SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS F. G. JACOBS vom 8. Juli 2004 [1]

1. Mit dieser Klage nach Artikel 226 EG macht die Kommission geltend, dass die österreichischen Rechtsvorschriften, die die Beschäftigung von Frauen auf bestimmten Arbeitsplätzen im Bergbau und bei Arbeiten in Druckluft sowie als Taucher verbieten, nicht mit den Artikeln 2 und 3 der Gleichbehandlungsrichtlinie [2] (im Folgenden: Richtlinie) vereinbar seien.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

2. Artikel 2 der Richtlinie, soweit hier von Interesse, sieht vor:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf.

(2) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.

(3) Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.

...“

1 — Originalsprache: Englisch.

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

3. Artikel 3, soweit hier von Interesse, sieht vor:

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung beinhaltet, dass bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgt.

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

a) dass die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden;

...“

4. Gemeinschaftsrechtlich war Österreich verpflichtet, die Richtlinie zum 1. Januar 1995, dem Datum seines Beitritts zur Europäischen Gemeinschaft, umzusetzen. Nach dem EWR-Abkommen musste Österreich jedoch die Richtlinie bereits zum 1. Januar 1994, dem Datum des Inkrafttretens des Abkommens [3], umsetzen.

5. Artikel 307 EG, soweit hier von Interesse, bestimmt:

„Die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor dem 1. Januar 1958 oder, im Falle später beigetretener Staaten, vor dem Zeitpunkt ihres Beitritts zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, werden durch diesen Vertrag nicht berührt.

Soweit diese Übereinkünfte mit diesem Vertrag nicht vereinbar sind, wenden der oder die betreffenden Mitgliedstaaten alle geeigneten Mittel an, um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben. ...“

3 — Das Abkommen ist der Entscheidung 94/1/EGKS, EG des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 (ABl. 1994, L 1, S. 3) als Anlage beigefügt. Vgl. insbesondere Artikel 70 und Nr. 18 des Anhangs XVIII.

Völkerrecht

6. Artikel 2 des Übereinkommens Nr. 45 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beschäftigung von Frauen bei Untertagearbeiten in Bergwerken jeder Art (im Folgenden: IAO-Übereinkommen Nr. 45) sieht vor:

„Keine Person weiblichen Geschlechtes, gleichviel wie alt, darf bei Untertagearbeiten in Bergwerken beschäftigt werden."

7. Artikel 3 sieht vor:

„Die innerstaatliche Gesetzgebung kann von dem vorstehenden Verbot ausnehmen

a) Personen in leitender Stelle, die keine körperliche Arbeit verrichten,

b) Personen, die im Gesundheitsdienst und Wohlfahrtswesen tätig sind,

c) Personen, die während ihrer Studien eine Zeit praktischer Berufsausbildung in den unter Tage gelegenen Teilen eines Bergwerkes durchmachen,

d) sonstige Personen, die gelegentlich die unter Tage gelegenen Teile eines Bergwerkes in Ausübung eines Berufes befahren, der keine körperliche Arbeit erfordert."

8. Artikel 7 sieht vor:

„1. Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert hat, kann es nach Ablauf von zehn Jahren, gerechnet von dem Tag, an dem es zum ersten Mal in Kraft getreten ist, durch Anzeige an den Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes kündigen. Die Kündigung wird von diesem eingetragen. Ihre Wirkung tritt erst ein Jahr nach der Eintragung ein.

2. Jedes Mitglied, das dieses Übereinkommen ratifiziert hat und innerhalb eines Jahres nach Ablauf des im vorigen Absatz genann-

ten Zeitraumes von zehn Jahren von dem in diesem Artikel vorgesehenen Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, bleibt für einen weiteren Zeitraum von zehn Jahren gebunden. In der Folge kann es dieses Übereinkommen jeweils nach Ablauf eines Zeitraumes von zehn Jahren nach Maßgabe dieses Artikels kündigen."

9. Das IAO-Übereinkommen Nr. 45 trat am 30. Mai 1937 in Kraft. Es hätte daher in dem auf den 30. Mai 1997 folgenden Jahr gekündigt werden können. Österreich ist ein Vertragsstaat, weil es das Übereinkommen im Jahr 1937 ratifiziert hat.

