscheiden sei, bezüglich derer der Gerichtshof jedoch Hinweise geben könne. Dann ging er auf die Entscheidung *Megner* ein.<sup>171</sup> Der Gerichtshof wies jedoch die Behauptung der britischen Regierung zurück, dass ein Mitgliedstaat, lediglich darlegen müsse, dass er „in vertretbarer Weise davon ausgehen konnte, dass die [Maßnahmen] ein sozialpolitisches Ziel [vorantrieben]“<sup>172</sup>. Die Sozialpolitik sei zwar Sache der Mitgliedstaaten, jedoch „darf [...] der Entscheidungsspielraum, über den die Mitgliedstaaten insoweit verfügen, nicht dazu führen, dass ein tragender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts wie der des gleichen Entgelts für Männer und Frauen ausgehöhlt wird“.<sup>173</sup>

Es hat daher den Anschein, dass die an die Rechtfertigung anzulegenden Maßstäbe davon abhängen, ob es sich bei den fraglichen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren um die eines Arbeitgebers handelt, oder um nationales Recht. Des Weiteren scheint der den Mitgliedstaaten zur Verfügung stehende Ermessensspielraum bezüglich mittelbar diskriminierender *Sozialversicherungsgesetze* größer zu sein als bei *arbeitsrechtlichen Vorschriften*. Das Verhältnis der Rechtfertigungsanforderungen zum Verständnis der Geschlechtergleichheit als EG-rechtliches Grundrecht ist noch nicht klar bestimmt. Aus der Entscheidung *Seymour-Smith* gewinnt man den Eindruck, dass dann, wenn der Gerichtshof die Gleichbehandlung als „Grundrecht“ formuliert, dies den Effekt haben kann, dass die an die Rechtfertigung zu stellenden Anforderungen strenger sind, auch wenn sie nicht notwendigerweise der strengsten Verhältnismäßigkeitsprüfung genügen müssen. Darüber hinaus scheint es keinen guten Grund dafür zu geben, warum Gleichberechtigung im arbeitsrechtlichen Zusammenhang ein „Grundrecht“ darstellen soll, nicht jedoch im Bereich der Sozialversicherung. Die enge Verbindung zwischen Arbeitsbedingungen und Sozialversicherung lässt schon die Unterscheidung an sich problematisch erscheinen. Allerdings wird zu bedenken gegeben, dass sich die vom Gerichtshof getroffene Unterscheidung im Hinblick auf die Grenzen der Gemeinschaftskompetenzen erklären lässt. Je mehr die Anwendung des EG-rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sich auf Elemente nationalstaatlicher Sozialpolitik auswirkt, für die keine Zuständigkeit der Gemeinschaft zum Erlass von Harmonisierungsbestimmungen besteht, desto größer ist der Ermessensspielraum, den der Gerichtshof bezüglich der Rechtfertigung mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung einzuräumen bereit ist.<sup>174</sup>

## Beachtliche Gründe

Nachdem wir uns mit den Anforderungen befasst haben, die nach EG-Recht an die Rechtfertigung mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung zu stellen sind, wenden wir uns jetzt den einzelnen beachtlichen Rechtfertigungsgründen zu. Diese lassen sich in drei Kategorien unterteilen: Rechtfertigungsgründe, die die eigentliche Arbeitstätigkeit betreffen, die betrieblichen Bedürfnisse des Arbeitgebers und das Allgemeinwohl.

### 1. Tätigkeitsbezogene Gründe

Tätigkeitsbezogene Gründe sind in einem der Chancengleichheit verpflichteten System relativ unproblematisch. Zur Vermeidung geschlechtsbezogener Stereotypisierung beruflicher Tätigkeiten ist es wichtig, dass die von den Arbeitgebern vorgebrachten Anforderungen und Bedingungen der mit der Tätigkeit verbundenen Aufgaben tatsächlich für die Ausführung der Tätigkeit notwendig sind. An die Notwendigkeit sind dabei in diesem Zusammenhang strenge Maßstäbe anzulegen. Die diskriminierende Auswirkung kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die betreffende Maßnahme oder Regelung für den Arbeitgeber bequemer ist. Das EG-Recht legt bei der Prüfung tätigkeitsbezogener Rechtfertigungsgründe sehr strenge Maßstäbe an.

#### a. Körperliche Fähigkeit

Da Männer im Allgemeinen über größere Muskelkraft verfügen als Frauen, können Arbeitsbedingungen, die Muskelkraft erfordern oder belohnen, mittelbar diskriminierend sein. Die Anstellung stärkerer Arbeitskräfte für bestimmte Aufgaben oder die höhere Entlohnung von Personal, das körperlich anstrengende Arbeiten ausführt, ist nach EG-Recht nur dann gerechtfertigt, wenn die zu erledigenden Aufgaben den Einsatz von Muskelkraft erfordern.

In der Rechtssache *Rummler gegen Dato Druck*<sup>175</sup> befasste sich der Gerichtshof mit einem Arbeitsklassifizierungssystem, das auf Kriterien wie „muskelmäßige Anstrengung“, „muskelmäßige Beanspruchung“ und „körperlich schwere Arbeit“ basierte. Grundsätzlich ist es für Frauen schwieriger, Tätigkeiten auszuführen, die derartige Kraftanstrengungen erfordern. Der Gerichtshof entschied:

„Wenn bei der Festsetzung des Lohns ein System der beruflichen Einstufung verwendet wird, muss dieses zum einen dieselben Kriterien unabhängig davon zugrunde legen, ob die Arbeit von einem Mann oder von einer Frau verrichtet wird, und darf zum andern in seiner Gesamtheit nicht so ausgestaltet sein, dass es tatsächlich zu einer allgemeinen Diskriminierung der Arbeitnehmer des einen Geschlechts gegenüber denen des anderen führt.“<sup>176</sup>

Die Verwendung eines Kriteriums wie „Kraftanforderung“ zur Bemessung der Entlohnung kann gerechtfertigt sein, wenn sich der Lohnunterschied auf ein echtes Bedürfnis des Arbeitgebers bezieht, indem es sicherstellt, dass die Höhe der Entlohnung in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der Arbeit verbundenen Anstrengung<sup>177</sup> steht; dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass das Klassifizierungssystem insgesamt nicht diskriminierender Natur sein darf.<sup>178</sup>

#### b. Qualifikationen und Ausbildung

Erfordert die Tätigkeit eine bestimmte Qualifikation oder Ausbildung, ist es rechtmäßig, bei der Auswahl von Bewerbern für die Stelle und bezüglich der Vergütung

auf Grundlage dieser Qualifikation oder Ausbildung zu diskriminieren, selbst wenn mehr Männer als Frauen in der Lage sind, die betreffenden Anforderungen zu erfüllen. Der Arbeitgeber muss eine objektive Beziehung zwischen den Qualifikations- oder Ausbildungsanforderungen und der betreffenden Tätigkeit aufzeigen.

In der Rechtssache *Danfoss*<sup>179</sup> wurde gegen einen Tarifvertrag geklagt, in welchem die Zahlung von Zulagen auf eine Reihe von Faktoren abstellte, unter anderem Mobilität, Ausbildung und Seniorität. Der Gerichtshof entschied, dass der Arbeitgeber die höhere Vergütung derjenigen Arbeitnehmer mit Spezialausbildung rechtfertigen kann, indem er nachweist, dass diese für die besonderen Aufgaben, mit denen der betreffende Arbeitnehmer betraut ist, wichtig sind.<sup>180</sup>

Die Berufsausbildung ist nicht nur einer der Faktoren, die eine objektive Rechtfertigung für die unterschiedliche Vergütung derselben Tätigkeit rechtfertigen, sie ist auch eines der möglichen Kriterien für die Feststellung, ob dieselbe Tätigkeit ausgeübt wird oder nicht. Üben qualifizierte Arbeitskräfte scheinbar identische Tätigkeiten aus, bei denen sie jedoch Wissen und Fertigkeiten anwenden, die sie in sehr unterschiedlichen Disziplinen erworben haben, so sind sie so anzusehen, als ob sie unterschiedliche Aufgaben oder Pflichten ausüben, so dass die Tätigkeiten nicht vergleichbar sind.<sup>181</sup>

### c. Seniorität und Erfahrung

Der Gerichtshof akzeptierte in der Rechtssache *Danfoss*, dass eine auf Anciennität beruhende Vergütung zwar möglicherweise eine mittelbare Diskriminierung gegen Frauen darstellt, da diese häufiger Karriereunterbrechungen erleben als Männer. Diese sei jedoch trotzdem gerechtfertigt, „da [...] die Anciennität mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im Allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten“.<sup>182</sup> In *Danfoss* erklärte der Gerichtshof, dass Arbeitgeber nicht gehalten seien nachzuweisen, dass Anciennität für die Erfüllung der spezifischen Aufgaben einer bestimmten Position wichtig sei. Dieser Grundsatz wurde jedoch in der späteren Entscheidung *Nimz* modifiziert.<sup>183</sup> Diese betraf einen Tarifvertrag, der unterschiedliche Konditionen für Voll- und Teilzeitkräfte vorsah. Vollzeitkräfte hatten nach sechs Jahren Betriebszugehörigkeit automatisch Anspruch auf eine Lohnerhöhung, Teilzeitkräfte auf 50 %- bis 75 %-Stellen erwarben diesen Anspruch jedoch erst nach zwölf Jahren. Es wurde die Auffassung vertreten, dass die größere Erfahrung der Vollzeitkräfte die mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung rechtfertige. Der Gerichtshof teilte diese Auffassung nicht, sondern befand, dass die Vorstellungen, dass Vollzeitkräfte Fertigkeiten und Fähigkeiten bezüglich ihrer Tätigkeit schneller erwerben als Teilzeitkräfte, bzw. dass mehr Erfahrung per se ein höheres Entgelt rechtfertige, nichts weiter als verallgemeinernder Auffassungen bezüglich bestimmter Kategorien von Arbeitskräften seien.<sup>184</sup> Folglich ist die Rechtfertigung hinsichtlich Anciennität und Erfahrung objektiv unter Bezugnahme auf die Beziehung zwischen der Art der Tätigkeit und der durch die Ausübung der Tätigkeit nach einer bestimmten Zahl von Arbeitsstunden erworbenen Erfahrung festzustellen.<sup>185</sup>

Der Ansatz in der Entscheidung *Nimz* ist vorzuziehen, da ein dienstälterer Arbeitnehmer nicht notwendigerweise jede Tätigkeit besser ausüben wird als ein junger oder neuer Mitarbeiter. Die Vorteile neuer Ideen, frischer Energie und unterschiedlicher Sichtweise sind gegen die Vorteile besserer Leistung durch Vertrautheit, wie sie Anciennität mit sich bringt, abzuwägen. Anciennität und Erfahrung sind akzeptable objektive Rechtfertigungsgründe, sofern der Arbeit-

geber einen echten Zusammenhang zwischen dem Erfahrungsbedarf und der Ausführung der betreffenden Tätigkeit nachweisen kann.<sup>186</sup>

#### d. „Arbeitnehmerflexibilität“

Arbeitnehmerflexibilität umfasst die Fähigkeit zur Vollzeitarbeit sowie zur Anpassung an variable Arbeitszeiten und Einsatzorte. Wenn der Arbeitgeber nachweisen kann, dass für die mit den Tätigkeiten verbundenen Aufgaben „Flexibilität“ wirklich erforderlich ist, so kann dies mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung rechtfertigen. Dies wurde in der Entscheidung *Danfoss*<sup>187</sup> akzeptiert, obgleich ein solches Erfordernis Frauen benachteiligt, da diese wegen ihrer Familienpflichten wahrscheinlich weniger leicht in der Lage wären, ihre Arbeitszeit in flexibler Weise zu organisieren. Der Gerichtshof betonte, dass sich das Flexibilitätserfordernis auf die spezifischen Aufgaben beziehen muss, die mit der Tätigkeit verbunden sind. Eine allgemeine Anforderung, dass die Mitarbeiter flexibel sein müssen, stelle keinen rechtmäßigen Grund dar.

#### e. Unterschiedliche Arbeitszeiten

Bei bestimmten Tätigkeiten ist es erforderlich, dass der Arbeitnehmer zu ‚ungünstigen‘ Zeiten arbeitet, indem er etwa Nacharbeit, Schichtarbeit und Wochenendarbeit leistet. Hebammen müssen zum Beispiel Tag und Nacht stets verfügbar sein. Nach EG-Recht ist es gerechtfertigt, für solche außerhalb der normalen Arbeitszeiten liegenden Arbeitsstunden eine höhere Vergütung zu zahlen als sonst. Dies wurde vom Gerichtshof in der Rechtssache *JämO* bestätigt.<sup>188</sup> Zwei Hebammen hatten auf gleiches Entgelt geklagt, weil sie ein geringeres Entgelt bezogen als ein Krankenhausingenieur. Das Monatsgrundgehalt der Hebammen war niedriger als das des Krankenhausingenieurs, aber er hatte keine Möglichkeit die Zuschläge zu verdienen, die die Hebammen regelmäßig für ungünstige Arbeitszeiten bezogen. Das nationale Gericht hatte noch keine Entscheidung darüber getroffen, ob die Arbeit gleichwertig war, sondern hatte dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen vorgelegt.

