Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MICHAL BOBEK
vom 10. September 2019 [1]

Rechtssache C-450/18

WA
gegen
Instituto Nacional de la Seguridad Social

(Vorabentscheidungsersuchen des Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona [Sozialgericht Nr. 3 Girona, Spanien])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen – Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit – Richtlinie 79/7/EWG – Rente wegen Invalidität – Rentenzulage, die Müttern von zwei oder mehr Kindern gewährt wird, die eine beitragsbezogene Rente der sozialen Sicherheit beziehen – Art. 157 Abs. 4 AEUV – Positive Maßnahmen – Maßnahmen, die auf den Ausgleich laufbahnbezogener Benachteiligungen von Arbeitnehmerinnen abzielen“

I. Einleitung

1. Das spanische Recht sieht vor, dass *Frauen, die zwei oder mehr leibliche oder adoptierte Kinder hatten*, Anspruch auf eine Zulage zu ihrer beitragsbezogenen Alters-, Witwen- oder Invaliditätsrente der sozialen Sicherheit haben. Der Kläger des Ausgangsverfahrens (im Folgenden: Kläger), der Vater zweier Töchter ist, focht eine Entscheidung der nationalen Sozialversicherungsbehörde an, die es ablehnte, ihm eine vergleichbare Zulage zu seiner Rente wegen dauernder Invalidität zu gewähren.

2. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob die nationale Vorschrift über die Rentenzulage für Frauen, die Männern keinen solchen Anspruch gewährt, gegen das Unionsverbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verstößt.

3. Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, sich zu Rentensystemen zu äußern, die mit der Mutterschaft verbundene Vorteile nur für Arbeitnehmerinnen vorsehen. Die Rechtssachen Griesmar [2] und Leone [3] betrafen jedoch betriebliche Pensionen für Beamte, die unter den in Art. 157 AEUV verankerten Grundsatz des gleichen Entgelts fielen. In der vorliegenden Rechtssache ist der Gerichtshof aufgefordert, zu prüfen, ob ein vergleichbarer Ansatz auch in Fällen Anwendung finden sollte, in denen es um Leistungen geht, die Teil eines allgemeinen Sozialversicherungssystems sind.

1 Originalsprache: Englisch.

2 Vgl. Urteil vom 29. November 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

3 Vgl. Urteil vom 17. Juli 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090).

II. Rechtsrahmen

A. Unionsrecht

4. Gemäß dem dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit[4] steht „die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit … Bestimmungen, die sich auf den Schutz der Frau wegen Mutterschaft beziehen, nicht entgegen, und die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen zugunsten der Frauen besondere Bestimmungen erlassen, um die tatsächlich bestehenden Ungleichheiten zu beseitigen“.

5. Nach ihrem ersten Artikel hat die Richtlinie 79/7 zum Ziel, „dass auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit und der sonstigen Bestandteile der sozialen Sicherung im Sinne von Artikel 3 der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit – im folgenden ‚Grundsatz der Gleichbehandlung‘ genannt – schrittweise verwirklicht wird“.

6. Gemäß Art. 3 Abs. 1 findet die Richtlinie 79/7 Anwendung

„a) auf die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten:

…

– Invalidität,

…“.

7. Art. 4 der Richtlinie 79/7 bestimmt:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im Besonderen betreffend:

…

– die Berechnung der Leistungen, einschließlich der Zuschläge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtigte Personen, sowie die Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf die Leistungen.

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht den Bestimmungen zum Schutz der Frau wegen Mutterschaft nicht entgegen.“

8. Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b steht die Richtlinie 79/7 nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, „die Vergünstigungen, die Personen, welche Kinder aufgezogen haben, auf dem Gebiet der Altersversicherung gewährt werden“, und „den Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen im Anschluss an Zeiträume der Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung“ von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.

4 Richtlinie des Rates vom 19. Dezember 1978 (ABl. 1979, L 6, S. 24).

B. Spanisches Recht

9. Art. 60 Abs. 1 der Ley General de la Seguridad Social (Allgemeines Gesetz über die soziale Sicherheit, im Folgenden: LGSS)[5] sieht vor:

„Frauen, die leibliche oder adoptierte Kinder hatten und von irgendeiner Untergliederung des Systems der sozialen Sicherheit eine beitragsbezogene Alters- oder Witwenrente oder Rente wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit erhalten, wird aufgrund ihrer demografischen Unterstützung der Sozialversicherung eine Zulage zur Rente gewährt.

Diese Zulage, die in jeder Hinsicht die Rechtsnatur einer öffentlichen beitragsbezogenen Rente hat, besteht aus einem Betrag in Höhe eines bestimmten, auf den Ausgangsbetrag der entsprechenden Renten angewandten Prozentsatzes, der sich je nach der Zahl der Kinder wie folgt bemisst:

a) bei 2 Kindern: 5 %,

b) bei 3 Kindern: 10 %,

c) bei 4 oder mehr Kindern: 15 %.

Bei der Feststellung des Anspruchs auf die Zulage sowie ihrer Höhe werden nur Kinder berücksichtigt, die vor dem Sachverhalt, auf dem die entsprechende Rente beruht, geboren oder adoptiert wurden."

III. Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefrage

10. Mit Bescheid des Instituto Nacional de la Seguridad Social (Nationales Institut der sozialen Sicherheit, Spanien, im Folgenden: INSS) vom 25. Januar 2017 wurde dem Kläger eine Rente wegen dauernder vollständiger Invalidität in Höhe von 100 % des Grundbetrags zuerkannt, die sich auf 1 603,43 Euro pro Monat zuzüglich Anpassungen belief.

11. Der Kläger legte gegen diesen Bescheid Widerspruch ein und machte im Wesentlichen geltend, er habe, da er Vater zweier Töchter sei, zu den gleichen Bedingungen wie Frauen einen Anspruch auf eine Zulage in Höhe von 5 % der Rente.

12. Mit Bescheid vom 9. Juni 2017 wies das INSS den Widerspruch zurück und bestätigte seinen Bescheid vom 25. Januar 2017. Es stellte fest, dass es sich bei der Mutterschaftszulage, wie der Name schon sage, um eine Zulage handele, die ausschließlich Frauen, die eine beitragsbezogene Sozialversicherungsleistung erhielten und Mütter von zwei oder mehr Kindern seien, aufgrund ihrer demografischen Unterstützung der sozialen Sicherheit gewährt werde.

13. Dagegen erhob der Kläger am 23. Mai 2017 beim Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Sozialgericht Nr. 3 Girona, Spanien), dem vorlegenden Gericht, eine Klage, mit der er die Anerkennung seines Anspruchs auf Erhöhung seiner Rente um 5 % des Grundbetrags seiner Rente wegen dauernder vollständiger Invalidität in Form einer Zulage entsprechend der nach Art. 60 Abs. 1 LGSS gewährten Mutterschaftszulage beantragte.

5 Angenommen mit Real Decreto Legislativo 1/1994 (Königliches Gesetzgebungsdekret 1/1994) vom 20. Juni 1994 (BOE Nr. 154 vom 29. Juni 1994, S. 20658), in der konsolidierten Fassung angenommen mit Real Decreto Legislativo 8/2015 (Königliches Gesetzgebungsdekret 8/2015) vom 30. Oktober 2015 (BOE Nr. 261 vom 31. Oktober 2015, S. 103291), geändert durch die Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos generales del Estado para el año 2016 (Gesetz 48/2015 vom 29. Oktober 2015 über den allgemeinen Staatshaushalt für das Jahr 2016) (BOE Nr. 260 vom 30. Oktober 2015, S. 101965).

14. Am 18. Mai 2018 wurde dem vorlegenden Gericht mitgeteilt, dass der Kläger am 9. Dezember 2017 verstorben war. Dessen Ehefrau trat als seine Rechtsnachfolgerin im Ausgangsverfahren an seine Stelle und verfolgte die Klage weiter [6].

15. Das vorlegende Gericht führt aus, dass der Begriff einer *demografischen Unterstützung* im Hinblick auf Frauen und Männer gleichermaßen gültig sei, da die Fortpflanzung und die Verantwortung für die Pflege, Betreuung, Versorgung und Bildung von Kindern unabhängig vom Geschlecht jeden angingen, der Vater oder Mutter sein könne. Darüber hinaus könne eine Unterbrechung der Berufsausübung nach der Geburt oder Adoption von Kindern oder zur Betreuung leiblicher oder adoptierter Kinder für Frauen und Männer gleichermaßen nachteilig sein. Insoweit begründe die Regelung über die Mutterschaftszulage in Art. 60 Abs. 1 LGSS eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zugunsten der Frauen und zulasten der Männer, die sich in einer vergleichbaren Situation befänden.

16. Allerdings bestehe unter einem *biologischen* Gesichtspunkt ein unbestreitbarer Unterschied, da Frauen bei der Fortpflanzung ein weitaus größeres persönliches Opfer brächten als Männer. Frauen müssten den Zeitraum der Schwangerschaft und die Entbindung verkraften, die eindeutige biologische und physiologische Opfer mit sich brächten und für sie Nachteile nicht nur in physischer Hinsicht, sondern auch im Bereich der Beschäftigung zur Folge hätten. Unter einem biologischen Gesichtspunkt sehe die in Art. 60 Abs. 1 LGSS geregelte Mutterschaftszulage eine Zulage zugunsten der Frauen vor, die gerechtfertigt sei. Kein Mann befinde sich in einer vergleichbaren Situation. Die Situation eines Arbeitnehmers sei nicht mit der einer Arbeitnehmerin vergleichbar, die die mit einer Unterbrechung der Laufbahn wegen Schwangerschaft und der Geburt eines Kindes verbundenen beruflichen Nachteile in Kauf nehmen müsse. Es sei jedoch fraglich, welche Folgen die Rechtsprechung des Gerichtshofs und insbesondere das Urteil Griesmar [7] für die vorliegende Rechtssache habe.

17. Unter diesen Umständen hat der Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Sozialgericht Nr. 3 Girona) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Verstößt eine nationale Vorschrift (konkret Art. 60 Abs. 1 LGSS), nach der Frauen, die leibliche oder adoptierte Kinder hatten und von irgendeiner Untergliederung des Systems der sozialen Sicherheit eine beitragsbezogene Alters- oder Witwenrente oder eine Rente wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit erhalten, aufgrund ihrer demografischen Unterstützung der Sozialversicherung eine Zulage zur Rente gewährt wird, während Männer, die sich in der gleichen Situation befinden, darauf keinen Anspruch haben, gegen den in Art. 157 AEUV und in 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, geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 und zusammengefasst durch die Richtlinie 2006/54/EG vom 5. Juli 2006, verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung, der jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbietet?

18. Der Kläger, das INSS und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Diese Beteiligten sowie die spanische Regierung, die auch schriftliche Fragen des Gerichtshofs beantwortet hat, haben in der Sitzung am 13. Juni 2019 mündlich verhandelt.

6 Verweise auf den Kläger in den vorliegenden Schlussanträgen sollten entsprechend verstanden werden.

7 Urteil vom 29. November 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648).

IV. Analyse

19. Die vorliegenden Schlussanträge sind wie folgt aufgebaut. Zuerst werde ich bestimmen, welcher Unionsrechtsakt in der vorliegenden Rechtssache auf die streitige Leistung anwendbar ist (A). Sodann werde ich die hier einschlägigen Vorschriften, die sich in der Richtlinie 79/7 finden, auslegen (B). Schließlich werde ich, da ich zu dem Ergebnis kommen werde, dass diese Richtlinie dahin auszulegen ist, dass sie einer Maßnahme wie der hier streitigen entgegensteht, untersuchen, ob die nationale Vorschrift gleichwohl von der allgemeinen in Art. 157 Abs. 4 AEUV für eine „positive Diskriminierung" vorgesehenen Ausnahme erfasst sein könnte (C).

