

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA

vom 18. Mai 1999 *

Die Vorabentscheidungsfragen

1. Die vorliegende Rechtssache betrifft eine angebliche Diskriminierung wegen des Geschlechts durch Ablehnung der Einstellung bei einer Eliteeinheit der britischen Streitkräfte. Dem Gerichtshof werden sechs Fragen zum Anwendungsbereich des EG-Vertrags im allgemeinen und insbesondere zur Auslegung des Artikels 224 EG-Vertrag sowie des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG¹ (nachstehend: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vorgelegt. Das Industrial Tribunal Bury St Edmunds fragt den Gerichtshof insbesondere, ob eine Politik — die aus Gründen der Aufrechterhaltung der Kampfkraft der Streitkräfte in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg den Einsatz von Frauen bei den Streitkräften allgemein oder bei einer Eliteeinheit der Landtruppen ausschließt, die bezüglich ihrer Organisation und ihrer Einsätze streng am sogenannten Grundsatz der „allseitigen Verwendbarkeit“² ausgerichtet ist —, *schlicht und einfach* vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags oder der Richtlinie ausge-

nommen ist, hilfsweise, ob sie aufgrund von Artikel 224 EG-Vertrag (jetzt Artikel 297 EG) dem Anwendungsbereich der Richtlinie entzogen ist, höchst hilfsweise, ob sie aufgrund der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme gerechtfertigt werden kann. Die vom vorlegenden Gericht dem Gerichtshof gestellten Fragen lauten wie folgt:

1. Sind politische Entscheidungen eines Mitgliedstaats in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung auf einen Krieg, die den Zugang zur Beschäftigung, die Berufsbildung, die Arbeitsbedingungen oder den Einsatz in seinen Streitkräften betreffen und im Hinblick auf die Kampfkraft erlassen worden sind, vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags und/oder der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften, insbesondere der Richtlinie 76/207/EWG des Rates, ausgenommen?
2. Sind die Entscheidungen eines Mitgliedstaats bei der Vorbereitung auf einen Krieg und in Friedenszeiten in bezug auf die Einstellung, die Ausbildung und den Einsatz von Soldaten in Marinekommando-Einheiten seiner Streitkräfte, die im Kriegsfall für den Nahkampf mit dem Feind bestimmt sind, vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags oder der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften ausge-

* Originalsprache: Italienisch.

1 — Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40).

2 — Nach Aussagen des britischen Verteidigungsministeriums läßt sich die „allseitige Verwendbarkeit“ zusammenfassen als die Fähigkeit des einzelnen, mehr als eine Aufgabe zu erfüllen: Im Fall der Marineinfanterie die Fähigkeit, die Aufgaben eines Spezialisten, etwa eines Kochs, und eines Infanteristen bei Landungsunternehmen wahrzunehmen (Punkt 2 des Vorlagebeschlusses).

nommen, wenn diese Entscheidungen zur Gewährleistung der Kampfkraft solcher Einheiten erlassen worden sind?

3. Erlaubt Artikel 224 EG-Vertrag bei zutreffender Auslegung einem Mitgliedstaat, vom Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts auszunehmen, die in bezug auf den Zugang zur Beschäftigung, die Berufsbildung, die Arbeitsbedingungen einschließlich der Bedingungen für die Entlassung in den Streitkräften in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung auf einen Krieg zur Gewährleistung der Kampfkraft erfolgen?
4. Kann die Politik eines Mitgliedstaats, nach der in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung auf einen Krieg alle Frauen vom Dienst als allseits verwendbare Marineinfanteristen ausgeschlossen sind, aufgrund von Artikel 224 vom Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 ausgenommen werden? Welche Leitlinien oder Kriterien sind, wenn dies der Fall ist, anzuwenden, um zu bestimmen, ob eine solche Politik auf diese Weise aufgrund von Artikel 224 vom Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 ausgeschlossen werden darf?
5. Kann die Politik eines Mitgliedstaats, nach der alle Frauen in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung auf einen Krieg vom Dienst als allseits verwendbare Marineinfanteristen ausge-

schlossen sind, nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207 gerechtfertigt sein?

6. Welches Kriterium ist, wenn dies der Fall ist, von einem nationalen Gericht anzuwenden, wenn es um die Entscheidung geht, ob die Anwendung dieser Politik gerechtfertigt ist?

Das einschlägige Gemeinschaftsrecht

2. Artikel 224 EG-Vertrag lautet: „Die Mitgliedstaaten setzen sich miteinander ins Benehmen, um durch gemeinsames Vorgehen zu verhindern, daß das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes durch Maßnahmen beeinträchtigt wird, die ein Mitgliedstaat bei einer schwerwiegenden innerstaatlichen Störung der öffentlichen Ordnung, im Kriegsfall, bei einer ernsten, eine Kriegsgefahr darstellenden internationalen Spannung oder in Erfüllung der Verpflichtungen trifft, die er im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Friedens und der internationalen Sicherheit übernommen hat.“

Die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie sind Artikel 2 Absatz 1, in dem es heißt: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne [dieser Richtlinie] beinhaltet, daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts... erfolgen darf“, Artikel 2 Absatz 2, der bestimmt: „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 Vor-

aussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen“, Artikel 3 Absatz 1, wo es heißt: „Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, daß bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung aufgrund der Gesellschaft erfolgt“, sowie Artikel 9 Absatz 2, der lautet: „Die Mitgliedstaaten prüfen in regelmäßigen Abständen die unter Artikel 2 Absatz 2 fallenden beruflichen Tätigkeiten, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen aufrechtzuerhalten. Sie übermitteln der Kommission das Ergebnis dieser Prüfung.“

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und nationale Vorschriften

3. Die Klägerin war bei der britischen Armee seit 1983, als sie 17 Jahre alt war, als Köchin beschäftigt und seit 1990 dem 29. Kommandoregiment der Königlichen Artillerie zugewiesen (gehörte allerdings nicht zur kämpfenden Truppe). Im Februar 1994 erhielt sie eine Mitteilung über ihre Entlassung wegen Stelleneinsparung binnen Jahresfrist. Die Entlassung, die seinerzeit weitere 500 Köche der Streitkräfte traf, ging auf die Absicht zurück, die Verteidigungskosten zu senken. In der Offiziersmesse der Marineinfanterie (Royal Marines) bestand allerdings ein Mangel an Köchen, und Oberst Brook, der stellvertretende Kommandierende der Logistik dieser Truppe, forderte diejenigen, die von den Kürzungen betroffen waren, auf, Anträge

auf Versetzung zur Marineinfanterie einzureichen, auf die dann noch eine Vorauswahl und ein Einführungslehrgang folgen sollten. Am 19. Juli 1994 wurde ein solches Formschreiben des Oberst Brook auch an die Klägerin versandt, deren Namen auf der Liste derjenigen stand, die bald wegen der Stelleneinsparungen entlassen würden. Kurz nach Absendung dieses Briefes erfuhr Oberst Brook vom 29. Kommandoregiment, daß der Anwärter, dem dieses Versetzungsangebot übersandt worden war, eine Frau war. Da die Marineinfanterie (aus Gründen, die ich noch darlegen werde) keine Frauen in ihre Reihen aufnimmt, teilte Oberst Brook der Klägerin mit, daß das Schreiben mit dem Versetzungsangebot ihr versehentlich übersandt worden sei und daß ihre Bewerbung folglich nicht berücksichtigt werden könne. Am 28. Februar 1995 wurde die Klägerin entlassen. Sie erhob daraufhin Klage beim Industrial Tribunal und machte geltend, sie sei Opfer einer rechtswidrigen Diskriminierung auf Grund des Geschlechts geworden.

4. Im Ausgangsverfahren machten der britische Verteidigungsminister und das Army Board geltend, daß die Ablehnung der Klägerin, die auf eine Politik des Verteidigungsministeriums zurückgehe, Frauen von der Marineinfanterie auszuschließen, um deren Kampfkraft sicherzustellen, als rechtmäßig zu betrachten sei, weil sie auf Artikel 85 Absatz 4 des Sex Discrimination Act 1975 (nachstehend: SDA) in der gegenwärtig geltenden Fassung beruhe. Diese Vorschrift sehe eine Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen vor und laute: „Nach keiner Bestimmung dieses Gesetzes kann eine Handlung, die die Kampfkraft der See-, Land- oder Luftstreitkräfte der

Krone gewährleisten soll, rechtswidrig sein“³.

Die Truppeneinheit der Marineinfanterie und der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit

5. Die Eliteeinheit der Marineinfanterie besteht aus ca. 5 900 Soldaten, die etwa 2 % der gesamten Streitkräfte des Vereinigten Königreichs entsprechen. Die Marineinfanterie stellt das Landungskommando der Seestreitkräfte des Vereinigten Königreichs dar. Einer ihrer Kommandanten, Oberst Wilson, hat sie so beschrieben: „Kennzeichnend für diese Landungseinheit in Brigadestärke ist, daß sie ein flexibles und militärisch ausgeglichenes Infanterielandungskorps ist, kampfgeschult, beweglich, einsatzbereit mit kleinstmöglicher Vorwarnzeit und in jedem Umfeld und im Rahmen jedweder Militäraktion operationstauglich“⁴. Im Kern ist die kleine Truppe der Marineinfanterie die Speerspitze der britischen Streitkräfte; sie hat die Aufgabe, als erste und insbesondere als Sturminfanterie einzugreifen.

6. Wie das Verteidigungsministerium darlegt, soll der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit die Ablehnung der Klägerin durch die Marineinfanterie rechtfertigen,

weil die Anwesenheit von Frauen in dieser Truppeneinheit die allseitige Verwendbarkeit und damit auch die Kampfkraft dieses Truppenteils beeinträchtigen würde. Die allseitige Verwendbarkeit, die für jeden Aspekt der Organisation und des Einsatzes der Marineinfanterie kennzeichnend ist, wird von Oberst Wilson als eine doppelte Fähigkeit der Soldaten beschrieben. Einmal ist dies die Fähigkeit „des einzelnen, unabhängig von seiner Spezialisierung [z. B. als Koch] auf Anhieb eine Reihe von Aufgaben innerhalb einer Formation auszuführen“, zum anderen die Fähigkeit — dies der eigentliche Kern des Begriffes — „eines einzelnen, unabhängig von seiner Spezialisierung als Marineinfanterist zu kämpfen“. „In dieser Hinsicht werden alle Marineinfanteristen, Offiziere und Mannschaften“ — so weiter Oberst Wilson — „als Infanteristen für Kommandounternehmen ausgebildet“⁵. Es ist demzufolge nicht möglich, in die Marineinfanterie einzutreten, um dort ausschließlich als Koch oder in einer anderen spezialisierten Tätigkeit zu arbeiten. Aufgrund seiner Ausbildung (die für alle Angehörigen des Truppenteils identisch ist) ist der Koch der Marineinfanterie auch und vor allem ein Sturminfanterist.

7. Nach dem Vorlagebeschluß findet der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit

3 — Übersetzung nur hier. Der neugefaßte Wortlaut des Artikels 85 Absatz 4 wurde durch die Sex Discrimination Act 1975 (Application to the Armed Forces etc.) Regulations vom 20. Dezember 1994 (S.I. 1994/3276; nachstehend: SDA Regulations) in Erfüllung der Pflichten aus der Richtlinie eingeführt. Vor dieser Änderung waren die Streitkräfte aufgrund des damaligen Artikels 85 Absatz 4 vollkommen vom Anwendungsbereich des SDA ausgenommen.

4 — Vgl. Nr. 14 des Vorlagebeschlusses (Übersetzung nur hier). Aufgrund ihrer Merkmale gehört die Königliche Marineinfanterie zur schnellen Eingreiftruppe der Nato. Das vorlegende Gericht teilt weiter mit, daß die Königliche Marineinfanterie in kleinen taktischen Kommandos („fire teams“) mit wenigen Mann operiere, die paarweise kämpfen und damit ein Höchstmaß an Zusammenspiel erreichten.

