

*Ursula Rust*

## Nadelöhr und Einschätzungsprärogative – die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur (un-)mittelbaren Geschlechterdiskriminierung im Sozialrecht<sup>1</sup>

### 1. Problemstellung

Unmittelbare Diskriminierung existiert, wenn ein Geschlecht bevorzugt oder benachteiligt wird. So ist es eine Form der unmittelbaren Diskriminierung, wenn verheiratete Frauen niedrigere Arbeitslosenunterstützung erhalten als verheiratete Männer oder alleinstehende Männer und Frauen<sup>2</sup>. Oder um ein anderes Beispiel zu geben: Es liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn eine Witwe, aber nicht ein Witwer im Falle des Todes des Ehegatten Hinterbliebenenleistungen erhält<sup>3</sup>. Das Geschlecht ist hin-

sichtlich der unmittelbaren Diskriminierung ein verbotenes Kriterium. Gefordert ist „Blindheit“ für das Merkmal Geschlecht.

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung beinhaltet einen entgegengesetzten Ansatz. Hier wird verlangt, die geschlechtsspezifischen Unterschiede in Betracht zu ziehen. Dazu zwei Beispiele.

— Leistungen der Grundsicherung schließen ausschließlich Teilzeitbeschäftigte aus: Da die Mehrheit der Teilzeitbeschäftigten aus Frauen besteht, sind sie überwiegend von dieser, zunächst geschlechtsneutral erscheinenden Differenzierung betroffen<sup>4</sup>. Damit ergibt sich das Problem der mittelbaren Diskriminierung.

— Lohnersatzleistungen bei Krankheit nur für die vorrangig finanziell Unterhaltsverpflichteten: Da diese Aufgabe typischerweise eine männliche ist, bedeutet die Begrenzung der Unterstützung auf die Unterhaltsverpflichteten überwiegend den Ausschluss von Frauen<sup>5</sup> und ist damit eine diskriminierungsverdächtige Regelung<sup>6</sup>.

Unter welchen Voraussetzungen kommen für die genannten Beispiele einer (un-)mittelbaren Geschlechterdiskriminierung gemeinschaftsrechtliche Maßstäbe zur Anwendung (2. und 3.), welche Rechtsfolgen haben Verstöße gegen das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot (4.), wie sind die beiden genannten Formen der mittelbaren Diskriminierung i.S. der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>7</sup> zu werten (5.) und wo liegen die Perspektiven der Weiterentwicklung des gemeinschaftsrechtlichen Verbots der Geschlechterdiskriminierung im Sozialrecht (6.).

1 Überarbeitete Fassung eines Gastvortrages, den die Verfasserin auf Einladung des Instituts für Frauenrecht (Avdeling for kvinnerett) am 5.12.1996 an der Universität Oslo gehalten hat. Das Institut für Frauenrecht gehört in der juristischen Fakultät zum Institut für öffentliches und internationales Recht. Es besteht seit 1978 (s. unten, S. 186). Wesentliche Initiatorin ist die 1993 verstorbene Professorin Tove Stang Dahl gewesen. Tove Stang Dahl hatte 1975 an der juristischen Fakultät der Universität Oslo Frauenrecht als ein Rechtsgebiet für die Lehre und Forschung eingeführt, in enger Zusammenarbeit mit KollegInnen und StudentInnen im Free Legal Advice Scheme for Women (JURK). In deutscher Fassung wurden Ergebnisse ihrer Arbeit erstmals in der STREIT veröffentlicht (Dahl, Frauen zum Ausgangspunkt nehmen. Der Aufbau eines Frauenrechts. In: STREIT 1986, 115 ff.) Ihr Hauptwerk ist 1992 in deutsch veröffentlicht worden (Dahl, Frauen-Recht: eine Einführung in feministisches Recht, Bielefeld 1992 – Besprechung von Ute Gerhard in STREIT 93/123).

Generelle Informationen zum Frauenrecht in Norwegen gibt Jane Elizabeth Wesenberg, Norwegian Women's Law: Its History, Purpose, Method And Content, Working Papers In Women's Law No. 41, Institute of Women's Law, Department of public law, University of Oslo, October 1992.

Die Arbeit von Tove Stang Dahl hat präzise beschrieben, wie das Recht primär von entsprechenden Erfahrungen und den Bedürfnissen von Männern strukturiert ist. Dieser Gedanke soll mit der Analyse aufgegriffen werden, inwieweit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geeignet ist, geschlechtsbezogene Diskriminierungen im Bereich des Sozialrechts zu verhindern bzw. vorliegende Diskriminierungen auszugleichen.

2 Zur Ungleichbehandlung von Ehefrauen EuGH v. 4.12.1986 – Rs 71/85, FNV, Slg. 1986, 3855; EuGH v. 24.3.1987 – Rs 286/85, McDermott und Cotter, Slg. 1987, 1453; EuGH v. 24.6.1987 – Rs 384/85, Clarke, Slg. 1987, 2865; EuGH v. 8.3.1988 – Rs 80/87, Dik, Slg. 1988, 1601; EuGH v. 27.6.1989 – Rs 48/88, Achterberg-Te Riele, Slg. 1989, 1963; EuGH v. 13.3.1991 – Rs C-377/89, Cotter und McDermott, Slg. 1991, I-1155; EuGH v. 11.7.1991 – Rs C-31/90, Johnson, Slg. 1991, I-3723; EuGH v. 11.7.1991 – Rs C-87/90, C-88/90 und C-89/90, Verholen, Slg. 1991, I-3757; EuGH v. 25.7.1991 – Rs C-208/90, Emmott, Slg. 1991, I-4269; EuGH v. 27.10.1993 – Rs C-338/91, Steenhorst-Neerings, Slg. 1993, I-5475; zur Ungleichbehandlung Ehemänner EuGH v. 21.11.1990 – Rs C-373/89, „Integrity“, Slg. 1990, I-4243.