Der Gerichtshof entschied, dass wegen der Verschiedenheit der im Einzelfall von Monat zu Monat gewährten Vergütungen die Monatsgrundvergütungen die angemessene Vergleichsgrundlage darstellten, um Durchschaubarkeit und wirksame Kontrolle der Einhaltung der Gleichbehandlungsrichtlinie zu gewährleisten.<sup>189</sup> Ohne zur Frage der (vom nationalen Gericht zu beurteilenden Frage der) Gleichwertigkeit Stellung zu nehmen, konnte der Gerichtshof lediglich feststellen, dass, sollten die Arbeiten gleichwertig sein, die Hebammen ein geringeres Entgelt bezogen.<sup>190</sup> Sollte eine erheblich höhere Prozentzahl von Frauen als Männern als Hebammen tätig sein, so stelle dies, sofern es keinen Rechtfertigungsgrund gebe, eine mittelbare Diskriminierung dar. Der Arbeitgeber würde nachzuweisen haben, dass es einen objektiven, nichtdiskriminierenden Faktor gebe, der den Lohnunterschied rechtfertigt. Der Gerichtshof kam zu dem Schluss, dass „die Zulage für ungünstige Arbeitszeit nicht bei der Berechnung des Gehalts berücksichtigt werden darf, das als Grundlage des Vergleichs der Entgelte im Sinne von Artikel [141 EG-Vertrag...] dient“.<sup>191</sup> Sollte ein männlicher Krankenhausingenieur nach Anhebung des Grundgehalts der Hebammen auf das Niveau der Krankenhausingenieure eine Klage wegen mittelbarer Lohndiskriminierung erheben, so könnte der Gerichtshof seine Argumente nicht akzeptieren und müsste in einer Weise entscheiden, die mit der Entscheidung in *JämO* in Einklang steht. Daraus

folgt, dass die Zahlung von Zulagen für ungünstige Arbeitszeiten nach EG-Recht gerechtfertigt wäre. Dies wurde an späterer Stelle in der Entscheidung bestätigt, wo der Gerichtshof ausdrücklich ausführte, dass „Unterschiede in der Arbeitszeit der beiden für den Vergleich der Entgelte berücksichtigten Gruppen objektive Gründe darstellen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben und Unterschiede beim Entgelt rechtfertigen können“.<sup>192</sup>

#### f. Arbeitsleistung

In der Rechtssache *Royal Copenhagen*<sup>193</sup> entschied der Gerichtshof, dass im Falle von Akkordlöhnen der Grundsatz gleichen Entgelts für gleichwertige Arbeit einer unterschiedlichen Entlohnung der Arbeitskräfte dann nicht entgegenstehe, wenn der Unterschied auf der unterschiedlichen individuellen Arbeitsleistung beruhe.<sup>194</sup> Wird die Arbeit jedoch mit einem Stundenlohn vergütet, kann die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers bzw. seine persönliche Arbeitskapazität erst nachträglich festgestellt werden. Während also Unterschiede bezüglich der Leistung offensichtlich die unterschiedliche Entlohnung verschiedener Arbeitnehmer rechtfertigen können, soweit es sich um nachträgliche leistungsbezogene Bonuszahlungen handelt, rechtfertigen sie keinen Unterschied in der bei der Anstellung zugesprochenen Vergütung. Der Arbeitgeber kann der Arbeitnehmerin im Zeitpunkt ihrer Anstellung nicht ein geringeres Entgelt zahlen als einem männlichen Mitarbeiter, der dieselbe Arbeit oder eine gleichwertige Arbeit ausführt, und diesen Unterschied später damit rechtfertigen, dass die Arbeit des Mannes der der Frau überlegen sei.<sup>195</sup> Dies zu tun, schließe nicht die Möglichkeit aus, dass der Lohnunterschied an das Geschlecht anknüpfe.<sup>196</sup>

#### 2. Unternehmensbezogene Gründe

Unternehmensbezogene Rechtfertigungsgründe beziehen sich auf die allgemeinen ökonomischen Bedürfnisse des Arbeitgebers im Kontext des Gesamtunternehmens, d.h. nicht auf den engen Bereich der für eine bestimmte Arbeit auszuführenden Tätigkeiten. Dabei entstehen insofern Probleme bezüglich unternehmensbezogener Rechtfertigungsgründe, als solche Rechtfertigungsgründe unweigerlich ein Element des Ausgleichs unterschiedlicher Rechte und Interessen der betroffenen Parteien (d.h. des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers) beinhalten. Außerdem können auch allgemeinere gesellschaftliche Interessen, etwa am anhaltenden Erfolg, welcher auch volkswirtschaftliche Auswirkungen hat, eine Rolle spielen. In dieser Hinsicht überschneidet sich diese Kategorie von Rechtfertigungsgründen mit der dritten Kategorie von Gründen, die das Allgemeinwohl betreffen.

Die Organisation des Arbeitsumfelds in seinem allgemeineren gesellschaftlichen Kontext geht von einem „normalen“ männlichen Arbeitnehmer aus, der sein Leben lang Vollzeit arbeitet, ohne besondere Verpflichtungen in anderen Bereichen zu haben. Die Förderung der Chancengleichheit durch den EG-rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz bringt es zwangsläufig mit sich, dass dieser *Status quo*, der Frauen aufgrund der Funktionsweise des Systems benachteiligt, in Frage gestellt und verändert wird. Eine Verpflichtung zur Chancengleichheit bringt es daher mit sich, dass ein Teil der Last von den derzeit benachteiligten Frauen auf die Arbeitgeber übergeht, die Nutznießer der Art und Weise sind, in der das Arbeitsleben zurzeit organisiert ist. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass angesichts des Stellenwerts der Geschlechtergleichbehandlung als EG-rechtliches Grundrecht rein

wirtschaftliche Überlegungen dem Genuss eines solchen Rechts nicht entgegenstehen sollten. Unternehmensbezogene Rechtfertigungsgründe sollten daher einer strengen Prüfung unterzogen werden.

#### a. Wirtschaftliche oder finanzielle Effizienz

In der Rechtssache *Bilka* machte der Arbeitgeber geltend, dass der Ausschluss der Teilzeitkräfte von der vom Arbeitgeber angebotenen Betriebsrente gerechtfertigt sei, um die Teilzeitbeschäftigung unattraktiv zu machen. Es wurde behauptet, dies sei notwendig, da *Bilka* gehalten sei, einige Vollzeitkräfte zu beschäftigen, um die abendlichen und sonnabendlichen Öffnungszeiten abzudecken, die bei Teilzeitkräften unbeliebt waren. Man sei also gezwungen, die Vollzeitarbeit attraktiver zu gestalten als die Teilzeitarbeit. Der Gerichtshof befand, dass das nationale Gericht über diesen Rechtfertigungsgrund zu entscheiden habe, gab jedoch implizit zu verstehen, dass wirtschaftliche Erwägungen einen Rechtfertigungsgrund im Sinne des EG-Rechts darstellen könnten.<sup>197</sup>

Bestätigt wurde dies in der Entscheidung *Enderby*<sup>198</sup>, wo es um gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ging. *Enderby* betraf die Klage einer Logopädin (ein hauptsächlich von Frauen ausgeübter Beruf) auf gleiche Bezahlung wie vergleichbare Berufe (Krankenhauspsychologe und Krankenhausapotheker), in denen es mehr Männer als Frauen gibt. Der Gerichtshof befand, dass „die Lage auf dem Arbeitsmarkt, die einen Arbeitgeber veranlassen kann, das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit zu erhöhen, um Bewerbern einen Anreiz zu bieten, [...] einen sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen Grund im Sinne [der früheren Rechtsprechung des Gerichtshofs] darstellen [kann]“<sup>199</sup>. Die fraglichen Marktkräfte waren Knappheit von Bewerbern für höher bezahlte Stellen und die damit einhergehende Notwendigkeit, ein höheres Entgelt zu zahlen, um für Bewerber attraktiv zu sein.

Meines Erachtens<sup>200</sup> steht die *Enderby*-Entscheidung bezüglich der Marktkräfte weder mit der früheren Rechtsprechung des Gerichts, die auf objektive Rechtfertigungsgründe abstellte, noch mit dem Grundsatz der Chancengleichheit in Einklang. „Marktkräfte“ sind kein objektives Kriterium, sondern basieren vielmehr auf Verallgemeinerungen bezüglich des „Marktwerts“ bestimmter Arbeitskräfte. Wir haben bereits festgestellt, dass der Gerichtshof bloße Verallgemeinerungen über bestimmte Kategorien von Arbeitskräften nicht akzeptiert.<sup>201</sup> Darüber hinaus ist der Rechtfertigungsgrund „Marktkräfte“ auch schwer nachvollziehbar. Der Gerichtshof hatte zuvor in der Rechtssache *Danfoss* entschieden, dass im Falle diskriminierender Auswirkungen einer Politik, bei der man mit völlig geschlechtsneutralen Auswirkungen gerechnet hätte, etwa die Verwendung des Kriteriums „Arbeitsqualität“ zur Bestimmung von Lohnerhöhungen, der Verdacht aufkommt, dass das fragliche Kriterium eigens gewählt worden sei, um die Diskriminierung zu verschleiern. Es kann sein, dass die unter diesem Kriterium tatsächlich berücksichtigten Faktoren sich unmittelbar oder mittelbar diskriminierend auswirken, was sich jedoch nicht überprüfen lässt, wenn das Kriterium nicht nachvollziehbar ist. Wenn also durch Verwendung eines bestimmten Kriteriums Frauen systematisch benachteiligt werden, und das Kriterium nicht nachvollziehbar ist, geht die Beweislast auf den Arbeitgeber über, der nachweisen muss, dass es nicht diskriminierend ist.<sup>202</sup> In gleicher Weise hätte in *Enderby*, angesichts dessen, dass der Gerichtshof davon ausging, dass die betreffenden Tätigkeiten gleichwertig waren, der Umstand, dass die Frauen durch

die Entgeltstruktur benachteiligt waren, zum Anlass genommen werden können, eine versteckte Diskriminierung zu vermuten. Der Arbeitgeber war nicht in der Lage, diese Unterschiede geschlechtsneutral zu erklären, sondern nur unter Bezugnahme auf die „Marktkräfte“, was aber nicht erklärt, *warum* die Marktkräfte in diesem Fall sich zum systematischen Nachteil von Frauen auswirkten. In dieser Hinsicht<sup>203</sup> lässt die Entscheidung in *Enderby* die strukturelle Benachteiligung von Frauen in der Arbeitswelt unberücksichtigt, was Chancengleichheit nicht fördert.

In der Rechtssache *Hill*, wo angebliche ökonomische Effizienz als Rechtfertigung angeführt wurde, zog sich der Gerichtshof auf einen robusteren Ansatz zurück.<sup>204</sup> Frau Hill, die im irischen öffentlichen Dienst eine Stelle mit jemand anderem geteilt hatte, war wieder als Vollzeitkraft tätig. Ihr Vollzeitposten war in einer niedrigeren Gehaltsstufe angesiedelt als der Teilzeitposten, den sie zuvor innegehabt hatte. Diese Praxis beruhte auf Richtlinien, die vorsahen, dass bei der Berechnung der jährlichen Gehaltserhöhungen ein Jahr Erfahrung auf einer halben Stelle als nur sechs Monate Vollzeiddienst anzurechnen sei. Der Gerichtshof sah den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung erfüllt.<sup>205</sup> Auf das Argument, dass die Diskriminierung aus ökonomischen Gründen gerechtfertigt sei, entgegnete der Gerichtshof knapp:

„[Es] ist festzustellen, dass ein Arbeitgeber eine Diskriminierung, die aus der Regelung über die Arbeitsplatzteilung folgt, nicht allein damit rechtfertigen kann, dass die Ausschaltung einer solchen Diskriminierung mit zusätzlichen Kosten verbunden sei.“<sup>206</sup>

Der Gerichtshof ging dabei ausdrücklich auf die Tatsache ein, dass Arbeitsteilungsmodelle es Arbeitnehmern ermöglichen, einen Ausgleich zwischen Arbeit und Familie herzustellen. Die Politik der Gemeinschaft zielt in diesem Bereich darauf ab, die Arbeitsbedingungen so weit wie möglich an die Familienpflichten anzupassen. Der Gerichtshof erklärte, dass Maßnahmen zum Ausgleich zwischen Arbeit und Familie „ein Grundsatz [sind], der als natürliche Folge der Gleichheit von Mann und Frau in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in großem Umfang berücksichtigt wird“.<sup>207</sup>

#### b. Unternehmensumstrukturierung

Wenn Unternehmen in Reaktion auf ein verändertes Wirtschaftsklima umstrukturiert werden, geht dies häufig mit Stellenabbau einher. Die vom Arbeitgeber zugrundegelegten Kriterien für die Entlassung von Arbeitnehmern sind offensichtlich ein sehr empfindliches Thema. Unter Umständen kann auch hier mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung vorkommen. Angesichts der Arbeitslebensläufe von Frauen bewirkt eine Entlassungspolitik, bei der die zuletzt eingestellten als erste gehen müssen, wahrscheinlich eine mittelbare Diskriminierung.<sup>208</sup> In der Rechtssache *Kachelmann* befasste sich der Gerichtshof mit einer potenziell diskriminierenden Entlassungspolitik.<sup>209</sup>

Das einschlägige nationale Gesetz sah vor, dass bei der Auswahl der zu entlassenden Mitarbeiter „Sozialkriterien“ zu berücksichtigen seien, soweit betriebliche oder ökonomische Bedürfnisse des Arbeitgebers der Auswahl nicht entgegenstehen. Frau Kachelmann arbeitete als Teilzeitkraft in der Forderungseinzugsabteilung von Bankhaus. Nach Einschränkung seiner internationalen Aktivitäten beschloss Bankhaus die Forderungseinzugsabteilung mit dem Rest der Transaktionsbelegabteilung zusammenzulegen, wodurch einige Aufgaben neu

verteilt und Stellen abgebaut wurden. Frau Kachelmann wurde entlassen. Sie machte geltend, der Arbeitgeber habe es versäumt, die Sozialauswahl unter allen Arbeitnehmern, die dieselben Aufgaben ausführen, vorzunehmen, da man sie nicht mit Vollzeitkräften verglichen habe. Frau Kachelmann hatte vor ihrer Entlassung mitgeteilt, dass sie bereit sei, als Vollzeitkraft zu arbeiten. Das nationale Gericht befand, dass sie keinen vertraglichen Anspruch auf eine Vollzeitstelle habe. Daraus zog es den Schluss, dass ihre Position mit der Vollzeitbeschäftigten nicht vergleichbar sei.

Der Gerichtshof stellte fest, dass es sehr viel wahrscheinlicher ist, dass Teilzeitkräfte Frauen sind als Männer<sup>210</sup>, und dass es weit mehr Vollzeitstellen als Teilzeitstellen gebe.<sup>211</sup> Daraus folge, dass bei Stellenabbau Teilzeitkräfte allgemein benachteiligt sind, weil sie eine geringere Chance als Vollzeitkräfte haben, eine vergleichbare Stelle zu finden.<sup>212</sup> Die fehlende Vergleichbarkeit zwischen Teilzeit- und Vollzeitkräften bei der Auswahl für Entlassungen könne daher eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung bewirken.<sup>213</sup> Kann diese durch einschlägiges nationales Recht gerechtfertigt sein?

Der Gerichtshof führte aus, das nationale Gesetz bezwecke den Schutz der von Entlassung bedrohten Arbeitnehmer unter gleichzeitiger Berücksichtigung der betrieblichen und ökonomischen Erfordernisse des Unternehmens. Die Vergleichbarkeit der Tätigkeit sei ausschlaggebend dafür, ob der zu entlassende Arbeitnehmer angesichts seiner Qualifikation und bisherigen Erfahrung im Unternehmen in der Lage sei, andere, aber gleichwertige Arbeiten auszuführen, die bislang von anderen Personen im Unternehmen ausgeführt wurden. Sind die Tätigkeiten von Teilzeit- und Vollzeitkräften bei der Auswahl der zu entlassenden Mitarbeiter nicht vergleichbar, so kann dies, wie oben dargestellt, für Teilzeitkräfte nachteilig sein. Der Gerichtshof ließ sich vom Argument der deutschen Regierung überzeugen, dass die Einführung einer solchen Tätigkeitsvergleichbarkeit auf Basis sozialer Kriterien den gegenteiligen Effekt haben würde, nämlich die Benachteiligung von Vollzeitkräften. Würden deren Stellen abgebaut, müsste man Teilzeitkräften Vollzeitstellen anbieten, obgleich deren Arbeitsvertrag ihnen keinen entsprechenden Anspruch einräumt.<sup>214</sup>

Der Gerichtshof kam dann unter Bezugnahme auf frühere Ausführungen zum nationalstaatlichen Ermessen in Fragen der Sozialpolitik<sup>215</sup> zu dem Schluss, dass „die Frage, ob teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer derart bevorzugt werden sollen, vom nationalen Gesetzgeber zu entscheiden ist, dem es allein obliegt, im Arbeitsrecht zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen einen billigen Ausgleich zu finden“.<sup>216</sup> In diesem Falle, sagte der Gerichtshof, sei die Beurteilung ohne Bezugnahme auf das Geschlecht der Arbeitskräfte betreffende Erwägungen vorgenommen worden. Das mittelbar diskriminierende nationale Gesetz sei daher gerechtfertigt.

