

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GEORGES COSMAS  
vom 14. Juli 1998 \*

Inhaltsverzeichnis

I — Vorbemerkungen .....	I - 627
II — Rechtlicher Rahmen .....	I - 627
A — Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen .....	I - 627
B — Nationale Rechtsvorschriften .....	I - 629
III — Sachverhalt .....	I - 632
IV — Die Vorabentscheidungsfragen .....	I - 633
V — Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen .....	I - 634
A — Vorbemerkungen zu den ersten beiden Fragen .....	I - 634
B — Zur ersten Frage .....	I - 635
C — Zur zweiten Frage .....	I - 636
D — Zu den anderen Fragen .....	I - 642
E — Mein Standpunkt in dieser Rechtssache .....	I - 644
a) Zu Artikel 5 der Richtlinie .....	I - 647
b) Zu Artikel 6 der Richtlinie .....	I - 650
F — Die Hypothese der mittelbaren Diskriminierung .....	I - 655
G — Folgerungen .....	I - 664
VI — Ergebnis .....	I - 665

\* Originalsprache: Griechisch.

## I — Vorbemerkungen

1. Mit fünf Vorabentscheidungsfragen ersucht das House of Lords (Vereinigtes Königreich) den Gerichtshof um Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag und der Vorschriften der 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<sup>1</sup>.

2. Der Streit im Ausgangsverfahren beruht darauf, daß zwei Arbeitnehmerinnen von ihren Arbeitgebern entlassen wurden, bevor sie zwei Beschäftigungsjahre vollendet hatten. Ursache des Streites ist, daß den entlassenen Arbeitnehmerinnen das Recht auf Schutz vor „sozial ungerechtfertigter Entlassung“, das Arbeitnehmern nach dem Recht des Vereinigten Königreichs zusteht, vorenthalten blieb, weil sie die entsprechende Voraussetzung, nämlich zwei Jahre ununterbrochener Beschäftigung vor der Entlassung, nicht erfüllten.

3. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die genannte Voraussetzung der zwei Beschäftigungsjahre in den Anwendungsbereich des Artikels 119 des Vertrages oder in den der Richtlinie 76/207 fällt, ob sich hieraus eine Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen

gegenüber Arbeitnehmern ergibt (und falls dies zu bejahen ist, unter welchen Bedingungen diese Behandlung gerechtfertigt sein kann) und ob die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs vorgesehene Entschädigung u. a. für eine sozial ungerechtfertigte oder rechtswidrige Entlassung ein „Entgelt“ im Sinne des Artikels 119 des Vertrages darstellt oder unter die Richtlinie 76/207 fällt.

## II — Rechtlicher Rahmen

### A — Gemeinschaftsrechtlicher Rahmen

4. Artikel 119 des Vertrages bestimmt:

„Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten.

Unter ‚Entgelt‘ im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergünstigungen zu verstehen, die der Arbeitgeber auf Grund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar oder unmittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.

<sup>1</sup> — ABl. L 39, S. 40.

Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts bedeutet:

a) daß das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit auf Grund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird;

b) daß für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist.“

5. Dieser Artikel wurde durch die Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen konkretisiert <sup>2</sup>.

Artikel 1 dieser Richtlinie bestimmt im einzelnen, daß dieser Grundsatz bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit zur Beseitigung jeglicher Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei sämtlichen Bestandteilen und Voraussetzungen des Entgelts führt <sup>3</sup>.

<sup>2</sup> — ABl. L 45, S. 19.

<sup>3</sup> — Vgl. insbesondere Urteil vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911, Randnr. 22).

6. Ein Jahr nach Erlass dieser Richtlinie wurde die Richtlinie 76/207 erlassen, die nach ihrem Artikel 1 auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen gerichtet ist.

7. Nach Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie bedeutet der Grundsatz der Gleichbehandlung, daß „keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf“.

8. Artikel 5 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden.“

(2) Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen,

a) daß die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden;

...“

9. Artikel 6 verpflichtet die Mitgliedstaaten zum Erlaß der innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, „seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“.

## B — Nationale Rechtsvorschriften

10. Im Vereinigten Königreich ist das Recht auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung („right not to be unfairly dismissed“) zuerst im Industrial Relations Act 1971 verankert worden, und zwar im Einklang mit der Empfehlung Nr. 119 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) von 1963, der zufolge der Arbeitsvertrag nicht grundlos beendet werden darf.

11. Zu der im Ausgangsverfahren entscheidungserheblichen Zeit war das Recht der Arbeitnehmer auf Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassung in den Sections 54 bis 80 des Employment Protection (Consolidation) Act 1978 in der 1985 geänderten Fassung geregelt (nachstehend: Gesetz von 1978)<sup>4</sup>.

12. Section 54 des Gesetzes sieht vor, daß jeder Arbeitnehmer, auf den diese Section anwendbar ist, Anspruch auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung durch seinen Arbeitgeber hat.

13. Damit festgestellt werden kann, ob die Entlassung ungerechtfertigt ist, hat der Arbeitgeber nach Section 57 den Grund der Entlassung zu nennen und anzugeben, ob dieser Grund einer der im Gesetz genannten Gründe oder ein anderer, die Entlassung rechtfertigender Grund ist (Subsection 1).

Bei den im Gesetz genannten Gründen kann es sich um Fähigkeiten oder Qualifikationen des Arbeitnehmers, um sein Verhalten oder darum handeln, daß er nicht mehr benötigt wird oder einer Beschäftigung gesetzlich nicht nachgehen durfte (Subsection 2). Bestimmte Gründe wie Schwangerschaft oder gewerkschaftliche Tätigkeit werden unmittelbar vom Gesetz für unzulässig erklärt.

<sup>4</sup> — Ähnliche Bestimmungen finden sich nun in Kapitel X des Employment Rights Act 1996, Artikel 94 ff.

Sind die Voraussetzungen von Subsection 1 erfüllt, so ist die Frage, ob die Entlassung ungerechtfertigt ist, anhand der konkreten Umstände, insbesondere der Größe und der Mittel des Unternehmens, nach Billigkeitsgrundsätzen zu würdigen (Subsection 3).

Dauer seiner Betriebszugehörigkeit auf der neuen Stelle und den Zeitpunkt fest, bis zu dem der Arbeitgeber seiner Entscheidung nachzukommen hat (Section 69 [4]).

14. Gemäß Section 68 kann das zuständige Industrial Tribunal, wenn es die Klage des entlassenen Arbeitnehmers für begründet hält, drei Arten von Anordnungen treffen, die es zuvor dem Arbeitnehmer erläutert, und zwar folgende:

c) Erweisen sich diese Lösungen nicht als angemessen oder wirksam, so kann das Gericht eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung zusprechen (Section 68 [2]).

a) Es kann eine Wiedereingliederung (reinstatement) des Arbeitnehmers in die gekündigte Stellung anordnen, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer so zu behandeln, als sei er nie entlassen worden. Das Gericht legt die Rechte des Arbeitnehmers fest. Es verpflichtet den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer das zu zahlen, was dieser ohne die Entlassung regelmäßig erhalten hätte (Section 69 [2]).

15. Im letztgenannten Fall setzt sich die Entschädigung wie folgt zusammen: erstens aus einer Grundentschädigung, die das Arbeitsentgelt ersetzen soll, das dem Arbeitnehmer wegen seiner Entlassung entgangen ist (Section 73), zweitens aus einem Ausgleichsbetrag, den das Gericht unter den gegebenen Umständen wegen der Schädigung des Arbeitnehmers für gerecht und billig hält, soweit dieser Schaden dem Arbeitgeber angelastet werden kann (Section 74).

b) Ist die Wiedereingliederung nicht möglich, so kann das Gericht den Arbeitgeber, seinen Rechtsnachfolger oder seinen Mitgesellschafter verpflichten, den entlassenen Arbeitnehmer auf eine Stelle, die der gekündigten Stellung vergleichbar ist, oder eine andere angemessene Stelle neu einzustellen. Zugleich legt das Gericht die einzelnen Rechte des Arbeitnehmers wie sein Arbeitsentgelt, seine Rechte während der Zeit der Entlassung, die

16. Es sollte besonders darauf hingewiesen werden, daß das Gesetz in bestimmten Fällen die Zahlung einer erhöhten Zusatzentschädigung vorsieht. Gemäß Section 71 (3) gehören zu diesen Fällen insbesondere:

„eine diskriminierende Entlassung im Sinne des Sex Discrimination Act 1975, die nach

diesem Gesetz verboten ist (Subsection 3 [b])<sup>5</sup>, sowie

Den Angaben der Verfahrensbeteiligten ist zu entnehmen, daß diese zeitliche Einschränkung erstmals durch den Industrial Relations Act 1971 (Section 28) eingeführt und betrug damals 104 Wochen (etwa zwei Jahre).

eine diskriminierende Entlassung, die nach dem Race Relations Act 1976 verboten ist (Subsection 3 [c]).

1974 hob der Trade Union and Labour Relations Act 1974 das frühere Gesetz auf, führte aber den Schutz des Arbeitnehmers vor sozial ungerechtfertigter Entlassung wieder ein und legte die erwähnte Beschäftigungszeit auf ein Jahr fest, das dann (unter einer Labour-Regierung) auf 26 Wochen verkürzt wurde.

17. Das Recht auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung hängt indessen von einer wichtigen zeitlichen Einschränkung ab. Section 64 des Gesetzes in der Fassung der Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1985<sup>5</sup> bestimmt, daß Section 54 nicht für Arbeitnehmer gilt, die zum Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht seit mindestens zwei Jahren ununterbrochen beschäftigt waren.

Das Gesetz von 1978 behielt die Zeit von 26 Wochen bei.

1979 verdoppelte eine konservative Regierung mit der Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order 1979 diese zeitliche Beschränkung, die damit ein Jahr betrug.

18. Diese Voraussetzung hat Änderungen erfahren, die hier mitzuteilen ich für aufschlußreich halte und die auch die Philosophie der politischen Kräfte widerspiegeln, die in den letzten dreißig Jahren im Vereinigten Königreich an der Macht waren.

1980 wurde diese Beschränkung unter der konservativen Regierung teilweise geändert und betrug für Arbeitnehmer kleiner Unternehmen mit weniger als 20 Arbeitnehmern zwei Jahre (Section 8 des Employment Act 1980).

<sup>5</sup> — S. I. 1985/782.

Diese Beschränkungen (d. h. ein Jahr für Unternehmen mit mehr als zwanzig und zwei Jahre für Unternehmen mit weniger als zwanzig Arbeitnehmern) galten bis 1985, d. h., bis mit der genannten Order 1985 die Beschränkung einheitlich für alle Arbeitnehmer auf zwei Jahre festgelegt wurde.

### III — Sachverhalt

19. Wie aus den Akten des Ausgangsverfahrens hervorgeht, wurde Frau Seymour-Smith am 1. Februar 1990 von C. & Co. Estate Agents als Sekretärin eingestellt. Nach ihrem Vorbringen begann ihr Arbeitgeber etwa zwei Monate später, sie in verletzender Weise zu behandeln. Sie behauptet u. a., daß er sie nach Entlassung der Reinemachefrau gezwungen habe, ihr Büro zu reinigen, weil dies Teil ihrer Aufgaben als Sekretärin und „Frauenarbeit“ sei, die dem männlichen Büropersonal nicht obliege. Außerdem habe er sie in Gegenwart des Personals mit Schimpfworten belegt. Sie wurde dann am 1. Mai 1991 entlassen.

20. Sie rief deshalb das Industrial Tribunal an und beantragte, ihre Entlassung als ungerechtfertigt zu behandeln und ihren Arbeitgeber zur Zahlung einer Entschädigung zu verurteilen.

21. Dem Urteil des Divisional Court (S. 3) ist zu entnehmen, daß ihre Klage für unzulässig gehalten wurde, weil sie nicht gemäß der Order 1985 zwei Jahre bei ihrem Arbeitgeber beschäftigt gewesen sei.

22. Frau Perez wurde am 19. Februar 1990 von der M. S. Restoration Ltd als Büromanagerin/Persönliche Assistentin eines der Direktoren angestellt. Sie behauptet, dieser Direktor sei mit ihren Leistungen zufrieden gewesen und habe ihr mehrfach zugesagt, ihr verschiedene Leistungen und Vergünstigungen zu gewähren, insbesondere eine Geschäftsbeteiligung und eine Stellung als Sekretärin bei einer zu gründenden Gesellschaft. Diese Gesellschaft sei auch gegründet worden, aber sie habe weder eine Stelle als Sekretärin noch eine Beteiligung an dieser Gesellschaft erhalten und sich daher beim Direktor beschwert. Einige Tage später habe sie ihren normalen Urlaub angetreten, dann aber bei ihrer Rückkehr am 25. März 1991 vom Direktor die Kündigung erhalten.

23. Frau Perez rief daraufhin das Industrial Tribunal mit der Begründung an, ihre Entlassung sei ungerechtfertigt und sie habe daher einen Anspruch auf Entschädigung gegen ihren Arbeitgeber.

24. Die Geschäftsstelle des Gerichts teilte ihr schriftlich mit, ihre Klage sei grundsätzlich als unzulässig anzusehen, weil sie entgegen der Order 1985 keine zwei Beschäftigungsjahre bei ihrem Arbeitgeber nachweisen könne.

25. Die beiden Klägerinnen riefen daraufhin den High Court, Queen's Bench Division, an und beantragten die Zulassung einer Klage auf „Rechtmäßigkeitsprüfung“ (judicial review) der Order 1985 zur Änderung von Section 64 des Gesetzes von 1978 mit der Begründung, daß diese Order gegen die Richtlinie 76/207 verstoße. Die Zulassung wurde am 12. September 1991 ausgesprochen.

26. Vor dem Divisional Court machten sie geltend, die erwähnte Zweijahresvoraussetzung führe zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen und sei objektiv nicht gerechtfertigt. Sie beriefen sich insoweit auf statistische Daten, denen sich entnehmen läßt, daß im Zeitraum 1985—1990 mehr Frauen von der Zweijahresregel betroffen waren als Männer. Der Secretary of State machte geltend, daß diese Daten, die er als solche nicht in Frage stelle, nicht bewiesen, daß die streitige Vorschrift diskriminierend sei, und daß sie auf jeden Fall aus sozialpolitischen Gründen gerechtfertigt sei, nämlich durch das Bestreben, den Arbeitgebern die Einstellung von Aushilfspersonal zu erleichtern.

27. Am 20. Mai 1994 wies der Divisional Court die Klägerinnen mit ihrer Klage ab und vertrat die Auffassung, die Order 1985 führe nicht zu einer gegen die Richtlinie 76/207 verstoßenden Diskriminierung von Frauen; wenn dies allerdings doch der Fall sein sollte, sei ein objektiver Grund, der dies rechtfertigen könne, nicht zu sehen.

28. Die Klägerinnen legten gegen dieses Urteil Berufung beim Court of Appeal ein. Dieser entschied am 31. Juli 1995, daß die Order 1985 entgegen dem Verbot der Richtlinie 76/207 zu einer mittelbaren Diskriminierung von Frauen zur maßgeblichen Zeit geführt habe, die nicht objektiv gerechtfertigt werden könne. Zugleich wurde den Klägerinnen eine Erweiterung ihres Vorbringens gestattet, wonach die streitige Order gegen Artikel 119 des Vertrages verstoße. Ein Antrag auf „certiorari“ wurde in diesem Punkt allerdings nicht zugelassen, weil das Gericht nicht überzeugt war, daß die Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung ein „Entgelt“ im Sinne des Artikels 119 des Vertrages sei.