A. Anwendbarer Unionsrechtsakt

20. Der Vorlagebeschluss wirft die Frage nach der Vereinbarkeit von Art. 60 Abs. 1 LGSS mit dem in Art. 157 AEUV und der Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen [8] verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung auf.

21. Der Kläger stimmt dem im Vorlagebeschluss identifizierten unionsrechtlichen Rahmen zu. Das INSS, die spanische Regierung und die Kommission widersprechen diesem Standpunkt und tragen vor, der auf die vorliegende Rechtssache anwendbare Unionsrechtsakt sei die Richtlinie 79/7. Der Kläger macht hilfsweise geltend, dass diese Richtlinie in jedem Fall anwendbar sei.

22. Ich stimme zu, dass die Richtlinie 79/7 der anwendbare Rechtsakt ist.

23. Der Gerichtshof ist natürlich an den Sachverhalt der Rechtssache, so wie er vom nationalen Gericht festgestellt wurde, sowie an den Umfang der Fragen und den gesamten Rahmen der Rechtssache, so wie sie vom vorlegenden Gericht im Vorlagebeschluss bestimmt wurden, gebunden. Dies gilt jedoch nicht für das anwendbare Unionsrecht. Der Gerichtshof ist berechtigt, alle einschlägigen Vorschriften des Unionsrechts auszulegen, die erforderlich sind, damit die nationalen Gerichte über die bei ihnen anhängigen Klagen entscheiden können, selbst wenn diese Vorschriften in den dem Gerichtshof vorgelegten Fragen nicht ausdrücklich bezeichnet sind [9]. *Iura (Europaea) novit Curia (Europaea).*

24. Das Unionsrecht unterscheidet zwischen betrieblichen Rentensystemen, die unter den Begriff „Entgelt" in Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV fallen [10], und davon nicht erfassten gesetzlichen Rentenversicherungssystemen [11].

25. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung bestätigt, dass „unmittelbar durch Gesetz geregelte, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem betroffenen Gewerbezweig zulassende Sozialversicherungssysteme oder -leistungen, insbesondere Altersrenten, die zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten", nicht in den Entgeltbegriff des Art. 157 AEUV einbezogen werden können. Denn „diese Regelungen sichern den Arbeitnehmern Ansprüche aus gesetzlichen Systemen, an deren Finanzierung Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gegebenenfalls die öffentliche Hand in einem Maße beteiligt sind, das weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt" [12].

8 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 (Neufassung) (ABl. 2006, L 204, S. 23).

9 Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteil vom 19. September 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, Rn. 40 und 41 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

10 Vgl. z. B. Urteil vom 17. Mai 1990, Barber (C-262/88, EU:C:1990:209, Rn. 25 bis 28).

11 Vgl. z. B. Urteil vom 25. Mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, Rn. 7 und 8).

12 Vgl. z. B. Urteil vom 25. Mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, Rn. 7 und 8).

26. Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, dass die vorliegende Rechtssache eine beitragsbezogene Rente betreffe, die von einem früheren Dienstverhältnis abhänge. Ein höheres Gehalt führe zu einer höheren Rente. Deshalb sollte die streitige Leistung als „Entgelt" im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV angesehen werden.

27. Es trifft zu, dass, wie der Kläger vorbringt, die Rechtsprechung das Kriterium des Dienstverhältnisses als für die Qualifizierung eines Rentensystems als „Entgelt" entscheidend bestimmt hat [13]. Gleichwohl macht die Tatsache, dass ein Rentensystem durch Beiträge finanziert wird, die nach dem Gehalt berechnet werden, dieses Rentensystem kaum automatisch zu „Entgelt". Tatsächlich ist mit der vom Gerichtshof entwickelten Prüfung eine Gesamtanalyse verbunden, die sich nicht auf ein einziges Kriterium wie das der beitragsbezogenen Art einer Leistung stützt [14]. Selbst wenn Sozialversicherungsleistungen einen Bezug zum Entgeltbegriff aufweisen und durch Beiträge im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis stehen mögen, wurde festgestellt, dass Leistungen, die durch Gesetz geregelt sind, ohne dass dabei irgendeine Vereinbarung innerhalb des Unternehmens oder Gewerbezweigs zugelassen wäre, und die für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten, nicht unter den Begriff „Entgelt" fallen [15].

28. Der Gerichtshof hatte bereits Gelegenheit, sich zu verschiedenen Leistungen nach dem spanischen allgemeinen Sozialversicherungssystem zu äußern. Er hat dabei in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass beitragsbezogene Leistungen wie etwa Altersrenten und Leistungen wegen Arbeitslosigkeit ebenso wie die Rente wegen dauernder Invalidität, für die die streitige Zulage gilt, nicht vom Begriff „Entgelt" erfasst werden, sondern unter die Richtlinie 79/7 fallen [16].

29. Meines Erachtens liegt kein Grund vor, in der vorliegenden Rechtssache von diesem Ansatz abzuweichen. Es dürfte kein Zweifel daran bestehen, dass die streitige Leistung Teil eines Systems der sozialen Sicherheit ist, das gesetzlich geregelt ist, ohne dass dabei irgendeine vertragliche Vereinbarung zugelassen wäre, und für die Erwerbsbevölkerung im Allgemeinen und nicht nur für eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern gilt.

30. Die Richtlinie 2006/54 nimmt bezüglich des Begriffs „Entgelt" die gleiche in der Rechtsprechung zu Art. 157 Abs. 2 AEUV getroffene Unterscheidung vor. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist spezifisch auf die „betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit" beschränkt, die unter Ausschluss der gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit definiert sind [17].

31. Demzufolge fällt die streitige Leistung nicht unter den Begriff „Entgelt" im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV. Sie ist daher auch nicht von der Richtlinie 2006/54 erfasst.

32. Der auf die vorliegende Rechtssache anwendbare Unionsrechtsakt ist daher die Richtlinie 79/7. Die streitige Leistung ergänzt eine Sozialversicherungsrente wegen dauernder Invalidität, die Teil eines gesetzlichen Systems zum Schutz gegen eines der in Art. 3 Abs. 1 Buchst. a dieser Richtlinie genannten Risiken ist, nämlich der Invalidität. Wie die Rente selbst steht die Zulage in einem

13 Vgl. z. B. Urteil vom 28. September 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, Rn. 43), oder vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 28).

14 Zur Frage der beitragsbezogenen Art einer Leistung und ihrer Qualifizierung als „Entgelt" vgl. die Schlussanträge der Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:223, Nrn. 34 bis 38).

15 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 25. Mai 1971, Defrenne (80/70, EU:C:1971:55, Rn. 7 und 8), oder vom 28. September 1994, Beune (C-7/93, EU:C:1994:350, Rn. 24).

16 Zu beitragsbezogenen Altersrenten, die ebenfalls von der hier streitigen Rentenzulage erfasst werden, vgl. z. B. Urteile vom 22. November 2012, Elbal Moreno (C-385/11, EU:C:2012:746, Rn. 26), und vom 8. Mai 2019, Villar Láiz (C-161/18, EU:C:2019:382, Rn. 56). Zu Renten wegen Arbeitslosigkeit vgl. Urteil vom 9. November 2017, Espadas Recio (C-98/15, EU:C:2017:833, Rn. 33 und 34). Zu Renten wegen dauernder Invalidität vgl. Urteile vom 16. Juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, Rn. 63), und vom 14. April 2015, Cachaldora Fernández (C-527/13, EU:C:2015:215, Rn. 26 und 34).

17 Vgl. die Erwägungsgründe 13 und 14. Gemäß ihrem Art. 1 Satz 2 Buchst. c gilt die Richtlinie 2006/54 für „betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit", die in Art. 2 Abs. 1 Buchst. f ausdrücklich als „Systeme, die nicht durch die Richtlinie 79/7 … geregelt werden", definiert sind.

unmittelbaren und tatsächlichen Zusammenhang mit dem Schutz gegen das Risiko der Invalidität. Sie ist untrennbar mit der Verwirklichung dieses Risikos verbunden und soll sicherstellen, dass die Begünstigten in geeigneter Weise gegen das Risiko der Invalidität geschützt sind [18], indem der geschlechtsspezifische Unterschied verringert wird [19].

33. All diese Erwägungen lassen mich zu dem Ergebnis kommen, dass es erforderlich ist, die Vorlagefrage als auf die Richtlinie 79/7 bezogen umzuformulieren.

B. Steht die Richtlinie79/7 einer Maßnahme wie der streitigen entgegen?

34. Die Analyse der Vereinbarkeit der streitigen nationalen Vorschrift mit der Richtlinie 79/7 umfasst drei Schritte. Erstens: Befinden sich Frauen und Männer für die Zwecke der Anwendung der streitigen nationalen Vorschrift in einer vergleichbaren Situation? Zweitens: Begründet die streitige nationale Vorschrift eine Diskriminierung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7? Drittens: Wenn dies der Fall ist, könnte Art. 60 Abs. 1 LGSS dann von einer der Ausnahmen erfasst sein, die in Art. 7 dieser Richtlinie vorgesehen sind?

1. Vergleichbarkeit

35. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf objektiv ungleiche Sachverhalte angewandt wird [20]. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Analyse der Vergleichbarkeit nicht allgemein und abstrakt, sondern spezifisch *für die betreffende Leistung* vorzunehmen. Dabei sind die Ziele dieser spezifischen nationalen Maßnahme oder Leistung zu berücksichtigen [21]. Die (festgestellten) gesetzgeberischen Ziele sind daher von besonderer Bedeutung bei der Prüfung der Frage, ob Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vergleichbar sind.

36. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs und im Sekundärrecht wurden Sachverhalte herausgestellt, in denen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufgrund der körperlichen Verfassung der Frauen, die wohlgemerkt Schwangerschaft, Entbindung und den unmittelbar darauf folgenden Zeitraum umfasst, schlechthin nicht vergleichbar sind.

37. Einerseits hat der Gerichtshof im Hinblick auf die Situation des *Mutterschafts*urlaubs entschieden, dass sich Frauen „in einer besonderen Situation [befinden], die verlangt, dass ihnen ein besonderer Schutz gewährt wird, die jedoch nicht mit der Situation eines Mannes oder mit der einer Frau, die tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz arbeitet, gleichgesetzt werden kann“ [22]. Der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung festgestellt, dass „die Lage eines Beamten dann nicht mit derjenigen einer Beamtin vergleichbar ist, wenn die nur einer Beamtin gewährte Vergünstigung die beruflichen Nachteile ausgleichen soll, die sich für sie aus ihrer durch den Mutterschaftsurlaub bedingten Abwesenheit vom Arbeitsplatz ergeben“ [23].

18 Vgl. in diesem Sinne zu Anpassungsmechanismen Urteil vom 20. Oktober 2011, Brachner (C-123/10, EU:C:2011:675, Rn. 42 ff.).

19 Vgl. zu den Zielen der Maßnahme Abschnitt B.1.b der vorliegenden Schlussanträge.

20 Vgl. z. B. Urteil vom 14. Juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, Rn. 39 und die dort angeführte Rechtsprechung).

