
Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den EuGH bei der Feststellung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts

Barbara Havelková*

Inhalt

I.	Einleitung	306
II.	Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit	308
	1. Dogmatische Struktur	310
	2. Kontrolldichte	312
	3. Das zuständige Gericht für die Verhältnismäßigkeitsprüfung	313
III.	Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen im EG-Recht	314
IV.	Die geschriebenen Ausnahmen	318
	1. Das Geschlecht als unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer Tätigkeit	318
	a) Verhältnismäßigkeit?	319
	b) Rechtfertigung?	321
	c) Ermessen	322
	d) Wer prüft?	323
	2. Die Vorschriften zum Schutz der Frau	323
	a) Verhältnismäßigkeit?	325
	b) Ermessen	325
	c) Wer prüft?	326
	3. Positive Maßnahmen	326
	a) Verhältnismäßigkeit?	328

* JUDr. Barbara Havelková LL.M. ist Fulbright-Masaryk-Stipendiatin an der Juristischen Fakultät der Universität von Michigan. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Masterarbeit, die die Verfasserin im Rahmen des Aufbaustudiengangs „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, Ende 2007 angefertigt hat. Die Autorin möchte sich gerne für die finanzielle Unterstützung beim DAAD, für die Betreuung bei Prof. Dr. Günter Hirsch und für die hilfreichen Kommentare bei Prof. Dr. Christa Tobler LL.M. bedanken.

b) Rechtfertigung?	329
c) Wer prüft?	330
4. Zusammenfassung	330
a) Warum werden Rechtfertigung und Ausnahme gegenübergestellt?	330
b) Was muss der EuGH bei einer Ausnahme prüfen?	331
c) Verfolgung eines legitimen Ziels?	332
d) Verhältnismäßigkeit?	334
e) Ermessen	335
V. Die objektive Rechtfertigung	336
1. Der Arbeitgeber	336
a) Rechtfertigungsgründe	337
b) Formulierung des Verhältnismäßigkeitstests	343
c) Wer prüft?	344
2. Der Mitgliedstaat als Gesetzgeber	345
a) Rechtfertigungsgründe	346
b) Formulierung des Verhältnismäßigkeitstests	347
c) Wer prüft?	350
3. Der Gemeinschaftsgesetzgeber	351
4. Zusammenfassung	352
a) Verhältnismäßigkeit	352
b) Verhältnismäßigkeit in Beziehung zu den Rechtfertigungsgründen	354
c) Wer prüft?	355
VI. Fazit	355

I. Einleitung

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit zwei Fragen im Hinblick auf die Prüfung, ob eine Ungleichbehandlung¹ aufgrund des Geschlechts eine Diskrimi-

¹ Sowohl „Ungleichbehandlung“, „Differenzierung“, „Unterscheidung“ und „Klassifikation“ als auch „prima facie-Diskriminierung“ werden im Text als Synonyme benutzt, um eine unter-

nierung² darstellt. Erstens, welche Rolle spielt in der Rechtsprechung des EuGH das Prinzip der Verhältnismäßigkeit und zweitens, welche Rolle sollte es spielen?

Nach einer Darstellung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit und des EG-Gleichheitsrechts wird die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den EuGH anhand von ungefähr 70 repräsentativen Urteilen³ aus dem Bereich der Geschlechtergleichheit analysiert. Diese Forschung muss sich aus Platzgründen in zweierlei Hinsicht beschränken: Überprüft wird nur der Bereich der Gleichbehandlung in Arbeits- und Beschäftigungsfragen einschließlich des gleichen Entgelts.⁴ Zudem wird auf die Darstellung der Schlussanträge der Generalanwälte verzichtet.

Zunächst wird die Rechtsprechung zu den geschriebenen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung und danach die Rechtsprechung zu den ungeschriebenen Rechtfertigungsgründen durch ein legitimes Ziel geprüft.⁵ Im Rahmen dieser Analyse wird insbesondere auf die dogmatische Struktur und Prüfungsdichte geachtet sowie geklärt, ob die Prüfungskompetenz beim EuGH oder dem

schiedliche Behandlung (egal, ob unmittelbar oder mittelbar) zu beschreiben, bei der noch nicht feststeht, ob sie eine (verbotene) Diskriminierung darstellt oder ob sie unter eine Bereichsausnahme fällt bzw. ob sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden kann. Zu dieser Unterscheidung, siehe z.B. *Gerards*, *Judicial Review in Equal Treatment Cases*, 1. Aufl. 2005, S. 9 ff.

² „Diskriminierung“ dagegen bedeutet eine Ungleichbehandlung, die sich weder auf eine Bereichsausnahme stützt noch durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden kann und die als solche verworfen werden muss.

³ Die Anzahl der vom EuGH im Bereich der Gleichstellung von Männern und Frauen gefällten Urteile wird oft auf über 200 geschätzt, vgl. das Rechtsprechungsverzeichnis, in: *Ellis*, *EU Anti-discrimination Law*, 1. Aufl. 2005, S. xvi ff. Dieser Beitrag untersucht Urteile, die das Verhältnis zwischen der Ungleichbehandlung und ihrem Zweck zum Gegenstand haben. Dies bedeutet, dass, abgesehen von der thematischen Beschränkung auf die Gleichbehandlung in Arbeits- und Beschäftigungsfragen und gleiches Entgelt, weitere Rechtsprechungsbereiche ausscheiden, z.B. solche, in denen kein „prima facie“-Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot angenommen wurde (z.B. EuGH, Rs. C-249/96, *Grant*, Slg. 1998, I-621), in denen der Begriff „Geschlecht“ ausgelegt wird (z.B. EuGH, Rs. C-13/94, *P gegen S*, Slg. 1996, I-2143), in denen der Begriff „Entgelt“ besprochen wird (z.B. EuGH, Rs. 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, 673) oder in denen die Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft als direkte Diskriminierung eingestuft wird (z.B. EuGH, Rs. C-32/93, *Webb*, Slg. 1994, I-3567). In diesen Bereichen spielt die Verhältnismäßigkeit nämlich keine Rolle. Auch was den analysierten Bereich betrifft, wird eine Auswahl getroffen. So werden insb. im Bereich des gleichen Entgelts Urteile weggelassen, die lediglich die ständige Rechtsprechung wiedergeben.

⁴ Dies ist historisch der älteste und bis heute bedeutendste Bereich, jedenfalls, was die Urteilanzahl betrifft. Weggelassen wird insb. der Bereich der Gleichbehandlung in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen.

⁵ Dieser Text benutzt den Begriff „Ziel“ im Sinne eines legitimen Ziels, das eine Unterscheidung rechtfertigen kann, und nicht im Sinne des Art. 249 EGV, der die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Umsetzung einer Richtlinie nennt.

nationalen Gericht liegt. Die Untersuchung wird sich nicht darauf beschränken, was der Gerichtshof „sagt“, sondern wird ermitteln, was er „macht“. Dabei wird analysiert, ob Muster hinsichtlich der Rechtsgrundlage der „Entlastung“⁶ der Ungleichbehandlung, der Art der Rechtfertigung, des Gesetzesübertreters oder des Verfahrens vor dem EuGH bestehen.

II. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ist als Teil der Verfassungskontrolle öffentlicher Tätigkeiten entstanden und fordert, dass die Mittel im Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Im Verfassungs- und Verwaltungsrecht testet es, ob hoheitliche Maßnahmen im Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen und reflektiert dadurch die Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen subjektivem Recht und öffentlichem Interesse.⁷ Aufgrund der Verankerung des Gleichheitsgebotes auch im Privatrecht⁸ wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip ebenfalls in horizontalen Beziehungen, insbesondere zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern angewandt.

Das Konzept der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist in den Rechtsordnungen der meisten EU-Mitgliedstaaten zu finden, wobei Inhalt und dogmatische Ausformung variieren.⁹ Die elaborierte deutsche Prüfung hat eine dreiteilige dogmatische Struktur, die aus den Teilgrundsätzen der Geeignetheit¹⁰, der Erforderlichkeit¹¹

⁶ Im Folgenden wird der Begriff „Entlastung“ verwandt, um den Umstand zu beschreiben, dass eine Ungleichbehandlung entweder unter eine Ausnahme fällt oder durch ein legitimes Ziel zu rechtfertigen ist.

⁷ Koch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1. Aufl. 2003, S. 49. Van Gerven, in: Ellis (Hrsg.), The Principle of Proportionality in the Laws of Europe, 1. Aufl. 1999, S. 52, 58 ff., identifiziert zwei Bereiche, in denen die Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle spielt: Erstens bei den im Text genannten Situationen des Grundrechtsschutzes des Einzelnen vor hoheitlichen Eingriffen (*compliance of legislative acts with constitutional rights*) und zweitens in föderativen Strukturen, wo das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Kompetenzen des einen und des anderen Gesetzgebers (*allocation or exercise of powers between the levels of government*), zusammen mit den Prinzipien der Subsidiarität und Loyalität begrenzt.

⁸ Zur dogmatischen Erklärung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundrechte auf die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Bereich des Privatrechts, siehe Canaris, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht, JuS 1989, S. 161.

⁹ Koch, (Fn. 7), S. 153.

¹⁰ Auch „Zwecktauglichkeit“ oder „Zulänglichkeit“; Überprüfung, ob die Maßnahme geeignet ist, d.h. ob sie den angestrebten Erfolg fördern kann. Eine Maßnahme ist ungeeignet, wenn sie im Hinblick auf den Erfolg keinerlei Wirkung entfaltet oder dem angestrebten Ziel sogar schadet, vgl. Koch, (Fn. 7), S. 56.

und der Angemessenheit¹² besteht.¹³ Diese Struktur war nach herrschender Auffassung¹⁴ das Vorbild für die vom EuGH ausgearbeitete Prüfung. Oft¹⁵ wird als ein grundlegender Fall¹⁶ in der Entwicklungsgeschichte des Verhältnismäßigkeits-tests im EG-Recht die Rechtssache *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁷ genannt, die nicht zufällig als grundrechtsbezogene Vorlagefrage von einem deutschen Verwaltungsgericht kam. Hier erschienen alle drei Kriterien: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit.

Eine ganz detaillierte dreistufige Definition war dann aber erst im Urteil *Schröder*¹⁸ aus dem Jahre 1989 zu finden: „Maßnahmen, durch die den Wirtschaftsteilnehmern finanzielle Belastungen auferlegt werden, sind nur rechtmäßig, wenn sie zur Erreichung der zulässigerweise mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sind. Dabei ist, wenn mehrere geeignete Maßnahmen zur Auswahl stehen, die am wenigsten belastende zu wählen; ferner müssen die auferlegten Belastungen in angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.“¹⁹

Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wird sowohl durch die Parteien oder die Beteiligten als durch den Gerichtshof angeführt.²⁰ Es dient der Überprüfung von

¹¹ Auch „Notwendigkeit“, „Interventionsminimum“, „Grundsatz des geringsten oder geringstmöglichen Eingriffs“, Erfordernis, dass die Maßnahme das mildeste Mittel zur Erreichung des verfolgten Ziels ist. Im deutschen Recht besteht heute die Pflicht zur umfassenden Prüfung erkennbarer Alternativen. Die weniger eingreifende Maßnahme muss nur dann gewählt werden, wenn sie gleich geeignet ist, vgl. *Koch*, (Fn. 7), S. 57.

¹² Auch „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“, Untersuchung, ob die bewirkte Beeinträchtigung individueller Rechte erkennbar außer Verhältnis zum angestrebten Erfolg steht. Es handelt sich um eine Gesamtabwägung – das Ziel darf nicht um jeden Preis verwirklicht werden. Schutzzweck und Eingriffsfolgen müssen in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen, vgl. *Koch*, (Fn. 7), S. 58.

¹³ *Ibid.*, S. 56.

¹⁴ Dazu siehe z.B. *Emiliou*, *The Principle of Proportionality in European Law*, 1. Aufl. 1996, S. 129; *Jacobs*, in: *Ellis*, (Fn. 7), S. 2.

¹⁵ Dazu siehe z.B. *ibid.*, S. 1.

¹⁶ Im Ansatz ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip aber bereits in früheren Urteilen zu finden, z.B. in EuGH, Rs. 8/55, *Fédéchar*, Slg. 1954-56, 297, 311, wo der Gerichtshof einen allgemein anerkannten Rechtssatz beachtet hat, der besagt, dass das „Vorgehen der Hohen Behörde gegen ein unerlaubtes Verhalten der Unternehmen zu dem Ausmaß des letzteren in einem gewissen Verhältnis“ stehen soll.

¹⁷ EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125.

¹⁸ EuGH, Rs. 265/87, *Schröder*, Slg. 1989, 2237.

¹⁹ *Ibid.*, Rdnr. 21.

²⁰ Die Suche in der EUR-Lex-Datenbank (<http://eur-lex.europa.eu/>, einfache Suche nach Suchbegriff „verhältnismäßig“ in sämtlichen Rechtssachen, 10.7.2007) zeigt knapp 1000 Rechtssachen, in denen der Begriff „verhältnismäßig“ erscheint. Diese Aussage ist zwar illustrativ, stößt aber auf das Problem, dass sich der Gerichtshof in vielen Fällen, wie später am Beispiel der

Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane wie auch der Mitgliedstaaten. Der Bereich der Diskriminierung ist dabei eines der wenigen Gebiete²¹ des EG-Rechts, bei dem im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren auch Handlungen von Individuen am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessen werden.

Im Zusammenhang mit einer vollwertigen Verhältnismäßigkeitsprüfung werden dabei oft Fragen nach der Grenze der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis und der Gewaltenteilung aufgeworfen.²² Ein Gericht überprüft im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht nur die Grenzen der öffentlichen Gewalt oder die Art und Weise, wie die Gewalt ausgeübt wird, sondern unter anderem auch die Legitimität des verfolgten Ziels, die Wahl der Mittel und die Erreichung des Ziels. Dies kann als Eingriff in die Befugnisse des Gesetzgebers oder der Verwaltung angesehen werden. Diese Beobachtung ist wichtig, denn die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit ihrer dogmatischen Struktur und ihrer Kontrolldichte wird im Folgenden als uneinheitlich und flexibel dargestellt. Das Bewusstsein um die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung könnte die Erklärung dafür sein, dass Gerichte einen je nach Situation unterschiedlichen Grad an Selbstbeschränkung (*self-restraint*) ausüben.

Nachstehend werden die Auffassungen verschiedener Autoren zur Verhältnismäßigkeit im EG-Recht, die für die anschließende Analyse der Geschlechtergleichheitsrechtsprechung von Belang sein könnten, dargestellt.

1. Dogmatische Struktur

Die Uneinheitlichkeit der dogmatischen Struktur des Verhältnismäßigkeitstests wird von den meisten Autoren²³ bemerkt und betont. *Van Gerven*²⁴ weist darauf hin, dass der Gerichtshof in manchen Fällen den oben genannten dreistufigen Test,²⁵ in anderen Fällen hingegen einen zweistufigen Test (Vereinbarkeit der Mittel mit Zweck und Erforderlichkeit)²⁶ anwendet und zum Teil auch direkt zur Ver-

Gleichheitsfälle deutlich gemacht wird, auf die Verhältnismäßigkeit beruft, sie aber nicht durchprüft, und schon gar nicht nach dem dreistufigen Test, und in anderen Fällen einen oder mehrere Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht, ohne sich auf Verhältnismäßigkeit zu berufen.

²¹ *Jacobs*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 3 erwähnt nur Geschlechterdiskriminierung; die Verhältnismäßigkeitsprüfung spielt auch eine Rolle bei der Rechtfertigung der gegen Freizügigkeit verstoßenden Diskriminierung; vgl. EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139, Rdnr. 42.

²² Siehe z.B. *Jacobs*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 20; *Gerards*, (Fn. 1), S. 1 ff.

²³ Siehe z.B. *Jacobs*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 20; *van Gerven*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 38 ff.; *Koch*, (Fn. 7), S. 198 ff., 254.

²⁴ *Van Gerven*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 38 ff.

²⁵ Siehe z.B. EuGH, Rs. 331/88, *Fedesa*, Slg. 1990, I-4023, Rdnr. 12.

²⁶ Siehe z.B. EuGH, Rs. 66/82, *Fromençais*, Slg. 1983, 395, Rdnr. 8.

hältnismäßigkeit *stricto sensu* übergeht.²⁷ Koch macht deutlich, dass zweistufige Prüfungen überwiegen, welche als kleinsten gemeinsamen Nenner den Grundsatz der Erforderlichkeit umfassen.²⁸ Er führt weiter aus, dass beträchtliche Unterschiede zwischen Terminologie und tatsächlicher Prüfung bestehen.²⁹

In diesem Zusammenhang müssen zwei Probleme behoben werden. Erstens ist die genaue Struktur der Prüfung des EuGH im Einzelfall nicht vorhersehbar, so dass die Rechtssicherheit beeinträchtigt ist. Zweitens hängt die Intensität der Prüfung von der Zahl der zu prüfenden Merkmale ab. Wenn nämlich alle drei Teilprüfungen kumulativ erfüllt werden müssen, werden wesentlich mehr Aspekte der Beziehung zwischen Zweck und Mittel überprüft.³⁰

Schließlich soll darauf hingewiesen werden, dass noch verschiedene andere Prüfungsmodelle in der Literatur vorgeschlagen worden sind.³¹ So schlägt Gerards für Gleichbehandlungsfälle ein fünfstufiges Prüfungsraster (*assessment model*) vor.³²

²⁷ Siehe z.B. EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 23.

²⁸ Koch, (Fn. 7), S. 204.

²⁹ Ibid., S. 204 ff.

³⁰ Die Rechtslehre ist sich einig, dass die Prüfung umso intensiver sein muss, je präziser die Struktur des Tests formuliert ist. Vgl. *van Gerven*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 61; *Gerards*, (Fn. 1), S. 79 ff.

³¹ Koch, (Fn. 7), S. 277 ff. verweist auf drei Prüfungsmodelle: 1. das fünfstufige Prüfraster von *Epiney* und *Möllers* für Umweltrecht; 2. das vierstufige Schema von *GA Lenz* für Maßnahmen der Kommission und 3. das siebenstufige Prüfraster der Kommission bei Maßnahmen der kommerziellen Kommunikation.

³² *Gerards*, (Fn. 1), S. 30:

1. Rechtfertigt ein legitimes Ziel die Unterscheidung oder hat die unterschiedliche Behandlung für die Gesellschaft wünschenswerte Wirkungen (*test of legitimate aim or effect*)?
2. Ist die Klassifikation in Bezug auf das Ziel, das die Maßnahme verfolgt, hinreichend eng formuliert (*test of degree of fit* oder *test of over- or under-inclusiveness*)?
3. Kann die Unterscheidung das Ziel erreichen (*test of suitability*)?
4. Hätte das Ziel durch andere Mittel erreicht werden können, die einen weniger negativen Effekt auf die beeinträchtigten Interessen hätten haben können (*test of subsidiarity*)?
5. Gibt es ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und den beeinträchtigten Interessen (*test of proportionality in the strict sense*)?

Das dabei erstgenannte Erfordernis des legitimen Ziels wird in der deutschen Dogmatik auch als Vorfrage geprüft, ergänzt also dieses Prüfungsraster das deutsche dreistufige Schema nur um die Anforderung der „zugeschnittenen“ Klassifikation (der *degree of fit* muss auch *narrowly tailored* sein). Oft wird diese Frage unter dem Kriterium der Erforderlichkeit geprüft, was aber eine wichtige Differenzierung verwischt. Die „Zugeschnittenheit“ betrifft die Klassifikation, die der Ungleichbehandlung zugrunde liegt. Die Erforderlichkeit behandelt die Art der Maßnahme an sich.