3 Zu Hinterbliebenenleistungen für Witwer EG-Bediensteter EuGH v. 20.3.1984 – Rs 75/82 und 117/82, Razzouk und Beydoun, Slg. 1984, 1509. Zum Ausschluss Witwer von der Möglichkeit einer Sozialversicherungsbeitragsbefreiung, „Integrity“, Fn. 2.

4 Zum Ausschluss Teilzeitbeschäftigter EuGH v. 13.12.1989 – Rs C-102/88, Ruzius-Wilbrink, Slg. 1989, 4311.

5 Zu Sozialleistungen für Unterhaltsverpflichtete vgl. EuGH v. 11.6.1987 – Rs 30/85, Teuling, Slg. 1987, 2497; EuGH v. 19.11.1992 – Rs C-226/91, Molenbroek, Slg. 1992, I-5943; EuGH v. 7.7.1994 – Rs C-420/92, Bramhill, Slg. 1994, I-3191.

6 Generell zu diskriminierungsverdächtigen Merkmalen vgl. Karl-Jürgen Bieback, Diskriminierungs- und Behinderungsverbote im europäischen Sozialrecht. In: SGb 1994, 301 (305).

7 Nachfolgend EuGH oder Gerichtshof genannt.

## 2. Begrenzte Kompetenz der Europäischen Union für die Sozialpolitik

Die Europäische Union ist – und zwar unverändert<sup>8</sup> – primär eine *ökonomische* Gemeinschaft. Sie hat keine generelle Kompetenz, die Sozialpolitik in den Mitgliedstaaten zu koordinieren. Die Gestaltung sozialer Sicherheit verbleibt vielmehr in der Verantwortung der Mitgliedstaaten<sup>9</sup>. Sie können so die in dem jeweiligen Land existierenden Strukturen der sozialen Sicherheit beibehalten und sich z.B. für eine steuerfinanzierte Grundsicherung, beitragsfinanzierte Sozialversicherung oder auch primär für eine private Vorsorge entscheiden.

Gleichzeitig hat die Europäische Union eine ausdrückliche Zuständigkeit für bestimmte Bereiche der Sozialpolitik. So regeln bereits die Gründungsverträge für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft die Sicherung der sozialrechtlichen Ansprüche der Wanderarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer als Bestandteil der Freizügigkeit auf der Basis von Art. 48 – 51 EGV sowie – und dies ist für die Entwicklung der Geschlechtergleichbehandlung wesentlich – das Prinzip der Lohngleichheit.

Der Lohngleichheitsgrundsatz ist in Art. 119 EGV geregelt, den bereits der EWG-V aus dem Jahr 1957 enthielt. Art. 119 EGV ist in der historischen Entwicklung primär als Antwort auf die Befürchtungen Frankreichs zu interpretieren, daß es wegen seiner etablierteren Vorschriften zur Frauen- und Familienförderung Wettbewerbsnachteile erleiden würde<sup>10</sup>.

Selbst wenn Art. 119 EGV im Ausgangspunkt primär ökonomische Erwägungen verkörperte, hat das Gebot der Gleichbehandlung der Geschlechter seit Beginn der 70er Jahre einen hervorgehobenen gemeinschaftsrechtlichen Stellenwert erhalten<sup>11</sup>. Art. 119 wurde in den 70er Jahren durch drei Richtlinien ergänzt: die Lohngleichheitsrichtlinie von 1975<sup>12</sup>, die

Gleichbehandlungsrichtlinie von 1976<sup>13</sup> (76/207) und die Richtlinie zur sozialen Sicherheit von 1979<sup>14</sup>.

Die Lohngleichheitsrichtlinie hat ihre Basis in der „harten“ Kompetenznorm des Art. 100 EGV, da sie unmittelbar die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes beeinflusst. Die kompetenzrechtliche Situation ist anders für die beiden anderen Richtlinien. Basis der Richtlinie 76/207 und der Richtlinie 79/7 ist jeweils Art. 235 EGV. Es ist die vom Einstimmigkeitsprinzip getragene Kompetenznorm für vertragsergänzende Vorschriften. Sie rundet eine ansonsten im Vertrag der Gemeinschaft zugewiesene Kompetenz ab<sup>15</sup>. Für beide Richtlinien ist kompetenzrechtlich der Sachzusammenhang mit Art. 119 EGV entscheidend. Er besteht für die Richtlinie 79/7 u.a. im Zusammenwirken staatlicher Sozialpolitik mit betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit. Für diese ist – so die ständige Rechtsprechung des EuGH – Art. 119 EGV anwendbar<sup>16</sup>. Ebenso wie Artikel 119 EGV beschränkt sich der Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 nicht nur auf solche nationalen Regelungen, mit denen durch eine Absenkung sozialer Kosten ein Wettbewerbsvorteil im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten erlangt werden soll<sup>17</sup>.

Es ist für die Analyse der Auswirkungen des EG-Rechts wichtig, sich zu vergegenwärtigen, daß sich das Gemeinschaftsrecht von sonstigem internationalen Sozialrecht unterscheidet, wie es in zwischenstaatlichen Abkommen oder internationalen Übereinkommen oder Konventionen geregelt ist. Das Gemeinschaftsrecht ist Teil einer unabhängigen, supranationalen Rechtsgemeinschaft. Dieses Rechtssystem hat seine eigenen Rechtsprinzipien ebenso wie die eigenen Institutionen, um das Recht zu setzen und umzusetzen.