Nationales Recht

10. § 16 der Arbeitszeitordnung vom 30. April 1938 [4] (im Folgenden: Arbeitszeitordnung), der nach den Angaben der Kommission bis zum 31. Juli 2001 in Kraft war, aber nach den Angaben der österreichischen Regierung mit Gesetz vom 19. August 1999 [5] außer Kraft gesetzt wurde, sah vor:

„(1) Weibliche Gefolgschaftsmitglieder dürfen in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten und unterirdisch betriebenen Brüchen und Gruben nicht untertage, ferner bei der Förderung, mit Ausnahme der Aufbereitung (Separation, Wäsche), bei dem Transport und der Verladung auch nicht übertage beschäftigt werden.

(2) Weibliche Gefolgschaftsmitglieder dürfen ferner nicht in Kokereien und nicht mit der Beförderung von Roh- und Werkstoffen bei Bauten aller Art beschäftigt werden.

(3) Der Reichsarbeitsminister kann die Beschäftigung von weiblichen Gefolgschaftsmitgliedern für einzelne Arten von Betrieben oder Arbeiten, die mit besonderen Gefahren für Gesundheit und Sittlichkeit verbunden sind, gänzlich untersagen oder von Bedingungen abhängig machen."

11. Seit dem 1. August 2001 wird die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen im untertägigen Bergbau von der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und

4 — Deutsches RGBl. I S. 447 (GBl. f. d. L. Ö. Nr. 231/1939).

5 — Bundesgesetz zur Bereinigung der vor 1946 kundgemachten einfachen Bundesgesetze und Verordnungen (BGBl. I Nr. 191/1999).

-beschränkungen für Arbeitnehmerinnen vom 4. Oktober 2001 [6] (im Folgenden: Verordnung von 2001) geregelt.

12. § 2 der Verordnung von 2001 sieht vor:

„(1) Arbeitnehmerinnen dürfen im untertägigen Bergbau nicht beschäftigt werden.

(2) Abs. 1 gilt nicht für

1. Arbeitnehmerinnen, die eine verantwortliche Stellung leitender oder technischer Art innehaben und keine schwere körperliche Arbeit verrichten;

2. Arbeitnehmerinnen, die eine Tätigkeit im Gesundheits- oder Sozialdienst ausüben;

3. Arbeitnehmerinnen, die eine berufspraktische Ausbildung im Rahmen eines Studiums oder einer vergleichbaren Ausbildung absolvieren müssen, für die Dauer dieser Ausbildung;

4. Arbeitnehmerinnen, die nur gelegentlich im untertägigen Bergbau in Ausübung eines Berufes tätig sind, der keine schwere körperliche Arbeit erfordert."

13. § 4 sieht vor:

„(1) Arbeitnehmerinnen dürfen mit Arbeiten, bei denen sie einer besonderen physischen Belastung durch Heben, Tragen, Schieben, Wenden oder sonstiges Befördern von Lasten ausgesetzt sind, mit der eine für sie unzuträgliche Beanspruchung des Organismus verbunden ist, nicht beschäftigt werden.

(2) Bei der Beurteilung der Arbeiten nach Abs. 1 sind die für die Belastung und Beanspruchung maßgebenden Faktoren zu berücksichtigen: Es sind dies vor allem das

6 — BGBl. II Nr. 356/2001.

Gewicht, die Art und die Form der Last, der Beförderungsweg und die -geschwindigkeit, die Dauer der Arbeiten und deren Häufigkeit sowie die Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmerinnen.

(3) Abs. 1 findet keine Anwendung auf Arbeiten, bei denen Arbeitnehmerinnen nur kurzzeitig oder sonst in einer Weise beschäftigt werden, bei der eine Gefährdung von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmerinnen nicht zu erwarten ist."

14. § 8 der Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung vom 25. Juli 1973[7] (im Folgenden: Verordnung von 1973), soweit hier von Interesse, sieht vor:

„(1) Zu Arbeiten in Druckluft dürfen nur männliche Arbeitnehmer herangezogen werden, die das 21. Lebensjahr vollendet haben und für diese Arbeiten in gesundheitlicher Hinsicht geeignet sind. ...

(2) ... Soweit die gesundheitliche Eignung nach Abs. 1 gegeben ist, dürfen auch weibliche Arbeitnehmer, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, als Aufsichtspersonen tätig sein oder andere Arbeiten, die zumindest keine höhere körperliche Beanspruchung erfordern, in Druckluft ausführen."