21 Vgl. in diesem Sinne z. B. Urteile vom 1. Oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, Rn. 33), und vom 19. Juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, Rn. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung). Vgl. ausführlicher zur Vergleichbarkeitsanalyse meine Schlussanträge in der Rechtssache Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, Nrn. 64 bis 79).

22 Vgl. z. B. Urteile vom 13. Februar 1996, Gillespie u. a. (C-342/93, EU:C:1996:46, Rn. 17), und vom 14. Juli 2016, Ornano (C-335/15, EU:C:2016:564, Rn. 39).

23 Vgl. Urteil vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 41). Vgl. auch Urteil vom 16. September 1999, Abdoulaye u. a. (C-218/98, EU:C:1999:424, Rn. 18, 20 und 22).

38. Andererseits hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Lage arbeitender Mütter und Väter im Hinblick auf viele andere mit *Elternschaft und Kinderfürsorge* verbundene Umstände vergleichbar ist. Frauen und Männer befinden sich in ihrer Eigenschaft als Eltern und bei der Erziehung ihrer Kinder in einer vergleichbaren Situation [24]. Demzufolge befinden sie sich z. B. im Hinblick auf die für sie möglicherweise bestehende Notwendigkeit, ihre tägliche Arbeitszeit zu verringern, um sich um ihre Kinder zu kümmern [25], oder die Notwendigkeit, Kinderbetreuungsdienste in Anspruch zu nehmen, wenn sie in einem Dienstverhältnis stehen, in einer vergleichbaren Situation [26].

39. In der vorliegenden Rechtssache ist daher zu bestimmen, ob die streitige nationale Regelung an die besonderen körperlichen Merkmale der Frauen hinsichtlich Schwangerschaft, Entbindung und Mutterschaft anknüpft (a). Wenn dies nicht der Fall ist, müssen die objektiven Ziele der streitigen Maßnahme ermittelt werden, um bestimmen zu können, ob sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer insoweit in einer vergleichbaren Situation befinden (b).

a) Eine Maßnahme, die sich auf den Schutz wegen Mutterschaft im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 bezieht?

40. Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 steht „der Grundsatz der Gleichbehandlung … den Bestimmungen zum Schutz der Frau *wegen Mutterschaft* nicht entgegen“. Gemäß dem dritten Erwägungsgrund dieser Richtlinie steht „[d]ie Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit … Bestimmungen, die sich auf den Schutz der Frau wegen Mutterschaft beziehen, nicht entgegen, und die Mitgliedstaaten können in diesem Rahmen zugunsten der Frauen besondere Bestimmungen erlassen, um die tatsächlich bestehenden Ungleichheiten zu beseitigen“.

41. Diese Vorschrift kann in Übereinstimmung mit der in Nr. 37 der vorliegenden Schlussanträge angeführten Rechtsprechung als Anerkenntnis des Fehlens der Vergleichbarkeit von Frauen und Männern im Hinblick auf ihre körperliche Verfassung angesehen werden.

42. Kann die streitige Maßnahme als Bestimmung, „die sich auf den Schutz der Frau wegen Mutterschaft bezieht“, im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 betrachtet werden?

43. Die spanische Regierung und das INSS bringen vor, Art. 60 Abs. 1 LGSS werde von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 erfasst. Das INSS stellt fest, dass die Maßnahme untrennbar mit der Mutterschaft verknüpft sei, da die von ihr erfassten Frauen Mütter seien: Liege keine Mutterschaft vor, so ergebe sich die Situation, der die nationale Vorschrift abhelfen wolle, gar nicht. Die spanische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 dahin zu verstehen sei, dass er Maßnahmen positiver Diskriminierung aufgrund der Mutterschaft gestatte, und in Anbetracht von Art. 157 Abs. 4 AEUV und Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) weit ausgelegt werden müsse.

44. Demgegenüber sind der Kläger und die Kommission der Auffassung, dass die streitige Maßnahme nicht unter Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 fallen könne. Diese Vorschrift sei eng auszulegen, und zwar dahin, dass sie nur die Aspekte erfasse, die einen Bezug zur körperlichen Verfassung der Frauen aufwiesen. Dies sei insbesondere bei dem Zeitraum des Mutterschaftsurlaubs der Fall.

24 Vgl. z. B. Urteile vom 25. Oktober 1988, Kommission/Frankreich (312/86, EU:C:1988:485, Rn. 14), vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 56), vom 26. März 2009, Kommission/Griechenland (C-559/07, nicht veröffentlicht, EU:C:2009:198, Rn. 69), und vom 16. Juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, Rn. 47).

25 Urteil vom 30. September 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, Rn. 24).

26 Urteil vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, Rn. 30).

45. Der Ausdruck „wegen Mutterschaft“ wird in der Richtlinie 79/7 nicht definiert. Meiner Kenntnis nach ist Art. 4 Abs. 2 dieser Richtlinie bisher noch nicht vom Gerichtshof ausgelegt worden. Dieser hat jedoch mehrfach vergleichbare Vorschriften im Kontext des Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207/EWG [27] ausgelegt, der Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 begrifflich sehr ähnelt und vorsieht, dass „diese Richtlinie … nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen[steht]“.

46. Im Kontext des Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 hat der Gerichtshof die Auffassung vertreten, dass die Ausnahme wegen „Mutterschaft“ eng auszulegen ist [28]. Der Gerichtshof hat ihre Anwendung stets mit der körperlichen Verfassung der Frau und der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind verknüpft. Daher wurden nur Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Schutz der Frau während der Schwangerschaft, der Entbindung und des Mutterschaftsurlaubs stehen, als von dieser Vorschrift erfasst angesehen [29]. Demgegenüber wurden Maßnahmen, die in keinem direkten Zusammenhang mit dem Schutz der Frau in solchen Situationen stehen, nicht als unter die Ausnahme wegen „Mutterschaft“ fallend angesehen [30].

47. Dieser strenge Ansatz im Hinblick auf den Begriff „Mutterschaft“ wurde vom Gerichtshof auch bei der Prüfung der Frage angewandt, ob die Lage von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern für die Zwecke der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts nach Art. 157 AEUV auf den Bereich der betrieblichen Pensionen vergleichbar ist. Im Urteil Griesmar hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine Maßnahme zulässig sein kann, die „die beruflichen Nachteile ausgleichen soll, die sich für die Beamtin aus ihrer Abwesenheit vom Arbeitsplatz während der Zeit nach der Entbindung ergeben – in diesem Fall ist die Lage eines Arbeitnehmers mit derjenigen einer Beamtin nicht vergleichbar“ [31]. Allerdings hat der Gerichtshof ausdrücklich verneint, dass die Nachteile, die Frauen in der Entwicklung ihrer beruflichen Laufbahn wegen der ihnen zugewiesenen maßgeblichen Rolle bei der Kindererziehung entstehen, mit einem „Mutterschaftsurlaub“ oder einem infolge der Abwesenheit vom Arbeitsplatz nach der Entbindung entstehenden Nachteil zusammenhängen [32]. Einer der Gründe hierfür lag darin, dass die in dieser Rechtssache streitige Verbesserung beim Dienstalter auch für Adoptivkinder gewährt wurde, ohne an die vorherige Gewährung eines Adoptionsurlaubs an die Mutter gekoppelt zu sein [33].

48. Somit bezieht sich der Begriff der „Mutterschaft“, so wie er vom Gerichtshof ausgelegt wird, auf die spezifische biologische Realität, in Bezug auf die Frauen und Männer nicht vergleichbar sind: Schwangerschaft, Entbindung und Mutterschaftsurlaub. Damit wird der Gegenstand dieses besonderen Schutzes nicht nur *ratione materiae*, sondern logischerweise auch *ratione temporis* umschrieben, da die

27 Art. 2 Abs. 7 (in geänderter Fassung) 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 (ABl. 1976, L 39, S. 40), geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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. 2002, L 269, S. 15). Dieser Artikel wurde durch Art. 28 der Richtlinie 2006/54 ersetzt.

28 Vgl. z. B. Urteil vom 15. Mai 1986, Johnston (222/84, EU:C:1986:206, Rn. 44).

29 Vgl. z. B. zum Mutterschaftsurlaub Urteil vom 18. November 2004, Sass (C-284/02, EU:C:2004:722, Rn. 33), zu einem zusätzlichen Mutterschaftsurlaub Urteil vom 12. Juli 1984, Hofmann (184/83, EU:C:1984:273, Rn. 25 und 26), und zu spezifischen Modalitäten der möglichen Nutzung eines Urlaubs durch Mütter oder Väter, die Arbeitnehmer sind, Urteil vom 19. September 2013, Betriu Montull (C-5/12, EU:C:2013:571, Rn. 61 bis 65).

30 Vgl. z. B. Urteile vom 25. Oktober 1988, Kommission/Frankreich (312/86, EU:C:1988:485, Rn. 13 und 14), zu mehreren „besonderen Rechten für Frauen“, die Frauen in ihrer Eigenschaft als ältere Arbeitnehmerin oder als Elternteil schützen, und vom 30. September 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, Rn. 26 bis 31), zu einem Urlaub, der zwar „Stillurlaub“ hieß, tatsächlich aber vom Stillen als solchem losgelöst war und als auf die Kindererziehung abzielend angesehen werden konnte. Vgl. in diesem Sinne auch Urteil vom 16. Juli 2015, Maïstrellis (C-222/14, EU:C:2015:473, Rn. 51), in Bezug auf Elternurlaub.

31 Urteil vom 29. November 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 46).

32 Ebd., Rn. 51.

33 Ebd., Rn. 52.

Ausnahme wegen Mutterschaft nicht dahin verstanden werden kann, dass sie nachfolgende Ereignisse oder Situationen einfach wegen des Mutterseins erfasst. *Mutterschaft* ist daher auf eine enge Weise zu verstehen. Sie kann nicht mit den allgemeineren Begriffen des *Mutterseins* oder der *Elternschaft* gleichgesetzt werden.

49. Das INSS und die spanische Regierung schlagen vor, im Kontext der Richtlinie 79/7 von diesem Ansatz abzuweichen und „Mutterschaft" in einem weiteren Sinne als „Muttersein" zu verstehen. Auf die Frage nach den Gründen für den Vorschlag einer solch weiten Auslegung hat die spanische Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 im Licht von Art. 157 Abs. 4 AEUV und Art. 23 der Charta dahin ausgelegt werden sollte, dass er Maßnahmen der positiven Diskriminierung mit Bezug zum Muttersein im weiteren Sinne öffnet.

50. Dieses Vorbringen überzeugt mich nicht. Wie ich nachfolgend [34] ausführlich erläutern werde, ließe sich eine mögliche Rechtgrundlage für positive Maßnahmen im Kontext der vorliegenden Rechtssache vielleicht außerhalb der Richtlinie 79/7 in Art. 157 Abs. 4 AEUV finden. Hier genügt der Hinweis, dass Maßnahmen, die eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern zulassen und Schutzmaßnahmen wegen Mutterschaft im Geltungsbereich der Richtlinie 79/7 darstellen, auf eine andere Prämisse und Logik gegründet sind als die allgemeinen Regeln zu positiven Maßnahmen in Art. 157 Abs. 4 AEUV. Der Vorschlag, jüngere allgemeine Vorschriften über positive Maßnahmen sollten eine Auslegung zulassen, die das Verständnis der Vergleichbarkeit nach einem älteren, spezifischen, sektorbezogenen Rechtsakt verdreht und dadurch eine Kernvorschrift dieses Rechtsakts effektiv wirkungslos macht, scheint mir keine gute Methode der Gesetzesauslegung zu sein.

