SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 6. Mai 2010[1]

I — Einleitung

1. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen bietet dem Gerichtshof Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu präzisieren.

2. Das spanische Recht sieht für abhängig beschäftigte Mütter in den ersten neun Monaten nach der Geburt ihres Kindes einen Anspruch auf eine tägliche Reduzierung der Arbeitszeit vor. Das Gesetz spricht zwar von einer Arbeitsbefreiung „zum Zwecke des Stillens". Die spanische Rechtsprechung gewährt diese Arbeitsbefreiung jedoch auch Müttern, die nicht stillen. Schon an dieser Stelle ist daher darauf hinzuweisen, dass der Begriff „Arbeitsbefreiung für Stillzeiten" missverständlich ist, da das Stillen gerade keine Voraussetzung für die Gewährung der Arbeitsbefreiung bildet. Nimmt eine Arbeitnehmerin die Arbeitsbefreiung für sich nicht in Anspruch, so kann der Vater des Kindes, sofern er ebenfalls abhängig beschäftigt ist, diese an Stelle der Mutter wahrnehmen.

3. Herr Roca Álvarez beantragte bei seinem Arbeitgeber eine solche Arbeitsbefreiung. Diese wurde ihm mit der Begründung versagt, dass die Mutter des Kindes selbständig beschäftigt sei und daher keinen eigenen Anspruch auf Arbeitsbefreiung habe. Daher besitze auch Herr Roca Álvarez keinen abgeleiteten Anspruch. Einen selbständigen Anspruch des abhängig beschäftigten Vaters auf Gewährung der Arbeitsbefreiung kennt das spanische Recht nämlich nicht. Hierin sieht Herr Roca Álvarez eine Diskriminierung aufgrund seines Geschlechts.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Unionsrecht*

4. Der unionsrechtliche Rahmen des Falls wird durch die 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[2] bestimmt.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 39, S. 40.

1. Richtlinie 76/207

5. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 76/207 bestimmt:

„Diese Richtlinie hat zum Ziel, dass in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und in Bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird. Dieser Grundsatz wird im Folgenden als ‚Grundsatz der Gleichbehandlung' bezeichnet."

6. Art. 2 Abs. 1 und 3 dieser Richtlinie 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.

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

7. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie präzisiert:

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

2. Richtlinie 96/34

8. Ergänzend ist auf die Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub [3] hinzuweisen.

9. Diese setzt die am 14. Dezember 1995 zwischen den europäischen Sozialpartnern (UNICE, CEEP und EGB) geschlossene Rahmenvereinbarung über Elternurlaub um. Diese Rahmenvereinbarung ist der Richtlinie als Anhang beigefügt.

3 — ABl. L 145, S. 4.

10. Paragraf 2 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung sieht vor:

„1. Nach dieser Vereinbarung haben erwerbstätige Männer und Frauen nach Maßgabe des Paragraphen 2 Nummer 2 ein individuelles Recht auf Elternurlaub im Fall der Geburt oder Adoption eines Kindes, damit sie sich bis zu einem bestimmten Alter des Kindes — das Alter kann bis zu acht Jahren gehen — für die Dauer von mindestens drei Monaten um dieses Kind kümmern können. Die genauen Bestimmungen sind von den Mitgliedstaaten und/oder Sozialpartnern festzulegen."

B — *Nationales Recht*

11. Die Arbeitsbeziehungen sind in Spanien im Estatuto de los Trabajadores (im Folgenden: Arbeitnehmerstatut), neu gefasst durch Real Decreto Legislativo Nr. 1/1995 vom 24. März 1995 [4], geregelt. Dessen Art. 1 bestimmt, dass dieses Gesetz Anwendung findet auf Personen, die freiwillig ihre Dienste gegen Bezahlung auf Rechnung eines anderen im Rahmen einer Organisation und unter der Weisung einer natürlichen oder juristischen Person, Arbeitgeber genannt, anbieten.

12. Art. 1 Abs. 3 des Arbeitnehmerstatuts stellt klar, dass jede Tätigkeit, die in einem Rahmen abgeleistet wird, der von dem in Art. 1 Abs. 1 definierten abweicht, von der Anwendung des Arbeitnehmerstatuts ausgeschlossen ist.