5 — Vgl. Nr. 18 des Vorlagebeschlusses (Übersetzung nur hier). Oberst Wilson führt hierzu weiter aus: „Der Hauptgrund, warum allseitige Verwendbarkeit von so grundlegender Bedeutung für die Marineinfanterie ist, hängt mit ihrer Rolle zusammen, die in erster Linie in der Leitung amphibischer Unternehmen besteht. Wenn die Brigade an den Stränden gelandet ist, möglicherweise an einer feindlichen Küste, muß sie sich selbst verteidigen, bis ihre Unterbringung gesichert ist und die nachfolgenden Verbände angekommen sind. Die Versorgungslinien, über die normalerweise die Armee verfügt und über die sie verstärkt und schnell wieder aufgefüllt werden kann, stehen einer amphibischen Truppe, die von der Seeseite her gelandet ist, nicht zur Verfügung. Daher müssen die amphibischen Verbände unabhängig sein und sich auf ihre eigenen Mittel verlassen. Deshalb muß jeder Marineinfanterist innerhalb der Brigade kämpfen können, wann immer er auf den Feind trifft, wodurch er erneut allseitige Verwendbarkeit beweist“ (vgl. Nr. 23 des Vorlagebeschlusses; Übersetzung nur hier).

tatsächlich ständig und in jeder Situation Anwendung. Das vorliegende Gericht verweist zum Beispiel auf die Köche der Offiziersmesse der Marineinfanterie, die auf den Falkland-Inseln aktiv gekämpft und in einigen Fällen dabei den Tod gefunden hätten. Auch diejenigen, die zu den „nichtaktiven Einheiten“ der Marineinfanterie gehören, sind verpflichtet, ein hohes Maß körperlicher Fitneß aufrechtzuerhalten, und müssen sich dreimal im Jahr dem Marine Basic Fitness Test, einer Prüfung zur Feststellung der körperlichen Verfassung, unterziehen⁶. Aufgrund der Angaben des Verteidigungsministeriums kommt das vorliegende Gericht zu dem Ergebnis, daß „für den Grundsatz, daß alle Marineinfanteristen damit rechnen müssen, überall als Infanteristen eingesetzt zu werden“, überwältigende Beweise vorliegen, daß a) dies in der Praxis geschieht; b) die Marineinfanterie ausschließlich auf dieser Grundlage organisiert und ausgebildet wird; c) daß alle Mann zu diesem Zweck rekrutiert werden (es sei beiläufig bemerkt, daß wir uns hier nach dem feststehenden Sachverhalt — mit der *Rekrutierung* eines Mili-

tärkochs bei den Marineinfanterie zu befassen haben); und d) bei der *Rekrutierung* keine Ausnahmen zugelassen werden⁷.

Zur Beantwortung der Vorlagefragen

8. Das vorliegende Gericht hat es angesichts des ihm vorliegenden Sachverhalts bei den ersten vier der insgesamt sechs Vorabentscheidungsfragen für erforderlich gehalten, die Fallgestaltung des Eintritts bei den Streitkräften allgemein (erste und dritte Frage) von der besonderen des Zugangs zu einer Eliteeinheit der Sturminfanterie (zweite und vierte Frage) zu unterscheiden. Im wesentlichen ist aber der Gerichtshof bei allen vier Fragen mit zwei Problemen befaßt, deren Lösung meines Erachtens nicht unterschiedlich ausfallen kann je nachdem, ob die Diskriminierung der Betroffenen auf Grund des Geschlechts die Streitkräfte allgemein oder lediglich einen Truppenteil betrifft. Der Gerichtshof wird daher in Wahrheit befragt, ob a) die Einstellung bei den Streitkräften, gleichgültig, ob allgemein oder bei einer Eliteeinheit, ihrer Natur nach vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags oder des abgeleiteten Rechts ausgeschlossen ist, oder ob b) die Regelung des Artikels 224 EG-Vertrag es zuläßt, daß die Mitgliedstaaten diesen Bereich — auch hier wiederum entweder für die gesamten Streitkräfte oder für einen bestimmten Truppenteil oder eine Eliteeinheit — vom Anwendungsbereich der eigens für die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung

6 — Der Grund, weshalb sich jeder Marineinfanterist, unabhängig von seiner Spezialisierung, in bester körperlicher Verfassung halten muß, ist in einem Bericht mit der Überschrift „Neue Einstellungspolitik für Frauen in der Armee — Auswirkungen auf die Truppe der Königlichen Marineinfanterie“ dargestellt, der am 10. Juni 1994 veröffentlicht wurde (wenige Wochen vor dem Tag, an dem Oberst Brook der Klägerin das Schreiben mit der Aufforderung zur Einreichung eines Versetzungsantrags übersandte): „2 (b) *Allseitige Verwendbarkeit*. In einer kleinen Truppe muß in einer Zeit der Krise und des Personalmangels jeder Marineinfanterist in der Lage sein, jederzeit in seinem Rang und auf seinem Ausbildungsniveau in einer Kommandoinheit Dienst zu tun. Verfahren zur Neuverteilung der Arbeitskräfte machen es erforderlich, daß bis zu 1 150 Mann (Mannschaften und Offiziere) von Trainingsbasen, Basis- und Hauptquartieren zu Kommandoheiten versetzt und als Ersatz für Verluste bei Kämpfen verwendet werden, wenn es um die Aufstellung von Verbänden zur Bewältigung einer größeren Krise geht. Die Beschäftigung von Frauen in der Marineinfanterie läßt eine allseitige Verwendbarkeit nicht zu“ (vgl. Nr. 42 des Vorlagebeschlusses; Übersetzung nur hier).

7 — Vgl. Nr. 44 des Vorlagebeschlusses (Übersetzung nur hier, Hervorhebung im Original). Ich möchte darauf hinweisen, daß nach Darstellung der Klägerin, der die britische Regierung nicht widersprochen hat, die einzige Ausnahme bei der Rekrutierung anscheinend bei den Mitgliedern der Militärkapelle gemacht wird, in der Frauen zugelassen sind und für die daher der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit nicht gilt.

erlassenen Richtlinie ausnehmen. Die erste und zweite Frage betreffen das in Buchstabe a, die dritte und vierte das in Buchstabe b umschriebene Problem. Ich prüfe die in dem einen wie dem anderen Problempaar jeweils zusammengefaßten Fragen, weil sie, wie gesagt, miteinander in Zusammenhang stehen.

Die erste und die zweite Vorabentscheidungsfrage

9. Mit den beiden ersten Fragen möchte das britische Gericht von Ihnen wissen, ob Entscheidungen über Beschäftigungsbedingungen einschließlich der Einstellung bei den Streitkräften oder bei einer Eliteeinheit, die ein Mitgliedstaat in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg zur Aufrechterhaltung der Kampfkraft trifft, vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags oder des abgeleiteten Rechts ausgenommen sind.

10. Die britische Regierung, die wie die Klägerin, die französische und die portugiesische Regierung sowie die Kommission Erklärungen eingereicht hat, ist der Auffassung, daß die fehlende Geltung des EG-Vertrags für solche Entscheidungen in der Regelung des Artikels 224 notwendig vorausgesetzt wird. Die französische und die portugiesische Regierung stehen auf dem Standpunkt, daß die Tätigkeit der Streitkräfte eng mit dem Begriff der Souveränität verknüpft sei, die die Mitgliedstaaten nach dem EG-Vertrag lediglich in einigen Berei-

chen, aber nicht bei der Verteidigung, „vergemeinschaftet“ hätten: Der letztgenannte Bereich verbleibe daher in ihrer ausschließlichen Zuständigkeit⁸; der vorliegende, ihm geltende Rechtsstreit könne nicht mit den bisher in der Rechtsprechung behandelten Fällen verglichen werden, in denen der Gerichtshof das Problem der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Zusammenhang nicht mit den Streitkräften, sondern mit Polizei und innerer Sicherheit angesprochen habe⁹, die etwas ganz anderes seien als die Verteidigung des Staates nach außen. Die französische Regierung hat ferner darauf hingewiesen, daß die Streitkräfte insgesamt wegen Artikel 48 Absatz 4 (nach Änderung jetzt Artikel 39 Absatz 4 EG) vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags ausgenommen seien, der Beschäftigungen in der öffentlichen Verwaltung von der Freizügigkeit ausschließe, die der EG-Vertrag den Arbeitnehmern garantiere. Die Klägerin entgegnet, daß die Entscheidung, Frauen aus den Streitkräften auszuschließen, um deren Kampfkraft sicherzustellen, den Bestimmungen des EG-Vertrags oder der Richtlinie nicht entzogen sei. Ein solches Ergebnis sei weder in den beiden Gemeinschaftsregelungen vorgesehen noch könne es der Gemeinschaftsrechtsordnung allgemein entnommen werden. Artikel 224, auf den das Vereinigte Königreich die entgegengesetzte Schlußfolgerung stützen wolle, regele augenscheinlich und ausschließlich außergewöhnliche Umstände, die im vorliegenden Fall nicht vorlägen. Was nun zunächst der Klärung bedarf, ist die Frage, ob das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtsache Johnston ein sachgerechtes Mittel ist, die zu prüfenden Fragen abzugrenzen und zu lösen. Ich bin der Meinung, daß dies

8 — Insbesondere die französische Regierung ist der Auffassung, daß die Verteidigung ebenso wie die anderen traditionell dem Staat vorbehaltenen Aufgaben wie Justiz, Diplomatie, öffentliche Finanzen und Polizei behandelt werden müsse.

9 — Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651).

möglich ist, wie ich in den folgenden Ausführungen erläutern möchte.

11. Die Rechtssache Johnston betraf den Ausschluß von Frauen von polizeilichen Aufgaben, die den Gebrauch von Schusswaffen mit sich brachten. Die Regelung war von den Behörden des Vereinigten Königreichs zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung getroffen worden, die durch die besonderen Situationen in Nordirland erheblich beeinträchtigt war. Die britische Regierung war in diesem Verfahren unter Berufung auf eine Reihe von im EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Sicherheit (Artikel 36 [nach Änderung jetzt Artikel 30 EG], 48, 56 [nach Änderung jetzt Artikel 46 EG], 223 [nach Änderung jetzt Artikel 296, und 224]) vorgesehenen Ausnahmen zu dem Schluß gelangt, daß weder der EG-Vertrag noch abgeleitetes Recht auf den Gegenstand dieses Verfahrens Anwendung finden dürfte¹⁰. Der Gerichtshof hat diesen Standpunkt entschieden wie folgt zurückgewiesen: „Aus [den begrenzten und außergewöhnlichen Ausnahmen im Vertrag] läßt sich kein allgemeiner dem EWG-Vertrag immanenter Vorbehalt für Maßnahmen ableiten, die im Interesse der *öffentlichen Sicherheit* getroffen werden. Würde jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts, unabhängig von den besonderen Tatbestandsmerkmalen der Vorschriften des EWG-Vertrags, unter einen allgemeinen Vorbehalt gestellt, so könnte das die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen“¹¹.

10 — Vgl. Randnr. 24 des Urteils.

11 — Randnr. 26 des Urteils (Hervorhebung nur hier).

12. Diese klare und einleuchtende Äußerung gilt nun meines Erachtens sowohl für die *äußere* wie für die *innere* Sicherheit jedes Mitgliedstaats. Ich vermag aus mehreren Gründen nicht zu sehen, wieso die Erfordernisse der Verteidigung in den Rang eines „allgemeinen, dem EG-Vertrag inhärenten Vorbehalts“ erhoben werden müßten und damit eine „privilegierte“ Stellung gegenüber den Erfordernissen der inneren Sicherheit genießen sollten, die der Gerichtshof mit dem genannten Ergebnis im Urteil Johnston untersucht hat. Vor allem hat der Gerichtshof es seit dem Urteil Costa/Enel stets abgelehnt, den Staaten dem System des EG-Vertrags immanente Befugnisse zu allgemeinen Ausnahmen zuzugestehen: „Wo der Vertrag den Staaten das Recht zu einseitigem Vorgehen zugestehen will, tut er das durch *klare* Bestimmungen (z. B. Artikel 15 [aufgehoben durch den Vertrag von Amsterdam], 93 Absatz 3 [nach Änderung jetzt Artikel 88 Absatz 3 EG], 223 bis 225 [letzterer jetzt Artikel 298 EG])“¹².

13. Weiter haben die im EG-Vertrag vorgesehenen besonderen Ausnahmen bezüglich der äußeren Sicherheit ebenso Ausnahmecharakter wie diejenigen bezüglich der inneren. So weisen die Artikel 223 und 224 einen ausgeprägten Ausnahmecharakter in dem Sinne auf, daß sie „ganz besondere“¹³ und nicht nur „besondere“ Ausnahmen wie die in den Artikeln 36, 48 Absatz 3 und 56 Absatz 1 sind¹⁴. Aufgrund ihrer Natur müßten so gestaltete Ausnahmen folgerichtig eine *ganz beson-*

12 — Vgl. Urteil vom 15. Juli 1964 in der Rechtssache 6/64 (Costa/Enel, Slg. 1964, 1251, 1270; Hervorhebung nur hier).

13 — Vgl. Urteil Johnston, Randnr. 27.