51. Kurz gesagt sehe ich keinen guten Grund, dem Begriff „wegen Mutterschaft" im Kontext der Richtlinie 79/7 eine andere und weitere Bedeutung zu verleihen. Im Gegenteil würde, wie die Kommission zu Recht warnt, ein weites Verständnis der Ausnahme wegen „Mutterschaft" eine unterschiedliche Behandlung in Situationen zulassen, in denen sich arbeitende Mütter und Väter in einer vergleichbaren Situation befinden, und daher den eigentlichen Zweck der Richtlinie vereiteln.

52. Auf der Grundlage dieser angemessen engen Auslegung des Begriffs „wegen Mutterschaft", die meines Erachtens auch im Kontext der Richtlinie 79/7 gelten muss, ist nicht ersichtlich, wie die streitige Maßnahme als von der in Art. 4 Abs. 2 enthaltenen Ausnahme erfasst angesehen werden könnte.

53. Ein Blick auf die spezifischen Merkmale der streitigen Maßnahme bestätigt dieses Ergebnis. Die Mutterschaftszulage nach Art. 60 Abs. 1 LGSS ist nicht an eine der konkreten Situationen der Schwangerschaft, der Entbindung oder des Mutterschaftsurlaubs gebunden. Tatsächlich setzt er keine dieser Situationen als Voraussetzung für die Gewährung der Mutterschaftszulage voraus.

54. Erstens hat, wie der Kläger feststellt, nicht jede Arbeitnehmerin, die die Mutterschaftszulage beanspruchen kann, zwangsläufig einen Mutterschaftsurlaub genommen. Da nach nationalem Recht ein Adoptionsurlaub gleichermaßen von Frauen und Männern genommen werden kann [35], kann es durchaus vorkommen, dass eine Frau die Mutterschaftszulage bezieht, ohne diesen Urlaub genommen zu haben oder auch ohne schwanger gewesen zu sein oder entbunden zu haben. Zweitens haben, wenn ein Kind zwei Mütter hat [36], beide Mütter Anspruch auf die Mutterschaftszulage, obwohl vielleicht nur eine von ihnen tatsächlich den Mutterschaftsurlaub genommen hat. Da die streitige Maßnahme keine Bedingung enthält, nach der Frauen zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Kinder bekommen haben, die

34 Vgl. Abschnitt C, Nrn. 93 und 96 bis 98.

35 Gemäß Art. 48 Abs. 5 des Estatuto de los Trabajadores (Arbeitnehmerstatut) in der Fassung des Real Decreto Legislativo 2/2015 (Königliches Gesetzgebungsdekret 2/2015) vom 23. Oktober 2015 (BOE Nr. 255 vom 24. Oktober 2015).

36 Der Kläger erläutert, dass dies nach Art. 44 Abs. 5 der Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (Gesetz 20/2011 vom 21. Juli 2011 über das Personenstandsregister) (BOE Nr. 175 vom 22. Juli 2011, S. 81468) möglich sei.

Arbeit eingestellt haben müssen, würde der Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub z. B. auch in Situationen fehlen, in denen eine Frau entbindet, bevor sie eine Berufstätigkeit aufnimmt. Drittens zeigt sich das Fehlen des Zusammenhangs der Maßnahme mit dem Schutz der Mutterschaft daran, dass die Maßnahme nicht für Mütter gilt, die nur ein Kind haben.

55. Somit erfasst die Maßnahme alles in allem zu wenige Situationen, die einen eindeutigen und objektiven Zusammenhang mit der Mutterschaft aufweisen, und zu viele Situationen, die dies nicht tun. Eine solche Rechtsgestaltung lässt sich nicht unter Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 subsumieren.

56. Auch das INSS und die spanische Regierung scheinen letztendlich anerkannt zu haben, dass das konkrete Ziel von Art. 60 Abs. 1 LGSS weit über das Ziel hinausgeht, Frauen wegen Mutterschaft im oben postulierten (engen) Sinne zu schützen.

57. Alle diese Erwägungen bestätigen, dass Art. 60 Abs. 1 LGSS nichts enthält, was einen Bezug zwischen der Zulage und den beruflichen Nachteilen herstellt, die mit dem Begriff der „Mutterschaft" im Sinne von Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 verbunden sind.

b) Was sind die Ziele der streitigen Maßnahme?

58. Gemäß Art. 60 Abs. 1 LGSS wurde die Mutterschaftszulage in Anerkennung einer „demografischen Unterstützung" der Sozialversicherung eingeführt. Wie die Kommission ausführt, enthält die Präambel des Gesetzes, mit dem die Maßnahme verabschiedet wurde, keine genauere Begründung als diese [37].

59. Würde man sich auf das erklärte Ziel von Art. 60 Abs. 1 LGSS selbst konzentrieren, ist kaum ersichtlich, warum sich Frauen und Männer im Hinblick auf ihre „demografische Unterstützung" des Systems der sozialen Sicherheit nicht in einer vergleichbaren Situation befinden sollten, da zur Fortpflanzung noch immer beide erforderlich zu sein scheinen [38].

60. Aus den Gesetzesmaterialien und dem von der Kommission, dem INSS und der spanischen Regierung beschriebenen politischen Kontext ergibt sich allerdings, dass die streitige Maßnahme von einem viel weiter gehenden Ziel inspiriert ist und dieses verfolgt.

61. Aus den Erklärungen der Kommission und der schriftlichen Antwort der spanischen Regierung auf die Frage des Gerichtshofs geht hervor, dass die parlamentarische Änderung, auf die die streitige Maßnahme zurückgeht, auf die Notwendigkeit hinwies, die geschlechtsspezifische Dimension der Renten anzuerkennen und *den geschlechtsspezifischen Unterschied bei den Renten* zu beseitigen oder zumindest *zu verringern* [39]. Frauen geben nämlich öfter ihre Arbeit auf, um Kinder zu betreuen, was sich unmittelbar auf ihr Einkommen und damit auf ihre Renten auswirkt und zu dem als „doppelte Bestrafung" bekannten Phänomen führt [40]. Mit der Maßnahme soll daher das Konzept einer „demografischen Unterstützung" eingeführt werden, um den Einsatz der Frauen anzuerkennen, die zum Nachteil ihrer beruflichen Tätigkeit Kinder betreuen und erziehen [41]. Dies wurde auch vom

37 Ley 48/2015 de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (Gesetz 48/2015 vom 29. Oktober 2015 über den allgemeinen Staatshaushalt für 2016) (BOE Nr. 260 vom 10. Oktober 2015).

38 Trotz eines anfänglichen Zögerns bezüglich der Möglichkeit der Anregung von Eizellen durch Parthenogenese zur Ingangsetzung des Prozesses der Entwicklung eines Menschen in einer unbefruchteten menschlichen Eizelle (vgl. Urteil vom 18. Oktober 2011, Brüstle, C-34/10, EU:C:2011:669, Rn. 36, vgl. jedoch auch Urteil vom 18. Dezember 2014, International Stem Cell Corporation, C-364/13, EU:C:2014:2451, Rn. 38) scheint es, dass sogar nach Unionsrecht noch beide Geschlechter für eine Zeugung erforderlich sind.

39 *Boletín Oficial de las Cortes Generales* – Congreso de los Diputados (1.9.2015, Serie A, Nr. 163-4, S. 2812 bis 2814).

40 Plan Integral de Apoyo a la Familia (PIAF) 2015-2017 (Umfassendes Programm zur Unterstützung von Familien), verabschiedet vom Ministerrat am 14. Mai 2015 (abrufbar unter www.mscbs.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf).

41 Informe sobre el complemento de maternidad en las pensiones contributivas (Bericht über die Mutterschaftszulage zu beitragsbezogenen Renten), der im Juni 2015 von der spanischen Regierung an die Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo (Kommission für die Bewertung und Begleitung der Vereinbarungen des Paktes von Toledo) gesandt wurde.

spanischen Verfassungsgericht als das der Maßnahme zugrunde liegende Ziel anerkannt: Das Ziel besteht darin, einen Ausgleich für Mütter zu schaffen, die sich ungeachtet ihrer Absicht, ein längeres Berufsleben zu haben, der Kinderbetreuung gewidmet haben und daher nicht in der Lage waren, für ebenso viele Jahre Beiträge zu zahlen wie andere Arbeitnehmer [42].

62. Das INSS hat darüber hinaus statistische Daten vorgelegt, die zeigen, dass ein direkter Zusammenhang zwischen den Sozialversicherungsbeiträgen und dem Geschlecht und der Kinderzahl besteht. Der geschlechtsspezifische Rentenunterschied wirkt sich gemäß diesen Belegen stärker bei Müttern aus, die zwei oder mehr Kinder haben.

63. Daraus lässt sich eine erste vorläufige Schlussfolgerung ziehen. Es ist eindeutig, dass die Maßnahme tatsächlich nicht darauf abzielt, Frauen zu schützen, die die Verantwortung für die Kinderbetreuung übernehmen. Art. 60 Abs. 1 LGSS enthält nämlich keine Bedingung, die die streitige Leistung an die tatsächliche Kinderbetreuung binden würde. Er erfordert nicht den Nachweis eines Urlaubs, einer Beschäftigungsunterbrechung oder zumindest einer Verringerung der Arbeitsstunden. Doch selbst wenn darin das erklärte Ziel läge, würde dies keinen Unterschied machen, da der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, dass sich Väter und Mütter im Hinblick auf die Kinderbetreuung in einer vergleichbaren Lage befinden [43].

64. Die zweite vorläufige Schlussfolgerung besteht darin, dass das wahre Ziel der streitigen Maßnahme in Anbetracht statistischer Daten, die belegen, dass Frauen, die mehr als ein Kind haben, in Bezug auf ihre Rentenansprüche besonders benachteiligt sind, in der Verringerung des geschlechtsspezifischen Unterschieds bei den Renten zu bestehen scheint.

65. Dieses Ziel wirft unmittelbar die Frage auf, ob eine solche strukturelle Ungleichheit ausreicht, um festzustellen, dass Frauen und Männer in einer bestimmten Situation nicht vergleichbar sind.

66. Meines Erachtens kann dies nicht der Fall sein. Der Gerichtshof hat zwar in einigen Fällen auf zwischen verschiedenen Personengruppen bestehende Unterschiede abgestellt, um ihre Vergleichbarkeit zu verneinen [44]. Er hat jedoch die Lage von Personen, die verschiedenen Altersgruppen angehören, die von strukturellen Problemen wie Arbeitslosigkeit betroffen sind, als vergleichbar angesehen [45]. Darüber hinaus hat er davor gewarnt, sich auf Verallgemeinerungen und statistische Daten zu stützen, eben weil dies in einer bestimmten Situation zu einer diskriminierenden Behandlung von Frauen und Männern führen kann [46]. Dass fundierte statistische Daten vorliegen, die strukturelle, Frauen betreffende Unterschiede belegen, schließt nämlich nicht aus, dass es Situationen gibt, in denen sich Frauen und Männer in einer vergleichbaren Lage befinden.

42 Vgl. Beschluss des Tribunal Constitucional (Verfassungsgericht, Spanien) vom 16. Oktober 2018, Nr. 3307-2018, ES:TC:2018:114A, Abschnitt 3(b).

