SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO LA PERGOLA
vom 26. Oktober 1999 *

I — Die Vorabentscheidungsfrage

1. Im vorliegenden Verfahren geht es um das im nationalen Recht eines Mitgliedstaats bestehende Verbot, Frauen bei den Streitkräften in anderen Bereichen als im Sanitäts- und Militärmusikdienst einzustellen. Die vom Verwaltungsgericht Hannover zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage betrifft die Auslegung 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 (im folgenden: Richtlinie) [1]. Die Vorlagefrage lautet:

Liegt ein Verstoß gegen die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 — insbesondere auch im Hinblick auf Artikel 2 Absatz 2 dieser Richtlinie — in der Regelung des § 1 Absatz 2 Satz 3 des Soldatengesetzes in der Fassung vom 15. Dezember 1995 (BGBl. I S. 1737), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2846), und § 3a der Soldatenlaufbahnverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 1998 (BGBl. I S. 326), wonach Frauen aufgrund freiwilliger Verpflichtung nur für Verwendungen im Sanitäts- und Militärmusikdienst berufen werden können, vom Dienst mit der Waffe jedoch in jedem Falle ausgeschlossen sind?

II — Die einschlägigen Gemeinschaftsbestimmungen

2. Die Richtlinie hat nach ihrem Artikel 1 Absatz 1 zum „Ziel, daß in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung ... verwirklicht wird. Dieser Grundsatz wird im folgenden als ‚Grundsatz der Gleichbehandlung' bezeichnet."

Artikel 2 der Richtlinie bestimmt:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, daß keine unmittelbare oder

* Originalsprache: Italienisch.

1 — ABl. L 39, S. 40.

mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf.

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

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

...“

Gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie beinhaltet die „Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ..., daß bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt“.

Gemäß Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie „prüfen [die Mitgliedstaaten] in regelmäßigen Abständen die unter Artikel 2 Absatz 2 fallenden beruflichen Tätigkeiten, um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen aufrechtzuerhalten. Sie übermitteln der Kommission das Ergebnis dieser Prüfung.“

III — Die Bestimmungen des nationalen Rechts

3. Nach § 1 Absatz 2 des Soldatengesetzes (SG) „[kann] in das Dienstverhältnis eines Berufssoldaten ... berufen werden, wer sich freiwillig verpflichtet, auf Lebenszeit Wehrdienst zu leisten. In das Dienstverhältnis eines Soldaten auf Zeit kann berufen werden, wer sich freiwillig verpflichtet, für begrenzte Zeit Wehrdienst zu leisten. In ein Wehrdienstverhältnis nach den Sätzen 1 und 2 können auch Frauen für Verwendungen im *Sanitäts- und Militärmusikdienst* berufen werden.“ [2]

Gemäß § 3a der Soldatenlaufbahnverordnung (SLV) „[können] Frauen ... nur auf Grund freiwilliger Verpflichtung und nur in

2 — Hervorhebung von mir.

Laufbahnen des *Sanitäts- und des Militärmusikdienstes* eingestellt werden" [3].

4. Die Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Kommission (im folgenden: Kommission), die wie Frau Kreil und die britische und die italienische Regierung am vorliegenden Verfahren beteiligt sind, führen aus, daß die Rechtsgrundlage für die in der Vorlagefrage genannten Vorschriften Artikel 12a des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (GG) sei. Dieser Artikel bestimmt:

„(1) Männer können vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr an zum Dienst in den Streitkräften, im Bundesgrenzschutz oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden.

...

(4) Kann im Verteidigungsfalle [4] der Bedarf an zivilen Dienstleistungen im zivilen Sanitäts- und Heilwesen sowie in der ortsfesten militärischen Lazarettorganisation nicht auf freiwilliger Grundlage gedeckt werden, so können Frauen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden. *Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten.*" [5]

Die deutsche Regierung hat dazu erläutert, daß Artikel 12a Absatz 4 Satz 2 GG (im folgenden kurz: Artikel 12a GG) im Jahr 1968 nur — „mit rein sprachlich bedingten Neuformulierungen" — aus der früheren, von 1956 stammenden Fassung des Artikels 12 Absatz 3 GG übernommen worden sei.

5. Die deutsche Regierung und die Kommission, die sich insoweit auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und die deutsche Literatur beziehen, führen weiter aus, im Verhältnis zum allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung von

3 — Hervorhebung von mir.

4 — Gemäß Artikel 115a Absatz 1 GG wird der Verteidigungsfall vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrates festgestellt, wenn das Bundesgebiet mit Waffengewalt angegriffen wird oder ein solcher Angriff unmittelbar droht.

5 — Hervorhebung von mir.

Männern und Frauen, den sowohl die Verfassung [6] als auch das Wehrrecht [7] gewährleisteten, enthielten Artikel 12a GG und die erwähnten Bestimmungen des SG und der SLV eine Sonderregelung.

6. Die deutsche Regierung führt außerdem aus, daß zwar das Verbot, Frauen in anderen Laufbahnen als im Sanitäts- und Militärmusikdienst einzustellen, ausnahmslos gelte (vgl. Artikel 12a GG: „auf keinen Fall"), daß aber in der von Artikel 87b GG vorgesehenen Bundeswehrverwaltung zahlreiche zivile Stellen Männern und Frauen gleichermaßen offenstünden.

IV — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

7. Frau Tanja Kreil, die eine Ausbildung als Energieelektronikerin für Anlagentechnik abgeschlossen hat, bewarb sich 1996 für den freiwilligen Dienst in der Bundeswehr mit dem Verwendungswunsch „Instandsetzung (Elektronik)". Ihre Bewerbung wurde vom Zentrum für Nachwuchsgewinnung Nord und, auf Widerspruch, vom Personalstammamt der Bundeswehr mit der Begründung abgelehnt, nach dem Gesetz dürften Frauen keinen Dienst mit der Waffe

6 — Die Verfassung gewährleistet die Gleichbehandlung von Männern und Frauen allgemein (Artikel 3 Absätze 2 und 3 GG) sowie hinsichtlich des Zugangs zum Beruf oder der Berufswahl (Artikel 12 Absatz 1 GG) und hinsichtlich des Zugangs zu öffentlichen Ämtern (Artikel 33 Absatz 2 GG). In einem jüngeren, vom vorlegenden Gericht und der deutschen Regierung zitierten Beschluß stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, daß Artikel 12a GG als Spezialvorschrift mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Berufsfreiheit, die die genannten Verfassungsbestimmungen verbürgen, vereinbar sei (Beschluß vom 30. Januar 1996 — 1 WB 89/95 — BVerwGE 103, 301, und NJW 1996, 2173; im folgenden: Sanitätsdienst-Entscheidung; der Sanitätsdienst ist gemäß Artikel 12a GG, § 1 Absatz 2 SG und § 3a SLV einer der Bereiche, in denen Frauen zugelassen sind).
Obgleich die deutsche Literatur dieser Entscheidung überwiegend zustimmt, werden in der gegenwärtigen rechtlichen Diskussion in Deutschland gegen die fragliche Verfassungsbestimmung und insbesondere ihre bisherige Anwendung und Auslegung auch Bedenken geäußert. So ist nach Ansicht namhafter Autoren zwischen Dienstpflicht und freiwilligem Dienst zu unterscheiden und Artikel 12a GG, selbst als Spezialvorschrift, in bezug auf den freiwilligen Dienst restriktiv auszulegen. Nach dieser Auffassung muß Grundprinzipien wie dem Gleichbehandlungsgebot und der Berufsfreiheit besondere Beachtung zuteil werden; von ihnen dürfe nur zurückhaltend und im Einklang mit der Verfassungsordnung insgesamt abgewichen werden (vgl. Jarass/Pieroth, *Grundgesetz, Kommentar*, 4. Auflage 1997, Artikel 12a, Randnr. 3; Sachs-Kokott, *Grundgesetz, Kommentar*, 2. Auflage 1999, Artikel 12a, Randnrn. 3 ff.; Repkewitz, *Kein freiwilliger Waffendienst für Frauen?*, NJW 1997, 506; Sachs, *Zur Bedeutung der grundgesetzlichen Gleichheitssätze für das Recht des öffentlichen Dienstes*, ZBR 1994, 133, 139; Zuleeg, *Frauen in die Bundeswehr?*, DÖV 1997, 1017).
Auf der Grundlage einer systematischen Auslegung der Verfassung mit (angesichts der Abweichung von den Grundsätzen der Artikel 3, 12 und 33 GG, die den Ausschluß von Frauen von der Bundeswehr darstelle) restriktiver Tendenz kommen diese Autoren zu dem Ergebnis, daß Artikel 12a GG nur für die Dienstpflicht gelte: Da nämlich Artikel 12a GG insgesamt nur die Dienstpflicht betreffe, könne sich auch der Ausschluß von Frauen nicht auf den freiwilligen Dienst erstrecken (vgl. insbesondere Zuleeg, a. a. O., 1018).
Eine restriktive Auslegung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil Artikel 12a GG anders als die durch ihn beschränkten Rechte (Artikel 3 Absätze 2 und 3, 12 Absatz 1 und 33 Absatz 2 GG; vgl. Zuleeg, a. a. O., 1024) seinerseits *keine Grundrechte gewährleiste*. Scholz weist schließlich darauf hin, daß Artikel 12a GG nicht zu jenen Verfassungsbestimmungen gehöre, die unter die Unabänderlichkeitsgarantie des Artikels 79 Absatz 3 GG fielen (Maunz/Dürig-Scholz, *Grundgesetz, Kommentar*, 1984, Artikel 12a, Randnr. 208).

7 — Gemäß § 3 SG und § 1 SLV sind Soldaten nach Eignung, Befähigung und Leistung ohne Rücksicht insbesondere auf das Geschlecht zu ernennen und zu verwenden.

leisten. Da dies nach Auffassung von Frau Kreil eine rechtswidrige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, hat sie beim vorlegenden Gericht gegen die Ablehnung ihrer Bewerbung Klage erhoben.

V — Rechtsausführungen

1. *Die gerügte Ungleichbehandlung und ihre Grundlage*

8. Das Verwaltungsgericht Hannover hat dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob die Richtlinie einem fast vollständigen Verbot des freiwilligen Dienstes von Frauen in den Streitkräften eines Mitgliedstaats entgegenstehe.

9. Nach Auffassung der Klägerin des Ausgangsverfahrens verstößt die Beschränkung der Einstellung von Frauen in der Bundeswehr in eklatanter Weise gegen Artikel 3 der Richtlinie, der bei den Bedingungen des Zugangs zum Beruf jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbiete[8]. Frau Kreil hebt hervor, daß es im Ausgangsverfahren nicht um die Wehrpflicht, sondern um die Berufswahl von Frauen gehe, die freiwillig in der Bundeswehr Dienst leisten wollten.

10. Nach Auffassung Deutschlands sind die fraglichen nationalen Bestimmungen durch Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Richtlinie gerechtfertigt, die den individuellen Anspruch auf Gleichbehandlung bestimmten Ausnahmen unterwerfen. Nach Ansicht der Kommission (der sich die britische und die italienische Regierung im wesentlichen angeschlossen haben) läßt sich die fragliche nationale Regelung zwar grundsätzlich nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie rechtfertigen; es bleibe aber selbstverständlich zu prüfen, ob sie tatsächlich für alle Stellen bei den Streitkräften be-

8 — Für die Klägerin des Ausgangsverfahrens steht außer Zweifel, daß die fraglichen deutschen Bestimmungen anhand der Richtlinie überprüft werden können, da der Gerichtshof die Richtlinie bereits in einem Fall, der ähnliche Rechtsvorschriften wie die des SG und der SLV betroffen habe, ausgelegt und somit für anwendbar erachtet habe (vgl. Urteil vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95, Gerster, Slg. 1997, I-5253. Der Gerichtshof hat dort festgestellt, daß eine Bestimmung der Bayerischen Beamtenlaufbahnverordnung über die Berechnung des Dienstalters von Beamten in den Geltungsbereich der Richtlinie falle; er bezog sich dabei ausdrücklich auf Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie, der jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts „unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig" untersagt; Randnr. 28).

gründet sei und ob sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspreche [9].