13. Art. 37 Abs. 4 des Arbeitnehmerstatuts in seiner gemäß dem vorlegenden Gericht zum Zeitpunkt der Klageerhebung geltenden Fassung bestimmt:

„Arbeitnehmerinnen haben Anspruch auf eine Stunde Arbeitsbefreiung, die sie in zwei Abschnitte aufteilen können, um ein Kind zu stillen, das weniger als neun Monate alt ist. Der Frau steht es frei, stattdessen ihre tägliche Arbeitszeit zu demselben Zweck um eine halbe Stunde zu kürzen. Die Arbeitsbefreiung kann sowohl von der Mutter als auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern beide arbeiten".

14. Durch Gesetz Nr. 3/2007 vom 22. März 2007 [5] wurde Art. 37 des Arbeitnehmerstatuts geändert. Die geänderte Fassung sieht abweichend von der älteren Fassung insbesondere vor, dass es der Arbeitnehmerin freisteht, statt der Stunde Arbeitsbefreiung eine Verkürzung der täglichen Arbeitszeit um eine halbe Stunde zu wählen oder nach Maßgabe eines Tarifvertrags oder einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der tarifvertraglichen Vorgaben volle Tage anzusparen.

4 — BOE Nr. 75 vom 29. März 1995, S. 9654.

5 — BOE Nr. 71 vom 23. März 2007, S. 12611.

III — Sachverhalt und Vorlagefrage

15. Herr Roca Álvarez (im Folgenden: Kläger) ist Angestellter des Unternehmens Sesa Start España ETT SA (im Folgenden: Arbeitgeber).

16. Am 7. März 2005 beantragte er bei seinem Arbeitgeber bezahlte Arbeitsbefreiung gemäß Art. 37 Abs. 4 des Arbeitnehmerstatuts. Der Arbeitgeber lehnte diesen Antrag ab. Er begründete dies damit, dass die Ehefrau des Klägers selbständig tätig und keine Arbeitnehmerin sei. Die Arbeitnehmereigenschaft der Mutter sei aber eine unumgängliche Voraussetzung des Anspruchs auf die begehrte Arbeitsbefreiung.

17. Gegen diese Versagung legte Herr Roca Álvarez Klage ein. Das erstinstanzliche Gericht war der Ansicht, dass das Recht auf Arbeitsbefreiung für Stillzeiten wegen des Wortlauts der Bestimmung des Arbeitnehmerstatuts, die mit dem Wort „Arbeitnehmerinnen …" beginne, ausschließlich der Mutter zustehe. Diese müsse darüber hinaus abhängig beschäftigt sein, da das Arbeitnehmerstatut ansonsten nicht anwendbar sei. Das Gericht verneinte daher einen Anspruch des Herrn Roca Alvarez auf Arbeitsbefreiung, weil dessen Ehefrau selbständig tätig sei. Da die Mutter keinen Anspruch besitze, verfüge auch der Vater über keinen abgeleiteten Anspruch.

18. Gegen diese Entscheidung legte der Kläger Rechtsmittel zum Tribunal Superior de Justicia de Galicia ein. Dieses ist der Ansicht, dass dem Kläger das von ihm beanspruchte Recht nur zuerkannt werden könne, wenn es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstieße, das betreffende Recht ausschließlich der Mutter einzuräumen.

19. Vor diesem Hintergrund hat das Tribunal Superior de Justicia de Galicia beschlossen, dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Verstößt ein nationales Gesetz (konkret Art. 37 Abs. 4 des Arbeitnehmerstatuts), das das Recht auf eine bezahlte Arbeitsbefreiung für Stillzeiten, die in einer Verkürzung der täglichen Arbeitszeit um eine halbe Stunde oder in einer Arbeitsbefreiung von einer Stunde, die in zwei Abschnitte aufgeteilt werden kann, besteht, freiwilligen Charakter hat und vom Unternehmer zu vergüten ist, bis das Kind neun Monate alt ist, ausschließlich den in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigten Müttern, nicht aber den in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigten Vätern zuerkennt, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung, der jede Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts verbietet und in Art. 13 des Vertrags, 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 und in der Richtlinie 2002/73/EG, durch die die genannte Richtlinie geändert wurde, verankert ist?

20. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben die spanische und die irische Regierung sowie die Kommission schriftlich Stellung genommen.

IV — Rechtliche Würdigung

21. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob eine nationale Regelung, die nur weiblichen Arbeitnehmern einen selbständigen Anspruch auf die „Arbeitsbefreiung für Stillzeiten" gewährt, gegen den vom Unionsrecht garantierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstößt. Die Vorlagefrage führt insofern Art. 13 EG (jetzt Art. 19 AEUV), sowie die Richtlinien 76/207 und 2002/73 [6] an.

22. Die rechtliche Beurteilung wird im Folgenden alleine am Maßstab der Richtlinie 76/207 vorgenommen, denn die Richtlinie 2002/73 dürfte auf den vorliegenden Fall bereits *ratione temporis* nicht anwendbar sein. Die Umsetzungsfrist der Richtlinie 2002/73 endete am 5. Oktober 2005. Der Antrag des Klägers auf Gewährung des „Stillurlaubs" datiert jedoch bereits auf den 7. März 2005 und somit vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist. Auch der Zeitraum des beantragten Stillurlaubs liegt vor dem Ablauf der Umsetzungsfrist; dieser sollte vom 4. Januar 2005 bis zum 4. Oktober 2005 dauern.

23. Sollte das spanische Recht für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens hingegen nicht auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung, sondern auf einen späteren Zeitpunkt — beispielsweise auf den Zeitpunkt der der letztinstanzlichen gerichtlichen Entscheidung — abstellen, dann wäre die Umsetzungsfrist der Richtlinie bereits abgelaufen. Das würde die rechtliche Beurteilung im Ergebnis allerdings nicht ändern, denn die Richtlinie 2002/73 hat die vorliegend einschlägigen Bestimmungen nicht entscheidend geändert.

24. Nach der Neufassung der Richtlinie durch die Richtlinie 2006/54 [7], die bis zum 15. August 2008 umzusetzen war, hat das vorlegende Gericht nicht gefragt, im Übrigen wäre ihre Anwendbarkeit *ratione temporis* erst recht zu verneinen.

6 — 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. L 269, S. 15.

7 — Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. L 204, S. 23.

A — *Die Richtlinie 76/207*

25. Die Richtlinie 76/207 hat zum Ziel, in den Mitgliedstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im beruflichen Kontext zu verwirklichen. Daher verbietet ihr Art. 2 Abs. 1 sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Art. 5 Abs. 1 präzisiert, dass die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen beinhaltet, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden. Im Folgenden ist daher zunächst zu prüfen, ob die streitgegenständlichen Bestimmungen die Arbeitsbedingungen betreffen und eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts bewirken.

1. Ungleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen

26. Art. 37 Abs. 4 des spanischen Arbeitnehmerstatuts gewährt in den ersten neun Monaten nach der Geburt des Kindes eine Reduzierung der Arbeitszeit. Diese kann entweder in einer Verkürzung der täglichen Arbeitszeit um eine halbe Stunde oder in einer Arbeitsbefreiung von einer Stunde erfolgen, die in zwei Abschnitte aufgeteilt werden kann. Damit betrifft die streitgegenständliche Regelung den Umfang der Arbeitsleistung und somit die Arbeitsbedingungen. Sie fällt daher in den Anwendungsbereich des Art. 5 der Richtlinie 76/207.

27. Eine solche Regelung führt auch zu einer Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts.

28. Art. 37 Abs. 4 des Arbeitnehmerstatuts gewährt den Anspruch auf Arbeitszeitverkürzung nach seinem Wortlaut nur Arbeitnehmer*innen*, Arbeitnehmer verfügen hingegen nicht über einen selbständigen Anspruch auf Arbeitszeitverkürzung. Sie verfügen allenfalls über einen abgeleiteten Anspruch: Nur wenn die Mutter einen selbständigen Anspruch hat, kann dieser auch vom Vater wahrgenommen werden.