14 — Diese Feststellung trifft Generalanwalt Jacobs in seinen Schlußanträgen vom 16. April 1995 in der Sache Makedonien (Nr. 46; Streichungsbeschluß vom 19. März 1996 in der Rechtssache C-120/94, Kommission/Griechenland, Slg. 1996, I-1513).

ders enge Auslegung erfahren. Es ist jedenfalls nicht zulässig, allein aus der Festlegung solcher Ausnahmen irgendeinen dem EG-Vertrag immanenten allgemeinen Vorbehalt (staatlicher Souveränität) abzuleiten. Der Gerichtshof hat dies bezüglich der inneren Sicherheit des Staates ausgeschlossen. Gleiches muß für die Verteidigung und die äußere Sicherheit gelten. Auch vom Urteil Johnston abgesehen ist die Parallele von äußerer und innerer Sicherheit in Ihrer Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht beleuchtet worden (so z. B. im Zusammenhang mit Artikel 36 EG-Vertrag)¹⁵. Kennzeichnend ist übrigens gerade der Wortlaut des Artikels 224, in dem der Fall einer schwerwiegenden Störung der öffentlichen Ordnung (auf die die britische Regierung in der Rechtssache Johnston verwies) und der einer eine Kriegsgefahr darstellenden internationalen Spannung auf eine Ebene gestellt werden¹⁶.

wenn er (vgl. Artikel 48 Absatz 4) den öffentlichen Dienst ausnehmen wollte, dies ausdrücklich ausgesprochen, während mir keine (ausdrückliche, stillschweigende oder auch nur „inhärente“) Vorschrift bekannt wäre, die den Bereich der Beschäftigung bei den Streitkräften allgemein oder in Eliteeinheiten vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags oder der Richtlinie ausnehmen, ausgenommen (gegebenenfalls) die Ausnahme des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie (auf die ich alsbald zurückkommen werde). Im übrigen würde man, wenn man einen immanenten Vorbehalt allgemeiner Natur zuließe, das Tor für eine möglicherweise unbegrenzte Reihe ähnlicher Vorbehalte öffnen und damit den negativen Auswirkungen auf die zwingende Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts noch mehr Raum geben, wie der Gerichtshof im Urteil Johnston festgestellt hat.

14. Außerdem hat, worauf die Klägerin aufmerksam gemacht hat, der EG-Vertrag,

15. Das Vereinigte Königreich, das entschieden die Unanwendbarkeit des EG-Vertrags auf den hier zu prüfenden Bereich vertritt, hat bei anderer Gelegenheit selbst *ausdrücklich* anerkannt, daß auch die Beschäftigung bei den Streitkräften nicht dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere der Richtlinie entzogen ist. In dem Begleitbericht von 1994 zu den SDA Regulations, mit denen gemäß Artikel 2 Absatz 2 des European Community Act 1972 Artikel 85 Absatz 4 SDA ersetzt wurde, heißt es, daß es notwendig sei, die zuvor erlassene Regelung, mit der die Streitkräfte vollkommen aus dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes herausgenommen worden waren, zu ändern, „um damit den Sex Discrimination Act an die Pflichten anzupassen, die sich aus der Richtlinie 76/207/EWG des Rates

15 — Urteile vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-367/89 (Richardt, Slg. 1991, I-4621, Randnr. 22), vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-70/94 (Fritz Werner Industrie-Ausrüstungen, Slg. 1995, I-3189, Randnr. 25) und vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-83/94 (Leifer, Slg. 1995, I-3231, Randnr. 26).

16 — Zum Standpunkt der französischen Regierung, die sich auf die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten in bezug auf die traditionell den Staaten vorbehaltenen Aufgaben wie die der Polizei stützt, weise ich darauf hin, daß der Gerichtshof auf der gleichen Linie wie im Urteil Johnston in seinem Urteil vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 3559) ohne Zögern entschieden hat, daß die aktive staatliche Polizeitruppe (obwohl die französische Regierung auf das „zwingende Gebot der Aufrechterhaltung der Ordnung“, Randnr. 21, und darauf hingewiesen hatte [Randnr. 22], daß „die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben, die der öffentlichen Sicherheit dienen“, nicht gefährdet werden dürften), aber auch das Aufsichtspersonal in den Strafanstalten (dessen Tätigkeit ständige Kontakte zu den Strafgefangenen mit sich bringt) in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

bezüglich der Streitkräfte der Krone ergeben“¹⁷. Zudem haben wie das Vereinigte Königreich auch Belgien¹⁸, Dänemark¹⁹, Griechenland²⁰, Luxemburg²¹ und die

Niederlande²² die Richtlinie als anwendbar auf die Beschäftigung bei den Streitkräften betrachtet, während in Frankreich Vorschriften gelten, die denen der Richtlinie völlig entsprechen²³.

- 17 — „Explanatory Note“ zu den SDA Regulations (Hervorhebung nur hier). Bereits die Bezeichnung der Verordnung [„Sex Discrimination Act 1975 (*Application to the Armed Forces* etc.) Regulations“] scheint mir recht aufschlußreich zu sein. In diesem Begleitbericht heißt es weiter: „Der frühere Wortlaut des Artikels 85 Absatz 4 [mit dem die Streitkräfte aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen worden waren] wird jetzt abgeschafft (so daß das Gesetz jetzt auch für den Dienst in den Streitkräften gilt)“ (Übersetzung und Hervorhebung nur hier). Ich weise außerdem darauf hin, daß 1991 das britische Verteidigungsministerium beim High Court eingeräumt hatte, daß seine Politik der Entlassung Schwangerer aus den Streitkräften gegen die Richtlinie verstoße, also auch deren Geltung für die Streitkräfte anerkannt hat (vgl. schriftliche Anfrage E-2447/94 von Robin Teverson an die Kommission vom 30. November 1994, ABl. 1995, C 81, S. 33). Auch die Politik, schwangere Frauen zu entlassen, könnte als notwendig angesehen werden, um nicht den Grad der Kampfkraft der Truppe zu gefährden, der sie angehören, weil sie für einen nicht unerheblichen Zeitraum ausscheiden und ihre Ersetzung durch andere Soldaten erforderlich wird.
- 18 — Ein Rundschreiben des Verteidigungsministeriums erklärt unzweideutig, daß das Gesetz vom 4. August 1978 (zur Umsetzung der Richtlinie) für militärisches Personal gilt.
- 19 — Artikel 13 Absatz 1 des Gesetzes Nr. 213 vom 3. April 1978 zur Durchführung der Richtlinie stimmt mit Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie überein und wird seit Jahren vom Verteidigungsministerium auf die Beschäftigung von Frauen bei Kampftruppen und als Jagdflieger angewandt. Seit 1993 ist von dieser Ausnahme kein Gebrauch mehr gemacht worden, so daß seitdem Frauen in jedem Truppenteil der dänischen Streitkräfte zugelassen sind. Aus einem kürzlichen Bericht der NATO ergibt sich außerdem, daß es aufgrund eines neuen Gesetzes vom 19. Februar 1998 ab 1. Juni 1998 keine Bereiche der dänischen Streitkräfte mehr gibt, die Frauen verschlossen wären (vgl. Women in the NATO Forces — Year-In-Review 1998, herausgegeben von The Advisory Office on Women in the NATO Forces, Brüssel 1998, S. 14 bis 16).
- 20 — Nach der Verwaltungsrechtsprechung gilt für die Streitkräfte und die Polizei das Diskriminierungsverbot als Verfassungsgrundsatz, der völlig mit dem der Richtlinie übereinstimmt. Mehrfach hat der Staatsrat außerdem unmittelbar die Richtlinie herangezogen, um eine Ministerialentscheidung für rechtswidrig zu erklären, mit der Jahresquoten für die Zulassung von Frauen an Militärschulen festgelegt worden waren (vgl. ΔΕΦΑΘ 2470/1991, ΣτΕ 2857/1993, ΣτΕ 1067/1994, ΣτΕ 744/1995 ΣτΕ 870/1995).
- 21 — Im Anschluß an eine Klage der Kommission gemäß Artikel 169 EG-Vertrag (jetzt Artikel 226 EG) (Rechtssache 180/86, Kommission/Luxemburg, ABl. C 215, S. 3; im Register gestrichen) hat Luxemburg die Vorschriften über die Organisation der eigenen Streitkräfte geändert, die im Widerspruch zur Richtlinie standen (abgeschafft wurde insbesondere die Vorschrift, nach der nur Männer als Freiwillige dienen konnten).

16. Nach Auffassung der französischen Regierung soll der Bereich, der mit den Vorabentscheidungsfragen angesprochen wird, vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags aufgrund von Artikel 48 Absatz 4 ausgenommen sein, der für den Bereich des öffentlichen Dienstes eine Ausnahme von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer vorsieht. Diese Auffassung teile ich nicht. Der Gerichtshof hat hierzu festgestellt: „[D]ie Richtlinie 76/207 [gilt] — wie im übrigen auch die Richtlinie 75/117²⁴ — für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse. Ebenso wie Artikel 119 EWG-Vertrag [die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden] haben diese Richtlinien, wie es dem in ihnen niedergelegten Prinzip entspricht, allgemeine Bedeutung; es dürfen keine neuen Diskriminierungen eingeführt werden, durch die bestimmte Gruppen von der Anwendung der Vorschriften ausgenommen werden, die die Gleichbehandlung von

- 22 — Artikel 5 Absatz 2 der Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen) übernimmt die Regelung des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie. Nach der Politik des Verteidigungsministeriums sind Frauen nur bei Spezialtruppen wie Unterseebootbesatzungen und Marineinfanteristen („korps mariniers“) ausgeschlossen.
- 23 — Artikel 6 des Gesetzes vom 13. Juli 1983 über das Beamtenstatut sieht, auch wenn er nicht ausdrücklich erlassen wurde, um den Pflichten der Richtlinie nachzukommen, eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen vor, die ganz der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie entspricht. Diese Ausnahme gilt auch für die Streitkräfte; ein Dekret des Verteidigungsministeriums vom 29. April 1998 zählt die Dienstposten bei den Streitkräften und der Gendarmerie auf, zu denen Frauen keinen Zutritt haben (bei den Bodentruppen sind insbesondere die Posten aufgezählt, die die Möglichkeit eines unmittelbaren und längeren Feindkontakts mit sich bringen).
- 24 — Richtlinie 75/117 des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

Männern und Frauen im gesamten Berufsleben gewährleisten sollen“²⁵. Auf der gleichen Linie mit diesem Urteil hat der Gerichtshof ferner in den genannten Rechtssachen Johnston (Polizeitruppe in Nordirland) und Kommission/Frankreich (aktive Teile der Staatspolizeitruppe und des Aufsichtspersonals in Strafgefängnissen)²⁶ die Richtlinie auf die Beschäftigung im öffentlichen Dienst angewandt. Daß die Beschäftigung im öffentlichen Dienst allgemein und in den Streitkräften insbesondere in den Anwendungsbereich des EG-Vertrags und des abgeleiteten Rechts fällt, wird ferner durch die Regelung des Artikels 3 Absatz 1 der Richtlinie bestätigt, die von allergrößter Tragweite ist. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, das mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen — einem der Menschenrechte²⁷ — verknüpft ist, wird dort wörtlich als anwendbar bezeichnet „unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig“; die einzigen Ausnahmen sind die in der Richtlinie selbst vorgesehenen. Zu ihnen gehört die, der wir in Artikel 2 Absatz 2 begegnen.

17. Ich möchte allerdings nicht unerwähnt lassen, daß Artikel 48 Absatz 4 auf den Fall der Klägerin aus zwei Gründen nicht anwendbar wäre. Zum einen wegen der rein innerstaatlichen Natur der (möglichen) Beschäftigung: Einer britischen Staatsan-

gehörigen, die keine Wanderarbeitnehmerin ist, wird der Zugang zu einer Beschäftigung im Vereinigten Königreich versagt. Zum anderen ergibt sich das elementare Prinzip der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung aus einer Regelung (der gemäß Artikel 235 EG-Vertrag [jetzt Artikel 308 EG] erlassenen Richtlinie), die eher zur Sozialpolitik der Europäischen Gemeinschaft (Artikel 3 Buchstabe i EG-Vertrag [nach Änderung jetzt Artikel 3 Buchstabe j EG])²⁸ als zur Zielrichtung eines Binnenmarktes gehört, der unter anderem durch die Beseitigung von Hindernissen für die Freizügigkeit im Sinne des Artikels 48 gekennzeichnet ist (Artikel 3 Buchstabe c EG).

18. Ich komme damit zu folgendem Ergebnis. Die Beschäftigung bei den Streitkräften, auch in Friedenszeiten, stellt keinen Bereich dar, der aufgrund eines immanen allgemeinen Vorbehalts zugunsten der Mitgliedstaaten im EG-Vertrag selbst zur Gänze und notwendig in die staatliche Kompetenz fiel, bei dem die Souveränität also nicht mit dem Ziel der Integration „vergemeinschaftet“ worden wäre. Im folgenden werde ich darstellen, wie die Richtlinie eingesetzt worden ist, um den hier strittigen Bereich unter dem grundlegenden Gesichtspunkt der mit der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verbundenen Garantien in die Gemeinschaftsordnung einzubeziehen, vorbehaltlich der den Mitgliedstaaten zugestandenen Ausnahme, um in deren Beurteilung gestellte Umstände angemessen berücksichtigen zu können. In dem dargestellten Sinne sind es neben den Werten der nationalen Souveränität

25 — Urteil vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 16).

26 — Vgl. auch Urteile vom 17. Oktober 1995 in der Rechtssache C-450/93 (Kalanke, Slg. 1995, I-3051) zum Fall eines Diplomingenieurs für Gartenpflege beim Gartenbauamt der Stadt Bremen und vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P./S., Slg. 1996, I-2143) betreffend einen Geschäftsführer bei einer von der örtlich zuständigen Verwaltungsbehörde betriebenen Bildungseinrichtung.

