

URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

21. Oktober 1999 *

In der Rechtssache C-333/97

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vom Arbeitsgericht Gelsenkirchen (Deutschland) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Susanne Lewen

gegen

Lothar Denda

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung von Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden), Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (ABl. L 348, S. 1) und Paragraph 2 Nummer 6 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (ABl. L 145, S. 4)

* Verfahrenssprache: Deutsch.

erläßt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Zweiten Kammer R. Schintgen in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Sechsten Kammer sowie der Richter P. J. G. Kapteyn (Berichterstatter) und G. Hirsch,

Generalanwalt: D. Ruiz-Jarabo Colomer
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

- der Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt F. Lorenz, Düsseldorf,
- des Beklagten, vertreten durch Assessor B. Pawelzik, Zahntechniker-Innung Münster,
- der deutschen Bundesregierung, vertreten durch Ministerialrat E. Röder, Bundesministerium für Wirtschaft, als Bevollmächtigten,
- der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch Assistant Treasury Solicitor J. E. Collins als Bevollmächtigten im Beistand von Barrister C. Lewis,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch Rechtsberater P. Hillenkamp und M. Wolfcarius, Juristischer Dienst, im Beistand von Rechtsanwalt T. Eilmansberger und Rechtsanwältin M. Pflügl, Brüssel,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Klägerin, vertreten durch Rechtsanwalt F. Lorenz, des Beklagten, vertreten durch B. Pawelzik, der deutschen Bundesregierung, vertreten durch Ministerialrat W.-D. Plessing, Bundesministerium der Finanzen, als Bevollmächtigten, der Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. E. Collins im Beistand von C. Lewis, und der Kommission, vertreten durch M. Wolfcarius im Beistand von Rechtsanwalt M. Barnert, Brüssel, in der Sitzung vom 28. Januar 1999,

nach Anhörung der Schlußanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 4. März 1999,

folgendes

Urteil

- 1 Das Arbeitsgericht Gelsenkirchen hat mit Beschluß vom 29. August 1997, beim Gerichtshof eingegangen am 24. September 1997, gemäß Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) drei Fragen nach der Auslegung von Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden), Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (ABl. L 348, S. 1) und Paragraph 2 Nummer 6 der Rahmenvereinbarung im Anhang der Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub (ABl. L 145, S. 4) zur Vorabentscheidung vorgelegt.
- 2 Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit, in dem die Klägerin vom Beklagten als Inhaber der Firma Denda Zahntechnik, Gelsenkirchen, ihrem Ar-

beitgeber, die Gewährung einer Weihnachtsgratifikation für 1996 begehrt.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

- 3 Nach Artikel 119 EG-Vertrag sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anzuwenden und beizubehalten. Unter Entgelt sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar und unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.

- 4 Artikel 8 der Richtlinie 92/85 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß den Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung gewährt wird, die sich entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung aufteilen.“

(2) Der Mutterschaftsurlaub gemäß Absatz 1 muß einen obligatorischen Mutterschaftsurlaub von mindestens zwei Wochen umfassen, die sich entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten auf die Zeit vor und/oder nach der Entbindung aufteilen.“

- 5 Die im Ausgangsverfahren einschlägigen Bestimmungen des Artikels 11 der Richtlinie 92/85 lauten wie folgt:

„Um den Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 die Ausübung der in diesem Artikel anerkannten Rechte in bezug auf ihre Sicherheit und ihren Gesundheitsschutz zu gewährleisten, wird folgendes vorgesehen:

1. ...

2. In dem in Artikel 8 genannten Fall müssen gewährleistet sein:

a) die mit dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2 verbundenen anderen Rechte als die unter dem nachstehenden Buchstaben b) genannten;

b) die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung für die Arbeitnehmerinnen im Sinne des Artikels 2.

3. Die Sozialleistung nach Nummer 2 Buchstabe b) gilt als angemessen, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde, wobei es gegebenenfalls eine von den einzelstaatlichen Gesetzgebern festgelegte Obergrenze gibt.“

- 6 Mit der Richtlinie 96/34 soll nach ihrem Artikel 1 die im Anhang dieser Richtlinie enthaltene Rahmenvereinbarung über Elternurlaub durchgeführt werden.

