Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen der Einstellung einer schwangeren Frau Nachteile zu befürchten hat, die sich aus einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit ergeben, wonach eine mit Schwangerschaft und Entbindung zusammenhängende Verhinderung an der Arbeitsleistung einer Verhinderung wegen Krankheit gleichsteht. Dabei ist es unerheblich, daß sich kein Mann um die freie Stelle beworben hat.

2. Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch für eine Sanktion, die sich in den Rahmen einer zivilrechtlichen Haftungsregelung einfügt, so reicht jeder Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen aus, um die volle Haftung seines Urhebers auszulösen, ohne daß die im nationalen Recht vorgesehenen Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden können.

SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache C-177/88 *

I — Einschlägige Rechtsvorschriften

A — *Die Richtlinie 76/207/EWG*

Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 (ABl. L 39, S. 40; nachstehend: „die Richtlinie") hat ihrem Artikel 1 Absatz 1 zufolge 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 verwirklicht wird.

In Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie heißt es:

„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."

Nach Absatz 3 dieses Artikels steht die Richtlinie jedoch „nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei

* Verfahrenssprache: Niederländisch.

Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen".

Nach Artikel 3 Absatz 1 ist der in dieser Weise näher bestimmte Grundsatz der Gleichbehandlung auf die Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu den Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — anwendbar. Artikel 3 Absatz 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen,

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

b) daß die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Bestimmungen in Tarifverträgen oder Einzelarbeitsverträgen, in Betriebsordnungen sowie in den Statuten der freien Berufe nichtig sind, für nichtig erklärt oder geändert werden können;

c) ...".

Schließlich sieht Artikel 9 Absatz 1 Unterabsatz 1 vor, daß die Mitgliedstaaten, was die genannten Bestimmungen betrifft, die erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, um der Richtlinie binnen 30 Monaten nach ihrer Bekanntgabe, das heißt bis zum 12. August 1978, nachzukommen.

B — *Das innerstaatliche Recht*

Die „Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen" (Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen) vom 1. März 1980 (Stbl. 1980, 86) bezweckt die Anpassung des niederländischen Rechts an die Richtlinie 76/207. Durch ihren Artikel 1 wurde ein neuer Artikel 1637*ij* in das „Burgerlijk Wetboek" (Bürgerliches Gesetzbuch) eingefügt, der wie folgt lautet:

„1. Der Arbeitgeber darf beim Abschluß des Arbeitsvertrages, bei der Erteilung von Unterricht an den Arbeitnehmer, hinsichtlich der Arbeitsbedingungen ... weder unmittelbar noch — zum Beispiel durch Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — mittelbar Unterschiede zwischen Männern und Frauen machen.

...

3. Absatz 1 Satz 1 dieses Artikels findet keine Anwendung auf Vereinbarungen, die sich auf den Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, beziehen.

4. Absatz 1 Satz 1 dieses Artikels findet keine Anwendung auf Vereinbarungen, durch die Arbeitnehmern eines bestimmten Geschlechts Vorteile eingeräumt werden sollen, um tatsächlich bestehende Ungleichheiten zu beseitigen.

..."

Artikel 3 Absatz 1 des Gesetzes bestimmt:

„In Stellenanzeigen oder bei der Besetzung freier Stellen dürfen weder unmittelbar noch — zum Beispiel durch Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — mittelbar Unterschiede zwischen Männern und Frauen gemacht werden. Das in diesem Artikel ausgesprochene Verbot gilt nicht in den Fällen, in denen das Geschlecht ausschlaggebend ist."

Artikel B2 der „Algemene Burgerlijke Pensioenwet" (Allgemeines Bürgerliches Pensionsgesetz; nachstehend: „ABP") vom 6. Januar 1966 (Stbl. 6) sieht vor, daß die Angehörigen des Personals der „besonderen Bildungsanstalten" (bijzonder onderwijs) Beamte im Sinne dieses Gesetzes sind (obwohl sie im übrigen den Status von Arbeitnehmern im Sinne des bürgerlichen Rechts haben).

Die königliche Verordnung vom 19. Dezember 1967 (Stbl. 683), die aufgrund von Artikel B13 ABP erlassen wurde, regelt die Ansprüche bestimmter Beamtengruppen im Sinne des ABP bei Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder wegen eines Gebrechens.

Nach Artikel 2 Absatz 1 „erhält der Arbeitnehmer, der wegen Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, während des Kalendermonats, in dem die Verhinderung eingetreten ist, sowie während des darauf folgenden Jahres sein volles Arbeitsentgelt und anschließend 80 % seines Arbeitsentgelts".