27 — Vgl. statt vieler Urteile vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77 (Defrenne/Sabena, Slg. 1978, 1365, Randnr. 27), vom 20. März 1984 in den verbundenen Rechtssachen 75/82 und 117/82 (Razzouk und Beydoun/Kommission, Slg. 1984, 1509, Randnr. 16) und P./S. (zitiert in Randnr. 26, Randnr. 19).

28 — Auch wenn zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie Artikel 3 Buchstabe i EG-Vertrag einen vom gegenwärtigen abweichenden Wortlaut hatte, scheint er die substantielle Zielrichtung bewahrt zu haben, die gegenwärtig die Gemeinschaft verfolgt.

nität die des Rechtsstaats, die von den Urhebern der Richtlinie „vergemeinschaftet“ wurden. Dies läßt sich eindeutig aus Ihrem Urteil in der Rechtssache Johnston ableiten. Den Ausführungen des Gerichtshofes in diesem Urteil läßt sich entnehmen, daß die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen keinem allgemeinen Vorbehalt bezüglich der in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung eines Krieges getroffenen Maßnahmen unterliegt, die mit dem Erfordernis der Aufrechterhaltung der Kampfkraft der Streitkräfte begründet werden.

Die dritte und die vierte Vorabentscheidungsfrage

19. Das mit der dritten und der vierten Frage aufgeworfene Problem hängt mit Artikel 224 EG-Vertrags zusammen. Der Gerichtshof wird ersucht, festzustellen, ob diese Vorschrift es erlaube, im Wege der Auslegung die politischen Entscheidungen über den Zugang zu den Streitkräften, die Gegenstand der zuvor behandelten Fragen waren, wenigstens vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen.

20. Die portugiesische Regierung schließt die Erheblichkeit der in Artikel 224 vorgesehenen Ausnahme für den vorliegenden Fall aus. Die den Mitgliedstaaten in diesem Artikel zuerkannten Befugnisse würden lediglich unter ganz außergewöhnlichen Umständen ausgeübt und seien nicht auf

den Fall anwendbar, daß Entscheidungen über die Vorbereitung und Organisation der Streitkräfte, auch wenn sie von der Bemühung getragen seien, die Kampfkraft aufrechtzuerhalten, unter normalen Umständen getroffen würden. Das Vereinigte Königreich und die Kommission²⁹ stehen hingegen auf dem Standpunkt, daß der zu prüfende Fall unter die Ausnahme des Artikels 224 falle. Die Befugnis, „im Kriegsfall“ vom EG-Vertrag abweichende Maßnahmen zu ergreifen, gelte zwangsläufig auch für ähnliche Ausnahmemaßnahmen in Friedenszeiten, aber zur Vorbereitung eines Krieges, solange damit die Kampfkraft gesichert werden solle. Dies gelte umso mehr, als — in den Worten von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Makedonien — „der Krieg seiner Natur nach ein unberechenbares Ereignis [ist] [und] der Übergang vom Säbelrasseln zum bewaffneten Konflikt schnell und dramatisch erfolgen [kann]“³⁰. Die Klägerin verneint hingegen die Erheblichkeit des Artikels 224 für unseren Fall und führt hierfür zwei Gründe an: a) Im Urteil Johnston habe der Gerichtshof die in der Vorschrift geregelte Ausnahme als „ganz besondere“ bezeichnet, die einer erweiternden Auslegung nicht zugänglich sei (darin teilt sie die Auffassung der portugiesischen Regierung); b) Generalanwalt Darmon habe in jener Rechtssache Artikel 224 als „Schutzklausel“ mit allgemeinem Anwendungsbereich behandelt, „die nur in Ermangelung besonderer Vorschriften [wie Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie gilt]“³¹.

29 — Dieser Standpunkt wird allerdings von der Kommission nur hilfsweise vorgetragen, da sie in erster Linie die Anwendbarkeit des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie auf den vorliegenden Fall vertritt, der die beiden letzten Fragen gelten. In ihren Erklärungen folgt die Kommission nämlich dem Gedankengang der Begründung des Urteils Johnston, in dem der Gerichtshof die Frage ausschließlich unter dem Blickwinkel der Richtlinie untersucht und eine Prüfung auch aufgrund des Artikels 224 für überflüssig gehalten hat (Randnr. 60).

30 — Nr. 52 der Schlußanträge.

31 — Vgl. Nr. 5 der Schlußanträge.

21. Ich pflichte den Ausführungen der Klägerin, nicht denen der beteiligten Regierungen und der Kommission bei. Insbesondere scheinen mir für die folgende Untersuchung die Feststellungen des Gerichtshofes in der Rechtssache Johnston, auf die hier die Klägerin aufmerksam gemacht hat, von grundlegender Bedeutung zu sein. Dort ist klar der Fall „ganz besonderer“ Ausnahmen (Artikel 223 und 224) von den nur „besonderen“ Ausnahmen (Artikel 36, 48 und 56) unterschieden worden. Es kommt hinzu, daß nach dem Urteil in der Rechtssache 13/68 (Salgoil) die Ausnahmen der Artikel 223 und 224 „scharf abgegrenzte Sondertatbestände regeln, die sich für eine ausdehnende Auslegung nicht eignen“³². Diese Tatbestände müssen daher notwendig wegen ihrer „besonderen Ausnahmenatur“ und deshalb eng ausgelegt werden, weil Artikel 224 anders als Ausnahmen von einem bestimmten Aspekt des Gemeinsamen Marktes (wie sie etwa Artikel 36 oder 48 Absatz 3 vorsehen) die Regelung des Gemeinsamen Marktes allgemein auszuschließen erlaubt. Ich weise, nachdem so das Kriterium für eine ordnungsgemäße Auslegung der Vorschrift ermittelt ist, ferner darauf hin, daß die in Artikel 224 genannten Sachverhalte vorübergehende und nicht dauernde Situationen, ja wirkliche *Krisensituationen* betreffen, deren Auftreten lebenswichtige Interessen, ja sogar die Existenz eines Mit-

gliedstaats gefährden kann³³. Das Vereinigte Königreich selbst hat aufgrund von Artikel 224 in einer vorübergehenden schweren Krisensituation einseitige Maßnahmen getroffen, als 1982 argentinische Truppen die Falkland-Inseln, ein britisches überseeisches Gebiet, besetzt hatten³⁴.

22. Die hierzu von der Klägerin und ähnlich auch von der portugiesischen Regierung vertretene Auffassung findet meine Zustimmung. Auch nach meiner Meinung kann Artikel 224 nicht für politische Entscheidungen der Mitgliedstaaten bezüglich des Zugangs zu den Streitkräften unter Umständen gelten, die ich „normal“ nennen möchte, um sie so von denen eines „Kriegsfalls“ und einer „ernsten, eine

33 — Nach J. Verhoeven ist es nach Buchstaben und Geist der Artikel 223 und 224 vernünftig, davon auszugehen, daß sich Artikel 223 auf allgemeine Maßnahmen bezieht, die ein Staat in „normalen“ Zeiten zur Aufrechterhaltung der eigenen Sicherheit trifft, während Artikel 224 sich auf besondere Maßnahmen bezieht, die in einer wirklichen und bereits eingetretenen Krisensituation erforderlich werden (*Commentaire du Traité instituant la CEE*, Herausgeber V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar und D. Simon, Economica, Paris 1992, zu Artikel 224, Nr. 2). Laut P. J. G. Kapteyn und P. VerLoren Van Themaat gehen die Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 224 treffen können, gerade wegen der in dieser Vorschrift aufgeführten besonderen Situationen weit über die hinaus, die nach Artikel 36 erlassen werden können (*Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer u. Graham & Trotman, Deventer u. London, 2. Aufl. 1990, S. 406). Auch im „Kommentar Mégret“ ist bei Artikel 224 von „notwendigen Maßnahmen im Fall einer Krise“ die Rede (Verschiedene Autoren, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Universität Brüssel 1987, Band 15, S. 435), während im „Kommentar Quadri-Monaco-Trabucchi“ von einseitigen Maßnahmen „unbedingt notwendiger Dauer“ angesichts „außergewöhnlicher und besonders schwerwiegender Umstände“ gesprochen wird (vgl. R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario al Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Giuffrè, Mailand 1965, Band III, Erläuterungen zu Artikel 224, S. 1633 f.).

34 — Vgl. die zweite Begründungserwägung der Verordnung Nr. 877/82 des Rates vom 16. April 1982 zur Aussetzung der Einfuhr aller Erzeugnisse mit Ursprung in Argentinien (ABl. L 102, S. 1), in der es heißt: „Im Anschluß an die vom Vereinigten Königreich bereits getroffenen Maßnahmen haben sich die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 224 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft konsultiert.“

32 — Urteil vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 13/68 (Salgoil, Slg. 1968, 680, Abschnitt III.2). In gleichem Sinne zu Artikel 224 auch Generalanwalt Gand in seinen Schlußanträgen: „... alle diese Artikel [haben] einen begrenzten Anwendungsbereich und [sind] für besondere Sachlagen geschaffen. Es handelt sich um Ausnahmegestaltungen, die eng auszulegen sind und aus denen nicht hergeleitet werden kann, daß nicht andere Vertragsbestimmungen Rechte verleihen könnten“ (Abschnitt IV, S. 705).

Kriegsgefahr darstellenden internationalen Spannung“ zu unterscheiden. Man wird sagen, daß auch in Friedenszeiten die Gefahr von Störungen droht. Das ist richtig, aber die Vorbereitung auf einen Krieg erfährt in der Praxis keine Unterbrechung. Schließlich hat auch der Gerichtshof anerkannt, daß „die Sicherheit eines Staates immer weniger isoliert betrachtet werden [kann], da sie eng mit der Sicherheit der internationalen Gemeinschaft insgesamt und ihrer verschiedenen Teile verknüpft ist“³⁵. Aber gerade deshalb betrachte ich das Verhalten eines Mitgliedstaats, der unter dem Schirm des Artikels 224 nur wegen der Erwartung oder zur Vorbereitung eines etwaigen Konflikts einseitige Initiativen ergreifen möchte, als Verstoß gegen den EG-Vertrag. Wenn die vom Vereinigten Königreich und der Kommission in diesem Verfahren formulierte These mit dem Ergebnis gebilligt würde, daß jede einseitige Maßnahme eines Mitgliedstaats zu irgendeinem Zeitpunkt zur Vorbereitung der eigenen Streitkräfte auf einen Krieg gerechtfertigt wäre, so würde die in Artikel 224 als Ausnahme betrachtete Situation sozusagen normalisiert und damit als normal behandelt. Und nicht nur das. Es würde sich damit auch die vom Gerichtshof im Urteil Johnston beschworene Gefahr³⁶ konkretisieren, daß die Wirksamkeit der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts gefährdet wäre.

23. Die Klägerin hat auch auf die Schlußanträge von Generalanwalt Darmon in der Rechtssache Johnston hingewiesen, wonach Artikel 224 als Schutzklausel „die ultima ratio [ist], auf die nur zurückgegriffen werden darf, wenn eine andere gemeinschaftsrechtliche Bestimmung fehlt,

mit der sich dem in Rede stehenden Erfordernis der öffentlichen Sicherheit genügen läßt“³⁷. Die fünfte und die sechste Frage befassen sich gerade mit einer solchen Bestimmung. Dem Hinweis von Generalanwalt Darmon kommt daher auch in diesem Verfahren praktische Bedeutung zu. Bevor ich mich diesen anderen Fragen zuwende, möchte ich allerdings die Untersuchung des hier anstehenden Problems vervollständigen und mich der Auffassung zuwenden, die die französische Regierung vorgetragen hat.

24. Die französische Regierung stützt sich für ihren Schluß, daß die Beschäftigung bei den Streitkräften vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen sei, auch auf Äußerungen von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Makedonien zur Auslegung des Artikels 224 und auf solche des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Auslegung des Artikels 15 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachstehend: MRK), der eine dem Artikel 224 vergleichbare Regelung trifft³⁸.

37 — Nr. 5 der Schlußanträge.

38 — Diese Vorschrift bestimmt unter der Überschrift „Abweichung im Notstandsfall“ in Absatz 1, daß im Falle eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstands, der das Leben der Nation bedroht, jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen kann, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen. Ersichtlich hat diese Bestimmung einen durchaus ähnlichen Gehalt wie Artikel 224: Beide führen eine Ausnahme von einem allgemeinen System (dem Schutz der Menschenrechte bzw. dem Gemeinsamen Markt) ein, allerdings nur bei ganz außergewöhnlichen Sachverhalten, die so schwerwiegend sind, daß eine andere Lösung als Ausnahmen dieser Art nicht denkbar ist.

35 — Vgl. die in Fußnote 15 zitierten Urteile Werner (Randnr. 26) und Leifer (Randnr. 27).

36 — Vgl. Randnr. 26 des Urteils.