15. § 31, soweit hier von Interesse, sieht vor:

„Als Taucher dürfen nur männliche Arbeitnehmer herangezogen werden, die das 21. Lebensjahr vollendet haben, für diese Arbeiten in gesundheitlicher Hinsicht geeignet sind und die vom Standpunkt des Arbeitnehmerschutzes notwendigen Fachkenntnisse und Berufserfahrungen besitzen."

Verfahren

16. Mit Schreiben vom 29. September 1998 bat die Kommission die österreichischen Behörden um detaillierte Informationen über das Beschäftigungsverbot für Frauen auf bestimmten Arbeitsplätzen im untertägigen Bergbau und „bei Arbeiten unter Überdruck".

7 — BGBl. Nr. 501/1973.

17. Dieser Bitte kam Österreich mit Schreiben vom 2. März 1999 nach. Es übersandte der Kommission die einschlägigen Vorschriften der Arbeitszeitordnung und der Verordnung von 1973, verwies auf die Ausnahmebestimmung in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie und erklärte ausdrücklich, dass eine Änderung der Vorschriften für die Beschäftigung von Frauen im Bergbau nicht beabsichtigt sei.

18. Da die Kommission der Auffassung war, dass die Vorschriften über die Beschäftigung von Frauen nach der Arbeitszeitordnung und der Verordnung von 1973 mit der Richtlinie unvereinbar seien, richtete sie am 29. April 1999 ein Mahnschreiben an Österreich.

19. In seinem Antwortschreiben vom 2. Juli 1999 verwies Österreich auf sein früheres Schreiben. Ergänzend erklärte es, dass § 16 der Arbeitszeitordnung nicht für alle Bergbauaktivitäten gelte und dass die Bergbaubehörde im Übrigen Ausnahmen von diesem Gesetz zugelassen habe. Österreich teilte außerdem mit, dass es eine Rechtsbereinigung der Rechtsvorschriften über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit im Bereich des Bergbaus plane, die auch die fraglichen beiden Vorschriften umfassen werde.

20. Diese Antwort stellte die Kommission nicht zufrieden, und sie übermittelte Österreich am 7. Februar 2002 eine mit Gründen versehene Stellungnahme. Österreich antwortete hierauf am 11. April 2002 und erklärte dabei, seine gesetzlichen Bestimmungen über das Beschäftigungsverbot für Frauen bei Arbeiten im Bergbau seien durch die Verordnung von 2001 geändert worden.

21. Da die Kommission der Auffassung ist, dass die mit der Arbeitszeitordnung und der Verordnung von 2001 aufgestellten Beschäftigungsverbote für Frauen gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen, hat sie die vorliegende Klage erhoben, mit der sie beantragt, festzustellen, dass Österreich gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 2 und 3 der Richtlinie sowie Artikel 10 EG in Verbindung mit Artikel 249 EG verstoßen hat.

Zulässigkeit

22. Nach der Auffassung Österreichs ist die Klage unzulässig, soweit sie sich auf das Beschäftigungsverbot für Frauen im untertägigen Bergbau bezieht. Nach ständiger Rechtsprechung [8] müssten die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission und ihre Klage beim Gerichtshof auf dieselben Rügen gestützt werden, und nur dann,

8 — Rechtssachen C-105/91, Kommission/Griechenland, Slg. 1992, I-5871, und C-11/95, Kommission/Belgien, Slg. 1996, I-4115.

wenn die im vorprozessualen Verfahren beanstandeten Maßnahmen insgesamt aufrechterhalten worden seien, stellten Änderungen der nationalen Rechtslage zwischen der Abgabe der mit Gründen versehenen Stellungnahme und der Klageerhebung vor dem Gerichtshof kein Hindernis für die Zulässigkeit der Klage dar.

23. Gewiss wird der Gegenstand der nach Artikel 226 EG erhobenen Klage durch das in dieser Vorschrift vorgesehene vorprozessuale Verfahren umschrieben, und die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission und ihre Klage beim Gerichtshof müssen daher auf dieselben Rügen gestützt werden [9].

24. Der Gerichtshof hat jedoch eigens festgestellt, dass dieses Erfordernis nicht so weit gehen kann, dass in jedem Fall eine völlige Übereinstimmung zwischen den nationalen Vorschriften, die in der mit Gründen versehenen Stellungnahme angeführt werden, und den Vorschriften zu verlangen ist, die in der Klageschrift genannt werden. Ist zwischen den beiden Phasen des Verfahrens eine Gesetzesänderung erfolgt, so genügt es, dass die Regelung, die mit den im vorprozessualen Verfahren beanstandeten Rechtsvorschriften eingeführt wurde, durch die neuen Maßnahmen, die der Mitgliedstaat nach Abgabe der mit Gründen versehenen Stellungnahme erlassen hat und die mit der Klage angegriffen werden, insgesamt aufrechterhalten worden ist [10].