- 7 Paragraph 2 Nummer 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 lautet: „Die Rechte, die der Arbeitnehmer zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben, bleiben bis zum Ende des Elternurlaubs bestehen. Im Anschluß an den Elternurlaub finden diese Rechte mit den Änderungen Anwendung, die sich aus einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, Tarifverträgen oder Gepflogenheiten ergeben.“

- 8 Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 96/34 mußten die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen, die erforderlich sind, um dieser Richtlinie spätestens ab dem 3. Juni 1998 nachzukommen. Daher war zum Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber im Ausgangsverfahren die Gewährung der Weihnachtsgratifikation ablehnte, die Frist zur Umsetzung dieser Richtlinie noch nicht abgelaufen.

Nationales Recht

- 9 Die §§ 3 und 6 des Mutterschutzgesetzes (MuSchG) bestimmen:

„§ 3 (Beschäftigungsverbote für werdende Mütter)

- (1) Werdende Mütter dürfen nicht beschäftigt werden, soweit nach ärztlichem Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist.

- (2) werdende Mütter dürfen in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigt werden, es sei denn, daß sie sich zur Arbeitsleistung ausdrücklich bereit erklären; die Erklärung kann jederzeit widerrufen werden.

...

§ 6 (Beschäftigungsverbote nach der Entbindung)

- (1) Wöchnerinnen dürfen bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigt werden. Für Mütter nach Früh- und Mehrlingsgeburten verlängert sich diese Frist auf zwölf Wochen ...“

- 10 Der Erziehungsurlaub (Elternurlaub) ist im Gesetz über die Gewährung von Erziehungsgeld und Erziehungsurlaub — Bundeserziehungsgeldgesetz (BERzGG) geregelt. Der Erziehungsurlaub, der freiwillig und unabhängig vom Geschlecht in Anspruch genommen werden kann, beginnt gemäß § 15 Absatz 2 BERzGG frühestens mit Ablauf der Mutterschutzfrist und dauert höchstens bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes. Während dieses Zeitraums ruht der Arbeitsvertrag des beurlaubten Arbeitnehmers. Arbeitnehmer oder Arbeitnehmerinnen im Erziehungsurlaub erhalten kein Monatsgehalt, sondern ein sogenanntes Erziehungsgeld, eine staatliche Leistung, die entsprechend der Einkommenshöhe nach Maßgabe der §§ 1 ff. BERzGG gezahlt wird.

Das Ausgangsverfahren

- 11 Die Klägerin ist seit dem 1. September 1990 beim Beklagten in dessen Firma Denda Zahntechnik beschäftigt. Ihr Monatsgehalt beträgt 5 500 DM brutto innerhalb der 39,25-Stunden-Woche. Der Beklagte beschäftigt auch männliche Arbeitnehmer.

- 12 Die seit Anfang des Jahres 1996 schwangere Klägerin erbrachte ihre Arbeitsleistung vom 1. Januar bis zum 8. April 1996 sowie vom 15. bis zum 18. April 1996. In der Zeit vom 9. April bis zum 12. April sowie vom 19. April bis zum 15. Mai 1996 war sie beurlaubt. Am 16. Mai 1996 begann die sechswöchige Mutterschutzfrist nach § 3 Absatz 2 MuSchG, wobei als Geburtstermin der 27. Juni 1996 errechnet worden war. Die Tochter der Klägerin wurde am 12. Juni 1996 geboren. Die Mutterschutzfrist lief gemäß § 6 Absatz 1 MuSchG am 6. September 1996 ab. Seit dem 7. September 1996 befindet sich die Klägerin in dem von ihr beantragten Erziehungsurlaub gemäß den §§ 15 ff. BErzGG, der am 12. Juli 1999 enden sollte.
- 13 Wie die übrigen Beschäftigten hatte auch die Klägerin vom Beklagten in den Jahren vor 1996 jeweils zum 1. Dezember eine Weihnachtsgratifikation in Höhe eines Monatsgehalts erhalten. Sie mußte dabei folgende Erklärung unterschreiben:

„WEIHNACHTSGRATIFIKATION

Bei der Gewährung der Gratifikation handelt es sich um eine einmalige, freiwillige und jederzeit widerrufliche soziale Leistung, die auf das Weihnachtsfest dieses Jahres beschränkt ist. Durch diese Zahlung wird für die Zukunft daher weder dem Grunde noch der Höhe nach, auch nicht bezüglich der Auszahlungsmodalitäten sowie der Zusammensetzung der Gratifikation, ein Rechtsanspruch begründet.