29. Die Ungleichbehandlung liegt somit darin, dass Arbeitnehmerinnen einen *selbständigen* Anspruch auf die Arbeitszeitverkürzung haben, Arbeitnehmer hingegen nur einen von der Mutter des Kindes *abgeleiteten*. Während somit eine Mutter, die Arbeitnehmerin ist, immer einen Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung besitzt, kann ein Vater, der Arbeitnehmer ist, eine Arbeitszeitbefreiung nur dann in Anspruch nehmen, wenn auch die Mutter des Kindes Arbeitnehmerin ist. Ist die Mutter hingegen selbständig beschäftigt und verfügt daher selbst über keinen Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung, hat auch der Vater keinen entsprechenden Anspruch. Die weibliche Arbeitnehmerin besitzt diesen Anspruch hingegen auch dann, wenn der Vater ihres Kindes selbständig beschäftigt ist.

30. Grundsätzlich befinden sich Männer und Frauen im vorliegenden Kontext auch in einer vergleichbaren Lage, denn die streitgegenständliche Arbeitsbefreiung dient — wie gleich zu zeigen sein wird — in erster Linie der Betreuung eines Kindes. Da die fragliche Bestimmung den Anspruch ausdrücklich nur Arbeitnehmerinnen gewährt, liegt folglich eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts vor.

31. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diese Ungleichbehandlung aufgrund eines der Ausnahmetatbestände der Richtlinie zulässig ist.

2. Vorschriften zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft

32. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie behält den Mitgliedstaaten das Recht vor, Vorschriften zum Schutz der Frau „bei Schwangerschaft und Mutterschaft“ beizubehalten oder einzuführen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung. Diese ist daher eng auszulegen [8], damit die allgemeine Regelung nicht ausgehöhlt wird. [9]

33. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie soll nach der Rechtsprechung die Bedürfnisse der Frau in zweierlei Hinsicht schützen. Zum einen dient er dem Schutz ihrer körperlichen Verfassung während und nach der Schwangerschaft, zum anderen geht es um den Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt. [10]

34. Die streitgegenständliche spanische Regelung stellt jedoch keine gemäß Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie zulässige Ungleichbehandlung dar, denn bei näherer Betrachtung handelt es sich bei ihr nicht um eine Vorschrift zum Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft im Sinne der Richtlinie.

35. Dem Schutz der Frau bei Mutterschaft würde unzweifelhaft eine Vorschrift dienen, die *stillenden* Arbeitnehmerinnen bestimmte Vergünstigungen gewährt. Nur Frauen können ihr Kind stillen und zudem steht das Stillen in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrer Mutterschaft. Der irischen Regierung ist daher darin zuzustimmen, dass in einer

8 — Urteil vom 15. Mai 1986, Johnston (222/84, Slg. 1986, 1651, Randnr. 44).

9 — Vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. April 2010, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-346/08, Slg. 2010, I-3491, Randnr. 39).

10 — Urteile vom 12. Juli 1984, Hofmann (184/83, Slg. 1984, 3047, Randnr. 25), vom 30. April 1998, Thibault (C-136/95, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 25), vom 18. März 2004, Merino Gómez (C-342/01, Slg. 2004, I-2605, Randnr. 32), vom 29. November 2001, Griesmar (C-366/99, Slg. 2001, I-9383, Randnr. 43), und vom 20. September 2007, Kiiski (C-116/06, Slg. 2007, I-7643, Randnr. 46). Zur Eltern-Kind-Beziehung siehe Nr. 42 dieser Schlussanträge.

Besserstellung stillender Arbeitnehmerinnen keine verbotene Diskriminierung männlicher Arbeitnehmer liegt.

36. Entgegen ihrer Bezeichnung als Stillzeit dient die vorliegende spanische Arbeitszeitbefreiung jedoch nicht in erster Linie dem Schutz stillender Mütter. Wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, sollte diese auf das Jahr 1900 zurückgehende Regelung es der Mutter ursprünglich ermöglichen, ihr Kind zu stillen; sie hat sich aber mittlerweile von dieser Zielsetzung gelöst. Heutzutage stellt das Stillen keine Voraussetzung der Arbeitszeitbefreiung mehr dar. Vielmehr wendet die spanische Rechtsprechung diese Bestimmung auch bei der Flaschenernährung des Kindes an.