Diese Äußerungen in der Rechtsprechung³⁹ werden von der französischen Regierung zur Stützung ihrer Auffassung herangezogen, daß die richterliche Überprüfung als wirksame Methode der Kontrolle der vom Richter zu bewertenden Maßnahmen und Verhaltensweisen im Falle einer von einem Mitgliedstaat einseitig in Verteidigung der eigenen lebenswichtigen Interessen verfüzten Maßnahme spürbar zurückgenommen werden, wenn nicht sogar unterbleiben müsse. Nur der betreffende Staat sei ganz in der Lage, zu beurteilen, ob eine Bedrohung der eigenen Sicherheit bestehe und mit welchen Mitteln ihr zu begegnen sei. Daraus ergebe sich, soweit hier von Belang, folgende Konsequenz: Die Maßnahmen, mit denen ein Mitgliedstaat die Streitkräfte organisiere und rekrutiere und auf die Erfüllung ihrer Aufgaben vorbereite, ließen sich nicht auf Bindungen und Verpflichtungen reduzieren, die an den Lebensnerv der Souveränität rührten und deren Einhaltung nur schwierig gerichtlich nachprüfbar sei. Welches die Voraussetzungen für die Anwendung des Artikels 224 seien, könne nicht nur dem Wortlaut der Vorschrift entnommen werden, sondern ergebe sich auch aus Klarstellungen der einschlä-

gigen Rechtsprechung und ferner aus den ähnlichen Regelungen des Artikels 15 MRK in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte: der „Fall einer schweren Krise“⁴⁰, eine „Situation, die an einen Kollaps der [äußeren] Sicherheit grenzt“⁴¹, „[eine Situation], die das Leben der Nation bedroht“⁴² oder eine „[Bedrohung für] das Leben der Nation“⁴³. Wenn ich recht verstanden habe, ist Frankreich der Auffassung, daß als Begründung für seinen vorstehend dargestellten Standpunkt die einfache Verknüpfung der zwingenden Interessen, deren Wahrung den Mitgliedstaaten in ihrem jeweiligen Bereich im Sinne des Artikels 224 vorbehalten ist, mit den zu ihrem Schutz getroffenen Maßnahmen auch in Friedenszeiten ausreicht. Was ist von dieser Argumentation zu halten, die hier dem Gerichtshof vorgetragen wird? Ich verkenne durchaus nicht die Vorsicht, die bei den Worten von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Makedonien durchscheint: Es ist eine Aufforderung zur Zurückhaltung an den Richter, der über die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen zu entscheiden hat, die ein Mitgliedstaat zum Schutz der eigenen Interesse in Fällen oder für die Fälle einer extremen Gefahr getroffen hat. Ich halte das aber nicht für einen ausreichenden Grund, mich dem Ergebnis der französischen Regierung anzuschließen, das mich aus den folgenden Gründen ratlos läßt.

25. Zunächst läuft meines Erachtens die Behauptung, daß das hier zu prüfende Sachgebiet dem Anwendungsbereich des EG-Vertrags entzogen sei, weil es sich nur

39 — Laut Generalanwalt Jacobs „liegt auf der Hand, daß der Umfang der gerichtlichen Kontrolle aufgrund von Artikel 225 EG-Vertrag (der von einem Mitgliedstaat nach Artikel 224 getroffenen Maßnahmen) äußerst begrenzt ist — ... auch wegen ihres Inhalts“, und fehlt es „an rechtlichen Kriterien, die in derartigen Angelegenheiten [wie der Angemessenheit der Reaktion eines Staates auf eine Bedrohung seiner lebenswichtigen Interessen] [dem Gerichtshof] als Maßstab dienen könnten“ (Nrn. 63 und 65 der Schlußanträge in der Rechtssache Makedonien). Nach Feststellung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist es „in erster Linie Sache jedes vertragsschließenden Staates, der die Verantwortung für das ‚Leben (seiner) Nation‘ trägt, zu bestimmen, ob dieses Leben durch eine ‚öffentliche Notlage‘ bedroht ist, und beziehendfalls, wieweit bei den Bemühungen um Überwindung der Notlage gegangen werden muß. Wegen ihrer unmittelbaren und ständigen Berührung mit den dringenden Erfordernissen des Augenblicks sind die nationalen Stellen grundsätzlich besser befähigt als das internationale Gericht, sowohl über das Vorliegen einer solchen Notlage als auch über Art und Umfang der zu ihrer Abwendung erforderlichen Abweichungen zu befinden“ (Urteil vom 18. Januar 1978, Irland/Vereinigtes Königreich, Serie A, Band 25, 1978, S. 78 f.; diese Passage wird von Generalanwalt Jacobs in Nr. 55 seiner Schlußanträge in der Rechtssache Makedonien angeführt).

40 — Generalanwalt Gand in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Ugliola (Urteil vom 15. Oktober 1969 in der Rechtssache 15/69, Slg. 1969, 363; Abschnitt III.1 der Schlußanträge).

41 — Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Makedonien, wo er in Nr. 47 seiner Schlußanträge von einem „Kollaps der inneren Sicherheit“ spricht.

42 — Artikel 15 Absatz 1 MRK.

43 — Urteil Irland/Vereinigtes Königreich des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (zitiert in Fußnote 39).

wenig zur gerichtlichen Kontrolle eigne, auf eine Umkehrung der logischen Gedankenfolge hinaus, in der die Gesichtspunkte zu prüfen sind, anhand deren der Gerichtshof die ihm vorgelegte Vorabentscheidungsfrage untersuchen kann. Es muß vor allem nachgewiesen worden sein, daß das von den zu prüfenden Maßnahmen betroffene Sachgebiet nichts mit den Vorschriften des ursprünglichen oder des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts zu tun hat. Nur dann und in keinem anderen Fall kann bei diesen Maßnahmen die gerichtliche Kontrolle unterbleiben, die sonst — in einer Rechtsgemeinschaft wie der Europäischen Gemeinschaft — unvermeidlich aus der Pflicht der Mitgliedstaaten folgt, die im EG-Vertrag oder aufgrund des EG-Vertrags festgelegten Rechtsvorschriften zu beachten. Hier indessen gehören aus den bereits dargelegten und aus den noch darzulegenden Gründen die im Ausgangsverfahren streitigen Maßnahmen zu einem Sachgebiet, das von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts erfaßt wird und daher nicht außerhalb des Bereiches liegt, in dem der EG-Vertrag seine Wirkungen entfaltet, und ihm auch nicht durch Auslegung entzogen werden kann.

26. Zweitens ist die Unterstellung der einseitigen Maßnahmen, die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des Artikels 224 erlassen, unter die gerichtliche Kontrolle vom EG-Vertrag selbst in Artikel 225 festgelegt. Diese Kontrolle ist dem Gerichtshof in der Fülle seiner Befugnisse als Rechtsprechungsorgan anvertraut, das die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts sicherzustellen hat. Der Gerichtshof hat hiervon (mit einer Anordnung nach Artikel 186 EG-Vertrag [jetzt Artikel 243 EG]) gegenüber Griechenland in einem Fall Gebrauch gemacht, in dem dieser Staat eine „ernste, eine Kriegsgefahr darstellende internationale Spannung“ geltend gemacht hatte⁴⁴. Bei

diesem Anlaß hat der Gerichtshof festgestellt, daß die von der Kommission vorgebrachten Argumente „hinreichend stichhaltig und schwerwiegend“ erschienen und er somit zu prüfen habe, ob „im vorliegenden Fall *schon die Voraussetzungen für die Anwendung* des Artikels 224 nicht erfüllt sind, [auch wenn es hierbei] der Beurteilung komplexer juristischer Fragen bedarf“⁴⁵. Weiter hat der Gerichtshof dem Gericht des betreffenden Mitgliedstaats die Befugnis zur Prüfung von Maßnahmen zugestanden, die (in relativen Friedenszeiten)⁴⁶ zur Aufrechterhaltung der nationalen Sicherheit getroffen worden waren, und hierbei festgestellt, daß „[bei gerichtlicher Überprüfung mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen für Waren, die zu militärischen Zwecken verwendet werden können,] *das vorliegende Gericht* [anhand des Sachverhalts] *zu entscheiden hat* [ob wirklich Gründe der öffentlichen Sicherheit vorliegen]“⁴⁷.

27. Drittens darf man die Besonderheit der in Artikel 224 vorgesehenen Ausnahme nicht übersehen, der meines Erachtens auch die Auslegung dieser Vorschrift entsprechen muß. Ließe man die normale Organisation der Streitkräfte unter Artikel 224 fallen, wie dies die in diesem Verfahren beteiligten

45 — Vgl. Randnr. 69 des Beschlusses (Hervorhebung nur hier).

46 — Die Sache betraf die Ausfuhr von Mehrzweckwaren (zur Herstellung chemischer Waffen geeignete Erzeugnisse) aus Deutschland in den Irak zu einer Zeit, als dieser sich mit dem Iran (in den 80er Jahren) im Krieg befand, in dessen Verlauf chemische Waffen zum Einsatz kamen (vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs, Nr. 57).

47 — Vgl. Urteil Leifer (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 29; Hervorhebung nur hier). In gleichem Sinn das Urteil vom 27. September 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchreau, Slg. 1977, 1999), wo es heißt: „Die Berufung einer nationalen Behörde auf den Begriff der öffentlichen Ordnung setzt, wenn er gewisse Beschränkungen der Freizügigkeit von dem Gemeinschaftsrecht unterliegenden Personen rechtfertigen soll, jedenfalls voraus, daß außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine *tatsächliche und hinreichend schwere* Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (Randnr. 35; Hervorhebung nur hier). Damit hat der Gerichtshof gewiß sagen wollen, daß eine gerichtliche Kontrolle des Vorliegens dieser Voraussetzungen der nationalen Maßnahme möglich sein muß, die eine vom Gemeinschaftsrecht geschützte Freiheit beeinträchtigt.

44 — Beschluß gemäß Artikel 186 vom 29. Juni 1994 in der Rechtssache C-120/94 R (Kommission/Griechenland, Slg. 1994, I-3037, Randnr. 31).

nationalen Regierungen möchten, so wären die Mitgliedstaaten berechtigt, sich praktisch ganz „normal“ auf die Ausnahme zu berufen und damit in ungebührlicher Weise den Rahmen zu erweitern, in dem die Vorschrift geltend gemacht werden kann (hierzu verweise ich auf meine Ausführungen in Nrn. 21 und 22 dieser Schlußanträge).

28. Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, daß es in diesem Verfahren um ein Grundrecht der Klägerin geht, beim Zugang zur Beschäftigung nicht aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert zu werden. Artikel 6 der Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten vor, „die innerstaatlichen Vorschriften [zu erlassen], die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung... auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“. Der Standpunkt der französischen Regierung scheint diese Ausprägung unseres Falles und auch die Auslegung des Artikels 6 zu vernachlässigen, die der Gerichtshof in der Rechtssache Johnston, in der die öffentliche Ordnung eines Mitgliedstaats in Rede stand, vertreten hat; er hat diesen dabei verstanden als „Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt“⁴⁸.

29. An dieser Stelle möchte ich nochmals kurz meine Auffassung zu den ersten vier Fragen festhalten. Das Problem der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung bei den Streitkräften steht nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts und ist ihm auch nicht über Artikel 224 entzogen. Zwar haben die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft keine Befugnisse für die Organisation und die Führung ihrer Streitkräfte übertragen, aber darum geht es hier auch nicht. Das Gemeinschaftsrecht möchte nicht der inneren Ordnung der Streitkräfte ins Gehege kommen, betrifft aber die Ausnahmemassnahmen nach Artikel 224 und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes, bezieht damit das Sachgebiet in seinen Bereich ein und legt die entsprechende gerichtliche Kontrolle fest. Außerdem ist das Sachgebiet in der Richtlinie gerade unter dem Blickwinkel des Zugangs zur Beschäftigung geregelt; die Richtlinie aber hat einen „universalen“ Anwendungsbereich, zu dem der Gerichtshof bereits die innere Sicherheit gerechnet hat, die wie die Verteidigung ein „souveränes“ Recht der Mitgliedstaaten ist. Aber auch Artikel 224 kann einen Ausschluß der Anwendung der Richtlinie nicht ermöglichen (erst recht nicht im Falle von Maßnahmen in Friedenszeiten). Es trifft freilich zu, daß das Gemeinschaftsrecht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der Richtlinie vorsieht, dies aber nur in der Richtlinie selbst, und diesem Problem wende ich mich nunmehr im Zusammenhang mit der fünften und der sechsten Frage zu.

Die fünfte Vorabentscheidungsfrage

30. Mit der fünften Frage möchte das vorlegende Gericht höchst hilfsweise wissen, ob die Politik eines Mitgliedstaats, nach der

48 — Vgl. Randnr. 18 des Urteils; Generalanwalt Darmon hatte erklärt, daß „... die öffentliche Ordnung eine Beseitigung der richterlichen Kontrolle nicht zu rechtfertigen vermag“ (Nr. 5 seiner Schlußanträge). In gleichem Sinn, wenn auch in einem anderen Sachzusammenhang, vgl. Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnr. 18).

alle Frauen in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg vom Dienst in einer Truppeneinheit, für die wie bei der Marineinfanterie der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit gilt, ausgeschlossen sind, nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates gerechtfertigt werden kann. Es geht also genau gesagt um die Feststellung, ob das Geschlecht eine entscheidende Voraussetzung für den Zugang zur Beschäftigung in einer Truppeneinheit bildet, die die im Vorlagebeschluß beschriebenen Merkmale aufweist.