Die Weihnachtsgratifikation wird weiter ausdrücklich unter dem Vorbehalt gewährt, daß Sie Ihr Arbeitsverhältnis nicht vor dem 1. Juli des Folgejahres aufkündigen oder schuldhaft einen Grund setzen, der uns berechtigt, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen. Das gleiche gilt für den Fall des Arbeitsvertragsbruches. Die Gratifikation ist nach diesem Vorbehalt bei Ausscheiden voll zurückzuzahlen.

Durch die Annahme der Gratifikation werden obige Vereinbarungen anerkannt.“

- 14 Die Klägerin beantragte mit ihrer Klage, die am 10. Januar 1997 beim Arbeitsgericht Gelsenkirchen erhoben wurde, den Beklagten zu verurteilen, ihr für das Jahr 1996 eine Weihnachtsgratifikation in Höhe von 5 500 DM brutto zu zahlen.
- 15 Das vorlegende Gericht führt namentlich folgendes aus:

„5. ...

Die Gratifikation hat nach Meinung der Kammer Entgeltcharakter im Sinne von Art. 119 EGV und Art. 11 Ziff. 2 b der Richtlinie 92/85/EWG in bezug auf geleistete Dienste im Jahr der Gewährung der Weihnachtsgratifikation.

Wenn Frauen, die sich zum Zeitpunkt der Gratifikationsgewährung im Erziehungsurlaub befinden, aus dem Kreis der potentiellen Anspruchsberechtigten einer Sonderzuwendung zu Weihnachten herausgenommen werden, wird nicht berücksichtigt, daß das Arbeitsverhältnis dieser Frauen trotz eines durch Erziehungsurlaub bedingten Ruhens der gegenseitigen Pflichten fortbesteht und damit die sich im Erziehungsurlaub befindliche Mutter betriebsstreu bleibt. Eine drohende Versagung von Gratifikationsleistungen kann zudem mit dazu beitragen, niedergekommene Frauen davon abzuhalten, im Interesse des Kindes von ihrem Recht auf Erziehungsurlaub Gebrauch zu machen. Für gänzlich unvereinbar mit dem unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungsverbot des EGV und des hierzu ergangenen Sekundärrechts hält es die Kammer, wenn eine Differenzierung zwischen aktiven und sich im Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitnehmern bei Ausschüttung einer Gratifikation dergestalt erfolgt, daß nicht einmal zurückliegende Arbeitsleistung im Bezugsjahr und auch nicht Zeiten des Beschäftigungsverbotes einer schwangeren und niedergekommenen Frau teilweise anspruchserhaltend berücksichtigt werden. Ein Motiv des Arbeitgebers — wie es

der Beklagte für sich selbst vorträgt —, mit einer Gratifikation nur Anreiz für weitere Dienstleistungen geben zu wollen (welche der Arbeitgeber aufgrund eines längeren Erziehungsurlaubs der Mutter in naher Zukunft nicht erwarten kann) gibt nach Meinung der Kammer keine ausreichende Rechtfertigung, die Tatsache von im Gewährungsjahr erbrachten Dienstleistungen und die Zeiten der Beschäftigungsverbote der werdenden und niedergekommenen Mutter bei der Verteilung von Gratifikationsleistungen, also bei der Zumessung von Entgelten und Arbeitsentgelten im Sinne europäischer Rechtsvorschriften, außer acht zu lassen. Von den Dienstleistungen der Mutter hat der Arbeitgeber nämlich im Bezugsjahr profitiert und die Beschäftigungsverbote des MuSchG greifen von Gesetzes wegen, ohne daß es eines Antrages der Mutter bedarf. Daß eine Mutter unmittelbar nach Ablauf der Beschäftigungsverbote von ihrem Recht auf Gewährung des Erziehungsurlaubs Gebrauch gemacht hat, in dem sie sich dann zum Zeitpunkt der Gratifikationszahlung befindet, gründet im wesentlichen auf einem geschlechtsspezifischen Umstand.