11. Keiner der am vorliegenden Verfahren Beteiligten bezweifelt, daß die fraglichen Bestimmungen Frauen von den meisten Stellen bei der Bundeswehr ausschließen und damit eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Artikel 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 der Richtlinie bewirken: Es handelt sich um eine unmittelbare Ungleichbehandlung, die infolge des Umstands, daß sich die Streitkräfte ganz überwiegend aus Männern zusammensetzen, weitere, mittelbare Ungleichbehandlungen nach sich zieht [10]. So genießen beispielsweise Soldaten der Reserve in bestimmten Fällen Vorrang bei der

9 — Auch für die Kommission steht außer Zweifel, daß die Einstellung bei den Streitkräften der Richtlinie unterliegt. Sie verweist insoweit auf das Urteil vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 16), in dem der Gerichtshof die Geltung der Richtlinie auch für die Beschäftigung im öffentlichen Dienst festgestellt habe. Hingegen schicken die britische, die italienische und die deutsche Regierung ihrer jeweiligen Stellungnahme zur Vorlagefrage die — insbesondere auf Artikel 224 EG-Vertrag (jetzt Artikel 297 EG) gestützte — Vorbemerkung voraus, die Richtlinie sei hier nicht anwendbar, weil der EG-Vertrag Fragen der Verteidigung und der Organisation der Streitkräfte nicht erfasse. Das vorlegende Gericht hat die Problematik nicht erwähnt und damit meines Erachtens zum Ausdruck gebracht, daß die Einstellung bei der Bundeswehr nach seiner Auffassung unter die Richtlinie fällt. Ich kann insoweit nur auf meine Schlußanträge vom 18. Mai 1999 in der Rechtssache C-273/97 (Sirdar, Slg. 1999, I-7403) Bezug nehmen, wo es um den generellen Ausschluß von Frauen von einer Eliteeinheit der britischen Streitkräfte ging. Dort habe ich — wie Frau Kreil und die Kommission im vorliegenden Fall — den Standpunkt eingenommen, daß der Zugang zur Beschäftigung bei den Streitkräften im allgemeinen der Richtlinie unterliegt (vgl. Nrn. 9 bis 29).
Meinen dortigen Ausführungen möchte ich jedoch speziell im Hinblick auf die hier fraglichen nationalen Bestimmungen einige Worte hinzufügen, die die von der deutschen Regierung — hilfsweise für den Fall der Anwendbarkeit der Richtlinie — vorgetragene Rechtfertigung für die streitige Ungleichbehandlung betreffen.
Die deutsche Regierung verweist nämlich lediglich auf das rechtspolitische Ziel, der aus der leidvollen deutschen Vergangenheit erwachsenden moralischen Pflicht nachzukommen, einen maximalen *Schutz der Frau* vor den den Soldaten im Kriegsfall drohenden Gefahren zu gewährleisten (vgl. Nr. 12 der vorliegenden Schlußanträge). In anderen Verfahren vor dem Gerichtshof hat dagegen die britische Regierung ihre Ansicht, die jeweils in Frage stehenden diskriminierenden Bestimmungen fielen nicht unter die Richtlinie, mit ganz anderen Argumenten untermauert. So machte sie geltend, die fraglichen Bestimmungen dienten der *öffentlichen Sicherheit* (Vermeidung vermehrter Anschläge auf die Polizei in Bürgerkriegssituationen, vgl. Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 35) oder der *Verteidigung oder der äußeren Sicherheit* (Sicherung der Kampfkraft einer Eliteeinheit der Streitkräfte, vgl. Nr. 4 der Schlußanträge in der Rechtssache Sirdar). Sie berief sich also ersichtlich auf Erwägungen, die in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Weder in der Rechtssache Johnston noch in der Rechtssache Sirdar wurde die Richtlinie jedoch für unanwendbar erachtet.
Eine Regelung, die allein dem Schutz der Frau dient, kann aber der Anwendung der Richtlinie erst recht nicht entzogen sein, und zwar weder gemäß Artikel 224 EG-Vertrag, der „wirkliche Ausnahmemaßnahmen" zur Gewährleistung der (*inneren oder äußeren*) *Sicherheit*, also des Lebens einer Nation selbst, zum Gegenstand hat (vgl. Nr. 24 der Schlußanträge in der Rechtssache Sirdar), noch aus Gründen der Autonomie der Mitgliedstaaten in Fragen der Organisation ihrer Streitkräfte zur Verbesserung ihrer Einsatzfähigkeit.

10 — Die Richtlinie verbietet jede „unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts" (Artikel 2 Absatz 1), jedoch vorbehaltlich der etwaigen Rechtfertigung durch eine der in ihr selbst vorgesehenen Ausnahmen; als konkrete Beispiele für die Anwendung der Richtlinie auf mittelbare Diskriminierungen vgl. Urteile in der Rechtssache Gerster (Randnrn. 29 bis 34) und vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-100/95 (Kording, Slg. 1997, I-5289, insbesondere Randnrn. 13 ff.).

Anstellung im öffentlichen Dienst [11], und es ist nicht auszuschließen, daß sie wegen der technischen Ausbildung, die sie bei der Bundeswehr erwerben konnten, auch im nichtstaatlichen Bereich leichter eine Stelle finden [12]. Um die vom Verwaltungsgericht vorgelegte Frage zu beantworten, die nur die unmittelbare Diskriminierung zum Gegenstand hat, ist zu prüfen, ob die fragliche Regelung unter eine der Ausnahmen gemäß Artikel 2 Absätze 2 und 3 der Richtlinie fällt [13]. Vor dieser Prüfung ist allerdings darzulegen, welche Zwecke mit der in Artikel 12a GG enthaltenen Ausschlußbestimmung als Rechtsgrundlage für die in der Vorlagefrage genannten Vorschriften verfolgt werden.

12. Deutschland führt insoweit aus, die fraglichen Bestimmungen sollten Frauen von jeder Mitwirkung an Kampfeinsätzen ausschließen und außerdem sicherstellen, daß sie *auf keinen Fall* als Kombattanten feindlicher Waffeneinwirkung ausgesetzt würden; dies gelte aber ebenso für Frauen, die freiwillig Dienst leisten wollten. Die deutsche Regierung bezieht sich insoweit auf die vorbereitenden Arbeiten des Bundestages für die Einfügung von Artikel 12 Absatz 3 GG im Jahr 1956 (vgl. oben, Nr. 4), wonach mit dem fraglichen Ausschluß von Frauen einer aus der leidvollen deutschen Vergangenheit folgenden moralischen Verpflichtung entsprochen werden sollte. Die deutsche Regierung stützt sich auch auf die neuere Sanitätsdienst-Entscheidung (vgl. oben, Fußnote 6), in der das Bundesverwaltungsgericht festgestellt habe, daß sich hieraus ein umfassendes Schutzgebot zugunsten der Frauen ergebe, das nur durch enge Abstimmung der Regelungen über die Einstellung und Verwendung von Frauen in der Bundeswehr mit den Bestimmungen des humanitären Völkerrechts [14] erfüllt werden könne. Dazu gehörten insbesondere das III. Genfer Ab-

11 — Vgl. Bertelsmann/Rust, *Equality in Law between Men and Women in the European Community — Germany*, hrsg. von der Europäischen Kommission, Dordrecht/Luxemburg 1995, S. 53, Abschnitt 4.14.3, die etwa darauf hinweisen, daß gemäß den §§ 9 f. des Soldatenversorgungsgesetzes Personen, die mindestens zwölf Dienstjahre in der Bundeswehr geleistet haben, bei der Anstellung im öffentlichen Dienst auch außerhalb der Streitkräfte Vorrang genießen. Dies habe zur Folge, daß ein bestimmter Anteil der im öffentlichen Dienst verfügbaren Stellen Soldaten der Reserve vorbehalten werden dürfe, und zwar selbst dann, wenn andere Bewerber vorhanden seien, die ebensogut oder sogar besser qualifiziert seien (a. a. O., S. 54).
Nach Ansicht mancher Autoren verwehrt Artikel 12a GG Frauen auch den Zugang zu einigen der höchsten Staatsämter, namentlich denen des Bundeskanzlers, des Bundesministers der Verteidigung und des Staatssekretärs im Verteidigungsministerium, die den Oberbefehl über die Streitkräfte und damit eine Aufgabe wahrnähmen, die wie die Ausübung jeder Befehlsbefugnis (zum Begriff des Vorgesetzten oder Wachvorgesetzten vgl. § 1 Absatz 4 SG) Dienst mit der Waffe sei (vgl. Poretschkin, *Verfassungsverbot für einen weiblichen Verteidigungsminister?*, NZWehrR 1993, 232; Repkewitz, a. a. O., 507; Walz, *Der „geschlechtsneutrale" Bundesminister für Verteidigung*, NZWehrR 1996, 117). Tatsächlich hat der Bundesminister der Verteidigung gemäß Artikel 65a GG die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte (die er an den Staatssekretär delegieren oder bei deren Wahrnehmung er sich von diesem vertreten lassen kann), und mit der Verkündung des Verteidigungsfalls (vgl. oben, Fußnote 4) geht die Befehls- und Kommandogewalt auf den Bundeskanzler über. Es erübrigt sich fast, eigens darauf hinzuweisen, daß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie auch jede geschlechtsbedingte Diskriminierung bei den Bedingungen des Zugangs „zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung" verbietet.

12 — Darum geht es bei Frau Kreil indessen offensichtlich nicht, denn zur Zeit ihrer Bewerbung bei der Bundeswehr hatte sie ihre Ausbildung schon abgeschlossen. Dennoch läßt sich diese Ungleichbehandlung meines Erachtens nicht vernachlässigen: Die modernen Streitkräfte verwenden immer komplizierteres technisches Gerät, das Spezialkenntnisse erfordert, die sich bei der Rückkehr auf den — heute stärker denn je angespannten — zivilen Stellenmarkt vielfach als wertvoll erweisen (man denke etwa an Luftwaffenpiloten, die nach der Zuweisung zur Reserve wegen ihrer Flugerfahrung leicht eine Anstellung bei einer zivilen Luftfahrtgesellschaft finden).

13 — Nicht einschlägig hingegen ist die Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie, wonach diese „nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen[steht]".