Die Argumentation des Gerichtshofs lässt einen Mangel an Sensitivität für die Realitäten des Arbeitslebens erkennen, mit denen diejenigen, im Allgemeinen Frauen, zu kämpfen haben, die Arbeit und Familie miteinander vereinbaren müssen. Man könnte auch die Auffassung vertreten, dass bei Einführung der Vergleichbarkeit der Tätigkeit sowohl den Vollzeit- als auch den Teilzeitkräften in den von Stellenabbau betroffenen Abteilungen jeweils die andere Art von Arbeit angeboten werden müsste, selbst wenn ihr Arbeitsvertrag ihnen keinen entsprechenden Anspruch gewährt. Die Begründung des Gerichtshofs geht davon aus, dass Vollzeitstellen für den Arbeitnehmer wertvoller sind als eine Teilzeitstelle, so dass Teilzeitkräfte, denen im Zuge eines Stellenabbaus eine Vollzeitstelle

angeboten wird, gemessen an ihren vertraglichen Ansprüchen besser dastünden. Dies muss aber keineswegs für alle Arbeitnehmer der Fall sein. Manche (vor allem diejenigen, die neben ihrer Erwerbstätigkeit auch Familienpflichten erfüllen) können das Angebot einer Vollzeitstelle unter Umständen für wesentlich weniger vorteilhaft halten als zum Beispiel eine Abfindung. Der Ansatz, den das Gericht hier in seiner Begründung verfolgt, fördert daher nicht die Chancengleichheit. Es wäre vielmehr angemessener, bei der Sozialauswahl eine *tätigkeitsbezogene* Vergleichbarkeit zu verlangen, so dass der Arbeitgeber nachweisen müsste, dass die fraglichen Aufgaben nicht in Teilzeit erledigt werden können oder jedenfalls nicht in solcher Weise erledigt werden können, dass nicht das ganze Unternehmen erheblich gefährdet wäre.

### 3. Allgemeinwohlerwägungen

Allgemeinwohlbezogene Rechtfertigungsgründe hat der Gerichtshof erstmals in der Rechtssache *Rinner-Kühn* für möglich gehalten.<sup>217</sup> Der Gerichtshof entschied in Ergänzung der in der *Bilka*-Entscheidung vorgenommenen Prüfung einer Rechtfertigung aus ökonomischen Gründen, dass eine mittelbar diskriminierende gesetzliche Regelung gerechtfertigt sein könne, wenn sie das „notwendige Ziel [der] Sozialpolitik [des Mitgliedstaats]“ erfüllt.<sup>218</sup> Der Gerichtshof hat keinen Unterschied zwischen seiner Begründung in *Bilka*, wo es um tätigkeits- oder unternehmensbezogene Rechtfertigungsgründe des Arbeitgebers ging, und Rechtfertigungsgründen unter dem allgemeineren Gesichtspunkt des Allgemeinwohls gemacht. Aus der späteren Rechtsprechung<sup>219</sup> geht hervor, dass derartige Rechtfertigungsgründe auch Arbeitgebern offen stehen. Wie auch bei unternehmensbezogenen Gründen kann es problematisch sein, einen Ausgleich zwischen den widerstrebenden Interessen zu finden: einerseits das Gemeinwohlinteresse an der diskriminierenden Politik oder Praxis, andererseits das Interesse des Individuums an Chancengleichheit. Wie oben festgestellt, legt der Gerichtshof, wenn die diskriminierende Politik durch nationales Sozialversicherungsrecht bzw. in bestimmten Fällen im Kontext eines Beschäftigungsverhältnisses entsteht, weniger strenge Maßstäbe an. Man könnte der Auffassung sein, dass sich darin die Meinung des Gerichtshofs widerspiegelt, welches das für den Ausgleich solcher widerstrebenden Interessen zuständige Gericht ist.

#### a. Beschäftigungsförderung

1985 erhöhte die konservative Regierung in Großbritannien die für eine Kündigungsschutzklage erforderliche Dauer der Betriebszugehörigkeit von einem Jahr auf zwei Jahre. Frau Seymour-Smith war weniger als zwei Jahre lang beschäftigt gewesen, als man ihr kündigte. Nachdem ihre Kündigungsschutzklage abgewiesen worden war, weil sie die Voraussetzungen hinsichtlich der Betriebszugehörigkeit nicht erfüllte, griff Frau Seymour-Smith die Entscheidung des nationalen Gerichts mit der Begründung an, dass das Betriebszugehörigkeitserfordernis die Gleichbehandlungsrichtlinie verletze. In der Entscheidung *Seymour-Smith*<sup>220</sup> entschied der Gerichtshof, dass der Schadensersatzanspruch, der im Falle einer nicht berechtigten Kündigung zu zahlen ist, kein „Entgelt“ im Sinne von Artikel 141 EG-Vertrag darstellt. Ansprüche auf Wiedereinsetzung oder Wiedereinstellung nach nicht berechtigter Kündigung fallen jedoch unter die Gleichbehandlungsrichtlinie. Bei der Entscheidung der Frage, ob nationale Gesetze bezüglich der Zulässigkeit von Kündigungsschutzklagen eine mittelbare

Diskriminierung darstellen, sei vom nationalen Gericht zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt man diese nationalen Regelungen prüft und ob die Statistiken dann zeigen, dass sich die nationalen Gesetze besonders nachteilig für Frauen auswirken. Werde eine solche mittelbare Diskriminierung nachgewiesen, könne der Mitgliedstaat die Regelung mit legitimen sozialpolitischen Erwägungen begründen, die ihrerseits nicht-diskriminierend und verhältnismäßig sein müssten.

Zur Frage der objektiven Rechtfertigung bezog sich der Gerichtshof auf seine früheren Entscheidungen in *Megner*<sup>221</sup> und *Nolte*<sup>222</sup> wonach eine legitime nationalstaatliche Sozialpolitik mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung rechtfertigen kann. Die britische Regierung argumentierte, dass das Erfordernis der zweijährigen Betriebszugehörigkeit darauf abziele, die Beschäftigung zu erhöhen, indem die Entlassungshindernisse zugunsten der Arbeitgeber abgebaut werden, da Arbeitnehmer vor Neuanstellungen zurückscheuen könnten, wenn sie auch bei erst kürzlich angestellten Arbeitnehmern Kündigungsschutzklagen befürchten müssten. Der Gerichtshof entschied, dass ein Mitgliedsstaat sich nicht auf „bloße verallgemeinernde Annahmen“ bezüglich der Eignung einer nationalen Regelung zur Förderung von Arbeitsplätzen verlassen dürfe. Der Mitgliedstaat müssen vielmehr *nachweisen*, auf welcher Grundlage man vernünftigerweise davon ausgehen könne, dass das gewählte Mittel (die zweijährige Betriebszugehörigkeit) sich zur Förderung des sozialpolitischen Ziels (Beschäftigungsförderung) eigne. Diese Anforderung bedeutet, dass der Mitgliedstaat zumindest einige Beweise dafür vorlegen muss, dass seine Politik vernünftig ist. Schafft der Mitgliedstaat es, diese Mindestanforderung zu erfüllen, reicht dies als Rechtfertigungsgrund wahrscheinlich aus. Gegenbeweise, aus denen sich zum Beispiel ergibt, dass die volkswirtschaftlichen Studien, auf welche sich der Mitgliedstaat beruft, methodologisch bedenklich oder durch andere Studien widerlegt sind, reichen wahrscheinlich nicht aus, um die Annahme des Mitgliedstaats, dass es sich um ein geeignetes Mittel zur Beförderung eines legitimen sozialpolitischen Zwecks handelt, als unvernünftig erscheinen zu lassen. Wahrscheinlich gibt es jedoch irgendwo einen Punkt, an dem diskreditierte Beweise nicht mehr als vernünftige Basis einer Politik angesehen werden können.

#### b. Förderung kleiner Unternehmen

In der Rechtssache *Kirshammer-Hack*<sup>223</sup> prüfte der Gerichtshof, ob eine Bestimmung nationalen Rechts, durch welche Arbeitnehmer vor nichtberechtigter Kündigung geschützt wurden, die jedoch auf kleine Unternehmen keine Anwendung fand, mit EG-Recht vereinbar ist. Als kleine Unternehmen galten solche mit nicht mehr als fünf Arbeitnehmern. Bei Feststellung der Anzahl der Arbeitnehmer wurden die „geringfügig Beschäftigten“ nicht berücksichtigt. Eine Frage war, ob diese Bestimmung eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung darstelle. Der Gerichtshof stellte fest, dass eine solche Diskriminierung nur dann vorliege, wenn nachgewiesen werde, dass kleine Unternehmen wesentlich mehr Frauen als Männer beschäftigen<sup>224</sup>. Es seien dem Gerichtshof jedoch keine Beweise dafür angeboten worden, dass dies der Fall sei. Der Gerichtshof fuhr fort, dass eine solche Maßnahme gerechtfertigt sein könnte, „wenn solche Faktoren bei einer Regelung der vorliegenden Art vorliegen, die zu einem Bündel von Maßnahmen gehört, die den Kleinunternehmen, die eine wesentliche Rolle bei der wirtschaftlichen Entwicklung und der Schaffung von

Arbeitsplätzen in der Gemeinschaft spielen, die ihnen auferlegten Lasten erleichtern sollen".<sup>225</sup>

c. Der „gesellschaftliche Bedarf“ an atypischer Arbeit

Wie bereits diskutiert, hielt der Gerichtshof die nachteilige Behandlung geringfügig beschäftigter Arbeitnehmer in den Entscheidungen *Megner*<sup>226</sup> und *Nolte*<sup>227</sup> für eine mittelbare geschlechtbezogene Diskriminierung. Zu ihrer Rechtfertigung hatte sich die deutsche Regierung in diesem Zusammenhang unter anderem auf den gesellschaftlichen Bedarf an geringfügiger Beschäftigung sowie auf ihre Absicht berufen, diese Art von Arbeit zu fördern. Die Entscheidungen *Megner* und *Nolte* ergingen jedoch im Zusammenhang mit der Richtlinie 79/7, und ihre Rechtfertigung war vom Staat vorgebracht worden, nicht von einem Arbeitgeber. Die Frage war, ob sich auch ein Arbeitgeber auf diese Rechtfertigung berufen könnte, um geringfügig Beschäftigte hinsichtlich ihrer Lohn- oder Arbeitsbedingungen ungünstiger zu behandeln.

Mit dieser Frage befasste sich der Gerichtshof in der Rechtssache *Krüger*.<sup>228</sup> Frau Krüger war von 1990 bis 1995 als Krankenschwester am Bezirkskrankenhaus beschäftigt gewesen. Von 1995 bis 1998 nahm sie Mutterschutz- und Erziehungsurlaub und bezog Erziehungsgeld. Während dieser Zeit hatte sie als „geringfügig Beschäftigte“ für das Krankenhaus gearbeitet.<sup>229</sup> Frau Krüger ließ sich das Weihnachtsgeld für 1995 auszahlen.<sup>230</sup> Der Arbeitgeber war der Auffassung, dass der Tarifvertrag, in welchem das Weihnachtsgeld geregelt war, für „geringfügig Beschäftigte“ nicht galt. Frau Krüger erhob daraufhin Klage vor dem deutschen Arbeitsgericht.

Das nationale Gericht war der Auffassung, dass der Ausschluss geringfügig beschäftigter Personen – der hier auf dem allgemeinen Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst beruhte – eine mittelbare Diskriminierung von Frauen bewirke. Mehr als 90 % der Personen, die Erziehungsgeld beziehen, sind Frauen. Das nationale Gericht legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob nationales Recht, welches vorsieht, dass Arbeitnehmer, die während des Erziehungsurlaubs einer nicht sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachgehen, im Gegensatz zu Arbeitnehmern mit sozialversicherungspflichtiger Beschäftigung kein Weihnachtsgeld erhalten, mit EG-Recht vereinbar ist. Im Grunde ging es hier um die Frage, ob der Ausschluss der nicht sozialversicherungspflichtig Beschäftigten eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung darstellt.

Der Gerichtshof bemerkte unter Bezugnahme auf *Megner* und *Nolte*, dass der Ausschluss geringfügig Beschäftigter von der Sozialversicherung einem gesellschaftlichen Bedarf an geringfügiger Beschäftigung entspreche, den die deutsche Regierung zu befriedigen wünscht.<sup>231</sup> Der Gerichtshof fuhr jedoch fort, dass ein solcher Ausschluss nichts an dem grundlegenden Prinzip des EG-Rechts ändern könne, dass Männer und Frauen gleichen Lohn für gleiche Arbeit erhalten sollen.<sup>232</sup> Der Gerichtshof erklärte dann ausdrücklich, dass das nationale Gericht, sofern es eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung feststelle, zu dem Schluss kommen müsse, dass der Tarifvertrag gegen Artikel 141 EG-Vertrag verstößt.<sup>233</sup> Die Rechtssache *Krüger* betrifft eine andere Situation als die in den Entscheidungen *Megner* und *Nolte*. Der Streitgegenstand war hier nicht ein nationales Gesetz, und der Ausschluss der geringfügig Beschäftigten vom Erhalt des Weihnachtsgelds war auch nicht für die strukturelle Kohärenz des deutschen Sozialversicherungssystems erforderlich.<sup>234</sup>

Aus *Krüger* ergibt sich, dass Arbeitgebern (als Tarifvertragsparteien, vermutlich aber auch als Einzelpersonen) nicht dasselbe breite Spektrum allgemeinwohlbezogener Rechtfertigungsgründe zusteht wie den Regierungen der Mitgliedstaaten. Wenn die Auswirkungen eines Tarifvertrags mittelbare Diskriminierung erzeugen, so reicht es nicht aus, auf Gründe Bezug zu nehmen, die ansonsten ausreichen würden, um eine von einem nationalen Gesetzgeber beschlossene sozialpolitische Regelung zu rechtfertigen. Es hat den Anschein, dass die Begründung bezüglich der strukturellen Kohärenz des Sozialversicherungssystems in den Fällen *Megner* und *Nolte* entscheidend war. Die beiden anderen von der deutschen Regierung in *Megner* und *Nolte* vorgebrachten Begründungen (gesellschaftlicher Bedarf an geringfügiger Beschäftigung und Gefahr eines „Schwarzarbeitsmarkts“) basieren auf der Annahme, dass Arbeitgeber davon profitieren, wenn Arbeitnehmer in geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen von der Sozialversicherungspflicht ausgenommen sind. In der Entscheidung *Krüger* ist dieser Vorteil so umschrieben, dass er nur bezüglich der Verpflichtung besteht, Pflichtbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung zu leisten. Arbeitnehmer in „geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen“ – zumeist Frauen – müssen bezüglich aller ihnen gewährter Vorteile gleichbehandelt werden, *sofern* anzunehmen ist, dass es sich bei diesen Vorteilen um „Entgelt“ im Sinne des Artikels 141 EG-Vertrag handelt. Dieser Grundsatz erstreckt sich vermutlich auch auf die Gleichbehandlung im arbeitsrechtlichen Zusammenhang.

d. Fehlende Verantwortung des Arbeitgebers für atypisch beschäftigte Arbeitnehmer In *Rinner-Kühn*<sup>235</sup> ging es um eine Bestimmung nationalen Rechts, die vorsah, dass Arbeitgeber im Krankheitsfall bis zu sechs Wochen Lohnfortzahlung leisten müssen. „Geringfügig Beschäftigte“ waren allerdings vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung ausgenommen.<sup>236</sup> Frau Rinner-Kühn fiel in diese Kategorie und man verweigerte ihr die Lohnfortzahlung. Dieser Ausschluss stellte offensichtlich eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung dar.