Die Dynamik und die spezielle Bedeutung des Gemeinschaftsrechts zur Geschlechtergleichbehandlung liegt in der bindenden Wirkung für das nationale Recht. Entsprechend der Autorität des Europäi-

8 Gisbert Brinkmann, Vertrag von Amsterdam und Sozialpolitik. In: EuroAS 1997, 90 f.

9 Bieback, Fn. 6, 307 m.w.Nachweisen.

10 Preis, Ulrich/ Mallossek, Kirsten, Recht der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Europäischen Union, Kurzausgabe aus Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, hrsg. Oetker/Preis, Heidelberg 1996, Rn. 5; Bieback, Fn. 6, 303.

11 Basis waren von den Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten verabschiedete sozialpolitische Grundsätze, Initiativen der Kommission sowie die Rechtsprechung des EuGH; vgl. Preis/ Mallossek, Fn. 11, Rn. 6 ff.; EuGH v. 8.4.1976 – Rs 43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455, EuGH v. 15.6.1978 – Rs 149/77, Defrenne III, Slg. 1978, 1365.

12 Richtlinie des Rates v. 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (75/117/EWG), abgedruckt u.a. bei Bertelsmann/Colneric/Pfarr/Rust (Hrsg.), Handbuch zur Frauenerwerbstätigkeit: Arbeitsrecht/ Sozialrecht/ Frauenförderung. Grundwerk: Neuwied 1993, Stand: 16. Ergänzungslieferung März 1997 (nachfolgend HzF), G I 3.2.

13 Richtlinie des Rates v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), HZF, G I 3.3.

14 Richtlinie des Rates v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7/EWG), HZF, G I 3.4.

15 Karl-Jürgen Bieback, Restriktive Prüfung der Diskriminierung wegen des Geschlechts im nationalen Sozialrecht? Eine Replik zu dem Aufsatz von Rombach, SGB 1996, S. 193. In: SGB 1996, 513 (517) m.w.Nachweisen.

16 Vgl. für viele Blanpain, Roger/ Schmidt, Marlene/ Schweibert, Ulrike, Europäisches Arbeitsrecht. 2. Auflage. Baden-Baden 1996, Rn. 363.

17 So aber Wolfgang Rombach, Neue Entwicklungen zum Thema der sozialversicherungsfreien Beschäftigung – unter Berücksichtigung der Entscheidungen des EuGH vom 14.12.1995. In: SGB 1996, 193 (199); dazu Bieback, Fn. 15.

schen Gerichtshofs nach Art. 164 EGV hat der Gerichtshof bereits in den 60er Jahren entschieden, daß Grundsätze des EGV für die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten unmittelbare Wirkung haben<sup>18</sup>. Damit weicht der Gerichtshof von der üblichen Interpretation internationaler Vereinbarungen ab und gibt die Doktrin des Gemeinschaftsrechts als allgemeines, direkt in den Mitgliedstaaten anwendbares Recht vor.

Und es ist ebenso auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zurückzuführen, daß die Beseitigung der Diskriminierung wegen des Geschlechts als ein fundamentales Menschenrecht eines der generellen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts ist. Die Festlegung in der Rechtssache Defrenne III<sup>19</sup>, daß die Beseitigung der Benachteiligung wegen des Geschlechts ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist, hat der Gerichtshof in späteren Urteilen bestätigt<sup>20</sup>.

Aber im Gegensatz zu den Beschäftigten bei den europäischen Einrichtungen, also u.a. dem Europäischen Parlament oder auch der Europäischen Kommission, können sich die in den Mitgliedstaaten beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht unmittelbar auf dieses Prinzip berufen. Für sie ist vielmehr spezifisches Gemeinschaftsrecht erforderlich, um individuelle Ansprüche geltend machen zu können. Für den Bereich der sozialen Sicherheit hat die Richtlinie 79/7 eine solche Art von Gemeinschaftsrecht eingeführt. Grundlegende Norm ist das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 79/7. Verboten sind alle Formen direkter oder indirekter Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.

Die Frist, um das nationale Recht an die Prinzipien der Richtlinie 79/7 anzupassen, ist Ende 1984 ausgelaufen. Die ersten Entscheidungen des EuGH stammen aus dem Jahr 1986. Bereits im ersten Urteil hat der Gerichtshof entschieden, daß Art. 4 in den Mitgliedstaaten direkt Anwendung findet<sup>21</sup>. So können sich einzelne unmittelbar auf Art. 4 berufen, um die Anwendung nationaler Normen zu verhindern, die mit der Richtlinie 79/7 unvereinbar sind.

### 3. Zum Nadelöhr

Bis heute hat der Gerichtshof in 35 Urteilen darüber zu entscheiden gehabt, inwieweit nationales Sozialrecht mit der Richtlinie 79/7 vereinbar ist. Der EuGH hat hierbei mehrfach in Urteilen, die nationale Regelungen als mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar bewerteten, die Entscheidung auch damit er-

läutert, daß die Richtlinie gemäß ihrer ersten Begründungserwägung und ihrem Artikel 1 lediglich die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Geschlechtergleichbehandlung im Sozialrecht anstrebt.

In einer Vielzahl von Verfahren ist die Frage relevant gewesen, ob das Prinzip des Art. 4 der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts überhaupt Anwendung findet. Der persönliche und sachliche Geltungsbereich der Richtlinie sowie die möglichen Ausnahmen von der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes wirken wie ein Nadelöhr, bevor die Frage relevant werden kann, ob ein Fall der Geschlechterdiskriminierung vorliegt oder nicht. Fünf Verfahren endeten bereits auf der Stufe, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie als persönlich oder sachlich nicht gegeben angesehen wurde<sup>22</sup>.