14 — Manchmal auch bezeichnet als „the law of human rights in armed conflicts" (vgl. Rodley, *The treatment of Prisoners under International Law*, Unesco/Clarendon Press, Paris/Oxford 1987, S. 3).

kommen vom 12. August 1949 über die Behandlung der Kriegsgefangenen [15] (im folgenden: Abkommen) und das Zusatzprotokoll I zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte [16] (im folgenden: Zusatzprotokoll). Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts — und der deutschen Regierung, die sich den Gründen der Sanitätsdienst-Entscheidung vollständig anschließt — sind die fraglichen diskriminierenden Bestimmungen von Artikel 51 des Zusatzprotokolls inspiriert, wonach nur die Zivilbevölkerung vollen humanitären Schutz gegen militärische Angriffe genieße. Das heiße insbesondere, daß allein die Zivilbevölkerung, im Gegensatz zu „Kombattanten" im Sinne von Artikel 43 des Zusatzprotokolls und Personen, die mit Waffengewalt an den Feindseligkeiten teilnähmen, nicht angegriffen werden dürfe [17]. Es könnten auch nur Kombattanten, die in die Gewalt einer gegnerischen Partei gerieten, Kriegsgefangene sein [18]. Sanitäts- und Seelsorgepersonal dürften hingegen nicht nur nicht als „Kriegsgefangene" festgehalten werden, sondern seien zu schonen und zu schützen und dürften nicht angegriffen werden [19]. Dies erkläre, warum Frauen zu Sanitätseinheiten zugelassen seien. Was den Militärmusikdienst angeht, so hat die deutsche Regierung erläutert, daß er im Fall von Feindseligkeiten aufgelöst werde und seine Angehörigen als Pflegepersonal in Sanitätseinheiten eingesetzt würden (weshalb sie bereits in Friedenszeiten eine Sanitätsausbildung erhielten).

15 — BGBl. 1954 II S. 838. Daneben bestehen das I. Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (BGBl. 1954 II S. 783) und das II. Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zur Verbesserung des Loses der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See (BGBl. 1954 II S. 813). Die drei Abkommen zusammen sind bekannt als die Genfer Abkommen vom 12. August 1949 zum Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte.

16 — BGBl. 1990 II S. 1550.

17 — Vgl. die Artikel 48 und 51 Absatz 2 des Zusatzprotokolls.

18 — Vgl. Artikel 4 des Abkommens und Artikel 44 Absatz 1 des Zusatzprotokolls.

19 — Vgl. Artikel 33 des Abkommens und Artikel 12 Absatz 1 des Zusatzprotokolls.

2. Die Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung: Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie

13. Die deutsche Regierung macht geltend, der fast vollständige Ausschluß der Frauen von der Bundeswehr falle wegen des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes unter die Ausnahme des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie. Ich neige dagegen der Auffassung der Kommission zu, die sich auf das Urteil in der Rechtssache Johnston stützt, das den Einsatz von Frauen in bewaffneten britischen Polizeieinheiten in Nordirland in den achtziger Jahren, also mitten im Bürger*krieg*, betraf. Darin hat der Gerichtshof ausgeführt: „Aus der ausdrücklichen Erwähnung von Schwangerschaft und Mutterschaft ergibt sich, daß die Richtlinie zum einen die körperliche Verfassung der Frau und zum anderen die besondere Beziehung zwischen Mutter und Kind schützen will. Somit können Frauen nicht unter Berufung auf diese Richtlinie mit der Begründung von einer Beschäftigung ausgeschlossen werden, daß die öffentliche Meinung für sie einen im Verhältnis zu Männern *stärkeren Schutz* gegen Gefahren fordere, die Männer und Frauen *in gleicher Weise* betreffen und die sich von den besonderen Schutzbedürfnissen, wie sie in der Richtlinie aus-

drücklich erwähnt sind, unterscheiden." [20] Der Verfahrensakte läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß Frauen in Bundeswehreinheiten, die Waffendienst leisten, anderen oder größeren Gefahren als Männer bei der Wahrnehmung der gleichen Aufgaben ausgesetzt wären; die deutsche Regierung hat dafür keinerlei Beweis vorgelegt. Der vollständige Ausschluß von Frauen von anderen Verwendungen als im Sanitäts- und Militärmusikdienst wegen des allgemeinen und nicht nur speziell für Frauen gegebenen Risikos kann aber nicht als eine nach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie zulässige Ungleichbehandlung betrachtet werden [21]: „Artikel 2 Absatz 3 [setzt] voraus, daß die unterschiedliche Behandlung der Frau nicht diskriminierend ist: Dies wird man immer dann sagen können, wenn die unterschiedliche Behandlung — der Schutz der Frau — mit einem *objektiven Unterschied* zwischen der Situation der männlichen und der weiblichen Arbeitskräfte gerechtfertigt werden kann. Dieser *objektive Grund* hängt mit der ‚biologischen Eigenart' der Frau zusammen, wie sich eindeutig aus der beispielhaften Erwähnung von Schwangerschaft und Mutterschaft ergibt." [22] Was das — die beispielhafte Nennung von Schwangerschaft und Mutterschaft einleitende — Wort „insbesondere" in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie angeht, so hat der Gerichtshof Argumente der Mitgliedstaaten, mit denen den Worten „Schutz der Frau" eine über die Fälle von Schwangerschaft, Stillzeit und Mutterschaft hinausgehende Tragweite verliehen werden sollte, stets klar zurückgewiesen [23].

3. *Die Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung: Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie*

14. Die deutsche Regierung trägt weiter vor, das vom deutschen Verfassungsgeber 1956 und 1968 verfolgte rechtspolitische Ziel stehe in Einklang mit Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie, auf dessen Auslegung die Vorlagefrage besonders gerichtet ist. Artikel 12a GG und den genannten Bestimmungen des SG und der SLV liege die

20 — Randnr. 44 des Urteils Johnston (zitiert in Fußnote 9), Hervorhebung von mir. Das Urteil fügt sich ein in die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie allein den *Schutz der körperlichen Verfassung* der Frau während und nach der Schwangerschaft und der besonderen Beziehung zwischen Mutter und Kind bezweckt: vgl. Urteile vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnrn. 25 f.), vom 25. Oktober 1988 in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315, Randnr. 13), vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-345/89 (Stoeckel, Slg. 1991, I-4047, Randnr. 13), vom 3. Februar 1994 in der Rechtssache C-13/93 (Minne, Slg. 1994, I-371, Randnr. 11), vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 21), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 20), vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-136/95 (Thibault, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 25) und vom 19. November 1998 in der Rechtssache C-66/96 (Dansk Handel, Slg. 1998, I-7327, Randnr. 54). Wie der Gerichtshof diese Bestimmung versteht, macht besonders folgender Passus aus dem Urteil Hofmann (Randnr. 25) deutlich: „Zum einen handelt es sich [bei Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie] um den Schutz [der] körperlichen Verfassung [der Frau] während und nach der Schwangerschaft bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich ihre körperlichen und seelischen Funktionen nach der Entbindung normalisiert haben. Zum anderen geht es um den Schutz der Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit, die sich an die Schwangerschaft und Entbindung anschließt, damit diese Beziehung nicht durch die Doppelbelastung aufgrund der gleichzeitigen Ausübung eines Berufs gestört wird." Generalanwalt Darmon hat in der Rechtssache Johnston bemerkt: „Wenn sich eine Beschränkung der Rechte der Frau überhaupt auf diese Vorschrift stützen läßt, so kommt es ... jedenfalls nicht in Betracht, nach Artikel 2 Absatz 3 ein wie immer begründetes Schutzbedürfnis zu berücksichtigen, das soziokultureller oder sogar politischer Natur wäre" (Nr. 8 der Schlußanträge).

21 — Vgl. Urteil Johnston (Randnr. 45) sowie in gleichem Sinne Urteile in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Randnr. 14) und Stoeckel (Randnr. 15).

22 — Schlußanträge des Generalanwalts Darmon in der Rechtssache Hofmann (Nr. 10 dritter Absatz, Hervorhebung von mir); vgl. in gleichem Sinne Schlußanträge von Generalanwalt Tesauro in der Rechtssache Habermann-Beltermann (Nr. 11).

23 — Vgl. etwa das Vorbringen des Vereinigten Königreichs in der Rechtssache Johnston zur vierten Vorlagefrage (Slg. 1986, 1672) und Frankreichs in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6322) zu einer Reihe besonderer Rechte zum Schutz der Frau. Nach Ansicht von Generalanwalt Sir Gordon Slynn deutet zwar das Wort „insbesondere" in Artikel 2 Absatz 3 an, daß andere Sachverhalte als Schwangerschaft oder Mutterschaft erfaßt sein könnten, umreißt aber gleichwohl den Geltungsbereich der Ausnahmen (Schlußanträge in der Rechtssache 312/86, Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6327).

Auffassung zugrunde, daß das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für den Dienst mit der Waffe sei. Der Schutz der Frau lasse sich deshalb nur durch ihren vollständigen Ausschluß von allen Verwendungen im Kombattantenstatus im Sinne des humanitären Völkerrechts verwirklichen. Die Kommission und die italienische Regierung nehmen insoweit einen differenzierteren Standpunkt ein: Zwar sei eine derartige wehrpolitische Grundsatzentscheidung eines Mitgliedstaats im Kern nicht zu beanstanden, es sei aber zu unterscheiden zwischen Verwendungen mit konkreter Gefährdung[24] und technischen Tätigkeiten, die ohne besondere Gefährdung und ohne die Voraussetzung besonderer Körperkraft aus der Etappe heraus geleistet werden könnten. Die letztgenannten Verwendungen seien nicht den Tätigkeiten zuzurechnen, die nach ihrer Art oder den Bedingungen ihrer Ausübung gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie notwendig den Männern vorzubehalten seien. Es sei Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob die von Frau Kreil als freiwillige Bewerberin angestrebte Verwendung der einen oder anderen Kategorie von Tätigkeiten zuzuordnen sei. Dieser Auffassung der Kommission und der italienischen Regierung, die die geltend gemachten Gründe für die fragliche Ungleichbehandlung nur unter Einschränkungen akzeptieren, hält die deutsche Regierung das Argument entgegen, im Verteidigungsfall könnten alle Einheiten der Streitkräfte zur aktiven Teilnahme an Kampfeinsätzen herangezogen werden und das durch Artikel 12a GG normierte Verbot müsse deshalb als ein absolutes verstanden werden. Zur Sicherung der Kampfkraft der Bundeswehr müsse es möglich bleiben, auch Soldaten, die für die Instandhaltung elektronischer Waffensysteme zuständig seien, an vorderster Front einzusetzen. Nur dies werde der heutigen Wirklichkeit gerecht. Denn im Krisenfall hätten Einheiten mit hochentwickelter technischer Ausrüstung einen „interaktiven Einsatz" zu leisten, der keine Unterscheidung zwischen Verwendung an der Front und in der Etappe zulasse.

15. Gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie kann das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für bestimmte Berufstätigkeiten darstellen, sofern sich dies aus „ihrer Art" oder den „Bedingungen ihrer Ausübung" ergibt. Diese Voraussetzungen grenzen den Anwendungsbereich der Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 2 ein und unterscheiden sie zugleich dem Grundgedanken nach von der Ausnahme in Artikel 2 Absatz 3.

16. Was den Anwendungsbereich der Ausnahme angeht, so ist er meines Erachtens auf die wirklichen und eigentlichen beruflichen Eignungsmerkmale beschränkt, die das Geschlecht zur unabdingbaren Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten Berufstätigkeit machen. Beispiele hierfür wären Sänger und Sängerinnen, Schauspieler und Schauspielerinnen, Tänzer und

24 — Die Kommission verweist insoweit auf die Rechtssachen Johnston, wo es um die Verwendung in bewaffneten britischen Polizeieinheiten in Nordirland in den achtziger Jahren ging, und Sirdar, die die Einstellung in einer Marineinfanterie-Eliteeinheit betrifft, die gleichsam die Speerspitze der Offensivkräfte des Vereinigten Königreichs bildet.