2. Kontrolldichte

Die Kontrolldichte³³ ist nicht nur abhängig von der dogmatischen Struktur des Verhältnismäßigkeits-tests, sondern auch davon, wie intensiv die Erfüllung der einzelnen Teilgrundsätze überprüft wird. So kann ein Gericht hinsichtlich des Kriteriums der Geeignetheit prüfen, ob das gewählte Mittel offensichtlich ungeeignet³⁴ ist, es kann sich auch mit einer vorgelegten Prognose zum Kausalverlauf zufrieden geben (niedrigere Kontrolldichte) oder aber überprüfen, ob eine Kausalität zwischen Mittel und Ziel tatsächlich existiert (höhere Kontrolldichte). Beim Kriterium der Erforderlichkeit kann ein Gericht entweder das Ermessen des Staats zur Wahl einer Alternative respektieren (niedrigere Kontrolldichte) oder aktiv andere in Frage kommende Maßnahmen suchen und mit dem gewählten Mittel vergleichen (höhere Kontrolldichte).³⁵ Die Verhältnismäßigkeit wird insgesamt als ein flexibles Prinzip angesehen, dessen Anwendung in verschiedenen Situationen variiert.³⁶ Dabei läßt sich die unterschiedliche Prüfungsdichte nach Meinung der Literatur auf bestimmte Spezifika der Fälle zurückführen³⁷ und es lassen sich gewisse Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH feststellen.

³³ Auch „Prüfungsdichte“. Dieser Begriff ist schwer zu definieren. Weder *Koch* noch *Schwab* geben eine Definition vor, obwohl sie mit dem Begriff umfangreich arbeiten. *Gerards*, (Fn. 1), S. 79 ff. arbeitet mit dem Begriff *intensity of the assessment* und versteht darunter das Maß an Zurückhaltung, das die Gerichte ausüben. Der Begriff *standard of scrutiny* wird im US-amerikanischen Rechtskreis benutzt, vgl. *Peters/Birkhausen*, Affirmative Action à l'Américaine – Vorbild für Europa?, *ZaöRV* 2005, S. 1.

³⁴ So z.B. in EuGH, Rs. 40/72, *Schröder*, Slg. 1973, 125.

³⁵ Der US-amerikanische Supreme Court unterscheidet drei Kontrolldichten. Der *strict scrutiny test* besteht aus drei Fragen: 1. Ist ein zwingendes öffentliches Interesse (*compelling government interest*) vorhanden; 2. Ist die Maßnahme eng auf das Ziel zugeschnitten (*narrowly tailored*) und 3. Ist sie notwendig (*necessary*)? Dieser Test wird bei suspekten Klassifikationen (z.B. aufgrund der Rasse) und bei Eingriffen in Grundrechte (u.a. Wahlrecht) angewandt. Beim weniger strengen *intermediate scrutiny test* wird gefragt, ob 1. ein wichtiges öffentliches Interesse (*important government interest*) vorliegt und ob 2. die Maßnahmen diesem Interesse im Wesentlichen gerecht wird (*substantially related*). Diese Prüfungsdichte wird bei quasi-suspekten Klassifikationen (u.a. bei der Geschlechtsdiskriminierung) angewandt. Der minimale *rational basis test* fragt, ob die Maßnahme mit einem legitimen öffentlichen Interesse logisch verknüpft ist (*rationally related*), vgl. dazu *Peters/Birkhausen*, (Fn. 33), S. 1 ff.; die Übersicht „Levels of Scrutiny Under the Equal Protection Clause“ der UMKC Law School, <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/epscrutiny.htm> (1.6.2008) oder für die Geschlechtsdiskriminierung, *MacKinnon*, Sex Equality, 2. Aufl. 2007, S. 211 ff.

³⁶ Siehe auch *Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2006, S. 136 ff.

³⁷ *Schwab*, Der Europäische Gerichtshof und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Untersuchung der Prüfungsdichte, 1. Aufl. 2001, S. 269 ff. bietet eine dreifache Typologie von Gründen: die einzelfallbezogene Zufälligkeit (die Umstände des Einzelfalles); rechtsimmanente Gründe (die Rechtsnatur oder der Autor der Maßnahmen), und außerrechtliche Motive (wie z.B. die Integrationsfreundlichkeit des Gerichtshofs).

Im Allgemeinen bemerkt *Jacobs*³⁸, dass Gemeinschaftsmaßnahmen einer weniger strengen Prüfung unterliegen als Maßnahmen der Mitgliedstaaten, dass also mit zweierlei Maß gemessen wird. Dies kann durch das Interesse an Einheit und Effektivität des EG-Rechts gegenüber mitgliedstaatlichen Maßnahmen erklärt werden. *Van Gerven*³⁹ und *Jacobs*⁴⁰ stellen weiterhin fest, dass die Prüfungsdichte umso geringer ist, je mehr Ermessen eingeräumt wird. Kann der Gesetzgeber zwischen mehreren Vorgehensweisen wählen (*policy choices*) oder eine komplexe Einschätzung durchführen (*complex assessment*), ist die gerichtliche Überprüfung auf „manifeste Fehler“, „Kompetenzmissbrauch“ oder „Überschreitung des Ermessensspielraums“ begrenzt.⁴¹ Ähnlich werden allgemeine politische Maßnahmen einer niedrigeren Prüfungsdichte ausgesetzt als Umsetzungsmaßnahmen.⁴² Der Grund für diese Unterschiede in der Prüfungsdichte ist die oben erwähnte Fragestellung nach der Grenze der gerichtlichen Nachprüfungsbefugnis. Wie *Gerards* aufzeigt, müssen die Gerichte in allen Gleichbehandlungsfällen, in denen eine unterschiedliche Behandlung vorliegt, bestimmte Aspekte in Betracht ziehen: Bei gesetzlichen Klassifikationen ist es die Beziehung zum demokratisch gewählten Gesetzgeber; bei administrativen Maßnahmen der Ermessensspielraum der Verwaltung und bei horizontalen Beziehungen die Beachtung der Privatautonomie.⁴³

3. Das zuständige Gericht für die Verhältnismäßigkeitsprüfung

Für den Gleichbehandlungsbereich ist es wichtig zu betonen, dass die Mehrheit der Fälle als Vorabentscheidungsfragen nach Art. 234 EGV zum EuGH kommen. Deswegen sind aufgrund der Zuständigkeitsverteilung zwischen Gemeinschaftsgerichten und nationalen Gerichten die letzteren für die Verhältnismäßigkeitsprüfung zuständig, wie der EuGH unter anderem in der Entscheidung *Lommers* erklärt hat: „Im Rahmen der Zuständigkeitsverteilung nach Artikel 234 EG ist es grundsätzlich Sache der nationalen Gerichte, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überwachen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist dieser jedoch befugt, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben, die diesem Gericht in dem bei ihm anhängigen

³⁸ *Jacobs*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 21.

³⁹ *Van Gerven*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 48, 52, 58.

⁴⁰ *Jacobs*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 3.

⁴¹ *Ibid.*, S. 3 ff.

⁴² *Ibid.*, S. 20 ff.

⁴³ *Gerards*, (Fn. 1), S. 79 ff.

Verfahren für die Beurteilung der Vereinbarkeit einer nationalen Maßnahme mit dem Gemeinschaftsrecht dienlich sein können.“⁴⁴

Eine Analyse der Gleichbehandlungsrechtsprechung des EuGH kann daher vorwiegend⁴⁵ nur diese Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts untersuchen.

III. Die Gleichberechtigung von Männern und Frauen im EG-Recht

Das Prinzip des gleichen Entgelts für Männer und Frauen wurde bereits 1957 im EWG-Vertrag verankert.⁴⁶ Aber erst 13 Jahre später berief sich die Flugbegleiterin Defrenne im Verfahren gegen ihren Arbeitgeber Sabena das erste Mal darauf. Im zweiten der drei „Defrenne“-Vorabentscheidungsverfahren⁴⁷ stellte der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung des Art. 119 EWGV (heute Art. 141 EGV) fest und definierte diesen als eine der Bestimmungen des Vertrags, die sozialen und nicht bloß wirtschaftlichen Zwecken dient.⁴⁸ Im dritten Fall *Defrenne* bewertete der EuGH das Recht auf Nichtdiskriminierung als Grundrecht.⁴⁹ Im Urteil *Schröder* stufte er den sozialen Zweck des Art. 141 EGV als primär ein.⁵⁰

Das EG-Geschlechtergleichheitsrecht hat sich im Laufe der Zeit sowohl durch die Rechtsprechung des EuGH⁵¹ als auch durch den Erlass einer Reihe von Sekundär-

⁴⁴ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891, Rdnr. 39. Für eine indirekte Diskriminierung formuliert der EuGH die Aufteilung in EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 35.

⁴⁵ Die Ausnahme ist die geringe Anzahl von Aufsichtsklagen der Kommission.

⁴⁶ In Art. 119 EWGV (heute Art. 141 EGV) hieß es: „Jeder Mitgliedstaat wird [...] den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden.“

⁴⁷ EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1976, 455.

⁴⁸ Beide dieser Feststellungen sind für die weitere Diskussion von Belang. Die unmittelbare Drittwirkung hat dem Prinzip zudem einen breiten und starken Effekt in den nationalen Rechtsordnungen gesichert. Der Hinweis auf soziale und wirtschaftliche Ziele des EG-Rechts deutet einen Konflikt an, der im Folgenden zwischen dem sozialen Ziel des Gleichheitsgebotes und den von den Arbeitgebern und Mitgliedstaaten vorgebrachten wirtschaftlichen bzw. finanziellen Rechtfertigungsgründen deutlich wird. Siehe dazu auch *O'Leary*, *Employment Law at the European Court of Justice*, 1. Aufl. 2002, S. 139 ff.

⁴⁹ EuGH, Rs. 149/77, *Defrenne III*, Slg. 1978, 1365, Rdnrn. 26 und 27. Zur Geschlechtergleichheit als allgemeinen Prinzip des EG-Rechts, siehe auch *Costello/Davies*, *The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000*, CML Rev. 2006, S. 1570 ff. und *Tridimas*, (Fn. 36), S. 102 ff.

⁵⁰ EuGH, Rs. 50/96, *Schröder*, Slg. 2000, I-743, Rdnr. 57.

rechtsakten stark fortentwickelt. Die 11 Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen⁵² garantieren derzeit Gleichbehandlung in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, so beispielsweise hinsichtlich des gleichen Entgelts, der betrieblichen Systeme sozialer Sicherheit, des Gesundheitsschutzes und der Verbesserung der Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, des Mutterschaftsurlaubs, des Elternurlaubs für weibliche und männliche Arbeitskräfte mit Beschäftigungsschutz, der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit, und der Gleichbehandlung von selbständigen Erwerbstätigen sowie unterstützenden Ehegatten. Mit der Einfügung des Art. 13 EGV durch den Amsterdamer Vertrag⁵³ und dem daraus resultierenden Erlass neuer Richtlinien⁵⁴ wurde das allgemeine EG-Gleichheitsrecht auf weitere Schutzgründe und Schutzgebiete ausgedehnt. So ist im Bereich der Geschlechtergleichheit der Zugang zu Gütern wie auch Dienstleistungen reglementiert worden.

Das EG-Geschlechtergleichheitsrecht kann grundsätzlich in vier Bereiche unterteilt werden:⁵⁵ das Recht auf gleiches Entgelt, das älteste im Primärrecht verankerte Recht; das Recht auf Gleichbehandlung im engeren Sinne;⁵⁶ das Recht auf Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit und das Recht auf Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Die Untersuchung wird im Folgenden auf die ersten beiden Bereiche beschränkt.

Im Gleichheitsrecht dient⁵⁷ die Verhältnismäßigkeitsprüfung dazu, festzustellen, ob eine Ungleichbehandlung, die *prima facie* eine Verletzung des Diskriminierungs-

⁵¹ U.a. wurde eine unmittelbare Diskriminierung in EuGH, Rs. 96/80, *Jenkins*, Slg. 1981, 911, als unter das Diskriminierungsverbot zu subsumierendes Verhalten eingestuft, die Beweislastumkehr für Diskriminierungsfälle wurde durch EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199 eingeführt und der Begriff „aufgrund des Geschlechts“ in EuGH, Rs. C-13/ 94, *P gegen S*, Slg. 1996, I-2143, auch auf Transsexuelle angewandt.

⁵² Siehe eine Liste unter: Kommission, GD Beschäftigung und Soziales, http://ec.europa.eu/employment_social/gender_equality/legislation/legalacts_de.html (15.5.2008).

⁵³ Art. 13 EGV ermöglichte es dem Rat, Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

⁵⁴ Siehe die zwei Antidiskriminierungsrichtlinien unter: Kommission, GD Beschäftigung und Soziales, http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/lgdirect_de.htm (15.5.2008).

⁵⁵ Siehe auch die Einteilung in *Craig/De Burca*, EU Law, Text, Cases and Materials, 3. Aufl. 2003, S. 842 ff, die jedoch die letzte Entwicklung im Bereich Güter und Dienstleistungen noch nicht reflektiert.

⁵⁶ Gleichbehandlung ist ein Oberbegriff, der alle Teile des EG-Geschlechtergleichheitsrechts umfasst. Dennoch wird der Begriff im engeren Sinne nur für Arbeits- und Beschäftigungsfragen verwendet.

⁵⁷ Es soll vollständigkeithalber erwähnt werden, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung im Gleichheitsrecht auch benutzt wird, um den Umfang des von der RL 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur

verbotes darstellt, zu ihrem Zweck im Verhältnis steht. Für eine Analyse der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist es daher entscheidend, festzustellen, worauf sich die Ungleichbehandlung stützt.

Eine Unterscheidung, die *prima facie* eine direkte Diskriminierung⁵⁸ darstellt, kann nur durch eine der geschriebenen Ausnahmen gerechtfertigt werden.⁵⁹ Drei Ausnahmen von diesem allgemeinen Grundsatz waren bereits in der Richtlinie 76/207/EWG zu finden: Erstens für Berufe, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt; zweitens für Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft und drittens für sogenannte positive Maßnahmen. Obgleich die hier vorgestellten Fälle überwiegend auf dem ursprünglichen Wortlaut basieren und die relevanten Bestimmungen in der derzeitigen Fassung dementsprechend zitiert werden, ist zu betonen, dass sich diese Bestimmungen weiterentwickelt haben. Zunächst geschah dies durch die Aufnahme der positiven Maßnahme in Art. 141 Abs. 4 EGV und dann durch die Änderungsrichtlinie 2002/73/EG.⁶⁰

Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 39 v. 14.2.1976, S. 40 bzw. RL 2002/73/EG v. 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15 geforderten wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes festzustellen, vgl. z.B. EuGH, Rs. 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891. Dazu siehe auch *Tobler*, Remedies and Sanctions in EC Non-Discrimination Law, 1. Aufl. 2005.

⁵⁸ Bei der unmittelbaren Diskriminierung erfolgt die Ungleichbehandlung direkt aufgrund des Geschlechts. Art. 1 Abs. 2 RL 2002/73/EG definiert heute unmittelbare Diskriminierung wie folgt: „wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

⁵⁹ Sowohl die Rechtsprechung des Gerichtshofs, siehe z.B. EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 26 f., als auch die h.M., siehe z.B. Ellis, (Fn. 3), S. 27 und 111 ff., bestätigen überwiegend diese Aussage. In der Literatur gibt es dennoch darüber Streit, ob die Rechtfertigung auch bei unmittelbarer Diskriminierung anwendbar sein soll, vgl. *Bowers/Moran*, Justification in Direct Sex Discrimination Law: Breaking the Taboo, ILJ 2002, S. 307; *Gill/Monaghan*, Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld, ILJ 2003, S. 115.

Es stellt sich auch die Frage, ob es allgemein inkorrekt ist, eine Rechtfertigung durch ein legitimes Ziel im Bereich der direkten Diskriminierung zu ermöglichen. In mehreren Verfassungsrechtssystemen kann eine unterschiedliche Behandlung, die gegen den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verstößt, durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt werden, ungeachtet dessen, ob es sich um eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung handelt. Für die deutsche Dogmatik vgl. z.B. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte – Staatsrecht II, 21. Aufl. 2005, Rdnr. 428. Für die tschechische Dogmatik vgl. z.B. *Šotková*, Rovnost a diskriminace v judikatuře Ústavního soudu ČR (Gleichheit und Diskriminierung in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts der Tschechischen Republik), in: Bobek, Boučková und Kühn, Rovnost a diskriminace, studijní příručka, 1. Aufl. 2007, S. 175 ff. Der unterschiedliche Bedarf der „Verfassungskontrolle“ könnte auch durch das Fehlen von Ausnahmen in der Europäischen Charta der Grundrechte illustriert werden. Zur Diskussion siehe *Bell*, in: Hervey/Kenner, Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights, 1. Aufl. 2003, S. 98.

Dieser Stand wurde in die Neufassungsrichtlinie 2006/54/EG⁶¹ aufgenommen, welche schließlich am 15. August 2009 die vorherigen Richtlinien ersetzen wird.

Obwohl sich vor einem nationalen Gericht auch Private (insbesondere Arbeitgeber) auf einige dieser Ausnahmen berufen könnten, betrafen bisher alle Urteile des EuGH Fälle, in denen der Staat als Gesetzgeber oder Arbeitgeber Frauen und Männer unterschiedlich behandelt hat. Die Fälle kamen entweder als Vorabentscheidungsfragen oder Klagen der Kommission zum Gerichtshof.

Bei indirekter Diskriminierung⁶² kommt eine objektive Rechtfertigung⁶³ der unterschiedlichen Behandlung in Frage. Die Maßnahmen, die Frauen besonders benachteiligen, stellen keine Diskriminierung dar, wenn sie durch „ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel [...] zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“ sind.⁶⁴ Alle Fälle, in denen eine indirekte Diskriminierung behauptet worden ist, kamen als Vorabentscheidungsfragen zum EuGH. Die angeblichen Gesetzesübertreter waren sowohl private als auch öffentliche Arbeitgeber,⁶⁵ sowie die Mitgliedstaaten als auch die EG als Gesetzgeber.

Im Folgenden soll daher die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips erst bei geschriebenen Ausnahmen und dann bei ungeschriebenen Rechtfertigungen analysiert werden.

⁶⁰ RL 2002/73/EG v. 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG, ABl. Nr. L 269 v. 5.10.2002, S. 15.

⁶¹ RL 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. Nr. L 204 v. 26.7.2006, S. 23.

⁶² Eine indirekte (=mittelbare) Diskriminierung benachteiligt faktisch und wird im US-amerikanischen Recht als *disparate impact* beschrieben. Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung wird in Art. 2 Abs. 2, 2. Spiegelstrich RL 2002/73/EG definiert.

⁶³ Mit „objektiver Rechtfertigung“ ist eine Rechtfertigung gemeint, die sich auf objektive Gründe oder Faktoren stützt, die mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun haben. Siehe näher unter V.

⁶⁴ Art. 2 Abs. 2, 2. Spiegelstrich RL 2002/73/EG.

⁶⁵ Im Abschnitt V.1. werden sowohl Maßnahmen von privaten und öffentlichen Arbeitgebern als auch in Tarifverträgen enthaltene Regelungen besprochen. Obwohl der öffentliche Arbeitgeber unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff des Staats fällt, vgl. EuGH, Rs. 152/84, *Marshall*, Slg. 1986, 723, Rdnr. 49, ist es für die Zwecke der möglichen Rechtfertigungsgründe systematischer, ihn als privaten Arbeitgeber einzustufen, denn er kann im Unterschied zum Staat als Gesetzgeber keine „politischen“ Ziele zur Rechtfertigung einbringen. Diese Einteilung ist im Übrigen gebräuchlich, vgl. *O'Leary*, (Fn. 48), S. 151, 159; *Costello/Davies*, (Fn. 49), S. 1588.

IV. Die geschriebenen Ausnahmen

In der Entscheidung *Johnston*, der sich mit der Prüfung des Ausschlusses von Frauen aus dem bewaffneten Polizeidienst in Nordirland beschäftigte, hat der EuGH Hinweise zur Anwendung der geschriebenen Ausnahmen gegeben. Sie seien erstens eng auszulegen⁶⁶ und zweitens sei „bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von Ausnahmen von einem Individualrecht, wie dem in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, [...] ferner der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, auf denen die Rechtsordnung der Gemeinschaft beruht.“⁶⁷

Daraus ergibt sich, dass die Verhältnismäßigkeit zur Bestimmung der Grenzen einer Ausnahme benutzt wird. Wenn den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nicht nachgekommen wird, sollten die geprüften Maßnahmen nicht unter die Ausnahme subsumiert werden.