43 Vgl. die oben in den Fn. 29 und 30 angeführte Rechtsprechung.

44 Urteil vom 1. Oktober 2015, O (C-432/14, EU:C:2015:643, Rn. 37 bis 39).

45 Vgl. Urteil vom 19. Juli 2017, Abercrombie & Fitch Italia (C-143/16, EU:C:2017:566, Rn. 26 und 27).

46 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. September 2014, X (C-318/13, EU:C:2014:2133, Rn. 38). Vgl. zu Argumenten, die den von der spanischen Regierung und dem INSS in der vorliegenden Rechtssache vorgebrachten sehr ähnlich sind, auch Urteil vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 56).

67. Ich sehe keinen Grund, in der vorliegenden Rechtssache nicht dem gleichen Ansatz zu folgen. Darüber hinaus sollten Argumente in Bezug auf die unterschiedlichen Situationen, in denen sich Gruppen befinden – sofern ein solcher Unterschied nicht so erheblich ist, dass er dazu führt, dass die Gruppen gar nicht vergleichbar sind –, auf der Stufe der Rechtfertigung [47] oder, falls relevant, im Rahmen der Bewertung der „positiven Maßnahmen" geprüft werden. Insbesondere bei den „positiven Maßnahmen" kann vom individuellen Gleichstellungsansatz abgewichen werden, um der nachteiligen Situation einer Gruppe Rechnung zu tragen und eine inhaltliche Gleichstellung zu erreichen [48].

68. Folglich komme ich zu dem Ergebnis, dass das Bestehen einer allgemeinen strukturellen Ungleichheit bei Renten es nicht ausschließt, dass sich Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Eltern von zwei oder mehr Kindern sind, in Bezug auf die fragliche Leistung, nämlich den Zugang zu (einer Zulage zu) einer beitragsbezogenen Rente wegen Invalidität, in einer vergleichbaren Lage befinden.

2. Diskriminierung

69. Aufgrund der Art der streitigen Maßnahme fällt die Analyse, ob Art. 60 Abs. 1 LGSS eine Diskriminierung begründet, zwangsläufig äußerst knapp aus. Die Maßnahme behält den Anspruch auf die Zulage Frauen vor. Sie stellt daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, die im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 die Berechnung der Leistungen betrifft.

70. Wie die Kommission zu Recht feststellt, ist es im Rahmen der Richtlinie 79/7 nicht möglich, einen solchen Fall unmittelbarer Diskriminierung zu rechtfertigen [49]. Ein Abweichen vom Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist nur in Situationen möglich, die in dieser Richtlinie erschöpfend festgelegt sind [50]. Es ist daher zu prüfen, ob die streitige Maßnahme unter Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 fallen kann.

3. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 79/7

71. Wegen der besonders sensiblen Natur der sozialen Sicherheit und aufgrund der weitverbreiteten Unterschiede bei der Behandlung von Frauen und Männern zu dem Zeitpunkt, als die Richtlinie 79/7 verhandelt wurde, gestattete Art. 7 Abs. 1 den Mitgliedstaaten, bestimmte Angelegenheiten vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen. Tatsächlich strebte die Richtlinie 79/7 „lediglich" die „schrittweise" Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern an [51]. Die Ausnahmen in Art. 7 Abs. 1 können somit logischerweise nicht mit systematischen Bemühungen um den Schutz von Frauen oder einer positiven Diskriminierung in Verbindung gebracht werden. Sie dienen vielmehr dazu, bestimmte Elemente der Systeme der sozialen Sicherheit zu erhalten, die zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie bestanden [52].

47 Zur inneren Transitivität zwischen diesen Kategorien vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, Nrn. 61 und 62).

48 Vgl. in diesem Zusammenhang die Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, Nr. 8). Vgl. zu meinem Vorschlag in diesem Sinne Abschnitt C der vorliegenden Schlussanträge.

49 Vgl. entsprechend Urteile vom 18. November 2010, Kleist (C-356/09, EU:C:2010:703, Rn. 41), und vom 12. September 2013, Kuso (C-614/11, EU:C:2013:544, Rn. 50).

50 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 26. Juni 2018, MB (Geschlechtsumwandlung und Altersrente) (C-451/16, EU:C:2018:492, Rn. 50 und die dort angeführte Rechtsprechung).

51 Vgl. Urteile vom 11. Juli 1991, Johnson (C-31/90, EU:C:1991:311, Rn. 25), und vom 16. Juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, Rn. 60).

52 Wie in der Rechtsprechung betont wird, lässt sich, selbst wenn diese Ziele in den Erwägungsgründen der Richtlinie 79/7 nicht angeführt sind, „der Art der in Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie enthaltenen Ausnahmen entnehmen, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Mitgliedstaaten ermächtigen wollte, die den Frauen zuerkannten Vorteile im Zusammenhang mit dem Ruhestand vorübergehend aufrechtzuerhalten, um es diesen Staaten zu ermöglichen, die Rentensysteme in dieser Frage schrittweise zu ändern, ohne das komplexe finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme, dessen Bedeutung er nicht verkennen konnte, zu stören". Vgl. z. B. Urteile vom 30. April 1998, De Vriendt u. a. (C-377/96 bis C-384/96, EU:C:1998:183, Rn. 26), und vom 27. April 2006, Richards (C-423/04, EU:C:2006:256, Rn. 35).

72. Zu diesen Angelegenheiten, die die Mitgliedstaaten vom Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7 ausnehmen dürfen, gehören nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b „die Vergünstigungen, die Personen, welche Kinder aufgezogen haben, auf dem Gebiet der Altersversicherung gewährt werden“, und der „Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen im Anschluss an Zeiträume der Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung“.

73. Das INSS und die spanische Regierung argumentieren allgemein, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme von dieser Ausnahme erfasst sei.

74. Demgegenüber macht der Kläger geltend, die Ausnahme in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b sei nicht anwendbar, da sie nur auf Altersrenten, nicht jedoch auf Invaliditätsrenten wie die streitige anwendbar sei.

75. Meines Erachtens spricht nichts gegen die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b auf Renten wegen dauernder Invalidität. Denn selbst wenn im ersten Teil dieser Vorschrift auf eine „Altersversicherung“ verwiesen wird, ist dies im zweiten Teil nicht der Fall, in dem allgemein auf den Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen im Anschluss an Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung Bezug genommen wird. Tatsächlich hat der Gerichtshof die in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b enthaltene Ausnahme bereits im Kontext der spanischen Renten wegen dauernder Invalidität angewandt [53].

76. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b ist in der vorliegenden Rechtssache jedoch aus einem anderen Grund nicht anwendbar. Wie der Kläger zu Recht feststellt, *knüpft* Art. 60 Abs. 1 LGSS *nicht an eine tatsächliche Beschäftigungsunterbrechung* wegen Kindererziehung *an*. Die Mutterschaftszulage wird unabhängig von einer Beschäftigungsunterbrechung, gleich ob in Form eines Mutterschafts- oder Elternurlaubs oder einer anderen Art von Urlaub, gewährt [54].

77. Zur Klarstellung sei hinzugefügt, dass eine Maßnahme wie die streitige meines Erachtens auch dann nicht unter die Ausnahme in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b subsumiert werden könnte, wenn sie tatsächlich an eine Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung gebunden wäre.

78. Wie die Kommission und der Kläger zutreffend ausführen, wurden die in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 enthaltenen Ausnahmen im Kontext einer *schrittweisen Beseitigung* der unterschiedlichen Behandlung [55] entworfen und sind eng auszulegen [56]. Obwohl Art. 7 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 dieser Richtlinie auf die Möglichkeit der Mitgliedstaaten verweisen, die bestehenden Vorschriften „aufrechtzuerhalten“, hat der Gerichtshof Art. 7 Abs. 1 nicht als eine strenge Stillhalteklausel ausgelegt, sondern akzeptiert, dass Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 79/7 auf den späteren Erlass von Maßnahmen, die sich nicht von bereits bestehenden, unter diese Ausnahme fallenden Maßnahmen trennen lassen, sowie auf Änderungen solcher Maßnahmen Anwendung finden kann [57].

79. Bei der in der vorliegenden Rechtssache streitigen Regelung lässt sich jedoch nach keiner vertretbaren Auslegung davon ausgehen, dass sie mit einer *schrittweisen Annäherung* an die umfassende Geltung des Grundsatzes der Gleichheit von Frauen und Männern im Bereich der sozialen Sicherheit verbunden ist. Die Maßnahme wurde 2015 erlassen, mehrere Jahrzehnte nach dem Inkrafttreten der Richtlinie 79/7. Sie wurde in einen nationalen rechtlichen Kontext eingefügt, in dem keine vergleichbare Vorschrift bestand, an die angeknüpft werden konnte. Es ist daher nicht möglich,

53 Vgl. Urteil vom 16. Juli 2009, Gómez-Limón Sánchez-Camacho (C-537/07, EU:C:2009:462, Rn. 60 und 61).

54 Siehe oben, Nr. 63.

55 Vgl. z. B. Urteil vom 7. Juli 1992, Equal Opportunities Commission (C-9/91, EU:C:1992:297, Rn. 14).

56 Vgl. z. B. zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. a Urteil vom 21. Juli 2005, Vergani (C-207/04, EU:C:2005:495, Rn. 33 und die dort angeführte Rechtsprechung).

57 Vgl. Urteile vom 7. Juli 1994, Bramhill (C-420/92, EU:C:1994:280), und vom 23. Mai 2000, Hepple u. a. (C-196/98, EU:C:2000:278, Rn. 23), sowie die Schlussanträge des Generalanwalts Saggio in der Rechtssache Hepple u. a. (C-196/98, EU:C:1999:495, Nrn. 21 bis 24) und des Generalanwalts Mischo in der Rechtssache Taylor (C-382/98, EU:C:1999:452, Nrn. 66 bis 69).

die Maßnahme als erforderlich für oder untrennbar von einem bereits bestehenden System anzusehen, für das die Ausnahme in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b in Anspruch genommen wird. Sie steht darüber hinaus in keinem Zusammenhang zum Gesamtziel von Art. 7 Abs. 1, nämlich der Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Systems der sozialen Sicherheit.

80. Demzufolge muss ich zu dem Ergebnis kommen, dass die in der vorliegenden Rechtssache streitige Maßnahme nicht als von der Ausnahme in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 79/7 erfasst angesehen werden kann.

C. Art. 157 Abs. 4 AEUV

81. Ungeachtet meiner Feststellung, dass die Richtlinie 79/7 Art. 60 Abs. 1 LGSS entgegensteht, bleibt zu prüfen, ob die streitige Maßnahme gleichwohl gemäß Art. 157 Abs. 4 AEUV zulässig sein kann, einer Vorschrift, die von den Beteiligten, die in dieser Rechtssache Erklärungen eingereicht haben, ausführlich erörtert worden ist.

82. Nach Art. 157 Abs. 4 AEUV hindert „[i]m Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben … der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“. Diese Vorschrift ermöglicht es somit, Maßnahmen, die nicht von im Sekundärrecht vorgesehenen konkreten Ausnahmen oder Abweichungen im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter erfasst werden, zu „heilen“ oder mit Unionsrecht vereinbar zu machen [58].