Tänzerinnen, männliche und weibliche Künstermodelle oder Mannequins[25]. Allgemeiner gesagt enthält Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie nach einer bestimmten Auffassung eine „strenge" oder „enge" Ausnahme: Der Mitgliedstaat oder Arbeitgeber, der sich auf sie berufen wolle, habe nachzuweisen, daß das Geschlecht für die fragliche Tätigkeit eine unabdingbare Voraussetzung sei, so daß eine vom Geschlecht unabhängige Einstellungspraxis die Ausübung dieser Tätigkeit erheblich erschweren oder sogar unmöglich machen würde. Anders gesagt, es müsse sicher festgestellt werden, daß die Einstellung von Angehörigen des einen Geschlechts unter Ausschluß der des anderen tatsächlich erforderlich sei[26]. Der Gerichtshof hat insoweit entschieden, daß Ausnahmen von einem subjektiven Recht wie dem auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur auf Erfordernisse gestützt werden dürfen, „die für die *Ausübung* der jeweiligen spezifischen Tätigkeit *entscheidend* sind"[27]. In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat der Vertreter der deutschen Regierung aber ausdrücklich erklärt, daß er weder die Eignung von Frau Kreil noch die von Frauen allgemein für den Dienst mit der Waffe in der Bundeswehr in Frage stelle. Aus meiner Sicht hat die deutsche Regierung deshalb mit ihrem Vorbringen zur Ausschlußregelung in Artikel 12a GG nicht überzeugend dargelegt, daß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie im vorliegenden Fall tatsächlich eingreift. Meines Erachtens läßt sich im Hinblick auf diese Bestimmung auch schwer vertreten, daß wegen der Art oder der Bedingungen der Tätigkeit der Angehörigen der Streitkräfte eine Verwendung von Frauen in sämtlichen „kämpfenden" Einheiten, also außerhalb des Sanitäts- und Militärmusikdienstes, unmöglich oder zumindest äußerst schwierig sei. Nicht grundlos werden Frauen — mit auf ganz spezielle Fälle beschränkten Ausnahmen[28] — regulär und unterschiedslos in allen Streitkräften der Gemeinschaft (und der NATO) eingesetzt[29].

17. Um den Anwendungsbereich der Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 2 der

25 — Vgl. Urteil vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83 (Kommission/Deutschland, Slg. 1985, 1459, Randnr. 34), wo der Gerichtshof einige Berufe nennt, in denen in den verschiedenen Mitgliedstaaten typischerweise — tatsächliche oder rechtliche — Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz bestehen.

26 — Vgl. Hervey, *Justifications for Sex Discrimination in Employment*, Butterworths, London 1993, Abschnitt 4.2.1.3.

27 — Urteil vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 3559, Randnr. 28, Hervorhebung von mir). Vgl. im gleichen Sinne Urteile vom 8. November 1983 in der Rechtssache 165/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1983, 3431, Randnrn. 18 und 20) und Johnston (Randnr. 38).

28 — Zum Beispiel Besatzungsmitglieder von U-Booten und Marineinfanteristen in den Niederlanden, Marineinfanteristen (Royal Marines) im Vereinigten Königreich und bis 1993 Jagdflugzeugpiloten in Dänemark.

29 — Das einzige Land außer der Bundesrepublik Deutschland, das Frauen noch nicht zu den Streitkräften zuläßt, ist Italien. Daß Frauen dort nicht freiwillig als Soldaten dienen können, liegt aber nicht an einem (verfassungsrechtlichen oder einfachgesetzlichen) Verbot, sondern an der Untätigkeit des Gesetzgebers. Tatsächlich wurden — anders als für die Polizei bei ihrer Demilitarisierung im Jahr 1981 — die besonderen Bestimmungen, mit denen der Verfassungsgrundsatz der Gleichbehandlung konkret umgesetzt werden soll, noch nicht erlassen. Allerdings billigte die Abgeordnetenkammer am 29. September 1999 einen Gesetzentwurf zur Einführung des freiwilligen Militärdienstes von Frauen (Vorlage Nr. 2970-B), der — mit Ausnahmen — die allgemeine Zulassung von Frauen zu den Streitkräften vorsieht. Wie der Vertreter der italienischen Regierung in der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof ausgeführt hat, betreffen die Ausnahmen spezielle Fälle, in denen der Einsatz von Frauen wegen der Bedingungen oder Besonderheiten der zu erfüllenden militärischen Aufgaben erheblichen Bedenken unterliegt (nach meinem Eindruck handelt es sich um Sachverhalte, die dem kürzlich in der Rechtssache Sirdar geprüften Fall der britischen Marineinfanteristen ähneln).

Richtlinie noch genauer abzugrenzen, erscheint es zweckmäßig, den Unterschied zwischen dieser Bestimmung und Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie zu klären. Wie in der Lehre dargelegt worden ist [30], geht es in Artikel 2 Absatz 2 um die Wirkung, die das Geschlecht *bei der Ausübung* einer bestimmten Berufstätigkeit *auf andere Personen als die Arbeitnehmerin (oder den Arbeitnehmer)* hat, während Artikel 2 Absatz 3 — wie bereits erörtert — die Wirkung einer bestimmten Tätigkeit *auf die Arbeitnehmerin selbst* betrifft. Diese Unterscheidung läßt sich auch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes stützen.

18. In der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich hat der Gerichtshof wegen der Achtung der *Empfindungen der Patienten* bestimmte nur für Männer geltende Beschränkungen für die Tätigkeit von Hebammen als rechtmäßig angesehen [31]. In der Rechtssache Johnston wurde der Ausschluß von Frauen von bewaffneten britischen Polizeieinheiten in Nordirland für zulässig gehalten, da ihre Verwendung möglicherweise die Gefahr von Anschlägen erhöht, damit Erfordernisse der *öffentlichen Sicherheit* beeinträchtigt und so im Ergebnis der örtlichen Bevölkerung Schaden zugefügt hätte [32].

30 — Vgl. Kilpatrick, *How Long is a Piece of String? European Regulation of the Post-Birth Period*, in: Hervey/O'Keefe (Hrsg.), *Sex Equality Law in the European Union*, Wiley 1996, Kapitel 6, Nr. 26.

31 — Vgl. Randnrn. 18 und 20.

32 — Vgl. Randnr. 36 des Urteils, wo der Gerichtshof — am Ende der Prüfung, ob die von dem betroffenen Mitgliedstaat geltend gemachte Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 2 eingreife — feststellte, es lasse „sich nicht ausschließen, daß bei schweren inneren Unruhen die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen erhöht wird, wenn diese Schußwaffen tragen, und daß dies *daher den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwiderläuft*" (Hervorhebung von mir). Der Gerichtshof hat den Ausschluß von Frauen von Polizeieinheiten mit Schußwaffen letztlich nicht als eine Maßnahme gebilligt, die Frauen vor Anschlägen schützen sollte (deshalb teile ich nicht die Enttäuschung von Fenwick, *Special Protections for Women in European Union Law*, in: *Sex Equality Law*, a. a. O., S. 63, 70, die befürchtet, der Gerichtshof habe es gebilligt, daß im Rahmen von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie mit weiblicher Verletzlichkeit argumentiert werde). Meines Erachtens hat der Gerichtshof den fraglichen Ausschluß vielmehr (vorbehaltlich der Prüfung seiner Verhältnismäßigkeit, vgl. Randnr. 38) nicht wegen der angeblichen Schwäche der Frau an sich und auch nicht zu dem allgemeinen Zweck, sie (in ihrem eigenen Interesse) nicht der Gefahr von Anschlägen auszusetzen, als noch rechtmäßig angesehen, sondern wegen der Prognose der britischen Behörden, daß die Ausrüstung von Frauen mit Schußwaffen „bei schweren inneren Unruhen" die Gefahr von Anschlägen und damit der Erbeutung ihrer Waffen durch die Täter erhöht hätte (vgl. das Vorbringen der britischen Regierung laut Sitzungsbericht, Slg. 1983, 1672). Dieses Risiko als solches lief den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwider, die allein — angesichts der gegebenen Bedingungen für die Ausübung der fraglichen Tätigkeit — das männliche Geschlecht zu einer unabdingbaren Voraussetzung für jene Tätigkeit machen konnten: So ließ „sich nicht ausschließen, daß bei schweren inneren Unruhen die Gefahr von Anschlägen auf Polizistinnen erhöht wird, wenn diese Schußwaffen tragen, und daß *dies daher* den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit zuwiderläuft" (Randnr. 36; Hervorhebung von mir).
Noch deutlicher wird dies, betrachtet man die Rechtsgüter, die das nationale Gericht nach dem Urteil des Gerichtshofes abzuwägen hat, um die Verhältnismäßigkeit des fraglichen Ausschlusses zu prüfen, nämlich einerseits den Grundsatz der Gleichbehandlung gemäß Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie und andererseits die Erfordernisse der öffentlichen Sicherheit: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung muß soweit wie möglich mit den Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit in Einklang gebracht werden, *die* für die Bedingungen der Ausübung der in Rede stehenden Tätigkeit *bestimmend sind*" (Randnr. 38, Hervorhebung von mir; die englische Fassung lautet: „... with the requirements of public safety *which constitutes the decisive factor* as regards the context of the activity in question"). Das Urteil des Gerichtshofes läßt also keineswegs Besorgnis für den Schutz der Frau erkennen.
Schließlich sei bemerkt, daß der Gerichtshof nach den soeben zitierten Randnummern 36 und 38 des Urteils Johnston nicht die Auffassung von Generalanwalt Darmon zu teilen scheint, daß die Behörden eines Mitgliedstaats gewisse Tätigkeiten zur Aufrechterhaltung der Ordnung unter bestimmten Umständen gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie auch wegen anderer Erfordernisse des Schutzes der Frau als den in Artikel 2 Absatz 3 genannten, nämlich auch aufgrund von Erfordernissen „sozialer (kultureller, politischer und ähnlicher) Art", den Angehörigen eines Geschlechts vorbehalten dürften (vgl. Nr. 9 der Schlußanträge; vgl. insoweit auch unten, Nr. 20 der vorliegenden Schlußanträge).

Nach dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich) waren unterschiedliche Einstellungsbedingungen für Männer und Frauen nach Artikel 2 Absatz 2 zulässig für die dort in Frage stehenden Tätigkeiten von Aufsehern in Strafanstalten, die regelmäßig Kontakt mit Strafgefangenen hatten, und von Chefaufsehern, die zu Strafanstaltsleitern ernannt werden konnten; hinsichtlich der Chefaufseher berücksichtigte der Gerichtshof, daß die im Aufsichtspersonal erworbene Berufserfahrung für die Tätigkeit des Anstaltsleiters wünschenswert war [33]. In der Rechtssache Sirdar schließlich habe ich eine Politik der Einstellung nur von Männern in einer Eliteeinheit der britischen Marineinfanterie für grundsätzlich zulässig erachtet, da nicht ausgeschlossen werden konnte, daß sich die Zulassung von Frauen negativ auf die Moral und den Zusammenhalt der *Soldaten in den Kommandoeinheiten* auswirken und so die Kampfkraft dieser Einheiten und damit letztlich die *Verteidigung des Vereinigten Königreichs* beeinträchtigen könnte [34].

19. Im Ergebnis scheint mir bei richtiger Auslegung des Artikels 2 Absatz 2 die von der deutschen Regierung gegebene Begründung nicht geeignet, den in Artikel 12a GG vorgesehenen Ausschluß zu rechtfertigen. So hat sie nicht zu erklären vermocht, warum das männliche Geschlecht im fraglichen Tätigkeitsumfeld (unter Berücksichtigung der *Bedingungen der Ausübung* der Tätigkeiten in der Bundeswehr oder auch der unter Kollegen entstehenden Beziehungen) eine unabdingbare Voraussetzung sei. Die deutsche Regierung hat so gut wie nichts vorgetragen, was dem Vorbringen der britischen Regierung in der Rechtssache Sirdar gliche, das dort aber allein maßgebend war für meine — wenngleich nur grundsätzliche, unter dem Vorbehalt einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit im konkreten Fall stehende — Schlußfolgerung, die geltenden Einstellungsbedingungen für Marineinfanteristen fielen in den Anwendungsbereich von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie [35].