1. Das Geschlecht als unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer Tätigkeit

Die Richtlinie 76/207/EWG in der ursprünglichen Fassung⁶⁸ bestimmte in Art. 2 Abs. 2: „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.“

Da die Rechtsprechung des EuGH diese Fassung ausgelegt hat, wird im Folgenden mit ihr gearbeitet. An dieser Regelung hat der EuGH eine Reihe nationaler Ausnahmen gemessen. Dazu zählen beispielsweise die Aufhebung des Gleichheitsprinzips für die Beschäftigung in Privathaushalten, in Unternehmen mit nicht mehr als fünf Beschäftigten und im Beruf der Hebamme (*Kommission/Vereinigtes*

⁶⁶ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 36.

⁶⁷ Ibid., Rdnr. 38.

⁶⁸ Durch die RL 2002/73/EG wurde der Wortlaut und die Nummerierung dieser Bestimmung geändert. Der neue Art. 2 Abs. 6 lautet: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“ Die gleiche Bestimmung befindet sich in der Neufassung-RL 2006/54/EG in Art. 14 Abs. 2.

Königreich⁶⁹); der Ausschluss der Frauen vom bewaffneten Polizeidienst (*Johnston*); die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zum Beruf des Chefaufsehers in Haftanstalten und zu bestimmten Positionen bei der Polizei (*Kommission/Frankreich*⁷⁰); der Ausschluss von Frauen von Kampfeinheiten der britischen Royal Marines (*Sirdar*⁷¹) und der allgemeine Ausschluss von Frauen vom Dienst an der Waffe (*Kreil*⁷²).

a) Verhältnismäßigkeit?

Im ersten Fall zu Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG, *Kommission/VK*⁷³, wurde die Verhältnismäßigkeit vom EuGH noch nicht erwähnt. In darauf folgenden Urteilen⁷⁴ wird sie jedoch genannt. In der Entscheidung *Kreil* hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung folgendermaßen zusammengefasst: „Bei der Festlegung der Reichweite der Ausnahme von einem Grundrecht wie dem auf Gleichbehandlung ist außerdem [...] der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. [...] Danach dürfen Ausnahmen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist.“⁷⁵

Der EuGH führte die Verhältnismäßigkeit oder ihre Teilgrundsätze in seiner Rechtsprechung wiederholt an. Er bestand sogar auf einem strengeren Test, als das Vereinigte Königreich versuchte ihn in der Rechtssache *Sirdar* zu überzeugen, dass die gerichtliche Nachprüfung sich auf „die Frage beschränken müsse, ob die nationalen Stellen vernünftigerweise davon hätten ausgehen können, dass die betreffende Politik erforderlich und angemessen sei.“⁷⁶ Überraschenderweise prüft der EuGH die Wahrung der Verhältnismäßigkeit bzw. der Teilgrundsätze der Erforderlichkeit und der Angemessenheit in den Fällen *Sirdar* und *Kreil* aber nicht durch. Er über-

⁶⁹ EuGH, Rs. 165/82, *Kommission/Vereinigtes Königreich (VK)*, Slg. 1983, 3431.

⁷⁰ EuGH, Rs. 318/86, *Kommission/Frankreich (FR)*, Slg. 1988, 3559.

⁷¹ EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403.

⁷² EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69.

⁷³ EuGH, Rs. 165/82, *Kommission/VK*, Slg. 1983, 3431.

⁷⁴ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 318/86, *Kommission/FR*, Slg. 1988, 3559.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 23.

⁷⁶ EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 22. In Rdnr. 26 wies der EuGH zudem eindeutig auf den Verhältnismäßigkeitstest hin: „Bei der Festlegung der Reichweite der Ausnahme von einem Individualrecht wie dem auf Gleichbehandlung ist [...] der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, der zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gehört.“ Der Grund, warum die britische Regierung diese niedrige Kontrolldichte vorschlug, hat m.E. mit der „common law“-Dogmatik des *test of reasonableness* zu tun, siehe dazu z.B. *Craig*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 85 ff. Des Weiteren stützt sich die britische Regierung aber auch auf die Rechtsprechung des EuGH im Bereich der sozialen Sicherheiten. Siehe dazu unten V.2.b).

lässt diese Aufgabe auch nicht den nationalen Gerichten, denn er erteilt in beiden Urteilen dem nationalen Gericht nicht nur Hinweise, sondern entscheidet im Grunde über die Subsumtion der nationalen Maßnahmen unter Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG.⁷⁷

Das einzige Urteil, in dem sich der EuGH explizit mit der Verhältnismäßigkeit, d.h. konkret dem Kriterium der Erforderlichkeit, auseinandergesetzt hat, ist das Urteil *Johnston*. In diesem hat der EuGH dem nationalen Gericht einen Hinweis über alternative Maßnahmen erteilt: „Das nationale Gericht hat auch über die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu wachen und zu prüfen, ob die Nichtverlängerung des Vertrags der Klägerin nicht dadurch vermieden werden könnte, dass Frauen Aufgaben übertragen werden, die ohne Gefährdung der verfolgten Zwecke unbewaffnet wahrgenommen werden können.“⁷⁸ Diese Feststellung hat aber lediglich den Wert einer Beobachtung, denn aus dem Tenor⁷⁹ geht unverkennbar hervor, dass der EuGH die Maßnahme für mit der Richtlinie 76/207/EWG vereinbar hält.

In einigen Fällen⁸⁰ war für die Erklärung der Unvereinbarkeit der Maßnahmen mit der Richtlinie 76/207/EWG entscheidend, dass der Ausschluss der Frauen von bestimmten Berufen von zu allgemeinem Charakter war, was eine implizite Kontrolle der Erforderlichkeit bedeutet.⁸¹ Im Urteil *Kommission/VK*⁸², welches sich mit einer Regelung beschäftigte, nach der Privathaushalte und kleine Unternehmen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen waren, stellte der EuGH fest, dass die nationale Maßnahme die Grenze der geschriebenen Ausnahme

⁷⁷ EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Tenor: „Die Richtlinie [76/207/EWG] [...] steht der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben“. EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Tenor: „2. Der Ausschluss von Frauen vom Dienst in speziellen Kampfeinheiten wie den Royal Marines kann aufgrund der Art und der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeiten nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie [76/207/EWG] [...] gerechtfertigt sein.“

⁷⁸ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 39.

⁷⁹ Ibid., Tenor: „3. Nach Art. 2 Abs. 2 der RL 76/207 kann ein Mitgliedstaat bei der Beurteilung der Frage, ob das Geschlecht aufgrund der Bedingungen, unter denen die Tätigkeit als Polizist ausgeübt wird, eine unabdingbare Voraussetzung für diese berufliche Tätigkeit darstellt, Erfordernisse des Schutzes der öffentlichen Sicherheit berücksichtigen, um in einer innenpolitischen Situation, die durch häufige Anschläge gekennzeichnet ist, die allgemeinen polizeilichen Aufgaben mit Schusswaffen ausgerüsteten Männern vorzubehalten.“

⁸⁰ EuGH, Rs. 165/82, *Kommission/VK*, Slg. 1983, 3431, Rdnr. 16; EuGH, Rs. 318/86, *Kommission/FR*, Slg. 1988, 3559, Rdnr. 25; EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 29.

⁸¹ Sowohl im von *Gerards* vorgeschlagenen Test (Fn. 32) als auch unter US-amerikanischer Prüfung würde dies dem Anspruch der Zugeschnittenheit nicht entsprechen, da es als *overinclusive* zu betrachten wäre.

⁸² EuGH, Rs. 165/82, *Kommission/VK*, Slg. 1983, 3431.

überschreitet: „aufgrund ihres allgemeinen Charakters [geht die Maßnahme] über das Ziel hinaus, das im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie berechtigterweise verfolgt werden kann.“⁸³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der EuGH die Verhältnismäßigkeit fast nie wirklich benutzt, um seine Entscheidungen zu treffen oder zu begründen. Damit stellt sich die Frage, ob die Prüfung der Verhältnismäßigkeit, d.h. die Beziehung zwischen Zweck (einem legitimen Ziel) und Mittel (der Ungleichbehandlung) in diesen Fällen überhaupt nützlich ist.

Bei Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG stellen sich hingegen andere Fragen: Ist das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für einen bestimmten Beruf? Und entspricht die nationale Maßnahme, die den Ausschluss eines bestimmten Geschlechts regelt, der Reichweite der geschriebenen Ausnahme? Es ist meines Erachtens dogmatisch schwierig, bei der Beantwortung dieser Fragen einen Platz für die drei- oder zweistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung zu finden. Auf die Rolle der Verhältnismäßigkeit soll im Folgenden⁸⁴ näher eingegangen werden. Bemerkenswert sind zwei andere Aspekte dieser Rechtsprechung: Erstens die Suche des Gerichtshofs nach einem (weiteren) legitimen Ziel der nationalen Maßnahme und zweitens die Zulässigkeit eines Ermessensspielraums für die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Ausnahme. Diese werden daher näher erörtert.

b) Rechtfertigung?

In den Entscheidungen *Sirdar* und *Kreil* untersucht der Gerichtshof die nationale Maßnahme in zweierlei Hinsicht.⁸⁵ Erstens prüft er, ob Frauen von der Polizeiarbeit oder vom Armeedienst aufgrund der Art des Berufs ausgeschlossen werden dürfen. Dies lehnt der Gerichtshof ab. Die zweite Frage ist, ob die Bedingungen der Berufsausübung die Ungleichbehandlung rechtfertigen. Dies scheint der entscheidende Punkt bei der Akzeptanz des Ausschlusses von Männern vom Beruf der Hebamme in *Kommission/VK*⁸⁶ und von Frauen vom bewaffneten Polizeidienst in *Johnston*⁸⁷ sowie von Kampfeinheiten der Royal Marines im Fall *Sirdar* zu sein. Bei Kampfeinheiten wie den Royal Marines herrschen „spezielle Bedingungen“, die insbesondere eine „allseitige Verwendbarkeit“ erfordern.⁸⁸ Dennoch verwirrt der Gerichtshof in den Entscheidungen *Kreil* und *Sirdar* durch seinen

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Siehe unter IV.4.

⁸⁵ Vgl. Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207/EWG.

⁸⁶ EuGH, Rs. 165/82, *Kommission/VK*, Slg. 1983, 3431, Rdnr. 18.

⁸⁷ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 36.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 31.

Hinweis auf die objektive Rechtfertigung durch das Ziel der öffentlichen Sicherheit: „Daher ist zu prüfen [...], ob unter den Umständen des konkreten Falles die Maßnahmen, die die nationalen Stellen in Ausübung des ihnen zuerkannten Ermessens getroffen haben, tatsächlich das Ziel verfolgen, die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten, und ob sie angemessen und erforderlich sind, um dieses Ziel zu erreichen.“⁸⁹

Nach meiner Auffassung ist es unsystematisch, das Konzept der objektiven Rechtfertigung in die Prüfung der geschriebenen Ausnahmen einzubringen, was im Folgenden⁹⁰ belegt werden soll.

c) Ermessen

In einer Vielzahl von Urteilen erwähnt der EuGH das Ermessen der Mitgliedstaaten. Im Fall *Sirdar* stellt er fest, dass „Die nationalen Stellen jedoch je nach den Umständen über einen bestimmten Ermessensspielraum verfügen, wenn sie die für die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats erforderlichen Maßnahmen treffen.“⁹¹

Es ist verständlich, dass sich der EuGH bei der Überprüfung von Maßnahmen zur Organisation der Streitkräfte in gewisser Selbstbeschränkung üben wollte, da die öffentliche Sicherheit in den Mitgliedstaaten ein politisch extrem sensibles Thema ist.

Der Hinweis auf das Ermessen indiziert, dass der EuGH teilweise auf seine Nachprüfungsbefugnis verzichtet hat. Er prüft die mitgliedstaatliche Beurteilung der Bedingungen der Ausübung des Berufs nicht nach, sondern verlässt sich auf die Einschätzung der Situation durch den Mitgliedstaat: „Somit konnten die zuständigen [nationalen] Stellen bei Ausübung des Ermessens [...] davon ausgehen, dass die speziellen Bedingungen in Kampfeinheiten, die die Royal Marines darstellen, und insbesondere die Regel der „allseitigen Verwendbarkeit“, der sie unterworfen sind, es rechtfertigten, dass diese Einheiten ausschließlich aus Männern bestehen.“⁹²

⁸⁹ EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 25; siehe auch EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 28.

⁹⁰ Siehe unter IV.4.c).

⁹¹ EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 27.

⁹² *Ibid.*, Rdnr. 31; siehe außerdem zum Nachprüfungsverzicht unter IV.4.d).

d) Wer prüft?

In Vertragsverletzungsverfahren muss der EuGH der Klage der Kommission entweder stattgeben oder sie zurückweisen. Erwähnt er das Verhältnismäßigkeitsprinzip, muss er sich folglich auch zu dessen Einhaltung äußern. Wie aber bereits gezeigt wurde, bedeutet dies noch nicht, dass die Verhältnismäßigkeit bzw. ihre Teilgrundsätze tatsächlich geprüft werden.

Bei Vorabentscheidungsverfahren überlässt der EuGH die Prüfung den nationalen Gerichten. So prüfte er im Fall *Johnston* nicht umfassend, gab dem nationalen Gericht aber einen Hinweis auf alternative Maßnahmen. Aus dem Tenor⁹³ geht jedoch unverkennbar hervor, dass er die Maßnahme für mit der Richtlinie 76/207/EWG vereinbar hält. Auch in den Urteilen *Sirdar* und *Kreil* beantwortet der EuGH die Vorlagefrage auf eine Weise, die dem nationalen Gericht keinen Raum zur Prüfung belässt. Dabei ist von Belang, dass dies nicht nur in Entscheidungen geschieht, in denen der EuGH die nationale Maßnahme für mit dem EG-Recht vereinbar hält (*Johnston*, *Sirdar*), sondern auch in den Fällen, in denen er sie für unvereinbar erklärt (*Kreil*).

2. Die Vorschriften zum Schutz der Frau

Die Richtlinie 76/207/EWG bestimmte in Art. 2 Abs. 3: „Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.“ Diese Bestimmung wurde weder durch die RL 2002/73/EG noch durch die Richtlinie 2006/54/EG geändert, sie wurde jedoch neu nummeriert.⁹⁴

Bei der zweiten Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung musste der EuGH insbesondere feststellen, inwieweit Frauen als Mütter besonderer Schutz zukommen sollte. Der EuGH hat Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie in mehreren Urteilen dahingehend ausgelegt, dass diese Ausnahme zum einen die körperliche Verfassung der Frau und zum anderen „die Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind“⁹⁵ schützen soll, was in früheren Urteilen zum Ausschluss der Väter von bestimmten an die Elternschaft gebundenen Rechten führte.⁹⁶ Es ist unklar, welche

⁹³ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Tenor 3.

⁹⁴ Art. 2 Abs. 7 RL 2002/73/EG und Art. 28 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

⁹⁵ Vgl. EuGH, Rs. 184/83, *Hofmann/Barmer*, Slg. 1984, 3047, Rdnr. 25.

⁹⁶ Z.B. in EuGH, Rs. 163/82, *Kommission/Italien (IT)*, Slg. 1983, 3273 hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Adoptivvätern beim Mutterschaftsurlaubs nach der Aufnahme des Kindes oder in EuGH, Rs. 184/83, *Hofmann/Barmer*, Slg. 1984, 3047 hinsichtlich der Bereitstellung zusätzlichen Mutterschaftsurlaubs nur für Mütter. Diese Auffassung wurde auch in EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 44 bestätigt.

Tragweite das zweite „gesellschaftliche“⁹⁷ Kriterium heute hat. In der Rechtssache *Kommission/FR*⁹⁸ entschied der EuGH, dass besondere Rechte, die Frauen in ihrer Eigenschaft als ältere Arbeitnehmerinnen oder als Elternteil schützen, nicht erfasst seien, was auf eine wichtige Abkehr von der „Mutter“ und eine Hinwendung zum „Elternteil“ deutet. Das „Ziel des doppelten Schutzes der Frau“, und damit das Fortbestehen des „gesellschaftlichen“ Kriteriums, wird aber in der neueren Rechtsprechung⁹⁹ bestätigt.

In den neueren Entscheidungen, in denen sich die Beteiligten auf den Schutz der Frau berufen haben, musste sich der EuGH jedoch nicht mit dieser Frage beschäftigen, da die Reichweite allgemeiner Bestimmungen in Rechtssystemen der Mitgliedstaaten in Frage standen.¹⁰⁰ So konnten beispielsweise britische Vorschriften über den Ausschluss der Frau vom Polizeidienst mit der Waffe nicht durch den Schutz der Frau gerechtfertigt werden (*Johnston*¹⁰¹). Das Gleiche gilt für das Verbot der Nachtarbeit (*Stoeckel*¹⁰²) oder das Verbot der Beschäftigung von Frauen im unterirdigen Bergbau, bei Arbeiten in Druckluft und bei Taucherarbeiten (*Kommission/Österreich*¹⁰³).

Ähnlich wie bei der Frage, ob das Geschlecht unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer Tätigkeit sei, ist meines Erachtens von grundsätzlicher Bedeutung,

⁹⁷ Im Unterschied zum ersten Kriterium, das bloß auf biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen zurückzuführen ist.

⁹⁸ EuGH, Rs. 312/86, *Kommission/FR*, Slg. 1988, 6315, Rdnr. 14 f.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-284/02, *Sass*, Slg. 2004, I-11143, Rdnr. 53.

¹⁰⁰ Sowohl gemäß dem von *Gerards* vorgeschlagenen Test (Fn. 32) als auch unter US-amerikanischer Prüfung würde dies dem Anspruch der Zugeschnittenheit nicht entsprechen, da es als *overinclusive* betrachtet wäre.

¹⁰¹ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 44: „Frauen können nicht unter Berufung auf [Art. 2 Abs. 3 RL 76/207] [...] mit der Begründung von einer Beschäftigung ausgeschlossen werden, dass die öffentliche Meinung für sie einen im Verhältnis zu Männern stärkeren Schutz gegen Gefahren fordere, die Männer und Frauen in gleicher Weise betreffen und die sich von den besonderen Schutzbedürfnissen der Frau, wie sie in der Richtlinie ausdrücklich erwähnt sind, unterscheiden.“

¹⁰² EuGH, Rs. C-345/89, *Stoeckel*, Slg. 1991, I-4047, Rdnr. 15: „Das Ziel, die weiblichen Arbeitskräfte zu schützen, kann angesichts der vorstehend genannten Grundsätze nur dann Berücksichtigung finden, wenn die Notwendigkeit einer Ungleichbehandlung von Männern und Frauen gerechtfertigt wäre. Welche Nachteile aber auch immer mit Nachtarbeit verbunden sein mögen, es ist nicht ersichtlich, dass – außer im Fall von Schwangerschaft und Mutterschaft – die Gefahren, denen Frauen durch Nachtarbeit ausgesetzt sind, sich allgemein ihrem Wesen nach von denen unterscheiden, denen auch Männer ausgesetzt sind.“

¹⁰³ EuGH, Rs. C-203/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-935, Rdnr. 45: „Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 erlaubt es jedoch nicht, dass Frauen nur mit der Begründung von einer Beschäftigung ausgeschlossen werden, sie müssten im Verhältnis zu Männern stärker gegen Gefahren geschützt werden, die Männer und Frauen in gleicher Weise betreffen und sich von den in der Richtlinie ausdrücklich erwähnten besonderen Schutzbedürfnissen der Frau unterscheiden.“

ob die Reichweite der nationalen Derogation vom Gleichheitsgrundsatz mit der Reichweite der Richtlinien-Ausnahme übereinstimmt. Dabei sind Maßnahmen, die alle Frauen von bestimmten Tätigkeiten ausschließen, verständlicherweise mit der Richtlinie 76/207/EWG nicht vereinbar. In der Rechtssache *Kommission/Österreich* formuliert der EuGH wie folgt: „Eine Regelung [die Frauen die Beschäftigung im unterirdigen Bergbau, bei Arbeiten in Druckluft und bei Taucherarbeiten verbietet und nur wenige Ausnahmen für leitende Stellungen und im Gesundheits- oder Sozialdienst vorsieht] geht über das hinaus, was erforderlich ist, um den Schutz der Frau im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 zu gewährleisten.“¹⁰⁴

a) Verhältnismäßigkeit?