25. Die Änderungen der österreichischen Rechtsvorschriften haben zu keiner merklichen inhaltlichen Änderung hinsichtlich des Beschäftigungsverbots für Frauen im untertägigen Bergbau geführt. Die Arbeitszeitordnung ordnete eine Ungleichbehandlung hinsichtlich verschiedener Tätigkeiten an, die auf ein weitreichendes Beschäftigungsverbot für Frauen im Bergbau hinauslief, während die Verordnung von 2001 ein einziges allgemeines Verbot aufstellt und eine begrenzte Anzahl von Ausnahmen vorsieht, die sich auf sehr spezifische Tätigkeiten, wie z. B. Praktika im Bergbau, beziehen. Daraus ergibt sich, dass die Regelung, die mit den im vorprozessualen Verfahren beanstandeten Rechtsvorschriften eingeführt wurde, durch die neuen Maßnahmen, die Österreich erlassen hat, insgesamt aufrechterhalten worden ist.

26. Darüber hinaus hat der Gerichtshof auch betont, dass keine völlige Übereinstimmung zwischen dem Tenor der mit Gründen versehenen Stellungnahme und den Anträgen in der Klageschrift bestehen muss, sofern nur der Streitgegenstand nicht erweitert oder geändert, sondern lediglich beschränkt worden ist [11]. Im vorliegenden Fall weist Österreich in seiner Klagebeantwortung darauf hin, dass die Verordnung von 2001 kein absolutes Beschäftigungsverbot für Frauen im untertägigen Bergbau mehr enthalte,

9 — Urteil in der Rechtssache Kommission/Belgien, zitiert in Fußnote 8, Randnr. 73.

10 — Urteil in der Rechtssache Kommission/Belgien, zitiert in Fußnote 8, Randnr. 74, sowie die dort zitierte Rechtsprechung.

11 — Urteil in der Rechtssache C-139/00, Kommission/Spanien, Slg. 2002, I-6107, Randnr. 19.

sondern nur bestimmte spezifische Beschäftigungsverbote und -beschränkungen beibehalte. Der Streitgegenstand der Klage der Kommission ist daher, soweit die Rechtsvorschriften geändert wurden, lediglich beschränkt worden.

27. Abschließend möchte ich hinzufügen, dass sich implizit aus dem auf Artikel 307 EG [12] gestützten Vorbringen Österreichs ergibt, dass die Verordnung von 2001 im Wesentlichen die Arbeitszeitordnung erneut in Kraft setzt.

28. Nach alledem halte ich die Einrede der Unzulässigkeit für unbegründet.

Das Beschäftigungsverbot für Frauen im untertägigen Bergbau

Die Richtlinie

29. Die Kommission trägt vor, dass das in § 2 der Verordnung von 2001 enthaltene Beschäftigungsverbot für Frauen im untertägigen Bergbau gegen die Richtlinie verstoße, deren Artikel 3 Absatz 1 die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei den Zugangsbedingungen zur Beschäftigung verbiete. Österreich räume implizit ein, dass das Verbot unverhältnismäßig sei, weil § 4 der Verordnung von 2001 in allen anderen Bereichen eine Einzelfallprüfung dafür vorsehe, ob Frauen körperlich anstrengende Arbeiten übernehmen dürften.

30. Es besteht Einvernehmen darüber, dass die fraglichen Rechtsvorschriften Männer und Frauen im Hinblick auf die Beschäftigung im Bergbau unterschiedlich behandeln. Daher stellt sich die Frage, ob solch eine unterschiedliche Behandlung, wie Österreich vorträgt, zulässig ist, weil sie unter die in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie vorgesehene Ausnahme fällt.