Die deutsche Regierung berief sich zur Rechtfertigung der Diskriminierung auf die Behauptung, dass die unter die betreffende Regelung fallenden Arbeitnehmer nicht in gleicher Weise in das sie beschäftigende Unternehmen eingegliedert und auch nicht in demselben Maße von diesem abhängig seien wie andere Arbeitnehmer. Folglich seien die Voraussetzungen für die Verpflichtung ihres Arbeitgebers, sie unter anderem auch durch Lohnfortzahlung zu unterstützen, nicht erfüllt.<sup>237</sup>

Die Kommission war der Auffassung, dieses Argument entbehre einer Begründung. Es könne weder als ökonomisch vertretbar noch als sozial erforderlich angesehen werden, Vollzeitkräften sechs Wochen Lohnfortzahlung zuzugestehen und dies Teilzeitkräften, die sozial weniger gut gestellt sind, zu verweigern. Eine solche Regelung, bemerkte die Kommission, verweigere den Schutz gerade in der Lage, in welcher er am dringendsten gebraucht wird.<sup>238</sup> Der Gerichtshof entschied, dass nationale Gesetze wie das streitgegenständliche rechtswidrig seien, sofern nicht eine objektive Begründung nachgewiesen werde<sup>239</sup>, wobei die Rechtfertigungsgründe auch auf notwendige sozialpolitische Ziele gestützt werden könnten.<sup>240</sup> Der Gerichtshof merkte allerdings an, dass eine solche Begründung nicht durch Verweis auf „verallgemeinernde Auffassungen bezüglich bestimmter Kategorien von Arbeitnehmern“ erfolgen könne<sup>241</sup> wie etwa in diesem Falle auf die Behauptung, dass Teilzeitkräfte weniger in den Betrieb des Arbeitgebers integriert und mit diesem verbunden seien als Vollzeitkräfte.

Der hier verfolgte Ansatz des Gerichtshofs ist der Chancengleichheit förderlich. Mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung bezüglich der Lohnfortzahlung könnte als verdeckte Stereotypisierung von Geschlechtsrollen angesehen werden. Diesem Stereotyp zufolge leisten nur Vollzeitbeschäftigte (Männer), als Haupternährer „echte Arbeit“, und nur sie (und mittelbar auch ihre Familien) sollten durch die staatlichen Sozialversicherungsgesetze einschließlich der Gesetze, die Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verpflichten, abgesichert sein. Teilzeitarbeit (Frauenarbeit) sei nur ein Zuverdienst, ein „Zubrot“, keine „echte Arbeit“, weshalb für den Fall der Erkrankung von Teilzeitkräften eine sozialversicherungsrechtliche Absicherung nicht erforderlich sei. Dabei wird stillschweigend davon ausgegangen, dass es einen „echten Ernährer“ gibt, der im Krankheitsfall für den Unterhalt der Teilzeitarbeitskraft sorgt. Dieser Gedankengang ignoriert die Tatsache, dass in vielen Familien das Einkommen einer teilzeitarbeitenden Frau einen erheblichen Beitrag zum *notwendigen Familieneinkommen* darstellt. Es war daher richtig, dass diese Begründung vom Gerichtshof zurückgewiesen wurde.

Leider war der Gerichtshof in der Rechtssache *Kowalska*<sup>242</sup>, in dem ein ähnliches Argument vorgebracht wurde, weniger entschieden. *Kowalska* betraf die Frage, ob der Ausschluss der Teilzeitkräfte vom Abfindungsanspruch bei Pensionierung gerechtfertigt sei. Der beklagte Arbeitgeber meinte, dass diese mittelbar diskriminierende Regelung dadurch gerechtfertigt sei, dass Teilzeitkräfte ihrem Arbeitgeber nicht ihre volle Arbeitskraft zur Verfügung stellen<sup>243</sup> und dass sie sich und ihre Familie nicht ausschließlich aus dem durch die Beschäftigung erzielten Einkommen ernährten.<sup>244</sup>

Der Generalanwalt erkannte diese Rechtfertigungsgründe als „bloße Verallgemeinerungen bezüglich bestimmter Kategorien von Arbeitskräften“.<sup>245</sup> Es stimmt einfach nicht, dass das Einkommen aller Teilzeitkräfte stets nur ein „Zubrot“ zum Familieneinkommen darstelle. Im Gegenteil: Das Einkommen einer Teilzeitkraft könne, vor allem im Fall alleinerziehender Elternteile, für das Wohlergehen der Familie wesentlich sein. Der Generalanwalt wies auf die „bemerkenswerte Ähnlichkeit“ der in *Kowalska* vorgebrachten Begründungen hin, die in *Rinner-Kühn* vom Gerichtshof zurückgewiesen worden waren. Der Gerichtshof geht in seinem Urteil jedoch über diesen Teil der Analyse hinweg, um dann lediglich zu bestätigen, dass es in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts fällt zu entscheiden, ob in diesem Falle objektive Gründe die mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung rechtfertigen.

#### e. Respektierung von Tarifverträgen

In der Rechtssache *Kowalska* waren die unterschiedlichen Abfindungsansprüche von Teilzeit- und Vollzeitkräften in einem Tarifvertrag niedergelegt worden. Das nationale Gericht fragte, ob das EG-Recht für den Fall, dass die Bestimmung für mittelbar diskriminierend gehalten werden, verlange, dass Teilzeitkräfte in derselben Weise behandelt werden wie Vollzeitkräfte. Immerhin sei der Grundsatz der Vertragsfreiheit der Parteien des Tarifvertrags zu bedenken. Im Grunde zielte die Frage darauf ab, ob die unterschiedliche, mittelbar diskriminierende, Behandlung in einem Tarifvertrag die Diskriminierung rechtfertigen könne. Diese Frage war vom Generalanwalt bereits in der Rechtssache *Danfoss* aufgeworfen worden, der dort der Auffassung war, dass das Bestehen zweier separater Tarifverträge – eines Tarifvertrags für Männer und eines für Frauen – die Anwendung von Artikel

[141] EG-Vertrag nicht ausschlieÙe. Zwar sei es nicht *per se* rechtswidrig, separate Tarifverträge zu haben. Entscheidend sei aber die *Art und Weise*, in der sich die Verträge auswirken.

In *Kowalska* entschied der Gerichtshof, dass die einfache Niederlegung diskriminierender Maßnahmen in einem Tarifvertrag die mittelbare Diskriminierung nicht rechtfertigen könne. Die unmittelbare Auswirkung von Artikel [141] EG-Vertrag verlange, dass die Teilzeitkräfte Anspruch auf dieselben Rechte hätten, wenn auch proportional zur Anzahl der von ihnen gearbeiteten Stundenzahl. Die Frage in *Kowalska* bezog sich zwar vorwiegend auf die zur Verfügung stehende Abhilfe, aber die Entscheidung bezüglich des Status von Tarifverträgen als Rechtfertigung mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung wurde in *Enderby* bestätigt. Dort hatte der englische Court of Appeal ausdrücklich gefragt, ob der Arbeitgeber sich zur Rechtfertigung der Diskriminierung darauf berufen dürfe, dass die in Frage stehenden unterschiedlichen Löhne im Zuge von Tarifverhandlungen vereinbart worden waren. Der Gerichtshof entschied unzweideutig, dass er dies nicht könne. Dazu führte er aus, dass die Arbeitgeber den Grundsatz des gleichen Lohns leicht umgehen könnten, wenn dies als Rechtfertigung anerkannt würde.<sup>246</sup>

Die Ablehnung der separaten Tarifverhandlungen als Rechtfertigungsgrund für mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung fördert die Chancengleichheit, da es nicht ausreichen kann, sich lediglich zu fragen, ob das unterschiedliche Lohnniveau auf zwei verschiedenen Verhandlungen beruht. Es ist vielmehr notwendig, den Verhandlungsprozess zu *hinterfragen*, d.h. die Frage zu stellen, *warum* ein Tarifvertrag günstiger ausfiel als der andere.<sup>247</sup> Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass Gewerkschaften traditionell mehr Erfolg darin hatten, höhere Löhne für Männer als für Frauen zu erkämpfen<sup>248</sup>, was wiederum daran liegen mag, dass Männerarbeit traditionell vom Markt höher geschätzt wurde als Frauenarbeit. Führt man also die verschiedenen Tarifverträge allein als Rechtfertigung an, kann dies die diskriminierenden Kräfte verschleiern, die sich dahinter verbergen. Vertragsfreiheit kann in den Händen männerorientierter Gewerkschaften bedeuten, Freiheit geschlechtsbezogener Annahmen und Gepflogenheiten bezüglich des Status und Werts von Tätigkeiten zu perpetuieren, insbesondere die Annahme, dass „Männerarbeit“, die von Ernährern ausgeübt wird, wesentlich höher vergütet werden muss, um Unterhalt für Frau und Familie leisten zu können. Wie bereits erwähnt, gibt es jedoch tatsächlich einen ständig steigenden, hohen Anteil von Familien, der von Frauen ernährt wird bzw. der auf das Einkommen einer Frau angewiesen ist.<sup>249</sup>

#### f. Arbeitnehmermitbestimmung

Der Gerichtshof hat sich mit mehreren Vorlagen deutscher Gerichte befasst, die die unterschiedliche Behandlung von Teilzeitkräften betrafen, die Mitglieder des Betriebsrats oder anderer Mechanismen sind, welche im Unternehmen des Arbeitgebers als Mitarbeitervertretung bestehen. Der Gerichtshof befasste sich mit dieser Frage erstmalig in *Böte*<sup>250</sup>. Dort ging es darum, wie das deutsche Gesetz, das eine Vergütung für Mitarbeiter vorsieht, die für Schulungsveranstaltungen freigestellt werden müssen, um sich in der Mitarbeitervertretung engagieren zu können, auf Teilzeitkräfte anzuwenden ist. Das Gesetz ließ die Entschädigung nur für Teilzeitkräfte zu, die, wenn sie nicht an der Schulung teilgenommen hätten, in der Zeit, während derer die Schulung stattfand, gearbeitet hätten. Die Auswirkung

dieser Regelung war, dass Teilzeitkräfte weniger Entschädigung für die Teilnahme an der Schulung erhielten als Vollzeitkräfte.

Demgegenüber befand der Gerichtshof, dass eine „Vergütung“ für die Teilnahme an Schulungen ein „Entgelt“ im Sinne von Artikel 141 EG-Vertrag darstellt.<sup>251</sup> In der Rechtssache *Helmig*<sup>252</sup> hatte der Gerichtshof entschieden, dass beim Vergleich des Entgelts von Vollzeit- und Teilzeitkräften im Zusammenhang mit einer auf Artikel 141 EG-Vertrag gestützten Klage, das Entgelt für dieselbe Anzahl geleisteter Arbeitsstunden zu vergleichen sei. Wenn also Teilzeitkräfte an Schulungen teilnehmen, die sie in die Lage versetzen, sich in der Mitarbeitervertretung zu engagieren, dafür aber nicht dieselbe „Vergütung“ erhalten wie Vollzeitkräfte, weil die Schulungen außerhalb der normalen Arbeitszeit der Teilzeitkräfte (also in deren „Freizeit“) stattfinden, dann ist dies eine mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung. Das ganze System scheint auf einer geschlechtsbesetzten Vorstellung dessen aufgebaut zu sein, was „normale“ Arbeitsstunden sind, ohne die Tatsache zu berücksichtigen, dass die betreffende Zeit für viele Teilzeitkräfte wahrscheinlich keineswegs „frei“ verfügbar ist, weil sie zum Beispiel für den betreffenden Zeitraum eine Kinderbetreuung organisieren (und bezahlen) müssen.