Obwohl die Feststellung der Nichtübereinstimmung einer nationalen Maßnahme mit der Richtlinien-Ausnahme in *Kommission/Österreich* an das Kriterium der Erforderlichkeit erinnert, spielte die Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Feststellung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 Richtlinie 76/207/EWG in diesem Urteil keine Rolle.¹⁰⁵ Der EuGH berief sich in keinem der Urteile ausdrücklich auf die Verhältnismäßigkeit.

Es stellt sich somit wieder die Frage, ob eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hier überhaupt nützlich ist. Artikel 2 Abs. 3 Richtlinie 76/207/EWG (Art. 2 Abs. 7 Richtlinie 2002/72/EG und Art. 28 Abs. 1 Richtlinie 2006/54/EG) scheint auf den Schutz der Frau abzielen. Der Wortlaut täuscht aber, da es nicht auf die Frage ankommt, ob die Maßnahmen „zum Schutz der Frau“ erlassen wurden und dazu im Verhältnis stehen, sondern zum einen darauf, ob der Schutz auf Schwangerschaft und Mutterschaft zurückgeführt werden kann sowie zum anderen auf die genaue Umgrenzung dieser beiden Begriffe.

b) Ermessen

Auch in den sogenannten Frauenschutz-Fällen betont der EuGH das Ermessen der Mitgliedstaaten. Im Urteil *Hofmann/Barmer* hieß es: „Die Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten ein Beurteilungsermessen hinsichtlich der sozialen Maßnahmen ein, die sie ergreifen, um im Rahmen der Richtlinie den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zu gewährleisten und die für die Frau anders als für den Mann tatsächlich bestehenden Nachteile im Hinblick auf die Beibehaltung des Arbeitsplatzes auszugleichen. Derartige Maßnahmen hängen [...] eng mit dem Gesamtsystem des sozialen Schutzes in den verschiedenen Mitglied-

¹⁰⁴ Ibid., Rdnr. 49.

¹⁰⁵ Diese Auffassung wird dadurch unterstützt, dass sich der EuGH in diesen Fällen nicht auf die Verhältnismäßigkeit berief.

staaten zusammen. Deshalb ist festzustellen, dass diese Staaten hinsichtlich der Art der Schutzmaßnahmen und der konkreten Einzelheiten ihrer Durchführung über einen sachgerechten Ermessensspielraum verfügen.“¹⁰⁶

Auch hier hängt die Feststellung des Ermessensspielraums mit einem sensiblen, traditionell dem souveränen Hoheitsbereich eines Staats angehörenden Bereich der Sozialpolitik zusammen. Der durch den EuGH zugestandene Ermessensspielraum war im vorliegenden Fall sehr groß, denn der Mitgliedstaat war berechtigt, nur Müttern und nicht Vätern nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist einen zusätzlichen bezahlten Mutterschaftsurlaub zu gewähren.¹⁰⁷

c) Wer prüft?

Der EuGH entschied in beiden Verfahren, Vertragsverletzungsverfahren und Vorabentscheidungsverfahren, eindeutig darüber, ob nationale Maßnahmen unter die Frauenschutz-Ausnahme fielen und ließ somit keinen Raum für eine (Verhältnismäßigkeits-)Prüfung durch nationale Gerichte.

3. Positive Maßnahmen

Artikel 2 Abs. 4 Richtlinie 76/207/EWG sah vor: „Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen.“¹⁰⁸ Der Vertrag von Amsterdam hat die folgende Bestimmung im Art. 141 Abs. 4 EGV eingeführt: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“ Auf diese Regelung verweisen dann die beide neueren Richtlinien.¹⁰⁹

¹⁰⁶ EuGH, Rs. 184/83, *Hofmann/Barmer*, Slg. 1984, 3047, Rdnr. 27.

¹⁰⁷ *Ibid.*, Rdnr. 28.

¹⁰⁸ Die durch RL 2002/73/EG geänderte Fassung verweist in Art. 2 Abs. 8 auf den EGV: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschließen.“

¹⁰⁹ Art. 2 Abs. 8 RL 2002/73/EG und Art. 3 RL 2006/54/EG.

In einer Reihe von Fällen aus Deutschland (*Kalanke*, *Marschall*, *Badeck*¹¹⁰), Schweden (*Abrahamsson*¹¹¹), den Niederlanden (*Lommers*¹¹²) und Frankreich (*Bribeche*¹¹³) musste der EuGH beurteilen, ob die bevorzugte Behandlung von Frauen im öffentlichen Dienst mit der Richtlinie 76/207/EWG¹¹⁴ vereinbar war. Drei Typen von positiven Maßnahmen¹¹⁵ wurden untersucht: Maßnahmen zur Verbesserung der Berufsbildung und der Qualifikationen von Frauen,¹¹⁶ Maßnahmen, die es den Frauen ermöglichen, ihre Rolle als Elternteil und ihre Berufstätigkeit besser miteinander zu vereinbaren¹¹⁷ und Maßnahmen, die die Frauen fördern, um ihre Unterrepräsentation im Berufsleben abzubauen.¹¹⁸

Zentral bei der Auslegung der Ausnahme war dabei der Begriff „Chancengleichheit“, den der EuGH in der Rechtssache *Kalanke* eng ausgelegt hat.¹¹⁹ Die Regelung des Landes Bremen, die Frauen einen automatischen und unbedingten Vorrang einräumte, wurde für mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar erklärt.¹²⁰ In der Entscheidung *Marschall* hat der EuGH dann einen eigenständigen Test entwickelt, um die Zulässigkeit von positiven Maßnahmen zu überprüfen. Eine Bevorzugung ist laut EuGH mit der Richtlinie 76/207/EWG vereinbar, wenn die gleiche Qualifikation von Bewerbern feststeht, weniger Frauen als Männer in der Laufbahn beschäftigt sind und sofern nicht in der Person eines

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875.

¹¹¹ EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539.

¹¹² EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891.

¹¹³ EuGH, Rs. C-319/03, *Bribeche*, Slg. 2004, I-8807.

¹¹⁴ Es ist zu bemerken, dass Art. 141 Abs. 4 EGV für den streitgegenständlichen Zeitraum aller Fälle mit Ausnahme von *Bribeche* noch nicht in Kraft getreten war.

¹¹⁵ Für diese Typologie, siehe auch Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, Rs. C-319/03, *Bribeche*, Slg. 2004, I-8807, Rdnr. 30 ff.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891.

¹¹⁸ Alle andere Fälle: EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875; EuGH, Rs. C-319/03, *Bribeche*, Slg. 2004, I-8807.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 19: „So sind [...] nationale Maßnahmen [...] zulässig, die die Frauen spezifisch begünstigen und darauf ausgerichtet sind, deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen.“

¹²⁰ *Ibid.*, Rdnr. 22: „Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht aber über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme.“

männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.¹²¹ Dieser Test wurde daraufhin in den folgenden Fällen angewandt.

Eine wichtige Frage ist, ob man positive Maßnahmen überhaupt als Ausnahmen ansehen soll. Die Auffassung, die dies bejaht, geht von einem formellen Verständnis von Gleichheit im Sinne der Gleichbehandlung aus, die eine prozessual konsistente Behandlung fordert und Unterschiede im Zugang zu „Macht und Wohlstand“ ignoriert. Diese Ansicht entspricht der ursprünglichen Formulierung des Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 76/207/EWG, die den Grundsatz der Gleichbehandlung (und nicht Gleichheit) feststellte.¹²² Eine inhaltliche Auffassung von Gleichheit, nach der die Ungleichverteilung die tatsächliche Erreichung von Gleichheit hindert, sieht positive Maßnahmen nicht als Ausnahme an, sondern als eine Vorgehensweise, die die tatsächliche Sicherstellung des Gleichheitssatzes bezweckt. Es kann argumentiert werden, dass das im Art. 141 Abs. 4 EGV formulierte Ziel „der effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen“ diesem zweiten Ansatz entspricht.¹²³ Die positive Maßnahme ist in diesem Sinne meines Erachtens anders als die beiden früher diskutierten Ausnahmen zu bewerten.

a) Verhältnismäßigkeit?

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip wird in einigen Urteilen zu positiven Maßnahmen genannt. Im Fall *Abrahamsson* stehe die Maßnahme „jedenfalls zu dem verfolgten Ziel außer Verhältnis“.¹²⁴ In den Entscheidungen *Lommers* und *Bribeche* übernimmt der EuGH zudem die Formulierung aus den Urteilen *Johnston*, *Sirdar* und *Kreil*,¹²⁵ nach der der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sei, indem Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist.¹²⁶

¹²¹ EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363, Tenor.

¹²² Zum Unterschied zwischen Gleichheit und Gleichbehandlung allgemein, siehe z.B. *Fredman*, *Discrimination Law*, 2002, S. 2 ff.; *Costello/Davies*, (Fn. 49), S. 1570 ff; für Analyse der unterschiedlichen Konzepte im Bereich positiven Maßnahmen, siehe *Fenwick*, *From Formal to Substantive Equality: the Place of Affirmative Action in European Union Sex Equality Law*, *European Public Law* 1998, S. 507; *Konrad/Linnehan*, *Affirmative Action; History, Effects, Attitudes*, in: *Powel*, *Gender and Work*, 1999, S. 429; *Ginsburg/Merritt*, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, *Cardozo Law Review* 1999, S. 253.

¹²³ Für die einzige Analyse der Auswirkung der Adoption des Art. 141 Abs. 4 EGV, siehe auch Schlussanträge GA *Maduro* zu EuGH, Rs. C-319/03 *Bribeche*, Slg. 2004, I-08807, Rn. 47 ff.

¹²⁴ EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 55.

¹²⁵ EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 38; EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 26; EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 23.

¹²⁶ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891, Rdnr. 39: „Zu beachten bleibt gleichwohl, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Festlegung der Reichweite von Ausnahmen von einem

Im Fall *Lommers* hat der Gerichtshof festgestellt, dass in Situationen, in denen eine geschlechtsneutrale Maßnahme zum gleichen Ergebnis führen würde, eine frauenfördernde Maßnahme unverhältnismäßig sei: „Wenn das Ziel, die Chancengleichheit von Männern und Frauen zu fördern, das mit der Einführung einer Maßnahme zugunsten von Arbeitnehmerinnen, die Mütter sind, verfolgt wird, auch dadurch erreicht werden kann, dass die Rechtsvorteile dieser Maßnahme auf Arbeitnehmer, die Väter sind, erstreckt wird, so verstößt es [...] gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, die Männer von dieser Maßnahme auszuschließen.“¹²⁷

Im Urteil *Bribeche* hat der EuGH konstatiert: „Diesen Bedingungen liegt die Tatsache zugrunde, dass bei der Festlegung der Reichweite von Ausnahmen von einem Individualrecht wie dem in der Richtlinie verankerten Recht von Männern und Frauen auf Gleichbehandlung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, wonach Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, und der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang gebracht werden muss.“¹²⁸

Zusammenfassend ist festzustellen, dass obwohl der „Marschall“-Test weiterhin als in der Rechtsprechung kritisch anzusehen ist, ab der Entscheidung *Lommers* doch die Verhältnismäßigkeit besonders betont wird.

b) Rechtfertigung?

Stärker als bei den anderen Ausnahmen stand bei Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 76/207/EWG das Ziel der „Förderung der Chancengleichheit“¹²⁹ und steht jetzt im Art. 141 Abs. 4 EGV das Ziel der „effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ im Vordergrund. Dabei handelt es sich um Ziele auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Es stellte sich die Frage, ob diese durch die Mitgliedstaaten konkretisiert werden können. In der Entscheidung *Abrahamsson*, in der Frauen unbedingter Vorrang eingeräumt wurde, um 30 Professorenstellen mit Frauen zu besetzen, bot die schwedische Regierung ein konkreteres Ziel an. Sie trug vor, dass „[...] die Entwicklung zu einer ausgewogeneren

Individualrecht wie dem in der Richtlinie verankerten Recht von Männern und Frauen auf Gleichbehandlung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, wonach Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist [...].“ Vgl. auch EuGH, Rs. C-319/03, *Bribeche*, Slg. 2004, I-8807, Rdnr. 24.

¹²⁷ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891, Rdnr. 42.

¹²⁸ EuGH, Rs. C-319/03, *Bribeche*, Slg. 2004, I-8807, Rdnr. 24.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 17. In der Rechtsprechung wurde auch von der Beseitigung oder Verringerung der „in der sozialen Wirklichkeit bestehenden faktischen Ungleichheiten“ gesprochen; *ibid.*, Rdnr. 18; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 26.

Geschlechterverteilung an den Bildungseinrichtungen [...] besonders schleppend verlief und dass diese daher einen außerordentlichen Einsatz für erforderlich hielt, um kurzfristig eine erhebliche Steigerung der Professorinnenzahl zu erreichen.“¹³⁰ Dieses Ziel, in absehbarer Zeit eine ausgewogenere Geschlechterverteilung in den schwedischen Bildungseinrichtungen zu erreichen, hat der EuGH aber nicht in Betracht gezogen.

c) Wer prüft?

Obwohl alle Fälle zu positiven Maßnahmen als Vorlagefragen zum EuGH gekommen sind, gab er immer eine ganz präzise Antwort darauf, ob die nationalen Regelungen mit dem EG-Recht vereinbar waren oder nicht. Den nationalen Gerichten wurde kein Überprüfungsspielraum gelassen.

4. Zusammenfassung

Die Hauptfrage dieses Abschnittes ist somit, ob in der gerichtlichen Kontrolle von mitgliedstaatlichen Maßnahmen, in welchen geschriebene Ausnahmen zur Anwendung kommen, die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine Rolle spielt bzw. spielen soll. Wie gezeigt wurde, prüft der Gerichtshof die Verhältnismäßigkeit wesentlich seltener, als er sie in seinen Entscheidungen nennt. Entweder wird sie (oder werden ihre Teile) als Grundsatz erwähnt und dann nicht mehr gebraucht¹³¹ oder die Unverhältnismäßigkeit¹³² ohne genauere Prüfung festgestellt.

Im Folgenden wird der Unterschied zwischen dem Test der Rechtfertigung und dem der geschriebenen Ausnahme erörtert und die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten bei geschriebenen Ausnahmen untersucht. Danach wird die Frage nach der Rolle eines legitimen Ziels bei der Subsumtion von Ausnahmen beantwortet. Daraus werden Schlüsse für die Anwendung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und für das Ermessen gezogen.

a) Warum werden Rechtfertigung und Ausnahme gegenübergestellt?

Eine unmittelbar aufgrund des Geschlechts unterschiedliche Behandlung kann erstens nur durch eine geschriebene Ausnahme gerechtfertigt werden. Zweitens sind die Ausnahmen der Richtlinie 76/207/EWG¹³³ primär an die Mitgliedstaaten ge-

¹³⁰ EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 13.

¹³¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403.

¹³² Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539.

¹³³ Dies gilt sowohl für die Änderungs-RL 2002/73/EG als auch für die Neufassungs-RL 2006/54/EG.

richtet, die sie zum Erlass von unterschiedlichen Regelungen auf nationaler Ebene benutzen konnten. Eine Ausnahme erlaubt den Mitgliedstaaten so zum Beispiel eine Teilaufhebung des Gleichbehandlungsgebotes für bestimmte Bereiche. Dies indiziert auch die Wortwahl des ursprünglichen Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG: „diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, [bestimmte Tätigkeiten] von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.“

Bei Ausnahmen wird eine Ungleichbehandlung dann nicht zur Diskriminierung, wenn sie unter die Ausnahme fällt, d.h. ihrem Inhalt und Umfang entspricht. Bei der Rechtfertigung bleibt eine Ungleichbehandlung im Diskriminierungsverbotsbereich, kann im konkreten Fall jedoch durch ein legitimes Ziel unter Beibehaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerechtfertigt sein. Für jede künftige gleichartige Ungleichbehandlung wird es immer eine Rechtfertigung geben müssen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung immer dort von Bedeutung ist, wo man die Beziehung zwischen Mittel und Zweck, also zwischen der nationalen Maßnahme und ihrem verfolgten Ziel, überprüft. Bei einer Überprüfung der Übereinstimmung einer Maßnahme mit der gemeinschaftsrechtlichen Ausnahme spielt sie aber rein dogmatisch keine Rolle.

b) Was muss der EuGH bei einer Ausnahme prüfen?

Im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren musste der EuGH darüber entscheiden, ob Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 6, 7 und 8 Richtlinie 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG bzw. Art. 141 Abs. 4 EGV bestimmten nationalen Regelungen entgegenstehen. Um diese Frage beantworten zu können, legt der Gerichtshof die betroffene Ausnahme¹³⁴ im Hinblick auf „eine Maßnahme, so wie die im Ausgangsverfahren“ aus.¹³⁵ Es ist dann theoretisch Aufgabe des nationalen Gerichts, festzustellen, ob die nationale Maßnahme unter Berücksichtigung der Hinweise des EuGH unter die Ausnahme zu subsumieren ist.

Es sind somit theoretisch diese beiden Aufgaben, die Auslegung und die Subsumtion, voneinander zu trennen. Bei der Auslegung wird die Reichweite der Ausnahme, ihr Inhalt und ihr Umfang abstrakt definiert. Die Verhältnismäßigkeit kann mangels konkreten zu prüfenden Mitteln dabei keine Rolle spielen. Dennoch ist festzustellen, dass nur solche Entscheidungen des EuGH, die auch eine Analyse der Maßnahme enthalten, den nationalen Gerichten tatsächlich nützen. Dies bestätigt auch die analysierte Rechtsprechung: In der fast ausnahmslosen Mehrheit der Fälle hat der Gerichtshof selbst über die Vereinbarkeit „einer“ Maß-

¹³⁴ Im Einklang mit Art. 234 EGV.

¹³⁵ Die Formulierung variiert. Im Tenor von EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69 spricht der EuGH z.B. von „nationalen Bestimmungen, die wie die des deutschen Rechts Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließen“.

nahme (wie der nationalen Maßnahme im Ausgangsverfahren) mit den geschriebenen Ausnahmen entschieden und zwar unabhängig von der Art des Verfahrens. Dem nationalen Gericht blieb dann nur die Subsumtion der konkreten Tatsachen unter die detailliert ausgelegte Ausnahme – eine Aufgabe, die in den oben genannten Fällen ganz mechanisch erfolgen konnte. Somit ist weiter zu fragen, ob die Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Auslegung „eingebaut“ und wie dies dogmatisch zu erklären ist.

c) Verfolgung eines legitimen Ziels?

Kann bei geschriebenen Ausnahmen ein legitimes Ziel gefunden werden, an dem eine Ungleichbehandlung gemessen werden müsste bzw. könnte und zu dem dann eine konkrete Maßnahme im Verhältnis stehen müsste?

Jede in der Richtlinie verankerte Ausnahme hat selbstverständlich ein Ziel, welches der Gemeinschaftsgesetzgeber verfolgte. Dies ist beispielsweise im Art. 2 Abs. 7 Richtlinie 76/207/EWG einfach zu identifizieren: „Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft“. Aus der Vorgehensweise des EuGH ergibt sich die Auffassung, dass diese Ziele „erschöpft“ worden seien, als der Gemeinschaftsgesetzgeber die entsprechenden Ausnahmen ermöglicht hat. Die Rechtsgrundlagen für die Entlastung einer Ungleichbehandlung seien seitdem die geschriebenen Ausnahmen der Richtlinie. Eine nationale Maßnahme, die vom Gleichheitsgrundsatz der Gemeinschaft abweicht und von einer Ausnahme Gebrauch macht, sei dementsprechend in erster Linie nicht am ursprünglichen Ziel des Gemeinschaftsgesetzgebers zu messen, sondern am Inhalt und Umfang der geschriebenen Ausnahme.

Es muss in diesem Zusammenhang betont werden, dass andere rechtfertigende Ziele für die geschriebenen Ausnahmen nicht in Betracht gezogen werden können. Die Argumentation des EuGH hinsichtlich der öffentlichen Sicherheit im Fall *Sirdar* ist daher als vollständig unsystematisch einzustufen.