Artikel 3 der genannten Verordnung in der Fassung der königlichen Verordnung vom 24. Dezember 1975 (Stbl. 767) lautet:

„1. Bei Anwendung dieser Verordnung steht eine Verhinderung an der Arbeitsleistung im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung sowie wegen eines Gebrechens der Verhinderung wegen Krankheit gleich.

2. Die Verhinderung im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft gilt in jedem Fall von dem Tag an als gegeben, von dem an gerechnet die Entbindung laut einer deren mutmaßlichen Zeitpunkt angebenden Bescheinigung eines Arztes oder Geburtshelfers innerhalb von sechs Wochen zu erwarten ist.

3. Die Verhinderung im Zusammenhang mit einer Entbindung gilt in jedem Fall während mindestens sechs Wochen nach dem Tag der Entbindung als gegeben."

Artikel 14 der Verordnung lautet:

„Die Bestimmungen dieser Verordnung finden keine Anwendung auf Arbeitnehmer, deren Rechtsstellung durch Vorschriften geregelt ist, die für Staats-, Provinz- oder Gemeindebedienstete gelten und für den Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder wegen eines Gebrechens Ansprüche begründet; ebensowenig finden sie auf die Arbeitnehmer von Einrichtungen Anwendung, für die eine besondere Regelung gilt, die für den Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder wegen eines Gebrechens Ansprüche begründet, die auf diesem Gebiet nicht weniger vorteilhaft sind als diejenigen, die sich für sie aus der Anwendbarkeit dieser Verordnung ergeben würden."

Dem Vorlageurteil zufolge fällt das Risiko der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit, was die Arbeitnehmer der „Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen" (Stiftung für das Bildungszentrum für junge Erwachsene; nachstehend: „VJV") obligatorisch in die Zuständigkeit der „Stichting Risicofonds Sociale Voorzieningen Bijzonder Onderwijs" (Stiftung für den Risikofonds für die Sozialvorsorge im Bereich der besonderen Bildungsanstalten; nachstehend: „Risikofonds"). Diese Stiftung entschädigt die ihr angeschlossenen einzelnen Arbeitgeber, wenn ein die Voraussetzungen der internen Regelung des Risikofonds über das Krankengeld (Ziekengeldreglement) erfüllender Versicherter erkrankt. Artikel 6 des Ziekengeldreglement („Ablehnungsbefugnis") lautet:

„Die Verwaltung kann die Zahlung von Krankengeld an eine angeschlossene Person ganz oder teilweise ablehnen:

a) wenn ein Versicherter im Zeitpunkt des Versicherungsbeginns nicht in der Lage war, seinen Dienst zu verrichten;

b) wenn ein Versicherter innerhalb eines halben Jahres nach Versicherungsbeginn zur Verrichtung seiner Arbeit unfähig geworden ist und aufgrund seines Gesundheitszustands im Zeitpunkt des Versicherungsbeginns mit dem Eintritt dieser Arbeitsunfähigkeit innerhalb eines halben Jahres erkennbar zu rechnen war;

..."

Artikel 6 des Ziekengeldreglements weicht von Artikel 44 der Ziektewet (Gesetz über die Krankenversicherung) ab, die die im allgemeinen für Arbeitnehmer im Privatsektor geltende Versicherungsregelung enthält und nach der Frau Dekker im Rahmen der Tätigkeit versichert war, die sie ausgeübt hatte, bevor sie sich für die Stelle bei dem VJV bewarb. Zwar enthält Artikel 44 Absatz 1 Buchstabe a erster und zweiter Gedankenstrich der Ziektewet Bestimmungen, die Artikel 6 des Ziekengeldreglements entsprechen, Absatz 1 Buchstabe b des genannten Artikels 44 bestimmt jedoch folgendes:

„Die Verwaltung des Betriebsverbandes oder der Abteilungskasse kann die Zahlung von Krankengeld ganz oder teilweise ablehnen:

a) ...

b) wenn die Schwangerschaft vor dem Tag des Versicherungsbeginns entstanden ist oder die Entbindung innerhalb von sechs Monaten nach diesem Tag stattgefunden hat; dies gilt nicht, wenn die Versicherung einschließlich der früheren Versicherung der Versicherten während des Zeitraums der Schwangerschaft nicht länger als 60 Tage unterbrochen war."