31. Angesichts der Ähnlichkeiten des vorliegenden Falles mit dem in der Rechtssache Johnston entschieden sind sich alle Regierungen, die in diesem Verfahren Erklärungen abgegeben haben, und die Kommission darüber einig, daß der Dienst in der Truppeneinheit der Marineinfanterie sowohl wegen seiner Art als auch wegen der Bedingungen seiner Ausübung dem in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie festgelegten Ausnahmereich zugeordnet werden kann. Auch die Klägerin scheint dies zumindest grundsätzlich einzuräumen.

32. Zur Art der beruflichen Tätigkeit der Soldaten, die in dieser Truppeneinheit Dienst tun, haben alle beteiligten Regierungen und die Kommission auf die besonderen Merkmale einer Einheit hingewiesen, die für extreme Kampfeinsätze bestimmt ist, und dabei auf die Intensität und Dauer der harten Ausbildung und die physischen Anforderungen abgestellt, denen Sturmtruppen vor allem bei Kriegseinsätzen unterliegen. Diese Erwägungen allein

scheinen mir indessen nicht auszureichen, um die Anwendung der Ausnahmenvorschrift der Richtlinie zu rechtfertigen⁴⁹. In der Rechtssache Johnston ist der Gerichtshof in einem Zusammenhang, der große Ähnlichkeit mit dem uns hier beschäftigenden Fall aufweist und für den ganz ähnliche nationale Rechtsvorschriften kennzeichnend waren, zu dem gleichen Schluß gelangt⁵⁰. Diese Vorschriften standen Artikel 85 Absatz 4 SDA recht nahe,

49 — Zumindest einige Frauen könnten bei besonderer Ausbildung und bester körperlicher Verfassung den Anforderungen gerecht werden, die an Königliche Marineinfanteristen gestellt werden. Die Idee von der körperlichen Unterlegenheit der Frau im Vergleich zu Männern hat keine wirkliche Grundlage, zumal in den Streitkräften einiger Länder Frauen zu Aufgaben zugelassen sind, die man früher einfach aus Gründen der Körperkraft den Männern vorbehalten zu müssen glaubte (aus dem in Fußnote 19 zitierten NATO-Bericht 1998, S. 12, ergibt sich, daß Frauen in der Einheit „Search and Rescue“ eingesetzt sind, die Aufgaben wahrnimmt, die absolut gesehen zu den härtesten und anspruchsvollsten der gesamten kanadischen Streitkräfte gehören; man vergleiche ferner die Fälle Belgien, Dänemark und Norwegen, die Frauen in allen Truppenteilen zulassen, eingeschlossen, wie ich annehme, Einheiten wie die Königliche Marineinfanterie). Und was soll man schließlich dazu sagen, daß die sportlichen Ergebnisse der Frauen von heute im mehreren Disziplinen, vor allem, wo es auf die Ausdauer ankommt, frühere männlichen Rekorde übertreffen? In der Rechtssache Kommission/Frankreich hat Generalanwalt Sir Gordon Slynn zu den polizeilichen Tätigkeiten, die „den Einsatz von Gewalt oder die Bekundung der Fähigkeit erfordern, Gewalt einzusetzen“, darauf hingewiesen, daß zwar „die Männer im Durchschnitt höhergewachsen und stärker sind als die Frauen“, daß dies aber „für sich allein nicht notwendigerweise ausreichend ist [um anzunehmen, daß das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie darstellt]“ (S. 3571).

50 — Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur und der Anstellung in der Hilfspolizeitruppe, in der Frau Johnston Dienst tat, war mit der Sex Discrimination (Northern Ireland) Order 1976 umgesetzt worden. Artikel 53 Absatz 1 der Order, die nach Inhalt und Zielen dem SDA nahesteht, bestimmte: „Keine der Bestimmungen der Sex Discrimination Order, die Diskriminierungen verbieten, kann bewirken, daß eine Handlung rechtswidrig ist, die zur Aufrechterhaltung der Staatssicherheit oder zum Schutz der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung vorgenommen wird“ (vgl. Randnr. 3 des Urteils).

Der Gerichtshof hat, indem er die Art der beruflichen Tätigkeit bei der Polizei nicht als Rechtfertigung der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts hat gelten lassen (Randnr. 34), zugleich stillschweigend das Vorbringen der britischen Regierung zurückgewiesen, daß zu den Kriterien, die bei Polizeikräften in Nordirland zu berücksichtigen seien, auch die unterschiedliche Körperkraft gehöre (Randnr. 31).

In der gleichen Rechtssache hat Generalanwalt Darmon ausgeführt: „Ein staatlicher Hoheitsträger kann mit anderen Worten Frauen nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht den Zugang zur Beschäftigung im bewaffneten Polizeidienst unter Berufung auf den Anspruch von Hamlet verwehren: ‚Schwachheit, dein Name ist Weib‘“ (Nr. 8 der Schlussanträge).

der, das sei gleich gesagt, (im Bereich der „Streitkräfte“) ebenso wie die Regelung für die Polizeikräfte in Nordirland ohne Unterschied für Männer und Frauen gilt. Es läßt sich daher hier die vom Gerichtshof im Urteil Johnston verwendete Formel entsprechend anwenden: Da der SDA ausdrücklich für Arbeitsplätze in den Streitkräften gilt und insoweit keinen Unterschied zwischen Männern und Frauen macht, kommt die Art der beruflichen Tätigkeit bei den Streitkräften als Rechtfertigung der in Rede stehenden Diskriminierung nicht in Betracht⁵¹.

33. Damit bleibt zu prüfen, ob das Geschlecht unter dem Blickwinkel der besonderen *Bedingungen*, unter denen die Tätigkeit als Marineinfanterist ausgeübt wird, ein zulässiger Unterscheidungsfaktor im Sinne dieser Vorabentscheidungsfrage sein kann. Nach dem Vorlagebeschluß wird die vom Verteidigungsministerium bei der Marineinfanterie verfolgte Politik des Ausschlusses von Frauen ausschließlich von dem Ziel bestimmt, die Kampfkraft der Einheit aufrechtzuerhalten, die, wie die britische Regierung vorträgt, genau zu diesem Zweck ausgebildet und organisiert wird, ohne daß in irgendeinem Fall von der Regel der allseitigen Verwendbarkeit abgewichen würde⁵². In den Akten des Ausgangsverfahrens wird festgestellt, daß verläßliche Beweise für die ausnahmslose An-

wendung dieser Regel im hier entscheidenden Zeitpunkt vorliegen, in dem der Soldat rekrutiert und der Einheit überstellt wird⁵³. Die Truppe der Marineinfanterie ist so ausgebildet, daß sie in allen Fällen und unter allen Umständen operieren kann. Sie ist nach dem Vertrag der britischen Regierung die Speerspitze der Streitkräfte. Das Verteidigungsministerium hat auch die bloße Möglichkeit ausschließen wollen, daß die Aufnahme von Frauen in diesem neuralgischen Bereich des Verteidigungssystems die Kampfkraft beeinträchtigen könnte. Für ein solches Risiko der Schwächung liegt kein Beweis vor (wie die Klägerin hervorhebt): Jede richtige Erprobung wäre überaus risikoreich, da sie im Rahmen wirklicher Militäroperationen durchgeführt werden müßte⁵⁴. Es handelt sich vielmehr um eine schlichte Vermutung, die, wie die britische Regierung betont, auf einer „militärischen Einschätzung“ beruht. Dies nun ist eine Einschätzung, die für Ihre Antwort auf die Vorlagefrage von Bedeutung ist. Wenn es festzustellen gilt, unter welchen Bedingungen die Tätigkeit der Marineinfanterie ausgeübt wird, gibt es nur die Anhaltspunkte, die wir Daten, Stellungnahmen und Aussagen der nationalen Behörden hierzu entnehmen können, die für die Führung und die Organisation dieses Truppenteils verantwortlich sind. Ich habe auf die Beurteilungsgrundlagen hingewiesen, die der klaren und sorgsam begründeten des Vorlagebeschlusses und den Darlegungen der britischen Regierung zu entnehmen sind. Sie haben mich zu folgender Überzeugung gebracht: Die starre Regel der allseitigen Verwendbarkeit, die im vorliegenden Fall der Einstellung einer Köchin entgegensteht, beherrscht sowohl

51 — Vgl. Randnr. 34 des Urteils.

52 — Vgl. hierzu den Bericht vom 10. Juni 1994 mit dem Titel „Neue Einstellungspolitik für Frauen in der Armee — Auswirkungen auf die Truppe der Königlichen Marineinfanterie“ (zitiert in Fußnote 6). In einem Bericht vom Februar 1997 „Politik der Einstellung von Frauen bei der Königlichen Marineinfanterie“, der in Nr. 24 der Erklärungen des Vereinigten Königreichs zitiert wird, heißt es weiter: „Die Aufnahme von Frauen in kleine eingespielte Einheiten, deren Hauptaufgabe der Nahkampf mit dem Feind und dessen Ausschaltung ist, könnte eine negative Auswirkung auf Moral und Zusammenhalt dieser Einheiten haben und sich damit auf ihre Kampfkraft auswirken, möglicherweise sogar negativen Einfluß auf das Leben unserer Soldaten und letztlich auf die nationale Sicherheit haben“ (Übersetzung nur hier).

53 — Vgl. Nr. 7 meiner Schlußanträge.

54 — Vielleicht könnte man auf die Zusammenarbeit mit den Ländern (oder auf ihren Rat) zurückgreifen, die wie Belgien, Dänemark und Norwegen (allesamt Mitglieder der NATO) bei der Einstellung von Frauen bei den Streitkräften keinerlei Beschränkungen vorsehen (vgl. den in Fußnote 19 zitierten NATO-Bericht 1998, S. 7, 14 und 31).

die Bildung als auch die Leistung dieser Eliteeinheit der Streitkräfte. Ist diese Regel gerechtfertigt — und ich neige dazu, dies anzunehmen —, so läßt sich nicht ausschließen, daß auch die hierauf fußende Entscheidung, keine Frauen in den Reihen der Marineinfanterie zu dulden, ebenfalls gerechtfertigt werden kann. Die Aussagen des Kommandierenden der Truppe im Ausgangsverfahren sehen negative Auswirkungen einer Anwesenheit von Frauen auf den kämpferischen Zusammenhalt der Sturmtruppe wegen der zu erwartenden Bemühung der Infanteristen voraus, die Frauen zu beschützen, ganz abgesehen von deren (nie erprobter) physischer Eignung für harte Kriegseinsätze, namentlich den Kampf Mann gegen Mann, für den diese Truppe vorgesehen ist. Diese und ähnliche Beurteilungen möchte ich den nationalen Behörden überlassen, die die — in einer Demokratie stets zu begründende und zu verantwortende — Entscheidung getroffen haben, die traditionelle männliche Zusammensetzung einer Spitzentruppe der Streitkräfte beizubehalten, die sonst im Vereinigten Königreich Frauen heute weitgehend offenstehen: „Die zuständigen nationalen Behörden [verfügen] je nach den Umständen über einen gewissen Ermessensspielraum, wenn sie Maßnahmen treffen, die sie für erforderlich halten, um die öffentliche Sicherheit eines Mitgliedstaats ... zu gewährleisten.“⁵⁵ Ich kann, wie gesagt, nicht mit Sicherheit ausschließen, daß die Anwesenheit von Frauen in der Einheit nicht zumindest in bestimmter Hinsicht und je nach den Umständen den hocheffizienten Ergebnissen abträglich sein könnte, die man bei Einstellung und Einsatz der Marinesturmtruppen erwartet, oder sich dahin auswirken könnte, daß die kämpfende Truppe größeren Risiken ausgesetzt und ein

wichtiger Baustein der nationalen Verteidigung geschwächt würde.

34. Dieses Ergebnis wird von den Feststellungen des Gerichtshofes im Urteil Johnston getragen. In diesem Fall wurde die Entscheidung, Frauen von der aktiven Teilnahme an Einsätzen wie denen der Schußwaffen tragenden Polizeitruppe zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in Nordirland in einer regelrechten *Bürgerkriegssituation*⁵⁶ auszuschließen, als eine im Sinne der Richtlinie zu rechtfertigende Ausnahme behandelt. Der Gerichtshof ist damit einem Vorbringen der britischen Regierung gefolgt, das sich im Kern nicht von dem im vorliegenden Verfahren unterschied. In der Rechtssache Johnston hatte das Vereinigte Königreich vorgebracht, daß beim Ausschluß von Frauen aus der Polizeitruppe für Nordirland den *wahrscheinlichen* Risiken Rechnung getragen worden sei, die ein Einsatz bewaffneter Polizistinnen mit sich gebracht hätte. Der Gerichtshof hat festgestellt, daß der Ausschluß von Frauen aus einer mit Schußwaffen ausgerüsteten Polizeitruppe gerechtfertigt sein könne, und dabei wörtlich ausgeführt: „*Insoweit läßt sich nicht ausschließen*, daß bei schweren inneren Unruhen die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen erhöht wird, wenn diese Schußwaffen tragen, und daß dies daher den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwiderläuft.“⁵⁷ Die gleiche Erwägung ist im vorliegenden Fall ausschlaggebend: Wenn die Bedingungen der Ausübung der streitigen Tätigkeit maßgebend sind, kann die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen gerechtfertigt werden, wenn sich nicht ausschließen läßt, daß das Geschlecht für die Auswahl des streitigen

56 — Der Gerichtshof hat von „schweren inneren Unruhen“ gesprochen (Randnr. 36).