31. Österreich behauptet insbesondere, es sei allgemein und vom biologischen Standpunkt aus betrachtet klar, dass Frauen und Männer nicht die gleiche Konstitution hätten und dass Frauen körperlich schwächer seien. Demzufolge seien sie bei körperlicher Schwerarbeit im untertägigen Bergbau stärker belastet und größeren gesundheitlichen Risiken ausgesetzt als Männer. Anders sei es bei Nachtarbeit, die Frauen und Männer gleich belaste. Demgemäß könne die Recht-

12 — Vgl. Nrn. 39 ff.

sprechung des Gerichtshofes, nach der Nachtarbeitsverbote für Frauen gegen die Richtlinie verstießen und auf die sich die Kommission berufe, nicht analog herangezogen werden [13].

32. Österreich folgert daraus, dass es daher das Beschäftigungsverbot für Frauen im Bergbau, das den Schutz der Frau bezwecke, nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie beibehalten dürfe.

33. Meiner Ansicht nach verfolgt diese Vorschrift, wie sich in der Tat aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes klar ergibt, das Ziel, frauenspezifische Bedürfnisse zu berücksichtigen, die daher in bestimmten Situationen geschützt werden dürfen. Der Gerichtshof hat insbesondere festgestellt, dass die Richtlinie, indem sie den Mitgliedstaaten das Recht vorbehält, Vorschriften zum Schutz der Frau bei „Schwangerschaft und Mutterschaft" beizubehalten oder einzuführen, in Bezug auf den Gleichheitsgrundsatz die Berechtigung anerkennt, die Bedürfnisse der Frau in zweierlei Hinsicht zu schützen. Zum einen handelt es sich um den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich ihre körperlichen und seelischen Funktionen nach der Entbindung normalisiert haben. Zum anderen geht es um den Schutz der besonderen Beziehung zwischen einer Frau und ihrem Kind während der Zeit, die sich an Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird [14].

34. Artikel 2 Absatz 3 erlaubt es daher nicht, Frauen mit der Begründung von einer Beschäftigung auszuschließen, sie müssten stärker als Männer gegen Gefahren geschützt werden, die Männer und Frauen in gleicher Weise betreffen und die sich von den besonderen, in der Richtlinie ausdrücklich erwähnten Schutzbedürfnissen der Frau unterscheiden [15].

35. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof die Ausnahmevorschrift, obwohl in Artikel 2 Absatz 3 das Wort „insbesondere" verwendet wird, nur für mit Schwangerschaft und Mutterschaft verbundene Erwägungen zugelassen hat. Obwohl das Wort „insbesondere" darauf hindeutet, dass andere Sachverhalte als Schwangerschaft oder Mutterschaft von der Ausnahmevorschrift erfasst

13 — Rechtssachen C-345/89, Stoeckel, Slg. 1991, I-4047, C-158/91, Levy, Slg. 1993, I-4287, und C-197/96, Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-1489.

14 — Urteil in der Rechtssache 184/83, Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25.

15 — Urteile in den Rechtssachen 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 44, und C-285/98, Kreil, Slg. 2000, I-69, Randnr. 30.

sein können, wird doch der Anwendungsbereich dieser Ausnahmen durch diese Worte umrissen [16].

36. Die unter Artikel 2 Absatz 3 fallenden Sachverhalte unterscheiden sich daher klar von denen, auf die das österreichische Recht abstellt, das alle Frauen unabhängig von ihren körperlichen Fähigkeiten und ihrer körperlichen Verfassung von derartigen Arbeiten ausschließt.

37. Meiner Ansicht nach macht es keinen Unterschied, dass, wie Österreich betont, seine Rechtsvorschriften Ausnahmen von dem allgemeinen Verbot vorsehen. Der Gerichtshof hat klar entschieden, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung einen allgemeinen Ausschluss von Frauen von einer Beschäftigung, selbst wenn Ausnahmen davon vorgesehen sind, nicht erlaubt, wenn diese Beschäftigung für Männer nicht verboten ist [17]. Jedenfalls ist die Reichweite der Ausnahmen nach österreichischem Recht extrem begrenzt.

38. Hieraus schließe ich demzufolge, dass das Beschäftigungsverbot für Frauen in Bergwerken nicht unter die Ausnahme von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie fällt.

Das IAO-Übereinkommen

39. Österreich trägt vor, dass die Beschäftigungsbeschränkungen für Frauen durch seine völkerrechtlichen Verpflichtungen gerechtfertigt seien, die sich aus dem IAO-Übereinkommen Nr. 45 ergäben, das nach Artikel 307 EG für Österreich verbindlich bleibe, weil es schon vor seinem Beitritt zum EG-Vertrag bestanden habe.