Persönlich ist die Richtlinie nach Art. 2 für die Erwerbsbevölkerung anwendbar. Der Gerichtshof hat hierzu in den Urteilen zur geringfügigen Beschäftigung klargestellt, daß die Richtlinie keinen unteren Schwellenwert hinsichtlich Arbeitszeit oder Einkom-

18 EuGH v. 5.2.1963 – Rs 26/62, van Gend & Loos, u.a. HZF, Rspr. G 1 Nr. 1.

19 Defrenne III, Fn. 11.

20 U.a. EuGH v. 20.3.1984, Fn. 3; EuGH v. 13.7.1995 – Rs C-116/94, Meyers, Slg. 1995, I-2131, Rn. 24.

21 EuGH v. 24.6.1986 – Rs 150/85, Drake, Slg. 1986, 1995.

22 Zur direkten Ungleichbehandlung von Frauen: Achterberg-Te Riele, Fn. 2; Slg. 1989 1963; EuGH v. 4.2.1992, Rs. C-243/90, Smithson, Slg. 1992, I-467. Zur mittelbaren Ungleichbehandlung von Frauen EuGH v. 16.7.1992, Verb. Rs. C-63/91 u. C-64/91, Jackson/Cresswell, Slg. 1992, I-467; EuGH v. 10.10. 1996, Verb. Rs. C-245/94 u. C-312/94, Hoever/Zachow, EuroAS 1996, 182; EuGH v. 7.11.1996 – Rs C-77/95, Züchner, EuroAS 1996, 203.

men hat<sup>23</sup>. Die Richtlinie ist für Arbeitssuchende anwendbar, auch wenn sie während der Arbeitssuche arbeitsunfähig werden<sup>24</sup>.

Probleme bestehen aber für den Fall, daß eine Erwerbstätigkeit unterbrochen wird. Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit haben keinerlei Auswirkung, wenn sie infolge bestimmter Risiken eintreten. Als solche „privilegierten“ Risiken werden in Art. 2 die klassischen Erwerbsarbeitsrisiken Krankheit, Arbeitsunfall, Alter und „unverschuldete“ Arbeitslosigkeit genannt<sup>25</sup>. So besteht kein Schutz der Richtlinie für den Fall, daß eine Erwerbstätigkeit nicht begonnen, aufgegeben oder unterbrochen wird, um Kinder zu betreuen – so das Fallrecht des Gerichtshofes seit 1989<sup>26</sup>. Außerdem ist die Richtlinie auch nicht wegen Zeiten der Pflege persönlich anwendbar<sup>27</sup>. Die für die Erwerbstätigkeit von Frauen typische Erwerbsarbeitsrisiken der Kinderbetreuung und auch der Pflege bleiben so unberücksichtigt.

Zum sachlichen Geltungsbereich gehören nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 die gesetzlichen Sicherungssysteme, die Schutz gegen die klassischen Erwerbsarbeitsrisiken bieten. Ausgenommen sind nach Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 79/7 Leistungen für Hinterbliebene und Familienleistungen. Die Richtlinie ist auch dann anwendbar, wenn wegen der Pflege Erwerbstätigkeit unterbrochen wird und das geschützte Risiko bei Dritten eingetreten ist<sup>28</sup>. So gibt der EuGH in einer finalen Auslegung den unterschiedlichen Modalitäten, wie in den Mitgliedstaaten Pflegeleistungen gewährt werden, kein entscheidendes Gewicht für die Frage, ob eine Leistung in den sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie fällt. So wird sichergestellt, daß die sachliche Anwendung nicht davon abhängig ist, ob die Pflegenden selber Anspruchsinhaberinnen und Leistungsempfängerinnen sind oder diese Pflegeleistungen nur für den Gepflegten als Anspruchsinhaberinnen und Leistungsempfänger vorgesehen sind.

In späteren Urteilen des EuGH ist die finale Auslegung des Art. 3 hingegen so nicht weitergeführt worden. Es ist eine deutlich engere Interpretation zu

finden. Eine Leistung fällt danach nur dann in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7, „wenn sie unmittelbar und in effektiver Weise mit dem Schutz eines der in Art. 3 Abs. 1 aufgeführten Risiken zusammenhängt“<sup>29</sup>. Gefordert wird, daß sich die Leistung „in ein gesetzliches System des Schutzes gegen eines der aufgeführten Risiken einfügt, Teil eines solchen Systems ist oder eine Form der Sozialhilfe mit dem gleichen Ziel darstellt“<sup>30</sup>. Diese enge Interpretation bestätigt auch die Entscheidung, daß ein Erziehungsgeld wie das nach §§ 1 ff. Bundeserziehungsgeldgesetz nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt<sup>31</sup>. Hier wird nicht gesehen, daß für Erwerbstätige der Bezug von Erziehungsgeld mit dem Schutz gegen die Risiken Krankheit und Arbeitslosigkeit gekoppelt ist. Die enge Interpretation des sachlichen Geltungsbereichs der Richtlinie 79/7 beinhaltet das Risiko, daß mit dem z.B. in Großbritannien stattgefundenen Wechsel von den klassischen, erwerbsarbeitsbezogenen Systemen der sozialen Sicherheit zu allgemeinen, bedarfsabhängigen Leistungssystemen der Grundsatz der Geschlechtergleichbehandlung für einen erheblichen Teil der Sozialleistungen nicht mehr zur Anwendung kommen kann.

Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 79/7 die Möglichkeit, vier<sup>32</sup> Bereiche vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen. Die Ausnahmetatbestände betreffen Frauen „begünstigende“ sozialrechtliche Regelungen, wie u.a. das niedrigere Rentenalter für Frauen<sup>33</sup>.

Die Optionen nach Art. 7 Abs. 1 sind als Ausnahmen vom individuellen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 4 Abs. 1 eng auszulegen. Sie unterliegen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so die ständige Rechtsprechung des EuGH. Der Gerichtshof ist bereits in der Rechtssache EOC nicht dem Vorschlag des Generalanwalts gefolgt, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Auslegung des Art. 7 Abs. 1 eine geringere Bedeutung als im Regelfall zukommen zu lassen<sup>34</sup>. Entscheidend ist vielmehr, ob weitere

23 EuGH v. 5.12.1995 – Rs C-317/93, Nolte, Slg. 1995, I-4625, Rn. 22; EuGH v. 5.12.1995 – Rs C-444/93, Megner und Scheffel, Slg. 1995, I-4541, Rn. 21.