57 — Randnr. 36 des Urteils (Hervorhebung nur hier).

55 — Urteil Leifer (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 35).

Unterscheidungskriteriums entscheidend sein *könnte*. Ich muß weiter darauf hinweisen, daß meine Überzeugung im vorliegenden Fall anders als die vorstehend zitierte Äußerung des Gerichtshofes, die nicht auf irgendeinem effektiven Beweis, sondern nur auf nicht weiter belegten „Vorhersagen“ der zuständigen Behörden beruhte, sich wenigstens auf Angaben in Militärberichten stützen kann, die zu einem unverdächtigen Zeitpunkt, d. h. vor Beginn der uns hier beschäftigenden Auseinandersetzung, formuliert wurden⁵⁸.

35. Auch ein letzter Aspekt der Frage, den die Kommission und die französische Regierung angeführt haben, verdient es, hier behandelt zu werden. Soll die Ausnahme als anwendbar betrachtet werden, muß die berufliche Tätigkeit, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung ist und die daher vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen werden kann, eine *spezifische* sein. Dieses Erfordernis ist zweifelsfrei in der Richtlinie festgelegt. Der Gerichtshof selbst hat diese Feststellung in der Rechtssache Kommission/Frankreich getroffen: „[Nach den Artikeln 2 Absatz 2 und 9 Absatz 2 der Richtlinie] dürfen die nach Artikel 2 Absatz 2 zulässigen Ausnahmeregelungen nur spezifische Tätigkeiten betreffen ...“⁵⁹ Die Tätigkeit der Marineinfanterie ist nun aber eine spezifische im Sinne von Artikel 2 Absatz 2. Es handelt sich hier genauer gesagt um eine Besonderheit der *Funktion*, die der Marineinfanterie im Vergleich zu den übrigen Streitkräften übertragen worden ist. Wir haben es hier mit einer spezifischen Funktion zu tun, die dazu führt, daß die einzelnen Ak-

tionen, in denen sich die Schulung und das Eingreifen der Truppe im Krieg konkretisieren, als spezifisch zu kennzeichnen sind. Ihre Aufgaben, ihre Organisation, die charakteristische Art ihrer Funktion lassen sie, wie ich bereits sagte, zur Speerspitze der britischen Streitkräfte und ferner zu einem der stärksten Elemente einer weiteren Elitetruppe, der schnellen Eingreiftruppe der NATO, werden.

36. Ich bin auch nicht der Ansicht, daß die „Spezifizität“ der Marineinfanterie durch die Regel aufgehoben wird, daß für *alle* Soldaten dieser Truppe die allseitige Verwendbarkeit gilt. Diese Regel wird nämlich ständig angewandt, entspricht der Daseinsberechtigung einer so strukturierten Truppe und ist, wie das vorlegende Gericht uns sagt, ein „Faktum“ und keine „Fiktion“. Der Fall liegt anders als der, den der Gerichtshof in der Rechtssache Kommission/Frankreich zu entscheiden hatte. In diesem Fall hatte Frankreich ein System der Rekrutierung für fünf Korps der Staatspolizei⁶⁰ eingeführt, mit dem die Möglichkeit des Zugangs für Frauen begrenzt wurde, die man für Aufgaben, bei denen Gewaltanwendung in Frage stand, für wenig geeignet hielt. Nach den französischen Vorschriften mußten alle Polizeibeamten *untereinander austauschbar* sein und die besagten Aufgaben erfüllen können⁶¹. Der Gerichtshof hat der Klage der Kommission stattgegeben und darauf hingewiesen, die französische Regelung sei zu allgemein und lasse es nicht zu, „in irgendeiner Form nachzuprüfen, ob die in den getrennten Einstellungsverfahren jeweils festgesetzten

58 — Vgl. den in Fußnote 6 zitierten Bericht.

59 — Vgl. Randnr. 25 des Urteils; in gleichem Sinne auch Generalanwalt Sir Gordon Slynn (Slg. 1988, 3570 f.). Vgl. auch Urteil vom 8. November 1983 in der Rechtssache 165/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1983, 3431, Randnr. 16).

60 — Die Kommissare, die Kommandanten und Schutzoffiziere, die Inspektoren, die Untersuchungsbeamten sowie die unteren Dienstgrade und Schutzleute der Staatspolizei (vgl. Slg. 1988, 3561 f.).

61 — Schlußanträge des Generalanwalts Sir Gordon Slynn, Slg. 1988, 3571, der die Entscheidung des Gerichtshofes in diesem Punkt vorwegnimmt.

prozentualen Anteile *tatsächlich* den *spezifischen* Tätigkeiten entsprechen, für die das Geschlecht im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie eine unabdingbare Voraussetzung darstellt“⁶². Der von Frankreich in dieser Rechtssache angeführte Grundsatz der „Austauschbarkeit“ kann nun meines Erachtens mit dem der „allseitigen Verwendbarkeit“ gleichgestellt werden, dem sich der Gerichtshof im vorliegenden Verfahren zu widmen hat. In der Rechtssache Kommission/Frankreich war es zweifelhaft, ob die Regel der Austauschbarkeit erforderlich war und in allen Korps der Polizei tatsächlich angewandt wurde. In unserem Fall hingegen besteht kein Zweifel an der effektiven und notwendigen Durchführung der allseitigen Verwendbarkeit. Nach Beseitigung dieses Zweifels steht eindeutig fest, daß die allseitige Verwendbarkeit, wie sie bei der Truppe der Marineinfanterie Anwendung findet, eine weitere Bestätigung für unsere Auffassung liefert, daß der Fall, in dem die von der Richtlinie zugelassene Ausnahme Platz greifen kann, hinreichend spezifisch und unzweideutig festgelegt ist.

37. Das Verständnis des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie in den Urteilen Kommission/Frankreich und Kommission/Verinigtes Königreich⁶³ als einer Vorschrift, die eine Ausnahme von einem wesentlichen allgemeinen Grundsatz zuläßt, scheint mir vollkommen mit der Rechtsprechung zur Auslegung des Artikels 48 Absatz 4 im Einklang zu stehen, der (bei der Beschäftigung im öffentlichen Dienst) ebenfalls eine Ausnahme von einem anderen wichtigen allgemeinen Grundsatz (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) festlegt. Mit dieser Recht-

sprechung wollte der Gerichtshof ein funktionales Kriterium für die Anwendung der Bestimmung schaffen, die dessen Geltung „[für] gewisse Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung...“⁶⁴ beschränkt.

38. Mithin sind die *Bedingungen*, unter denen die Marineinfanterie ihre Tätigkeit ausüben hat, ausschlaggebend in dem Sinne, daß das männliche Geschlecht als Voraussetzung für die Zugehörigkeit zur Truppe im Sinne der Richtlinie als unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit, d. h. der militärischen Aufgaben, die diese Einheit der Streitkräfte zu erledigen hat, anzusehen ist.

Die sechste Vorabentscheidungsfrage

39. Für den Fall der Bejahung der vorhergehenden Frage möchte das vorliegende Gericht von Ihnen erfahren, nach welchem Kriterium es zu beurteilen gilt, ob eine Politik wie die im Vorlagebeschluß beschriebene unter die in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehene Ausnahme fällt.

40. Die Kommission und die Klägerin halten es für erforderlich, daß das vorliegende Gericht konkret (und, da es um eine Aus-

62 — Randnr. 27 des Urteils (Hervorhebung nur hier).

63 — Vgl. Nr. 35 dieser Schlußanträge, Fußnote 59.

64 — Urteil vom 12. Februar 1974 in der Rechtssache 152/73 (Sorgiu, Slg. 1974, 153, Randnr. 4); in gleichem Sinn auch statt vieler Urteile vom 17. Dezember 1980 in der Rechtssache 149/79 (Kommission/Belgien, Slg. 1980, 3881, Randnrn. 10 ff.), vom 26. Mai 1982 in derselben Rechtssache (Slg. 1982, 1845), vom 16. Juni 1987 in der Rechtssache 225/85 (Kommission/Italien, Slg. 1987, 2625) und vom 27. November 1991 in der Rechtssache C-4/91 (Bleis, Slg. 1991, I-5627).

nahme geht, mit besonderer Strenge) prüft, ob der völlige Ausschluß der Frauen von der Marineinfanterie *verhältnismäßig* im Hinblick auf das Ziel ist, die Kampfkraft der Truppe bestmöglich aufrechtzuerhalten. Die britische Regierung räumt ein, daß das Gericht die Entscheidung, Frauen von einem bestimmten Truppenteil auszuschließen, überprüfen könne, es könne sie aber angesichts der Natur der geschützten Interessen (nationale Verteidigung) nur bei offenkundiger Unrichtigkeit aufheben⁶⁵.

41. Im Urteil Johnston hat der Gerichtshof auf eine ähnliche Vorabentscheidungsfrage geantwortet, wie sie uns hier beschäftigt. Ich habe bereits mehrfach auf die Ähnlichkeit des Falles Johnston mit dem vorliegenden hingewiesen. Die damalige Antwort scheint mir auch in unserem Fall völlig zuzutreffen: „Bei der Bestimmung des Geltungsbereichs von Ausnahmen von einem Individualrecht, wie dem in der Richtlinie verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, ist ferner der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten, der zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehört, auf denen die Rechtsordnung der Gemeinschaft beruht. Nach diesem Grundsatz dürfen Ausnahmen *nicht* über das zur Erreichung des verfolgten Ziels *angemessene und erforderliche Maß hinausgehen*. Der Grundsatz der Gleichbehandlung muß soweit wie möglich mit dem Erfordernis der öffentlichen Sicherheit in Einklang gebracht werden, die für die Bedingungen der Ausübung

der in Rede stehenden Tätigkeit bestimmend sind. Im Rahmen der in Artikel 177 EWG-Vertrag [jetzt Artikel 234 EG] vorgesehenen Aufteilung der Zuständigkeiten [hat das] innerstaatliche Gericht über die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu wachen und *zu prüfen*, ob die Nichtverlängerung des Vertrages der Klägerin *nicht dadurch vermieden werden könnte*, daß Frauen Aufgaben übertragen werden, die ohne Gefährdung der verfolgten Zwecke unbewaffnet wahrgenommen werden können.“⁶⁶ Im Urteil Johnston hat somit der Gerichtshof die Kontrollbefugnis des nationalen Gerichts trotz „schwerer innerer Unruhen“ mit zahlreichen terroristischen Anschlägen und Hunderten von Opfern keineswegs der von der britischen Regierung geltend gemachten Begrenzung unterworfen. Generalanwalt Darmon hat in dieser Rechtssache erklärt: „Sagen wir es deutlich: Eine Ausnahme von einem so grundlegenden Persönlichkeitsrecht wie dem auf Gleichbehandlung ist restriktiv auszulegen, wobei namentlich die in der entscheidungserheblichen Zeit in Nordirland bestehende außergewöhnliche Lage zu berücksichtigen ist.“⁶⁷

42. Die Politik der Marineinfanterie schließt Frauen von jeder Tätigkeit innerhalb dieser Truppeneinheit generell aus. Da die Frage ein grundlegendes Menschenrecht betrifft, besteht die Aufgabe des Gerichts in der konkreten Prüfung, ob die für diese Politik anscheinend kennzeichnende „Absolutheit“ unbedingt erforderlich ist und nicht über das hinausgeht, was angemessen wäre und doch die Kampfkraft der Marineinfanterie nicht beeinträchtigt. Zu den Elementen, die das vorliegende Gericht bei der mit der sechsten Vorabentscheidungs-

65 — Die britische Regierung hat unter Hinweis auf das Erfordernis der Aufrechterhaltung der Kampfkraft der Truppe, auf das sich die Politik des Ausschlusses von Frauen von der Königlichen Marineinfanterie stütze, geltend gemacht, daß eine Würdigung der Begründetheit dieses Motivs und seiner effektiven Eignung als Rechtfertigung dieser Politik „begrenzt“ sein, d. h. „einen gewissen Ermessensspielraum“ des Mitgliedstaats berücksichtigen müsse, da es sich um eine Maßnahme handele, die für erforderlich gehalten werde, um die öffentliche Sicherheit zu gewährleisten (Urteil Leifer, zitiert in Fußnote 15, Randnr. 35).

66 — Vgl. Randnrn. 38 und 39 des Urteils (Hervorhebung nur hier).