83. Allerdings bleibt der Anwendungsbereich von Art. 157 Abs. 4 AEUV unklar. Erstens ist ungeklärt, ob Art. 157 Abs. 4 AEUV auf den Bereich des „gleichen Entgelts“ begrenzt ist oder einen weiteren Anwendungsbereich hat (1). Zweitens stellt sich die Frage, welche Art von Maßnahmen insbesondere bei solchen zum „Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn“ als von dieser Vorschrift erfasst angesehen werden kann (2). Nachdem ich diese beiden Kernfragen allgemein geprüft und ausgeführt habe, dass bestimmte sorgfältig ausgearbeitete nationale Maßnahmen im Bereich der Sozialversicherungsrenten unter Art. 157 Abs. 4 AEUV fallen können, muss ich dennoch den Schluss ziehen, dass die in dieser Rechtssache streitige Maßnahme nicht zu diesen Maßnahmen zählt, da sie den grundlegenden Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht gerecht wird (3).

1. Der Geltungsbereich des Art. 157 Abs. 4 AEUV und das „gleiche Entgelt“

84. Die streitige Leistung fällt nicht unter den Begriff „Entgelt“ im Sinne von Art. 157 Abs. 2 AEUV [59]. Könnte Art. 157 Abs. 4 AEUV daher eine nationale Maßnahme heilen, die nicht in den Geltungsbereich von Art. 157 Abs. 2 AEUV fällt?

85. In der mündlichen Verhandlung dazu befragt, hat die Kommission vorgetragen, dass der Geltungsbereich dieser Vorschrift, da der Begriff „berufliche Laufbahn“ in Art. 157 Abs. 4 AEUV sehr weit sei, nicht auf das Konzept des „gleichen Entgelts“ begrenzt sei. Die Vorschrift könne somit auch auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit Anwendung finden.

58 Vgl. z. B. Urteile vom 28. März 2000, Badeck u. a. (C-158/97, EU:C:2000:163, Rn. 14), vom 6. Juli 2000, Abrahamsson und Anderson (C-407/98, EU:C:2000:367, Rn. 40, 54 und 55), und vom 30. September 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, Rn. 29 und 30), in denen vertreten wird, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV auf eine nationale Maßnahme Anwendung finden kann, die für unvereinbar mit den spezifischen Vorschriften des sekundären Unionsrechts, die positive Maßnahmen gestatten, erklärt worden ist.

59 Siehe oben, Nrn. 27 bis 31 der vorliegenden Schlussanträge.

86. Ich stimme mit der Kommission darin überein, dass kein Grund besteht, den Geltungsbereich von Art. 157 Abs. 4 AEUV auf den Bereich des „gleichen Entgelts“ zu begrenzen.

87. Zugegebenermaßen findet sich die besondere Vorschrift, die Mitgliedstaaten den Erlass „positiver Maßnahmen“ ermöglicht, in Art. 157 AEUV, der sich historisch auf das „gleiche Entgelt“ bezog. Jedoch spricht eine Reihe von Gesichtspunkten für die Ansicht, dass der vierte Absatz dieses Artikels über den spezifischen Bereich des „gleichen Entgelts“ hinausreicht.

88. Erstens ist Art. 157 Abs. 4 AEUV seinem Wortlaut nach eindeutig recht weit gefasst. Er legt eine Ausnahme vom „Grundsatz der Gleichbehandlung“ von Frauen und Männern – nicht vom „gleichen Entgelt“ – fest, ohne die Bereiche, in denen sie Anwendung finden soll, irgendwie ausdrücklich zu beschränken [60]. Die nach dieser Vorschrift gestatteten Maßnahmen werden in gleichermaßen weiten Begriffen als „spezifische Vergünstigungen“ „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts“ oder „zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn“ beschrieben. Die mit Art. 157 Abs. 4 AEUV verfolgten Ziele sind in vergleichbarer Weise durch Bezug auf das sehr weite Ziel der „effektive[n] Gewährleistung der vollen Gleichstellung … im Arbeitsleben“ festgelegt.

89. Zweitens steht in systematischer Hinsicht einer Beschränkung von Art. 157 AEUV insgesamt auf den spezifischen Bereich des „gleichen Entgelts“ bereits Art. 157 Abs. 3 AEUV entgegen, der eine umfassende Rechtsgrundlage darstellt, die weit über den Grundsatz des gleichen Entgelts hinausgeht und den Erlass von „Maßnahmen zur Gewährleistung der Anwendung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ einschließt [61].

90. Drittens hat der Gerichtshof in der Vergangenheit zwar eine „enge“ Auslegung der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207 verankerten Ausnahme für positive Maßnahmen vertreten und festgestellt, dass diese Vorschrift eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung darstellt [62]. Dieser Standpunkt wurde jedoch schrittweise aufgegeben [63] und scheint in der Rechtsprechung zu der in Art. 157 Abs. 4 AEUV enthaltenen umfassenderen und übergreifenden Ausnahme für positive Maßnahmen nicht mehr auf. Dies ist meines Erachtens kein Zufall. Art. 157 Abs. 4 AEUV stellt die primärrechtliche Konsolidierung einer Vorstellung inhaltlicher Gleichheit auf dem Gebiet der Gleichstellung der Geschlechter und nicht nur eine eng auszulegende Abweichung dar.

91. Ich denke daher, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV dahin ausgelegt werden sollte, dass er unter dem Schirm der „positiven Diskriminierung“ Maßnahmen, denen andernfalls der in der Richtlinie 79/7 verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung entgegenstünde, zulässt, sofern sie tatsächlich „die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ sowie „spezifische Vergünstigungen“ „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn“ anstreben.

60 Vgl. Tobler, C., „Sex Equality Law under the Treaty of Amsterdam“, *European Journal of Law Reform*, Vol. 1 Nr. 1, Kluwer Law International, 2000, S. 135 bis 151, S. 142.

61 Langenfeld, C., „AEUV Art. 157 Gleiches Entgelt für Männer und Frauen“, in Grabitz, E., Hilf, M., und Nettesheim, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C. H. Beck, München, 2019, Werkstand: 66. Rn. 84. Vgl. auch Krebber, S., „Art. 157 AEUV“, in Callies, C., und Ruffert, M., *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, C. H. Beck, München, 2016, Rn. 73.

62 Vgl. Urteil vom 17. Oktober 1995, Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:322, Rn. 21).

63 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 11. November 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, Rn. 32), das nicht länger auf das Erfordernis einer „engen Auslegung“ verweist, oder Urteile vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, Rn. 39), und vom 30. September 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, Rn. 24). Vgl. entsprechend auch Urteil vom 22. Januar 2019, Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2019:43, Rn. 65).

92. Allerdings stellt sich eine weitere Vorfrage: Findet Art. 157 Abs. 4 AEUV im Bereich der sozialen Sicherheit Anwendung? Für diesen Bereich gilt nämlich ein spezifisches Regelungssystem, das in einer gewissen Distanz zu allen anderen Rechtsakten im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und das Entgelt steht und in der einzigen Überlebenden der „alten", auf der Grundlage von Art. 235 EWG (jetzt Art. 352 AEUV) erlassenen Richtlinien geregelt ist[64].

93. Gleichwohl ist unter einem umfassenderen Blickwinkel zu betonen, dass der Ausschluss des in Richtlinie 79/7 geregelten Bereichs vom Geltungsbereich des Art. 157 Abs. 4 AEUV zu der recht paradoxen Folge führen würde, dass der Bereich der sozialen Sicherheit isoliert und von dem mit dieser Vorschrift verfolgten Ziel der effektiven Gewährleistung einer inhaltlichen Gleichheit ausgenommen würde. Denn die Bestimmungen der Richtlinie 79/7, die die Möglichkeit einer Abweichung vorsehen, nämlich Art. 4 Abs. 2 und Art. 7, eignen sich nicht als Vehikel für eine positive Diskriminierung, und zwar hauptsächlich deswegen, weil beide eng auszulegen sind, aber insbesondere auch deshalb, weil sie anders aufgebaut sind und andere Zwecke verfolgen.

94. Darüber hinaus ist die Richtlinie 79/7, wie bereits ausgeführt, „der letzte Mohikaner" der noch vorhandenen Gleichstellungsgesetzgebung der 1970er und 1980er Jahre. Die Anmut, Klarheit und Schlichtheit ihrer Sprache, die angesichts der heutigen Gesetzesgestaltung nur bewundert werden kann, sollte nicht davon ablenken, dass sich die soziale Realität, der man sich im Jahr 1978 gegenübersah und die man damals anging, zwangsläufig von derjenigen unterscheidet, die etwa 40 Jahre später herrscht.

95. Trotz all dieser Zugeständnisse bleibe ich jedoch bei meiner Ansicht, dass es in systematischer und logischer Hinsicht vorzugswürdig ist, Art. 157 Abs. 4 AEUV unter bestimmten Bedingungen als Rechtfertigung für eng gefasste Maßnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit, die unter die Richtlinie 79/7 fallen, aber offensichtlich im Widerspruch zu deren Vorschriften stehen, zu akzeptieren, als der vom INSS und von der spanischen Regierung vertretenen Auffassung zu folgen, nämlich damit zu beginnen, die in der Richtlinie 79/7 enthaltenen Begriffe im Hinblick auf Art. 157 Abs. 4 AEUV und irgendeine Vorstellung von der – inhaltlichen – Gleichheit auszulegen und faktisch zu ändern[65].

96. Wie bereits ausgeführt, erkennt Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 an, dass Männer und Frauen in der spezifischen Situation der Mutterschaft nicht vergleichbar sind, sieht jedoch selbst keine konkrete Möglichkeit für „positiven Maßnahmen" vor[66]. Die konzeptionellen Grundlagen positiver Maßnahmen haben zwar einige Elemente mit der Begründung gemeinsam, die der Feststellung der fehlenden Vergleichbarkeit im Hinblick auf die Mutterschaft zugrunde liegt[67], und zwar gerade aufgrund der spezifischen Situation der von einer der benannten Gruppen erlittenen Benachteiligung und des Ziels, inhaltliche Gleichheit herzustellen. Zumindest im Bereich der Diskriminierung aufgrund des

64 Andere „alte" Richtlinien in diesem Bereich sind entweder durch die Richtlinie 2006/54 – deren Rechtsgrundlage Art. 157 Abs. 3 AEUV ist – neu gefasst oder durch Rechtsakte geändert worden, die auf der gleichen Rechtsgrundlage erlassen wurden (dies ist der Fall bei der oben genannten Richtlinie 76/207 und ebenso bei der 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 [ABl. 1975, L 45, S. 19], der Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit [ABl. 1986, L 225, S. 40] und der Richtlinie 86/613/EWG des Rates vom 11. Dezember 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz [ABl. 1986, L 359, S. 56]).

65 Siehe oben, Nr. 50.

66 Vgl. Nrn. 41 und 50 der vorliegenden Schlussanträge.

67 Vgl. z. B. Urteil vom 18. März 2004, Merino Gómez (C-342/01, EU:C:2004:160, Rn. 37), in dem Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 in Bezug dazu gesetzt wird, dass „die Richtlinie … auf eine inhaltliche, nicht auf eine formale Gleichheit ab[zielt]". Vgl. auch Urteil vom 30. April 1998, Thibault (C-136/95, EU:C:1998:178, Rn. 26).

Geschlechts bleiben diese beiden konzeptionellen Kategorien – Mutterschaft als ein die Vergleichbarkeit ausschließendes Merkmal und die Möglichkeit, positive Maßnahmen zu ergreifen, um die von Frauen erlittenen Benachteiligungen zu beseitigen oder auszugleichen – in der Gesetzgebung und der Rechtsprechung jedoch als getrennte Kategorien bestehen [68].