Eine Nichtberücksichtigung von Zeiten des Beschäftigungsverbotes aufgrund Mutterschutzes bei der Zumessung und Berechnung einer Gratifikation widerspricht zudem nach Auffassung der Kammer der mit der Richtlinie 92/85/EWG bezweckten Sicherung der ‚Fortzahlung eines Arbeitsentgelts‘ im Sinne von Art. 11 Ziff. 2 b der Richtlinie. In seinem Urteil vom 21. 02. 1996 in der Rechtssache C-342/93 (Gillespie, Slg. 1996, I-475) hatte der Gerichtshof noch keine Gelegenheit, Art. 11 Ziff. 2 b der Richtlinie 92/85/EWG auszulegen, da der maßgebliche Sachverhalt sich vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie abspielte. Zeiten von Beschäftigungsverboten nach dem MuSchG dürfen nach dieser Vorschrift mit Zeiten einer Arbeitsunfähigkeit, die nach Meinung des Bundesarbeitsgerichts gratifikationsmindernd berücksichtigt werden können, nicht gleichgesetzt werden, abgesehen davon, daß der beklagte Arbeitgeber in seinem Betrieb solche Arbeitsunfähigkeitszeiten bei den im Jahre 1996 mit einer Gratifikation bedachten Arbeitnehmern nicht mindernd in Rechnung gestellt hat.

Auch hinsichtlich Art. 119 Absatz 1 EGV und Art. 1 der Richtlinie 75/117/EWG ist die Kürzung einer Jahressonderzahlung aufgrund von Fehlzeiten wegen des gesetzlichen Mutterschutzes nach Auffassung der Kammer gemeinschaftsrechtlich nicht zulässig. Soweit der Gerichtshof in seinem Urteil in der o. g. Rechtssache ‚Gillespie‘ zur Auslegung von Art. 119 EGV und Art. 1 der Richtlinie 75/117/

EWG Stellung genommen hat, hat er zwar zum Ausdruck gebracht, daß die genannten Vorschriften ‚keine bestimmten Kriterien für die Bestimmung der Höhe der den Arbeitnehmerinnen während dieser Zeit zu zahlenden Leistungen‘ aufstellen (Randnr. 20 des Urteils). Jedoch muß ‚eine Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs in den Genuß einer vor oder während dieses Zeitraumes erfolgten Lohnerhöhung gelangen‘ (Randnr. 21 des Urteils). Mithin hat eine solche Arbeitnehmerin dann, wenn sie nach den nationalen gesetzlichen Regelungen Anspruch auf Weiterzahlung ihres vollen Arbeitsentgelts hat — dies ist in der Bundesrepublik Deutschland nach §§ 13, 14 MuSchG der Fall — gemeinschaftsrechtlich auch Anspruch auf alle nachträglichen Lohnerhöhungen, die sich auf den Zeitpunkt der mutterschutzbedingten Abwesenheit beziehen. Dies hat auch für eine Jahressonderzahlung mit Mischcharakter... zu gelten, die zumindest teilweise auch zur Anerkennung der Arbeitsleistung im Gewährungsjahr gezahlt wird.“

Die Vorlagefragen

- 16 Daher hat das Arbeitsgericht Gelsenkirchen beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:
1. Ist eine Gratifikation aus Anlaß des Weihnachtsfestes Entgelt im Sinne von Artikel 119 EG-Vertrag bzw. „Arbeitsentgelt“ im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85/EWG für geleistete Dienste im Jahr der Gewährung der Gratifikation auch dann, wenn diese vom Arbeitgeber überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistung und/oder Betriebstreue gewährt wird? Ist ein solcher Entgeltcharakter zumindest dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber nicht vor Beginn des Jahres der Gewährung angekündigt hat, daß er im folgenden Jahr zu Weihnachten ausschließlich auf zukünftige Arbeitsleistung abstellen, also Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse im Auszahlungszeitpunkt und weiterhin ruhen, von der Leistung ausnehmen wolle?