67 — Nr. 9 der Schlußanträge.

frage angesprochenen Beurteilung berücksichtigen könnte⁶⁸, gehört meines Erachtens vor allem die „Spezifizität“ der Marineinfanterie und auch der Umstand, daß die Ausnahme vom allgemeinen Grundsatz einen Truppenteil betrifft, der lediglich 2 % der Streitkräfte ausmacht, bei denen im übrigen Frauen für die meisten Dienstposten zugelassen sind und bald mehr als 7 % der gesamten Streitkräfte ausmachen. Zweitens scheint mir wichtig, daß der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit, der bei der Marineinfanterie durch seine *Absolutheit* gekennzeichnet ist, *effektiv und ständig* zur Anwendung gelangt.

43. Außerdem ist die Bedeutung der Ausnahme von der Regel der allseitigen Verwendbarkeit für die Mitglieder der Militärkapelle sorgsam zu prüfen. Sie ist die einzige Ausnahme. Es ließe sich fragen, warum es keine anderen Ausnahmen gibt, etwa in Zusammenhang mit „statischen“ Aufgaben im Hauptquartier, im Stützpunkt oder im Ausbildungslager der Truppe. Eine solche Fragestellung wirft aber, wie leicht zu verstehen ist, die Frage der Organisationsautonomie auf, die den Mitgliedstaaten und ihren Militärorganen zukommt. Bemüht man sich, Tätigkeiten zu finden, die keine allseitige Verwendbarkeit voraussetzen, so muß man notgedrungen einräumen, daß in einer ganzen Reihe von Fällen Aufgaben für Marineinfanteristen ohne „allseitige Verwendbarkeit“ erfunden werden könnten. Im Urteil Johnston hat sich der Gerichtshof nicht so weit vorgewagt, sondern sich auf den Hinweis beschränkt, daß

Frauen Aufgaben übertragen werden könnten, die ohne Gefährdung der verfolgten Zwecke unbewaffnet wahrgenommen werden können⁶⁹. In diesem Fall nahmen die in Nordirland stationierten britischen Polizeitruppen eine ganze Reihe von Aufgaben wahr, bei denen das Tragen einer Schußwaffe nicht erforderlich war. Die zuständigen Stellen hatten eine solche ausgemacht und beschäftigten Frau Johnston als Telefonistin⁷⁰. In unserem Fall aber kennt die Truppe der Marineinfanterie nur eine Tätigkeit: allseitig verwendbarer Sturminfanterist. Innerhalb dieser Truppe die Tätigkeit eines nicht allseitig verwendbaren Kochs anzusiedeln, liefe darauf hinaus, anstelle der zuständigen nationalen Stellen eine Aufgabe *neu zu schaffen*, die es vorher nicht gab. Ein anderer Gedankengang könnte vielleicht von einer Analyse der Gründe ausgehen, weshalb für die Kapelle der Marineinfanterie der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit nicht gilt, um dann zu prüfen, ob einer dieser Gründe auch für Aufgaben wie die eines Kochs im Hauptquartier oder im Ausbildungslager gelten könnte. Übrigens hat die Klägerin in der Sitzung darauf hingewiesen, daß „*einige Köche der britischen Marine nicht zum System der allseitigen Verwendbarkeit [gehören]*“.

44. Von geringer Bedeutung für unseren Fall ist schließlich meines Erachtens eine Anregung der Kommission, jedenfalls in der Weise, in der sie formuliert ist. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der betreffenden Politik, meint die Kommission, müßten auch die Ergebnisse der Prüfungen nach Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie berücksichtigt werden, die das Vereinigte Königreich in regelmäßigen Abständen

68 — „Im Rahmen eines Vorlageverfahrens ist es zwar Sache des innerstaatlichen Gerichts, das Vorliegen einer solchen Notwendigkeit in dem ihm unterbreiteten konkreten Fall festzustellen, doch ist es andererseits Aufgabe des Gerichtshofes, der dem innerstaatlichen Richter nützliche Antworten geben soll, auf der Grundlage der Akten des Ausgangsverfahrens ... Hinweise zu geben...“ (Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-328/91, Thomas, Slg. 1993, I-1247, Randnr. 13; Hervorhebung nur hier).

69 — Vgl. Randnr. 39 des Urteils.

70 — Vgl. den Tatbestand des Urteils, Slg. 1986, 1666.

den durchzuführen beteure. Aufgrund dieser Bestimmung sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, in regelmäßigen Abständen die von der Richtlinie ausgenommenen Tätigkeiten zu überprüfen, um unter Berücksichtigung „der sozialen Entwicklung“ festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen beizubehalten. Im vorliegenden Fall hat sich die britische Regierung zur Rechtfertigung der eigenen Politik nicht auf den gegenwärtigen Stand der sozialen Entwicklung des Landes gestützt, sondern auf rein militärische Einschätzungen und Vorhersagen. Anzeichen für eine solche regelmäßige Überprüfung finden sich in den Akten, aber ihr Ergebnis scheint keine nennenswerten Veränderungen bei der Truppeneinheit zu Tage gefördert zu haben, zu der die Klägerin versetzt werden möchte⁷¹.

45. Der Vorschlag der Kommission gibt uns aber, die wir noch immer dem vorlegenden Gericht konkrete Erwägungen für die Anwendung des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit an die Hand geben wollen, die Anregung für eine alternative Auslegung des Artikels 9 Absatz 2 der Richtlinie. Kommission und Vereinigtes Königreich verweisen auf den Begriff der „sozialen Entwicklung“ der Gesamtbevölkerung eines Mitgliedstaats. Da indessen bekanntlich die „Welt der Streitkräfte“ zahlreiche Besonderheiten aufweist, so daß man wirklich von einer ihnen eigenen Kultur sprechen könnte (ganz abgesehen davon, daß sie häufig eine eigene rechtliche Ordnung aufweisen, wie z. B. das Wehrstrafgesetzbuch), könnte man meines Erachtens in Erfüllung der Pflichten der Richtlinie und um „auf dem Wege des *Fortschritts* [soweit wie

möglich] die Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte [bei den Streitkräften] zu fördern“⁷², einem „modernen“ Verständnis der angesprochenen Vorschrift den Weg bereiten und eine regelmäßige Überprüfung der sozialen Entwicklung gerade bei den Streitkräften angehen. Diese könnte, mag sie auch weitgehend nur die allgemeine Entwicklung eines Landes widerspiegeln, doch in manchen Beziehungen zeigen, daß in einem bestimmten Bereich der Berufstätigkeit Änderungen eingetreten sind, die eine allmähliche Öffnung von Tätigkeiten für Frauen rechtfertigen könnten, die noch Männern vorbehalten sind. Diese Anregung beruht auf der Feststellung, daß Kernpunkt der These der britischen Regierung, die den Ausschluß von Frauen von der Marineinfanterie mit Erfordernissen der Kampfkraft zu begründen sucht, die Befürchtung ist, daß die Beteiligung von Frauen negative Auswirkungen auf „Moral und Zusammenhalt“ dieser Kommandoeinheiten (sog. „fire teams“) haben könnte⁷³. In gleichem Sinne, wenn auch mit einer auffallend „sozialen“ Färbung, äußerte sich der Rechtsberater der britischen Regierung in einem Dokument, das im Ausgangsverfahren vorgelegt wurde und den schriftlichen Erklärungen der Klägerin im Vorabentscheidungsverfahren beigelegt war⁷⁴. Ich frage mich nun, ob es nicht möglich wäre, zu prüfen — wie dies tatsächlich bereits (zumindest versuchsweise und zeitlich begrenzt) bei den kanadischen Streitkräften seit den frühen 80er Jahren geschehen ist —, ob nicht die Kampfkraft auch in den Fällen aufrechterhalten werden kann, in denen Frauen zugelassen werden, wenn

72 — Vgl. die dritte Begründungserwägung der Richtlinie (Hervorhebung nur hier).

73 — Vgl. den Auszug aus einem Militärbericht von 1997, der in den Erklärungen des Vereinigten Königreichs zitiert wird (vgl. Fußnote 52).

74 — Vgl. Anlage 4 zu diesen Äußerungen, „Further and better particulars of the amended grounds of resistance“, Punkt 1 ii.

71 — Vgl. Punkt 2 b des Berichts „Neue Einstellungspolitik für Frauen in der Armee — Auswirkungen auf die Truppe der Königlichen Marineinfanterie“ (zitiert in Fußnote 6); vgl. auch die Ergebnisse eines ähnlichen Berichts aus dem Jahre 1997 (zitiert in Fußnote 52).

man hierbei vor allem die effektive Wahrnehmung ihrer Anwesenheit auf seiten ihrer männlichen Kampfgefährten in Rechnung stellt. Die Ergebnisse dieser Erprobungen waren positiv. Nicht nur war die Kampfkraft nicht beeinträchtigt worden, sondern der Einsatz der Frauen hatte den Zusammenhalt der Soldaten nicht nur nicht gefährdet, sondern deren Korpsgeist noch verstärkt⁷⁵.

Sensibilisierung und den Grad der Akzeptanz weiblicher Kampfgefährten so weit wie möglich zu steigern. Soweit ich sehe, wurde diese Art von Initiative in den 80er Jahren bei den kanadischen Streitkräften, insbesondere bei der Luftwaffe, unternommen⁷⁷. Ebenso haben die amerikanischen Streitkräfte vollen Erfolg mit ihren Bemühungen gehabt, den Zusammenhalt „weißer“ und „schwarzer“ Soldaten zu fördern, allerdings nur aufgrund „sorgsamer Führung und Planung“ (careful leadership and planning)⁷⁸.

46. Es gibt eine weitere Erwägung anderer Art, die vielleicht die Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer diskriminierenden Maßnahme wie der hier streitigen nützlich sind, ergänzen könnte. Man könnte nämlich das Verhalten eines Mitgliedstaats bewerten, der sich darauf beschränkte, den Stand der sozialen Entwicklung seiner Truppen festzustellen, ohne im Geist der Richtlinie tätig zu werden — die ja auf eine „Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen auf dem Wege des Fortschritts“⁷⁶ abzielt —, um die

47. Damit habe ich die Gesichtspunkte dargestellt, an die sich das vorliegende Gericht halten kann, wenn es im Rahmen seines Prüfungsrechts nach dem Kriterium der Verhältnismäßigkeit zu prüfen unternimmt, ob der Ausschluß von Frauen von der Marineinfanterie, der grundsätzlich, wie ich festgestellt habe, begründet ist, unter den konkreten Umständen des Falles zu rechtfertigen ist.

75 — Vgl. Urteil des kanadischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachstehend: CCHR) vom 20. Februar 1989, T.D. 3/89, Gauthier u. a./Canadian Armed Forces (Anhang 5 der schriftlichen Erklärungen der Klägerin), Randnr. 6, insbes. S. 26; die Tests der kanadischen Streitkräfte sind unter dem Namen „Swinter“ (Service Women in Non-Traditional Environments and Roles) bekannt.

76 — Vgl. die dritte Begründungserwägung der Richtlinie. In diesem Sinn hat sich auch der Gerichtshof geäußert: „Artikel 119 [der den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen festlegt] dient... den sozialen Zielen der Gemeinschaft, die sich ja nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränkt, sondern, wie die Präambel des Vertrages hervorhebt, zugleich durch gemeinsames Vorgehen den sozialen Fortschritt sichern und die ständige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker anstreben soll“ (Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75, Defrenne, Slg. 1976, 455, Randnrn. 7/11; Hervorhebung nur hier).

77 — Vgl. CCHR, Gauthier/CAF, Randnr. 8 des Urteils.

78 — Vgl. CCHR, Gauthier/CAF, Randnr. 10 d des Urteils.

Ergebnis

48. Demgemäß sollten die vom Industrial Tribunal Bury St Edmunds vorgelegten Fragen wie folgt beantwortet werden:

1. Entscheidungen eines Mitgliedstaats in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg, die den Einsatz in den Streitkräften oder in einer Eliteeinheit wie der im Vorlagebeschluß beschriebenen betreffen und im Hinblick auf die Kampfkraft erlassen worden sind, sind nicht vom Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung ausgeschlossen.
2. Artikel 224 EG-Vertrag (jetzt Artikel 297 EG) erlaubt bei zutreffender Auslegung einem Mitgliedstaat nicht, vom Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207/EWG des Rates Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts auszunehmen, die bezüglich der Beschäftigung bei den Streitkräften oder einer Eliteeinheit wie der im Vorlagebeschluß beschriebenen in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg zur Gewährleistung der Kampfkraft erfolgen.
3. Die Politik eines Mitgliedstaats, nach der alle Frauen in Friedenszeiten und/oder bei der Vorbereitung für einen Krieg vom Dienst bei einer Eliteeinheit wie der im Vorlagebeschluß beschriebenen ausgeschlossen sind, fällt unter die in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vorgesehene Ausnahme.

4. Bei der Entscheidung, ob die Gründe, auf die der Mitgliedstaat die Durchführung dieser Politik gestützt hat, die Anwendung des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates rechtfertigen, hat das nationale Gericht zu prüfen, ob die betreffende Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.