97. Dies ist kein bloßer Zufall. Tatsächlich liegt den beiden Ausnahmen eine unterschiedliche Logik zugrunde. Eine Ausnahme, die wie Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 Maßnahmen zum Schutz von Frauen wegen Mutterschaft betrifft, beruht darauf, dass in Anbetracht einer spezifischen biologischen Realität, die sich niemals ändern wird, keine Vergleichbarkeit gegeben ist. Sie zielt nicht auf die Beseitigung oder den Ausgleich eines bestehenden Ungleichgewichts oder einer strukturell nachteiligen Situation ab, die mit dem sozialen Fortschritt entfallen mögen. Tatsächlich findet Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 79/7 unabhängig von einer bestehenden Situation der Benachteiligung oder Unterrepräsentation Anwendung.

98. Darüber hinaus ist eine Unterscheidung unter dem Gesichtspunkt der Funktionen und Ziele der Mutterschaftsausnahme bzw. positiver Maßnahmen von erheblicher Bedeutung. Viele der von Frauen erlittenen Benachteiligungen entstammen der ihnen zugeteilten, gesellschaftlich geprägten Rolle, und eine weite Auslegung der Ausnahme wegen „Mutterschaft“ dahin, dass sie das „Muttersein“ erfasst, könnte diese Rollen aufrechterhalten und weiter zementieren und damit dem eigentlichen Zweck positiver Maßnahmen zuwiderlaufen.

99. Im Fall des Art. 7 der Richtlinie 79/7 stellt bereits sein begrenzter, mit dem progressiven Charakter der Richtlinie zusammenhängender Geltungsbereich einen bedeutenden Einwand dagegen dar, diese Vorschrift als geeigneten Weg für positive Maßnahmen im Bereich der sozialen Sicherheit anzusehen. Darüber hinaus steht, wie bereits festgestellt, der Zweck dieser Vorschrift weniger mit der Idee der inhaltlichen Gleichheit, als vielmehr mit der Logik der Aufrechterhaltung einiger bestehender Unterschiede zum „Vorteil“ von Frauen unter gleichzeitiger Bewahrung des finanzwirtschaftlichen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit in Zusammenhang [69].

100. Zusammengefasst würde der Ausschluss der sozialen Sicherheit vom Geltungsbereich des Art. 157 Abs. 4 AEUV bedeuten, dass die Richtlinie 79/7 das einzige spezifische Instrument des Sekundärrechts im Bereich der sozialen Sicherheit zur Umsetzung des Unionsgrundsatzes der Gleichheit von Frauen und Männern wäre, das von dem inhaltlichen Gleichstellungsansatz, für die Art. 157 Abs. 4 AEUV als allgemeine Vorschrift für „positive Maßnahmen“ aufgrund des Geschlechts steht, ausgeschlossen ist.

101. Es fällt mir schwer, diese Folge zu akzeptieren. Deshalb sollte Art. 157 Abs. 4 AEUV auch als Rechtfertigung einer nationalen Maßnahme dienen können, die andernfalls innerhalb des vom geltenden sekundären Unionsrecht einschließlich der Richtlinie 79/7 festgelegten spezifischen rechtlichen Rahmens eine Diskriminierung begründen würde, sofern eine solche Maßnahme den Erfordernissen dieser Vertragsbestimmung entspricht, nach denen solche Maßnahmen auf die „effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ abzielen und „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen“ vorsehen müssen.

68 Dies wird dadurch bestätigt, dass – wie die Kommission in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat – die Maßnahmen zum Schutz der Frauen wegen Mutterschaft und die positiven Maßnahmen von verschiedenen Rechtsgrundlagen erfasst werden. Die Ausnahme wegen „Mutterschaft“ ist in Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 vorgesehen, während Art. 3 der Richtlinie die allgemeine Vorschrift in Bezug auf positive Maßnahmen darstellt. Dies war auch bei der Richtlinie 76/207 der Fall, in der diesen unterschiedlichen Kategorien ebenfalls zwei verschiedene Vorschriften gewidmet waren (Art. 2 Abs. 3 und 4 – in der geänderten Fassung Art. 2 Abs. 7 und 8). Auch in der Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. 2004, L 373, S. 37) sind der Ausnahme wegen „Mutterschaft“ und den „positiven Maßnahmen“ verschiedene Vorschriften gewidmet (Art. 4 Abs. 2 und Art. 6). Vgl. jedoch die Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, Nr. 17), in denen Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 76/207 als eine „positive Maßnahme“ dargestellt zu werden scheint.

69 Siehe oben, Fn. 52 und die dort angeführte Rechtsprechung.

2. Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn

102. Die Kommission räumt zwar ein, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV im Bereich der sozialen Sicherheit möglicherweise Anwendung finden kann, macht aber geltend, dass sich die in der vorliegenden Rechtssache streitige Maßnahme in Anbetracht der vom Gerichtshof in den Urteilen Griesmar und Leone vorgenommenen Auslegung seiner Vorgängerbestimmungen nicht unter die in diesem Artikel vorgesehene Ausnahme für „positive Maßnahmen" subsumieren lasse.

103. Im Urteil Griesmar hat der Gerichtshof Art. 6 Abs. 3 des Abkommens über die Sozialpolitik [70] in einer Rechtssache ausgelegt, die eine Verbesserung beim Dienstalter für Kinder betraf, die Beamtinnen nach einem betrieblichen Pensionssystem gewährt wurde. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass diese Maßnahme nicht unter die positiven Maßnahmen fällt, die in Art. 6 Abs. 3 des Abkommens über die Sozialpolitik vorgesehen sind. Die Maßnahme schien nicht „dazu angetan, die Nachteile, die Beamtinnen hinsichtlich ihrer Laufbahn hinzunehmen haben, dadurch auszugleichen, dass diesen Frauen in ihrem Berufsleben geholfen wird". Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass „diese Maßnahme … sich vielmehr darauf [beschränkt], den Beamtinnen, die Mütter sind, zum Zeitpunkt ihrer Versetzung in den Ruhestand eine Verbesserung beim Dienstalter zu gewähren, *ohne den Schwierigkeiten abzuhelfen, auf die sie während ihrer beruflichen Laufbahn stoßen können*" [71]. Dies wurde im Urteil Leone [72] sowie in mehreren Vertragsverletzungsurteilen bestätigt, die bestimmte Vergünstigungen, die Beamtinnen im Hinblick auf ihr Pensionsalter gewährt wurden, und die Anzahl der für eine Pensionierung erforderlichen Dienstjahre betrafen [73].

104. Auf den ersten Blick gelten die Erwägungen in diesen Urteilen uneingeschränkt auch im Zusammenhang mit der Erörterung von Art. 157 Abs. 4 AEUV in der vorliegenden Rechtssache. Die Mutterschaftszulage berührt den Rentenanspruch nämlich nicht während der beruflichen Laufbahn des Klägers, sondern erst nachdem seine dauernde vollständige Invalidität festgestellt wurde.

105. Ein zweiter Blick zeigt jedoch, dass eine solche Analogie zwei Probleme aufwirft: ein eher technisches und ein grundsätzliches.

106. Zuerst das eher *technische* Argument: Die Urteile Griesmar und Leone sind nicht notwendigerweise so zu verstehen, dass sie in jedem Fall, in dem frühere Benachteiligungen ausgeglichen werden sollen, die Möglichkeit des Rückgriffs auf Art. 157 Abs. 4 AEUV völlig ausschließen. Die Ausführungen in diesen Urteilen sind im Kontext der Umstände des jeweiligen spezifischen Falles zu sehen. Wenn die *einzige Maßnahme*, mit der ein strukturelles Problem wie der geschlechtsspezifische Unterschied angegangen werden kann, in einem Ausgleich nach der Versetzung in den Ruhestand besteht, ist es in der Tat legitim, festzustellen, dass die nationalen Vorschriften keine Abhilfe für die Probleme vorsehen, denen Frauen während ihrer beruflichen Laufbahn begegnen. Unter solchen Umständen könnte das Vorsehen lediglich eines Ausgleichs nach der Versetzung in den Ruhestand sogar zu einer Aufrechterhaltung der herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Frauen und Männern beitragen, indem den Männern weiterhin eine im Hinblick auf die Wahrnehmung ihrer Elternschaft subsidiäre Rolle gegenüber den Frauen zugewiesen wird [74] und die Frauen faktisch am Ende ihrer Laufbahn lediglich eine „Abfindung" erhalten.

70 Art. 157 Abs. 4 AEUV hat seinen Ursprung in Art. 6 Abs. 3 des Abkommens zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland über die Sozialpolitik (ABl. 1992, C 191, S. 91), das mit dem Protokoll Nr. 14 über die Sozialpolitik in den Vertrag von Maastricht aufgenommen wurde.

71 Vgl. Urteil vom 29. November 2001 (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 65). Hervorhebung nur hier.

72 Vgl. Urteil vom 17. Juli 2014 (C-173/13, EU:C:2014:2090, Rn. 100 bis 103).

73 Vgl. Urteile vom 13. November 2008, Kommission/Italien (C-46/07, nicht veröffentlicht, EU:C:2008:618, Rn. 57), und vom 26. März 2009, Kommission/Griechenland (C-559/07, nicht veröffentlicht, EU:C:2009:198, Rn. 66 bis 68).

74 Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, Rn. 41), und vom 30. September 2010, Roca Álvarez (C-104/09, EU:C:2010:561, Rn. 36).

107. Meines Erachtens verhält es sich ganz anders, wenn eine nationale Maßnahme wie die in der vorliegenden Rechtssache streitige Teil eines *umfassenderen Systems* des nationalen Rechts ist, das verschiedene Maßnahmen umfasst, mit denen den Problemen, denen Frauen während ihrer beruflichen Laufbahn begegnen, tatsächlich abgeholfen werden soll. In einem solchen Fall lässt sich nicht ausschließen, dass, wenn ein allgemeiner Gesetzgebungskontext besteht, der auf den Ausgleich der Benachteiligungen, denen Frauen ausgesetzt sind, abzielt, indem er sie *während ihres Berufslebens* unterstützt, grundsätzlich eine Maßnahme, die den *Ausgleich früherer Benachteiligungen* bewirkt, nach Art. 157 Abs. 4 AEUV rechtsgültig entwickelt werden könnte. Eine solche Maßnahme wäre eine *Ergänzung* des Hauptsystems der während des Berufslebens wirkenden Ausgleichsmaßnahmen. Sie wäre korrigierender und vorläufiger Art, um im Namen der generationsübergreifenden Gerechtigkeit Abhilfe für diejenigen zu schaffen, die nicht von den Fortschritten auf dem Weg zur Gleichstellung im System der sozialen Sicherheit profitieren konnten.

108. Sollte dieser vernünftigen und im Übrigen an der inhaltlichen Gleichheit orientierten Auslegung des Geltungsbereichs von Art. 157 Abs. 4 AEUV nicht gefolgt werden, wäre es meines Erachtens Zeit, den Ansatz des Gerichtshofs grundsätzlich zu überdenken.