4. *Die Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung: Artikel 2 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie*

20. Ich erwähnte bereits, daß nach Auffassung von Generalanwalt Darmon im Rahmen von Artikel 2 Absatz 2 „Erfordernisse ... des Schutzes der Frau ... sozialer (kultureller, politischer und ähnlicher) Art" zu berücksichtigen sein können, was sich aus dem Zusammenhang mit Artikel 9

33 — Vgl. Randnrn. 12 bis 17.

34 — In der Rechtssache Sirdar habe ich zum einen darauf hingewiesen, „daß Kernpunkt der These der britischen Regierung, die den Ausschluß von Frauen von der Marineinfanterie mit Erfordernissen der Kampfkraft zu begründen sucht, die Befürchtung ist, daß die Beteiligung von Frauen negative Auswirkungen auf ‚Moral und Zusammenhalt' dieser Kommandoeinheiten (sog. ‚fire teams') haben könnte", und daß sich der Rechtsberater der britischen Regierung in einem im dortigen Ausgangsverfahren vorgelegten Dokument „mit einer auffallend ‚sozialen' Färbung geäußert hatte". Zum anderen habe ich dort die Frage aufgeworfen, „ob es nicht möglich wäre, zu prüfen..., ob nicht die Kampfkraft auch in den Fällen aufrechterhalten werden kann, in denen Frauen zugelassen werden, wenn man hierbei vor allem die effektive *Wahrnehmung* ihrer Anwesenheit auf seiten ihrer männlichen Kampfgefährten in Rechnung stellt" (Nr. 45, Hervorhebung von mir).

35 — Vgl. Nr. 34 der Schlußanträge in der Rechtssache Sirdar.

Absatz 2 der Richtlinie ergebe[36], wonach die Mitgliedstaaten „unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung" zu prüfen haben, ob es gerechtfertigt ist, die Ausnahmen gemäß Artikel 2 Absatz 2 aufrechtzuerhalten. Die deutsche Regierung scheint diese Überlegungen von Generalanwalt Darmon mit ihrem Vorbringen zur Verteidigung der fraglichen Regelung aufzugreifen, auch wenn sie sich nicht ausdrücklich auf Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie bezieht. Damit wird jedoch für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Artikels 2 Absatz 2 von einem Kriterium ausgegangen, das nichts mit den beiden dort genannten Gesichtspunkten zu tun hat, die für die Zulassung von Ausnahmen von der Gleichbehandlung allein maßgebend sind: die „Art" der fraglichen Berufstätigkeiten und die „Bedingungen ihrer Ausübung". Damit käme man zu einer weiten Auslegung dieser Vorbehaltsbestimmung, die jedoch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes als Ausnahme ebenso wie Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie eng auszulegen ist[37]. Würde man bei der Auslegung der Bestimmung allgemeine „Erfordernisse sozialer Art" (etwa des Schutzes der Frau in Fällen, die nicht von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie erfaßt werden) einbeziehen, so wäre dies meines Erachtens mit der Gefahr verbunden, der ganzen Umsetzung der Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Mit der Richtlinie will die Gemeinschaft die Gleichbehandlung von Männern und Frauen verwirklichen — oder, wie es in den Begründungserwägungen der Richtlinie heißt, „auf dem Wege des *Fortschritts* die Angleichung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte ... *fördern*"[38] —, die zu den Grundrechten gehört[39] und inzwischen auch Gegenstand spezieller primärrechtlicher Vorschriften ist[40]. Meines Erachtens ist Artikel 2 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 2 nicht so aufzufassen, wie es Generalanwalt Darmon vorzuschlagen scheint.

36 — Vgl. Fußnote 32 a. E.; wie dort bemerkt, scheint der Gerichtshof diese Ansicht allerdings nicht zu teilen.

37 — Vgl. Urteil Johnston (Randnrn. 36 und 44).

38 — Vgl. die dritte Begründungserwägung der Richtlinie (Hervorhebung von mir).

39 — Vgl. u. a. Urteile vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77 (Defrenne, Slg. 1978, 1365, Randnr. 27), vom 20. März 1984 in den verbundenen Rechtssachen 75/82 und 117/82 (Razzouk und Beydoun/Kommission, Slg. 1984, 1509, Randnr. 16), vom 26. Februar 1986 in den Rechtssachen 151/84 (Roberts, Slg. 1986, 703, Randnr. 35), 152/84 (Marshall, Slg. 1984, 723, Randnr. 36) und 262/84 (Beets-Proper, Slg. 1984, 773, Randnr. 38), in der Rechtssache Johnston (Randnr. 38), vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-158/91 (Levy, Slg. 1993, I-4287, Randnr. 16) und vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P/S, Slg. 1996, I-2143, Randnr. 19).

40 — In bezug auf den Gleichbehandlungsgrundsatz wurden, wenngleich erst nach den im Ausgangsverfahren relevanten Vorgängen, bedeutende Neuerungen in die Gemeinschaftsrechtsordnung eingeführt. So wurde mit dem Amsterdamer Vertrag vom 2. Oktober 1997 in die Präambel des Vertrages über die Europäische Union ein neuer vierter Absatz eingefügt, in dem die Mitgliedstaaten die „Bedeutung [bestätigen], die sie den sozialen Grundrechten beimessen, wie sie in der am 18. Oktober 1961 in Turin unterzeichneten Europäischen Sozialcharta und in der Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer von 1989 festgelegt sind". Beide Chartas gewährleisten das Recht auf Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Vor allem aber ist der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, ebenfalls infolge der Änderungen durch den Amsterdamer Vertrag, nach dem EG-Vertrag nicht mehr auf den Vergütungsaspekt des Arbeitsverhältnisses beschränkt (vgl. Artikel 119 EG-Vertrag, jetzt Artikel 141 EG; die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag wurden durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt), sondern wurde durch eine Reihe „programmatischer" Normen zu einem Leitprinzip und Handlungsziel der Gemeinschaft ausgestaltet. Unter den Änderungen des EG-Vertrags durch den Amsterdamer Vertrag sind weiter zu nennen: der neue Wortlaut von Artikel 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 2 EG), der unter den von der Gemeinschaft zu fördernden Zielen nun „die Gleichstellung von Männern und Frauen" aufführt, der angefügte Artikel 3 Absatz 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 EG, der die Zuständigkeiten der Gemeinschaft aufzählt), wonach die Gemeinschaft „bei allen in diesem Artikel genannten Tätigkeiten ... darauf hin[wirkt], Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern", und die neue Fassung des Artikels 118 EG-Vertrag (wie erwähnt, wurden die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag durch die Artikel 136 EG bis Artikel 143 EG ersetzt), wonach die Gemeinschaft zur Verwirklichung der sozialen Ziele des Artikels 117 EG-Vertrag — darunter die Förderung der Beschäftigung und die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen — die Tätigkeit der Mitgliedstaaten hinsichtlich verschiedener Aspekte der Arbeitswelt, darunter der „Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und [der] Gleichbehandlung am Arbeitsplatz", unterstützt und ergänzt (vgl. P. Mori, *La parità tra uomo e donna nel Trattato di Amsterdam*, in: *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, S. 571).

21. Damit ist der Ausgangspunkt für die Auslegung der fraglichen Bestimmungen bereits oben in den Nummern 15 bis 19 bezeichnet, und hieran anknüpfend sei darauf hingewiesen, daß die Berücksichtigung der „sozialen Entwicklung" auch die Klärung der Frage erleichtert, anhand welcher Auswirkungen — auf andere Personen als den Arbeitnehmer und die Arbeitnehmerin — zu entscheiden ist, ob das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung für die Ausübung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit darstellt. In diesem Sinne hat sich offenbar auch bereits der Gerichtshof geäußert. In der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich hat er eine nationale Regelung, die eine Ungleichbehandlung vorsah, im Licht der Artikel 2 Absatz 2 und 9 Absatz 2 geprüft. Dort ging es um eine *punktuelle*, *begrenzte* Ungleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich der Tätigkeit von Hebammen[41]. Zur Rechtfertigung der nationalen Regelung wies die britische Regierung vor dem Gerichtshof nach, daß sie sie regelmäßig überprüft hatte, so zuletzt durch eine umfassende Konsultation der Gesundheitsbehörden, der Berufsverbände und anderer Organisationen auf der Grundlage von zwei Untersuchungen über männliche Hebammen[42]. Unter diesen Umständen kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, daß die von der Kommission gerügten Vorschriften die Grenzen des Artikels 2 Absatz 2 nicht überschritten, da sich die unbeschränkte Zulassung von Männern zum Hebammenberuf im Licht der (überprüften) sozialen Entwicklung im betroffenen Mitgliedstaat auf die Patientinnen, besonders unter Berücksichtigung des Gebotes der Achtung ihrer Gefühle (vgl. Randnr. 18 des Urteils), negativ hätte auswirken können[43]. Der Gerichtshof führte aus, es sei „einzuräumen, daß zum gegenwärtigen Zeitpunkt persönliche Empfindsamkeiten in den Beziehungen zwischen der Hebamme und ihrer Patientin eine bedeutende Rolle spielen können. Unter diesen Umständen kann festgestellt werden, daß das Vereinigte Königreich dadurch, daß es den in der Richtlinie niedergelegten Grundsatz nicht vollständig durchgeführt hat, nicht die Grenzen der Befugnis überschritten hat, die den Mitgliedstaaten in den Artikeln 9 Absatz 2 und 2 Absatz 2 der Richtlinie zuerkannt wird" (Randnr. 20 des Urteils, Hervorhebung von mir). In gewisser Hinsicht besteht zwischen dem Fall der Hebamme und ihren Patientinnen und dem der Angehörigen einer Marineinfanterieeinheit[44] offenbar eine Parallele: In beiden Fällen kann — bei Berücksichtigung der persönlichen Empfindungen der Beteiligten, die gewiß einer zeitlichen Entwicklung unterliegen — nicht ausgeschlossen werden, daß das Geschlecht bestimmte Auswirkungen auf die Beziehungen zwischen Personen hat, die bei der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit in engem Kontakt stehen.

41 — So durften Männer die Lehrveranstaltungen für die Ausbildung als Hebamme nur in den vom zuständigen Minister genehmigten Einrichtungen besuchen (es handelte sich um zwei Einrichtungen in London und Zentralschottland) und den Hebammenberuf nur an vom Minister bezeichneten Orten, nämlich in vier Krankenhäusern in London und Edinburgh, ausüben (vgl. Schlußanträge von Generalanwältin Rozès, Slg. 1983, 3458).

42 — Vgl. Schlußanträge von Generalanwältin Rozès, Slg. 1983, 3458. Im übrigen hat die deutsche Regierung keinerlei Nachweis dafür erbracht, daß die fraglichen diskriminierenden Bestimmungen jemals im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie überprüft worden wären. In der Sanitätsdienst-Entscheidung von 1996 (vgl. oben, Fußnote 6) wird lediglich ein weiteres Mal auf den historischen Grund verwiesen, aus dem der Verfassungsgeber vor vierzig Jahren eine „Verpflichtung" zum möglichst umfassenden Schutz von Frauen statuiert habe.