2. Stellt es einen Verstoß gegen Artikel 119 EG-Vertrag, Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85/EWG und Paragraph 2 Nummer 6 der (umzusetzenden) Richtlinie 96/34/EG dar, wenn ein Arbeitgeber Frauen, die sich im Auszahlungszeitpunkt der Weihnachtsgratifikation im Erziehungsurlaub befinden, im vollen Umfang von dem Bezug der Gratifikation ausschließt, ohne im Jahr der Gewährung geleistete Arbeit und zurückgelegte Mutterschutzfristen (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen?

3. Falls die Frage zu 2 zu bejahen ist:

Ist ein Verstoß gegen Artikel 119 EG-Vertrag, Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85/EWG und Paragraph 2 Nummer 6 der Richtlinie 96/34/EG gegeben, wenn ein Arbeitgeber bei Gewährung einer Weihnachtsgratifikation an eine sich im Erziehungsurlaub befindende Frau folgende Zeiten anteilig leistungsmindernd berücksichtigt:

— Zeiten des Erziehungsurlaubs

— Zeiten der Mutterschutzfristen (Beschäftigungsverbote)?

Zur ersten Frage

- 17 Mit seiner ersten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob eine Weihnachtsgratifikation der im Ausgangsverfahren streitigen Art auch dann unter den Begriff des Entgelts im Sinne von Artikel 119 des Vertrages oder des Arbeitsentgelts im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 fällt, wenn sie vom Arbeitgeber überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistungen und/oder Betriebstreue gewährt wird.

- 18 Nach Ansicht des Beklagten ist die Gratifikation nicht als Entgelt im Sinne von Artikel 119 des Vertrages anzusehen, da sie von ihm freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gewährt werde.
- 19 Nach ständiger Rechtsprechung umfaßt der Begriff des Entgelts im Sinne von Artikel 119 Absatz 2 des Vertrages alle gegenwärtigen oder künftigen Leistungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses gewährt, unabhängig davon, ob sie aufgrund eines Arbeitsvertrags, kraft einer Rechtsvorschrift oder freiwillig gewährt werden (vgl. Urteile vom 25. Mai 1971 in der Rechtssache 80/70, Defrenne, Slg. 1971, 445, Randnr. 6; vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81, Garland, Slg. 1982, 359, Randnr. 10, und vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 20).
- 20 Für die Anwendung von Artikel 119 ist es unerheblich, aus welchem Grund der Arbeitgeber die Leistung gewährt, sofern er diese im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis erbringt.
- 21 Daher ist eine Weihnachtsgratifikation der im Ausgangsverfahren streitigen Art auch dann Entgelt im Sinne von Artikel 119 des Vertrages, wenn sie freiwillig gezahlt wird und wenn sie überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistung und/oder Betriebstreue gewährt wird.
- 22 Was den Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 angeht, so soll diese Bestimmung sicherstellen, daß Arbeitnehmerinnen während ihres Mutterschaftsurlaubs Bezüge in der in Artikel 11 Nummer 3 dieser Richtlinie geregelten Höhe erhalten, unabhängig davon, ob diese Bezüge in Form einer Sozialleistung, eines Arbeitsentgelts oder einer Kombination aus beiden gewährt werden (Urteil vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-411/96, Boyle u. a., Slg. 1998, I-6401, Randnrn. 31 bis 33).

- 23 Da die Gratifikation, um die es im Ausgangsverfahren geht, nicht sicherstellen soll, daß die Arbeitnehmerin während des Mutterschaftsurlaubs Bezüge in der genannten Höhe erhält, kann sie nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 fallen.
- 24 Daher ist auf die erste Frage zu antworten, daß eine Weihnachtsgratifikation der im Ausgangsverfahren streitigen Art auch dann Entgelt im Sinne von Artikel 119 des Vertrages ist, wenn sie vom Arbeitgeber freiwillig gewährt wird und wenn sie überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistung und/oder Betriebstreue dienen soll. Dagegen fällt sie nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85.