Eine nationale Maßnahme hat aber grundsätzlich immer ein konkretes nationales Ziel, das das gemeinschaftsrechtliche Ziel klarstellt. Somit war in der Entscheidung *Abrahamsson*¹³⁶ problematisch, ob das vom nationalen Gesetzgeber verfolgte Ziel als Ausgangspunkt zu prüfen ist. Ein nationales Ziel, so die Rechtsprechung, kann an sich legitim sein, die Maßnahme zu seiner Erreichung verhältnismäßig, aber dennoch kann sie sich außerhalb der Reichweite der Ausnahme befinden und daher mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot unvereinbar sein. Hieraus folgt, dass die Rechtfertigung durch ein legitimes nationales Ziel die Prüfung der Vereinbarkeit mit EG-Recht nicht ersetzen kann, denn beide Prüfungen können zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Die Gefahr ist hauptsächlich,

¹³⁶ EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 13.

dass nationale Rechtfertigungen gegen die einheitliche Anwendung des EG-Gleichheitsrechts wirken könnten und seine Wirkung dadurch erodieren würde.

Könnte die Rechtfertigung durch ein legitimes nationales Ziel die Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen Maßnahme mit der geschriebenen Ausnahme ergänzen? Es wäre meines Erachtens überflüssig, die Erfüllung von beiden Tests, also der Übereinstimmung der Maßnahme mit der geschriebenen Ausnahme und der Rechtfertigung, kumulativ zu verlangen.

Sollen diese Schlussfolgerungen auch für die positive Maßnahme nach der Einführung des Art. 141 Abs. 4 EGV gelten? Ich denke nicht. Erstens steht das Ziel der „effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ hier viel deutlicher im Vordergrund als bei den Ausnahmen des Art. 2 Abs. 6 und 7 Richtlinie 76/207/EWG. Zweitens ist die Natur des Ziels auch eine andere – es handelt sich nicht um eine geschriebene Derogation,¹³⁷ sondern der Sinn und der Zweck der Bestimmung ist es sicherzustellen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung nicht formell ausgelegt wird und dass die Mitgliedstaaten aktiv Maßnahmen ergreifen können, die die Gleichheit fördern. Die Gefahr der Erosion ist daher irrelevant, da die positiven Maßnahmen zwar „Ausnahmen“ zum Grundsatz der Gleichbehandlung sind, aber gleichzeitig auch eine Vorgehensweise darstellen, um Gleichheit zu erreichen.

Wie soll der EuGH nun ihre Legalität überprüfen? Meines Erachtens soll der Gerichtshof das Model der Rechtfertigung und Verhältnismäßigkeitsprüfung anwenden.¹³⁸ Die Ziele der nationalen Maßnahmen konkretisieren das gemeinschaftliche Ziel dem entsprechen grundsätzlich die geschriebenen gemeinschaftlichen Rechtfertigungen des Art. 30 EGV im Bereich des Warenverkehrs. Bis jetzt hatten die „erlaubten“ nationale Maßnahmen die folgende Ziele: Verbesserung der Berufsbildung und der Qualifikationen von Frauen;¹³⁹ Ermöglichung der Vereinbarung von Karriere und Familie¹⁴⁰ und Abbau der Unterrepräsentation im Berufsleben.¹⁴¹ Man könnte sich aber auch andere vorstellen, so vor allem das schwedische Ziel „kurzfristig eine erhebliche Steigerung der Professorinnenzahl“

¹³⁷ Für ähnliche Schlussfolgerungen betreffend des Änderungspotenzials des Art. 141 Abs. 4 EGV für positive Maßnahme, siehe *Tobler*, *Going Global in Sex Equality Law. The Case of Gender Representation Rules for Company Boards?*, in: Monti/v.u.zu Liechtenstein/Vesterdorf/Westbrook/Wildhaber (Hrsg.), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation/Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung*, Fs. for Baudenbacher, 1. Aufl. 2007, S. 912 ff.

¹³⁸ Siehe unter V.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891.

¹⁴¹ Alle andere Fälle: EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875; EuGH, Rs. C-319/03, *Briheche*, Slg. 2004, I-8807.

zu erreichen.¹⁴² Der EuGH soll überprüfen, ob diese Ziele dem gemeinschaftlichem Ziel entsprechen und ob sie legitim sind. Folglich wäre die Prüfung, ob die nationalen Maßnahmen im Verhältnis zum nationalen Ziel stehen, erforderlich.

d) Verhältnismäßigkeit?

Der Schluss zu Art. 2 Abs. 6 und 7 Richtlinie 76/207/EWG, dass nationale Maßnahmen nicht an einem Ziel gemessen werden sollen, hat weitgehende Auswirkungen auf die Frage, ob die Verhältnismäßigkeit bei der Überprüfung von Ausnahmen eine Rolle spielt. Die Verhältnismäßigkeit bezieht sich auf die Relation zwischen Ziel und Mittel. Wenn es aber dogmatisch kein Ziel gibt, kann daraus der Schluss gezogen werden, dass auch die Verhältnismäßigkeit keine Rolle in der Prüfung spielt. Oder doch?

In der Rechtsprechung des EuGH zeigt sich, dass manche Teilgrundsätze oder die Ideen hinter diesen Teilgrundsätzen für die Frage der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit der Ausnahme wichtig sind. Dies hängt meiner Auffassung nach mit der Forderung einer engen Auslegung der Ausnahmen zusammen, die folglich Auswirkungen auf die Gestaltung der konkreten nationalen Maßnahmen hat. So spiegelt sich das Kriterium der Zugeschnittenheit (*degree of fit*), obwohl es meistens als Erforderlichkeit formuliert wird, in dem Erfordernis wider, dass Frauen nur im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft geschützt werden und nicht „als Frauen“ allgemein von Nachtarbeit¹⁴³ oder der Arbeit im Bergbau¹⁴⁴ ausgeschlossen werden können. Die Erforderlichkeit drückt sich in der Feststellung aus, dass ein allgemeines Verbot der Erwerbsarbeit in der Armee für Frauen mit der Richtlinie unvereinbar ist¹⁴⁵ oder dass positive Maßnahmen ausgeschlossen sind, wenn das Gleiche durch geschlechtsneutrale Maßnahmen erreicht werden könnte.¹⁴⁶ Außerdem ist die Angemessenheit wichtig, denn der EuGH muss sich die Frage stellen, inwieweit die Ausnahmen in das vorrangig geschützte Gleichheitsgebot eingreifen dürfen.

Obwohl die Verhältnismäßigkeit dogmatisch betrachtet hier keine Rolle spielt und ausschlaggebend die Übereinstimmung der Reichweiten ist, hat die Verhältnismäßigkeit dennoch eine wichtige Rolle. Die in der Rechtsprechung festgestellte „informelle“ Rolle der Verhältnismäßigkeit stammt in diesem Bereich meines Erachtens aus zwei Quellen, von denen aber keine dogmatisch sauber ist. Erstens ist die Ausnahme eng auszulegen. Die Verhältnismäßigkeitprüfung ist dann bei der

¹⁴² EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 13.

¹⁴³ EuGH, Rs. C-345/89, *Stoeckel*, Slg. 1991, I-4047, Rdnr. 15.

¹⁴⁴ EuGH, Rs. C-203/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-935, Rdnr. 45.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69.

¹⁴⁶ EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891, Rdnr. 42.

Feststellung dieser „Enge“ hilfreich. Zweitens bringt die teleologische Auslegung das gesetzgeberische Ziel in die Analyse hinein. Die Tatsache, dass die Auslegung im Hinblick auf eine konkrete Maßnahme ergeht, führt dann dazu, dass die Beziehung zwischen der konkreten nationalen Maßnahme und dem Ziel kommentiert wird.

Aus alldem ergibt sich, dass sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit auch in der Praxis des EuGH und nicht nur in der der nationalen Gerichte stellt. So soll es nach meiner Ansicht auch sein. Der EuGH soll sich innerhalb der Auslegung die Frage stellen: „Welche Möglichkeiten würden mir zur Verfügung stehen, wenn ich diese Ausnahme im Verhältnis zu ihrem verfolgten legislativen Ziel umsetzen wollen würde?“ Mit der Antwort auf diese Frage würde der EuGH dem nationalen Gericht einen hilfreichen Hinweis geben, ohne die Zuständigkeitsverteilung zu verletzen.¹⁴⁷

Eine viel wichtigere Rolle soll meines Erachtens die Verhältnismäßigkeit im Bereich der positiven Maßnahme haben. Wie soll die Verhältnismäßigkeitsprüfung in diesen Fällen aussehen? Alle drei Grundsätze haben meines Erachtens hier eine Funktion. So ist die Geeignetheit nötig um festzustellen, dass die Maßnahmen tatsächlich zu der vollen Gleichstellung beitragen können. Die Erforderlichkeitsprüfung soll vor allem aufzeigen, wenn das gleiche Ziel ebenso gut durch geschlechtsneutrale Maßnahmen zu erreichen wäre. Die Angemessenheit schließlich würde verlangen, dass in das Interesse eines Mannes, gleich behandelt zu werden, nicht wesentlich eingegriffen wird.

e) Ermessen

Der EuGH spricht vom Ermessen der Mitgliedstaaten in den sensiblen Bereichen der inneren Sicherheit und der damit verbundenen Organisation der Streitkräfte¹⁴⁸ sowie der Organisation der Systeme der sozialen Sicherheit im Hinblick auf Schwangerschaft und Mutterschaft.¹⁴⁹ In der Rechtsprechung bedeutet der Hinweis auf ein Ermessen, dass der EuGH die Einhaltung eines bestimmten Merkmals der Ausnahme (Bedingungen der Ausübung eines Berufs in *Sirdar* oder Schutz bei Mutterschaft in *Hoffman/Barmer*) nicht überprüft, sondern sich auf die Beurteilung des Mitgliedstaats verlässt.¹⁵⁰ Die Abkehr von einer Überprüfungsbe-

¹⁴⁷ Vertragsverletzungsverfahren sind dann nur in dem Sinne anders, dass der Gerichtshof über die mitgliedstaatliche Maßnahme endgültig entscheidet.

¹⁴⁸ Siehe unter IV.1.

¹⁴⁹ Siehe unter IV.2.

¹⁵⁰ Für den Verhältnismäßigkeitstest könnte dies die unter II.2. genannten besonderen Umstände darstellen, die die Selbstbeschränkung (*self-restraint*) und damit eine niedrigere Prüfungsdichte rechtfertigen. Die Verhältnismäßigkeit wird in der Literatur als ein im positiven Sinne flexibles Prinzip beschrieben, das solche Umstände berücksichtigen kann und soll. Wie aber gezeigt

fugnis kann bei Art. 2 Abs. 6 und 7 Richtlinie 76/207/EWG zu einer unterschiedlichen Anwendung des Gleichheitsprinzips und seiner Ausnahmen in den verschiedenen Mitgliedstaaten führen und ist meines Erachtens aufgrund des Sinns und Zwecks als auch der dogmatischen Struktur der Richtlinie nicht zu rechtfertigen.“ Danach bleibt der folgende Satz, jedoch als neuer Absatz: „Es ist im Lichte der obengenannten Erwägungen ein Paradox, dass gerade bei positiven Maßnahmen der EuGH nie vom Ermessen gesprochen hat.

Es ist im Lichte der obengenannten Erwägungen¹⁵¹ Paradox, dass der EuGH gerade bei positiven Maßnahmen nie vom Ermessen gesprochen hat. Bei ihnen würde Ermessen nämlich nicht eine potentielle Erosion der Geschlechtergleichheit bedeuten, sondern mehr Raum für ihre Förderung verschaffen.

V. Die objektive Rechtfertigung

Eine objektive Rechtfertigung kommt nur in den Fällen, in denen eine mittelbare Diskriminierung behauptet wird, in Betracht. In der Rechtsprechung ist das Recht auf gleiches Entgelt und dabei insbesondere die Stellung von Teilzeitbeschäftigten am häufigsten betroffen. Eine Ungleichbehandlung verstößt grundsätzlich gegen Art. 141 EGV, wenn sie zwar unabhängig vom Geschlecht des Arbeitnehmers gilt, Frauen jedoch stärker trifft als Männer¹⁵² und nicht durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt werden kann.¹⁵³ Innerhalb des dritten Merkmals, der Rechtfertigung, ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung relevant.

1. Der Arbeitgeber

Zur Problematik der Rechtfertigung einer *prima facie* mittelbaren Diskriminierung durch den Arbeitgeber hat sich der EuGH sowohl in einer Reihe von Vorlagenfragen zum gleichen Entgelt, die sich unter anderen mit den Rechten der Teilzeit-

wurde, ist der Verhältnismäßigkeits-test an sich für die Überprüfung der nationalen Maßnahmen nicht ausschlaggebend.

¹⁵¹ Siehe unter IV.4.c).

¹⁵² Der EuGH verlangt eine tatsächliche Beeinträchtigung. Die Tatsache, dass „wesentlich mehr“ Frauen als Männer betroffen werden oder dass es „einen geringeren, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehenden und relativ konstanten Abstand zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern“ gibt, muss statistisch belegt werden, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623, Rdnrn. 60 f., 65; EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 16.

¹⁵³ Vgl. in diesem Sinne EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, Rdnr. 29; EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 12; EuGH, Rs. C-457/93, *Lewark*, Slg. 1996, I-243, Rdnr. 31; EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 34 ff.

beschäftigten¹⁵⁴ (z.B. *Jenkins*,¹⁵⁵ *Bilka*,¹⁵⁶ *Nimz*,¹⁵⁷ *Schröder*¹⁵⁸ oder *Cadman*¹⁵⁹), der Arbeitsplatzteiler (z.B. *Hill und Stapleton*¹⁶⁰), der geringfügig Beschäftigten (z.B. *Krüger*¹⁶¹) oder der verschiedenen geschlechtstypischen Berufsgruppen (z.B. *Enderby*,¹⁶² *Royal Copenhagen*,¹⁶³ *Wiener*¹⁶⁴ oder *JamÖ*¹⁶⁵) beschäftigten, als auch in Vorlagefragen zur Gleichbehandlung¹⁶⁶ (z.B. *Gerster*,¹⁶⁷ *Kording*¹⁶⁸ oder *Steinicke*¹⁶⁹) geäußert.

a) Rechtfertigungsgründe

Zur mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes hat sich der EuGH zum ersten Mal¹⁷⁰ in der Entscheidung *Sabbatini*¹⁷¹ geäußert, in dem eine Beamtin gegen die Nutzung der Eigenschaft des „Familienvorstands“ für die Zuerkennung der Auslandszulage geklagt hat. Genauer hat der EuGH die Doktrin im Falle *Jenkins* ausgedrückt, in dem Teilzeitarbeitern ein geringerer Stundenlohn ausbezahlt wurde als Vollzeitarbeitern. Dieser Unterschied verstieß laut EuGH nicht gegen Art. 141 EGV und die Richtlinie 75/117/EWG, soweit die unterschiedliche Entlohnung auf Faktoren beruhte, die objektiv gerechtfertigt waren und keine Dis-

¹⁵⁴ Dies ist konkurrenzlos die am häufigsten vorkommende Kategorie.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. 96/80, *Jenkins*, Slg. 1981, 911.

¹⁵⁶ EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, I-297.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-50/96, *Schröder*, Slg. 2000, I-743.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583.

¹⁶⁰ EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-281/97, *Krüger*, Slg. 1999, I-5127.

¹⁶² EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535.

¹⁶³ EuGH, Rs. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Slg. 1995, I-1275.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-309/97, *Wiener*, Slg. 1999, I-2865.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-236/98, *JämÖ*, Slg. 2000, I-2189.

¹⁶⁶ Der Bereich der Gleichbehandlung im engeren Sinne ist aus der Sicht der mittelbaren Diskriminierung nicht so umfangreich an Fällen. Viele Fälle, die unter die RL 76/207/EWG fielen, betrafen die Diskriminierung aufgrund der Schwangerschaft, die der EuGH korrekt als direkte Diskriminierung einstuft, vgl. z.B. EuGH, Rs. C-177/88, *Dekker*, Slg. 1990, I-3941, Rdnr. 12.

¹⁶⁷ EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-5253.

¹⁶⁸ EuGH, Rs. C-100/95, *Kording*, Slg. 1997, I-5289.

¹⁶⁹ EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027.

¹⁷⁰ Für die Entwicklung der Rechtsprechung zu mittelbaren Diskriminierung, siehe z.B. *Tobler*, *Indirect Discrimination*, 1. Aufl. 2005, S. 101 ff.

¹⁷¹ EuGH, Rs. 20/71, *Sabbatini*, Slg. 1972, 345.

kriminierung aufgrund des Geschlechts darstellten.¹⁷² Die Beurteilung dieser Kriterien sollte dabei angesichts der tatsächlichen Umstände, der Vorgeschichte und der Beweggründe des Arbeitgebers dem nationalen Gericht obliegen.¹⁷³ Der EuGH suchte nach einem Motiv des Arbeitgebers¹⁷⁴ und hat überraschend bereitwillig die wirtschaftliche Rechtfertigung, den Vollzeitarbeitern einen Anreiz geben zu wollen, akzeptiert.¹⁷⁵ Im darauf ergangenen Urteil *Bilka* war der Gerichtshof strenger, denn er hielt erstens nur die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer für ausschlaggebend und lehnte somit implizit ab, dass das Motiv des Arbeitgebers eine Rolle spielen soll. Zweitens stellte er fest, dass die objektiv rechtfertigenden wirtschaftlichen Gründe einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen müssten.¹⁷⁶

Die Terminologie der Rechtfertigungsgründe variiert in der Rechtsprechung. In mehreren Urteilen werden auch die Begriffe „objektive Faktoren“,¹⁷⁷ „sachliche Gründe“¹⁷⁸ oder eine Kombination aller drei¹⁷⁹ verwendet. Entscheidend ist dabei, dass diese Faktoren oder Gründe „nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“¹⁸⁰ dürfen. Die gegenüber dieser Terminologie aber wichtigere Frage ist die der Identifizierung von unterschiedlichen Arten von Rechtfertigungsgründen. Es können meines Erachtens zwei größere Gruppen von Rechtfertigungsgründen anerkannt werden: die nicht-wirtschaftlichen und die wirtschaftlichen.

Die nicht-wirtschaftlichen Rechtfertigungsgründe beziehen sich größtenteils auf die Eigenschaften der Arbeitskräfte. Sie dienen nicht so sehr der Rechtfertigung

¹⁷² EuGH, Rs. 96/80, *Jenkins*, Slg. 1981, S. 911, Rdnr. 11.

¹⁷³ *Ibid.*, Rdnr. 14.

¹⁷⁴ *Ibid.*, Rdnr. 15: „Ein unterschiedliches Entgelt [...] stellt [...] nur dann eine [...] verbotene Diskriminierung dar, wenn es in Wirklichkeit nur ein indirektes Mittel dafür ist, das Lohnniveau der Teilzeitarbeitnehmer aus dem Grund zu senken, weil diese Arbeitnehmergruppe ausschließlich oder überwiegend aus weiblichen Personen besteht“. Die Notwendigkeit, ein Motiv festzustellen, würde die Nachweisbarkeit vieler mittelbarer Diskriminierungen völlig unmöglich machen.

¹⁷⁵ *Ibid.*, Rdnr. 14. Diese Äußerungen wurden in der Literatur kritisiert, vgl. z.B. *O'Leary*, (Fn. 48), S. 88.

¹⁷⁶ EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, Rdnr. 36; vgl. auch EuGH, Rs. 237/85, *Rummeler*, Slg. 1986, 2101, Rdnr. 24.

¹⁷⁷ Z.B. EuGH, Rs. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Slg. 1995, I-1275, Rdnr. 42; EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-5253, Rdnr. 42; EuGH, Rs. C-236/98, *JämÖ*, Slg. 2000, I-2189, Rdnr. 52.

¹⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-79/99, *Schnorbus*, Slg. 2000, I-10997, Tenor.

¹⁷⁹ Siehe z.B. EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 26: „sachlich gerechtfertigter wirtschaftlicher Grund“.