43 — Die britische Regierung, die auf den speziellen Charakter der Hebammentätigkeit abstellte, befürchtete, manche Frauen (oder ihre Ehemänner) könnten die Betreuung durch männliche Hebammen ablehnen. Sie wies darauf hin, daß die Hebammen in der Zeit vor und insbesondere nach der Entbindung bei einer die Intimität der Frau berührenden Betreuung — „insbesondere nachts allein in der Entbindungsabteilung eines Krankenhauses und vor allem auch im Hause der Patientinnen" — eine besondere Rolle spielten (vgl. Schlußanträge von Generalanwältin Rozès, Slg. 1983, 3458 f.).

44 — Insoweit sei auf meine oben (Fußnote 34) wiedergegebenen Überlegungen in der Rechtssache Sirdar verwiesen.

22. Die Vorbehaltsbestimmung des Artikels 2 Absatz 2 der Richtlinie gestattet somit keine Ungleichbehandlung aufgrund allgemeiner Erwägungen sozialer oder politischer Art. Ungleichbehandlungen nach dem Geschlecht sind zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sie sind aber nur gerechtfertigt, wenn der nationale Gesetzgeber sie vorsieht aufgrund *spezieller*, mit der Art oder den Bedingungen der Ausübung der fraglichen Tätigkeit *auf das engste zusammenhängender* Erfordernisse, die sich zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt aus dem kulturellen Kontext in einem Land ergeben. Es muß sich in jedem Fall um Anforderungen handeln, die für die Ausübung der konkret in Frage stehenden beruflichen Tätigkeit unabdingbar sind.

23. Bei richtigem Verständnis des Artikels 2 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie ergeben sich noch weitere Gründe, aus denen Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts nicht einfach mit allgemeinen Erfordernissen einer Politik zum Schutze der Frau — etwa sogar, wie hier, vor den Gefahren, denen „Kombattanten" ausgesetzt sind — gerechtfertigt werden können. Folgte man der Auffassung der deutschen Regierung, so würde nämlich Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie jede praktische Wirksamkeit, wenn nicht jeder Sinn überhaupt, genommen[45], denn es wäre dann nicht mehr erklärbar, warum der Anwendungsbereich dieser Bestimmung strikt auf den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau zu beschränken ist. Artikel 2 Absatz 3 bestimmt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes wiederum die Tragweite von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie[46], so daß auch diese Bestimmung, schlösse man sich der Ansicht der deutschen Regierung an, jeder praktischen Wirksamkeit beraubt wäre. Mehr noch: Wie ausgeführt, kann diese Ausnahme nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes *ausschließlich* Ungleichbehandlungen rechtfertigen, mit denen die „körperliche Verfassung der Frau" geschützt werden soll (vgl. oben, Nr. 13), und ist eben als Ausnahmebestimmung genauso wie Artikel 2 Absatz 2 restriktiv auszulegen[47]. Daß Artikel 2 Absatz 3 eine Ungleichbehandlung mit „Schutzcharakter" rechtfertigen könne, die durch eine ähnliche Erwägung motiviert ist wie hier das erwähnte rechtspolitische Ziel des deutschen Verfassungsgebers, nämlich die Rücksichtnahme auf die öffentliche Meinung, hat der Gerichtshof bereits im Urteil Johnston klar mit den Worten zurückgewiesen, Frauen könnten „nicht unter Berufung auf [Artikel 2 Absatz 3] der Richtlinie mit der Begründung von einer Beschäftigung ausgeschlossen werden, daß die *öffentliche Meinung* für sie einen im Verhältnis zu Männern stärkeren Schutz gegen Gefahren fordere, die Männer und Frauen in gleicher Weise betreffen und die sich von den besonderen Schutzbedürfnissen der Frau ... unterscheiden" (Randnr. 44, Hervorhebung von mir). Daraus folgt meines Erachtens, daß die Richtlinie *jeder* eine Ungleichbehandlung bewirkenden Maßnahme mit „Schutzcharakter" entgegensteht, die nicht in den

45 — Zur Notwendigkeit, die volle praktische Wirksamkeit von Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie sicherzustellen, vgl. Urteile Habermann-Beltermann (Randnr. 24) und vom 29. Mai 1997 in der Rechtssache C-400/95 (Larsson, Slg. 1997, I-2757, Randnr. 22).

46 — Vgl. Urteil Johnston (Randnr. 44). Gemäß Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie treffen die Mitgliedstaaten zwecks Ausschaltung jeglicher Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (innerhalb von vier Jahren nach Bekanntgabe der Richtlinie, vgl. Artikel 9 Absatz 1) „die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, ... c) daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften, bei denen der Schutzgedanke, aus dem heraus sie ursprünglich entstanden sind, nicht mehr begründet ist, revidiert werden".

47 — Vgl. Urteil Johnston (Randnr. 44).

Anwendungsbereich von Artikel 2 Absatz 3 fällt [48].

24. Andernfalls bliebe die Marginalisierung von Frauen in der Bundeswehr durch ihre Zulassung in nur wenigen Bereichen aufrechterhalten, und es bestünde die Gefahr, daß das überkommene Stereotyp der Geschlechtertrennung immerwährend erhalten bliebe [49]. Schließlich würde Frauen, wie in der deutschen Lehre hervorgehoben wurde, mit dem Ausschluß eines freiwilligen Waffendienstes die moralische Verantwortung abgesprochen [50].

5. Zulässigkeit der Ausnahmen gemäß Artikel 2 Absatz 2 nur für spezielle berufliche Tätigkeiten

25. Nach Ansicht der Kommission und der italienischen Regierung ist ein Ausschluß von Frauen von den Streitkräften mit „Schutzcharakter" zwar grundsätzlich zulässig, aber nur dann rechtmäßig, wenn er auf spezielle berufliche Tätigkeiten beschränkt sei, deren Ausübungsbedingungen durch ein konkretes und besonders hohes Risiko gekennzeichnet seien, wie etwa die Verwendung in bewaffneten Polizeieinheiten in Bürgerkriegssituationen oder in einer Eliteangriffseinheit (vgl. oben, Nr. 14).

26. Tatsächlich darf der Grundsatz der Gleichbehandlung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes gemäß Artikel 2 Absatz 2 nur hinsichtlich *spezieller* beruflicher Tätigkeiten eingeschränkt werden [51]. In der Rechtssache Kommission/Vereinigtes Königreich hat es der Gerichtshof ausgeschlossen, daß Artikel 2 Absatz 2 eine allgemeine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz für Beschäftigungen in Privathaushalten insgesamt decken könne, auch wenn es unbestreitbar sei, daß diese Ausnahme „für bestimmte Beschäftigungen" durch die Achtung des Privatlebens gerechtfertigt sein könne (Randnr. 14 des Urteils). In der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich) hielt der Gerichtshof auch eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz, die Frauen nicht von der gesamten französi-

48 — So auch Fenwick (a. a. O., S. 79).

49 — Vgl. in ähnlichem Sinne die Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Januar 1992 zum Nachtarbeitsverbot für Frauen (1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83 und 10/91, BVerfGE 85, 191, 207) und vom 24. Januar 1995, in dem es die Freistellung von Frauen von der Feuerwehrdienstpflicht für verfassungswidrig erklärt hat (1 BvL 18/93 und 5, 6, 7/94, 1 BvR 403, 569/94, BVerfGE 92, 91). Im deutschen Arbeitsrecht ist der Schutz der Frau ein häufig erörtertes Thema (vgl. Harvey, *Equal Treatment of Men and Women in the Work Place: the Implementation of the European Community's Equal Treatment Legislation in the Federal Republic of Germany*, in: *The American Journal of Comparative Law* 1990, 31). Daß ein solcher „Schutz" die Frau in Wirklichkeit auf die traditionelle Rolle als Ehefrau und Mutter zu verweisen droht, illustriert beispielsweise das Vorbringen des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung im vorgenannten Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht, in dem er noch 1992 — d. h. ein Jahr nach dem Urteil Stoeckel (vgl. oben, Fußnote 20), in dem der Gerichsthof erstmals feststellte, daß das Nachtarbeitsverbot für Frauen eine rechtswidrige Diskriminierung darstellt — das auf ein Gesetz aus dem Jahr 1891 zurückgehende Nachtarbeitsverbot für Frauen verteidigte. Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts, das den Vorrang der Richtlinie vor mit ihr unvereinbaren nationalen Bestimmungen klar bestätigte, ist zu entnehmen, daß das Bundesarbeitsministerium — unter erheblicher Kritik des Deutschen Juristinnenbundes und des Deutschen Frauenrings, die ebenfalls am Verfahren beteiligt waren — versuchte, das fragliche Verbot damit zu rechtfertigen, daß „Frauen ... weitaus häufiger als Männer neben ihrer Berufsarbeit mit der Betreuung von Kleinkindern und mit Hausarbeit belastet seien" (a. a. O., S. 200). Ähnliche Erwägungen sind auch in der Mitteilung der Kommission vom 20. März 1987 über die Rechtsvorschriften zum Schutz der Frau in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, KOM(87) 105 endg., Abschnitt I-4, S. 5, zu finden.

50 — Vgl. Kokott (a. a. O., Artikel 12a, Randnr. 6).

51 — Vgl. Urteile in den Rechtssachen Kommission/Vereinigtes Königreich (Randrn. 14 bis 16) und 318/86 (Kommission/Frankreich, Randnr. 25), die Schlußanträge von Generalanwalt Sir Gordon Slynn in letztgenannter Rechtssache (Slg. 1988, 3570 f.) sowie meine Schlußanträge in der Rechtssache Sirdar (Nrn. 35 bis 37).

schen Polizei, aber von fünf ihrer Teilbereiche („corps")[52] ausschloß, für nicht hinreichend bestimmt. Im wesentlichen entschied er, Ausnahmen nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie seien nur zulässig, wenn zunächst *innerhalb* jedes einzelnen „corps" die *speziellen Tätigkeiten* bestimmt würden, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstelle (Randnrn. 25 bis 30 des Urteils).

27. Im vorliegenden Fall ist der Ausschluß von Frauen von der Bundeswehr nicht auf bestimmte Teilbereiche beschränkt, sondern gilt unterschiedslos für *alle* Bereiche außer dem Sanitäts- und Militärmusikdienst. Die deutsche Regierung macht geltend, dies sei erforderlich, um einen „interaktiven" Einsatz aller kämpfenden Einheiten zu ermöglichen (vgl. oben, Nr. 14), wobei zwischen (gefährlicheren) Verwendungen an der Front und (weniger gefährlichen) Verwendungen in der Etappe nicht unterschieden werden könne. Anders ausgedrückt, das Erfordernis der interaktiven Einsatzfähigkeit der Bundeswehr verleihe dem in Artikel 12a GG und den entsprechenden Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Ausschluß den Charakter einer spezifischen Ausnahme. Dieser Aspekt erinnert an die — in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich) erörterte — „Austauschbarkeit" von Polizeikräften, die nach Auffassung der französischen Regierung die dortige Einstellungsregelung für bestimmte Teilbereiche rechtfertigte[53]. Der Gerichtshof hielt diese Regelung aber für unvereinbar mit der Richtlinie, da zweifelhaft war, ob dieser Grundsatz der „Austauschbarkeit" tatsächlich erforderlich war und konkret angewandt wurde. Die „interaktive Einsatzfähigkeit", die für die Bundeswehr insgesamt gegeben sein müsse, ähnelt dem Grundgedanken nach weiter der „allseitigen Verwendbarkeit" der britischen Marineinfanterie in der Rechtssache Sirdar. In jenem Verfahren hatte die britische Regierung laut dem Vorlagebeschluß überwältigende Beweise dafür vorgelegt, daß der Grundsatz der allseitigen Verwendbarkeit tatsächlich fortwährend für alle Einheiten der Marineinfanterie durchgeführt wurde[54], und aus diesem Grund hielt ich die fragliche Ungleichbehandlung, die ebenfalls für *jede* Einstellung bei der Marineinfanterie galt, für hinreichend spezifisch[55]. Wendet man die im Urteil Kommission/Frankreich dargelegten Grundsätze (auf die ich mich bereits in der Rechtssache Sirdar gestützt habe) auf den vorliegenden Fall an, so scheint das geltend gemachte Erfordernis der „interaktiven Einsatzfähigkeit" die fragliche Ungleichbehandlung hingegen nicht zu rechtfertigen, denn die deutschen Stellen haben nicht nachgewiesen, daß dieses Prinzip tatsächlich in allen Einheiten mit „Kombattantenstatus", also in sämtlichen Einheiten außer dem Sanitäts- und Militärmusikdienst, angewandt wird.