Zur zweiten Frage

- 25 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob Artikel 119 des Vertrages, Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85 und § 2 Nr. 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 es untersagen, daß ein Arbeitgeber Frauen, die sich zum Zeitpunkt der Zahlung einer freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gewährten Gratifikation im Erziehungsurlaub befinden, vollständig von der Gewährung dieser Gratifikation ausschließt, ohne im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit oder zurückgelegte Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen.
- 26 Das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern ist wegen seines Charakters nicht nur für staatliche Stellen verbindlich, sondern erstreckt sich auch auf alle Tarifverträge, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln, und auf alle Verträge zwischen Privatpersonen (insbes. Urteile vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89, Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 11, und vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-281/97, Krüger, Slg. 1999, I-5127, Randnr. 20). Dieses Verbot ist auch für das einseitige Handeln eines Arbeitgebers gegenüber seinem Personal verbindlich.

- 27 Die Feststellung, daß eine Vergünstigung wie die im Ausgangsverfahren streitige Weihnachtsgratifikation unter den weiten Entgeltsbegriff von Artikel 119 des Vertrages fällt, bedeutet nicht notwendig, daß sie als Vergütung für in der Vergangenheit, im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Dienste anzusehen wäre, wie das vorliegende Gericht anzunehmen scheint. Dies ist jedoch eine Tatsachenfrage, die das nationale Gericht anhand seines nationalen Rechts zu beurteilen hat.
- 28 Das vorliegende Gericht muß daher zur Qualifizierung der Gratifikation nach seinem nationalen Recht prüfen, ob das Vorbringen des Beklagten, er habe mit der Gewährung der Weihnachtsgratifikation für das Jahr 1996 das Ziel verfolgt, den am 1. Dezember 1996 „aktiv“ im Arbeitsverhältnis stehenden Mitarbeitern einen Anreiz zu geben, auch in den Folgemonaten gute Arbeitsleistungen zu erbringen, und sie auf diese Weise für ihre künftige Betriebstreue zu belohnen, stichhaltig ist.
- 29 Für eine sachdienliche Beantwortung der Frage ist daher in Anbetracht der Zweifel hinsichtlich der Qualifizierung der Gratifikation nach nationalem Recht zunächst von der Annahme auszugehen, daß eine Gratifikation, die ein Arbeitgeber freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gewährt, keine Vergütung für in der Vergangenheit geleistete Arbeit darstellt und daß ihre Zahlung nur von der Voraussetzung abhängt, daß der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im aktiven Beschäftigungsverhältnis stand.
- 30 Erstens fällt die Gewährung einer Gratifikation als vom Arbeitgeber freiwillig zu Weihnachten gezahlte Zuwendung an einen Arbeitnehmer im Erziehungsurlaub weder unter Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85 noch unter Paragraph 2 Nummer 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34.
- 31 Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85 findet deshalb keine Anwendung, weil Buchstabe a die mit dem Arbeitsvertrag der Arbeitnehmerinnen verbundenen Rechte betrifft, die im Fall eines Mutterschaftsurlaubs gewährleistet sein müssen. Die freiwillig als Sonderzuwendung im Erziehungsurlaub und nicht im Mutter-

schaftsurlaub gewährte Gratifikation kann nicht als ein im Fall der Mutterschaft zu gewährleistendes Recht angesehen werden. Buchstabe b findet, wie aus Randnummer 23 des vorliegenden Urteils hervorgeht, ebenfalls keine Anwendung.

- 32 Was Paragraph 2 Nummer 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 angeht, so ist die Gratifikation kein Recht, das die Arbeitnehmerin „zu Beginn des Elternurlaubs erworben hatte oder dabei war zu erwerben“, da sie freiwillig nach dem Beginn dieses Urlaubs gewährt wurde.
- 33 Zweitens ist in bezug auf Artikel 119 des Vertrages festzustellen, daß in einer derartigen Praxis des Arbeitgebers keine unmittelbare Diskriminierung liegt, da sie unterschiedslos für männliche und weibliche Arbeitnehmer gilt. Daher ist zu prüfen, ob sie eine mittelbare Diskriminierung sein kann.
- 34 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn eine nationale Maßnahme zwar neutral formuliert ist, in ihrer Anwendung aber wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt (insbesondere Urteil Boyle u. a., Randnr. 76).
- 35 Wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, nehmen Frauen weitaus häufiger als Männer Erziehungsurlaub in Anspruch, was im übrigen durch die Situation im Betrieb des Beklagten bestätigt wird.
- 36 Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird (Urteil Boyle u. a., Randnr. 39).