29. Das House of Lords hat auf ein weiteres Rechtsmittel das Urteil des Court of Appeal teilweise aufgehoben und angesichts weiterbestehender Zweifel bezüglich der Natur und Gültigkeit der streitigen nationalen Maßnahme im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.

#### IV — Die Vorabentscheidungsfragen

1. Ist die Gewährung einer Entschädigung wegen Verletzung des — durch nationale Rechtsvorschriften wie den Employment Protection (Consolidation) Act 1978 begründeten — Anspruchs auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung „Entgelt“ im Sinne von Artikel 119 EG-Vertrag?

2. Falls Frage 1 zu bejahen ist: Fallen die Voraussetzungen, von denen der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung abhängt, in den Anwendungsbereich des Artikels 119 oder der Richtlinie 76/207?
3. Nach welchem rechtlichen Kriterium ist zu beurteilen, ob eine Maßnahme eines Mitgliedstaats derart unterschiedliche Wirkung für Männer und Frauen hat, daß sie eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 EG-Vertrag darstellt, sofern nicht nachgewiesen wird, daß sie durch geschlechtsunabhängige Faktoren sachlich gerechtfertigt ist?
5. Welche rechtlichen Anforderungen sind an den Nachweis zu stellen, daß eine Maßnahme, die ein Mitgliedstaat im Rahmen seiner Sozialpolitik erläßt, objektiv gerechtfertigt und damit keine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 ist? Welche Beweise muß der Mitgliedstaat insbesondere zur Stützung seiner Rechtfertigungsgründe beibringen?

#### V — Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen

##### A — Vorbemerkungen zu den ersten beiden Fragen

4. Wann ist dieses Kriterium auf eine von einem Mitgliedstaat erlassene Maßnahme anzuwenden? Ist es

- a) bei Erlaß der Maßnahme,
- b) bei Inkrafttreten der Maßnahme oder
- c) bei Entlassung des Arbeitnehmers

oder zu einem anderen Zeitpunkt auf die Maßnahme anzuwenden?

30. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Entschädigung wegen sozial ungerechtfertigter Entlassung wie die nach dem Gesetz von 1978 ein „Entgelt“ im Sinne des Artikels 119 des Vertrages ist. Mit seiner zweiten Frage möchte es im wesentlichen in Erfahrung bringen, ob die Voraussetzungen, von denen der Anspruch auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung abhängt, insbesondere eine zeitliche Einschränkung wie die vorliegende, in den Anwendungsbereich des Artikels 119 oder der Richtlinie 76/207 fallen.

31. Ein Vergleich der beiden Fragen ergibt in Verbindung mit den bereits dargelegten Vorschriften des Gesetzes von 1978 und dem

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, daß die beiden Fragen unterschiedliche Probleme aufwerfen und daß unter dem logischen und dem rechtlichen Blickwinkel die zweite Frage zuerst geprüft werden müßte.

B — *Zur ersten Frage*

32. Die Auseinandersetzung im Ausgangsverfahren betrifft nämlich nicht den Anspruch auf Entschädigung oder deren Betrag, sondern die Frage, ob die Klägerinnen Anspruch auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter, d. h. grundloser Entlassung haben. Selbst für den Fall aber, daß entschieden werden sollte, daß den Klägerinnen dieser Anspruch zusteht, wäre die Entschädigung nicht automatisch geschuldet, sondern davon abhängig, daß das zuständige Gericht zunächst entschieden hätte, daß die Entlassung ungerechtfertigt war. Schließlich ist die Entschädigung zwar eine der Sanktionen, die das nationale Gericht bei ungerechtfertigter Entlassung aussprechen kann, sie ist aber nicht die einzige. Folglich müßte die zweite Frage eigentlich zuerst geprüft werden.

33. Da indessen die Klägerinnen und die Kommission der Auffassung sind, daß die Antwort auf die erste Frage die auf die zweite Frage beeinflusst, steht auch aus Gründen der Vollständigkeit nichts entgegen, die Fragen in der Reihenfolge zu prüfen, in der sie das vorgelegte Gericht gestellt hat.

34. Die Klägerinnen und die Kommission machen u. a. unter Berufung auf die Urteile in der Rechtssache C-262/88 (Barber)<sup>6</sup> und in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska)<sup>7</sup> geltend, daß eine Entschädigung wegen ungerechtfertigter Entlassung wie die, um die es im Ausgangsverfahren gehe, einen Vorteil darstelle, den der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Auflösung des Arbeitsvertrags wegen dieser Auflösung gewähre, und daß sie folglich ein Entgelt im Sinne des Artikels 119 des Vertrages sei.

35. Demgegenüber vertritt die Regierung des Vereinigten Königreichs zur materiellen Seite der Frage die Auffassung, daß diese Entschädigung kein Entgelt im genannten Sinne darstelle, weil sie bei Verstoß gegen eine Arbeitsbedingung und nicht für geleistete Arbeit gezahlt werde. Es fehle demnach das Hauptmerkmal des Entgelts, daß es Gegenleistung für geleistete Arbeit sei.

36. Wie der Gerichtshof in den genannten Urteilen entschieden hat, umfaßt der Begriff des Entgelts im Sinne des Artikels 119 Absatz 2 alle gegenwärtigen oder zukünftigen, in bar oder in Sachleistungen gewährten Vergütungen, vorausgesetzt, daß sie der Arbeitgeber wenigstens mittelbar aufgrund des Dienstverhältnisses leistet, so daß der Umstand, daß

6 — Urteil vom 17. Mai 1990 (Slg. 1990, I-1889).

7 — Urteil vom 27. Juni 1990 (Slg. 1990, I-2591).

bestimmte Leistungen erst nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden, nicht ausschließt, daß sie den Charakter eines Entgelts im Sinne von Artikel 119 des Vertrages haben. Insbesondere stellen Entschädigungsleistungen, die einem Arbeitnehmer bei betriebsbedingter Entlassung gewährt werden, eine Form von Entgelt dar, auf das der Arbeitnehmer aufgrund seines Arbeitsverhältnisses Anspruch hat, das ihm im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gewährt wird und das ihm die Anpassung an die durch den Verlust seines Arbeitsplatzes entstandene Lage erleichtern soll. Folglich fällt eine solche Entschädigung in den Anwendungsbereich des Artikels 119 des Vertrages<sup>8</sup>.

37. Aus den gleichen Gründen ist eine Entschädigung, die dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber wie im vorliegenden Fall wegen ungerechtfertigter Entlassung gezahlt wird, ein „Entgelt“ im weiten Sinne, das in den Anwendungsbereich des Artikels 119 fällt.

38. Dem Vorbringen der Regierung des Vereinigten Königreichs kann nicht gefolgt werden. Daß in Fällen ungerechtfertigter Entlassung Arbeit tatsächlich nicht geleistet wird, ist nicht von Bedeutung, weil die Nichtleistung der Arbeit nicht dem Arbeitnehmer, sondern dem Arbeitgeber zuzurechnen ist, der die ungerechtfertigte Entlassung zu verantworten hat. Außerdem soll in diesem Fall die Entschädigung nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs dem Arbeitnehmer das verschaffen, worauf er Anspruch gehabt hätte, wenn das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber nicht rechtswidrig

beendet worden wäre. Folglich ist Grundlage dieser Entschädigung ebenfalls das Beschäftigungsverhältnis.

Das Urteil in der Rechtssache 149/77 (Defrenne III)<sup>9</sup>, auf das sich die Regierung des Vereinigten Königreichs beruft, stützt ihren Standpunkt nicht. In diesem Urteil hat der Gerichtshof entschieden, daß eine Arbeitsbedingung wie die Festlegung einer Altersgrenze für die Kündigung eines Dienstverhältnisses nicht unter Artikel 119 des Vertrages fällt (Randnr. 24). Dieses Problem wird allerdings im Rahmen der zweiten Frage auftreten, nicht aber bei der ersten Frage, die keine Entlassungsvoraussetzung, sondern eine Entschädigung betrifft, nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes also ein zeitlich versetztes Entgelt.

#### C — Zur zweiten Frage

39. Die Klägerinnen stehen auf dem Standpunkt, daß, weil feststehe, daß eine Entschädigung Entgelt im Sinne des Artikels 119 des Vertrages sei, auch das Recht auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung, da es den Bezug dieser Entschädigung ermögliche, in den Anwendungsbereich dieses Artikels und nicht in den der Richtlinie 76/207 falle. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes habe Artikel 119 eine unmittelbare vertikale und horizontale Wirkung. Wenn entschieden werde, daß die streitige Maßnahme den Grundsatz des gleichen Entgelts verletze,

<sup>8</sup> — Vgl. die in Fußnote 7 zitierten Urteile Barber (Randnrn. 12 bis 20) und Kowalska (Randnrn. 9 bis 11).

<sup>9</sup> — Urteil vom 15. Juni 1978 (Slg. 1978, 1365).

würde die Möglichkeit, sich auf Artikel 119 zu berufen, ihnen die unmittelbare Inanspruchnahme ihrer Arbeitgeber ermöglichen, um ihren Anspruch auf Entschädigung durchzusetzen. Auf der Grundlage der Richtlinie 76/207 sei ihnen dies nicht möglich, was dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung jede praktische Wirksamkeit nehme.

40. Einen ähnlichen Standpunkt nimmt auch die Kommission ein, die außerdem betont, daß die Voraussetzungen, unter denen der Arbeitnehmer eine Entschädigung beanspruchen könne, im vorliegenden Fall also das Recht auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung, unter Artikel 119 fielen. Andere Fälle hingegen wie die Wiedereingliederung oder die Wiedereinstellung fielen unter die Richtlinie 76/207.

41. Die Regierung des Vereinigten Königreichs ist der Auffassung, daß die zweite Frage ohne Rücksicht auf die Beantwortung der ersten Frage eine Entlassungsvoraussetzung betreffe, die in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 falle.

42. Ich halte den Standpunkt der Klägerinnen und der Kommission nicht für begründet.

43. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die Frage, ob eine nationale Maßnahme in den Anwendungsbereich der einen oder der anderen Vorschrift des Gemeinschaftsrechts

fällt, auf der Grundlage objektiver Kriterien zu beurteilen ist, wobei zum einen der besondere Zweck jeder der *prima facie* anwendbaren Gemeinschaftsvorschriften und zum anderen die Natur der betreffenden nationalen Maßnahme und der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens zu berücksichtigen sind. Subjektive Erwägungen wie z. B. die Frage, welche Vorschrift die wirksamsten Mittel bietet, um das von den Betroffenen angestrebte Ziel zu erreichen, haben folglich außer Betracht zu bleiben. Dies gilt unabhängig davon, daß sich aufgrund der nachfolgenden Untersuchung herausstellen wird, daß die streitige nationale Vorschrift meines Erachtens unter zahlreichen Aspekten gegen Bestimmungen der Richtlinie 76/207 verstößt, die übrigens fast ebenso wirksame Mittel wie Artikel 119 bietet, um der Situation der Klägerinnen gerecht zu werden.

44. In der Sache sei daran erinnert, daß in der Rechtssache Defrenne III<sup>10</sup> eine Arbeitnehmerin entlassen worden war, weil die Altersgrenze für Frauen unter der für Arbeitnehmer geltenden lag; darauf bezog sich die Frage, ob darin eine Diskriminierung zu sehen sei. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 15. Juni 1978 eine klare Trennungslinie zwischen der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Entgelt, die unter Artikel 119 fällt, und der Gleichbehandlung bei den anderen Arbeitsbedingungen gezogen, die unter die Artikel 117 und 118 EG-Vertrag fallen, und außerdem entschieden, daß etwaige finanzielle Folgen der Arbeitsbedingungen — wie etwa die Vergütung, die Frau Defrenne beanspruchen zu können glaubte — nicht ausreichen, um sie in den Anwendungsbereich des Artikels 119 einzubeziehen.

10 — Urteil zitiert in Fußnote 9.

45. Im einzelnen hat der Gerichtshof hierzu ausgeführt <sup>11</sup>:

„Im Gegensatz zu den Artikeln 117 und 118, die im wesentlichen programmatischen Charakter haben, stellt Artikel 119 eine auf das Problem der Lohndiskriminierungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern beschränkte Sonderbestimmung dar, deren Anwendung an genaue Voraussetzungen geknüpft ist.

Sonach kann die Tragweite dieses Artikels nicht auf andere Aspekte des Beschäftigungsverhältnisses als diejenigen erstreckt werden, auf die er sich ausdrücklich bezieht.

Insbesondere ist die Tatsache, daß die Aufstellung bestimmter Beschäftigungsbedingungen — wie die Festsetzung einer bestimmten Altersgrenze — finanzielle Auswirkungen haben kann, kein hinreichender Grund dafür, diese Bedingungen in den Geltungsbereich des Artikels 119 fallen zu lassen, der auf dem engen Zusammenhang zwischen der Art der Arbeitsleistung und der Höhe des Arbeitsentgelts beruht.“

46. Aus diesem Urteil ergibt sich, daß der Vertrag lediglich die Gleichbehandlung der

ersten Art vorschreibt, während die der zweiten Art zur Regelung der allgemeinen Arbeitsbedingungen gehört, die grundsätzlich den Mitgliedstaaten obliegt, falls nicht die Gemeinschaft abgeleitetes Recht in diesem Bereich geschaffen hat. Weil offensichtlich zum Zeitpunkt der Entlassung von Frau Defrenne (1968) die Richtlinie 76/207 noch nicht erlassen worden war, hat der Gerichtshof festgestellt, daß für das Ausgangsverfahren die Grundsätze und Vorschriften des innerstaatlichen und des Völkerrechts galten (Randnrn. 30 ff.).

47. In der Rechtssache 19/81 (Burton) <sup>12</sup> hatte der Gerichtshof die Frage zu beantworten, ob die Voraussetzung, daß ein Arbeitnehmer das 60. Lebensjahr vollendet haben muß, um eine Leistung bei freiwilligem Ausscheiden beanspruchen zu können, während für Frauen das 55. Lebensjahr heranzuziehen ist, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist, und falls ja, welche Gemeinschaftsvorschriften hierauf anzuwenden sind. In seinem Urteil hat der Gerichtshof hierzu ausgeführt, daß

„... das dem Gerichtshof vorgelegte Auslegungsproblem nicht die Leistung als solche betrifft, sondern die Frage, ob eine Diskriminierung in bezug auf die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Regelung über das freiwillige Ausscheiden vorliegt, ... die unter die ... Richtlinie 76/207 und nicht unter Artikel 119 EWG-Vertrag oder unter die Richtlinie 75/117 [fällt]“ (Randnr. 8).

11 — Randnrn. 19, 20 und 21. Vgl. auch Urteil vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95 (Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnrn. 21 ff.).

12 — Urteil vom 16. Februar 1982 (Slg. 1982, 555).

Der Gerichtshof hat dann die Frage im Licht des Artikels 5 der Richtlinie geprüft und dazu festgestellt:

„Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 bedeutet nämlich die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen, daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden. Im Rahmen der Richtlinie ist das Wort ‚Entlassung‘ in dem Sinne weit auszulegen, daß es die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber einschließt, auch wenn sie aufgrund einer Regelung über freiwilliges Ausscheiden erfolgt“ (Randnr. 9).