Die deutsche Regierung stützte ihre Rechtfertigung auf die Behauptung, dass die unterschiedliche Behandlung ausschließlich auf die unterschiedlichen Arbeitszeiten zurückzuführen sei. Da das Gesetz Vergütung für entgangene Arbeitszeiten vorsah, liege keine Diskriminierung vor. Der Gerichtshof war der Ansicht, dass dieses Argument nichts an der Tatsache ändere, dass sich die Regelung ungünstig für Teilzeitkräfte auswirke, obwohl beide Kategorien von Arbeitskräften gleichermaßen Zeit für die Schulung aufwenden müssen, um die Rechte der Arbeitnehmer im Interesse guter Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu wahren.<sup>253</sup> Der Gerichtshof ließ die Möglichkeit offen, dass das nationale Gericht einen anderen Rechtfertigungsgrund für die Diskriminierung finden könne.<sup>254</sup>

Trotz der Entscheidung des Gerichtshofs in *Bötel* musste sich der Gerichtshof in den Rechtssachen *Lewark*<sup>255</sup> und *Freers und Speckmann*<sup>256</sup> erneut mit dieser Frage befassen. Der Grund für die wiederholten Vorabentscheidungen ist der besondere Status, den Betriebs- und Personalräte im deutschen nationalen Arbeits- und Mitbestimmungsrecht genießen. Die Unabhängigkeit der Betriebsräte ist unter anderem durch den Grundsatz garantiert, dass die Betriebsratsmitglieder ihre Pflichten erfüllen, ohne Einkommensverluste zu erleiden bzw. ohne finanzielle Anreize für die Übernahme dieser Aufgaben zu erhalten.<sup>257</sup> Der Gerichtshof wiederholte, dass die diskriminierenden Auswirkungen der Regelung möglicherweise aufgrund anderer nationaler sozialpolitischer Erwägungen gerechtfertigt sein könnten. Der Gerichtshof deutete dann jedoch an, dass die deutsche Regelung wahrscheinlich geeignet ist, „[Teilzeitbeschäftigte] [...] davon abzuhalten, ein Betriebsratsamt auszuüben oder die für die Ausübung dieses Amtes erforderlichen Kenntnisse zu erwerben, und damit die Vertretung dieser Arbeitnehmergruppe durch qualifizierte Betriebsratsmitglieder erschwert“.<sup>258</sup> Die Unterrepräsentation von Frauen in Tarifverhandlungsstrukturen ist gut dokumentiert.<sup>259</sup> Diese Erklärung des Gerichtshofs könnte als Andeutung des Gerichtshofs verstanden werden, dass es hier an der erforderlichen nicht-diskriminierenden Rechtfertigung fehle.<sup>260</sup> Allerdings schloss der Gerichtshof nicht definitiv aus, dass das nationale Gericht zu einer gegenteiligen Entscheidung kommen könnte.

g. Ordnungsgemäße Verwaltung von Sozialversicherungssystemen  
In *Jørgensen*<sup>261</sup>, dem bislang einzigen Fall, in dem der Gerichtshof sich mit der Auslegung der Richtlinie 86/613 auf die Gleichbehandlung von Freiberuflern und Selbständigen zu befassen hatte, ging es um die Neuordnung der Vergütung von Fachärzten im nationalen Gesundheitssystem Dänemarks. Um zu verhindern, dass Ärzte, die in Teilzeit privat praktizieren, ihre sonstigen Pflichten in öffentlichen Krankenhäusern vernachlässigen, wurde eine feste Grenze für den Umsatz festgelegt, der in einer solchen Teilzeitpraxis erzielt werden darf. Darüber hinaus wurden die Praxen unter Bezugnahme auf den Umsatz in dem der Neuordnung vorausgehenden Jahr neu klassifiziert: als Teilzeit- oder Vollzeitpraxis. Im Fall eines Verkaufs sollten die Praxen jedenfalls automatisch als „Teilzeit“ eingestuft werden.

Frau Jørgensens Praxis war bis dahin als „Vollzeitpraxis“ eingestuft worden, woran sich auch nach der Neuordnung nichts änderte. Frau Jørgensen machte jedoch geltend, dass im Falle eines Verkaufs der Jahresbetrag an Honoraren, den der Käufer erzielen könnte, durch die Grenze gedeckelt sei. Da eine Arztpraxis eine Investition für die künftige Altersversorgung sei, hatte dies also negative Auswirkungen auf das von Frau Jørgensen erwartete Ruhestandeinkommen.<sup>262</sup> Frau Jørgensen wies darauf hin, dass sie stets in Vollzeit in der Praxis gearbeitet habe und tatsächlich keine sonstigen Aufgaben in öffentlichen Krankenhäusern übernehmen wolle. Der Grund für den geringen Umsatz, den sie im betreffenden Jahr erzielt hatte, war, dass sie ihre Zeit auch ihrer Familie hatte widmen müssen, weil ihre Kinder noch klein waren. Sie vertrat die Auffassung, die Neuordnung sei mittelbar diskriminierend, weil sie einen höheren Anteil der weiblichen als der männlichen Fachärzte betraf, da sich Frauen häufiger als Männer der Kindererziehung widmen und aus diesem Grund einen geringeren Umsatz erzielen. Es bestand Uneinigkeit darüber, ob sich eine solche mittelbare geschlechtsbezogene Benachteiligung aus der Statistik ergebe.<sup>263</sup> Der Gerichtshof war jedoch hinreichend davon überzeugt, dass eine Diskriminierung vorliegen könne, weshalb es sich mit der Frage der objektiven Rechtfertigung befasste.

Die dänische Regierung behauptete, dass die Neuordnung den Zweck verfolgt habe, die öffentlichen Ausgaben für fachärztliche Leistungen einzuschränken sowie die finanzielle und geografische Planung hinsichtlich der Anzahl solcher Fachärzte zu verbessern.<sup>264</sup> Das nationale Gericht fragte, ob Gründe, dies sich auf Haushaltsstringenz, Einsparungen oder Planung der Versorgung mit Facharztpraxen beziehen, objektive Rechtfertigungsgründe darstellen können. Der Gerichtshof wiederholte seine vorherige Entscheidung in der Sache *De Weerd*<sup>265</sup>: Obgleich haushaltspolitische Erwägungen den sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats sowie der Art oder dem Umfang der sozialen Sicherung zugrunde liegen können, stellen sie *für sich genommen* kein durch die Sozialpolitik verfolgtes Ziel dar, so dass sie nicht als Rechtfertigung für geschlechtsbezogene Diskriminierung dienen können.<sup>266</sup> Der Gerichtshof setzte sich auch ausdrücklich mit der Tatsache auseinander, dass die Geschlechtergleichbehandlung ein fundamentales Prinzip des EG-Rechts ist.<sup>267</sup> Allerdings kann das ordnungsgemäße Management öffentlicher Ausgaben für die fachärztliche Versorgung sowie die Garantie des Zugangs zu solcher Versorgung einen legitimen objektiven Rechtfertigungsgrund darstellen.<sup>268</sup>

#### h. Verteidigung

In einer Reihe von Mitgliedstaaten, unter anderem auch in Deutschland, müssen alle jungen Männer Wehrdienst<sup>269</sup> leisten. Frauen sind von solchen Zwangsdiensten ausgenommen. Der Gerichtshof wird sich in der Rechtssache *Dory* mit der damit verbundenen unmittelbaren geschlechtsbezogenen Diskriminierung auseinander zu setzen haben.<sup>270</sup> Der Gerichtshof hat sich jedoch bereits mit einer sich aus diesem Punkt ergebenden Klage wegen *mittelbarer* geschlechtsbezogener Diskriminierung befassen müssen.<sup>271</sup> Das Beamtenrecht des deutschen Bundeslands Hessen sah vor, dass, falls keine ausreichende Zahl von Rechtsreferendarstellen für die praktische Phase der Juristenausbildung vorhanden war, so dass einige qualifizierte Bewerber erst später in den Referendardienst eintreten könnten, diejenigen Bewerber, die ihre Wehrpflicht erfüllt hatten (notwendigerweise Männer) zu denen zu zählen, die bevorzugt eingestellt wurden. Frau Schnorbus, der eine Referendarstelle verweigert worden war, machte geltend, dass die Regelung Frauen diskriminierte, da nur Männer ihre Wehrpflicht erfüllen können. Dagegen wurde die Auffassung vertreten, dass die Regelung, die darauf abziele, den Nachteil derjenigen, die ihren Wehrdienst geleistet haben, auszugleichen, objektiv gerechtfertigt sei.

Der Gerichtshof befand, dass mittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung vorliege.<sup>272</sup> Zur Frage der Rechtfertigung wurden dem Gerichtshof eine Reihe spezifischer Fragen vorgelegt. Reichte die Tatsache, dass die Regelung *automatisch* die bevorzugte Einstellung von Männern zur Folge hatte aus, um eine Rechtfertigung gemäß Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie auszuschließen?<sup>273</sup> Falls nicht: Könnte eine solchen Regelung gemäß Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie gerechtfertigt sein, auch wenn es sich um eine Maßnahme der Förderung der Chancengleichheit *zugunsten von Männern* handelte?<sup>274</sup> Ist allein die bloße Tatsache, dass nur Männer wehrpflichtig sind, als eine bestehende Ungleichheit im Sinne von Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie anzusehen, die die Chancen von Männern beeinträchtigt, oder sind auch die Nachteile für Frauen zu berücksichtigen? Lässt sich die Regelung allein dadurch rechtfertigen, dass sie Nachteile ausgleicht, denen Frauen nicht ausgesetzt sind? Der Gerichtshof befasste sich in ausgesprochen kursorischer Weise mit all diesen Fragen auf einmal. Obgleich der Gerichtshof feststellte, dass es sich um *mittelbare* Diskriminierung handelte, so dass die Rechtfertigungsgründe nicht auf die ausdrücklichen Abweichungen im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie beschränkt waren, prüfte der Gerichtshof Artikel 2 Abs. 4 Gleichbehandlungsrichtlinie als Rechtfertigungsgrund. In seiner Entscheidung führte der Gerichtshof aus, dass

„[m]it der streitigen Vorschrift [...] der Verzögerung in der Ausbildung von Bewerbern Rechnung getragen werden [soll], die einer Wehr- oder Ersatzdienstpflicht unterliegen; sie ist somit objektiver Natur und soll allein zum Ausgleich der Auswirkungen dieser Verzögerung beitragen“<sup>275</sup>

weshalb die Regelung dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht entgegenstehe.<sup>276</sup> Des Weiteren befand der Gerichtshof, dass die Regelung nicht unverhältnismäßig sei, da es sich um eine Verzögerung von maximal zwölf Monaten handle und der Wehr- oder Zivildienst mindestens ebenso lange dauere.<sup>277</sup>

Diesem legalistischen Ansatz liegt die fundamentale Frage zugrunde, ob sich die historische Beschränkung der Wehrpflicht auf Männer rechtfertigen lässt. Mit dieser Frage wird das EG-Grundrecht auf Gleichbehandlung der Verfassungsbestimmung eines Mitgliedstaats gegenübergestellt, die sich auf die militärische Verteidigung bezieht, eine Angelegenheit, die offensichtlich außerhalb

des Zuständigkeitsbereichs der Gemeinschaft liegt und bei der außerordentliche nationale Empfindlichkeiten bestehen. In der Rechtssache *Schnorbus* waren die Kläger und der Gerichtshof sehr darauf bedacht, dieses Thema zu vermeiden. Im Fall *Dory* wird der Gerichtshof sich einer Auseinandersetzung damit jedoch nicht entziehen können.

## D. Nicht zu rechtfertigende geschlechtsbezogene Diskriminierung

Wie bereits festgestellt, kann unmittelbare Diskriminierung nicht gerechtfertigt werden, es sei denn, sie fällt unter bestimmte gesetzlich vorgesehene Abweichungen vom Gleichbehandlungsgrundsatz. Derartige Abweichungstatbestände gibt es nicht bezüglich der Lohngleichheit<sup>278</sup>, sondern nur bezüglich der Gleichbehandlung. Die vorgeschlagene neue Gleichbehandlungsrichtlinie wird sexuelle Belästigung in die Definition geschlechtsbezogener Diskriminierung aufnehmen. Es ist davon auszugehen, dass eine solche Form der Diskriminierung nicht gerechtfertigt werden kann. Dies liegt an der Natur der Diskriminierung, welche im Vor-schlag definiert ist als „ein unerwünschtes, geschlechtsbezogenes Verhalten, [welches] die Beeinträchtigung der Würde einer Person [...] bezweckt oder bewirkt“. Die Bezugnahme auf die Würde unterstreicht die Vorstellung, dass Diskriminierung durch sexuelle Belästigung in einem engen Zusammenhang zu dem Grundrecht steht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden. Es kann keine Rechtfertigung geben, dieses Grundrecht in diesem Zusammenhang nicht zu respektieren.

## E. Schlussfolgerungen

Der Gerichtshof scheint je nach dem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung auftritt, verschiedene Maßstäbe an die Rechtfertigung geschlechtsbezogener Diskriminierung in der Arbeitswelt anzulegen. Unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung beim Entgelt kann nicht gerechtfertigt sein. Beim Zugang zu Beschäftigung und Beschäftigungsbedingungen wird eine relativ strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt. Der Gerichtshof bleibt auch bei einer relativ strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wenn es um die Beurteilung tätigkeits- und unternehmensbezogener Rechtfertigungsgründe bei mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung geht, jedenfalls soweit solche vom Arbeitgeber geltend gemacht werden. Allgemeinwohlbezogene Rechtfertigungsgründe unterliegen, insbesondere wenn ein Mitgliedstaat sich auf diese als Teil seiner allgemeinen Sozialpolitik beruft, nur einer schwächeren, auf Vernunftabwägungen basierenden Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Die unterschiedlichen Maßstäbe für die Rechtfertigung lassen sich wahrscheinlich am besten durch die „Grenzen„ des EG-Rechts erklären, namentlich die Notwendigkeit, den nationalen Ermessensspielraum in der Sozialversicherungspolitik wie auch in anderen sozialpolitischen Bereichen außerhalb der Beschäftigungspolitik zu respektieren, da diese Bereiche weitgehend außerhalb der Zuständigkeit der Gemeinschaft liegen.<sup>279</sup> Dies erklärt auch, warum die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Geschlechtergleichstellung (im Allgemeinen) von den nationalen Gerichten akzeptiert wurde, ohne dass es zu konstitutionellen Konflikten kam, die man beim Gleichheitsgrundsatz, der seiner grundlegenden Bedeutung nach einer Verfassungsbestimmung vergleichbar ist, hätte erwarten

können.<sup>280</sup> Jedenfalls steht dies nicht im Einklang mit den sehr weit gefassten Ausführungen des Gerichtshofs zur Bedeutung der Geschlechtergleichheit als grundlegendes Menschenrecht im Rechtssystem der EG.