Angesichts der Fassung der dritten Vorlagefrage des Hoge Raad sei noch auf die Artikel 1401 und 1402 des Burgerlijk Wetboek hingewiesen. Artikel 1401 bestimmt: „Jede rechtswidrige Handlung, durch die einem anderen ein Schaden zugefügt wird, verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden dieser Schaden verursacht worden ist, zum Schadensersatz." Artikel 1402 lautet: „Jeder haftet nicht nur für den Schaden, den er durch sein Handeln, sondern auch für denjenigen, den er durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat."

II — Sachverhalt und Verfahren

Im Juni 1981 bewarb sich Frau Dekker um eine Stelle als Erzieherin in der vom VJV betriebenen Bildungsstätte für junge Erwachsene. Am 15. Juni 1981 teilte sie der Auswahlkommission mit, daß sie seit drei

Monaten schwanger sei. Die Kommission schlug sie dennoch der Leitung des VJV als für die Tätigkeit am besten geeigneten Bewerber vor. Mit Schreiben vom 10. Juli 1981 wurde Frau Dekker dann mitgeteilt, daß sie nicht eingestellt werde.

Als Grund für die Ablehnung nannte das Schreiben, daß Frau Dekker schon bei Einreichung ihrer Bewerbung schwanger gewesen sei und daß das VJV nach seinen Informationen für die Zeit der Abwesenheit Frau Dekkers wegen Schwangerschaft und Entbindung keine Zahlungen erhalten würde. Das VJV würde daher Frau Dekker im ersten Jahr 100 % und im zweiten Jahr 80 % ihres letzten Gehalts zu zahlen haben, ohne diese Beträge vom Risikofonds erstattet zu bekommen. Infolgedessen wäre es ihm finanziell unmöglich, einen Vertreter einzustellen, so daß es einen Teil seiner Bildungsplätze verlieren würde.

Die Arrondissementsrechtbank Haarlem und der Gerechtshof Amsterdam wiesen nacheinander die Klage von Frau Dekker auf Schadensersatz wegen Verdienstausfalls ab. Daraufhin legte Frau Dekker gegen das Urteil des Gerechtshof Kassationsbeschwerde ein.

Da die Rechtssache seiner Ansicht nach Fragen nach der Auslegung der Richtlinie 76/207 des Rates aufwirft, die Einfluß auf die Auslegung des zu deren Durchführung ergangenen niederländischen Gesetzes sowie der bereits zuvor in Kraft befindlichen Rechtsvorschriften haben könnten, hat der Hoge Raad mit Urteil vom 24. Juni 1988 dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag folgende Fragen vorgelegt:

„1) Verstößt ein Arbeitgeber unmittelbar oder mittelbar gegen den in den Artikeln 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 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 aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung, wenn er es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er wegen deren bei dieser Bewerbung bestehenden Schwangerschaft im Zusammenhang mit einer staatlichen Regelung über die Arbeitsunfähigkeit, wonach eine mit Schwangerschaft und Entbindung zusammenhängende Verhinderung an der Arbeitsleistung einer Verhinderung wegen Krankheit gleichsteht, Nachteile zu befürchten hat?

2) Macht es dabei einen Unterschied, daß sich kein Mann beworben hat?

3) Ist es mit den Artikeln 2 und 3 vereinbar,

a) daß neben der feststehenden Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber der abgelehnten

Bewerberin für die Zuerkennung eines mit dieser Verletzung begründeten Anspruchs der hier gegebenen Art noch ein Verschulden des Arbeitgebers verlangt wird, oder

b) daß sich der Arbeitgeber, wenn ein solcher Verstoß feststeht, seinerseits noch auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, ohne daß einer der Fälle des Artikels 2 Absätze 2 bis 4 vorliegt?

4) Reicht es, falls ein Verschulden im Sinne der Frage 3 verlangt werden darf oder Rechtfertigungsgründe angeführt werden können, für das Fehlen eines Verschuldens oder für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes aus, daß für einen Arbeitgeber die im Tatbestand (des Vorlageurteils) dargestellten Risiken bestehen, oder sind die Artikel 2 und 3 dahin auszulegen, daß er diese Risiken zu tragen hat, es sei denn, daß er sich vollständige Gewißheit darüber verschafft hat, daß die Leistung wegen Arbeitsunfähigkeit verweigert wird oder daß Bildungsplätze verlorengehen, und er sein möglichstes getan hat, um dies zu verhindern?"