48. Der Gerichtshof hat aufgrund ähnlicher Erwägungen folgende Fälle im Licht der Richtlinie 76/207, insbesondere des Artikels 5 Absatz 1, geprüft:

— Entlassung eines Arbeitnehmers nach Erreichen einer bestimmten Altersgrenze im Rahmen einer Gesamtentlassung wegen Schließung eines Teils der Betriebe eines Unternehmens<sup>13</sup>;

13 — Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 151/84 (Roberts, Slg. 1986, 703, Randnrn. 30 bis 32).

— Entlassung einer Arbeitnehmerin durch eine staatliche Stelle mit der Begründung, sie habe das gesetzliche Pensionsalter für staatliche Beamte erreicht oder überschritten<sup>14</sup>;

— sowie — wenn auch nur kurzgefaßt — Entlassung eines Angestellten nach Angabe des Arbeitgebers aus Gründen der Freisetzung überzähligen Personals, nach Angabe des Entlassenen und auch nach Meinung des vorlegenden Gerichts wegen der erklärten Absicht einer Geschlechtsumwandlung<sup>15</sup>.

49. In der vorliegenden Rechtssache regelt das Gesetz von 1978 das Recht der Arbeitnehmer auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung und dessen Voraussetzungen. Die streitige Vorschrift der Section 64 führt eine Ausnahme von dieser Regel für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern ein, die noch keine zwei Jahre Beschäftigung aufweisen und denen daher das Recht aberkannt wird. Sowohl Regel als auch Ausnahme legen Voraussetzungen fest, unter denen die Entlassung von Arbeitnehmern zulässig ist, und fallen daher in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207, genauer gesagt, unter Artikel 5 Absatz 1.

14 — Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall I, Slg. 1986, 723, Randnrn. 32 bis 34).

15 — Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P/S, Slg. 1996, I-2143, Randnr. 12). Es sei darauf hingewiesen, daß das vorliegende Industrial Tribunal gemäß diesem Urteil, obwohl die Entlassung im Dezember 1992 nach eineinhalb Jahren Beschäftigung erfolgt war, die Begründetheit geprüft und die Frage einer auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung aufgrund der Entlassung aufgeworfen hatte, ohne sich wie im vorliegenden Fall mit einer zeitlichen Beschränkung auseinanderzusetzen.

50. Insbesondere die Klägerinnen, aber mittelbar auch die Kommission scheinen davon auszugehen, daß die Zweijahresfrist, weil die Entschädigung wegen sozial ungerechtfertigter Entlassung ein „Entgelt“ im Sinne des Artikels 119 des Vertrages darstelle, ebenfalls, weil sie Voraussetzung der Entlassung sei, eine Voraussetzung des „Entgelts“ darstelle. Sie hoffen daher vielleicht, daß ihre Entlassung, wenn die streitige Voraussetzung wegen Verletzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nicht anzuwenden ist, auf jeden Fall als ungerechtfertigt behandelt werden müßte, so daß sie aufgrund ihrer unmittelbaren Klage gegen ihren Arbeitgeber wegen der horizontalen Wirkung des Artikels 119 die gesetzlich vorgesehene Entschädigung erhalten könnten.

51. Diese Argumentation weist eine Reihe nicht zu behebender Denk- und Rechtsfehler auf.

52. Zunächst trifft es nicht zu, daß unter den konkreten Umständen die etwaige Nichtvereinbarkeit der Zweijahresvorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht *automatisch* zur Rechtswidrigkeit der Entlassung der Klägerinnen und damit zu der entsprechenden Entschädigung führt.

Die streitige Vorschrift, wie bisher festgestellt, entzieht die Arbeitnehmer, die wie die Klägerinnen weniger als zwei Jahre beschäftigt waren, der für die übrigen Arbeitnehmer geltenden Regelung.

Die für diese letztgenannten Arbeitnehmer geltende Regelung bestimmt nun allerdings nicht, daß eine Entlassung nach zwei Beschäftigungsjahren *auf jeden Fall* ungerechtfertigt, d. h. *verboten* ist. Sie sieht vielmehr vor, daß die Entlassung zulässig ist, jedoch nur aus einem berechtigten und gesetzlichen Grund, und der Kontrolle durch das zuständige Gericht unterliegt. Ist dieses der Auffassung, daß die gesetzlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind, so wird die Entlassung als ungerechtfertigt behandelt und kommt der Mechanismus der Sanktionen gegen den Arbeitgeber, darunter die Entschädigung für den entlassenen Arbeitnehmer, zur Anwendung.

Selbst wenn die Voraussetzung der zwei Beschäftigungsjahre als eine *mittelbare Diskriminierung* anzusehen wäre, wie die Klägerinnen und die Kommission meinen, wäre die rechtliche Folge nach ständiger Rechtsprechung, daß die rechtswidrige Bestimmung ausgeschaltet und die Gleichbehandlung dadurch bewirkt wird, daß die Gruppe, die diskriminiert wurde, das der begünstigten Gruppe zugestandene Recht auch für sich in Anspruch nehmen kann<sup>16</sup>. Wie ich soeben klargestellt habe, bewirkt dieses Recht nicht, daß die Entlassung ohne weiteres ungerechtfertigt wäre, sondern, daß die Entlassung wirksam begründet werden muß und der Kontrolle des zuständigen Gerichts unterliegt. Was die Klägerinnen also höchstens erreichen könnten, wenn festgestellt würde, daß die streitige Vorschrift sie mittelbar diskriminiert, wäre eine Prüfung der Berechtigung der Entlassung durch das zuständige Gericht; nur wenn und soweit diese Entlassung als ungerechtfertigt angesehen würde, hätten die Klägerinnen Anspruch auf die gesetzliche Entschädigung. Würde man der Gruppe, zu der die Klägerinnen gehörten, ein Recht zugestehen, das weiter ginge als das den übrigen Arbeitneh-

16 — Vgl. z. B. Urteil Kowalska (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 20); Urteile vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 21), vom 28. September 1994 in der Rechtssache C-200/91 (Coloroll Pension Trustees, Slg. 1994, I-4389, Randnr. 29) und weitere.

mern durch die Grundvorschriften zuerkannte, d. h., daß alle Entlassungen vor Vollendung der zwei Beschäftigungsjahre als ungerechtfertigt zu behandeln wären, so würde dies zu einer neuen Ungleichbehandlung zugunsten der zuvor Benachteiligten führen; dies aber wäre ein Verstoß gegen Buchstaben und Geist der Bestimmungen über die Gleichbehandlung.

53. Aus diesen Erwägungen folgt also, daß die dem Arbeitnehmer bei ungerechtfertigter Entlassung zustehende Entschädigung, auch wenn sie „Entgelt“ im Sinne des Artikels 119 ist, auf jeden Fall nur einen mittelbaren Zusammenhang mit der Entlassungsvoraussetzung aufweist, die Gegenstand der zweiten Vorabentscheidungsfrage ist. Wie der Gerichtshof bereits im Urteil Defrenne III entschieden hat, reichen etwaige finanzielle Folgen der Arbeitsbedingungen nicht aus, um Artikel 119 des Vertrages auf sie anzuwenden.

Natürlich hat der Arbeitnehmer bei seiner Arbeit sein Entgelt im Auge. Das bedeutet indessen nicht, daß alle Arbeitsbedingungen zugleich Entgeltvoraussetzungen wären, so daß die Bestimmungen über das Entgelt auf sie anzuwenden wären. Wäre dies nämlich so, so wäre die Richtlinie 76/207 überflüssig, und alle Fragen im Zusammenhang mit den Arbeitsbedingungen wären unterschiedslos in Artikel 119 des Vertrages anzusiedeln. Eine solche Auslegung verstößt aber bereits gegen den Wortlaut der Bestimmung und ist daher vom Gerichtshof zu Recht abgelehnt worden.

54. Vor Abschluß meiner Überlegungen zum rechtlichen Rahmen, in den die vorliegende Rechtssache richtigerweise einzufügen ist, bedarf es noch einer Klarstellung.

Einige Urteile scheinen den Begriff des „Entgelts“ auf Voraussetzungen und Modalitäten des Entgelts auszudehnen. So hat der Gerichtshof im Urteil Barber nach der Feststellung, daß Renten, die nach einem gesetzvertretenden betrieblichen System gezahlt werden, ein Entgelt im Sinne des Artikels 119 des Vertrages darstellen (Randnr. 28), die Auffassung vertreten, daß die Festsetzung eines je nach dem Geschlecht unterschiedlichen Rentenalters (bei betrieblichen Systemen) gegen Artikel 119 verstößt, weil „Artikel 119 jede das Entgelt betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen *ohne Rücksicht darauf verbietet, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt*“ (Randnr. 32, Hervorhebung von mir).

In seinem Urteil in der Rechtssache Nimz<sup>17</sup> hat der Gerichtshof ebenfalls entschieden, daß Bestimmungen eines Tarifvertrags über den quasiautomatischen Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe grundsätzlich unter den Entgeltbegriff des Artikels 119 des Vertrages fallen (Randnr. 10). Demgemäß hat er auch festgestellt, daß die Berücksichtigung kürzerer Arbeitszeiten bei vollzeitbeschäftigten als bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern beim Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe entgegen Artikel 119 die Frauen diskriminiert, wenn feststeht, daß die letztgenannte Gruppe eindeutig weniger Männer umfaßt (Randnr. 15).

17 — Zitiert in Fußnote 16.

55. Gleichwohl kann man diesen Urteilen nicht entnehmen, daß der Gerichtshof den Begriff „Entgelt“ so ausgeweitet hätte, daß darunter auch alle Arbeits- oder Laufbahnvoraussetzungen fielen. Er hat in diesen Urteilen nämlich, wie er auch in späteren Urteilen klargestellt hat, vor allem den *unmittelbaren und nahezu automatischen* Zusammenhang des in jedem Einzelfall maßgebenden Kriteriums mit dem Entgelt berücksichtigt und so vermocht, das Kriterium in einen weiteren Entgeltbegriff aufzunehmen.

56. In der Rechtssache Gerster war z. B. unter Berufung auf das Urteil Nimz vorgebracht worden, daß ein System, das eine unterschiedliche Berechnung der Altersgrenze einerseits bei vollzeitbeschäftigten und andererseits bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern vorsehe, gegen Artikel 119 und nicht gegen die Richtlinie 76/207 verstoße. In seinem Urteil<sup>18</sup> hat der Gerichtshof dieses Vorbringen zurückgewiesen, weil in der Rechtssache Nimz der Aufstieg nahezu automatisch erfolgt war und daher in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Entgelt stand, während die Regelung, um die es im Ausgangsverfahren ging, nur mittelbar mit dem Entgelt zusammenhing und folglich nicht unter Artikel 119 des Vertrages, sondern unter die Richtlinie 76/207 fiel, in deren Rahmen dann der Gerichtshof die Vorabentscheidungsfrage auch geprüft hat (Randnrn. 22 ff.).

57. Folglich ist die Entschädigung, die in der ersten Vorabentscheidungsfrage erwähnt wird, nur eine mittelbare und nicht zwangsläufige Folge des Rechts auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung, um das es in der zweiten Vorabentscheidungsfrage geht. Mithin ändert der Umstand, daß die Entschädigung

unter Artikel 119 des Vertrages fällt, nichts daran, daß das genannte Recht seiner Natur nach eine Entlassungsvoraussetzung ist, die zum Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 gehört. Somit ist die Frage, ob die Weigerung, den Arbeitnehmern, die noch nicht zwei Jahre Beschäftigungszeit aufweisen, das Recht auf Schutz vor sozial ungerechtfertigter Entlassung zuzugestehen, eine Diskriminierung zu Lasten der Frauen darstellt, anhand der Bestimmungen der Richtlinie 76/207 und nicht des Artikels 119 zu beantworten.

#### D — Zu den anderen Fragen

58. Mit seiner dritten, vierten und fünften Frage ersucht das vorlegende Gericht im wesentlichen um Auskunft über die Voraussetzungen, unter denen eine Maßnahme wie die streitige Voraussetzung einer Beschäftigungszeit von zwei Jahren eine mittelbare Diskriminierung der Frauen darstellt, welcher Zeitpunkt für die Feststellung dieser Diskriminierung maßgebend ist und in welchen Fällen diese als objektiv gerechtfertigt angesehen werden kann.

59. Das vorlegende Gericht stellt diese Fragen ausdrücklich unter Bezugnahme auf Artikel 119 des Vertrages. Angesichts der Antwort auf die zweite Frage muß aber die Frage des Verstoßes einer nationalen Maßnahme wie der streitigen gegen das Gemeinschaftsrecht im Kontext der Richtlinie 76/207 geprüft werden.

18 — Zitiert in Fußnote 11.

60. Die Klägerinnen machen geltend, die Maßnahme führe eine mittelbare Diskriminierung zu Lasten der Frauen ein, weil sich aus den statistischen Daten, die den Gerichten des Vereinigten Königreichs vorgelegt worden seien, ergebe, daß die streitige Maßnahme häufiger weibliche als männliche Arbeitnehmer betreffe, weil der Anteil der Frauen, die keine zwei Jahre Beschäftigungszeit aufwiesen, im Verhältnis zum Gesamtanteil der beschäftigten Frauen höher sei als der der Männer mit der gleichen Beschäftigungszeit im Verhältnis zum Gesamtanteil der beschäftigten Männer. Außerdem sei die streitige Maßnahme objektiv nicht gerechtfertigt.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs bestreitet die statistischen Daten nicht, weist aber darauf hin, daß der Unterschied zwischen dem Prozentsatz der durch die Maßnahme betroffenen Arbeitnehmerinnen und dem Prozentsatz der Arbeitnehmer sehr gering sei und seit neuestem eher noch geringer werde. Auf jeden Fall sei der Unterschied nicht so „erheblich“ oder „kennzeichnend“, daß er nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Diskriminierung erkennen lasse. Außerdem sei der entscheidende Zeitpunkt für die Feststellung einer Ungleichbehandlung der Zeitpunkt der Entlassung. Die streitige Maßnahme habe in erster Linie auf eine Förderung der Beschäftigung abgezielt, allerdings sei sie nicht in der Lage, Nachweise dafür zu liefern, daß die Maßnahme tatsächlich die erwünschte Auswirkung auf den Arbeitsmarkt gehabt habe.

Die Kommission ist im wesentlichen der gleichen Auffassung wie die Klägerinnen und weist am Rande auf ein amerikanisch inspiriertes Kontrollsystem für statistische Daten und zur Erkennung einer etwaigen mittelbaren Diskriminierung hin, das allerdings nicht der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich entsprechen dürfte.

61. Ich bin der Auffassung, daß — was auch die Regierung des Vereinigten Königreichs einräumt — die Grundlage, auf der die Klägerinnen und die Kommission die Frage ansiedeln, nicht korrekt ist, und zwar nicht nur — oder eher, weniger —, weil die streitige Maßnahme selbst ihrer Natur oder ihren Wirkungen nach keine Unterscheidung oder Diskriminierung zu Lasten der Arbeitnehmerinnen einzuführen scheint. Meines Erachtens verstößt die Maßnahme gegen die Richtlinie 76/207, aber aus einem fundamentaleren Grund.

62. Ich möchte Ihnen genauer gesagt die Auffassung nahebringen, daß die streitige Zweijahresvorschrift — nur — insoweit, als sie sowohl die Entlassung eines (männlichen oder weiblichen) Arbeitnehmers aus Gründen des Geschlechts ermöglicht als auch den (männlichen oder weiblichen) Arbeitnehmer, der sich hierdurch verletzt fühlt, daran hindert, wirksamen gerichtlichen Schutz in Anspruch zu nehmen, *unmittelbar* gegen Artikel 5 oder Artikel 6 der Richtlinie 76/207 verstößt, und zwar unabhängig von der Frage, ob der Prozentsatz der verletzten Frauen höher oder geringer ist als der der männlichen Arbeitnehmer, und vor allem davon, ob der entlassene männliche oder weibliche Arbeitnehmer eine Beschäftigungszeit von zwei Jahren,

einem Jahr, sechs Monaten oder einem Tag aufwies.