## Fussnoten

- 1 Vgl. Barnard, *EC Employment Law* (Oxford: OUP, 2000); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996); Ellis, 'The Definition of Discrimination in European Community Sex Equality Law' 19 ELRev (1994) 563; Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' 21 ILJ (1992) 119; More, '„Equal Treatment“ of the Sexes in Community Law: What does „Equal“ mean?' 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; mehr dazu 'Equality of Treatment in European Community Law: The Limits of Market Equality' in: Bottomley (Hg.), *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law* (London: Cavendish, 1996).
- 2 Für eine hilfreiche Einführung aus amerikanischer Sicht vgl. Bartlett and Kennedy (Hg.), *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender* (Boulder: Westview, 1991); aus britischer Sicht vgl. Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002) und Fredman, *Women and the Law* (Oxford: Clarendon Press, 1997), hier besonders Kapitel 1.
- 3 Sicherlich kann das Diskriminierungsrecht nicht alle tief verwurzelten Ursachen von Ungleichheiten angehen. Allerdings spielen Rechtsansprüche durchaus eine Rolle, nicht nur soweit es darum geht, jemandem bei Diskriminierung Schadenersatz zu gewähren, sondern auch bezüglich der Formung des Sozialverhaltens.
- 4 So eine Vielzahl von Autoren, vgl. Barnard, Fn. 1, S. 206-208; Fredman (2002), Fn. 2, besonders 136-143; vgl. Von Prondzynski and Richards, 'Equal Opportunities in the Labour Market: Tackling Indirect Sex Discrimination' 1 EPL (1995) 117-138.
- 5 Vgl. ferner Barnard, Fn. 1, S. 198; Barnard, 'EC Sex Equality Law: A Balance Sheet' in: Alston (Hg.), *The EU and Human Rights* (Oxford: OUP, 1999); Barnard, 'The Economic Objectives of Article 119 EC' in: Hervey and O'Keeffe (Hg.), *Sex equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); mehr dazu 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right' in: Craig and de Búrca (Hg.), *The Evolution of EU Law* (Oxford: OUP, 1999); Hoskyns, *Integrating Gender* (London: Verso, 1996, Kapitel 4.
- 6 Vgl. *Defrenne No 2*, Rechtssache 43/75, Slg. 1975, 455: „Artikel 119 verfolgt ein doppeltes Ziel .... sowohl ein wirtschaftliches als auch ein soziales.....“; *Defrenne No 3*, Rechtssache 149/77, Slg. 1978, 1365: „Respekt vor den grundlegenden Menschenrechten ist einer der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.....es kann keinen Zweifel daran geben, dass das Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierung Teil dieser grundlegenden Rechte ist“. Vgl. ferner Docksey, 'The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right under Community Law' 20 ILJ (1991) 258-280; Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' in: Sciarra (Hg.), *Labour Law in the Courts: National Judges and the European Court of Justice* (Oxford: Hart, 2000) Flynn, 'Equality Between Men and Women in the Court of Justice' 18 YEL (1998) 259; Loenen, 'Rethinking Sex Equality as a Human Right' (1994) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 253.
- 7 Rechtssache C-13/94, Slg. 1996, I-2143. Vgl. ferner Barnard, 'P v S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?' in: Dashwood und O'Leary (Hg.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997); Flynn, 'The Body Politic(s) of EC Law' in: Hervey und O'Keeffe (Hrsg.), *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996); Flynn, 34 CMLRev (1997) 367; Stychin, 2 *International Journal of Discrimination and the Law* (1997) 217; Wintemute, 'Recognising New Kinds of Direct Sex Discrimination: Transsexualism, Sexual Orientation and Dress Codes' 60 MLR (1997) 334; Skidmore, 'Can Transsexuals Suffer Sex Discrimination?' 19 JSWFL (1997) 105

- 8 Absatz 19. Vgl. auch die Auffassung des Generalanwalts in Absatz 22: „Die Richtlinie ist nichts, wenn nicht Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes und eines Grundrechts.....Respekt vor den Grundrechten ist einer der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, deren Einhaltung der Gerichtshof sicherzustellen hat.“ Der Gerichtshof hat in *Birds Eye Walls/Roberts*, Rechtssache C-132/92, Slg. 1993, I-5579 einen ähnlichen Ansatz verfolgt, wo er entschied, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen entspreche „dem allgemeinen Grundsatz der Nicht-Diskriminierung, welchen er in besonderer Form ausdrückt“.
- 9 Absatz 22.
- 10 Rechtssache C-50/96, Slg. 2000, I-743.
- 11 Zitiert *Defrenne No 3*, Rechtssache 149/77; *Razzouk und Beydoun/Commission*, Rechtssachen 75/82 und 117/82, Slg. 1984, 1509 und *P/S*, Rechtssache C-13/94.
- 12 Absatz 57.
- 13 Vgl. auch Ellis, 'Proportionality in EC Sex Discrimination Law' in: Ellis (Hg.), *The Principle of Proportionality in the laws of Europe* (Oxford: Hart, 1999), S. 166; Prechal, 'Combating Indirect Discrimination in Community Law Context' (1993) LIEI 81-97, s. S. 87.
- 14 Vgl. z.B. Fredman, 'European Community Discrimination Law: A Critique' 21 ILJ (1992) 119; More, '„Equal Treatment“ of the Sexes in Community Law: What does „Equal“ mean?' 1 *Feminist Legal Studies* (1993) 45; Fenwick und Hervey, 'Sex Equality in the Single Market: New Directions for the European Court of Justice' 32 CMLRev (1995) 443; De Búrca, 'The Role of Equality in Community Law' in: Dashwood und O'Leary (Hg.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law* (London: Sweet and Maxwell, 1997)
- 15 Rechtssache C-249/96, Slg. 1998, I-621. Vgl. ferner Bamforth, 'Sexual Orientation Discrimination after *Grant v South West Trains*' 63 MLR (2000) 694; Wintemute, Fn. 7; Bell, 'Shifting Conception of Sexual Discrimination at the Court of Justice: from *P v S* to *Grant v SWT*' 5 ELJ (1999) 63; Armstrong, 'Tales of the Community: sexual orientation discrimination and EC law' 20 JSWFL (1998) 455; Kenner, *Employment Law in the European Union: From Rome to Amsterdam* (Oxford: Hart, 2002 in Kürze erscheinend), Kapitel 10.
- 16 Im Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht wird die Gleichbehandlung bei der Sozialversicherung von den Richtlinien 79/7/EWG und 86/378/EG; die Gleichbehandlung bei den Renten von Artikel 141 EG-Vertrag abgedeckt. Die Diskussion über die Berechtigung geschlechtsbezogener Diskriminierung im Zusammenhang mit der Sozialversicherung würde den Rahmen dieses Vortrags sprengen. Zur Vertiefung vgl. Hervey and Shaw, 'Women, Work and Care: Women's Dual Role and Double Burden in EC Sex Equality Law' 8 JESP (1998) 43-63; Hervey, 'Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Allocation of Competence' 4 ELJ (1998) 196-219; Sohrab, *Sexing the Benefit: Women, Social Security and Financial Independence in EC Sex Equality Law* (Aldershot: Dartmouth, 1996); Whiteford, *Adapting to Change: Occupational Pension Schemes, Women and Migrant Workers* (Deventer: Kluwer, 1997).
- 17 Dies wird durch die Richtlinien 75/117/EWG, ABl. 1975, L 45, S. 19 ergänzt.
- 18 ABl. 1976, L 39, S. 40.
- 19 COM(2000) 334; European Parliament Report A5/2001/173; COM(2001) 321 final; Council Common Position 32/2001 OJ 2001 C 307/5; COM(2001) 689 final.
- 20 ABl. 1986, L 359, S. 56.
- 21 Richtlinie 92/85/EG, ABl. 1992, L 348, S. 1.
- 22 Richtlinie 97/81/EG, ABl. 1998, L 14, S 9; Richtlinie 99/70/EG, ABl. 1999, L 175, S 143.
- 23 Richtlinie 96/34/EG, ABl. 1996, L 145, S. 4; geändert durch Richtlinie 97/75/EG, ABl. 1998, L 10, S. 24.
- 24 Richtlinie 2000/43/EG, ABl. 2000, L 180, S. 22.
- 25 Richtlinie 2000/78/EG, ABl. 2000, L 303, S. 16.

- 26 Vgl. auch Kilpatrick, 'Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues Between UK Courts and the ECJ' 4 ELJ (1998) 121-147, s. S. 144; Barnard, Fn. 1, S. 218; Ellis, 'The Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality' 37 CMLRev (2000) 1403-26, s. S. 1407-11; Nielsen, 'The Concept of Sex Discrimination: Recent Developments and Future Perspectives in EU Law', in: Kallioma-Puha (Hg.), *Perspectives of Equality* (Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 2000).
- 27 Wo die Anwendung eines an sich geschlechtsneutralen Kriteriums oder einer Gepflogenheit eine diskriminierende Auswirkung auf Frauen (oder Männer) hat, sind die Frauen im Verhältnis zu den Männern tatsächlich stärker von den Nachteilen betroffen. Vgl. z.B. *Bilka Kaufhaus*, Rechtssache 170/84, Slg. 1986, 1607, wo der Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten aus dem Betriebsrentenplan sich für weit mehr Frauen als Männer nachteilig auswirkte. Die Intention des Arbeitgebers ist für das Ergebnis mittelbarer geschlechtsbezogener Diskriminierung nicht erheblich. Probleme entstehen bezüglich der Bestimmung des angemessenen Vergleichmaßstabs für die Feststellung, was ein „wesentlich höheres Verhältnis„ von Frauen (oder Männern) ist, sowie für die Entscheidung, auf welchen Zeitpunkt bei der Beurteilung der diskriminierenden Auswirkung abzustellen ist, vgl. *Seymour-Smith*, Rechtssache C-167/97, Slg. 1999, I -623.
- 28 Wenn ein Geschlecht aufgrund seines Geschlechts nachteilig behandelt wird, vgl. z.B. *Macarthy/Smith*, Rechtssache 129/79, Slg. 1980, 1275, in der eine Frau für die gleiche Arbeit ein geringeres Entgelt erhielt als ein Mann.
- 29 Vgl. die Auffassung des Generalanwalts in *Grant*, Absatz 38; und entgegengesetzt argumentierend die Auffassung des Generalanwalts in *Roberts*, Rechtssache C-312/92, Slg. 1993, I-5579.
- 30 Vgl. auch Ellis, Fn. 13, wo die Anwendung der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Geschlechtsdiskriminierung im EG-Recht diskutiert wird.
- 31 In der Praxis kann dies im Hinblick auf die Beweislast relevant sein. Richtlinie 97/80/EG, Artikel 4 sieht vor, dass „Personen, die sich ungerecht behandelt fühlen, weil der Grundsatz der Gleichbehandlung bei ihnen nicht angewandt worden sei, die Tatsachen, aus denen die unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung hervorgeht, darlegen müssen, woraufhin der Antragsgegner die Beweislast dafür trägt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht verletzt wurde.“ Ferner kann es im Hinblick auf die emotionale Reaktion des diskriminierten Mitarbeiters relevant sein – es ist etwas anderes, gesagt zu bekommen, dass eine Diskriminierung vorliege, die aber durch einen Aufhebungsgrund gerechtfertigt sei, oder hören zu müssen, dass rechtlich gar keine Diskriminierung vorliegt.
- 32 Vgl. *Johnson/Chief Constable of the RUC*, Rechtssache 222/84, Slg. 1986, 1651, Absatz 38; *Commission/Frankreich (Geschlechtsbezogene Diskriminierung im öffentlichen Dienst)*, Rechtssache 318/86, Slg. 1988, 3559.
- 33 *Johnson/Chief Constable of the RUC*, Rechtssache 222/84, Slg. 1986, 1651; *Sirdar/The Army Board*, Rechtssache C-273/97, Slg. 1999, I-7403; *Kreil/Germany*, Rechtssache C-285/98, Slg. 2000, I-69.
- 34 *Kommission/Deutschland (Antidiskriminierungsgesetze)*, Rechtssache 248/83, Slg. 1985, 1459.
- 35 Textauszug aus Gemeinsamen Position des Rats 32/2001/EC, ABl. 2001, C 307, S.5.
- 36 COM(2000) 334 endgültig.
- 37 Der ursprüngliche Vorschlag und die vom Parlament beabsichtigten Änderungen enthielten die ausdrückliche Feststellung, dass eine Abweichung vom Gleichheitsgrundsatz innerhalb der Grenzen dessen bleiben muss, was geeignet und erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Das Europäische Parlament wollte die Worte „oder wegen der Bedingungen, unter welchen die Arbeit ausgeführt wird“ streichen, da diese häufig zu Missbrauch führen, vgl. Hautala Bericht des Europäischen Parlaments, A5/2001/173, S. 20. Dem Parlament zufolge würde dies mit

- der Rechtsprechung des Gerichtshofes in Einklang stehen. Angesichts dessen, dass die Bedingungen, unter denen die Tätigkeit ausgeübt wird, bezüglich des Schutzes wichtiger entgegenstehender Rechte, z.B. Schutz der Privatsphäre, relevant sein mögen, scheint die Aufnahme dieser Bestimmung angemessen.
- 38 Die Kommission (COM(2001) 321 Endfassung) und auch das Parlament bevorzugten das Hinzufügen eines Satzes am Anfang von Artikel 2 Abs. 2 Gleichbehandlungsrichtlinie, durch welchen der allgemeine Ausschluss eines Geschlechts vom Zugang zu einer bestimmten beruflichen Tätigkeit eine Diskriminierung im Sinne der Richtlinie darstellt. Dies wurde vom Rat abgelehnt, weil dieser Satz im Gegensatz zum Rest der Bestimmung gestanden hätte, welche vorsah, dass bestimmte geschlechtsbezogene Eigenschaften eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können. Darüberhinaus meinte man, dass er ausgelassen werden sollte, damit der Wortlaut dem der Artikel 13 Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG entspricht.
- 39 Obwohl natürlich sowohl Fiona Shaw als auch Sarah Bernhardt Hamlet gespielt haben; meinen Dank an Philip Rostant, der mich darauf aufmerksam gemacht hat.
- 40 Rechtssache 165/82, Slg. 1983, 3431.
- 41 *Commission/Frankreich (Geschlechtsbezogene Diskriminierung im öffentlichen Dienst)*, Rechtssache 318/86, Slg. 1988, 3559.
- 42 Rechtssache 222/84, Slg. 1986, 1651.
- 43 Absätze 36-37.
- 44 Vgl. Ellis, 'Recent Jurisprudence of the Court of Justice in the Field of Sex Equality' 37 CMLRev (2000) 1403-26, s. S. 1414-5: „Das in dieser Formulierung enthaltene Maß an Stereotypisierung der Geschlechterrollen macht sprachlos. Warum, so kann man fragen, steht es außer Frage, dass eine Frau Küchenchef, aber nicht Angehöriger einer Truppe sein kann?“
- 45 In *Schnorbus*, Rechtssache C-79/99, Slg. 2000, I-997 erwog der Gerichtshof auch die Beschränkung des Pflichtdiensts an der Waffe nur auf Männer; vgl. unten. In der Rechtssache C-186/01 *Dory* wird sich der Gerichtshof damit befassen, ob sich ein Mann, der sich gegen die in Deutschland nur für Männer und nicht für Frauen bestehende Wehrpflicht wehrt, auf die Entscheidungen *Sirdar* und *Kreil* berufen kann. In der Rechtssache C-186/01-R [2001] Slg. I-7823 wies der Gerichtshof den Antrag von Herrn Dory auf einstweiligen Rechtsschutz wegen fehlender Zuständigkeit zurück.
- 46 Vgl. z.B. ILO-Konvention Nr. 89 vom 9. Juli 1948.
- 47 *Habermann-Beltermann*, Rechtssache C-421/92, Slg. 1994, I-1657.
- 48 *Stoekel*, Rechtssache C-345/89, Slg. 1991, I-4047; *Levy*, Rechtssache C-158/91, Slg. 1993, I-4287. Vgl. auch *Minne*, Rechtssache C-13/93, Slg. 1994, I-371; *Commission/Frankreich (Nachtarbeit für Frauen)*, Rechtssache C-197/96, Slg. 1997, I-1489.
- 49 Vgl. *Johnston/RUC*, Rechtssache 222/84, Slg. 1986, 1651, Absätze 44-46; *Commission/Frankreich (Geschlechtsbezogene Diskriminierung im öffentlichen Dienst)*, Rechtssache 318/86, Slg. 1988, 3559; *Hofmann/Barmer Ersatzkasse*, Rechtssache 184/83, Slg. 1984, 3047; *Commission/Frankreich (Schutz von Frauen)*, Rechtssache 312/86, Slg. 1988, 6315.
- 50 Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 MLRev (1999) 435, s. S. 439.
- 51 Richtlinie 92/85/EG, ABl. 1992, L 348, S. 1.
- 52 Die Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie ist sowohl auf Frauen mit Zeitarbeitsverträgen als auch solche mit unbefristeten Verträgen anzuwenden, vgl. *Tele Danmark*, Rechtssache C-109/00, Slg. 2001, I-6993, Absatz 33; *Melgar*, Rechtssache C-438/99, Slg. 2001, I-6915, Absatz 44.
- 53 Artikel 4 , Abs. 1 und Artikel 6 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie.
- 54 Artikel 11 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie.
- 55 Artikel 8 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie.
- 56 Artikel 11 Abs. 2 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie.
- 57 Artikel 10 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie. Dies gilt nicht in