24 Johnson, Fn. 2, Rn. 19 ff.

25 Kritisch hinsichtlich der Anforderung, die Arbeitslosigkeit müsse unverschuldet eingetreten sein, zu Recht Jürgen Stahlberg, Geschlechtergleichbehandlung in der sozialen Sicherheit. In: EuroAS 1997, 82 (83).

26 Achterberg-Te Riele, Fn. 2, Rn. 13; Verholen, Fn. 2, Rn. 17 ff.; EuGH v. 24.2.1994 – Rs C-343/92, Roks, Slg. 1994, I-571, Rn. 39 ff.

27 Züchner, Fn. 22, Rn. 11 ff.; dazu kritisch Ursula Rust, Behandlungspflege in der gesetzlichen Krankenversicherung. In: EuroAS 1997, 23 ff.

28 Drake, Fn. 21; Züchner, Fn. 22.

29 Smithson, Fn. 22, Rn. 4.

30 Jackson/Cresswell, Fn. 22, Rn. 15.

31 Hoever/Zachow, Fn. 22, Rn. 42 f.

32 Die in Art. 7 Abs. 1 (e) genannte Möglichkeit betrifft ein bereits 1977 abgeschafftes besonderes Wahlrecht für Ehefrauen nach dem britischen Sozialrecht, Prechal, Sacha/ Burrows, Noreen, Gender Discrimination Law of the European Community, Aldershot (Dartmouth) 1990, 181.

33 Derartige Regelungen sind ambivalent: Ihre Voraussetzung ist eine geschlechtsspezifische Erwerbsarbeitsstruktur, die einen gewissen sozialrechtlichen Ausgleich findet. Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung wird gleichzeitig aber auch befördert.

34 EuGH v. 7.7.1992 – Rs C-9/91, Equal Opportunities Commission (EOC), Slg. 1992, I-4297, Rn. 16 ff. und Schlußanträge van Gerven, Slg. 1992, I-4328.

Ungleichbehandlungen objektiv und notwendig z.B. mit dem niedrigeren Rentenalter von Frauen verbunden sind. Dies betrifft sowohl weitere Ungleichbehandlungen innerhalb des Rentensystems<sup>35</sup> als auch Ungleichbehandlungen in anderen Leistungssystemen<sup>36</sup>.

Objektiv erforderlich ist es nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, zu verhindern, daß das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit gefährdet wird. Objektiv erforderlich ist es ebenso, die Kohärenz zwischen dem System der Altersrenten und dem der anderen Leistungen zu gewährleisten. Der Gerichtshof gibt außerdem vorliegenden nationalen Gerichten jeweils nähere Hinweise zur Frage, ob objektiv erforderliche Ungleichbehandlungen auch notwendig sind. So findet hinsichtlich der Ausnahmemöglichkeiten des Art. 7 Abs. 1 jeweils eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung statt.

Keine Rechtfertigung sah der EuGH für eine Ungleichbehandlung bei bestimmten Invaliditätsleistungen<sup>37</sup> und bei der Befreiung von Rezeptgebühren<sup>38</sup>. Akzeptiert hat der EuGH hingegen längere Beitragszeiten für Männer<sup>39</sup>, eine Anrechnung der Altersrente auf Invaliditätsleistungen bei Frauen<sup>40</sup> und bei der Berechnung von Vorruhestandsleistungen für Frauen<sup>41</sup>.

Sofern ein Mitgliedstaat die Möglichkeit der Ausnahme des Art. 7 z.B. für ein niedriges Rentenalter von Frauen aufgibt, kommt das strikte Prinzip der Gleichbehandlung des Art. 4 Abs. 1 zur Anwendung. Zulässig ist es, Ausnahmen zunächst nicht vollständig zu beseitigen und nur einen begrenzten, bisher diskriminierten Personenkreis neu in die Sozialleistungen aufzunehmen<sup>42</sup>. Ansonsten sind Ausnahmen auch nicht für Übergangszeiten möglich. Dies ist für Veränderungen der Systeme der sozialen Sicherheit mit Problemen verbunden. Es geht um die Veränderung bisher Frauen begünstigender Regelungen. Der Gerichtshof zieht nach den Urteilsgründen nicht einmal in Betracht, daß weitere Ungleichbehandlungen zumindest für Übergangszeiten als positive Diskriminierungen erlaubt sein könnten.

35 Diese Frage war Grundlage der Rechtssache EOC, Fn. 34.

36 EuGH v. 30.3.1993 – Rs C-328/91, Thomas, Slg. 1993, I-1247; EuGH v. 11.8.1995 – Rs C92/94, Graham, Slg. 1995, I-2521; EuGH v. 19.10.1995 – Rs C-137/94, Richardson, Slg. 1995, I-3422; EuGH v. 30.1.1997 – Rs C-139/95, Balestra, EuroAS 1997, 13.

37 Thomas, Fn. 36, Rn. 14 ff.

38 Richardson, Fn. 36, Rn. 20 ff.

39 EOC, Fn. 34.

40 Graham, Fn. 36, Rn. 14 ff.

41 Balestra, Fn. 36, Rn. 40 ff.

42 Bramhill, Fn. 5, Rn. 19 zu Art. 7 Abs. 1 (d) hinsichtlich Zuschlägen zu langfristigen Leistungen bei Alter für unterhaltsberechtigter Ehegatten, die bisher nur Männer erhielten.