¹⁸⁰ Siehe dazu EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583, Rdnr. 31, der die frühere Rechtsprechung zusammenfasst.

sondern stellen vielmehr Kriterien auf, nach denen eine Unterscheidung beim Entgelt oder bei sonstiger Behandlung als legitim angesehen werden kann. Diese Merkmale gehen auf Art. 141 EGV¹⁸¹ zurück, der „gleiches Entgelt für Männer und Frauen“ nur „bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit“ vorsieht. Diese Kriterien werden im Rechtfertigungstest an der Stelle des legitimen Ziels¹⁸² benutzt, sind aber eigentlich lediglich „sachliche Gründe“, die den Unterschied erklären, anstatt ihn zu rechtfertigen.¹⁸³ Der EuGH hat sich in seiner Rechtsprechung zu einer Reihe angebotener Gründe geäußert. So könnte beispielsweise die erforderliche Muskelkraft, der Grad der Schwere der Arbeit¹⁸⁴ oder die unterschiedlich lange Arbeitszeit¹⁸⁵ als Erklärung für ein unterschiedliches Lohnniveau akzeptabel sein. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Ungleichbehandlung ist der Arbeitsantritt: Die Faktoren, die erst danach bekannt werden und somit erst während der Durchführung des Arbeitsvertrags beurteilt werden können, können einen Lohnunterschied beim Arbeitsantritt nicht rechtfertigen.¹⁸⁶ Zur Berufsausbildung als Kriterium hat der EuGH in der Rechtssache *Danfoss* festgestellt, dass ein „Arbeitgeber [...] die Vergütung einer besonderen Berufsausbildung rechtfertigen [kann], indem er darlegt, dass diese Ausbildung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist“.¹⁸⁷

Das Erfordernis, dass die Relevanz eines Kriteriums für die Ausführung von Aufgaben nachgewiesen wird, ist ein Leitmotiv, welches immer wieder in der Rechtsprechung auftaucht, z.B. auch für das Kriterium der Flexibilität¹⁸⁸ und der

¹⁸¹ Das Erfordernis der „vergleichbaren Situation“ wurde auch in Gleichbehandlungsfällen unter der RL 76/207/EWG angewandt.

¹⁸² Im Sinne des Prüfungsschemas, das *Gerards*, (Fn. 1), anbietet, siehe unter II.1.

¹⁸³ In EuGH, Rs. C-309/97, *Wiener*, Slg. 1999, I-2865, wo es um die unterschiedliche Vergütung von Psychotherapeuten (meistens Frauen) und Ärzten (meistens Männer), die die gleiche Tätigkeit ausübten, ging, hieß es explizit in Rdnr. 19: „Die Berufsausbildung stellt somit, wie der Generalanwalt [...] ausgeführt hat, nicht nur einen Faktor dar, der eine unterschiedliche Vergütung für Arbeitnehmer, die die gleiche Arbeit verrichten, objektiv rechtfertigen kann [...]. Sie gehört vielmehr auch zu den Kriterien, anhand deren sich feststellen lässt, ob die Arbeitnehmer die gleiche Arbeit verrichten.“

¹⁸⁴ EuGH, Rs. 237/85, *Rummler*, Slg. 1986, 2101, Rdnr. 24.

¹⁸⁵ EuGH, Rs. C-236/98, *JämÖ*, Slg. 2000, I-2189, Tenor.

¹⁸⁶ EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhöfer*, Slg. 2001, I-4961, Tenor: „[...] so kann bei der Einstellung von zwei Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts bei gleichem Arbeitsplatz oder für eine gleichwertige Arbeit die Zahlung eines unterschiedlichen Entgelts nicht durch Faktoren gerechtfertigt werden, die erst nach dem Dienstantritt der Arbeitnehmer bekannt werden und erst während der Durchführung des Arbeitsvertrags beurteilt werden können, wie etwa durch einen Unterschied in der persönlichen Leistungsfähigkeit der Betroffenen oder in der Qualität ihrer Leistungen.“

¹⁸⁷ EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 22.

¹⁸⁸ *Ibid.*

Anciennität. Dieses letztgenannte Merkmal der Reihenfolge nach dem Dienstalter war Gegenstand mehrerer Urteile.¹⁸⁹ Nachdem der EuGH im Urteil *Danfoss* eine unterschiedliche Bezahlung aufgrund des Dienstalters grundsätzlich als gerechtfertigt ansah, hat er später in Teilzeitbeschäftigtenfällen einen Nachweis der Beziehung zwischen der Arbeitszeit, den gewonnenen Fähigkeiten, den Fertigkeiten und der ausgeübten Tätigkeit verlangt.¹⁹⁰ In der Entscheidung *Cadman*, die sich mit dem Dienstalter als entgeltbestimmenden Faktor für Vollzeitbeschäftigte auseinandersetzte, kehrte der Gerichtshof zur Vermutung der Rechtfertigung zurück.¹⁹¹

Was andere nicht-wirtschaftliche Gründe betrifft, haben die Arbeitgeber vorgetragen, dass unter anderem die Entstehung unterschiedlicher Regelungen durch getrennte Tarifverhandlungen gerechtfertigt seien. Dies hat der EuGH im Urteil *Enderby*¹⁹² abgelehnt. Auch die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer wurden als Rechtfertigung angeboten: In der Entscheidung *Hill und Stapleton* hat der Gerichtshof die Erklärung, dass ein Belohnungssystem, welches Arbeitsplatzteiler ungleich behandelte, die Motivation, die Einsatzbereitschaft und die Arbeitseinstellung der Arbeitnehmer aufrechterhalte, nicht für überzeugend gehalten.¹⁹³

Für die Stärke des Antidiskriminierungsrechts ist vielmehr von Belang, inwieweit der EuGH wirtschaftlichen Erwägungen stattgibt. Im Urteil *Bilka* hat er die eine Ungleichbehandlung rechtfertigende Bevorzugung der Vollzeitbeschäftigten wegen ihrer Arbeitszeitbereitschaft für das Unternehmen nicht abgelehnt.¹⁹⁴ Die Umstände des Arbeitsmarktes wurden in der Entscheidung *Enderby* als legitimer

¹⁸⁹ U.a. *ibid.*; EuGH, Rs. C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, I-297; EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-5253; EuGH, Rs. C-100/95, *Kording*, Slg. 1997, I-5289; EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739; EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583.

¹⁹⁰ Siehe EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnr. 24. In EuGH, Rs. C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, I-297, Rdnr. 15, der die Modalitäten des quasiautomatischen Aufstiegs in eine höhere Vergütungsgruppe für Teilzeitbeschäftigte betraf, verlangte der EuGH den Nachweis, „dass die betreffende Bestimmung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die insbesondere darauf abstellen, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschafft.“

¹⁹¹ Für eine Bewertung des relativ unverständlichen Urteils, EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583, siehe *Costello/Davies*, (Fn. 49), S. 1583 ff.

¹⁹² EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 22: „Wenn der Arbeitgeber einen Unterschied im Entgelt damit rechtfertigen könnte, daß bei jeder dieser Verhandlungen für sich genommen keine Diskriminierung vorliege, könnte er sich der Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts leicht durch getrennte Verhandlungen entziehen; darauf hat die deutsche Regierung hingewiesen.“

¹⁹³ EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 38.

¹⁹⁴ Aus dem Urteil geht nicht eindeutig hervor, ob der EuGH die Rechtfertigung akzeptiert oder nicht. Der EuGH überließ es im Tenor dem nationalen Gericht, zu überprüfen, ob das Erfordernis des Einsatzes der Vollzeitarbeitnehmer einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens diene.

Rechtfertigungsgrund angesehen.¹⁹⁵ Eine Grenze hat der EuGH jedoch bei aus der Gleichbehandlung resultierenden zusätzlichen Kosten im Urteil *Hill und Stapleton* gezogen: „[Zu] wirtschaftlichen Gründen 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.“¹⁹⁶ Eine weitere wichtige Grenze wurde im Urteil *Krüger* niedergelegt: Eine Ungleichbehandlung durch den Arbeitgeber darf keine sozialpolitischen oder beschäftigungspolitischen Ziele verfolgen.¹⁹⁷

Die Eindeutigkeit, mit der der EuGH den nationalen Gerichten Hinweise erteilt, variiert. Der Verfasserin ist nur ein Urteil bekannt, in dem der Gerichtshof eine Rechtfertigung durch den vorgetragenen Grund ablehnte und keine andere Rechtfertigung zuließ.¹⁹⁸ In den Fällen, in denen der EuGH einen oder mehrere der vorgetragenen Gründe ablehnt, überlässt er es danach den nationalen Gerichten, nach anderen Gründen zu suchen.¹⁹⁹ Es ist daher unmöglich, mit Sicherheit festzustellen, welche Gründe, Faktoren oder Bedürfnisse als legitim anzusehen sind. Folglich stellt sich die Frage, ob die Entscheidung über die Legitimität eines ver-

¹⁹⁵ EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 26: „Die Lage auf dem Arbeitsmarkt, die einen Arbeitgeber veranlassen kann, das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit zu erhöhen, um Bewerbern einen Anreiz zu bieten, kann einen sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen Grund im Sinne dieser Rechtsprechung darstellen.“

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 40.

¹⁹⁷ In EuGH, Rs. C-281/97, *Krüger*, Slg. 1999, I-5127, handelte es sich um einen tarifvertraglichen Ausschluss geringfügig Beschäftigter von einer Jahressonderzuwendung. Eine Ungleichbehandlung geringfügig Beschäftigter ist den Mitgliedstaaten im sozialen Bereich erlaubt. Der Arbeitgeber kann aber keine sozialpolitischen und beschäftigungspolitischen Ziele als Rechtfertigung vorbringen. In Rdnr. 29 wird ausgeführt: „Im Ausgangsverfahren geht es jedoch um eine andere Sachlage als in den Urteilen Nolte sowie Megner und Scheffel. Es handelt sich hier weder um eine Maßnahme, die der nationale Gesetzgeber im Rahmen seines Ermessens getroffen hat, noch um einen tragenden Grundsatz des deutschen Systems der sozialen Sicherheit, sondern um den Ausschluss geringfügig Beschäftigter vom tarifvertraglich vorgesehenen Anspruch auf eine Jahressonderzuwendung mit der Folge, dass diese Personen bezüglich des Entgelts anders behandelt werden als diejenigen, die unter diesen Tarifvertrag fallen.“

¹⁹⁸ *Ibid.*, Tenor: „Art. 141 EGV ist so auszulegen, dass der tarifvertragliche Ausschluss unselbstständig Erwerbstätiger [...], der zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer erfolgt, jedoch im Ergebnis prozentual erheblich mehr Frauen als Männer trifft, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.“

¹⁹⁹ Auch in EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, in dem der EuGH alle vorgetragenen Rechtfertigungen ablehnt, lässt er die Frage im Tenor trotzdem offen: „Artikel 119 EG-Vertrag sowie die Richtlinie 75/117 [...] sind dahin auszulegen, dass sie, sofern prozentual sehr viel mehr weibliche als männliche Arbeitnehmer auf Teilarbeitsplätzen beschäftigt sind, einer Regelung entgegenstehen, [...], es sei denn, dass diese Regelung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“

folgten Ziels dem nationalen Gericht überlassen sein sollte. Hierfür spricht die begrenzte Kompetenz des EuGH: Die Frage der Rechtfertigung im konkreten Fall ist abhängig vom Sachverhalt sowie von den Umständen aller Art und ist somit keine „Auslegung des Vertrags oder der Handlungen der Organe“, die dem Gerichtshof nach Art. 234 EGV zusteht. Darüber hinaus muss man feststellen, dass dem EuGH in vielen Fällen die erforderlichen Tatsachenkenntnisse fehlen, um Rechtfertigungsgründe beurteilen zu können. Andererseits könnte man argumentieren, dass die Akzeptanz bestimmter Gründe weitgehend in den gemeinschaftsrechtlich gewährten Schutz vor Diskriminierung eingreifen kann. Daraus könnte man schließen, dass angesichts des gemeinschaftsrechtlichen Schutzniveaus Rechtfertigungen für Eingriffe auf dem gleichen Niveau bewertet werden sollten. So beurteilt der EuGH im Bereich des freien Warenverkehrs die zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses,²⁰⁰ die die Mitgliedstaaten ihm vortragen.

Der Gerichtshof favorisiert den ersten Standpunkt. Er gibt zwar hin und wieder Hinweise zur Beurteilung der vorgelegten Rechtfertigungsgründe, lässt die Tür aber dann für alle weiteren möglichen Gründe offen. Damit drängt sich jedoch die Frage auf, warum Arbeitgeber, insbesondere die öffentlichen Arbeitgeber, die als Teil der Verwaltung imstande sein sollten, ihre Entscheidungen zu begründen, dem EuGH nicht eine vollständige Liste ihrer Rechtfertigungsgründe vorlegen. Nach meiner Meinung legen sie alle ihre Gründe vor und weitere zulässigerweise verfolgte Ziele sind in vielen Fällen einfach nicht vorhanden. Der Gerichtshof sollte in diesen Fällen die möglichen Rechtfertigungsgründe ermitteln, denn die Mittel, diese beim Arbeitgeber zu erfragen, stehen ihm zur Verfügung.²⁰¹ Folglich soll er sich zu ihrer Legitimität äußern, und zwar unter besonderer Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung.

Obwohl die inhaltliche Überprüfung der Rechtfertigungsgründe schon außerhalb der Reichweite dieser Arbeit liegt, soll trotzdem betont werden, dass der EuGH insbesondere bei der Beurteilung von wirtschaftlichen Argumenten im Bereich des Entgelts vorsichtig sein muss. Frauen geringer zu entlohnen, ist für einen Arbeitgeber oft eine wirtschaftlich völlig rationelle Entscheidung, die die schlechtere Lage von Frauen auf dem Arbeitsmarkt reflektiert.²⁰² Beispielsweise im Fall *Enderby*

²⁰⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649; EuGH, Rs. 178/84, *Reinheitsgebot für Bier*, Slg. 1987, 1227.

²⁰¹ Die Arbeitgeber als Parteien im Ausgangsverfahren können sich an einem Vorabentscheidungsverfahren beteiligen, somit würden sie dem EuGH für Fragen zur Verfügung stehen. Siehe dazu Art. 23 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs i.V.m. Art. 104 der Verfahrensordnung. Falls dies nicht der Fall sein sollte, können sie als Zeugen verhört werden, Art. 26 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofs.

²⁰² Der Arbeitsmarkt bewertet die Arbeit von Frauen im Allgemeinen geringer; der geschlechtsspezifische Lohnunterschied in EG-Ländern liegt bei 15%, vgl. Eurostat Jahrbuch 2006-07, S. 181, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-CD-06-001/DE/KS-CD-06-001-DE.PDF (24.5.2008).

hat der Arbeitgeber, der „National Health Service“, Logopäden/innen (überwiegend Frauen) und vergleichbare „männliche“ Berufe (klinische Psychologen oder Apotheker) mit der Erklärung unterschiedlich entlohnt, dass es nur möglich sei, die Männer zu „locken“, wenn man einen entsprechenden höheren Lohn anbietet. Der EuGH hat diesen Rechtfertigungsgrund grundsätzlich erlaubt.²⁰³ Wenn man das Argument, dass Frauen auf dem Arbeitsmarkt schlechter bezahlt werden, als Rechtfertigung dafür akzeptiert, dass ein Arbeitgeber ihnen weniger Gehalt als den Männern zahlen darf, beraubt man der mittelbaren Diskriminierung ihre Funktion der Bekämpfung der strukturellen Benachteiligungen von Frauen.²⁰⁴ Um dem Antidiskriminierungsrecht wahre Effektivität zu verleihen, sollte der EuGH „status quo“-Argumente damit nicht ohne weiteres akzeptieren.

b) Formulierung des Verhältnismäßigkeitstests

Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit hat der EuGH einen relativ strikten Standardtest im Urteil *Bilka* niedergelegt. Nach diesem zweistufigen Verhältnismäßigkeitstest müssen die gewählten Mittel zur Erreichung des Ziels (der wirklichen Bedürfnisse des Unternehmens) geeignet und erforderlich sein.²⁰⁵ Dieser Grundsatz wird nur in wenigen Urteilen, so unter anderem *Gerster*,²⁰⁶ *Jørgensen*²⁰⁷ oder *Cadman*²⁰⁸ wiederholt. In der Entscheidung *Rummler* werden Erforderlichkeit und Angemessenheit²⁰⁹ und in den Fällen *Enderby* und *Brunnhöfer* die Verhältnismäßigkeit allgemein²¹⁰ genannt. In der absoluten Mehrheit der Fälle wird aber weder die Verhältnismäßigkeit noch einer ihrer Teilgrundsätze aufgeführt.²¹¹ Und in den Fällen,

²⁰³ Siehe EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 26.

²⁰⁴ O’Leary zitiert Bernards Kritik an EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535: „Employers can exploit the weaker position of women in the labour market by paying them less, provided that this practice is sufficiently generalized to be reflected in lower market rates for predominantly female jobs.“ Bernard, in: O’Leary, (Fn. 48), S. 157.

²⁰⁵ EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, Rdnr. 37.

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-5253, Rdnr. 40: Wenn „die zuständigen Behörden nachgewiesen haben, dass die gewählten Mittel einem berechtigten Ziel der Sozialpolitik des betreffenden Mitgliedstaats dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, so kann der Umstand allein, dass von der Bestimmung erheblich mehr Frauen als Männer betroffen sind, nicht als ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/207 angesehen werden.“

²⁰⁷ EuGH, Rs. C-226/98, *Jørgensen*, Slg. 2000, I-2447, Rdnr. 42.

²⁰⁸ EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583, Rdnr. 32.

²⁰⁹ EuGH, Rs. 237/85, *Rummler*, Slg. 1986, 2101, Rdnr. 24.

²¹⁰ EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 29; EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhöfer*, Slg. 2001, I-4961, Rdnr. 80.

²¹¹ EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199; EuGH, Rs. C-184/89, *Nimz*, Slg. 1991, I-297; EuGH, Rs. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Slg. 1995, I-1275; EuGH, Rs. C-100/95, *Kording*, Slg. 1997, I-5289; EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739; EuGH, Rs. C-50/96,

in denen doch auf die Verhältnismäßigkeit oder ihre Teilgrundsätze eingegangen wird, ist oft nur der „Bilka“-Test wortwörtlich wiedergegeben. Nur ausnahmsweise gibt der EuGH auch Hinweise zur Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit, wie z.B. im Fall *Cadman*: „In der Regel ist der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters geeignet, um das [legitime] Ziel [der Entgeltpolitik, die Berufserfahrung zu honorieren,] zu erreichen. Das Dienstalter geht nämlich mit der Berufserfahrung einher, und diese befähigt den Arbeitnehmer im Allgemeinen, seine Arbeit besser zu verrichten.“²¹²

Nach meiner Ansicht ist es damit nahezu unmöglich, ein System zu identifizieren, nach dem der EuGH die dogmatische Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung formuliert. Es scheint jedenfalls keinen Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Arbeitgebern zu geben, zwischen dem Bereich des Schutzes der Teilzeitarbeitnehmer²¹³ und andersartigen mittelbaren Diskriminierungen oder zwischen nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Rechtfertigungen. Zudem kann auch keine Fortentwicklung im Laufe der Zeit beobachtet werden.²¹⁴

Die dogmatische Struktur sowie die Art und Weise der Prüfung haben direkte Auswirkungen auf die Prüfungsdichte, wobei diese allerdings, wie festgestellt, vollständig unvorhersehbar ist. Im Unterschied zur Legitimität der Rechtfertigung, wo die Einheit des EG-Gleichheitsschutzes für eine Entscheidung auf Gemeinschaftsniveau sprechen kann, ist der Verhältnismäßigkeitstest dermaßen in Tatsachen verankert, dass er durch nationale Gerichte geprüft werden soll, jedoch unter Nutzung einer einheitlichen Struktur.

c) Wer prüft?

Der EuGH überlässt die tatsächliche Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung stattgefunden hat oder nicht grundsätzlich den nationalen Gerichten. Eine ein-

Schröder, Slg. 2000, I-743; EuGH, Rs. C-309/97, *Wiener*, Slg. 1999, I-2865; EuGH, Rs. C-281/97, *Krüger*, Slg. 1999, I-5127; EuGH, Rs. C-236/98, *JämÖ*, Slg. 2000, I-2189.

²¹² EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, Slg. 2006, I-9583, Rdnr. 35.

²¹³ Dies wurde immer als besonders schutzbedürftiger Bereich angesehen. Heutzutage deckt dies die RL 97/81/EG des Rates v. 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP and EGB geschlossenen Rahmenvereinigung über Teilzeitarbeit, ABl. Nr. L 14 v. 20.1.1998, S. 9, ab.