40. Artikel 307 Absatz 1 EG sieht vor, dass die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor dem Inkrafttreten des Vertrages zwischen einem oder mehreren Mitgliedstaaten einerseits und einem oder mehreren Nichtmitgliedstaaten andererseits geschlossen wurden, durch den Vertrag nicht berührt werden. Artikel 307 EG ist von allgemeiner Tragweite und gilt unabhängig von dem in ihm geregelten Gegenstand für alle internationalen Übereinkünfte, die sich auf die Anwendung des Vertrages auswirken können [18].

41. Österreich trägt vor, dass nach der Auslegung dieser Bestimmung durch den Gerichtshof [19] Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsrecht nicht anzuwenden hätten, wenn dessen Anwendung mit ihren Verpflichtungen aus internationalen Übereinkünften mit

16 — Schlussanträge des Generalanwalts Sir Gordon Slynn in der Rechtssache 312/86, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315, 6327 f.

17 — Urteil Stoeckel, zitiert in Fußnote 13, Randnr. 19.

18 — Urteile in den Rechtssachen 812/79, Burgoa, Slg. 1980, 2787, Randnr. 6, und C-84/98, Kommission/Portugal, Slg. 2000, I-5215, Randnr. 52.

19 — Urteil Levy, zitiert in Fußnote 13.

Nichtmitgliedstaaten unvereinbar wäre, die vor ihrem Beitritt zum EG-Vertrag geschlossen worden seien. Es beruft sich insbesondere auf die Urteile des Gerichtshofes Levy [20] und Minne [21], um sein Vorbringen zu untermauern, dass das Beschäftigungsverbot für Frauen nach Artikel 307 EG zulässig sei.

42. Diese Rechtssachen warfen die Frage auf, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung es einem Mitgliedstaat verwehrt, Nachtarbeit von Frauen unter Umständen zu verbieten, in denen ein anderes IAO-Übereinkommen aus der Zeit vor dem Vertrag ein solches Verbot verlangt. Der Gerichtshof hat im Wesentlichen entschieden, dass, obwohl ein solches Verbot dem Grundsatz der Gleichbehandlung widerspricht, die Richtlinie insoweit nicht angewandt werden kann, als die nationalen Vorschriften erlassen worden sind, um sicherzustellen, dass der Mitgliedstaat seine Verpflichtungen aus einer Übereinkunft erfüllt, die in den Anwendungsbereich von Artikel 307 EG fällt.

43. Die Kommission verweist jedoch auf Absatz 2 des Artikels 307 EG, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle geeigneten Mittel anzuwenden, um Unvereinbarkeiten zwischen einer solchen Übereinkunft und dem Vertrag zu beheben, und trägt vor, Österreich hätte das Übereinkommen daher nach seinem Artikel 7 [22] am 30. Mai 1997 kündigen müssen.

44. Die Rechtssachen Levy und Minne wurden dem Gerichtshof jeweils im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens vorgelegt. In keinem dieser Fälle ersuchte das vorlegende nationale Gericht um eine Entscheidung über die Wirkung von Artikel 307 Absatz 2 EG. Diese Frage wurde auch von keiner der Parteien aufgeworfen, die Erklärungen beim Gerichtshof einreichten, obwohl der Gerichtshof in der Rechtssache Minne feststellte, dass der fragliche Mitgliedstaat (Belgien) tatsächlich das betreffende Übereinkommen gekündigt hatte [23].

45. Im vorliegenden Fall wird der Gerichtshof hingegen um die Entscheidung ersucht, dass Österreich das Gemeinschaftsrecht verletzt hat. Ich habe bereits die Auffassung zum Ausdruck gebracht, dass die Verordnung von 2001 in der Tat der Richtlinie widerspricht. Für die Entscheidung, ob Österreich sich, wie es vorträgt, auf Artikel 307 zur Rechtfertigung seiner Rechtsvorschriften berufen kann, ist festzustellen, ob es im Einklang mit dem zweiten Absatz dieser Vorschrift alle geeigneten Mittel angewandt hat, um Unvereinbarkeiten zwischen diesen Rechtsvorschriften und seinen Verpflichtungen nach dem Gemeinschaftsrecht zu beheben. Diese Frage ist im Übrigen

20 — Zitiert in Fußnote 13.

21 — Rechtssache C-13/93, Slg. 1994, I-371.

22 — Abgedruckt oben in Nr. 8.