- 37 Ein Arbeitnehmer, der den ihm gesetzlich zustehenden Anspruch auf Erziehungsurlaub in Verbindung mit einer vom Staat gewährten Erziehungsbeihilfe wahrnimmt, befindet sich in einer besonderen Situation, die nicht mit derjenigen eines Mannes oder einer Frau, die arbeiten, gleichgesetzt werden kann, denn ein wesentliches Merkmal dieses Urlaubs besteht darin, daß der Arbeitsvertrag und somit die jeweiligen Pflichten von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ruhen.
- 38 Die Weigerung eines Arbeitgebers, einer Frau im Erziehungsurlaub eine von ihm freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gezahlte Gratifikation zu gewähren, stellt daher keine Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 des Vertrages dar, wenn die Gewährung dieser Zuwendung nur von der Voraussetzung abhängt, daß der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im aktiven Beschäftigungsverhältnis steht.
- 39 Anders verhielte es sich, wenn das nationale Gericht anhand seines nationalen Rechts die im Ausgangsverfahren streitige Gratifikation als Vergütung für im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit zu qualifizieren hätte.
- 40 In einem solchen Fall würde ein Arbeitgeber, der Arbeitnehmern im Erziehungsurlaub, die im Jahr der Gewährung der Gratifikation gearbeitet haben, eine, gegebenenfalls anteilig gekürzte, Gratifikation nur deshalb nicht gewährt, weil ihr Arbeitsverhältnis zum Zeitpunkt der Gewährung der Gratifikation ruht, diese Arbeitnehmer gegenüber denjenigen benachteiligen, deren Arbeitsverhältnis bei der Gewährung der Gratifikation nicht ruht und die die Gratifikation tatsächlich als Vergütung für in diesem Jahr geleistete Arbeit erhalten. Eine solche Weigerung stellt daher eine Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 des Vertrages dar, da sich, wie in Randnummer 35 des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, weibliche Arbeitnehmer bei der Gewährung der Gratifikation häufiger im Erziehungsurlaub befinden werden als männliche Arbeitnehmer.
- 41 Was die Frage der Berücksichtigung von Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) angeht, so sind diese Zeiten Beschäftigungszeiten gleichzustellen.

- 42 Würden nämlich Mutterschutzzeiten für die Zwecke der Gewährung einer Gratifikation, mit der geleistete Arbeit vergütet werden soll, nicht als Beschäftigungszeiten berücksichtigt, so würde eine Arbeitnehmerin allein aufgrund ihrer Arbeitnehmereigenschaft diskriminiert, da diese Zeiten als Beschäftigungszeiten angerechnet worden wären, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre.
- 43 Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, daß es Artikel 119 des Vertrages untersagt, daß ein Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen im Erziehungsurlaub vollständig von der Gewährung einer freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gezahlten Gratifikation ausschließt, ohne im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit oder Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen, wenn diese Gratifikation eine Vergütung für in diesem Jahr geleistete Arbeit sein soll.
- 44 Dagegen verbieten es weder Artikel 119 des Vertrages noch Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85, noch Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34, einer Frau im Erziehungsurlaub die Gewährung einer solchen Gratifikation zu verweigern, wenn die Gewährung dieser Zuwendung nur von der Voraussetzung abhängt, daß sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im aktiven Beschäftigungsverhältnis befindet.

Zur dritten Frage

- 45 Mit seiner dritten Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob es Artikel 119 des Vertrages, Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 und Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 untersagen, daß ein Ar-

beitgeber bei der Zahlung einer Weihnachtsgratifikation an eine Arbeitnehmerin, die sich im Erziehungsurlaub befindet, folgende Zeiten anteilig leistungsmindernd berücksichtigt:

— Zeiten des Erziehungsurlaubs

— Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote).