²¹⁴ Die regelmäßigen Berichte über EG-Geschlechtsgleichheitsrecht, die in der CML Rev. veröffentlicht werden, stellen manchmal eine allgemeine Tendenz fest. So hat *Ellis* am Ende der 90er Jahre den EuGH einmal als Hemmung identifiziert, *Ellis*, Recent Developments in European Community Sex Equality Law, CML Rev. 1998, S. 379 und später auf seinen Verlust von Richtung hingewiesen, *Ellis*, The recent jurisprudence of the Court of Justice in the field of Sex Equality, CML Rev. 2000, S. 1426. *Costello* und *Davies* sind für den Zeitraum 2000-2006 weniger kritisch, *Costello/Davies*, (Fn. 49), S. 1615. Diese Beobachtungen betreffen aber die Rechtsprechung zum EG-Geschlechtsgleichheitsrecht im Allgemeinen, d.h. bezüglich der speziellen Anwendung der Verhältnismäßigkeit können keine allgemeinen „Phasen“ identifiziert werden.

deutige Antwort gibt der Gerichtshof nur in den seltenen Situationen, in denen eine Diskriminierung aufgrund der Unvergleichbarkeit der Situationen von Männern und Frauen ausgeschlossen ist²¹⁵ oder in den Situationen, in denen er eine Rechtfertigung ablehnt und keine andere ermöglicht.²¹⁶

Auch was die Verhältnismäßigkeitsprüfung betrifft, gibt der EuGH keine eindeutigen Hinweise, und zwar nicht nur zur Frage, wie die Verhältnismäßigkeit angewandt werden soll, sondern auch zur Frage, ob sie überhaupt geprüft werden muss. Das Urteil *Enderby* illustriert dies: „[es ist] Sache des nationalen Gerichts, nötigenfalls unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festzustellen, ob und inwieweit der Mangel an Bewerbern für eine Tätigkeit und die Notwendigkeit, ihnen durch ein höheres Gehalt einen Anreiz zu bieten, einen sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen Grund für den Unterschied im Entgelt der fraglichen Tätigkeiten darstellen.“²¹⁷

Dieser Mangel an Anhaltspunkten schadet der Vorhersehbarkeit nicht nur der EuGH-Urteile, sondern, und dies ist viel wichtiger, auch der Überprüfung aller *prima facie* mittelbar diskriminierenden Maßnahmen, die zu nationalen Gerichten gelangen.

2. Der Mitgliedstaat als Gesetzgeber

Die Mehrzahl der nationalen Regelungen, die als diskriminierend angefochten wurden, betrafen Teilzeitbeschäftigte, so z.B. *Rinner-Kühn*,²¹⁸ *Bötel*,²¹⁹ *Lewark*,²²⁰ *Freers und Speckmann*,²²¹ *Steinicke*²²² oder *Jørgensen*.²²³ Entscheidungen, die durch andere Merkmale definierte Gruppen berührten, betrafen unter anderen Kriterien für die Entlassung, z.B. *Seymour-Smith*²²⁴ und *Kachelman*²²⁵, sowie den Zugang zur beruflichen Ausbildung, z.B. *Schnorbus*²²⁶ und *Kirsammer-Hack*.²²⁷

²¹⁵ EuGH, Rs. C-309/97, *Wiener*, Slg. 1999, I-2865, Tenor.

²¹⁶ U.a. EuGH, Rs. C-281/97, *Krüger*, Slg. 1999, I-5127.

²¹⁷ EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535, Rdnr. 29.

²¹⁸ EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743.

²¹⁹ EuGH, Rs. C-360/90, *Bötel*, Slg. 1992, I-3589.

²²⁰ EuGH, Rs. C-457/93, *Lewark*, Slg. 1996, I-243.

²²¹ EuGH, Rs. C-278/93, *Freers und Speckmann*, Slg. 1996, I-1165.

²²² EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027.

²²³ EuGH, Rs. C-226/98, *Jørgensen*, Slg. 2000, I-2447.

²²⁴ EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623.

²²⁵ EuGH, Rs. C-322/98, *Kachelmann*, Slg. 2000, I-7505.

²²⁶ EuGH, Rs. C-79/99, *Schnorbus*, Slg. 2000, I-10997.

²²⁷ EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185.

a) Rechtfertigungsgründe

In der Rechtssache *Rinner-Kühn* hat der EuGH festgestellt, dass auch legislative Maßnahmen an Art. 141 EGV zu messen sind. Die Rechtfertigungsmöglichkeit hat er wie folgt formuliert: „Kann der Mitgliedstaat hingegen darlegen, dass die gewählten Mittel einem notwendigen Ziel seiner Sozialpolitik dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, so kann in dem bloßen Umstand, dass die Gesetzesbestimmung eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern trifft, keine Verletzung des Artikels 119 [heute Art. 141 EGV] gesehen werden.“²²⁸

Die Ziele der Sozialpolitik lassen sich meines Erachtens in drei Kategorien unterscheiden: die Charakteristika der Arbeitskräfte, die nichtfinanziellen sozialpolitischen Ziele und die finanziellen Erwägungen.

In Bezug auf die Charakteristika der Arbeitskräfte haben Regierungen, ähnlich wie Arbeitgeber, unterschiedliche Regelungen für Teilzeitarbeitnehmer erlassen. Im deutschen Fall *Rinner-Kühn* wurden Teilzeitarbeitnehmer von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ausgenommen. Die Bundesregierung argumentierte dazu, sie „seien nicht in einem mit anderen Arbeitnehmern vergleichbaren Maße in den Betrieb eingegliedert und ihm verbunden.“²²⁹ Der EuGH hielt dies für „lediglich verallgemeinernde Aussagen zu bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern“, denen sich „keine objektiven Kriterien, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“,²³⁰ entnehmen ließen.

Als ein nichtfinanzielles sozialpolitisches Ziel hat Deutschland in der Rechtssache *Kirsammer-Hack* die Bemühung angeführt, die den kleinen Unternehmen auferlegten Lasten hinsichtlich der Kündigungsschutzregelung zu verringern. Dies hat der EuGH als legitimes Ziel angesehen. Des Weiteren hat er die Förderung von Einstellungen²³¹ bzw. die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit²³² als unbestreitbare legitime Ziele der Sozialpolitik eingestuft. Auch andere Überlegungen beispielsweise die Sicherstellung der Unabhängigkeit der Mitglieder der Betriebsräte,²³³ die ordnungsgemäße Steuerung der Ausgaben für die fachärztliche Behandlung oder der Zugang der Bevölkerung zu ärztlicher Behandlung,²³⁴ wurden als legitim bewertet.

²²⁸ EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 14.

²²⁹ Ibid., Rdnr. 13.

²³⁰ Ibid., Rdnr. 14. Der EuGH ließ aber Raum für andere Rechtfertigungen.

²³¹ EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623, Rdnr. 71; EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741, Rdnr. 56; EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027, Rdnr. 62.

²³² EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741, Rdnr. 56.

²³³ EuGH, Rs. C-457/93, *Lewark*, Slg. 1996, I-243, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-278/93, *Freers und Speckmann*, Slg. 1996, I-1165, Rdnr. 26 f.

²³⁴ EuGH, Rs. C-226/98, *Jørgensen*, Slg. 2000, I-2447, Rdnr. 42.

Bezüglich finanzieller Gründe hat der EuGH Haushaltserwägungen als nicht rechtfertigungsfähig befunden,²³⁵ was zu begrüßen ist. Dieser Ansatz spiegelt die Entscheidung im Falle *Hill und Stapleton* wider, in welcher der EuGH den Arbeitgebern entstehende erhöhte Kosten nicht als legitimes Ziel akzeptierte.²³⁶

Die Mitgliedstaaten legen dem EuGH bei ihren legislativen Maßnahmen die Beweggründe üblicherweise vor. Er äußert sich damit im Ergebnis viel häufiger und näher zu der Legitimität der Rechtfertigungsgründe.

b) Formulierung des Verhältnismäßigkeitstests

Wie bereits gezeigt wurde, hat der EuGH im Urteil *Rinner-Kühn* die Geeignetheit und die Erforderlichkeit²³⁷ der staatlichen Regelungen gefordert. Nur einmal in der Rechtsprechung wurde die Angemessenheit²³⁸ erwähnt. Viel häufiger als bei den Maßnahmen der Arbeitgeber wurde bei den nationalen Maßnahmen der zweistufige Grundsatz wiederholt²³⁹ und elaboriert. So weist der EuGH im Fall *Freers und Speckmann* auf die Verpflichtung hin, alternative Mittel zu überprüfen: „Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, anhand aller relevanten Gesichtspunkte und unter Berücksichtigung der Möglichkeit, das fragliche sozialpolitische Ziel mit anderen Mitteln zu erreichen, zu prüfen, ob die streitige Ungleichbehandlung zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist.“²⁴⁰

²³⁵ Siehe z.B. EuGH, Rs. C-343/92, *Roks u.a.*, Slg. 1994, I-571, Rdnr. 35, in der aber das System der sozialen Sicherheit betroffen war; EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741, Rdnr. 59 oder EuGH, Rs. C-226/98, *Jørgensen*, Slg. 2000, I-2447, Rdnr. 41 f. In EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027, Rdnr. 66 wurden die Haushaltserwägungen „Kostenneutralität sowie des Geschäftsverteilungs- und Planungsaufwands“ genannt. In EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741, Rdnr. 60 hat der EuGH eine Erklärung für seine Position gegeben: „Würde man im Übrigen anerkennen, dass Haushaltserwägungen eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen können, die andernfalls eine verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wäre, so hätte dies zur Folge, dass die Anwendung und die Tragweite einer so grundlegenden Regel des Gemeinschaftsrechts wie der Gleichheit von Männern und Frauen zeitlich und räumlich je nach dem Zustand der Staatsfinanzen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein könnten.“

²³⁶ EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 40.

²³⁷ EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 14.

²³⁸ EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027, Rdnr. 65.

²³⁹ Siehe u.a. EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-278/93, *Freers und Speckmann*, Slg. 1996, I-1165; EuGH, Rs. C-457/93, *Lewark*, Slg. 1996, I-243; EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623; EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027; EuGH, Rs. C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, Slg. 2004, I-5861.

²⁴⁰ EuGH, Rs. C-278/93, *Freers und Speckmann*, Slg. 1996, I-1165, Rdnr. 29.

In einigen Entscheidungen werden auch die Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeit angewandt. Der EuGH äußerte sich im Fall *Steinicke*²⁴¹ zur Geeignetheit und Angemessenheit der deutschen Regelung zum vorgetragenen Ziel der Entlastung des Arbeitsmarkts: „Außerdem schließt die streitige Vorschrift [...] von der Möglichkeit der Inanspruchnahme der Altersteilzeit die Personengruppe – nämlich die teilzeitbeschäftigten Beamten – aus, die bereits einen bedeutenden Beitrag zur angestrebten Entlastung des Arbeitsmarkts leisten. Folglich kann eine nationale Vorschrift, die Arbeitnehmer von der Aufnahme einer Teilzeitbeschäftigung abzuhalten droht, weil sie dann unter Umständen nicht mehr in den Genuss der Altersteilzeit gelangen können, grundsätzlich nicht als geeignetes oder angemessenes Mittel zur Erreichung der angestrebten Entlastung des Arbeitsmarkts angesehen werden.“²⁴²

In anderen Fällen²⁴³ wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz jedoch ignoriert. Problematisch ist dies besonders in Urteilen, in denen der EuGH auf die Vorlagefrage eine ganz eindeutige Antwort gibt. Dies bedeutet im Endeffekt, dass weder auf der gemeinschaftsrechtlichen noch auf der nationalen Ebene eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgt, wie es im Urteil *Schnorbus* der Fall war.²⁴⁴

Wie bei Arbeitgebermaßnahmen ist es auch bei mitgliedstaatlichen Regelungen nicht möglich, ein System zu identifizieren, anhand dessen der EuGH die dogmatische Struktur des Verhältnismäßigkeitstests formuliert. Es scheint jedenfalls keinen Unterschied zwischen dem Bereich des Schutzes der Teilzeitarbeitnehmer und andersartigen mittelbaren Diskriminierungen oder zwischen nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Rechtfertigungen zu geben.

Hinsichtlich der Prüfungsdichte zeigen sich zwei entgegengesetzte Tendenzen. In einigen Fällen ist der EuGH hinsichtlich der Beziehung zwischen Ziel und Mittel relativ streng, so bei *Kutz-Bauer* oder *Steinicke*. Zwar spricht er hier vom Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik; der Spielraum dürfe jedoch „nicht dazu führen, dass ein tragender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts wie der der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern ausgehöhlt wird“.²⁴⁵ Der EuGH setzte fort: „Bloße allgemeine Behaup-

²⁴¹ EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027 betraf eine deutsche Regelung, die für die Altersteilzeitgewährung die Voraussetzung vorheriger Vollzeitbeschäftigung enthielt.

²⁴² Ibid., Rdnr. 65.

²⁴³ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-360/90, *Bötel*, Slg. 1992, I-3589; EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185; EuGH, Rs. C-79/99, *Schnorbus*, Slg. 2000, I-10997.

²⁴⁴ Ibid., Tenor: „Die Richtlinie 76/207 steht nationalen Vorschriften wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegen, soweit sie durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind und allein zum Ausgleich der Verzögerung beitragen sollen, die sich aus der Erfüllung einer Wehr- oder Ersatzdienstpflicht ergibt.“

²⁴⁵ EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623, Rdnr. 75; EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741, Rdnr. 57; EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027, Rdnr. 63.

tungen, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung zur Förderung von Einstellungen geeignet sei, genügen nicht, um darzutun, dass das Ziel der streitigen Vorschrift nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat, und um vernünftigerweise die Annahme zu begründen, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet sind oder sein könnten.“²⁴⁶ Die Beweislast für die Feststellung der tatsächlichen Geeignetheit einer Maßnahme, so der EuGH im Fall *Steinicke*, liege beim Mitgliedstaat.

Die andere, den Mitgliedstaaten gegenüber sehr nachsichtige Tendenz zeigte sich zuerst in einigen Urteilen im Bereich der sozialen Sicherheit. In der Rechtssache *Nolte*,²⁴⁷ in welcher der EuGH den Ausschluss der geringfügig Beschäftigten von der obligatorischen Erwerbsunfähigkeits- und Altersversicherung für mit der Richtlinie 79/7/EWG vereinbar erklärt hatte, hat er sich in dem Sinne geäußert, dass der Verhältnismäßigkeit Genüge getan wird, wenn ein Mitgliedstaat vernünftigerweise annehmen konnte, dass die Maßnahme zur Erreichung eines sozialpolitischen Ziels beitragen würden.²⁴⁸ „Der deutsche Gesetzgeber konnte bei der Ausübung seiner Befugnis zudem in vertretbarer Weise davon ausgehen, dass die fraglichen Rechtsvorschriften zur Erreichung dieses Ziels erforderlich waren.“²⁴⁹

Der EuGH hat diese Argumentation in einzelnen Urteilen, die Arbeits- und Beschäftigungsfragen betrafen, übernommen. In ihnen verlangte er lediglich, dass die nationalen Stellen vernünftigerweise hätten davon ausgehen können, dass die Regelung geeignet und erforderlich war. Im Falle *Seymour-Smith* legte der Gerichtshof fest, dass es bei einer *prima facie* mittelbarer Diskriminierung „Sache des Mitgliedstaats ist [...] darzutun, dass diese Vorschrift einem legitimen Ziel seiner Sozialpolitik dient, dass dieses Ziel nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat und dass er vernünftigerweise annehmen durfte, dass die gewählten Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels geeignet seien.“²⁵⁰

Ähnlich hat er in der Rechtssache *Kirsammer-Hack* angedeutet, dass es unerheblich ist, ob die Regelungen Lasten tatsächlich erleichtern oder dies lediglich bezweckt wurde: „eine solche Regelung könnte durch objektive Faktoren gerechtfertigt sein,

²⁴⁶ Ibid., Rdnr. 64.

²⁴⁷ EuGH, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625.

²⁴⁸ Dies wurde in der Literatur zum Teil kritisiert, vgl. *O’Leary*, (Fn. 48), S. 165 ff.; zum Teil befürwortend, vgl. *Hirsch*, Die deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit und der Europäische Gerichtshof: Eine wechselvolle Beziehung, Recht der Arbeit, 1999, S. 52. Bei den geschriebenen Ausnahmen hat der EuGH diese niedrigere Prüfungsdichte abgelehnt. Siehe dazu die Diskussion zu EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403, Rdnr. 22 unter IV.1.

²⁴⁹ EuGH, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625, Rdnr. 34.

²⁵⁰ EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623, Rdnr. 77.

die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, soweit sie die den kleinen Unternehmen auferlegten Lasten erleichtern soll.“²⁵¹

Dies ist als Äußerung zum Rechtfertigungsgrund akzeptabel, lässt aber das Erfordernis einer verhältnismäßigen Beziehung zwischen Zweck und Mittel außer Betracht. Bedeutete dieser Ansatz damit einen Rückzug des EuGH vom Anspruch der inhaltlichen Überprüfung der Verhältnismäßigkeit aus dem Urteil *Rinner-Kühn*? Meines Erachtens ist es gut vertretbar anzunehmen, dass die Entscheidungen *Seymour-Smith* und *Kirsammer-Hack* Abweichungen oder sogar „Übertritte“ vom eigentlichen Test waren und dass die neueren Urteile aus dem Jahre 2003 *Kutz-Bauer* und *Steinicke* diesen, jedenfalls für den Arbeits- und Beschäftigungsbereich, endgültig überwunden haben.

Die Vorhersehbarkeit der Hinweise zur Verhältnismäßigkeitsprüfung ist bei den mitgliedstaatlichen Regelungen höher als bei den Maßnahmen der Arbeitgeber. Man kann deshalb aus der Rechtsprechung schließen, dass Geeignetheit und Erforderlichkeit zu prüfen sind. Weiter kann argumentiert werden, dass sich die Rechtsprechung in dem Sinne entwickelt hat, dass die tatsächliche Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen zu prüfen ist und somit Prognosen oder Behauptungen nicht reichen.²⁵²

c) Wer prüft?

Wie bei den Maßnahmen der Arbeitgeber überlässt der EuGH die Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung stattgefunden hat oder nicht, grundsätzlich den nationalen Gerichten. Eine eindeutige Antwort auf die Vorlagefrage gibt er aber dabei wesentlich häufiger als bei den Maßnahmen der Arbeitgeber. Erstens trifft er eine solche in Situationen, in denen eine Diskriminierung aufgrund der Unvergleichbarkeit der Tätigkeiten ausgeschlossen ist²⁵³ und zweitens, wenn aufgrund statistischer Daten die Regelung nicht mehr Frauen als Männer zu treffen scheint.²⁵⁴ Diese beiden Situationen sind aus der Sicht der Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht von Belang, da nicht einmal eine „prima facie“-Diskriminierung festgestellt wird.²⁵⁵ Drittens äußert sich der Gerichtshof im Vergleich zu Arbeitgebermaßnah-

²⁵¹ EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 35.

²⁵² Dies gilt aber leider weiterhin nicht für den Bereich der gesetzlichen sozialen Sicherheit.

²⁵³ EuGH, Rs. C-220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, Slg. 2004, I-5907; EuGH, Rs. C-322/98, *Kachelmann*, Slg. 2000, I-7505.

²⁵⁴ EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, Slg. 1999, I-623, Rdnr. 64.