28. Eine für die gesamten Streitkräfte geltende „interaktive Einsatzfähigkeit" ließe sich außerdem schlecht vereinbaren mit der zunehmenden Spezialisierung unterschiedlicher Einheiten, die mit immer komplizierteren Kampfmitteln ausgerüstet sind und deren Soldaten häufig nur noch die technischen Fertigkeiten für einen bestimmten Bereich oder sogar nur eine be-

52 — Kommissare, Kommandanten und „officiers du paix", Inspektoren, Untersuchungsbeamte, untere Dienstgrade und Aufseher (vgl. Slg. 1988, 3561 f.).

53 — Vgl. dazu meine Überlegungen in den Schlußanträgen in der Rechtssache Sirdar (Nr. 36).

54 — Vgl. Nr. 7 meiner Schlußanträge.

55 — Vgl. Nrn. 35 f. meiner Schlußanträge.

stimmte Einheit erlernen. Es ist deshalb wenig überzeugend, wenn behauptet wird, es solle möglich bleiben, jeden „Kombattanten" anders als seiner Ausbildung gemäß und sogar mit Waffen einzusetzen, deren Gebrauch nur längerfristig erwerbbare Kenntnisse voraussetzt. Die britischen Marineinfanteristen durchlaufen hingegen — ausnahmslos — die gleiche langwierige (und gerade auf die allseitige Verwendbarkeit ausgerichtete) Spezialausbildung und haben potentiell die gleichen Aufgaben zu erfüllen. In der Rechtssache Sirdar wurde z. B. dargetan, daß sich selbst die Köche ebenso wie andere Angehörige dieser Einheiten dreimal jährlich einer Intensivprüfung ihrer körperlichen Leistungsfähigkeit unterziehen müssen [56].

29. Die fehlende Spezifität der in Artikel 12a GG und den entsprechenden Durchführungsbestimmungen vorgesehenen Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz scheint damit auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt der Rechtsprechung des Gerichtshofes zuwiderzulaufen: Ungleichbehandlungen, für die die Vorbehaltsregelung des Artikels 2 Absatz 2 geltend gemacht wird, müssen hinreichend transparent sein, um der Kommission eine wirksame Überprüfung zu ermöglichen [57]. Im vorliegenden Fall läßt sich wegen der Allgemeinheit der in der Vorlagefrage genannten nationalen Vorschriften nicht nachprüfen, ob alle Verwendungen, zu denen Frauen nicht zugelassen sind, „tatsächlich den spezifischen Tätigkeiten entsprechen, für die das Geschlecht im Sinne von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie eine unabdingbare Voraussetzung darstellt" [58]. Mir sei erlaubt, hier hinzuzufügen, daß offenbar die Kommission selbst zur Aufrechterhaltung dieser Ungleichbehandlung beigetragen hat. Der Gerichtshof hat nämlich im vorliegenden Verfahren eine präzise schriftliche Frage an die Kommission gerichtet, mit der er in Erfahrung bringen wollte, wie die Kommission die Berufe und Tätigkeiten, auf die die Mitgliedstaaten (einschließlich Deutschland) den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie nicht anwenden, nach Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie überprüft [59]. Wie bereits in der Vergangenheit [60] hat die Kommission dazu aber keine konkreten Angaben gemacht.

30. Nach alledem ist festzustellen, daß die im Vorabentscheidungsersuchen bezeichnete Ausschlußregelung weder in den Anwendungsbereich des Artikels 2 Absatz 2 noch in den des Artikels 2 Absatz 3 der Richtlinie fällt und daher mit dieser unvereinbar ist. Für den Fall, daß der Gerichtshof dieser Auffassung nicht folgt, seien noch einige Überlegungen angefügt, die die Stichhaltigkeit der von der deutschen Regierung für die fraglichen Maßnahmen gegebenen Begründung und deren Verhältnismäßigkeit zum Gegenstand ha-

56 — Vgl. Nrn. 6 f. meiner Schlußanträge.

57 — Vgl. Urteile in den Rechtssachen 318/86 (Kommission/Frankreich, Randnrn. 25 f.) und wesentlich in gleichem Sinne Kommission/Deutschland (Randnrn. 36 ff.).

58 — Urteil in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich, Randnr. 27).

59 — Im Urteil in der Rechtssache Kommission/Deutschland (Randnr. 38) nahm der Gerichtshof auf diese Prüfungsbefugnis und -pflicht der Kommission als Hüterin des Vertrages ausdrücklich Bezug.

60 — Vgl. Urteil Kommission/Deutschland (Randnr. 34).

ben. Sollte der Gerichtshof die Regelung nämlich für richtlinienkonform halten, so hätte das nationale Gericht — im Rahmen der in Artikel 177 EG-Vertrag (jetzt Artikel 234 EG) vorgesehenen Zuständigkeitsverteilung — zu prüfen, ob die Ablehnung von Frau Kreil tatsächlich gerechtfertigt ist und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht [61]. In diesem Zusammenhang ist vorab auf einen Punkt hinzuweisen: Die deutsche Regierung meint nämlich, ein Mitgliedstaat könne nach eigenem Ermessen festlegen, in welchen Fällen der Grundsatz der Gleichbehandlung Ausnahmen aus soziokulturellen Gründen unterliege. Wie ist diese Auffassung begründet?

6. Die Rolle des Ermessens bei der Festlegung der Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung

31. Nach Ansicht der deutschen Regierung ergibt sich eine derartige Befugnis, nach Ermessen Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung festzulegen, im vorliegenden Fall aus historischen Gründen, die die „moralische Verpflichtung zum Schutz der Frau" im Sinne von Artikel 12a GG erklärten. Damit rückt die deutsche Regierung den vorliegenden Fall in die Nähe der vom Gerichtshof geprüften Beschränkungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus Gründen der öffentlichen Ordnung im Sinne von Artikel 48 Absatz 3 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 39 Absatz 3 EG). In den Urteilen Van Duyn [62] und Bouchereau [63] stellte der Gerichtshof fest, „daß die besonderen Umstände, die [beim Erlaß von Rechtsvorschriften über die Ausweisung von Ausländern] die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wechsel verschieden sein können, so daß insoweit den zuständigen innerstaatlichen Behörden ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen ist" [64]. Meines Erachtens läßt sich diese Aussage indessen nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

32. Wie ich in der Rechtssache Sirdar, in der das Vereinigte Königreich eine ähnliche Auffassung wie hier die deutsche Regierung vertrat, ausgeführt habe, braucht das nationale Gericht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes bei seiner Prüfung der Frage, ob die für eine Ausnahme gemäß Artikel 2 Absatz 2 angeführten Gründe zutreffen und verhältnismäßig sind, nicht „einen gewissen Ermessensspielraum" zu

61 — Vgl. Urteil Johnston (Randnrn. 38 f.).

62 — Urteil vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (Slg. 1974, 1337, Randnrn. 18 f.).

63 — Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Slg. 1977, 1999, Randnrn. 33 bis 35).

64 — Urteil Bouchereau (Randnr. 34), vgl. auch Urteil Van Duyn (Randnr. 18).

berücksichtigen, den der betroffene Mitgliedstaat in Anspruch nehmen will[65].

7. Gesichtspunkte für die Prüfung der Begründetheit und Verhältnismäßigkeit der in Frage stehenden Ausnahme

33. Die deutsche Regierung trägt vor, nur durch Artikel 12a GG und die auf seiner Grundlage erlassenen Bestimmungen, die sichtlich vom humanitären Völkerrecht inspiriert seien, könne sichergestellt werden, daß Frauen „auf keinen Fall" als „Kombattanten" feindlicher Waffenwirkung ausgesetzt würden (vgl. oben, Nr. 12). Tatsächlich bieten aber, wie im folgenden aufgezeigt werden soll, weder die deutsche Verfassung noch das Abkommen, noch das Zusatzprotokoll Frauen deutscher Staatsangehörigkeit trotz ihres (fast vollständigen) Ausschlusses von der Bundeswehr (mit bestimmten Ausnahmen) einen derartigen Schutz, durch den sichergestellt wäre, daß sie vor den Gefahren, die mit einem feindlichen Angriff oder der Ergreifung als Kriegsgefangene verbunden wären, bewahrt blieben.

34. Wie die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, besitzen die deutschen Streitkräfte gemäß Artikel 87b GG eine eigene zivile Verwaltung mit etwa 142 000 Mitarbeitern (gegenüber 330 000 Soldaten), deren Hauptaufgaben die Personalverwaltung und die Deckung des Sachbedarfs der Bundeswehr sind. Unter den zivilen Mitarbeitern, die diese Aufgaben wahrnehmen, befinden sich nach Angaben der deutschen Regierung etwa 49 500 Frauen. Man kann aber nicht davon ausgehen, daß das humanitäre Völkerrecht *allen* Angehörigen der Bundeswehrverwaltung den Schutz der Zivilbevölkerung gemäß Artikel 51 des Zusatzprotokolls zuerkennt. Zumindest in bestimmten Fällen scheint es völkerrechtlich vielmehr zulässig zu sein, sie ebenso wie „Kombattanten" als „Kriegsgefangene" anzusehen. Gemäß Artikel 50 des Zusatzprotokolls und Artikel 4 Buchstabe A Absatz 4 des Abkommens (auf den die erstgenannte Vorschrift verweist) gelten nämlich nicht als Zivilpersonen und sind also Kombattanten solche „Personen, die den Streitkräften folgen, ohne in sie eingegliedert zu sein, wie zivile Besatzungsmitglieder von Militärfahrzeugen, Kriegs-