63. Ich werde zunächst die Auffassung näher darlegen, die mir richtig erscheint, und dann einige Punkte untersuchen, die für die Problematik der Parteien des Ausgangsverfahrens kennzeichnend sind.

*E — Mein Standpunkt in dieser Rechtssache*

64. Eingehender Prüfung bedarf zunächst die Natur der streitigen Zweijahresvorschrift im Rahmen des Gesetzes von 1978, insbesondere ihr Zweck und ihre Anwendungsmodalitäten.

65. Wie sich den Akten und den Erörterungen des Parlaments über die Verlängerung der streitigen zeitlichen Voraussetzung auf zwei Jahre im Jahre 1985 entnehmen läßt, verfolgte das Gesetz mit dieser zeitlichen Voraussetzung zwei wesentliche Ziele.

66. In erster Linie sollte dem Arbeitgeber ein vernünftiger Zeitraum zur Verfügung stehen, um die Fähigkeiten und Leistungen des Arbeitnehmers beurteilen und darüber entscheiden zu können, ob dieser den Anforderungen seines Arbeitsplatzes gerecht zu werden vermag und endgültig eingestellt werden kann. Anscheinend hat der Gesetzgeber des Vereinigten Königreichs mit der Festlegung dieser „Probezeit“ insbesondere in Zeiten, in denen diese kurz war, das Bedürfnis, den Arbeitgeber in aller Unabhängigkeit das für sein Unternehmen geeignete Personal aussuchen zu lassen, mit der Notwendigkeit in Einklang bringen wollen, den Arbeitnehmer gegen jede willkürliche Entlassung zu schützen und die Ungewißheit über seine Zukunft nicht ungebührlich zu verlängern.

67. Bei den anschließenden Verlängerungen, insbesondere bei der letzten, wurde ein zusätzliches Ziel angestrebt. Wie sich nämlich den verfügbaren Angaben und der Begründung der streitigen Maßnahme entnehmen läßt, wurde die Verlängerung der Probezeit auf zwei Jahre als sinnvoll angesehen, um die Arbeitgeber zur Einstellung neuen Personals zu bewegen. Diese Zielvorstellung geht davon aus, daß die Arbeitgeber, wenn die Probezeit kurz ist, zögern, neues Personal einzustellen, weil sie fürchten, in Gerichtsverfahren verwickelt zu werden und Entschädigungen an Arbeitnehmer zahlen zu müssen, die sie gegebenenfalls nach einer kurzen Probezeit entlassen müßten. Weiß der Arbeitgeber aber im voraus, daß ihm für seine Entscheidung, den Arbeitnehmer zu behalten, eine längere Zeitspanne zur Verfügung steht, so wird er bei dieser Betrachtungsweise leichter Personal einstellen, weil er weiß, daß er während eines längeren Zeitraums entlassen kann, ohne dadurch einen Nachteil zu erleiden.

68. Alldem läßt sich entnehmen, daß die aufeinanderfolgenden Verlängerungen und Verkürzungen der Probezeit Teil der Arbeits-, Beschäftigungs- und Wirtschaftsentwick-

lungspolitik der einzelnen Regierungen waren. Von einem höheren Standpunkt aus betrachtet geben sie zweifellos die entsprechende allgemeine Vorstellung der politischen Kräfte wieder, die im Vereinigten Königreich seit 1971 an der Macht waren.~

69. Es bedarf hier einer Klarstellung. Zwar stellt nach der Rechtsprechung eine diskriminierende Maßnahme, die „objektiv gerechtfertigt“ ist, keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung dar<sup>19</sup>. Im vorliegenden Fall geht es jedoch nicht um die Prüfung der „objektiven Rechtfertigung“. Diese Prüfung findet nämlich auf einer späteren Stufe statt, d. h., wenn zunächst anhand der in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien festgestellt wurde, daß die betreffende Maßnahme *tatsächlich* zu einer Diskriminierung führt. Im Gegensatz hierzu bedarf es der Klärung der Natur und des Zweckes einer Maßnahme wie der streitigen *im gegenwärtigen Stadium* der Untersuchung, weil sie mit dem Ausmaß, in dem die nationale Maßnahme das Gemeinschaftsrecht berührt, und folglich mit dem Umfang der Überprüfung durch den Gerichtshof zusammenhängt.

70. Meines Erachtens fällt die Festlegung einer längeren oder kürzeren Zeitspanne als Voraussetzung für eine sozial ungerechtfertigte Entlassung, weil sie ein Mittel zur Durchführung der Regierungspolitik ist und letztlich eine politische Entscheidung darstellt, in den Anwendungsbereich der Artikel 117 und 118 des Vertrages. Diese Artikel stellen, wie der Gerichtshof mehrfach entschieden hat, ledig-

lich Programmsätze dar<sup>20</sup>. Somit ist der Erlaß von Maßnahmen in Bereichen, für die die vorgenannten Artikel gelten, grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten, die in diesem Zusammenhang einen weiten Ermessensspielraum haben<sup>21</sup>, falls nicht die Gemeinschaft in Ausübung der ihr in anderen Bestimmungen des Vertrages übertragenen Befugnisse für den betreffenden Bereich besondere Maßnahmen festlegt<sup>22</sup>.

Dies war übrigens auch beim Erlaß der Richtlinie 76/207 der Fall, die, soweit sie eine Regelung der Arbeitsbedingungen enthielt, ihre Grundlage nicht in einer besonderen Vorschrift des Vertrages hatte (vgl. die dritte Begründungserwägung) und sich daher auf Artikel 235 als Rechtsgrundlage stützte (vgl. den ersten Bezugsvermerk).

20 — Vgl. Urteil Defrenne III (zitiert in Fußnote 9, Randnr. 19); Urteile vom 29. September 1987 in der Rechtssache 126/86 (Giménez Zaera, Slg. 1987, 3697, Randnr. 14), vom 17. März 1993 in den Rechtssachen C-72/91 und C-73/91 (Sloman Neptun, Slg. 1993, I-887, Randnr. 25) und weitere. Diese Artikel bleiben indessen nicht ohne jegliche Rechtswirkung, liefern vielmehr wichtige Gesichtspunkte für die Auslegung anderer Vorschriften des Vertrages und des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts im sozialen Bereich (vgl. die beiden zuletzt zitierten Urteile, Randnrn. 14 und 26).

21 — Vgl. Urteile Giménez Zaera (zitiert in Fußnote 20, Randnr. 14) und Sloman Neptun (zitiert in Fußnote 20, Randnr. 26). Vgl. auch Urteile vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks u. a., Slg. 1994, I-571, Randnr. 28), vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-317/93 (Nolte, Slg. 1995, I-4625, Randnr. 33) und in der Rechtssache C-444/93 (Megner und Scheffel, Slg. 1995, I-4741, Randnr. 29) sowie vom 1. Februar 1996 in der Rechtssache C-280/94 (Posthuma-Van Damme und Oztürk, Slg. 1996, I-179, Randnr. 26). Natürlich können die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Sozialpolitik neue Maßnahmen erlassen, die strenger sind als die bisher geltenden, es sei denn, sie verstoßen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung (vgl. z. B. Urteile vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-137/94, Richardson, Slg. 1995, I-3407, Randnr. 29, und Posthuma-Van Damme und Oztürk, a. a. O., Randnr. 29). Allerdings darf man nicht in das entgegengesetzte Extrem verfallen, um dadurch zu bewirken, daß aufgrund von Gemeinschaftsvorschriften mit besonderer und begrenzter Zielsetzung die Politik der Mitgliedstaaten in Bereichen, in denen die Gemeinschaft noch keine Gesetzgebung betrieben hat, kontrolliert und möglicherweise gestört wird (vgl. u. a. Urteile Defrenne III, zitiert in Fußnote 9, Randnr. 32, und vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84, Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 42).

22 — Vgl. Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne II, Slg. 1976, 455, Randnr. 63). Unter diesem Blickwinkel möchte ich trotz der Schwierigkeiten und der Komplexität der Materie darauf hinweisen, daß die Gemeinschaft das Problem der Arbeitsbedingungen wegen seiner augenscheinlichen Auswirkungen auf die Vollendung des Binnenmarktes global hätte regeln können.

19 — Vgl. Nr. 118 dieser Schlußanträge.

71. Was insbesondere die Frage der Entlassung von Arbeitnehmern angeht, scheint es mit Ausnahme der Richtlinie 75/129/EWG über Massentlassungen<sup>23</sup> keine Gemeinschaftsvorschriften zur allgemeinen Regelung dieser Frage in den Mitgliedstaaten zu geben. Außerdem behandelt die Richtlinie 76/207, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, den Gegenstand unter einem besonderen Blickwinkel, anders gesagt, im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen bezüglich der Entlassungsbedingungen.

Folglich besteht unter den Umständen des vorliegenden Falles das grundlegende Problem des Gemeinschaftsrechts nicht darin, ob die zweijährige Probezeit per se lang oder kurz ist, ob sie die Interessen der Arbeitgeber fördert oder nicht oder ob sie eine vernünftige oder unvernünftige Sozialmaßnahme ist. Eine Maßnahme wie die, um die es in dieser Rechtssache geht, betrifft das Gemeinschaftsrecht lediglich insoweit, als sie möglicherweise eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts darstellt, die durch die Richtlinie 76/207 untersagt wird.

72. Meines Erachtens entsprechen sowohl die Kontrolle, die der Gerichtshof insoweit auszuüben hat, als auch die Folgen einer etwaigen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dem Umstand, daß eine Maßnahme wie die streitige teilweise durch Gemeinschaftsrecht geregelt wird. In diesem Fall müssen mit anderen Worten Feststellung und Folgen der Verletzung auf diesen Teil beschränkt bleiben und dürfen die Maßnahme im übrigen

nicht berühren, jedenfalls nicht unter dem Blickwinkel des Gemeinschaftsrechts. Dies folgt aus dem allgemeineren Grundsatz, daß die Ungültigkeit eines Teils grundsätzlich nicht von Rechts wegen zur Ungültigkeit des Ganzen führt, falls nicht eindeutig sichtbar wird, daß das Ganze nicht ohne den ungültigen Teil funktionieren kann. Das vorliegende Gericht ist eindeutig das zuständige Gericht, um im Rahmen des nationalen Rechts das Ausmaß der Folgen eines solchen Urteils des Gerichtshofes zu ermitteln. Es wäre allerdings sinnvoll, dem vorlegenden Gericht mitzuteilen, in welchen Grenzen es an ein Urteil des Gerichtshofes mit diesem Inhalt gebunden wäre, also ihm zu erläutern, daß es kraft Gemeinschaftsrecht nicht *verpflichtet* wäre, die nationale Maßnahme in allen ihren Aspekten für ungültig zu halten, sondern seine Zuständigkeit in aller Unabhängigkeit wahrnehmen könnte.

73. Damit bleibt die Wirkungsweise der streitigen Maßnahme zu prüfen.

74. Die streitige Maßnahme weist zwei Aspekte auf: den materiellen Aspekt, dem zufolge ein Arbeitnehmer, der weniger als zwei Jahre Beschäftigungszeit aufweist, ohne Rechtfertigung entlassen werden kann, d. h. auch aus Gründen, die auf dem Geschlecht beruhen, und den verfahrensrechtlichen Aspekt, daß der innerhalb der genannten Frist entlassene Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Rechtsschutz hat, auch wenn er meint, daß seine Entlassung auf einer Diskriminierung aufgrund seines Geschlechts beruht. Berücksichtigt man dies, so verstößt die streitige Maßnahme bezüglich des ersten Aspekts unmittelbar gegen Artikel 5 der Richtlinie 76/207 (siehe nachstehend unter a) und bezüglich des zweiten Aspekts gegen Artikel 6 (siehe nachstehend unter b).

23 — Richtlinie des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen (ABl. L 48, S. 29).

## a) Zu Artikel 5 der Richtlinie

75. Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie bestimmt, daß Männern und Frauen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dieselben Bedingungen gewährt werden müssen. Außerdem treffen gemäß Absatz 2 Buchstabe a dieses Artikels die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden.

76. Nach ständiger Rechtsprechung ist Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie hinreichend genau und unbedingt, um von einzelnen vor den innerstaatlichen Gerichten gegen den Staat herangezogen zu werden und damit die Anwendung jeder mit diesem Artikel nicht zu vereinbarenden nationalen Vorschrift auszuschließen<sup>24</sup>. Außerdem weist der genannte Absatz 2 wohl die gleiche Rechtsnatur auf.

77. In der vorliegenden Rechtssache legt das Gesetz von 1978 in *Grundvorschriften* das Recht der Arbeitnehmer auf Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassungen fest. Es ver-

pflichtet mit anderen Worten den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer nicht aus anderen als berechtigten und gesetzlichen Gründen zu entlassen. Die Diskriminierung nach dem Geschlecht stellt aber keinen solchen Grund dar. Wie bereits ausgeführt (vgl. Nr. 16 dieser Schlußanträge), führt nämlich eine Entlassung, die diskriminierend im Sinne des Sex Discrimination Act ist, zur Zahlung einer zusätzlichen Entschädigung an den diskriminierten männlichen oder weiblichen Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber. Das Gesetz von 1978 erkennt damit in seinen Grundvorschriften die Entlassung aus Gründen des Geschlechts als einen eindeutigen Fall ungerechtfertigter Entlassung an, der nicht nur verboten ist, sondern auch schwerer geahndet wird als die anderen Fälle ungerechtfertigter Entlassungen.

78. Die *streitige Vorschrift* bestimmt, daß Arbeitnehmer, die nicht zwei Jahre ununterbrochener Beschäftigung beim gleichen Arbeitgeber aufweisen, kein Recht auf Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassung haben. Mit dieser Festlegung einer Ausnahme von der Grundregel gibt somit die streitige Vorschrift dem Arbeitgeber die Möglichkeit, einen Arbeitnehmer ohne Grund zu entlassen, falls dieser noch nicht zwei Beschäftigungsjahre aufweisen kann. Wie sich den schriftlichen Erklärungen der Klägerinnen entnehmen läßt, sieht das Gesetz ausdrücklich bestimmte Gegenausnahmen von der genannten Ausnahme vor, die dazu führen, daß man erneut die Grundregel anzuwenden hat (d. h. die Grundvorschriften, die keine zeitlichen Voraussetzungen aufstellen). Diese Fälle sind z. B. die Entlassung wegen gewerkschaftlicher Betätigung (Section 58 [1]) sowie die Entlassung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft. Offensichtlich sind auf dem Geschlecht beruhende Gründe unter diesen Gegenausnahmen nicht aufgeführt; die Regierung des Vereinigten Königreichs und die anderen Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, haben dies auch nicht vorgetragen. Mithin muß man e contrario schließen, daß das Gesetz

24 — Urteile Marshall I (zitiert in Fußnote 14, Randnrn. 52 und 55), vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster u. a., Slg. 1990, I-3313, Randnr. 21) und vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-345/89 (Stoekel, Slg. 1991, I-4047, Randnr. 12). Außerdem kann Artikel 5 Absatz 1 von einzelnen herangezogen werden, um von einer Einrichtung des öffentlichen Sektors wegen Verstoßes gegen die Richtlinie Schadensersatz zu erhalten (Urteil Foster u. a., Randnr. 22). Gegen private Arbeitgeber mit Ausnahme des Staates kann er aber nicht herangezogen werden (Urteil Marshall I, Randnr. 48).

von 1978 die Entlassung eines Arbeitnehmers nicht von vornherein als ungerechtfertigt betrachtet und daher zulässt, auch wenn die Entlassung aus Gründen erfolgt, die unmittelbar oder mittelbar mit dem Geschlecht zusammenhängen, solange die Entlassung nur vor der Beendigung zweier Beschäftigungsjahre erfolgt.