37. Das vorlegende Gericht qualifiziert das Ziel der Arbeitszeitbefreiung daher zutreffend als reine Zeit der Beschäftigung mit dem Kind. Dass sich der Zweck der streitgegenständlichen Arbeitsbefreiung nicht nur vom Stillen, sondern auch vom allgemeineren Aspekt der Ernährung gänzlich entfernt hat, verdeutlicht zudem die letzte Änderung von Art. 37 des Arbeitnehmerstatuts. [11] Diese gestattet es nämlich, die tägliche Arbeitsbefreiung von einer Stunde zu einem zusammenhängenden Urlaubsanspruch anzusammeln. An den Tagen, an denen man arbeitet, steht dann aber gar keine zusätzliche Zeit zum Stillen oder zur Ernährung des Kindes zur Verfügung.

38. Im Übrigen kann nach spanischem Recht die Arbeitszeitbefreiung auch vom Vater in Anspruch genommen werden, sofern die Mutter Arbeitszeitbefreiung verlangen könnte. Dies bestätigt den Charakter der spanischen Vorschrift als Maßnahme zur Erleichterung der Kinderbetreuung und nicht als Maßnahme zum Schutz der körperlichen Verfassung der Frau. Denn einerseits kann sowohl die Flaschenernährung des Kindes wie auch die Kinderbetreuung allgemein von Vätern in gleicher Weise übernommen werden. Und andererseits ist nicht ersichtlich, worin der Schutz der körperlichen Verfassung der Frau liegen soll, wenn sie persönlich keine Arbeitszeitverkürzung beansprucht und voll weiterarbeitet, während ihr Ehemann in den Genuss einer Arbeitszeitverkürzung kommt.

39. Der Gerichtshof hat zwar wiederholt betont, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der sozialen Maßnahmen einräumt, die sie ergreifen, um den Schutz der Frau bei Schwangerschaft und Mutterschaft zu gewährleisten. [12] Das bedeutet, dass die Mitgliedstaaten ein weites Ermessen bei der Frage haben, welche Maßnahmen sie für diesen Schutz für erforderlich halten. Dementsprechend können die Maßnahmen auch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren.

11 — Diese Änderung ist nach Angabe des vorlegenden Gerichts zwar auf den vorliegenden Sachverhalt zeitlich nicht anwendbar, sie kann aber gleichwohl zur Beurteilung des Charakters der fraglichen Arbeitszeitbefreiung herangezogen werden.

12 — Urteil Hofmann (zitiert in Fn. 10, Randnr. 27).

40. Indem die spanische Regelung bei Bestehen des Anspruchs der Mutter auch die Wahrnehmung der Arbeitszeitbefreiung durch den Vater zulässt, bringt sie aber deutlich zum Ausdruck, dass sie nicht vornehmlich dem Schutz der Mutter dienen will. Vielmehr erklärt sich diese Regelung aus der Perspektive des Kindes, dessen Betreuungsbedarf alternativ durch eine Arbeitszeitbefreiung der Mutter oder des Vater gedeckt werden kann.

41. Insofern unterscheidet sich der vorliegende Fall auch von dem Sachverhalt, der dem Urteil in der Rechtssache Hofmann zugrunde lag. In diesem Fall ging es um eine mitgliedstaatliche Bestimmung, die *alleine* Müttern nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist einen vom Staat geförderten Mutterschaftsurlaub gewährte. Dieser konnte in keinem Fall auch vom Vater wahrgenommen werden. In jenem Zusammenhang stellte der Gerichtshof fest, dass die Richtlinie 76/207 keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten begründet, alternativ einen solchen Urlaub auch Vätern zu gewähren, da ein solcher Mutterschaftsurlaub den Schutz der Frau hinsichtlich der Folgen von Schwangerschaft und Mutterschaft bezwecke.

42. In diesem Zusammenhang betonte der Gerichtshof die Funktion eines Mutterschaftsurlaubs als Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufes gestört wird. [13] Teilweise wird dieser Schutzaspekt als überholt angesehen, da die notwendige Zuwendung auch vom Vater des Kindes gewährt werden könne. [14] Jedenfalls eine Doppelbelastung der Mutter dürfte gerade auch dadurch zu verhindern sein, dass der Vater die Betreuung des Kindes übernimmt. Im vorliegenden Fall muss das Gewicht dieses Schutzaspekts im Unionsrecht jedoch nicht abschließend geklärt werden, da das spanische Recht — indem die Arbeitsbefreiung in vielen Fällen auch vom Vater wahrgenommen werden kann — selbst zum Ausdruck bringt, dass es ihm nicht um den Schutz der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind geht.