- Ausnahmefällen, die nicht mit deren Zustand zusammenhängen, und welche aufgrund nationaler Gesetzgebung bzw. Praxis erlaubt sind, zum Beispiel wenn ihr Verhalten eines Kündigungsgrund darstellt, z.B. bei Untreue.
- 58 *Dekker*, Rechtssache 177/88, Slg. 1990, I-3941; *Hertz*, Rechtssache C-179/88, Slg. 1990, I-3979; *Thibault*, Rechtssache C-136/95, Slg. 1998, I-2011, Absatz 26.
- 59 *Dekker*, Rechtssache 177/88; *Hertz*, Rechtssache C-179/88; vgl. auch den Kanadischen Supreme Court in *Brookes v Canada Safeway Ltd* (1989) 1 SCR 1219; und den US Supreme Court in *California Federal Savings and Loan Association v Guerra* (1987) 479 US 272, 107 S Ct 683. Dieser Ansatz wurde von einigen Autoren kritisiert, vgl. insbesondere Wintemute, 'When is Pregnancy Discrimination Indirect Discrimination?' 27 ILJ (1998) 23, jedoch vgl. als Erwiderung Honeyball, 'Pregnancy and Sex Discrimination' 29 ILJ (2000) 43.
- 60 Høy Pedersen, Rechtssache C-66/96, Slg. 1998, I-7327.
- 61 Rechtssache 207/98, Slg. 2000, I-549.
- 62 Artikel 10 Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie.
- 63 Rechtssache C-32/93, Slg. 1994, I-3567.
- 64 Barnard, Fn. 1, S. 272; Szyszczak, 'Community Law on Pregnancy and Maternity' in: Hervey und O'Keefe (Hg.), *Sex Equality Law in the European Union* (Chichester: Wiley, 1996).
- 65 *Tele Danmark*, Rechtssache C-109/00, Slg. 2001, I-6993.
- 66 Absatz 30. Das Gericht fuhr in Absatz 33 fort, dass der Gesetzgeber, wenn er Zeitarbeitsverträge von der Gleichbehandlungsrichtlinie und Schwangerschafts- und Mutterschaftsrichtlinie hätte ausnehmen wollen, dies ausdrücklich getan hätte.
- 67 *Melgar*, Rechtssache C-438/99, Slg. 2001, I-6915.
- 68 Tatsächlich handelte es sich um einen Vertrag aus einer Reihe von Zeitarbeitsverträgen bei demselben Arbeitgeber.
- 69 *Dekker*, Rechtssache 177/88.
- 70 *Melgar*, Rechtssache C-438/99, Absätze 46-47.
- 71 Rechtssache C-207/98, Slg. 2000, I-549.
- 72 Caracciolo di Torella and Masselot, 'Pregnancy, maternity and the organisation of family life' 26 ELRev (2001) 239, s. S. 247.
- 73 Rechtssache C-179/88, Slg. 1990, I-3979.
- 74 Wenn es sich bei der Entlassung aufgrund von Schwangerschaft um eine (nicht gerechtfertigte) unmittelbare geschlechtsbezogene Diskriminierung handelt (weil nur Frauen schwanger werden), dann muss es sich logischerweise auch bei der Entlassung aufgrund schwangerschaftsbedingter Erkrankung um eine unmittelbare (nicht gerechtfertigte) geschlechtsbezogene Diskriminierung handeln. Vgl. Barnard, Fn. 1, S. 270; Wynn, 'Pregnancy Discrimination: Equality, Protection or Reconciliation?' 62 MLRev (1999) 435, s. S. 439.
- 75 Absätze 14-16.
- 76 Rechtssache C-400/95, Slg. 1997, 2757.
- 77 Rechtssache C-394/96, Slg. 1998, I-4185.
- 78 Absatz 27, Kursivschrift hinzugefügt.
- 79 Absatz 31.
- 80 Rechtssache C-66/96, Slg. 1998, I-7327.
- 81 Absatz 34. Das Gericht war der Auffassung, dass dies so sei, sofern nicht die aufgrund nationaler Gesetzgebung gezahlte Sozialleistung dem Entgelt der Frauen entspricht. Dabei ist bemerkenswert, dass der Gerichtshof weder die hier zur Rede stehende Diskriminierung als „unmittelbar“ bezeichnet, noch den Fall *Dekker* zitiert.
- 82 Rechtssache C-249/97, Slg. 1999, I-5295.
- 83 Vgl. ferner Ellis, Fn. 44, s. S. 1410-12.
- 84 Absatz 12.
- 85 Absatz 26.
- 86 *Malburg*, Rechtssache C-207/98, Slg. 2000, I-549.
- 87 Absatz 29.

- 88 Das Fehlen einer klaren Argumentation wurde von vielen Autoren kritisiert, vgl. hg. Ellis, Fn. 44; Caracciolo di Torella and Masselot, Fn. 72.
- 89 Vgl. auch *Gillespie* im Hinblick auf Lohnerhöhungen während des Mutterschutzurlaubs.
- 90 Rechtssache C-342/93, Slg. 1996, I-475.
- 91 Rechtssache C-411/96, Slg. 1998, I-6401.
- 92 Vgl. Hervey und Shaw, Fn. 16, s. S. 52.
- 93 Rechtssache C-66/96, Slg. 1998, I-7327.
- 94 Absatz 38.
- 95 Absatz 39.
- 96 Absatz 40. Es ist interessant, dass der Gerichtshof in diesem Zusammenhang *Lewark*, Rechtssache C-457/93, Slg. 1996, I-243, Seite 31, zitiert, da sich *Lewark* mit *mittelbarer* geschlechtsbezogener Diskriminierung befasst.
- 97 Vgl. in dieser Hinsicht ferner Caracciolo di Torella and Masselot, Fn. 72.
- 98 ABl. 2000, L 303, S. 16.
- 99 *Roberts*, Rechtssache C-312/92, Slg. 1993, I-5579.
- 100 Rechtssache 184/82, Slg. 1984, 3047. Vgl. auch *Kommission/Italien*, Rechtssache 163/82, Slg. 1983, 3273.
- 101 Absatz 25.
- 102 Rechtssache 312/86, Slg. 1988, 6315.
- 103 *Abdoulaye/Renault*, Rechtssache C-218/98, Slg. 1999, I-5723.
- 104 Vgl. auch z.B. *Boyle*, Rechtssache C-411/96, Absatz 40.
- 105 EuGH vom 19. März 2002, Rechtssache C-476/99, Slg. 2002, I.
- 106 Es sei denn, der Arbeitgeber entscheidet nach seinem Ermessen, dass ein Notfall vorliegt.
- 107 McGlynn, 'Ideologies of Motherhood in European Community Sex Equality Law' 6 ELJ (2000) 29; McGlynn, 'Pregnancy, Parenthood and the Court of Justice in *Abdoulaye*' 25 ELRev (2000) 654; McGlynn, 'Reclaiming a Feminist Vision: The Reconciliation of Paid Work and Family Life in European Union Law and Policy' 7 *Columbia Journal of European Law* (2001) 241. Vgl. auch Caracciolo di Torella and Masselot, Fn. 72; Caracciolo di Torella, 'Childcare, Employment and Equality in the EC: First (False) Steps of the Court' 25 ELRev (2000) 310; Hervey and Shaw, Fn. 16; Moebius and Szyszczak, 'Of Raising Pigs and Children' 18 YEL (1998) 125.
- 108 Und möglicherweise eines kurzen Mutterschaftsurlaubs unmittelbar nach der Geburt.
- 109 Richtlinie 96/34/EG, ABl. 1996, L 145, S. 4.
- 110 Rechtssache C-333/97, Slg. 1999, I-7243.
- 111 Richtlinie 96/34/EC, Anhang, Klausel 2 (6).
- 112 Absatz 40
- 113 Wie McGlynn bemerkt, bedeutet dieses „groteske“ und „jeder Vernunft zuwiderlaufende“ Ergebnis, dass der einzige Weg zur Förderung der Chancengleichheit, nämlich die stärkere Beteiligung der Männer an der Kinderbetreuung, eine Verringerung der Rechte der Frauen bewirken wird. McGlynn (2001) Fn. 107, s. S. 268-269.
- 114 Gegen Männer, die nicht so häufig wie Frauen von diesen Sonderbehandlungen für Eltern profitieren würden.
- 115 In vielen Mitgliedstaaten gibt es einen solchen Anspruch bereits.
- 116 Anhang, Klausel 2 Abs. 5.
- 117 Vgl. ferner Fredman, 'Affirmative Action and the European Court of Justice: A Critical Analysis' in: Shaw (Hg.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union* (Oxford: Hart, 2000); Fredman, *Discrimination Law* (Oxford: Clarendon Press, 2002), S. 136-43; Peters, 'The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law - A Conceptual Analysis' 2 ELJ (1996) 177; Barnard and Hervey, 'Softening the approach to quotas: positive action after *Marschall*' 20 JSWFL (1998) 333-52; Barnard, 'The Principle of Equality in the

- Community context: *P. Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows*' 57 CLJ (1998) 352; Schiek, 'Positive Action before the European Court of Justice – New Conceptions of Equality in Community Law?' 16 IJCLL&IR (2000) 251.
- 118 *Kalanke*, Rechtssache C-450/93, Slg. 1995, I-3051, Absatz 16; *Baedeck*, Rechtssache C-158/97, Slg. 2000, I-1875, Absatz 17; *Lommers*, EuGH vom 19. März 2002, Rechtssache C-476/99, Slg. 2002, I, Absatz 30.
- 119 Vgl. Barnard and Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1996 and 1997' 17 YEL (1997) 436-490 and Barnard and Hervey, 'European Union Employment and Social Policy Survey 1999-2000' 20 YEL (2001), worauf dieser Abschnitt basiert.
- 120 Rechtssache C-450/93, Slg. 1995, I-3051.
- 121 Absatz 22.
- 122 Rechtssache C-407/98, Slg. 2000, I-5539.
- 123 Dieses Ergebnis blieb sowohl von der beschränkten Zahl der Stellen, auf welche die Regelung Anwendung fand, als auch vom Rang der Einstellung unberührt.
- 124 Deutschland wendet seit Mitte der 80er Jahre sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene mehrere Quotensysteme an, um die Beschäftigung der Frauen im öffentlichen Dienst zu fördern. Für weitere Informationen vgl. Shaw, 'Positive Action for Women in Germany: The Use of Legally Binding Quota Systems' in: Hepple and Szyszczak (Hg.), *Discrimination: The Limits of Law* (London: Mansell, 1992); Szyszczak, 'Positive Action after *Kalanke*' 59 MLRev (1996) 876; Prechal, 33 CMLRev (1996) 1245; Moore, 'Nothing Positive from the Court of Justice' 21 ELRev (1996) 156; Fenwick, 'Perpetuating Inequality in the Name of Equal Treatment' 18 JSWFL (1996) 263; Barnard and Hervey, 'Softening the approach to quotas: positive action after *Marschall*' 20 JSWFL (1998) 333; Schiek, 'Positive Action in Community Law' 25 ILJ (1996) 239; Schiek, 'Sex Equality Law after *Kalanke* and *Marschall*' 4 ELJ (1998) 148.
- 125 Der neue Artikel 141 Abs. 4 EG-Vertrag und das ‚Mainstreaming‘ der Geschlechtergleichstellung (im Gegensatz zur bloßen ‚Gleichbehandlung‘) in Artikel 3 Abs. 2 EG-Vertrag waren im Zeitpunkt des Urteils bereits vereinbart und unterzeichnet, aber nicht ratifiziert und in Kraft getreten. Vgl. Shaw, 'European Union Governance and the Question of Gender: a critical comment' <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/011901.html>.
- 126 *Marschall*, Rechtssache C-409/95, Slg. 1997, I-6363.
- 127 Absatz 33.
- 128 „nicht zur Diskriminierung weiblicher *Kandidaten* (Plural)“, Absatz 33, Hervorhebung hinzugefügt.
- 129 So wie zum Beispiel ihr Bedürfnis, einen „Haushaltslohn“ nach Hause zu bringen (ein mittelbar diskriminierender Anspruch, der einigen Aspekten der nationalen Sozialversicherungswesen immer noch implizit zugrundeliegt), oder die Tatsache, dass der Mann der Alleinverdiener ist (auch eine mittelbar diskriminierende Annahme). Das nationale Gericht hatte angedeutet, dass genau dieser Punkt ein bei der Beurteilung anzuwendendes Kriterium sein könnte.
- 130 C-158/97, Slg. 2000, I-1875.
- 131 Absätze 45-55.
- 132 *Flexible Ergebnisquote*
- 133 Diese Gründe von stärkerem rechtlichen Gewicht betreffen fünf ‚soziale Aspekte# genannte Regelungen, die nicht geschlechtsbezogen sind. Die bevorzugte Behandlung gilt zunächst früheren Angestellten im öffentlichen Dienst, die wegen familiärer Verpflichtungen aus dem Dienst ausgeschieden waren; zweitens Personen, die aus Familiengründen Teilzeit gearbeitet haben und jetzt wieder in ein Vollzeitbeschäftigungsverhältnis zurückkehren möchten; drittens frühere Zeitsoldaten; viertens Schwerbehinderte; und fünftens Langzeitarbeitslose; vgl. Abs. 35. Vgl. allgemein Barnard, supra n 1, p 241-8.
- 134 Absätze 23; 36-38.