79. Ein solcher Standpunkt verstößt aber unmittelbar gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie. Dieser Widerspruch ist grundlegend und hängt nicht vom jeweiligen Sachverhalt ab; er bedarf außerdem keines mittelbaren Nachweises, und zwar aus folgenden Gründen:

80. *Erstens* ist er nicht von der Frage abhängig, ob der betroffene Arbeitnehmer eine Frau oder ein Mann ist, da die Gleichbehandlung sowohl Männer als auch Frauen betrifft. Auch ein männlicher Arbeitnehmer könnte recht gut in eine ähnliche Situation wie die Klägerinnen geraten, wie das folgende Beispiel belegt. Nehmen wir an, wegen des Weggangs des Boten, dem die Beförderung von Dokumenten, Material usw. in der Firma der erstgenannten Klägerin oblag, vertraut der Geschäftsführer diese Arbeit, obwohl Frauen gleicher oder niedrigerer Qualifikation zur Verfügung stehen, einem neu eingestellten Verwaltungsangestellten mit der Begründung an, daß es sich um männliche Aufgaben handle; als sich der Angestellte dagegen wehrt, wird er entlassen. Die Klage, mit der er geltend macht, daß er aus Gründen des Geschlechts diskriminiert worden sei, wird aufgrund der streitigen Vorschrift als unzulässig abgewiesen. Wie soll er sich verteidigen? Soll er vortragen, daß die Zweijahresvoraussetzung ihn beeinträchtigt, weil sie sich zu Lasten *der Frauen* auswirke? Hängt die Schlüssigkeit seines Vorbringens davon ab, ob die Vorschrift Frauen „erheblich häufiger“ trifft oder nicht? Ein solcher Standpunkt

scheint mir paradox und widersprüchlich zu sein. Die Unangemessenheit einer solchen Betrachtungsweise läßt meines Erachtens den tieferliegenden Fehler, den die streitige Vorschrift aufweist, sowie die Notwendigkeit deutlich werden, die betroffenen Personen des einen wie des anderen Geschlechts in gleicher Weise zu schützen.

81. *Zweitens* ist dieser Widerspruch unmittelbar und läßt sich aufgrund rein rechtlicher Erwägungen leicht feststellen<sup>25</sup>. Folglich bedarf es keines Rückgriffs auf den mittelbaren Beweis, d. h. auf die Prüfung statistischer Daten, die erkennen lassen könnten, welches Geschlecht verhältnismäßig stärker betroffen ist. Nehmen wir einmal an, daß die statistischen Daten für einen bestimmten Zeitraum keinen „großen“ oder „kennzeichnenden“ Unterschied zwischen den Prozentsätzen des betroffenen und des nicht betroffenen Geschlechts zeigen, oder daß sie belegen, daß beide Geschlechter in gleicher Weise betroffen sind? Müßte man dann annehmen, daß die nationale Maßnahme unter dem Blickwinkel der Richtlinie gültig ist?

Diese Frage kann nur verneint werden. Eine nationale Vorschrift, die ihrem Inhalt nach dem Arbeitgeber ermöglicht, einen Arbeitnehmer aus einem auf dem Geschlecht beruhenden Grund zu entlassen, kann niemals deshalb gerechtfertigt sein, weil zwischen den Prozentsätzen der betroffenen männlichen und der weiblichen Arbeitnehmer kein erheblicher Unterschied besteht.

25 — In dieser Hinsicht steht sie der unmittelbaren Diskriminierung nach dem Geschlecht nahe.

82. *Schließlich* ist der aufgezeigte Widerspruch der Maßnahme in dem Sinne immanent, daß er nicht von der konkreten Dauer der Probezeit abhängig ist. Artikel 5 steht der Festlegung *irgendeines* Zeitraums entgegen, in dem der Arbeitnehmer das entsprechende Recht, das gemeinschaftsrechtlichen Ursprungs ist, nicht geltend machen kann. Die Richtlinie schützt nämlich die Arbeitnehmer gegen Diskriminierungen nach dem Geschlecht sogar vor ihrer Einstellung, d. h. schon von dem Zeitpunkt an, zu dem sie Zugang zur Beschäftigung verlangen<sup>26</sup>. Folglich muß, zumal angesichts der weiten Auslegung des Begriffes „Entlassung“<sup>27</sup>, eingeräumt werden, daß die Entlassung aufgrund des Geschlechts untersagt ist, wie kurz die Beschäftigungszeit des Betroffenen auch immer war.

83. Mit diesem Punkt möchte ich mich noch etwas länger befassen, weil dies deutlicher werden läßt, in welche Sackgasse die uns von den Verfahrensbeteiligten nahegelegte Lösung der „mittelbaren Diskriminierung“ führt.

84. Wie sich aus dem dargestellten Sachverhalt und der mündlichen Verhandlung ergibt, hatte nach Abweisung der von den Klägerinnen beim Industrial Tribunal erhobenen Klagen das Verfahren vor den anderen Gerichten des Vereinigten Königreichs den Charakter einer Inzidentkontrolle der Vereinbarkeit der streitigen Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht. Die Klägerinnen bekämpfen die Gültigkeit der letzten Ände-

rung von 1985, mit der die Dauer der Probezeit auf zwei Jahre verlängert worden war, weil die streitige Vorschrift eine mittelbare Diskriminierung der Frauen bewirke, da sie nach den statistischen Daten einen größeren Prozentsatz von Frauen als von Männern betreffe (oder betreffen könnte).

85. Wie der Vertreter des Vereinigten Königreichs in der Sitzung, ohne Widerspruch zu hören, dargelegt hat, beantragen die Klägerinnen die Nichtanwendung der betreffenden Vorschrift wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht, so daß die Vorschrift über die einjährige Probezeit, die vor 1985 galt, auf sie Anwendung finden könnte<sup>28</sup>. Das ist natürlich verständlich, weil die Klägerinnen, die mehr als ein Jahr Beschäftigung aufzuweisen haben, von dieser Entwicklung profitieren würden<sup>29</sup>, weil ihre Entlassung nämlich dann vom Industrial Tribunal in der Hauptsache geprüft und eine Entscheidung über die Berechtigung dieser Entlassung getroffen werden könnte, und zwar unter den gleichen Voraussetzungen wie bei Arbeitnehmern, die nach zwei Jahren Beschäftigung entlassen werden.

28 — Erwähnt sei auf jeden Fall, daß der Vertreter die ihm gestellte Frage, ob dies tatsächlich die Rechtsfolge nach nationalem Recht sei oder ob im Gegenteil keinerlei Frist mehr gelte, nicht beantworten konnte.

29 — Obwohl es keine Angaben zur Größe der Unternehmen gibt, bei denen die Klägerinnen gearbeitet haben, ist doch anzunehmen, daß sie mehr als 20 Personen beschäftigten. Vor 1985 betrug nämlich die Probezeit für Arbeitnehmer kleiner Unternehmen (mit weniger als 20 Arbeitnehmern) zwei Jahre und für Arbeitnehmer großer Unternehmen (mit mehr als 20 Arbeitnehmern — vgl. Nr. 18 dieser Schlußanträge) ein Jahr. Hätten die Klägerinnen in einem kleinen Unternehmen gearbeitet, würden sie wohl die Regelung von 1985 nicht angegriffen haben, weil ihnen deren Nichtanwendung und die erneute Anwendung der vorausgegangenen Regelung keinerlei Vorteil brächten.

26 — Vgl. Urteil vom 22. April 1997 in der Rechtssache C-180/95 (Drachmpachl, Slg. 1997, I-2195, Randnr. 24), das eine Entschädigung infolge der Nichteinstellung eines männlichen Bewerbers wegen seines Geschlechts betrifft.

27 — Vgl. Nr. 47 dieser Schlußanträge.

86. Läßt sich feststellen, daß das Zweijahreserfordernis wegen der von den Klägerinnen behaupteten *Prozentsätze* auf eine Diskriminierung hinausläuft, so steht man sich folgendem Paradoxon gegenüber. Wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt und auch vom Vertreter des Vereinigten Königreichs in der Sitzung bestätigt worden ist, weicht der Unterschied bei den Prozentsätzen der Männer und Frauen, die durch die streitige Vorschrift, *so wie sie gegenwärtig gilt*, betroffen sind, nicht grundlegend von dem Unterschied der Prozentsätze ab, der während der Zeit der Geltung der Vorschrift, die *bis 1985* in Kraft war, bestanden hat.

Mangel bei der Einführung von Probezeiten schon immer vorhanden, so verstößt die streitige Maßnahme auch gegen Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie. Seit 1985 hat nämlich das Vereinigte Königreich die betreffende Voraussetzung nicht nur nicht abgeschafft, sondern ihre Dauer sogar noch verlängert.

b) Zu Artikel 6 der Richtlinie

Wenn aber die streitige Voraussetzung bei sonst gleichen Verhältnissen sowohl vor 1985, als sie sich auf ein Jahr belief, wie nach 1985, als sie auf zwei Jahre erhöht wurde, die gleiche Auswirkung hatte, *dann liegt das Problem nicht in der bloßen Dauer der Probezeit, sondern in deren Einführung überhaupt*. Unabhängig von ihren sonstigen möglichen Auswirkungen<sup>30</sup> bestätigt diese Feststellung meines Erachtens den vorstehend eingenommenen Standpunkt, weil sie erweist, daß das Problem der streitigen Regelung tiefer liegt und den Rahmen überschreitet, den ihm die Klägerinnen zuschreiben wollen.

87. Liegt aber der Fehler einer Maßnahme wie der streitigen in der Einführung einer Probezeit überhaupt und war der gleiche

88. Wie entschieden wurde, haben die Mitgliedstaaten nach Artikel 6 Maßnahmen zu treffen, die so wirksam sind, daß das Ziel der Richtlinie erreicht wird, und dafür Sorge zu tragen, daß die Betroffenen sich vor den nationalen Gerichten auf diese Maßnahmen berufen können. Außerdem ist dieser Artikel Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt und auch in den Artikeln 6 und 13 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 verankert ist. Nach dem im Licht dieses allgemeinen Grundsatzes ausgelegten Artikel 6 hat jedermann gegen Handlungen, die nach seiner Ansicht gegen das in der Richtlinie 76/207 aufgestellte Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstoßen, Anspruch auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch ein zuständiges Gericht<sup>31</sup>.

30 — Wenn der Gerichtshof sich dem Standpunkt der Klägerinnen anschließt, wird er sich früher oder später zu der *Einjahresvoraussetzung* (ohne von der vor 1985 geltenden *Zwischenregelung* für Arbeitnehmer kleiner und großer Unternehmen zu sprechen — vgl. Nr. 18 dieser Schlußanträge), dann zu der *Sechsmonatsvoraussetzung* usw. zu äußern haben. Das zeigt meines Erachtens die Sackgasse, in die der Versuch führen muß, für die Natur solcher Maßnahmen wie der des vorliegenden Falles aus Statistiken über deren etwaige Folgen Aufschlüsse gewinnen zu wollen.

31 — Vgl. Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnrn. 17 bis 19).

89. Zu den Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten insoweit zu ergreifen haben, gehört auch ein wirksames System von Sanktionen gegen den Arbeitgeber, denen wirklich Abschreckungswirkung zukommt. Obwohl die Richtlinie nicht die Inkraftsetzung konkreter Sanktionen vorschreibt und den Mitgliedstaaten insoweit die Entscheidung überläßt, ist doch anerkannt, daß zu diesen Sanktionen Bestimmungen gehören, die den Arbeitgeber verpflichten, den diskriminierten Arbeitnehmer wiedereinzustellen oder ihm eine angemessene Entschädigung zu zahlen, und die gegebenenfalls durch ein System von Geldbußen verstärkt werden<sup>32</sup>.

90. So hat der Gerichtshof im Urteil Johnston<sup>33</sup> entschieden, daß eine Regelung, wonach der Bescheinigung einer nationalen Behörde, die das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit feststellt, die Wirkung eines unwiderleglichen Beweises beigemessen wird, gegen Artikel 6 verstößt.

91. Auf jeden Fall bewirkt Artikel 6, soweit er einen tatsächlichen und effektiven gerichtlichen Rechtsschutz betrifft, daß die Besonderheiten jedes einzelnen Falles einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu berücksichtigen sind. Insbesondere für den Fall einer gegen Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie verstößenden diskriminierenden Entlassung hat der Gerichtshof entschieden, daß die Gleichheit ohne Wiedereinstellung der diskriminierenden Person oder aber finanzielle Wie-

dergutmachung des ihr entstandenen Schadens nicht wiederhergestellt werden kann<sup>34</sup>.

92. Außerdem ist entschieden worden, daß Artikel 6 genau und unbedingt ist und zugunsten beschwerter Personen Rechte entstehen läßt, die diese vor den staatlichen Gerichten gegen eine mit diesem Artikel unvereinbare nationale Maßnahme geltend machen können<sup>35</sup>.

93. Im vorliegenden Fall sehen die Grundvorschriften des Gesetzes von 1978 ein vollständiges System gerichtlichen Rechtsschutzes und von Sanktionen gegen den Arbeitgeber vor, das für sich betrachtet unbedingt mit der Richtlinie übereinstimmt. Dieses System bleibt aber einer bestimmten Gruppe entlassener Arbeitnehmer verschlossen, und zwar wegen der verfahrensrechtlichen Auswirkung der betreffenden Maßnahme. Diese besteht, wie bereits dargelegt, darin, daß der Arbeitnehmer, wenn er keine zwei Beschäftigungsjahre aufweist, nicht einmal befugt ist, das Gericht anzurufen, um geltend zu machen, daß er Opfer einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts geworden ist. Daher werden solche Klagen entlassener Arbeitnehmer beim Industrial Tribunal als unzulässig abgewiesen. Es ist nämlich, wie das vorliegende Gericht betont, „unstreitig, daß das Industrial Tribunal über die Klagen hätte entscheiden können, wenn es nicht die Bedingung der zwei oder mehr Jahre ununterbrochener Beschäftigung gäbe (Zweijahresregel)“.

32 — Vgl. u. a. Urteile vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, Randnrn. 18 ff.), vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Dekker, 1990, I-3941, Randnr. 23), vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-271/91 (Marshall II, Slg. 1993, I-4367, Randnrn. 22 bis 24) und Urteil Drachmpaehl (zitiert in Fußnote 26).

33 — Urteil Johnston (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 21).

34 — Urteil Marshall II (zitiert in Fußnote 32, Randnr. 25).

35 — Vgl. Urteile Von Colson und Kamann (zitiert in Fußnote 32, Randnr. 22), vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 10) sowie Urteil Marshall II (zitiert in Fußnote 32, Randnr. 35).