109. Erstens gibt es den Wortlaut von Art. 157 Abs. 4 AEUV. Dieser nimmt eindeutig auf das Ziel der effektiven Gewährleistung der Gleichstellung Bezug und umfasst nicht nur Maßnahmen, die auf die Erleichterung des *Zugangs* und die Verhinderung von Benachteiligungen abzielen[75], sondern auch den *Ausgleich* solcher Benachteiligungen. Diese Vorschrift hebt meines Erachtens den vielleicht nicht unbedingt nützlichen Fokus auf den Gegensatz zwischen Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit auf, der einen Großteil der früheren Rechtsprechung zur Auslegung verschiedener Rechtsvorschriften beherrscht hat[76].

110. Zweitens ist die Auslegung des Geltungsbereichs von Art. 157 Abs. 4 AEUV logischerweise an die spezifischen Gegebenheiten des in Rede stehenden Bereichs anzupassen. Akzeptiert man, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV in dem unter die Richtlinie 79/7 fallenden Bereich Anwendung findet, muss der Ausgleich für Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn zwangsläufig die gegenwärtigen Folgen früherer Benachteiligungen erfassen. Ich kann nicht erkennen, wie dies im Bereich der sozialen Sicherheit anders sein könnte, in dem die Benachteiligungen bei den Renten meist dann zum Tragen kommen, wenn eine Person aus dem Arbeitsmarkt ausscheidet. Es ist nicht ersichtlich, wie das Problem des *gegenwärtig bestehenden* geschlechtsspezifischen Rentenunterschieds dadurch gelöst werden könnte, dass man den Zugang der Frauen zum Arbeitsmarkt erleichtert oder Maßnahmen erlässt, während sie noch auf dem Arbeitsmarkt aktiv sind (diese Maßnahmen würden einen *potenziellen künftigen* geschlechtsspezifischen Rentenunterschied verhindern), und dabei kategorisch alle Maßnahmen ausschließt, die Anwendung finden, wenn sie den Arbeitsmarkt verlassen (wo das wirkliche und dringendere Problem liegt).

111. Drittens würde ein solcher Ansatz bei Art. 157 Abs. 4 AEUV zu einem zu engen und ausgrenzenden Ergebnis führen, da er die von Frauen während ihres Arbeitslebens erlittenen Benachteiligungen in den Zeitraum ihres Ruhestands hinein verlängern würde[77]. Das praktische Ergebnis wäre moralisch fragwürdig: Da eine *effektive, völlige Gleichstellung* nur in Bezug auf die Chancengleichheit *während ihres Arbeitslebens* gilt, kann nach ihrem Ausscheiden aus dem

75 Es sei angemerkt, dass Art. 23 der Charta ebenso lediglich die *Zugangs*seite der Gleichung zu erfassen scheint, jedoch darüber hinaus reicht: „Der Grundsatz der Gleichheit steht der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegen."

76 Vgl. insbesondere zum Ausschluss von Ansätzen im Hinblick auf „positive Maßnahmen", die einen „ergebnisorientierten" Ansatz einschließen können, der auf einen Ausgleich für die Vergangenheit abzielt, Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro in der Rechtssache Kalanke (C-450/93, EU:C:1995:105, Nr. 9). Vgl. zu dieser Erörterung auch Schlussanträge des Generalanwalts Poiares Maduro in der Rechtssache Briheche (C-319/03, EU:C:2004:398, Nrn. 48 bis 50).

77 Insoweit stimme ich mit den Schlussanträgen des Generalanwalts Jääskinen in der Rechtssache Amédée (C-572/10, EU:C:2011:846, Nrn. 58 und 59) und in der Rechtssache Leone (C-173/13, EU:C:2014:117, Nr. 57) überein.

Arbeitsmarkt nie etwas ausgeglichen werden, selbst wenn sich die Benachteiligung aus der während ihres Arbeitslebens erfahrenen Ungleichheit ergibt und sich logischerweise später manifestiert. Bei einem solchen Szenarium würde die Chancengleichheit nur dann ein hilfreiches Konzept darstellen, wenn es eine gleiche Chance, die Vergangenheit zu ändern, einschlösse.

112. Ich schlage daher vor, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV nicht nur als Rechtfertigung einer nationalen Maßnahme dienen kann, die andernfalls innerhalb des vom geltenden sekundären Unionsrecht einschließlich der Richtlinie 79/7 festgelegten spezifischen rechtlichen Rahmens eine Diskriminierung begründen würde, sondern auch zur Rechtfertigung von Maßnahmen angeführt werden kann, die während der beruflichen Laufbahn erfahrene Benachteiligungen, die zwar auf der Ungleichheit während des Arbeitslebens beruhen, sich aber erst später, beim Ausscheiden aus dem Arbeitsmarkt manifestieren, ausgleichen sollen.

113. Positive Maßnahmen sind jedoch nach dem Unionsrecht stets auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Danach dürfen Abweichungen nicht über das hinausgehen, was geeignet und erforderlich ist, um das in Rede stehende Ziel zu erreichen. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist so weit wie möglich mit dem so verfolgten Ziel in Einklang zu bringen [78].

114. Ich wende mich nun diesen Erfordernissen im Kontext der vorliegenden Rechtssache zu.

3. Die vorliegende Rechtssache

115. Das INSS und die spanische Regierung betonen die ergänzende, korrigierende Art der streitigen Leistung. Sie machen geltend, dass sich die „Mutterschaftszulage“ in den umfassenderen gesetzlichen Rahmen einfüge, der den Ausgleich der Folgen bezwecke, die die von Frauen während ihres Berufslebens erfahrenen Benachteiligungen für ihre Renten hätten. Es sind mehrere Maßnahmen beschrieben worden, zu denen Maßnahmen, mit denen ein Ausgleich für die im Zeitraum nach der Entbindung, im Mutterschaftsurlaub und im Elternurlaub geleisteten Beiträge gewährt wird, sowie Maßnahmen im Bereich des Dienstverhältnisses wie etwa die Garantie längerer Elternurlaube gehören. Diese Maßnahmen finden jedoch keine rückwirkende Anwendung und können daher keine Abhilfe für frühere Generationen schaffen, die nicht von ihnen profitieren konnten. Darüber hinaus trägt die spanische Regierung zu diesen Maßnahmen vor, dass regelmäßig überprüft werde, ob die Mutterschaftszulage für die Zukunft aufrechterhalten werden müsse.

116. Alle diese Gesichtspunkte wären vom nationalen Gericht zu prüfen, um feststellen zu können, ob es sich bei der streitigen Maßnahme tatsächlich um eine ergänzende, auf einen Ausgleich gerichtete Maßnahme im Rahmen eines umfassenderen Systems, das auf den Ausgleich der von Frauen während ihrer beruflichen Laufbahn erlittenen Benachteiligungen abzielt, handelt.

117. Allerdings muss ich, obwohl die Anwendung von Art. 157 Abs. 4 AEUV in der vorliegenden Rechtssache theoretisch möglich ist, auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Informationen gleichwohl den Schluss ziehen, dass die streitige Leistung, so wie sie derzeit gestaltet ist, auf keinen Fall die nach dieser Vorschrift bestehenden Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit erfüllt. Ich muss der Kommission in diesem Punkt zustimmen: Die streitige Maßnahme entspricht nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

78 Vgl. zu Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207 Urteile vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, Rn. 39), und vom 30. September 2004, Briheche (C-319/03, EU:C:2004:574, Rn. 24). Vgl. allgemein meine Schlussanträge in der Rechtssache Cresco Investigation (C-193/17, EU:C:2018:614, Nr. 111).

118. Erstens ist unter dem Blickwinkel der Geeignetheit festzustellen, dass die streitige Maßnahme keine Anwendung auf nicht beitragsbezogene Renten findet, die vom geschlechtsspezifischen Unterschied stärker betroffen sein dürften, da es wahrscheinlicher ist, dass Frauen früherer Generationen nicht einmal die für einen Anspruch auf beitragsbezogene Renten erforderliche Anzahl von Jahren erreichen.

119. Wie die Kommission feststellt, findet die Maßnahme zweitens nur auf Renten Anwendung, deren Auszahlung im Jahr 2016 begann, und lässt daher Frauen derjenigen Generationen unberücksichtigt, die am wahrscheinlichsten vom geschlechtsspezifischen Unterschied betroffen sind. Meines Erachtens entsteht dadurch eine so starke Unstimmigkeit zwischen dem – offiziell erklärten – Ziel der Maßnahme und den für seine Realisierung gewählten Mitteln, dass die Maßnahme nicht zur Verwirklichung des erklärten Ziels geeignet ist[79].

120. Drittens erfüllt die streitige Maßnahme nicht die Voraussetzung der Erforderlichkeit. Art. 60 Abs. 1 LGSS beruht auf dem ausschließlichen und automatischen Kriterium des Geschlechts. Er findet lediglich auf Frauen Anwendung und erlaubt keinerlei Berücksichtigung der Lage von Männern in vergleichbaren Situationen. Es besteht keine Möglichkeit, die gleiche Maßnahme auf Männer anzuwenden, die von Unterbrechungen ihrer Laufbahn oder verringerten Beiträgen im Zusammenhang mit der Erziehung ihrer Kinder betroffen sind[80].

121. Eine Schlussbemerkung ist geboten: Weder die Legitimität des mit der nationalen Maßnahme verfolgten Ziels noch die von den nationalen Behörden vorgelegten statistischen Daten, die einen geschlechtsspezifischen Unterschied als strukturelles Problem belegen, werden in Frage gestellt. Ferner sind nationale Regelungen im Bereich der sozialen Sicherheit, die auf die Beseitigung des geschlechtsspezifischen Unterschieds durch einen Ausgleich abzielen, meines Erachtens nach Art. 157 Abs. 4 AEUV zulässig. Art. 60 Abs. 1 LGSS genügt jedoch in seiner gegenwärtigen Form nicht den Anforderungen der Geeignetheit und der Erforderlichkeit und erfüllt damit nicht die Kriterien des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, was nach Art. 157 Abs. 4 AEUV aber Voraussetzung für die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme ist.

122. Diese Erwägungen führen mich zu dem Ergebnis, dass die in der vorliegenden Rechtssache streitige Maßnahme nicht nach Art. 157 Abs. 4 AEUV zulässig und daher mit dem Unionsrecht unvereinbar ist.

V. Ergebnis

123. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Juzgado de lo Social n.º 3 de Gerona (Sozialgericht Nr. 3 Girona, Spanien) vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Art. 4 Abs. 1 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 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift wie der in der vorliegenden Rechtssache streitigen entgegensteht, die einerseits Frauen, die Mütter von zwei oder mehr Kindern sind und nach dem Inkrafttreten dieser Vorschrift einen Anspruch auf eine beitragsbezogene Rente wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit erwerben, das Recht auf eine Rentenzulage gewährt, andererseits aber keine Möglichkeit vorsieht, dieses Recht in irgendeiner Situation Männern zu gewähren.

79 Tatsächlich ließe sich vertreten, dass eine solche sozialpolitische Maßnahme nicht nur keine Abhilfe für die Vergangenheit schafft, sondern vielmehr die Wirkung hätte, genau die traditionelle Rollenverteilung zu verfestigen und zu zementieren, deren Folgen sie für die Zukunft angibt beseitigen zu wollen.

80 Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, EU:C:2001:648, Rn. 57). Vgl. zu „Öffnungsklauseln“, die positive Maßnahmen unter besonderen Umständen für Männer öffnen, Urteile vom 11. November 1997, Marschall (C-409/95, EU:C:1997:533, Rn. 33), vom 28. März 2000, Badeck u. a. (C-158/97, EU:C:2000:163, Rn. 36), und vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, EU:C:2002:183, Rn. 45).