²⁵⁵ Im letzteren Fall werden die Voraussetzungen für eine „prima facie“-Diskriminierung nicht erfüllt. Bei Unvergleichbarkeit der Situation der Gruppen ist eine mittelbare Diskriminierung ausgeschlossen, und andere Rechtfertigungsgründe und die Verhältnismäßigkeit müssen nicht geprüft werden.

men viel genauer zur Legitimität der vorgetragenen Ziele. In den Entscheidungen *Kirsammer-Hack* und *Schnorbus* deutet er an, dass die Regelungen gerechtfertigt seien. Wo der EuGH die Rechtfertigung ablehnt, überlässt er es aber, ebenso wie bei Arbeitgebermaßnahmen, den nationalen Gerichten, nach anderen Rechtfertigungen zu suchen.²⁵⁶

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der EuGH den nationalen Gerichten bei den mitgliedstaatlichen Regelungen mehr Anhaltspunkte zu den Rechtfertigungsgründen und zu der Verhältnismäßigkeitsprüfung gibt als bei Maßnahmen der Arbeitgeber. Dies ist zu begrüßen, insbesondere weil es sonst nicht unbedingt zu erwarten wäre, dass nationale Verwaltungs- oder Verfassungsgerichte die Regelungen im Sozialbereich so genau an gemeinschaftlichen Standards messen würden.²⁵⁷

3. Der Gemeinschaftsgesetzgeber

Im Jahre 2003 hat der EuGH zum ersten Mal über die Beziehung zwischen dem EG-Gleichheitsrecht und den EG-Freizügigkeitsvorschriften entschieden. In der Rechtssache *Rinke*²⁵⁸ stützte sich das im hamburgischen Recht verankerte Erfordernis, im Rahmen einer Teilzeitausbildung in der Allgemeinmedizin einige Abschnitte in einer Vollzeitausbildung zu absolvieren, auf zwei Richtlinien.²⁵⁹ Der EuGH hat als „objektive Faktoren“, die diese Vollzeitvoraussetzung rechtfertigen könnten, sowohl die Erleichterung der Freizügigkeit der Ärzte als auch die Garantie eines höheren Gesundheitsschutzniveaus in der Gemeinschaft²⁶⁰ identifiziert. Konkret hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber besonders dafür eingesetzt, dass „der Arzt das soziale Umfeld seiner Patienten persönlich kennt und sie als

²⁵⁶ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027, Tenor: „Die RL 76/207 [...] [ist] dahin auszulegen, dass sie einer Vorschrift, nach der Altersteilzeit nur einem Beamten, der in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Teilzeitbeschäftigung insgesamt mindestens drei Jahre vollzeitbeschäftigt war, bewilligt werden kann, entgegensteht, wenn wesentlich mehr Frauen als Männer teilzeitbeschäftigt und daher von der Bewilligung von Altersteilzeit nach dieser Vorschrift ausgeschlossen sind, es sei denn, diese Vorschrift ist durch objektive Kriterien gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“

²⁵⁷ Zur möglichen Relevanz des gemeinschaftsrechtlichen Verhältnismäßigkeitstests, insb. für Grundrechtsverletzungen in Großbritannien, siehe *Craig*, in: Ellis, (Fn. 7), S. 103 ff.

²⁵⁸ EuGH, Rs. C-25/02, *Rinke*, Slg. 2000, I-8349.

²⁵⁹ Art. 5 RL 86/457/EWG des Rates v. 15.9.1986 über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin, ABl. Nr. L 267 v. 19.9.1986, S. 26 und Art. 34 RL 93/16/EWG des Rates v. 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABl. Nr. L 165 v. 7.7.1993, S. 1.

²⁶⁰ EuGH, Rs. C-25/02, *Rinke*, Slg. 2000, I-8349, Rdnr. 38.

Gesamtpersönlichkeit in Fragen der Krankheitsverhütung und des Gesundheitsschutzes berät und in geeigneter Weise behandelt.“²⁶¹

Der EuGH hat weiter festgestellt, dass „bei der Verfolgung dieser Ziele dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt sein“ muss. Er stellte fest, dass die Maßnahmen geeignet waren, das Ziel zu erreichen. „Der Gemeinschaftsgesetzgeber konnte nämlich vernünftigerweise davon ausgehen, dass [die Regelung] es dem Arzt ermöglicht, durch die Beobachtung von Krankheitsbildern bei Patienten in ihrer zeitlichen Entwicklung die erforderliche Erfahrung zu erwerben und ausreichende Erfahrung mit den unterschiedlichen Situationen zu sammeln, die sich speziell in einer allgemeinmedizinischen Praxis zeigen können.“²⁶² Diese Maßnahmen waren laut EuGH auch erforderlich: „Unter Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums, über den der Gemeinschaftsgesetzgeber in dem betreffenden Bereich verfügt, kann eine solche Maßnahme als nicht über das hinausgehend angesehen werden, was zur Erreichung der in Randnummer 38 dargelegten Ziele erforderlich ist.“²⁶³

Mit diesen Aussagen hat der EuGH eine extrem geringe Prüfungsdichte für gemeinschaftliche Regelungen angenommen. Er hat zwar zwei Teilgrundsätze der Verhältnismäßigkeitsprüfung genannt, hat aber auf jegliche inhaltliche Kontrolle verzichtet. Er vertraut der Beurteilung des EG-Gesetzgebers. Dies ist meines Erachtens eine inakzeptabel niedrige Kontrolldichte für den Schutz eines gemeinschaftsrechtlichen Grundrechts,²⁶⁴ insbesondere im Lichte der ständigen Rechtsprechung zu den Grundrechten, die als Minimum die Prüfung der Angemessenheit erfordert.²⁶⁵

4. Zusammenfassung

a) Verhältnismäßigkeit

Aus der Rechtsprechung ergibt sich, zwar nicht eindeutig, aber überwiegend der Hinweis, dass die Teilgrundsätze der Geeignetheit und der Erforderlichkeit geprüft werden sollten.²⁶⁶ Dies ist das Grundgerüst, das es einem nationalen Gericht

²⁶¹ Ibid., Rdnr. 37.

²⁶² Ibid., Rdnr. 40.

²⁶³ Ibid., Rdnr. 41.

²⁶⁴ Siehe dazu Kommentar in Fn. 48.

²⁶⁵ Vgl. u.a. EuGH, Rs. 44/79, *Hauer*, Slg. 1979, 3727, Rdnr. 23: „[es ist] zu prüfen, ob die in der umstrittenen Regelung enthaltenen Einschränkungen tatsächlich dem allgemeinen Wohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und ob sie nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff in die Vorrechte des Eigentümers darstellen, der das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt antastet“.

ermöglicht, nicht rechtfertigungsfähige Maßnahmen herauszufiltern. Die Definition der mittelbaren Diskriminierung der Richtlinie 2002/73/EG verpflichtet zu einer Prüfung der Erforderlichkeit und der Angemessenheit: „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck ‚mittelbare Diskriminierung‘: wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“²⁶⁷

Die Bestimmung der Richtlinie werden die nationalen Gerichte beachten müssen. Jede nationale Rechtsgrundlage für die Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung wird in ihrem Licht richtlinienkonform ausgelegt werden müssen.²⁶⁸ Meines Erachtens ist aber aufgrund der Rechtsprechung auch die Geeignetheit zu prüfen. Es ist daraus zu schließen, dass, um den Anforderungen des Gemeinschaftsrechtes gerecht zu werden, nationale Gerichte eine dreiteilige Verhältnismäßigkeitsprüfung anwenden müssen, um festzustellen, ob eine ungleich wirkende Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung darstellt.

Die Feststellung der dogmatischen Struktur beantwortet aber nur teilweise die Frage nach der Prüfungsdichte. Gibt es andere Umstände, die zu berücksichtigen sind? *Ellis* identifiziert in der Rechtsprechung des EuGH eine Hierarchie von Prüfungsstandards: Die schwächste Prüfungsdichte gibt es für die soziale Sicherheit (z.B. *Nolte*), eine mittlere für gesetzliche Regelungen (z.B. *Seymour-Smith*) und die strengste für Maßnahmen eines Arbeitgebers.²⁶⁹ Diese Hierarchie spiegelt die Bemerkungen aus der Einleitung zum Verhältnismäßigkeitsprinzip wider, wonach erstens die Kontrolldichte bei Gemeinschaftsrecht niedriger ist als bei mitgliedstaatlichem Recht sowie zweitens die Kontrolldichte bei allgemeinen politischen Maßnahmen auch eher gering ist. Diese angebotene Hierarchie sollte um die Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers erweitert werden, der mit einer extrem schwachen Prüfungsdichte den ersten Platz einnehmen würde (z.B. *Rinke*). Es ist im Lichte der Rechtsprechung des Weiteren zu bemerken, dass die tatsächlich vom EuGH angewandte Dichte ungefähr gleich für Arbeitgeber und Gesetzgeber im Arbeits- und Beschäftigungsbereich ist. Sollen die Maßnahmen der Gemeinschafts- oder Mitgliedstaatengesetzgeber einer niedrigeren Prüfungsdichte unterliegen? Obwohl die Literatur eine gerichtliche Selbstbeschränkung zu rechtfertigen scheint,

²⁶⁶ Vgl. EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607, Rdnr. 37; EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 14.

²⁶⁷ Art. 2 Abs. 2, 2. Spiegelstrich RL 76/207/EWG in der Fassung der RL 2002/73/EG.

²⁶⁸ Der indirekten Anwendung dieser Bestimmung steht nichts entgegen, da sie keine neue Verpflichtung für den Arbeitgeber beinhaltet.

²⁶⁹ *Ellis*, (Fn. 214), CML Rev. 2000, S. 1410.

muss jedenfalls sichergestellt werden, dass nicht jede gerichtliche Überprüfung aufgegeben wird. Schließlich hat der Gerichtshof die Geschlechtergleichheit als Grundrecht eingestuft,²⁷⁰ was ihr einen primärrechtlichen Rang und die Qualität eines wichtigen Maßstabes verleiht.

Meines Erachtens soll darüber hinaus bei gesetzlichen Regelungen, neben den drei oben genannten Teilgrundsätzen des Verhältnismäßigkeitstests, ihre „Zugeschnittenheit“ (*degree of fit*) geprüft werden. Eine Erklärung der gewählten Klassifikation von dem Gesetzgeber zu verlangen, ist nicht unzumutbar. Es soll nachvollziehbar sein, warum eine bestimmte Gruppe in dieser Weise anders behandelt wurde. Bei der Prüfung aller Kriterien soll sich der Gerichtshof zudem nicht darauf verlassen, dass der Gesetzgeber vernünftigerweise davon ausgehen konnte, dass sie erfüllt sind, sondern soll eine Vorlage von Fakten verlangen, die die Zugeschnittenheit, die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit tatsächlich nachweisen. Die gerichtliche Selbstbegrenzung soll darin bestehen, dass das Gericht aktiv keine Alternativen sucht – es soll nicht versuchen, das gesetzgeberische Ermessen durch das eigene zu ersetzen.

b) Verhältnismäßigkeit in Beziehung zu den Rechtfertigungsgründen

Nach dem Aufzeigen der verschiedenen Arten von Rechtfertigungsgründen sollen ihre Spezifika im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung erörtert werden.

Es wurde gezeigt, dass die sachlichen Faktoren – die Eigenschaften der Arbeitskräfte, z.B. Berufsausbildung oder Dienstalter²⁷¹ – nicht so sehr ein „Ziel“ darstellen als vielmehr Kriterien, die zu berücksichtigen sind, falls sie zur Ausführung der Aufgaben des Arbeitnehmers von Bedeutung sind. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung untersucht also in diesen Fällen nicht die typische Beziehung zwischen Mittel und Zweck. Sie spielt aber eine wichtige Rolle bei der Feststellung, ob die Berücksichtigung dieser Eigenschaften im Verhältnis zur tatsächlichen Nützlichkeit dieser Eigenschaften für den Arbeitgeber steht.

Bei anderen nicht-wirtschaftlichen und wirtschaftlichen Gründen ist vielmehr von Belang, wer sich auf sie beruft, der Arbeitgeber oder der Staat. Bei nicht-wirtschaftlichen sozialpolitischen Zielen kann die Notwendigkeit eines Spielraums für die Gestaltung der Sozialsysteme auf der Ebene der Mitgliedstaaten eine niedrigere Kontrolldichte rechtfertigen. Bei wirtschaftlichen Überlegungen,²⁷² insbesondere

²⁷⁰ EuGH, Rs. C-50/96, *Schröder*, Slg. 2000, I-743. Der Charakter eines Grundrechts mit Verfassungsrang wird auch durch die Art. 20 und Art. 21 Abs. 1 der Europäischen Charta der Grundrechte bestätigt.

²⁷¹ EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Rdnrn. 22, 24.

²⁷² Wirtschaftliche oder finanzielle Überlegungen, wie z.B. erhöhte Kosten durch die Gleichbehandlung, sind grundsätzlich nicht erlaubt, vgl. EuGH, Rs. C-343/92, *Roks u.a.*, Slg. 1994, I-571, Rdnr. 35; EuGH, Rs. C-243/95, *Hill und Stapleton*, Slg. 1998, I-3739, Rdnr. 40.

der Lage auf dem Arbeitsmarkt, soll es dem privaten Arbeitgeber nicht auferlegt werden, die Segregation des Arbeitsmarktes zu beheben. Wenn aus diesem Grund aber die Rechtfertigung akzeptiert wird, muss streng festgestellt werden, ob die Maßnahmen tatsächlich im Verhältnis zum wirtschaftlichen Ziel stehen. Vor allem sollten die nationalen Gerichte aufgefordert werden, innerhalb des Erforderlichkeitstests nach Alternativen zu suchen, die die Frauen weniger benachteiligen würden. Im Unterschied zur Rechtsprechung des EuGH sollte meines Erachtens die Angemessenheit, also die Abwägung, ob die bewirkte Benachteiligung von Frauen im Verhältnis zum angestrebten wirtschaftlichen Erfolg steht, ebenfalls geprüft werden. Der Staat, und auch der Staat als Arbeitgeber, sollte sich andererseits auf eine wirtschaftliche Rechtfertigung nicht berufen können, und falls diese schon als legitimes Ziel angesehen wird, muss sie mit einer hohen Kontrolldichte aller drei bzw. vier Teilgrundsätze geprüft werden. Besonders streng sollte zudem die Angemessenheit geprüft werden, um sicherzustellen, dass die Interessen des Einzelnen an Gleichbehandlung nicht übermäßig beeinträchtigt werden.

c) Wer prüft?

Der EuGH hat im Bereich der objektiven Rechtfertigung sowohl die Entscheidung über legitime Ziele als auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich den nationalen Gerichten überlassen. Dies ist dadurch zu erklären, dass ein Gericht Tatsachenkenntnis braucht, um eine *prima facie* mittelbare Diskriminierung festzustellen, die Legitimität das durch die Unterscheidung verfolgten Ziel beurteilen zu können und die Verhältnismäßigkeit zwischen der Unterscheidung und dem Ziel überprüfen zu können. Dennoch soll der EuGH nicht darauf verzichten, die Rechtfertigungsgründe in jedem Fall zu ermitteln, sich allgemein zu ihnen zu äußern und die Verhältnismäßigkeit als unabdingbaren Teil der Prüfung zu erwähnen.

VI. Fazit

Der EuGH beruft sich bei der Feststellung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oftmals auf das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit oder ihrer Teilgrundsätze, wendet diesen Test aber oft *de facto* nicht an. Ist dies ein Mangel oder ist dies durch bestimmte Typen von Verfahren oder Fällen zu rechtfertigen?

Es muss erstens aus prozessualer Sicht betont werden, dass der EuGH nicht immer das einzige Gericht ist, das die Maßnahmen überprüft, so dass zwischen dem Vertragsverletzungs- und dem Vorabentscheidungsverfahren zu unterscheiden ist. Bei einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV, in dem der EuGH über die Erfüllung oder Nichterfüllung der Umsetzungspflicht entscheidet, sollte

er die nationale Maßnahme ausführlich prüfen. Im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV ist es grundsätzlich Sache der nationalen Gerichte, die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu überwachen und über die Vereinbarkeit der Maßnahme mit EG-Recht zu entscheiden. Der EuGH ist jedoch befugt, dem vorlegenden Gericht alle sachdienlichen Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu geben. Inwieweit sich der EuGH substanziell auf diese Prüfung einlässt, hängt davon ab, ob es sich um eine geschriebene Ausnahme oder eine ungeschriebene Rechtfertigung handelt.

Es wurde festgestellt, dass rein dogmatisch die Verhältnismäßigkeit bei geschriebenen Ausnahmen keine Rolle spielt, denn fraglich ist nicht die Beziehung zwischen Mittel (der mitgliedstaatlichen Maßnahme) und Zweck (gemeinschaftlichem oder nationalem Ziel) sondern, ob eine Maßnahme, wie die nationale im konkreten Fall, nach Inhalt und Umfang der gemeinschaftsrechtlichen Ausnahme entspricht. Gleichzeitig wurde gezeigt, dass sich der EuGH häufig auf die Verhältnismäßigkeit oder ihre Teilgrundsätze beruft. Der Grund dafür ist, dass der Verhältnismäßigkeitstest in die Auslegung eingebaut zu sein scheint. Erstens, weil die Ausnahmen „eng“ auszulegen sind und die Verhältnismäßigkeitprüfung bei der Feststellung dieser „Enge“ hilfreich ist. Zweitens führt die Betonung der teleologischen Auslegung dazu, dass die Ausnahmen und ihre mögliche Durchführung immer im Hinblick auf ihre Ziele ausgelegt werden.

Es wurde vorgeschlagen, dass diese Analyse für Art. 2 Abs. 6 und 7 Richtlinie 76/207/EWG, also für Situationen, in welchen das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung und für den Frauenschutz, nicht aber für positive Maßnahmen gemäß Art. 141 Abs. 4 EGV, anwendbar ist. Diese Bestimmung betont die Erreichung der materiellen Gleichheit und sieht positive Maßnahmen als eine Vorgehensweise, die die tatsächliche Sicherstellung des Gleichheitssatzes bezweckt, und ist daher schwer als Derogation einzustufen. Bei der Überprüfung der positiven Maßnahmen soll der EuGH meines Erachtens zuerst die Legitimität des nationalen Ziels im konkreten Fall beurteilen, und dann prüfen, ob die nationale Maßnahmen im Verhältnis zu diesem nationalen Ziel stehen. Er soll dabei alle drei Grundsätze der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit benutzen.

Bei ungeschriebenen Rechtfertigungen ist der Verhältnismäßigkeitstest ein integraler Teil der Prüfung. Er untersucht, ob die Beziehung zwischen dem vom ungleich behandelnden Subjekt angegebenen Ziel und der Ungleichbehandlung dermaßen glaubwürdig und denkbar ist, dass die unterscheidende Maßnahme, auch wenn sie gegen das Gleichbehandlungsgebot verstößt, gerechtfertigt ist. Die Verhältnismäßigkeit oder ihre Teilgrundsätze werden in der Rechtsprechung des EuGH oft erwähnt und relativ oft auch geprüft, aber nur in Beziehung zu den im Vorabentscheidungsverfahren bekannten Zielen. Der Gerichtshof überlässt es den Gerichten der Mitgliedstaaten, andere Ziele zu überprüfen und als legitim einzustufen und die Verhältnismäßigkeit zwischen Maßnahme und Ziel zu untersuchen. Meines Erachtens soll der EuGH, der Einheit des EG-Rechts wegen, die denkbaren

Rechtfertigungsgründe so weit wie möglich ermitteln und sich zu ihrer Legitimität und zur Beziehung zwischen ihnen und den geprüften Maßnahmen äußern.

Des Weiteren ist festzustellen, dass, um die mit dem Gleichheitsprinzip unvereinbaren Maßnahmen auslöschen zu können, die dogmatische Struktur der Verhältnismäßigkeitsprüfung alle drei, im traditionellen deutschen Verhältnismäßigkeitstest enthaltenen Teilgrundsätze beinhalten soll. Dies gilt sowohl für Maßnahmen der Arbeitgeber als auch für mitgliedstaatliche Maßnahmen. Bei diesen sollen die Regierungen ferner imstande sein, die Zugeschnittenheit, also die unterscheidende Klassifikation, darzulegen. Ein wichtiger Grundsatz dabei ist, dass diese Kriterien tatsächlich nachgewiesen werden müssen und dass Prognosen oder Behauptungen nicht ausreichen. Diesen minimalen Standard der Kontrolldichte soll der EuGH sowohl selbst einhalten als auch diese Prüfung von den nationalen Gerichten verlangen.

Diese Prüfung bedeutet weder einen übermäßigen Eingriff in die Gewaltenteilung zwischen der Judikative auf der einen Seite sowie der Exekutive und der Legislative auf der anderen Seite noch greift sie exzessiv in die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen ein. Diese Freiheiten oder Befugnisse haben nämlich bereits der Gemeinschaftsgesetzgeber und der EuGH durch die Anerkennung des Gleichheitsprinzips als ein Grundprinzip bzw. Grundrecht des EG-Rechtssystems beschränkt und nur eine gerichtliche Kontrolle wie die oben genannte kann einen einheitlichen Respekt dieses Prinzips gewährleisten.