94. Damit sich das in der vorliegenden Rechts-sache mit der Klage angerufene Gericht mit der Begründetheit befaßt und prüft, ob die betreffende Entlassung eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, bedarf es natürlich vorab der Klärung der Frage, ob die streitige Maßnahme gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt. Nur dann kann das Gericht sie beiseite lassen und die Hauptsache prüfen.

95. Im vorliegenden Fall ist dieser Gesichtspunkt aber ohne Bedeutung. Der Schutz des Artikels 6 bliebe toter Buchstabe, wenn der Betroffene nicht alle Gründe und Einwände des materiellen wie des Verfahrensrechts geltend machen könnte, nach deren Maßgabe er glaubt, Opfer einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden zu sein. Diese Klagegründe können rechtlich oder tatsächlich fehlgehen, worauf sie dann vom Gericht zurückgewiesen werden. Man darf indessen nicht schon ihr Vorbringen a priori als unzulässig behandeln. Es hat nämlich keinen Sinn, eine Klage oder eine bestimmte Rüge verfahrensrechtlich *mit der Begründung* als unzulässig zu behandeln, daß die rechtliche Voraussetzung, gegen die sich die Klage oder die Rüge gerade wendet, nicht gegeben sei. Das ist ein Zirkelschluß und führt zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes.

96. Unerheblich ist ebenfalls, daß es den Klägerinnen nach Einlegung mehrerer Rechtsmittel gelungen ist, zumindest einen Aspekt ihres Problems einer Prüfung zuzuführen, nämlich den der Vereinbarkeit der streitigen Voraussetzung mit dem Gemeinschaftsrecht. Ein wesentliches Element des wirksamen gerichtlichen Schutzes der vom Gemeinschaftsrecht eingeräumten Rechte ist, daß

dieser *rechtzeitig* einzuräumen ist, also zu einem möglichst frühen Zeitpunkt, so daß die Betroffenen nicht durch Einlegung von Rechtsmitteln Zeit und Geld verlieren. Deshalb gestattet Artikel 177 EG-Vertrag jedem Gericht unabhängig von der Verfahrensstufe, den Gerichtshof anzurufen, um gemeinschaftsrechtliche Auslegungsfragen klären zu lassen.

Wie sich in der Sitzung ergeben hat, wird die Sache, wenn der Gerichtshof entscheiden sollte, daß die streitige Maßnahme gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, an das House of Lords zurückgehen, das sie seinerseits an das Industrial Tribunal zurückverweisen wird, damit dieses in der Hauptsache entscheidet. Das bedeutet, daß das Industrial Tribunal über die Gültigkeit der Entlassung der Klägerinnen bestenfalls etwa zehn Jahre nach dieser Entlassung entscheiden wird. Es läßt sich daher nicht ausschließen, daß die Klägerinnen beim Beweis der Rechtswidrigkeit der Entlassung zahlreiche Schwierigkeiten haben werden, etwa weil das Unternehmen nicht mehr besteht, Beweismittel nicht mehr zugänglich sind und Zeugen nicht an ihrem Arbeitsplatz zu finden sind. Es ist daher zu befürchten, daß die betroffenen Personen entmutigt werden, gerichtlichen Schutz zu suchen.

Aus diesen Gründen bin ich der Meinung, daß diese Maßnahme, da sie das zuständige nationale Gericht daran hindert, einer entlassenen Person, die behauptet, Opfer einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts geworden zu sein, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, und außerdem die Nutzung der Möglichkeit nach Artikel 177 des Vertrages verhindert, gegen Artikel 6 der Richtlinie ver-

stößt, wie er im Licht des vorgenannten allgemeineren Grundsatzes und des Artikels 177 des Vertrages ausgelegt wird<sup>36</sup>.

97. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß die fehlende Übereinstimmung der streitigen Maßnahme mit Artikel 6 der Richtlinie ebenso radikal ist wie die Unvereinbarkeit mit Artikel 5. Aus den vorstehend erläuterten Gründen (Nrn. 79 ff. dieser Schlußanträge) hängt sie nicht mit dem Geschlecht einer bestimmten betroffenen Person, mit den Anteilen der männlichen/weiblichen Arbeitnehmer oder mit einer bestimmten Beschäftigungszeit zusammen.

98. Ich habe diese beiden Aspekte der streitigen Maßnahme vorwiegend aus praktischen Gründen getrennt behandelt. Der materielle und der Verfahrensaspekt eines Rechts stellen aber zwei Seiten der gleichen Medaille dar. Außerdem liegt es auf der Hand, daß die streitige Maßnahme deshalb den Arbeitnehmer in einen *Circulus vitiosus* hineinführt: Kann er keine zwei Beschäftigungsjahre nachweisen, kann er die Sache nicht vor Gericht bringen, und kann er die Sache nicht vor Gericht bringen, so kann er nicht nachweisen, daß er gerade wegen der Zweijahresregel Opfer einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts geworden ist.

36 — Vgl. allgemein Urteile vom 19. Juni 1990 in der Rechtssache C-213/89 (*Factortame u. a.*, Slg. 1990, I-2433, Randnrn. 18 ff.) und vom 14. Dezember 1995 in den Rechtssachen C-430/93 und C-431/93 (*Van Schijndel und Van Veen*, Slg. 1995, I-4705, Randnr. 18). Vgl. auch Urteil vom 6. Juli 1982 in der Rechtssache 61/81 (*Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg. 1982, 2601), das eine fehlerhafte Umsetzung des Artikels 6 der Richtlinie 75/117 betrifft.

99. Folge des teilweisen Widerspruchs der betreffenden Maßnahme zu den Artikeln 5 und 6 der Richtlinie ist, daß die nationalen Gerichte sie unangewandt zu lassen haben, so daß einerseits Klagen entlassener Arbeitnehmer, bei denen es um die Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts geht, als zulässig zu behandeln sind, und andererseits die Frage, ob eine einzelne Entlassung unmittelbar oder mittelbar auf eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zurückzuführen war, hinsichtlich ihrer Begründetheit zu prüfen ist.

100. Die Besorgnis der Klägerinnen, daß die Richtlinie 76/207 mangels horizontaler Wirkung der Artikel 5 und 6 nicht gegenüber dem Arbeitgeber geltend gemacht werden könne und folglich ein nicht so wirksames Mittel wie Artikel 119 des Vertrages sei, halte ich nicht für begründet<sup>37</sup>.

In der Rechtssache *Habermann-Beltermann*<sup>38</sup> sah ein nationales Gesetz ein Nachtarbeitsverbot für schwangere Frauen vor; eine Arbeitnehmerin war, als sich herausstellte, daß sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schwanger gewesen war, entlassen worden, und zwar auf der Grundlage von Rechtsvorschriften, die die Aufhebung des Vertrages wegen Nichtigkeit oder Irrtums zuließen. Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Richtlinie 76/207 könne mangels horizontaler Wirkung dem Arbeitgeber nicht entgegengehalten werden. Der Gerichtshof hat dieses Vor-

37 — Vielleicht befürchten die Klägerinnen, daß sie, weil sie sich gegenüber dem Arbeitgeber nicht auf die Richtlinie berufen könnten, nach Maßgabe der mit dem Urteil *Francovich I* vom 19. November 1991 in den Rechtssachen C-6/90 und C-9/90 (*Francovich u. a.*, Slg. 1991, I-5357) einsetzenden Rechtsprechung Entschädigung vom Mitgliedstaat wegen fehlerhafter Umsetzung der Richtlinie verlangen müßten.

38 — Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Slg. 1994, I-1657).

bringen mit der Begründung zurückgewiesen, daß es um die Auslegung einer bereits in nationales Recht umgesetzten Richtlinie gehe, die dem vorlegenden Gericht bei der Auslegung und Anwendung der streitigen Bestimmungen über die Nichtigkeit von Verträgen und die Anfechtbarkeit wegen Irrtums nützlich sein könnten (Randnr. 9).

Ebenso sind im vorliegenden Fall, wenn die streitigen Vorschriften wegen der vertikalen Wirkung der Artikel 5 und 6 der Richtlinie unangewandt bleiben, im nationalen Recht im übrigen die Grundvorschriften des Gesetzes von 1978 heranzuziehen. Diese Vorschriften bieten, wenn sie nach Maßgabe der Richtlinie ausgelegt werden, solchen Arbeitnehmern, die annehmen, aus Gründen des Geschlechts ungerechtfertigt entlassen worden zu sein, ausreichenden Schutz, wie bereits ausgeführt wurde. Berücksichtigt man, daß jede Sanktion, die bei erfolgreicher Klage einer betroffenen Person verhängt werden könnte, auf der Grundlage des nationalen Rechts ausgesprochen würde, so kann sich das Problem einer „horizontalen Wirkung“ der Richtlinie nicht stellen.

101. Folglich hat das zuständige nationale Gericht, wenn es die Begründetheit der Klagen prüft, die Gründe jeder Entlassung getrennt unter dem Blickwinkel zu untersuchen, ob sie auf dem Geschlecht beruhen, und die Entlassung ist in diesem Fall als ungerechtfertigt anzusehen<sup>39</sup>. Im entgegengesetzten Fall, d. h., wenn die Gründe nicht mit dem Geschlecht zusammenhängen, kann die Klage abgewiesen werden. Das hängt, wie bereits erläutert, damit zusammen, daß die nationale Maßnahme insoweit ein Ziel verfolgt, das außerhalb des

Gemeinschaftsrechts und damit außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 76/207 liegt.

102. Ferner sind, wenn die Entlassung ohne Begründung erfolgt ist (wenn z. B. der Arbeitgeber infolge der Formulierung der streitigen Vorschrift ein nichttransparentes Entlassungssystem eingerichtet hat), die Vorschriften des Gesetzes von 1978 im Licht der analog heranzuziehenden Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Beweislast bei Diskriminierung durch den Arbeitgeber mittels eines nichttransparenten Lohnsystems anzuwenden. Legt mithin der Arbeitnehmer schlüssig dar, daß unter den ohne Grund oder aus demselben Grund entlassenen Arbeitnehmern Frauen erheblich häufiger betroffen sind als Männer, so muß der Arbeitgeber nachweisen, daß sein Vorgehen nicht diskriminierend ist, weil sonst ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegt<sup>40</sup>.

103. In diesem Punkt bin ich einigermaßen ratlos. Ein britischer Autor hat geäußert, daß eine Entlassung, die u. a. gegen den Sex Discrimination Act 1975 (nachstehend: SDA) verstoße, nicht der Zweijahresregel des Gesetzes von 1978 unterliege und daß der entlassene männliche oder weibliche Arbeitnehmer sein Recht aufgrund der Vorschriften des SDA

39 — Vgl. Urteil Dekker (zitiert in Fußnote 32, Randnr. 10).

40 — Vgl. Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 (Danfoss, Slg. 1989, 3199, Randnr. 11).

suchen könne<sup>41</sup>. Außerdem hat das Industrial Tribunal in der Rechtssache P/S, wie bereits früher ausgeführt (vgl. Fußnote 15 dieser Schlußanträge), die Begründetheit der Klage im Rahmen des SDA untersucht (Randnr. 7), obwohl die Entlassung wegen einer Geschlechtsumwandlung vor Ablauf der zweijährigen Beschäftigungszeit erfolgt war (Randnrn. 3 und 4).

Die Fragen, ob das Gesetz von 1978 gegenüber dem SDA eine *Lex specialis* darstellt und ob beide Gesetze nebeneinander anzuwenden sind, wenn das Gesetz von 1978 größeren Schutz bietet, fallen selbstverständlich in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte. Außerdem haben die nationalen Gerichte die nationalen Vorschriften sowohl vor wie nach der Richtlinie 76/207 im Einklang mit dieser Richtlinie auszulegen und nur dann, wenn dies nicht möglich ist, die nationalen Vorschriften unangewandt zu lassen<sup>42</sup>.

Es muß allerdings darauf hingewiesen werden, daß für den Fall, daß die fraglichen Bestimmungen des Gesetzes von 1978 so ausgelegt werden müssen, daß Entlassungen aus

Gründen des Geschlechts nicht unter die Zweijahresregel fallen, so daß die entlassene Arbeitnehmerin das zuständige Gericht anrufen und ihr Recht aufgrund der Grundvorschriften des Gesetzes von 1978 suchen könnte, die streitige Maßnahme nicht als Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 betrachtet werden könnte. Dies ist deshalb so, weil eine Gesetzgebungsmaßnahme, die zum einen sicherstellt, daß die Entlassung eines Arbeitnehmers innerhalb der Probezeit von zwei Jahren nicht aus Gründen des Geschlechts erfolgen darf, und zum anderen ein System von Sanktionen gegen den Arbeitgeber und ein System vollen Rechtsschutzes für Personen schafft, denen durch eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts Unrecht geschehen ist, eine allgemeine Gesetzgebungsmaßnahme darstellt, die eine Entlassungsbedingung festlegt, die ohne Unterscheidung zwischen Männern und Frauen anzuwenden ist. Eine solche Maßnahme verstößt nicht gegen eine Vorschrift der Richtlinie 76/207<sup>43</sup>. In diesem Fall entsteht das Problem nicht *auf der Ebene des Gesetzes*, sondern aufgrund des *Sachverhalts*; die einzige Frage ist mithin die, ob das Kriterium so angewandt wurde, daß es tatsächlich zu Diskriminierungen geführt hat<sup>44</sup>.

#### F — Die Hypothese der mittelbaren Diskriminierung

104. Ich habe bereits dargelegt, aus welchen Gründen ich den Standpunkt der Verfahrensbeteiligten nicht teile. Im folgenden unterbreite ich einige Aspekte dieses Standpunkts, insbesondere um *e contrario* die meines Erach-

41 — Vgl. S. D. Anderman, *The Law of Unfair Dismissal*, 2. Aufl. London, Butterworths, 1985 (S. 17, Anm. 17 iv) — allerdings ohne Hinweis auf irgendeine Vorschrift oder eine andere Erklärung. Andere Autoren erwähnen dies unter den Ausnahmen von der Zweijahresregel nicht (vgl. Sweet & Maxwell, *Encyclopedia of Employment Law*, Nr. 1-6103 ff.), sondern untersuchen das Urteil des Court of Appeal im vorliegenden Fall im Kontext mittelbarer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts nach dem Sex Discrimination Act (a. a. O., Nr. 1-4003, 4).

42 — Vgl. u. a. Urteil vom 16. Dezember 1993 in der Rechtssache C-334/92 (Wagner Miret, Slg. 1993, I-6911, Randnrn. 20 und 21) und Urteil Coloroll Pension Trust (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 29). Die Verpflichtung zu einer mit dem Gemeinschaftsrecht konformen Auslegung habe ich in meinen Schlußanträgen zum Urteil des Gerichtshofes vom 14. Juli 1998 in der Rechtssache C-125/97 (Regeling, Slg. 1998, I-4493, 4495, Nrn. 33 bis 35) eingehender untersucht, auf die ich hier verweise, um Wiederholungen zu vermeiden.

43 — Vgl. Urteile Roberts (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 36) und vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-400/95 (Larsson, Slg. 1997, I-2757, Randnr. 18).

44 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 35, Randnr. 22).

tens richtige Betrachtungsweise herauszuarbeiten, aber auch hilfsweise für den Fall, daß der Gerichtshof diesem zweiten Weg den Vorzug geben möchte.

Eine *mittelbare Diskriminierung* liegt vor, wenn eine Vorschrift zwar neutral formuliert ist, tatsächlich aber wesentlich mehr Frauen als Männer benachteiligt <sup>46</sup>.