So wurde in Belgien das Rentenalter für Männer und Frauen angeglichen. Heute haben Frauen entsprechend lange zu arbeiten wie Männer. Grundlage für die Neuregelung ist aber eine Kalkulation gewesen, die davon ausging, daß Frauen unverändert kürzere Versicherungszeiten haben als Männer. Insofern wurde bei den erforderlichen Beitragszeiten für Männer und Frauen differenziert. Diese Möglichkeit ist 1993 als unvereinbar mit dem EG-Recht bewertet worden. Nach Auffassung des EuGH ist es eine Diskriminierung, daß für den Höchstbetrag Frauen eine Versicherungszeit von 40 Jahren und Männer eine von 45 Jahren benötigen<sup>43</sup>.

Der Gerichtshof nimmt dabei nicht zu der Frage Stellung, inwieweit diese Art der Ausgestaltung der sozialen Sicherheit eine positive Aktion sein könnte. Denn kürzere Versicherungszeiten für Frauen könnten zumindest typisierend als Maßnahmen gerechtfertigt werden, um die kürzeren und durch Zeiten der Kindererziehung unterbrochenen Versicherungsbiographien von Frauen auszugleichen.

#### Zusammenfassend:

- Der Gerichtshof interpretiert den persönlichen Anwendungsbereich des Art. 2 Richtlinie 79/7 eng, indem insbesondere Frauen vom Schutz der Richtlinie ausgeschlossen werden, die ihre Beschäftigung zugunsten der Kinderbetreuung aufgegeben haben. Es wäre möglich, das Wort „Erwerbstätige“ dahingehend zu interpretieren, daß es auch Personen abdeckt, die auf der Basis von früherer Erwerbstätigkeit unverändert Mitglieder von Systemen der sozialen Sicherheit sind und damit Anspruch auf Sozialleistungen haben oder latent versichert sind<sup>44</sup>. Hier besteht unverändert der Bezug zur vorherigen Erwerbstätigkeit. Aber dies ist nicht der Ansatz des Gerichtshofs.
- Der sachliche Geltungsbereich des Art. 3 Richtlinie 79/7 wird begrenzt. „Out-Sourcing“ ist für Mitgliedstaaten in dem Sinne möglich, als klassische Systeme sozialer Sicherheit durch beitragsabhängige Sozialleistungen ersetzt werden. Mitgliedstaaten können so durch formale Veränderungen bestehender Sozialleistungen, die bisher in den Schutzbereich der Richtlinie fielen, diese aus dem Anwendungsbereich ausnehmen.
- Bei der Auslegung der Ausnahmen des Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 79/7 wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angewendet. Dabei akzeptiert der Gerichtshof eine Vielzahl von Ausnahmemöglichkeiten. In Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hat der Gerichtshof gleichzeitig das

43 EuGH v. 1.7.1993 – Rs C 154/92, van Cant, Slg. 1993, I-3850, Rn. 13 f.

44 Vgl. Bieback, Fn. 6, 304.

Argument nicht in Betracht gezogen, daß eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern als positive Aktion zugunsten von Frauen gerechtfertigt sein könnte.

#### 4. Prinzip des einzig gültigen Bezugspunkt für Gleichbehandlung

Bis heute hat der Gerichtshof in 3/4 aller Fälle sich mit Fragen der direkten Diskriminierung befaßt. In der Mehrheit der Fälle war die Existenz der direkten Diskriminierung im Ergebnis nicht relevant, da der Anwendungsbereich der Richtlinie entsprechend eng interpretiert wurde oder die Ausnahmen Anwendung fanden. Aber für die wenigen Fälle der direkten Diskriminierung, die das Nadelöhr passiert haben, hat der Gerichtshof die direkte Diskriminierung effektiv für gemeinschaftswidrig erklärt.

Der Effekt der direkten Diskriminierung kann nur zutreffend bewertet werden, wenn die rechtlichen Konsequenzen diskriminierender Vorschriften gesehen werden. Art. 5 Richtlinie 79/7 verlangt von den Mitgliedstaaten, alle diskriminierenden Regelungen zu beseitigen. Solange jedoch keine neuen, nicht diskriminierenden Regeln vereinbart worden sind, ist die Richtlinie der einzig gültige Bezugspunkt für Gleichbehandlung. Deshalb können Angehörige des benachteiligten Geschlechts sich nicht nur unmittelbar auf das Gleichbehandlungsprinzip der Richtlinie berufen. Sie haben auch das Recht, in gleicher Weise behandelt zu werden wie das bisher

bevorzugte Geschlecht. Dies ist die Regel des einzig möglichen Anknüpfungspunktes. Ihre Wirkung ist nicht auf die Zukunft beschränkt<sup>45</sup>.

Solange Diskriminierung besteht, ist die Angleichung nach oben für Vergangenheit und Zukunft der einzig mögliche Bezugspunkt. Dies gilt auch für eine mittelbare Diskriminierung, ein Gesichtspunkt, der vielleicht auch ein Grund für die Zurückhaltung sein mag, das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung festzustellen.

#### 5. Zur Einschätzungsprärogative

Die Richtlinie verbietet ausdrücklich auch eine mittelbare Diskriminierung. Der Gerichtshof hat im Verhältnis zur direkten Diskriminierung bislang in neun Entscheidungen seine Interpretation der mittelbaren Diskriminierung für den Bereich der sozialen Sicherheit entwickelt<sup>46</sup>. Der Gerichtshof ist hinsichtlich der Prüfungsmerkmale der für den Bereich des Arbeitsrechts gut entwickelten Rechtsprechung gefolgt. Er verwendet Merkmale, die in diesem Kontext entwickelt worden sind. Es sind – zusammengefaßt – (1) die geschlechtsneutrale Regelung, (2) die überwiegende nachteilige Betroffenheit eines Geschlechts und (3) die fehlende objektive Rechtfertigung für die nachteilige Wirkung zu Lasten eines Geschlechts<sup>48</sup>.