65 — Vgl. Nrn. 40 f. meiner Schlußanträge in der Rechtssache Sirdar, wo ich mich auf das Urteil Johnston bezogen habe. Was unmittelbar die historischen Gründe angeht, die für Artikel 12a GG angeführt werden, so erinnere ich daran, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinem Urteil vom 26. September 1995 in der Rechtssache Vogt/Deutschland (Serie A, Bd. 323) nicht der dort von der deutschen Regierung geäußerten Auffassung zu folgen vermochte, daß die Erfahrung Deutschlands aus der Zeit, die zur Errichtung des nationalsozialistischen Regimes führte, eine die Meinungsfreiheit offenkundig verletzende Maßnahme rechtfertigen könne. Zu dem zugrundeliegenden Sachverhalt der Entlassung einer Studienrätin mit der Begründung, als aktives Mitglied der Deutschen Kommunistischen Partei sei sie nicht verfassungstreu, stellte der EGMR fest, auch die deutsche Erfahrung während der Weimarer Republik, die zum „Alptraum des Nazismus" geführt habe, könne eine derart einschneidende Maßnahme nicht als Verteidigung von Grundwerten wie der nationalen Sicherheit und der öffentlichen Ordnung rechtfertigen (vgl. Randnrn. 49 ff. des Urteils). Mit einer ähnlichen Argumentation wie im vorliegenden Fall hatte die deutsche Regierung dort vorgetragen, die Bundesrepublik Deutschland trage im Kampf gegen alle Formen des Extremismus von rechts oder links eine besondere Verantwortung, und deshalb, sowie wegen der Erfahrung der Weimarer Republik, habe jeder Beschäftigte im öffentlichen Dienst eine besondere politische Treuepflicht, da die öffentliche Verwaltung einen Eckpfeiler einer „wehrhaften Demokratie" bilde (Randnr. 54 des Urteils). Besonders zu erwähnen ist die Feststellung des EGMR, daß „der *absolute* Charakter der politischen Treuepflicht [der Beschäftigten im öffentlichen Dienst], wie sie von den deutschen Gerichten angenommen wird, auffällig ist" (Randnr. 59 des Urteils, Hervorhebung von mir).

berichterstatter, Heereslieferanten, Mitglieder von Arbeitseinheiten oder von Diensten, die für die Betreuung der Militärpersonen verantwortlich sind, ... die [die Streitkräfte] begleiten". Diese Personen werden, wenn sie in Feindeshand fallen, gemäß Artikel 4 des Abkommens als „Kriegsgefangene" betrachtet. Das Verwaltungsgericht Hannover muß daher meines Erachtens prüfen, welche konkreten Aufgaben Frauen in der Bundeswehrverwaltung gemäß Artikel 87b GG wahrnehmen, um festzustellen, ob ihre unterstützende Tätigkeit bei der Bundeswehr im Hinblick auf den Zweck des Artikels 12a GG kohärent erscheint.

35. Schließlich sind praktische Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Es ist nämlich nicht ersichtlich, wie gewährleistet werden soll, daß Frauen, die im Rahmen von Artikel 87b GG im Führungsstab der Bundeswehr oder bei anderen Befehlsstellen — etwa als Sekretärin — oder auch bei jeder beliebigen Bundeswehreinheit unterstützende Aufgaben wahrnehmen, vollständig den Gefahren entzogen bleiben, die das humanitäre Völkerrecht auf die „Kombattanten" zu begrenzen sucht. Es ist bekannt, daß infolge der modernen Langstreckenwaffen in heutigen Konfliktfällen die Nervenzentren der Befehls- und Kontrollstruktur von Streitkräften zu den ersten Zielobjekten gehören. So gibt es aber eine erhebliche Zahl von Frauen, nämlich ungefähr 49 500, die in der Bundeswehrverwaltung Seite an Seite mit den (nach Angaben der deutschen Regierung gleichfalls administrativ eingesetzten) Soldaten eine Vielzahl „nichtmilitärischer" Aufgaben wahrnehmen und, wie angenommen werden muß, vor feindlichen Angriffen nicht geschützt wären. Das nationale Gericht hätte somit die Zweckmäßigkeit einer Maßnahme mit Schutzcharakter zu prüfen, die einerseits die Gefahren, denen vorgebeugt werden soll, nicht vollständig vermeidet und andererseits Frauen von mehr als 300 000 Arbeitsplätzen fast vollständig ausschließt (wie von der Kommission hervorgehoben, handelt es sich dabei zudem um Arbeitsplätze, die negativen Schwankungen der Wirtschafts- und Marktkonjunktur nicht unterliegen und eine technische Berufsausbildung ermöglichen, die für die Betroffenen bei einer Rückkehr in die zivile Arbeitswelt außerordentlich nützlich ist) [66]. In diesem Zusammenhang hätte das vorlegende Gericht insbesondere der Frage nachzugehen, ob nicht Frauen, die „zivile" Aufgaben wahrnehmen, in Wirklichkeit, wenngleich nur in zweiter Linie, den gleichen Gefahren ausgesetzt sind wie die Soldaten.

36. Der praktisch vollständige Ausschluß von Frauen von der Bundeswehr aus Gründen ihres Schutzes scheint ferner einer Politik zu widersprechen, die andere Tätigkeitsbereiche mit erheblichem Risikopotential Frauen mehr und mehr öff-

66 — Die Vermengung und Verwandtschaft zwischen zivilen und militärischen Aufgaben in der Bundeswehrverwaltung wird durch den von der deutschen Regierung erwähnten Umstand unterstrichen, daß die Streitkräfte anderer Länder eine Trennung „ziviler" und „militärischer" Aufgabenkreise nicht kennen, sondern für Verwaltungsaufgaben fast ausschließlich Soldaten einsetzen. Damit stellt sich meines Erachtens ein weiteres Mal die Frage, wie gewährleistet werden soll, daß die in großer Zahl bei der Bundeswehr in unterstützenden Funktionen tätigen Frauen „keinesfalls" feindlichen Angriffen gegen Ziele wie Kasernen, Nachschubdepots und die gesamte logistische Infrastruktur ausgesetzt werden.

net. Ich beziehe mich hier insbesondere auf die Bereiche der Feuerwehr [67] und der Polizei [68]. Was die Polizeikräfte angeht, so sind sie zwar nicht den gleichen Gefahren wie Soldaten im Kriegsfall, aber gleichwohl erheblichen Risiken ausgesetzt, darunter dem von Feuergefechten mit gefährlichen Straftätern und Terroristen. Was die Feuerwehr betrifft, so ist es nach dem genannten neueren Urteil des Bundesverfassungsgerichts (vgl. oben, Fußnote 49) sogar verfassungswidrig, Frauen von einer Dienstpflicht auszunehmen. Die deutsche Regierung hat dazu in der mündlichen Verhandlung lediglich ausgeführt, die unterschiedliche Behandlung von Einstellungen bei Polizei und Bundeswehr sei darauf zurückzuführen, daß nur Soldaten „Kombattanten" im Sinne des humanitären Völkerrechts seien. Wie bereits ausgeführt, ist das Bestehen eines Kombattantenstatus aber ein Gesichtspunkt, dessen Relevanz als solche bereits vom nationalen Gericht zu überprüfen ist (vgl. oben, Nrn. 33 bis 35). Entscheidend ist also die vom vorlegenden Gericht vorzunehmende Prüfung, ob die grundsätzliche Ungleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der Streitkräfte tatsächlich durch die Gefahren gerechtfertigt werden kann, die diesen Tätigkeiten *selbst innewohnen*.

37. Was schließlich die Gefahren angeht, die mit einer möglichen Gefangennahme, also mit dem Kriegsgefangenenstatus, verbunden sind, so sind sie im Licht des — heute erheblich stärker als noch unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg entwikkelten [69] — modernen humanitären Völkerrechts als erheblich geringer einzustufen

67 — In seinem Urteil zur Feuerwehrdienstpflicht (vgl. oben, Fußnote 49) hat das Bundesverfassungsgericht die in mehr als der Hälfte der Bundesländer bestehende Ausnahme von Frauen von der Feuerwehrdienst*pflicht* für verfassungswidrig erklärt, *da sie objektiv nicht durch das Erfordernis gerechtfertigt sei, Frauen vor Gefährdungen zu schützen, die für Männer nicht bestünden, und zudem eine überkommene Rollenverteilung verfestigen könne* (BVerfGE 92, 109-113). Das Urteil ist besonders bemerkenswert, da das Bundesverfassungsgericht in den siebziger und achtziger Jahren wiederholt entschieden hatte, die für Frauen geltende Ausnahme von dieser Dienstpflicht (die für alle dienstfähigen erwachsenen Männer gilt, aber durch eine Feuerwehrabgabe ersetzt werden kann, sofern für die Wahrnehmung der Feuerwehraufgaben genügend Freiwillige zur Verfügung stehen) sei wegen der mit ihr verbundenen Gefahren objektiv gerechtfertigt, obgleich Frauen diesen Dienst seit 1978 in mehreren Bundesländern freiwillig leisten konnten (zum besseren Verständnis der vom Bundesverfassungsgericht erörterten Problematik vgl. auch Urteil des EGMR vom 18. Juli 1994 in der Rechtssache Schmidt/Deutschland, Serie A, Band 291-B).

68 — Auf diesen Widerspruch weist auch Zuleeg (a. a. O., 1020) hin. Hier ist auch an die Tätigkeit von Sozialarbeiterinnen in Strafanstalten für Männer zu denken: So hat es das vorlegende deutsche Gericht in der Rechtssache 14/83 (Urteil vom 10. April 1984, Van Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891), das dem Gerichtshof mehrere Fragen zu den im nationalen Recht vorgesehenen Sanktionen im Fall einer geschlechtsbedingten Diskriminierung durch den Arbeitgeber zur Vorabentscheidung vorlegte, nicht bezweifelt, daß eine solche Diskriminierung vorliege, wenn eine Strafanstalt für Männer die Einstellung zweier ausgebildeter Sozialarbeiterinnen wegen ihres Geschlechts mit der Begründung ablehnt, die Einstellung von weiblichen Bewerbern für derartige Anstalten sei problematisch und risikoreich (vgl. Randnrn. 2 f. des Urteils).

69 — Nach Rodley existierte vor dem Zweiten Weltkrieg ein Völkerrecht zum Schutze der Menschenrechte nicht (a. a. O., S. 1). Seine Entwicklung habe, auch im Hinblick auf bewaffnete Konflikte, erst mit den drei Genfer Abkommen eingesetzt, denen im Laufe der Jahre zahlreiche weitere internationale Übereinkommen gefolgt seien, die nicht nur bestimmte Regeln definierten („standard setting"), sondern auch Mechanismen zur Sicherung der Einhaltung dieser von den Staaten eingegangenen internationalen Verpflichtungen enthielten (der bekannteste dieser Mechanismen ist das mit der Resolution Nr. 1503 des Wirtschafts- und Sozialrates der Vereinten Nationen vom 27. Mai 1970 eingeführte Verfahren, das die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen ermächtigt, über mutmaßliche schwere Verletzungen der Menschenrechte und Grundfreiheiten Untersuchungen anzustellen oder eingehende Berichte zu fertigen, vgl. N. Rodley, a. a. O., S. 6, Fußnote 18).

als in der Epoche, auf die sich die deutsche Regierung bezieht, also als in der Zeit des Dritten Reiches, die 1956 für den deutschen Verfassungsgeber eine maßgebende Rolle spielte (vgl. oben, Nr. 12). Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der fraglichen nationalen Regelung darf also die erhebliche Fortentwicklung des humanitären Völkerrechts im Sinne eines verbesserten Schutzes nicht außer Betracht bleiben.

38. Ich komme damit zu dem Ergebnis, daß die Richtlinie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Ungleichbehandlung entgegensteht, und habe ferner eine Reihe von Gesichtspunkten aufgezeigt, die vom nationalen Gericht bei der ihm obliegenden Prüfung zu berücksichtigen wären, ob der fast vollständige Ausschluß von Frauen von der Bundeswehr tatsächlich aus den von der deutschen Regierung angeführten Gründen gerechtfertigt und zudem verhältnismäßig ist.

VI — Ergebnis

39. Ich schlage vor, die vom Verwaltungsgericht Hannover vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

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 steht nationalen Vorschriften wie § 1 Absatz 2 Satz 3 des Soldatengesetzes in der Fassung vom 15. Dezember 1995, zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Dezember 1997, und § 3a der Soldatenlaufbahnverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Januar 1998 entgegen, mit denen Frauen von der Einstellung in allen Kampfeinheiten der Streitkräfte ausgeschlossen werden.