105. Ich erinnere nochmals daran, daß die streitige Maßnahme nach Auffassung der Klägerinnen und der Kommission zu einer mittelbaren Diskriminierung der Frauen führt, weil sie eine verhältnismäßig höhere Zahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern betrifft und objektiv nicht gerechtfertigt ist. Das Vereinigte Königreich vertritt den entgegengesetzten Standpunkt.

108. Da es bei auf den ersten Blick neutralen Bestimmungen schwierig ist, eine etwaige Diskriminierung festzustellen, wie auch für die benachteiligten Personen, sie zu beweisen, hat der Gerichtshof bestimmte Kriterien für den Nachweis der Diskriminierung und die Verteilung der Beweislast entwickelt. Außerdem erfordert die Feststellung mittelbarer oder versteckter Diskriminierungen, wie der Gerichtshof festgestellt hat, „den Vergleich ganzer Industriezweige und somit die vorherige Festlegung von Beurteilungskriterien durch die gemeinschaftlichen oder nationalen Gesetzgebungsorgane“ <sup>47</sup>.

106. Unstreitig gilt die fragliche Voraussetzung der zwei Jahre ohne Unterschied für Männer und Frauen, die weniger als zwei Jahre Beschäftigungszeit aufweisen, und führt daher nicht zu einer *unmittelbaren Diskriminierung* aufgrund des Geschlechts. Folglich ist zu prüfen, ob die streitige Vorschrift zu einer mittelbaren Diskriminierung führt, wie dies die Klägerinnen und die Kommission meinen.

109. Die Rechtsprechung zu den Kriterien und zum Beweis mittelbarer Diskriminierungen hat ihren Anfang mit dem Grundsatzurteil Jenkins <sup>48</sup> genommen und ist seither beständig geblieben <sup>49</sup>. Das genannte Grundsatzurteil hat Artikel 119 des Vertrages aus Anlaß der diskriminierenden Entlohnung von Teilzeitbeschäftigten (zumeist Frauen) im Vergleich zu Vollzeitbeschäftigten (in der Mehrzahl Männer) aufgelegt.

107. Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Diskriminierung in der Anwendung unterschiedlicher Normen auf vergleichbare Sachverhalte oder der Anwendung der gleichen Normen auf unterschiedliche Sachverhalte <sup>45</sup>.

46 — Vgl. Urteil Kording (zitiert in Fußnote 45, Randnr. 16).

47 — Vgl. Urteil vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79 (Macarthy, Slg. 1980, 1275, Randnr. 15). Die Feststellung mittelbarer Diskriminierungen setzt bisweilen Untersuchungen „der gesamten Wirtschaft“ voraus (Urteil Defrenne II, zitiert in Fußnote 22, Randnr. 19).

48 — Zitiert in Fußnote 3.

49 — Vgl. u. a. Urteile Bilka (zitiert in Fußnote 21), vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743), Kowalska (zitiert in Fußnote 7) und vom 6. Februar 1996 in der Rechtssache C-457/93 (Lewark, Slg. 1996, I-243).

45 — Vgl. Urteile vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-100/95 (Kording, Slg. 1997, I-5289, Randnr. 14) und vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30).

110. Außerdem hat der Gerichtshof im Urteil Gerster<sup>50</sup> die vorstehend erwähnte Rechtsprechung in einem Fall angewandt, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 fiel, konkret auf eine Rechtsvorschrift, die Teilzeitbeschäftigte gegenüber Vollzeitbeschäftigten bei den Aufstiegsmöglichkeiten benachteiligte.

111. Beruht die Ungleichbehandlung wie im vorliegenden Fall auf Rechtsvorschriften, so hat der Gerichtshof festgestellt, daß, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, „der Ausschluß von Teilzeitbeschäftigten von bestimmten Vergütungen nach ständiger Rechtsprechung gegen Artikel 119 des Vertrages [verstößt], wenn ein erheblich geringerer Prozentsatz von Frauen als von Männern vollzeitbeschäftigt ist und diese Maßnahme — unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten — nicht durch Faktoren zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen“<sup>51</sup>.

112. Da die Rechtsprechung zu Lohndiskriminierungen bei Teilzeitbeschäftigten als Modell für die Rechtsprechung zu anderen

50 — Zitiert in Fußnote 11, Randnr. 34, in der auf die Urteile Bilka, Rinner-Kühn und Lewark verwiesen wird. Der Gerichtshof hatte in der Zwischenzeit diese Rechtsprechung auch im Rahmen der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. 1979, L 6, S. 24) herangezogen (vgl. Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-229/89, Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2205, Randnr. 13, mit Hinweis auf das Urteil Kowalska); auch sie ist seither ständige Rechtsprechung in diesem Bereich (vgl. Urteil Roks u. a., zitiert in Fußnote 21). Man kann daher von einem allgemeinen Grundsatz sprechen, der das gesamte Sozialrecht der Gemeinschaft bei der Gleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern durchzieht.

51 — Vgl. z. B. Urteil Lewark (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 28).

Bereichen diene, möchte ich zunächst auf einige Merkmale dieser Rechtsprechung eingehen und dann untersuchen, ob und unter welchen Umständen sie im vorliegenden Fall herangezogen werden kann.

113. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß das Gemeinschaftsrecht eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich ihrer Wirkungen wie eine unmittelbare Diskriminierung behandelt. Folglich kommt es darauf an, auch wenn der Beweis für eine mittelbare Diskriminierung notwendig ebenfalls mittelbar ist, daß sich das Gericht bezüglich des Vorliegens einer Diskriminierung eine Überzeugung bildet, die ebenso stark ist wie bei einer unmittelbaren Diskriminierung. Aus diesem Grund sind statistische Daten, die ihrer Natur nach schwanken können und mit Vorsicht zu behandeln sind, für sich allein nicht ausreichend, vielmehr bedarf diese Würdigung einer Grundlage, die so objektiv wie möglich sein muß.

114. Die betreffende Rechtsprechung beruht auf der Erkenntnis, daß die weiblichen Arbeitnehmer „aufgrund der häufig ihnen obliegenden Aufgaben in Haushalt und Familie ihre Arbeitszeit weniger leicht als männliche Arbeitnehmer flexibel gestalten können“<sup>52</sup>. Diese Feststellung, die auf allgemeiner Erfahrung beruht, war die objektive Grundlage für die Feststellung der mittelbaren Diskriminierung im vorgenannten Fall.

52 — Vgl. Urteil Danfoss (zitiert in Fußnote 40, Randnr. 21).

115. Es bleibt dann zu prüfen, ob tatsächlich eine Ungleichbehandlung voll- und teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer vorliegt oder ob die festgestellte Ungleichheit nur eine scheinbare ist. Ist dies der Fall, so ist damit die Prüfung beendet und sind weder die statistischen Daten noch die Frage zu untersuchen, ob die Maßnahme objektiv gerechtfertigt ist<sup>53</sup>.

stillschweigend von einem „erheblichen Unterschied“ ausgegangen worden:

— In der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn)<sup>56</sup> waren in der Gruppe der Teilzeitbeschäftigten 89 % Frauen und 11 % Männer;

116. Liegt eine Ungleichbehandlung vor, so untersucht der Gerichtshof nach Maßgabe der Aktenlage den Anteil von Männern und Frauen in jeder der beiden Gruppen und vergleicht die Ergebnisse. Ist, wie zu erwarten, der Anteil der Frauen in der Gruppe der Teilzeitbeschäftigten „wesentlich höher“ als der der Männer und/oder der Anteil der Frauen in der Gruppe der Vollzeitbeschäftigten wesentlich niedriger als der der Männer<sup>54</sup>, so ist die Maßnahme „grundsätzlich“<sup>55</sup> als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu betrachten.

— in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska)<sup>57</sup> betrug in der Gruppe der Teilzeitbeschäftigten der Anteil der Frauen 77,3 %, 97,8 % und 90,2 % je nach Dienst und Wochenarbeitsstunden;

— in der Rechtssache C-184/89 (Nimz)<sup>58</sup> betrug in der gleichen Gruppe der Anteil der Frauen 77,3 % und 90,2 % aufgrund der Wochenarbeitsstunden, während in der Gruppe der Vollzeitbeschäftigten Frauen mit 55 % vertreten waren;

Beispielsweise ist in der Rechtsprechung bei folgenden Prozentsätzen ausdrücklich oder

— in der Rechtssache C-127/92 (Enderby)<sup>59</sup> waren 98 % der Arbeitnehmer in der

53 — Vgl. Urteil vom 15. Dezember 1994 in den Rechtssachen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 und C-78/93 (Helmig u. a., Slg. 1994, I-5727, Randnrn. 23, 30 und 32).

54 — Urteil Bilka (zitiert in Fußnote 21, Randnr. 29). Meines Erachtens sollten bei der Frage, ob ein „erheblicher Unterschied“ der Anteile innerhalb einer Gruppe besteht, auch die Anteile in der anderen (bevorzugten) Gruppe berücksichtigt werden. Die bevorzugte Gruppe muß die entgegengesetzte Tendenz, gleiche Anteile oder aber die gleiche Tendenz, aber wesentlich schwächer als in der erstgenannten Gruppe aufweisen. Ist der Unterschied (in Prozenten) in beiden Gruppen tatsächlich identisch oder ähnlich, so werden die Arbeitnehmer in beiden Gruppen gleich und nicht ungleich behandelt (vgl. unmittelbar nachstehend den dritten und den vierten Fall).

55 — Urteil Rinner-Kühn (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 12).

56 — Urteil Rinner-Kühn (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 11) in Verbindung mit Nr. III 2 des Sitzungsberichts und Nr. 31 der Schlußanträge von Generalanwalt Darmon.

57 — Urteil Kowalska (zitiert in Fußnote 7, Randnr. 13) in Verbindung mit Nr. 3 der Schlußanträge von Generalanwalt Darmon.

58 — Urteil Nimz (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 12) in Verbindung mit Nr. II des Sitzungsberichts.

59 — Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Slg. 1993, I-5535, Randnr. 16) in Verbindung mit Nr. 31 der Schlußanträge von Generalanwalt Lenz.

angeblich benachteiligten Gruppe Frauen, während in der angeblich bevorzugten Gruppe Frauen entweder in der Minderzahl oder nur knapp in der Überzahl waren;

— in der Rechtssache C-100/95 (Kording)<sup>60</sup> waren 92,5 % der Teilzeitbeschäftigten Frauen;

— in der Rechtssache C-243/95 (Hill und Stapleton)<sup>61</sup> waren von den Arbeitnehmern, für die ein Job-sharing-System galt, d. h. in der Gruppe, die gesetzlich diskriminiert wurde, 98 % bis 99,2 % Frauen.

117. Außerdem kehrt der Gerichtshof, um den Arbeitnehmern, die prima facie Opfer einer Diskriminierung sind, nicht jedes wirksame Mittel zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu nehmen, die Beweislast um, so daß eine Maßnahme, die tatsächlich eine weitaus höhere Anzahl des einen oder des anderen Geschlechts beeinträchtigt, als Verstoß gegen Artikel 119 des Vertrages behandelt wird, falls nicht derjenige, der die Beweislast trägt, nachweist, daß die Maßnahme objektiv gerechtfertigt ist<sup>62</sup>.

60 — Urteil Kording (zitiert in Fußnote 45, Randnr. 18). Dieses Urteil betraf bekanntlich die Richtlinie 76/207.

61 — Urteil vom 17. Juni 1998 in der Rechtssache C-243/95 (Slg. 1998, I-3739, Randnr. 25).

62 — Vgl. Urteil Enderby (zitiert in Fußnote 59, Randnr. 14).

118. Daß die Bestimmung „grundsätzlich“ oder „prima facie“ als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung betrachtet wird, bedeutet, daß ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vermutet wird, falls sie nicht objektiv gerechtfertigt ist, und die Prüfung dieser Frage stellt die letzte Stufe der Untersuchung dar. Ist die Maßnahme objektiv gerechtfertigt, „so kann in dem bloßen Umstand, daß die Gesetzesbestimmung eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern trifft, keine Verletzung des Artikels 119 gesehen werden“<sup>63</sup>.

119. Aus alledem ergibt sich, daß die Beurteilung einer mittelbaren Diskriminierung ein komplexer Vorgang ist, der objektive und bezifferte Gesichtspunkte in gleicher Weise berücksichtigt. Prozentsätze haben für sich genommen keinen absoluten, sondern einen relativen Wert, der sich aus der Verbindung mit allen übrigen zu berücksichtigenden Gegebenheiten ergibt. Vor allem sind sie ein *Indiz* und kein *Beweis* für eine Diskriminierung.

120. Demgemäß ist bei der Prüfung der Frage, ob im vorliegenden Fall eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, zunächst zu ermitteln, ob die streitigen Vorschriften eine Ungleichbehandlung zweier Gruppen von Arbeitnehmern bewirken und ob dieser Unterschied eine beträchtlich höhere Anzahl von Frauen als von Männern berührt. Nur wenn diese beiden Fragen zu bejahen sind, stellt sich die Frage des Vorliegens objektiver Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben

63 — Urteile Rinner-Kühn (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 14) und Kording (zitiert in Fußnote 45, Randnr. 26).

und die festgestellte Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten<sup>64</sup>.

Andererseits beliefen sich die Anteile der Männer mit mehr als zwei Beschäftigungsjahren („Begünstigte“), bezogen auf alle männlichen Arbeitnehmer, für die entsprechenden Jahre auf 77,4 %, 73,4 % und 74,5 %, während die betreffenden Anteile bei den Frauen 68,9 %, 65,6 % und 67,4 % betragen.

121. Zur ersten Frage möchte ich darauf hinweisen, daß die streitige Bestimmung keine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen innerhalb der gleichen Gruppe, sondern von Arbeitnehmern einführt, die zu zwei Gruppen gehören, nämlich einmal der Arbeitnehmer, die weniger als zwei Jahre Beschäftigungszeit aufweisen, und zum anderen der Arbeitnehmer, die mehr als zwei Jahre beschäftigt waren.

Schließlich betrug vor 1985 der Anteil der Männer mit weniger als zwei Beschäftigungsjahren 13,8 % aller männlichen Beschäftigten, während der entsprechende Anteil der Frauen sich auf 19,2 % belief.

122. Bei der zweiten Frage lassen die von den Klägerinnen angeführten und im Vorlagebeschluß dargestellten statistischen Daten für den Zeitraum 1985—1991 folgendes erkennen:

Der Anteil der Männer mit weniger als zwei Jahren Beschäftigung („Benachteiligte“) an der gesamten arbeitenden Bevölkerung männlichen Geschlechts betrug 1985 22,6 %, stieg schrittweise bis 1989 auf 28 % an und sank stufenweise auf 25,5 % im Jahre 1991. In diesen Jahren beliefen sich die entsprechenden Anteile der Frauen mit weniger als zwei Jahren Beschäftigung an der arbeitenden Bevölkerung auf 31 %, 34,5 % und 32,6 %.

Diesen Zahlen entnehmen die Klägerinnen und die Kommission, daß Frauen verhältnismäßig schwerer betroffen sind als Männer<sup>65</sup>; der Court of Appeal ist zu dem gleichen Schluß gelangt. Demgegenüber ist die Regierung des Vereinigten Königreichs der Meinung, daß die genannten Zahlen einen solchen Schluß nicht zulassen; der gleichen Auffassung war der Divisional Court.