23 — Vgl. Randnr. 15 des Urteils.

von den Parteien aufgeworfen worden. Sollte der Gerichtshof zu der Auffassung gelangen, dass Österreich die Unvereinbarkeit zwischen den nationalen Vorschriften und dem einschlägigen Gemeinschaftsrecht hätte beheben können, dies aber nicht getan hat, so könnte Österreich sich nicht mehr auf Artikel 307 EG stützen.

46. Das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Kommission/Portugal [24] geht ausdrücklich auf das Problem ein, mit dem ein Mitgliedstaat konfrontiert ist, wenn seine Verpflichtungen aus dem Völkerrecht und aus Gemeinschaftsrecht miteinander in Konflikt stehen. In dieser Rechtssache entschied der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten nach Artikel 307 EG zwar die Wahl zwischen mehreren geeigneten Maßnahmen haben, aber gleichwohl verpflichtet sind, die Unvereinbarkeiten zwischen einer vor ihrem Beitritt geschlossenen Übereinkunft und dem EG-Vertrag zu beheben. Wenn ein Mitgliedstaat auf Schwierigkeiten stößt, die die Änderung einer solchen Übereinkunft unmöglich machen, kann somit eine Verpflichtung zur Kündigung dieser Übereinkunft nicht ausgeschlossen werden [25]. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass Portugal dadurch gegen seine Verpflichtungen aus einer Verordnung der Gemeinschaft verstoßen hat, dass es eine Übereinkunft mit einem Drittland, die mit dieser Verordnung in Konflikt stand, weder gekündigt noch angepasst hat [26].

47. Somit betrifft Artikel 307 Absatz 2 EG, wie sein Wortlaut nahe legt, Situationen, in denen eine Übereinkunft von den Vertragsparteien neu ausgehandelt oder einseitig gekündigt werden kann. Im Hinblick auf den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass dreizehn Vertragsparteien, darunter sechs Mitgliedstaaten [27], bereits das IAO-Übereinkommen Nr. 45 gekündigt haben. Die meisten kündigenden Parteien gaben als Grund für ihre Kündigung an, dass das Übereinkommen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau unvereinbar sei. Außerdem forderte der Verwaltungsrat der IAO 1996 die Vertragsstaaten des IAO-Übereinkommens Nr. 45 auf, die Ratifizierung des IAO-Übereinkommens Nr. 176 von 1995 über den Arbeitsschutz in Bergwerken zu erwägen, das er als „den aktuellen Standard auf diesem Gebiet [, der] praktisch den Anwendungsbereich des Übereinkommens Nr. 45 umfasst", beschrieb, und eventuell das Übereinkommen Nr. 45 zu kündigen [28]. Das Übereinkommen Nr. 176 gilt für Mann und Frau in gleicher Weise.

48. Daraus folgt, dass Österreich sich in diesem Verfahren unter Umständen wie den hier in Rede stehenden, unter denen es die

24 — Zitiert in Fußnote 18.

25 — Randnr. 58 des Urteils.

26 — Randnr. 61 des Urteils.

27 — Finnland, Irland, Luxemburg, die Niederlande, Schweden und das Vereinigte Königreich.

28 — Vgl. die Berichte des Verwaltungsrats der IAO für die 267. Tagung (November 1996), GB.267/LILS/WP/PRS/2, die 268. Tagung (März 1997), GB.268/LILS/WP/PRS/2, die 270. Tagung (November 1997), GB.270/15, und die 274. Tagung (März 1999), GB.274/LILS/WP/PRS/1 (zu finden auf der Webseite der IAO, www.ilo.org).

Möglichkeit hatte, das IAO-Übereinkommen Nr. 45 in dem auf den 30. Mai 1997 folgenden Jahr ordentlich zu kündigen [29] und somit die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Einklang mit der Richtlinie hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung im untertägigen Bergbau sicherzustellen, nicht auf Artikel 307 Absatz 1 EG berufen kann, um nationale Rechtsvorschriften zu rechtfertigen, die mit der Richtlinie unvereinbar sind.

49. Österreich trägt allerdings vor, dass es, als die Kündigung des IAO-Übereinkommens Nr. 45 möglich war, nicht habe wissen können, dass seine Rechtsvorschriften dem Gemeinschaftsrecht widersprächen oder dass die Kommission die fraglichen Vorschriften für gemeinschaftsrechtswidrig halte, denn die erste Mitteilung der Kommission in dieser Sache sei erst im September 1998 übersandt worden.

50. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden. Wie oben ausgeführt [30], wurde die Richtlinie mit Inkrafttreten des EWR-Abkommens am 1. Januar 1994 für Österreich anwendbar, und gemeinschaftsrechtlich war Österreich verpflichtet, die Richtlinie zum 1. Januar 1995 umzusetzen. Österreich war somit nach Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie verpflichtet, bei nächstmöglicher Gelegenheit sämtliche dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechende Vorschriften aufzuheben; das Datum einer Mitteilung der Kommission ist in dieser Hinsicht ohne Bedeutung.

51. Aus alledem ergibt sich, dass sich Österreich in diesem Verfahren nicht auf das IAO-Übereinkommen Nr. 45 stützen kann, um seinen aus der Richtlinie folgenden Verpflichtungen nicht nachkommen zu müssen.

Das Beschäftigungsverbot für Frauen bei Arbeiten in Druckluft und als Taucher

52. Die Kommission trägt vor, dass das Beschäftigungsverbot für Frauen bei Arbeiten in Druckluft und als Taucher, das in § 8 und § 31 der Verordnung von 1973 enthalten sei, gegen das Gemeinschaftsrecht verstoße.

53. Österreich erwidert darauf, dass das Verbot mit den Anforderungen der Richtlinie im Einklang stehe und dass es insbesondere aus denselben Gründen wie das

29 — Vgl. Artikel 7 des Übereinkommens, abgedruckt oben in Nr. 8.

30 — Vgl. oben Nr. 4.

Beschäftigungsverbot in Bergwerken gerechtfertigt sei, nämlich wegen der körperlich anspruchsvollen Art der Tätigkeit in Verbindung mit der allgemein schwächeren körperlichen Konstitution der Frau, wie etwa deren geringerem Atemvolumen.

54. Es trifft zu, dass die von der österreichischen Verordnung angesprochenen Tätigkeiten ebenso wie Tätigkeiten im Bergbau mit körperlicher Belastung für die sie ausführende Person verbunden sein können. Da Österreich jedoch keinen Beweis dafür erbracht hat, dass derartige Arbeiten Risiken hervorrufen, die Mann und Frau in unterschiedlichem Maß betreffen, oder Risiken, die frauenspezifisch sind und gegen die Frauen eines besonderen Schutzes im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie bedürfen, kann diese Tatsache nicht den Ausschluss aller Frauen von der Ausübung derartiger Tätigkeiten rechtfertigen [31].

55. Dass es für das Beschäftigungsverbot für Frauen bei Arbeiten in Druckluft zwei begrenzte Ausnahmen gibt (im Gegensatz zum allgemeinen Verbot für Taucherarbeiten, das keine Ausnahmen für Frauen zulässt), führt nicht zu seiner Vereinbarkeit mit der Richtlinie. Erstens hat der Gerichtshof ausdrücklich festgestellt, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung einen allgemeinen Ausschluss von Frauen von einer Beschäftigung, selbst wenn Ausnahmen vorgesehen sind, nicht erlaubt, wenn diese Beschäftigung für Männer nicht verboten ist [32]. Zweitens steht jedenfalls fest, dass die Ausnahmen nicht im Sinne von Artikel 2 Absatz 3 objektiv gerechtfertigt sind, weil sie Frauen nur erlauben, Aufsichtstätigkeiten auszuüben oder Arbeiten in Druckluft auszuführen, die keine höhere körperliche Beanspruchung verursachen. Sie fallen daher nicht in die Kategorie der mit Schwangerschaft oder Mutterschaft verbundenen Ausnahmen, auf die Artikel 2 Absatz 3 abstellt.

56. Folglich bin ich der Auffassung, dass das Beschäftigungsverbot für Frauen bei Arbeiten in Druckluft und als Taucher mit der Richtlinie unvereinbar ist.

31 — Vgl. oben die Ausführungen in den Nrn. 33 bis 36.

32 — Urteil Stoeckel, zitiert in Fußnote 13, Randnr. 19.

Ergebnis

57. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor,

1. festzustellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus den Artikeln 2 und 3 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 verstoßen hat, dass sie § 8 und § 31 der Druckluft- und Taucherarbeiten-Verordnung von 1973 aufrechterhalten sowie § 2 und § 4 der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über Beschäftigungsverbote und -beschränkungen für Arbeitnehmerinnen vom 4. Oktober 2001 eingeführt hat;

2. der Republik Österreich die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.