Die drei genannten Merkmale haben generell breite Akzeptanz gefunden, speziell für das Arbeitsrecht. Sie finden sich auch in der „Richtlinie über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ wieder, zu der sich der Arbeits- und Sozialministerrat am 27.6.1997 auf einen gemeinsamen Standpunkt geeinigt haben<sup>49</sup>. Diese Richtlinie enthält erstmals auch eine Definition der mittelbaren Diskriminierung. Damit findet eine fast 10jährige Diskussion ihren Abschluß. Bereits 1988 hatte die Kommissi-

45 Hiervon hat es bisher zwei Ausnahmen gegeben: Defrenne II, Fn. 11, Rn. 69 ff. und EuGH v. 17.5.1990 – C-262/88, Barber, Slg. 1990, 1889, Rn. 40 ff. mit dazu gehörenden Nachfolgefällen zur Auslegung der Barber-Entscheidung. Die zeitliche Beschränkung der Rückwirkung beruhte in beiden Fällen darauf, daß die rechtlichen Anforderungen des Gemeinschaftsrechts u.a. seitens der Kommission sehr unklar gewesen waren.

46 Teuling, Fn.5; Ruzius-Wilbrink, Fn. 4; EuGH v. 7.5.1991 – Rs C-229/89, Kommission ./ Belgien, Slg. 1991, I-2205; Molenbroek, Fn. 5; Roks, Fn. 26; Nolte sowie Megner und Scheffel, Fn. 23; EuGH v. 1.2.1996 – Rs C-280/94, Posthuma-van Damme, Slg. 1996, I-179; EuGH v. 8.2.1996 – Rs. C-8/94, Laperre, Slg. 1996, I-273.

47 Vgl. dazu näher Bieback, Fn. 5 mit weiteren Nachweisen.

48 Für das Sozialrecht erfordert bereits das zweite Merkmal, daß bei den Gerichten oder den Anwältinnen und Anwälten eine Aufmerksamkeit oder überhaupt ein Bewußtsein dazu vorhanden ist, daß geschlechtsneutral geschriebene Sozialrechtsnormen mittelbar diskriminierend wirken können. Hier ist der Kenntnisstand zu den Anforderungen der Richtlinie 79/7 wohl eher als gering einzuschätzen.

49 Bruno Barth, Aus der Ratsarbeit, EuroAS 1997, 97.

on einen ähnlichen Vorschlag vorgelegt<sup>50</sup>. Er scheiterte am Einstimmigkeitserfordernis. 1995 griff die Kommission das Vorhaben auf Basis des Abkommens über die Sozialpolitik<sup>51</sup> wieder auf und legte 1996 nach Anhörung der Sozialpartner den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Beweislast bei geschlechtsbedingter Diskriminierung vor<sup>52</sup>. Nach dem Wahlsieg der Labour Party konnte hierzu unter Einbeziehung von Großbritannien entschieden werden.

Die „Beweislastrichtlinie“ findet nach Art. 3 Abs. 1 (a) des Vorschlags der Kommission auch auf die Richtlinie 79/7 Anwendung.<sup>52a</sup> Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs vor, „wenn eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren, die ihrem Anschein nach neutral sind, insbesondere durch Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand wesentlich mehr Personen eines Geschlechts betrifft, sofern das mit der Anwendung dieser Vorschrift, dieses Kriteriums oder dieses Verfahrens verfolgte Ziel nicht sachlich gerechtfertigt ist und die zur Erreichung des Ziels eingesetzten Mittel angemessen und erforderlich sind“. In der Begründung weist die Kommission auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH hin, aus der die Merkmale der mittelbaren Diskriminierung entwickelt werden. Hierzu nennt die Kommission für das Sozialrecht ausdrücklich für den Bereich der Sozialpolitik die Entscheidungen des EuGH, „daß der nationale Gesetzgeber bei der Ausübung seiner Zuständigkeit vernünftigerweise davon ausgehen konnte, daß die zur Erreichung des rechtmäßigen Zieles eingesetzten Mittel geeignet und erforderlich waren. Dementsprechend folgerte der EuGH in diesen Fällen, daß keine geschlechtsbedingte Diskriminierung vorlag.“<sup>53</sup> Der Wortlaut des Richtlinienentwurfs gibt keinen Anlaß zu vermuten, daß diese Einschätzungsprärogative der nationalen Gesetzgebung künftig eingeschränkt werden wird.

Für die Rechtsprechung des EuGH lassen sich hierzu zwei besonders relevante Entwicklungslinien kennzeichnen. Bereits in der ersten Entscheidung zur mittelbaren Diskriminierung, der Rechtssache Teuling, hat der EuGH die Garantie eines Existenzminimums als ein gerechtfertigtes sozialpolitisches Ziel angesehen<sup>54</sup>. Der Gesichtspunkt, daß Mindesteinkommen in ihrer einkommensabhängigen Ausgestal-

tung überwiegend nachteilig für Frauen wirken, ist so gemeinschaftsrechtlich ohne Relevanz. Die Rechtfertigung, eine Sozialleistung sichere das Existenzminimum, ist in späteren Entscheidungen erneut akzeptiert worden. Dies gilt auch für Sozialleistungen, die – wie in der Rechtssache Kommission ./. Belgien – auf der Basis des früheren Einkommens berechnet werden und so keineswegs zutreffend als Leistungen der Mindestsicherung zu bezeichnen sind.

Die zweite Entwicklungslinie betrifft das Kriterium der objektiven Rechtfertigung. Hierzu verwendet der EuGH seit der Rechtssache Roks folgende Formel<sup>55</sup>:

„... sofern diese Maßnahmen nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt sind, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Dies ist der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dienen, um dessen Rechtsvorschriften es geht, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.“

Zur Eignung und Erforderlichkeit wird mit den Rechtssachen Nolte, Megner und Scheffel sowie Laperre nur noch verlangt, daß der nationale Gesetzgeber seine Befugnis in „vertretbarer Weise“ ausgeübt habe. Der nationalen Gesetzgebung wird ein „weiter Entscheidungsspielraum“ zuerkannt. Hier wird die weitgehende Einschätzungsprärogative der nationalen Gesetzgebung endgültig akzeptiert.