65 — Zwar stößt die Zahl der insgesamt betroffenen Frauen, auf die sich die Klägerinnen in ihren schriftlichen Erklärungen und in der Sitzung gestützt haben, auf Sympathie, sie kann jedoch keine Berücksichtigung finden. Was im vorliegenden Fall entscheidend ist, sind die Verhältniszahlen und nicht die absoluten Zahlen für sich genommen. Wie Aristoteles sagt: „Denn nichts wird an sich groß oder klein genannt, sondern es wird auf ein anderes bezogen ...[aber] groß oder klein bezeichnen nicht ein Quantitatives, sondern vielmehr ein Relativum, da das Große und das Kleine in Beziehung zu einem anderen betrachtet wird. Somit ist klar, daß diese zu den Relativa gehören.“ (Kategorien 5b, 16-29); Aristoteles, Werke, Übersetzung Klaus Oehler, Darmstadt (Wissenschaftliche Buchgesellschaft), 1984, Band I: Kategorien, 16.

64 — Vgl. Urteil Helmig u. a. (zitiert in Fußnote 53, Randnrn. 23 und 25).

123. Ich möchte gleich sagen, daß ich bezüglich der Erheblichkeit und des Aussagewerts dieser statistischen Daten zahlreiche Vorbehalte zum Ausdruck bringen muß.

124. *Erstens* ist die Grundlage, auf der die Berechnungen erstellt worden sind, nicht korrekt und läßt die erforderlichen Vergleiche nicht zu. Nach der angeführten und hier analog heranzuziehenden Rechtsprechung müßte sich zunächst der Anteil von Männern und Frauen an jeder Arbeitnehmergruppe aus den statistischen Daten ergeben. Diese liegen aber nur für 1985 vor, während für den restlichen Zeitraum lediglich die Anteile der betroffenen Personen des jeweiligen Geschlechts an der Gesamtzahl der Arbeitnehmer dieses Geschlechts bekannt sind. Kennt man aber die Zusammensetzung einer Gruppe nicht, so läßt sich auch nicht feststellen, welches Geschlecht relativ stärker betroffen ist. Den vorliegenden Daten läßt sich lediglich entnehmen, daß sowohl vor als auch nach 1985 ein fester Anteil betroffener und nicht betroffener Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts besteht und daß die Faktoren, die von einem Jahr zum anderen eine Erhöhung oder Verringerung des Anteils des einen Geschlechts bewirkt haben, in ungefähr gleicher Weise den Anteil des anderen Geschlechts beeinflusst haben.

125. *Zweitens* betreffen die vorliegenden Daten die Arbeitnehmer, die von der Maßnahme betroffen sein könnten, und nicht die, die tatsächlich betroffen sind, d. h., die entlassen wurden. Wenn nämlich eine nationale Maßnahme einen wirtschaftlichen Vorteil allein aufgrund des Kriteriums gewährt, daß es sich um eine Vollzeitbeschäftigung handelt, wird allen vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern dieser Vorteil zugute kommen, während er allen teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern

vorenthalten wird. Außerdem ist der Vorteil genau und leicht zu ermitteln. Man braucht in diesem Fall nur zu wissen, wie viele Personen jede Gruppe umfaßt (also wie viele Personen von dieser Maßnahme betroffen sein könnten), und schon weiß man auch, wie viele tatsächlich betroffen sind (also wie viele eine Erhöhung oder eine Verringerung ihres Lohnes erfahren).

Im vorliegenden Fall kann aber der der begünstigten Gruppe gewährte Vorteil nicht unmittelbar ermittelt werden, sondern besteht bei dieser Gruppe in der Pflicht des Arbeitgebers (und dem entsprechenden Recht der Arbeitnehmer), die Entlassung ordnungsgemäß zu begründen, bei der anderen Gruppe in der Befugnis des Arbeitgebers (und dem Fehlen eines entsprechenden Rechts der Arbeitnehmer), Arbeitnehmer ohne Grund zu entlassen. In diesem Fall weiß man nicht im voraus, wie die Arbeitgeber von dieser Befugnis Gebrauch machen oder die genannte Pflicht erfüllen werden, und auch nicht, wie die Maßnahme dann die Arbeitnehmer konkret treffen wird.

Folglich muß bei der Ermittlung der praktischen Konsequenzen einer Maßnahme wie der des vorliegenden Falles während eines bestimmten Zeitraums zumindest festgestellt werden, a) wie hoch die Anteile der Männer und Frauen mit weniger als zwei Beschäftigungsjahren in diesem Zeitraum waren und b) wie hoch die Anteile der Männer und Frauen an der Gesamtzahl der in diesem Zeitraum entlassenen Arbeitnehmer waren. Nur wenn der Anteil der entlassenen Frauen im Vergleich zum Anteil männlicher und weiblicher Arbeitnehmer mit weniger als zwei Beschäftigungsjahren erheblich größer ist als der entsprechende Anteil der entlassenen

Männer, kann man *grundsätzlich* von einer mittelbaren Diskriminierung der Frauen sprechen.

Die Prüfung kann aber nur vollständig sein, wenn auch die Auswirkung der Maßnahme auf die jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles begünstigte Gruppe berücksichtigt wird. In unserem Fall dürfte die begünstigte Gruppe die der Arbeitnehmer mit zwei oder mehr Beschäftigungsjahren sein. Entsprechen die Ergebnisse der Untersuchung dieser Gruppe den Zahlen für die beeinträchtigte Gruppe, kann die streitige Maßnahme nicht für die statistischen Befunde verantwortlich sein, und die Gründe müssen anderswo gesucht werden.

Letztlich müssen auch die Auswirkungen der Maßnahme, wie sie vor 1985 galt, berücksichtigt werden. Wenn nämlich die Prozentsätze in beiden Fällen dieselben sind, wie dies hier zutrifft <sup>66</sup>, ist vielleicht das Problem nicht auf die besondere Dauer von zwei Jahren aufgrund der Maßnahme, sondern auf die Festlegung einer Probezeit als solche zurückzuführen.

126. Mein *dritter* Vorbehalt geht dahin, daß wesentliche, mit dem Geschlecht zusammenhängende Gründe, die in Verbindung mit den Statistiken die unterschiedliche Behandlung als „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts“ erscheinen ließen, nicht vorge-

tragen wurden und auch den Akten nicht zu entnehmen sind. Die Klägerinnen haben mehrfach geltend gemacht, daß die betreffende Maßnahme im Licht der von ihnen vorgelegten Statistiken „ihrer Natur nach“ eine solche Diskriminierung darstelle. Ich habe indessen bereits meine Auffassung dargelegt, daß Statistiken allein keinen Beweis liefern und daß eine objektivere Grundlage erforderlich ist, um eine Ungleichbehandlung feststellen zu können <sup>67</sup>.

127. Ich komme damit *abschließend* zu der Frage, wie beträchtlich der Unterschied bei den Anteilen ist. Das verfügbare Beweismaterial für 1985 sieht wie folgt aus. Von insgesamt 18 730 000 Beschäftigten im Vereinigten Königreich waren 11 410 000 (oder 61 %) Männer und 7 320 000 (oder 39 %) Frauen. Die Zahl derjenigen, die seit mehr als zwei Jahren beschäftigt waren, belief sich auf 13 920 000, von denen 8 850 000 (oder 63,5 %) Männer und 5 070 000 (oder 36,5 %) Frauen waren. Weniger als zwei Jahre beschäftigt waren 4 810 000 Arbeitnehmer, von denen 2 560 000 (oder 53,2 %) Männer und 2 250 000 (oder 46,8 %) Frauen waren.

Aus den bereits dargelegten Gründen betreffen diese Daten ausschließlich eines der Felder des Vergleichs und sind daher unter dem Blickwinkel, der uns hier interessiert, unzureichend. Selbst wenn man diese Daten als maßgebend betrachten würde, wäre auf jeden Fall auf folgendes hinzuweisen. Diesen Daten läßt sich nämlich entnehmen, daß der Anteil der Arbeitnehmerinnen, die weniger als zwei Jahre Beschäftigung aufweisen, im Vergleich zu den Arbeitnehmern der gleichen Gruppe

66 — Vgl. Nr. 86 dieser Schlußanträge.

67 — Vgl. Nrn. 113 und 114 dieser Schlußanträge.

höher ist als der entsprechende Anteil an der Gruppe der mehr als zwei Jahre Beschäftigten. Zweifellos ist das nationale Gericht zuständig, um diese sowie alle weiteren vorgelegten Daten zu beurteilen und festzustellen, ob der ermittelte Unterschied so wesentlich ist, daß er an eine mittelbare Diskriminierung der Frauen denken läßt<sup>68</sup>. Meiner Meinung nach ist ein Unterschied dieser Größenordnung nicht so kennzeichnend, daß er die Annahme einer auf dem Geschlecht beruhenden Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte; auf jeden Fall ist dieser Unterschied nicht vergleichbar mit den Prozentsätzen, auf deren Grundlage der Gerichtshof bisher eine mittelbare Diskriminierung festgestellt hat<sup>69</sup>.

128. Was den streitigen Zeitpunkt für die Feststellung der Diskriminierung betrifft, ist darauf hinzuweisen, daß es bei einer unmittelbaren Diskriminierung (ebenso wie bei einer Diskriminierung, die wie im vorliegenden Fall auf eine fehlerhafte Umsetzung der Richtlinie zurückzuführen ist) ausreicht, den Zeitpunkt der Einführung der Maßnahme zugrunde zu legen. In diesem Fall ist die Beurteilung eine rechtliche und hängt daher grundsätzlich nicht mit Berechnungen oder allgemein einer Prüfung des Sachverhalts zusammen.

Hängt dagegen die mittelbare Diskriminierung mit den Wirkungen einer Gesetzgebungsmaßnahme auf den Arbeitsmarkt zusammen,

so muß berücksichtigt werden, daß diese Wirkungen nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt eintreten, ihr Auftreten vielmehr einer gewissen Zeitspanne bedarf. Folglich kann der betreffende Zeitpunkt weder der der Einführung der Maßnahme noch, wie in der vorliegenden Rechtsache vorgetragen worden ist, der der Entlassung der Klägerinnen sein.

129. Außerdem liegt der Zeitpunkt der Einführung der streitigen Maßnahme (1985) sechs Jahre vor der Einstellung der Klägerinnen (1990). Unter diesen Umständen können Daten über die Wirkungen der Maßnahme zu einem so entfernten Zeitpunkt in keiner Weise hilfreich sein.

130. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ist meines Erachtens zeitlich entscheidend die Dauer der Probezeit. Jeder Vergleich hat daher die Wirkungen der Maßnahme vom Zeitpunkt der Einstellung des betroffenen Arbeitnehmers (Anfangstermin) bis zum Zeitpunkt seiner Entlassung (Endtermin) zu berücksichtigen. Um das Risiko konjunktureller Ergebnisse auszuschließen und weil die Wirkungen der Maßnahme während einer gewissen Zeitspanne auftreten, sollten tunlichst auch die Wirkungen der Maßnahme vor und nach dem vorstehend festgelegten Zeitraum Berücksichtigung finden, damit eine Vergleichsbasis zur Verfügung steht.

131. In der Rechtsprechung wird für die Rechtfertigung einer Maßnahme, die eine mittelbare Diskriminierung bewirkt, gefordert, daß die Maßnahme für die Erreichung des verfolgten Zieles geeignet und erforderlich ist

68 — Vgl. Urteil Enderby (zitiert in Fußnote 59, Randnr. 17).

69 — Vgl. Nr. 116 dieser Schlußanträge.

und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht<sup>70</sup>. Die Berufung auf allgemeine und abstrakte Ziele der Sozialpolitik kann eine solche Maßnahme nicht rechtfertigen<sup>71</sup>.

### G — Folgerungen

132. Da das nationale Gericht die Situation im betreffenden Mitgliedstaat besser kennt, hat es daher zu prüfen, ob die nationale Maßnahme unter dem genannten Blickwinkel gerechtfertigt ist<sup>72</sup>. Im vorliegenden Fall ist jedenfalls darauf hinzuweisen, daß weder aus den Akten hervorgeht noch von der Regierung des Vereinigten Königreichs vorgetragen wurde, daß außer allgemeinen Motiven der Sozialpolitik konkrete Gründe oder Gegebenheiten vorgelegen hätten, die die streitige Maßnahme objektiv rechtfertigen könnten.

134. Da das Ausgangsverfahren die Auslegung der Richtlinie 76/207 und nicht die des Artikels 119 des Vertrages betrifft, halte ich es nicht für erforderlich, die erste Vorabentscheidungsfrage zu beantworten. Nach der von mir vorgeschlagenen Lösung ist bei den Aspekten einer nationalen Maßnahme wie der streitigen zwischen denen, die das Gemeinschaftsrecht unmittelbar betreffen, und solchen zu unterscheiden, die es (zumindest gegenwärtig) nicht unmittelbar betreffen. Ich habe mich ferner auf den Standpunkt gestellt, daß die Maßnahme aus fundamentalen und vom Geschlecht des betroffenen Arbeitnehmers unabhängigen Gründen gegen die Richtlinie 76/207 verstößt und daher angesichts für mich unzureichender und schwacher Argumente nicht zu prüfen ist, ob die Maßnahme eine mittelbare Diskriminierung insbesondere der Frauen bewirkt.

133. Sollte daher eine nationale Maßnahme wie die streitige unter dem Blickwinkel, den ich bereits dargelegt habe, nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie verstoßen, so führt sie doch zumindest dann zu einer mittelbaren Diskriminierung der Frauen, wenn sie tatsächlich im Vergleich zu den Arbeitnehmern, die mehr als zwei Jahre beschäftigt sind, mehr Arbeitnehmerinnen als Arbeitnehmer berührt, die weniger als zwei Jahre Beschäftigung aufweisen, und Gründe, die nicht auf das Geschlecht abstellen, eine objektive Rechtfertigung nicht ermöglichen.

Die von mir vorgeschlagene Lösung führt dazu, daß die betroffene Person im Rahmen des nationalen Rechts einen wirksamen Schutz erlangen kann, allerdings nur in den Bereichen, die von der Richtlinie 76/207 abgedeckt werden, d. h. nur, wenn ihre Entlassung auf dem Geschlecht beruht. Sollte sich hingegen der Standpunkt der Klägerinnen und der Kommission durchsetzen, so ist nach Wegfall der streitigen Vorschrift jede Entlassung daraufhin zu prüfen, ob sie allgemein ungerechtfertigt ist, selbst wenn sie nicht auf dem Geschlecht beruht. Dies würde allerdings den Rahmen der Richtlinie 76/207 verlassen und hätte mit ihren Zielen nichts zu tun.

70 — Vgl. z. B. Urteil Lewark (zitiert in Fußnote 49, Randnr. 36).

71 — Vgl. Urteil Nimz (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 14).

72 — Vgl. z. B. Urteil Kording (zitiert in Fußnote 45, Randnr. 20).

## VI — Ergebnis

Ich schlage demgemäß dem Gerichtshof vor, die Vorabentscheidungsfragen wie folgt zu beantworten:

Eine nationale Maßnahme, die wie die Maßnahme im Ausgangsverfahren Arbeitnehmern, die vor Ablauf von zwei Beschäftigungsjahren beim gleichen Arbeitgeber entlassen werden, ihren Anspruch auf Schutz gegen ungerechtfertigte Entlassung nimmt, verstößt gegen die Artikel 5 Absatz 1 und 6 der 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, soweit sie zum einen die Entlassung auch aufgrund des Geschlechts zuläßt und zum anderen den gerichtlichen Rechtsschutz der entlassenen Personen, die sich aus dem genannten Grund beeinträchtigt fühlen, unmöglich macht oder erheblich erschwert.