43. Abschließend ist noch auf den Einwand der spanischen Regierung einzugehen, ein individueller Anspruch auf die vorliegende Arbeitszeitbefreiung sei nur Frauen einzuräumen, da nur sie über die Art der Ernährung des Kindes entscheiden könnten. Doch auch dieser Einwand geht bereits deshalb fehl, weil es sich bei der vorliegenden Arbeitszeitbefreiung nur historisch und dem Namen nach um eine „Stillzeit“ handelt, sie sich in der spanischen Rechtspraxis jedoch von der Frage der Ernährung des Kindes gänzlich losgelöst hat. Es stellt sich zwar allgemein die Frage, wem die Arbeitszeitbefreiung zu gewähren ist, wenn sich die Elternteile nicht selbst hierüber einig werden können. Um diese Konfliktsituation zu lösen, ist es freilich keineswegs

13 — Siehe die in Fn. 10 zitierten Urteile.

14 — Siehe beispielsweise Langenfeld in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Stand Januar 2008, Art. 141, Randnr. 101.

erforderlich, dem Vater von vornherein einen individuellen Anspruch auf die Arbeitszeitbefreiung zu versagen. Es ist vielmehr Aufgabe des nationalen Rechts, hier einen dem Gleichbehandlungsgrundsatz genügenden Interessenausgleich vorzunehmen.

46. Es ist bereits nicht ersichtlich, dass die Ausgestaltung einer teilweisen Arbeitszeitbefreiung, wie sie die spanische Regelung vornimmt, geeignet sein könnte, zu Lasten von Frauen bestehende faktische Ungleichheiten zu beseitigen oder auch nur zu verringern. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall; eine Regelung wie die spanische bringt die Gefahr mit sich, zu einer Schlechterstellung berufstätiger Frauen beizutragen.

3. Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit

44. Abschließend bleibt zu prüfen, ob eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207 zulässig ist. Danach steht die Richtlinie Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen nicht entgegen, insbesondere sofern diese der Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten dienen, die die Chancen der Frauen beeinträchtigen.

45. Nach ständiger Rechtsprechung hat diese Vorschrift den bestimmten und begrenzten Zweck, Maßnahmen zuzulassen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. [15]

47. Wenn nur für weibliche Arbeitnehmer ein individueller Anspruch auf die vorliegende Arbeitszeitbefreiung besteht, männliche Arbeitnehmer hingegen nur über einen von der Mutter des Kindes abgeleiteten Befreiungsanspruch verfügen, schreibt dies die herkömmliche Rollenverteilung in die Zukunft fort [16] und begrenzt sogar die Möglichkeit von abhängig beschäftigten Vätern, die Kinderbetreuung zu übernehmen. Nur dann, wenn beide Elternteile abhängig beschäftigt sind, können diese frei entscheiden, wer die Arbeitszeitbefreiung zur Kinderbetreuung nutzt. Ist nur der Vater abhängig beschäftigt, die Mutter hingegen selbständig tätig, besitzt der Vater keinen Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung: Die zusätzliche Betreuungszeit, die das spanische Arbeitnehmerstatut gewährleisten möchte, muss dann von der Mutter erbracht werden, die zu diesem Zweck entweder ihre selbständige Tätigkeit einschränken

15 — Urteile vom 17. Oktober 1995, Kalanke (C-450/93, Slg. 1995, I-3051, Randnr. 18), vom 11. November 1997, Marschall (C-409/95, Slg. 1997, I-6363, Randnr. 26), sowie vom 19. März 2002, Lommers (C-476/99, Slg. 2002, I-2891, Randnr. 32).

16 — Auf diese Gefahr hat der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 19. März 2002, Lommers (zitiert in Fn. 15, Randnr. 41), hingewiesen.

und deshalb wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen oder aber eine entsprechende Mehrbelastung tragen muss. Eine Entlastung durch den abhängig beschäftigten Vater des Kindes kann aber gerade nicht erfolgen.