Gleichwohl hat der EuGH in drei Punkten der Entscheidungsfreiheit der nationalen Gesetzgebung Grenzen gesetzt:

- In der Rechtssache Ruzius-Wilbrink akzeptierte der EuGH den vorgesehenen Ausschluß Teilzeitbeschäftigter nicht.
- In dem Fall Kommission ./. Belgien hat der Gerichtshof ausdrücklich das Argument zurückgewiesen, daß die Gesetzgebung nicht für die generelle gesellschaftliche Entwicklung verantwortlich gemacht werden könne, die typischerweise Diskriminierungen gegen Frauen enthalte. Der Gerichtshof argumentiert, daß jede staatliche Politik, die entsprechend den tradierten Mustern und bestehenden diskriminierenden Strukturen Sozialleistungen ausgestaltet, diese Nachteile fortsetzt und damit Ungleichheit stabilisiert und negativ ist.
- Im Roks-Fall von 1994 hat der Gerichtshof den wichtigen Hinweis gegeben, daß finanzielle Engpässe mittelbare Diskriminierung nicht rechtfertigen können. Der Gerichtshof hat zugestanden, daß finanzielle Engpässe als Basis der nationalen Sozialpolitik einen Mitgliedstaat dazu veranlassen

50 HZF, G II 4.1.5.

51 HZF, G I 2.3.

52 ABl. C 322/11 v. 7.11.1996 und ABl. C 185/21 v. 18.6.1997.

52a Der Rat hat mit seinem am 24.7.1997 zur Beweislastrichtlinie festgelegten gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 37/97 (veröffentl. im ABl. C 307/6 v. 8.10.97) die Richtlinie 79/7 aus dem Anwendungsbereich der Beweislastrichtlinie herausgenommen.

53 KOM (96) 340 endg. v. 17.7.1996, Rn. 21.3.

54 Teuling, Fn. 5, Rn. 16.

55 Roks, Fn. 26, Rn. 33 f.; Nolte, Fn. 23, Rn. 24; Megner und Scheffel, Fn. 23., Rn. 24; Posthuma-van Damme, Fn. 46, Rn. 24; Laperre, Fn. 46, Rn. 14.

können, die Sozialleistungen in bestimmter Form auszugestalten. Solche Begrenzungen können auch die Rücknahme von Sozialleistungen für bestimmte Personengruppen beinhalten. Die Kostenersparnis ist aber nicht in sich ein Ziel der Sozialpolitik, das mittelbare Diskriminierung rechtfertigen könnte. Wenn ein solcher Gesichtspunkt akzeptiert werden würde, hätte dies die Konsequenz, so der Gerichtshof, daß das Prinzip der Gleichbehandlung in den Mitgliedstaaten unterschiedlich sein würde, abhängig von der finanziellen Situation der Mitgliedstaaten. Dies ist aber kein akzeptabler Einsatz, so der EuGH.

#### Zusammenfassend:

- Leistungen der Mindestsicherung werden generell vom Gleichbehandlungsgebot der Richtlinie 79/7 ausgenommen;
- der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird für die mittelbare Diskriminierung – anders als für die Ausnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 79/7 nur sehr eingeschränkt angewendet;
- die Definition der mittelbaren Diskriminierung in der Beweislastrichtlinie wird keine striktere Prüfung notwendig werden lassen.

## 6. Perspektiven

Für die Weiterentwicklung und die Effektivität der Geschlechtergleichbehandlung im Sozialrecht wird es wichtig werden, das fundamentale Recht der Gleichbehandlung nicht weiterhin auf die „Erwerbstätigen“ zu begrenzen. Das Sozialrecht wird von männlichen Lebensbiographien geprägt bleiben, solange die für die Erwerbstätigkeit von Frauen typischen Unterbrechungszeiten von Kindererziehung und Pflege unberücksichtigt bleiben (müssen).

Der Vertrag von Amsterdam bedeutet – soweit er denn endgültig wirksam werden kann – hierzu für die Gleichstellung der Geschlechter eine generelle Verbesserung<sup>56</sup>. Nach Art. 3 der Richtlinie 79/7 wird es künftig Aufgabe der Gemeinschaft, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu stärken“. Art. 6 a regelt die Kompetenz der Gemeinschaft, „einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts ... oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen“. Anders als Art. 6 EGV hat diese Nichtdiskriminierungsregel keine unmittelbare Wirkung, klärt aber die insbesondere für die Richtlinie 79/7 vorgetragenen Bedenken über die Kompetenz der Gemeinschaft.

Perspektivisch kann auch relevant werden, daß der Vertrag „zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichstellung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ nach Art. 119 Abs. 3 Entscheidungen mit qualifizierter Mehrheit ermöglicht. Die Richtlinie 79/7 ist von Beginn an als Teilschritt für die Verwirklichung der Geschlechtergleichbehandlung angelegt worden, wie die zahlreichen Ausnahmemöglichkeiten zeigen. Der zur Weiterentwicklung vor 10 Jahren vorgelegte „Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur ergänzenden Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den gesetzlichen und betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit“<sup>57</sup> ist spätestens am Einstimmigkeitserfordernis gescheitert. Art. 119 Abs. 3 bietet wegen des untrennbaren Zusammenwirkens von Arbeits- und Beschäftigungsfragen mit Problemen der sozialen Sicherung hier zumindest rechtlich einen Ansatzpunkt für neue Initiativen.

56 Martin Coen, Vertrag von Amsterdam und Sozialpolitik. In: EuroAS 1997, 90 ff.

57 HZF, G II 4.1.4.