- 135 Absatz 31.  
136 Absatz 32.  
137 Die Legitimation dieser Kriterien wurde in den Hauptverfahren nicht in Frage gestellt; vgl. Absatz 32.  
138 Absatz 33.  
139 Absätze 42-43; Meinung des AG, Absatz 39.  
140 Numhauser-Henning, 'Swedish Sex Equality Law before the European Court of Justice' 30 ILJ (2001) 121.  
141 *Marschall*, Absatz 30.  
142 Absatz 13.  
143 Absatz 29.  
144 Absatz 30.  
145 Kenner, Fn. 15.  
146 In EuGH vom 29. November 2001, *Griesmar*, Rechtssache C-366/99, Slg. 2001, zog der Gerichtshof auch Artikel 141 Abs. 4 EG-Vertrag (oder eher dessen Vorgänger, Artikel 6 Abs. 3 des Abkommens über die Sozialpolitik) im Zusammenhang mit den Sozialversicherungsbestimmungen in Erwägung.  
147 Es scheint, dass der Begriff „Notfälle„ in diesem Zusammenhang alleinerziehende Väter meint.  
148 Absatz 32.  
149 Absätze 33; 38.  
150 ABl. 1984, L 331, S. 34.  
151 ABl. 1992, L 123, S. 16.  
152 Absätze 35 und 37.  
153 Absatz 42.  
154 Beweislast-Richtlinie 97/80/EG, Artikel 2 Abs. 2, ABl. 1998, L 14, S. 6.  
155 *Seymour-Smith*, Rechtssache C-167/97, Slg. 1999, I-623.  
156 *Bilka-Kaufhaus*, Rechtssache 170/84, Slg. 1986, 1607. Z.B. hat der Gerichtshof regelmäßig angemerkt, dass es unbestritten ist, dass häufiger Frauen als Männer teilzeitbeschäftigt sind, vgl. *Kowalska*, Rechtssache C-33/89, Slg. 1990, I-2591, Absatz 13; *Kachelmann*, Rechtssache C-322/98, Slg. 2000, I-7505, Absatz 24. Vgl. ferner Barnard and Hepple, 'Indirect Discrimination: Interpreting *Seymour-Smith*' 58 CLJ (1999) 399.  
157 Rechtssache 170/84, Slg. 1986, 1607, Absatz 36.  
158 Rechtssache 171/88, Slg. 1989, 2743.  
159 Rechtssache C-243/95, Slg. 1998, I-3739.  
160 Vgl. Ellis 'Gender Discrimination Law in the European Community' in: J. Dine and B. Watt (Hg.), *Discrimination Law: Concepts, Limitations and Justifications* (London: Longman, 1996).  
161 Case C-444/93 [1995] ECR I-4741.  
162 Rechtssache C-317/93, Slg. 1995, I-4625.  
163 Richtlinie 79/7/EWG, ABl. 1979, L 6, S. 24.  
164 Definiert als jemand, der weniger als 15 Stunden pro Woche arbeitet und dessen Einkommen nicht mehr als ein siebtel der monatlichen „Bezugsgröße“ ausmacht, welche das Durchschnittseinkommen ist, das die in der gesetzlichen Altersversicherung versicherten Personen im vorhergehenden Kalenderjahr verdienen.  
165 *Nolte*, Absatz 33; *Megner*, Absatz 29.  
166 *Nolte*, Absatz 36; *Megner*, Absatz 30.  
167 Rechtssache C-280/94, Slg. 1996, I-179, Absätze 26-27.  
168 Rechtssache C-8/94, Slg. 1996, I-273, Absätze 18-19.  
169 Rechtssache C-360/90, Slg. 1992, I-3589.  
170 Rechtssache C-167/97, Slg. 1999, I-623.  
171 Absatz 69.  
172 Mit Bezug auf *Nolte*, Absatz 36.  
173 Absatz 75.

- 174 Vgl. Hervey, Fn. 16.
- 175 Rechtssache 237/85, Slg. 1986, 2101.
- 176 Absatz 13.
- 177 Absatz 24.
- 178 Eine ausführliche Diskussion der Schwierigkeiten, die bei der Bewertung der Arbeit entstehen, ginge über den Rahmen dieses Vortrags hinaus. Vgl. ferner McColgan, *Just Wages for Women* (Oxford: OUP, 1997).
- 179 Rechtssache 109/88, Slg. 1989, I-3199.
- 180 Absatz 23.
- 181 Vgl. *Wiener Gebietskrankenkasse*, Rechtssache C-309/97, Slg. 1999, I-2865.
- 182 Absatz 24.
- 183 Rechtssache C-184/89, Slg. 1991, I-297.
- 184 Absatz 14.
- 185 Absatz 14.
- 186 Der Ansatz in *Nimz* wurde bestätigt in *Gerster*, Rechtssache C-1/95, Slg. 1997, I-5253, *Kording*, Rechtssache C-100/95, Slg. 1997, I-5289; und *Hill und Stapleton*, Rechtssache C-243/95, Slg. 1998, I-3739, Absatz 43.
- 187 *Danfoss*, Absatz 22.
- 188 Rechtssache C-236/98, Slg. 2000, I-2189.
- 189 Absätze 43-45.
- 190 Absätze 48-49.
- 191 Absatz 54.
- 192 Absatz 61.
- 193 Rechtssache C-400/93, Slg. 1995, I-1275.
- 194 Absatz 21. Vgl. ferner Bourn, 'The Devil is in the Detail' 20 ELRev (1995) 612-8.
- 195 *Brunnhofner*, Rechtssache C-381/99, Slg. 2001, I-4961.
- 196 Absatz 79.
- 197 *Bilka*, Absatz 36: „Es obliegt dem nationalen Gericht zu entscheiden, ob die vom Arbeitgeber vorgetragene Gründe als objektiv zu rechtfertigende *wirtschaftliche* Gründe erachtet werden können (Hervorhebung hinzugefügt). Vgl. auch *Jenkins/Kingsgate*, Rechtssache 96/80, Slg. 1981, 911, Absatz 12: 'dies kann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber sich *aus wirtschaftlichen Gründen, die gerechtfertigt sein können*, bemüht, Vollzeitarbeit zu fördern' (Hervorhebung hinzugefügt).
- 198 Rechtssache C-127/92, Slg. 1993, I-5535.
- 199 Absatz 26.
- 200 Weitere Ausführungen vgl. Fenwick and Hervey, Fn. 14, worauf dieser Abschnitt basiert.
- 201 Vgl. *Rinner Kühn und Hill*.
- 202 Vgl. auch *Royal Copenhagen*, Rechtssache C-400/93, Slg. 1995, I-1275.
- 203 Wenn auch nicht in anderer Hinsicht, vgl. Fenwick and Hervey, Fn. 14.
- 204 Rechtssache C-243/95, Slg. 1998, I-3739. Vgl. McGlynn und Farrelly, 'Equal Pay and the „Protection of Women within Family Life“' 24 ELRev (1999) 202-207.
- 205 Absatz 25. Das Gericht stellte fest, dass 99,2 % der Büroschreibkräfte (der von Frau Hill und Frau Stapleton ausgeübte Beruf), die ihren Arbeitsplatz teilen, sowie 98 % der Beamten, die sich ihren Arbeitsplatz teilen, Frauen sind.
- 206 Absatz 40.
- 207 Absatz 42.
- 208 Vgl. in Bezug auf das Vereinigte Königreich *Brook und andere v Mayor und Burgesses of the London Borough of Haringey* [1992] IRLR 478. Als weiteres Beispiel vgl. die Regel, dass gemäß dem deutschen Kündigungsschutzgesetz 'Doppelverdiener als erste zu entlassen sind.
- 209 Rechtssache C-322/98, Slg. 2000, I-7505.
- 210 Absatz 24.
- 211 In Deutschland wie wahrscheinlich auch im restlichen Bereich der EG, Absatz 27.
- 212 Absatz 27.

- 213 Absatz 28.
- 214 Absatz 33.
- 215 Vgl. *Megner und Scheffel; Nolte; Jørgensen*, Rechtssache C-226/98, Slg. 2000, I-2447, Absatz 41.
- 216 Absatz 34.
- 217 Rechtssache 171/88, Slg. 1989, 2743.
- 218 Absatz 14.
- 219 Vgl. z.B. *Krüger*.
- 220 *R/Secretary of State for Employment, ex parte Seymour-Smith and Perez*, Rechtssache C-167/97, Slg. 1999, I-623.
- 221 Rechtssache C-444/93, Slg. 1995, I-4741.
- 222 Rechtssache C-317/93, Slg. 1995, I-4625.
- 223 Rechtssache C-189/91, Slg. 1993, I-6185. Vgl. Horspool, 'Annotation of *Kirshammer-Hack*' 31 CMLRev (1994) 1115-24.
- 224 Absatz 30.
- 225 Absatz 33; vgl. auch Absatz 35.
- 226 Rechtssache C-444/93, Slg. 1995, I-4741.
- 227 Rechtssache C-317/93, Slg. 1995, I-4625.
- 228 Rechtssache C-281/97, Slg. 1999, I-5127.
- 229 Eine solches ‚geringfügiges Beschäftigungsverhältnis‘ ist eine Beschäftigung von weniger als 15 Stunden pro Woche, für welche eine Vergütung gezahlt wird, die normalerweise nicht mehr als einen bestimmten Bruchteil des monatlichen Durchschnittseinkommens ausmacht. Bei einem geringfügigen Beschäftigungsverhältnis besteht keine Verpflichtung zur Abführung von Sozialbeiträgen.
- 230 In der Rechtssache *Lewen v Denda* [1999] Slg. I-7243 entschied der Gerichtshof, dass eine Weihnachtsgratifikation ‚Entgelt‘ im Sinne von Artikel 119 EG-Vertrag darstellt, selbst wenn es freiwillig gezahlt wird, und dass es sich im Wesentlichen um einen Anreiz für die Arbeit im nächsten Jahr oder für die Treue zum Arbeitgeber handelt (Abs. 21).
- 231 Absatz 23.
- 232 Absatz 25.
- 233 Absatz 26.
- 234 Absatz 29.
- 235 Rechtssache 171/88, Slg. 1999, 2743.
- 236 In diesem Beispiel solche, die nicht mehr als 10 Stunden pro Woche oder 45 Stunden pro Monat gearbeitet hatten.
- 237 Bericht für die Verhandlung, Slg. 1999, 2743, s. S. 2747. Vgl. auch Abs. 13 des Urteils.
- 238 Verhandlungsbericht, Slg. 1999, 2743, s. S. 2747.
- 239 Absatz 16.
- 240 Absatz 14.
- 241 Absatz 14.
- 242 Rechtssache C-33/89, Slg. 1990, I-2591.
- 243 Bericht für Verhandlung, Slg. 1990, I-2591, s. S. 2593.
- 244 Absatz 14.
- 245 Schlussantrag des Generalanwalts, Absatz 14.
- 246 Abs. 20-23.
- 247 Kommentare dazu vgl. Lester und Rose, 'Equal value claims and sex bias in collective bargaining' 20 ILJ (1991) 163-175; Gay, 'Collective bargaining as a material factor defence in equal value claims' 18 ILJ (1989) 63-66.
- 248 Vgl. Soldon, *Women in British Trade Unions* (1978), S. 186-7; Boston, *Women Workers and the Trade Union Movement* (1980), S. 9-11; 278-305.
- 249 Vgl. Fenwick and Hervey, Fn. 14, worauf dieser Abschnitt basiert.
- 250 Rechtssache C-360/90, Slg. 1992, I-3589.

- 251 Vgl. ferner Shaw, 'Works Councils in German Enterprises and Article 119 EC' 22 ELRev (1997) 256-62.
- 252 Rechtssachen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, Slg. 1994, I-5727.
- 253 Absatz 24.
- 254 Absatz 26.
- 255 Rechtssache C-457/93, Slg. 1996, I-243.
- 256 Rechtssache C-278/93, Slg. 1996, I-1165.
- 257 Wie Kilpatrick aufzeigt, kam es im Grunde deshalb zu den wiederholten Vorabentscheidungsverfahren, weil die deutschen nationalen Gerichte mit der ursprünglichen Entscheidung des Gerichtshofs nicht einverstanden waren; Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' in: Sciarra (Hg.), *Labour Law in the Courts: National Judges and the ECJ* (Oxford: Hart, 2001).
- 258 Lewark, Absatz 37; Freers, Absatz 30.
- 259 Cockburn, *Strategies for Democracy: Women and the European Social Dialogue*, Social Europe, Supp 4/95.
- 260 Shaw, Fn. 251, Seite 260.
- 261 Rechtssache C-226/98, Slg. 2000, I-2447.
- 262 Der Gerichtshof schloss sich der Auffassung, dass der Verkaufspreis einer Arztpraxis als Altersvorsorge anzusehen sei, nicht an, vgl. Absätze 43 bis 46 des Urteils.
- 263 Zwei Gutachten gelangten zu unterschiedlichen Ergebnissen, da sie unterschiedliche Auffassungen darüber vertraten, welches die relevanten Originaldaten sein sollten. In der besonderen Kategorie von Fachärzten, zu denen Frau Jørgensen zählte, gab es 22, von denen 14 Frauen waren, insgesamt gab es 1680, von denen 302 Frauen waren. Der Gerichtshof äußerte Zweifel, ob derartige Daten als signifikant anzusehen seien, vgl. Abs. 34.
- 264 Absatz 13.
- 265 Rechtssache C-343/92, Slg. 1994, I-571, Absatz 35.
- 266 Absatz 35.
- 267 Jørgensen, Absätze 39 und 42 unter Verweis auf *De Weerd*, Absatz 36.
- 268 Absätze 40 und 42.
- 269 Oder einen entsprechenden Zivildienst.
- 270 C-186/01; siehe Besprechung oben, Fn. 45.
- 271 Schnorbus, Rechtssache C-79/99, Slg. 2000, I-997.
- 272 Absätze 38-39.
- 273 Entsprechend der Begründung in *Kalanke*.
- 274 Der neue Artikel 141 Abs. 4 EG-Vertrag nimmt jetzt Bezug auf das 'unterrepräsentierte Geschlecht', was nahe legt, dass sowohl Männer als auch Frauen in den Genuss positiver Maßnahmen nach EG-Recht kommen könnten.
- 275 Absatz 44.
- 276 Absatz 45.
- 277 Absatz 46.
- 278 *Roberts v Birds Eye Walls*, Rechtssache C-132/92, Slg. 1993, I-5579.
- 279 Vgl. ferner Hervey, 'Sex Equality in Social Protection: New Institutional Perspectives on Division of Competence' 4 ELJ (1998) 196-219.
- 280 Vgl. Kilpatrick, 'Gender Equality: A Fundamental Dialogue' in: Sciarra (Hg.), *Labour Law in the Courts: National Judges and the ECJ* (Oxford: Hart, 2001), S. 36-40; Shaw, 'Gender and the Court of Justice' in: De Búrca und Weiler (Hg.), *The European Court of Justice* (Oxford: OUP, 2001), Seite 123. Es ist unklar, ob der Gerichtshof in der Lage sein wird, auch künftig 'constitutional clashes' in diesem Bereich vermeiden zu können, vgl. dazu die oben zur Rechtssache C-186/01 *Dory* genannte Diskussion.