48. Das vorliegende Gericht hat ebenfalls in diese Richtung argumentiert und auf eine von ihm als „Bumerang-Effekt" bezeichnete Konsequenz der spanischen Regelung verwiesen. Denn aus Arbeitgebersicht liefert die Ausgestaltung des spanischen Anspruchs sogar einen Grund, bei Einstellungen den männlichen Bewerber einer Bewerberin vorzuziehen. Muss ein Arbeitgeber nämlich bei der Einstellung einer Frau bereits mit der Möglichkeit einer späteren Schwanger- und Mutterschaft und den damit zusammenhängenden Rechten der Arbeitnehmerin rechnen, steht ihr zudem in jedem Fall auch ein Anspruch auf Gewährung der streitgegenständlichen Arbeitszeitbefreiung zu. Bei der Einstellung des männlichen Bewerbers ist der Arbeitgeber hingegen nicht nur ohnehin faktisch einem geringeren Risiko ausgesetzt, dass dieser überhaupt von der Arbeitszeitbefreiung Gebraucht macht. Vielmehr besteht in den Fällen, in denen die Mutter des Kindes selbständig ist, erst gar kein Anspruch des Arbeitnehmers auf die streitgegenständliche Arbeitszeitbefreiung.

49. Auch Art. 2 Abs. 4 rechtfertigt die vorliegende Ungleichbehandlung daher nicht.

B — *Die Richtlinie 96/34*

50. Die Kommission ist in ihrer Stellungnahme zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Bestimmung wie die streitgegenständliche auch gegen die Rahmenvereinbarung über Elternurlaub verstößt. Die zur Beschäftigung mit einem Kind gewährte Arbeitsbefreiung entspreche einem Elternurlaub im Sinne dieser Richtlinie. Paragraph 2 der Rahmenvereinbarung gewährt erwerbstätigen Frauen und Männern ein individuelles Recht auf Elternurlaub. Dieser Bestimmung stehe eine nationale Regelung entgegen, die im streitgegenständlichen Kontext nur Frauen einen individuellen Anspruch auf Arbeitszeitbefreiung gewährt.

51. Das vorlegende Gericht hat in seiner Vorlagefrage nicht auf die Richtlinie 96/34 Bezug genommen. In der Begründung des Vorabentscheidungsersuchens verweist es allerdings darauf, dass das spanische Recht keinen einheitlichen Elternurlaub kenne, sondern den Vorgaben der Richtlinie durch verschiedenartige Regelungen nachkomme, von denen eine die streitgegenständliche Arbeitsbefreiung sei. Allerdings enthält der Vorlagebeschluss hierzu keine weiteren Angaben. So fehlen insbesondere Einzelheiten zu den sonstigen spanischen Regelungen über den Elternurlaub. Vor diesem Hintergrund ist es nicht möglich, einen Verstoß gegen die Richtlinie 96/34 zu

prüfen. Da allerdings bereits ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/207 festgestellt wurde, ist es auch nicht nötig, einen Verstoß gegen die Richtlinie 96/34 zu erörtern.

C — *Zwischenergebnis*

52. Eine nationale Regelung wie die streitgegenständliche ist nicht mit der Richtlinie 76/207 vereinbar.

D — *Konsequenzen für den Ausgangsrechtsstreit*

53. Welche Konsequenzen aus dieser Feststellung für den im privaten Arbeitsverhältnis angesiedelten Ausgangsrechtsstreit zu ziehen sind, hat das vorlegende Gericht zu beurteilen.

54. Insofern ist allerdings daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen kann, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. [17]

55. Demgegenüber hat der Gerichtshof in zwei jüngeren Entscheidungen festgestellt, dass es den nationalen Gerichten obliegt, auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten jede dem Verbot der Altersdiskriminierung entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet zu lassen. [18] Es bleibt abzuwarten, ob der Gerichtshof eine solche horizontale Direktwirkung auf andere allgemeine Rechtsgrundsätze wie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausdehnen wird. Insbesondere vor einer solchen Weiterentwicklung wäre die Erörterung der dogmatischen Fundamente dieser umstrittenen horizontalen Direktwirkung und ihrer Grenzen erforderlich. [19]

17 — Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 48), vom 14. Juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Randnr. 20), vom 5. Oktober 2004, Pfeiffer u. a. (C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Randnrn. 108 und 109), vom 7. Juni 2007, Carp (C-80/06, Slg. 2007, I-4473, Randnr. 20), und vom 19. Januar 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Slg. 2010, I-365, Randnr. 46).