46 Erstens fällt, wie in den Randnummern 23 und 32 des vorliegenden Urteils festgestellt worden ist, die Gewährung einer freiwillig als Zuwendung gezahlten Gratifikation zu Weihnachten während des Erziehungsurlaubs eines Arbeitnehmers weder unter Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 noch unter Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34.

47 Zweitens geht aus der Antwort auf die zweite Frage hervor, daß der Umstand, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation der im Ausgangsverfahren streitigen Art im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit und zurückgelegte Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) nicht berücksichtigt, eine Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 des Vertrages darstellt.

48 Somit untersagt es Artikel 119 des Vertrages, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation Mutterschutzzeiten anteilig leistungsmindernd berücksichtigt.

49 Dagegen ist er nicht gehindert, Zeiten des Erziehungsurlaubs anteilig leistungsmindernd zu berücksichtigen, da, wie in Randnummer 37 des vorliegenden Ur-

teils ausgeführt worden ist, die Situation der Arbeitnehmer, die sich im Erziehungsurlaub befinden, nicht derjenigen eines Mannes oder einer Frau, die arbeiten, gleichgestellt werden kann.

- 50 Daher ist auf die dritte Frage zu antworten, daß es Artikel 119 des Vertrages, Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 und Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 es nicht untersagen, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation an eine Frau, die sich im Erziehungsurlaub befindet, Zeiten des Erziehungsurlaubs anteilig leistungsmindernd berücksichtigt.
- 51 Dagegen untersagt es Artikel 119 des Vertrages, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) anteilig leistungsmindernd berücksichtigt.

Kosten

- 52 Die Auslagen der deutschen Regierung und der Regierung des Vereinigten Königreichs sowie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, die vor dem Gerichtshof Erklärungen abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Arbeitsgericht Gelsenkirchen mit Beschluß vom 29. August 1997 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. Eine Weihnachtsgratifikation der im Ausgangsverfahren streitigen Art ist auch dann Entgelt im Sinne von Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden), wenn sie vom Arbeitgeber freiwillig gewährt wird und wenn sie überwiegend oder ausschließlich zum Anreiz für zukünftige Dienstleistung und/oder Betriebstreue dienen soll. Dagegen fällt sie nicht unter den Begriff des Arbeitsentgelts im Sinne von Artikel 11 Nummer 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG).
2. Artikel 119 des Vertrages untersagt es, daß ein Arbeitgeber Arbeitnehmerinnen im Erziehungsurlaub vollständig von der Gewährung einer freiwillig als Sonderzuwendung zu Weihnachten gezahlten Gratifikation ausschließt, ohne im Jahr der Gewährung der Gratifikation geleistete Arbeit oder Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) zu berücksichtigen, wenn diese Gratifikation eine Vergütung für in diesem Jahr geleistete Arbeit sein soll.

Dagegen verbieten es weder Artikel 119 des Vertrages noch Artikel 11 Nummer 2 der Richtlinie 92/85, noch Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der

Richtlinie 96/34 des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, einer Frau im Erziehungsurlaub die Gewährung einer solchen Gratifikation zu verweigern, wenn die Gewährung dieser Zuwendung nur von der Voraussetzung abhängt, daß sich der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Gewährung im aktiven Beschäftigungsverhältnis befindet.

3. Artikel 119 des Vertrages, Artikel 11 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 92/85 und Paragraph 2 Absatz 6 des Anhangs der Richtlinie 96/34 untersagen es nicht, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation an eine Frau, die sich im Erziehungsurlaub befindet, Zeiten des Erziehungsurlaubs anteilig leistungsmindernd berücksichtigt.

Dagegen untersagt es Artikel 119 des Vertrages, daß ein Arbeitgeber bei der Gewährung einer Weihnachtsgratifikation Mutterschutzzeiten (Beschäftigungsverbote) anteilig leistungsmindernd berücksichtigt.

Schintgen

Kapteyn

Hirsch

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 21. Oktober 1999.

Der Kanzler

Der Präsident der Sechsten Kammer

R. Grass

J. C. Moitinho de Almeida