18 — Urteile vom 22. November 2005, Mangold (C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Randnr. 77), und Kücükdeveci (zitiert in Fn. 17, Randnr. 51). Siehe hierzu auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Andersen vom heutigen Tage (C-499/08, beim Gerichtshof anhängig, Nr. 22 f.).

19 — Vgl. dazu etwa die Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano vom 30. Juni 2005 in der Rechtssache Mangold (Slg. 2005, I-9981, Nrn. 83, 84 und 100), des Generalanwalts Mazák vom 15. Februar 2007 in der Rechtssache Palacios de la Villa (C-411/05, Slg. 2007, I-8531, Nrn. 133 bis 138) und der Generalanwältin Sharpston vom 22. Mai 2008 in der Rechtssache Bartsch (C-427/06, Slg. 2008, I-7245, Nrn. 79 bis 93), jeweils mit weiteren Nachweisen.

56. Da das vorlegende Gericht den Gerichtshof hiernach jedoch nicht gefragt hat, würde eine solche Erörterung an dieser Stelle zu weit führen.

57. Außerdem ist einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts in jedem Fall der Vorrang einzuräumen. Die nationalen Gerichte sind verpflichtet, unter Berücksichtigung des gesamten nationalen Rechts und unter Anwendung seiner Auslegungsmethoden alles zu tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel übereinstimmt. [20] Gegen eine richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts spricht nicht, dass sie möglicherweise zu Lasten des Einzelnen gehen kann. [21] So gilt die Pflicht zur konformen Auslegung anerkanntermaßen auch in horizontalen Rechtsverhältnissen, in denen zwangsläufig ein Privater mittelbar belastet wird. [22]

58. Im vorliegenden Fall spricht viel dafür, dass das vorlegende Gericht im Wege der Auslegung ein richtlinienkonformes Ergebnis erzielen könnte. Schließlich wurde die streitgegenständliche Norm bereits in der Vergangenheit erweiternd ausgelegt und unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Entwicklung vom Stillen losgelöst sowie in bestimmten Fällen auch Vätern bereits ein Anspruch eingeräumt. Das vorlegende Gericht hat auch nicht zum Ausdruck gebracht, dass es Schwierigkeiten hätte, das hier vertretene Ergebnis durch Auslegung des spanischen Rechts zu erreichen.

20 — Urteile Pfeiffer u. a. (zitiert in Fn. 17, Randnrn. 115 ff.), vom 4. Juli 2006, Adeneler u. a. (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 111), vom 15. April 2008, Impact (C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Randnr. 101), und vom 23. April 2009, Angelidaki u. a. (C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, I-3071, Randnr. 200).

21 — Vgl. meine Schlussanträge vom 8. Februar 2007, Kofoed (C-321/05, Slg. 2007, I-5795, Nr. 65), und die dort angeführte Rechtsprechung.

22 — Vgl. nur Urteile vom 13. November 1990, Marleasing (C-106/89, Slg. 1990, I-4135, Randnrn. 6 und 8), und Faccini Dori (zitiert in Fn. 17, Randnrn. 20, 25 und 26).

V — Ergebnis

59. Aufgrund der vorstehenden Überlegungen schlage ich vor, wie folgt auf die Vorlagefrage zu antworten:

Eine nationale Regelung, die ein selbständiges Recht auf eine bezahlte Arbeitsbefreiung für die Betreuung eines Kindes, die in einer Verkürzung der täglichen Arbeitszeit um eine halbe Stunde oder in einer Arbeitsbefreiung von einer Stunde, die in zwei Abschnitte aufgeteilt werden kann, besteht, ausschließlich den in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigten Müttern, nicht aber den in einem Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigten Vätern zuerkennt, verstößt gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne 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.