Das Urteil des Hoge Raad ist am 30. Juni 1988 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Nach Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben schriftliche Erklärungen eingereicht: die Klägerin des Ausgangsverfahrens, Frau Dekker, vertreten durch Rechtsanwalt T. E. van Dijk, Den Haag; der Beklagte des Ausgangsverfahrens, das VJV, vertreten durch Rechtsanwalt J. L. de Wijkerslooth, Den Haag; die Regierung des Vereinigten Königreichs, vertreten durch J. A. Gensmantel, Treasury Solicitor's Department als Bevollmächtigte; die niederländische Regierung, vertreten durch den Generalsekretär des Außenministeriums E. F. Jacobs als Bevollmächtigten; schließlich die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch K. Banks und B. J. Drijber, beide vom Juristischen Dienst der Kommission, als Bevollmächtigte.

Der Gerichtshof hat am 7. Juni 1989 auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalwanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Er hat jedoch die niederländische Regierung schriftlich aufgefordert, ihm bis spätestens 15. Juli 1989 eine vollständige Abschrift des Ziekengeldreglements vorzulegen. Die niederländische Regierung ist diesem Ersuchen fristgemäß nachgekommen.

III — Vor dem Gerichtshof abgegebene schriftliche Erklärungen

Zur ersten Frage (Bestehen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung)

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* macht geltend, beide Tatsacheninstanzen hätten entschieden, daß im Prinzip ein Verstoß gegen das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen vorliege. Der Rechtbank zufolge sei der — durch Artikel 1 dieses Gesetzes eingefügte — Artikel 1637ij des Burgerlijk Wetboek verletzt worden, dem Gerechtshof Amsterdam zufolge Artikel 3 dieses Gesetzes. Beide Instanzen

hätten dann die Klage auf Schadensersatz mit der Begründung abgewiesen, der Arbeitgeber habe einen triftigen Rechtfertigungsgrund geltend gemacht, dank dem die Gesetzesverletzung ihren rechtswidrigen Charakter verloren habe. Der Umstand, daß auf eine schwangere Bewerberin eine staatliche Regelung anwendbar sei, die die Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Schwangerschaft und Entbindung der Verhinderung wegen Krankheit gleichstelle, ändere jedoch nichts an der Geschlechtsbezogenheit der Bezugnahme des Arbeitgebers auf ihre Schwangerschaft. Die staatliche Regelung bestimme weiter nichts, als daß dem an seiner Arbeitsleistung verhinderten Arbeitnehmer stets die gleichen Rechte zustünden, gleichviel auf welchem Grund die Verhinderung beruhe.

Handele es sich um eine Verhinderung wegen Krankheit, so könne die Ablehnungsbefugnis des Risikofonds Männer wie Frauen treffen. Dagegen stelle die Ablehnung der Zahlung von Krankengeld wegen Schwangerschaft und Entbindung einen Nachteil dar, der nur weiblichen Arbeitnehmern entstehen könne. Der Arbeitgeber, der einen solchen Nachteil geltend mache, berufe sich damit auf ein Hindernis, das ausschließlich bei Frauen auftreten könne, und treffe daher eine Unterscheidung, die die Richtlinie untersage.

Die innerstaatlichen gerichtlichen Vorinstanzen hätten die Frage nicht beantwortet, ob eine Berufung auf die Schwangerschaft eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung bedeute. Die Rechtslehre betrachte sie als mittelbare Diskriminierung, wobei der Hinweis auf die Schwangerschaft als Beispiel einer mittelbaren Diskriminierung durch Bezugnahme auf den Familienstand im Sinne der Richtlinie angesehen werde. Nach Ansicht der Klägerin des Ausgangsverfahrens stellt eine solche Bezugnahme jedoch eine unmittelbare Diskriminierung dar. Vorliegend gehe es nämlich nicht um eine familiäre Situation, die durch die Schwangerschaft entstanden wäre, sondern um die durch den Schwangerschafts- und Entbindungsurlaub bedingte, absolut geschlechtsspezifische Verhinderung an der Arbeitsleistung.

Für den Fall, daß der Gerichtshof die Bezugnahme auf die Schwangerschaft hier als mittelbare Diskriminierung ansehen sollte, bemerkt die Klägerin, es könne nicht angenommen werden, daß die vom Arbeitgeber vorgenommene Unterscheidung objektiv gerechtfertigt gewesen sei. Nachdem der Arbeitgeber erfahren habe, daß der Risikofonds befugt gewesen sei, die Leistung abzulehnen, habe er die Bewerberin sogleich abgewiesen, was in Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit stehe. Der Arbeitgeber habe übrigens nichts unternommen, um festzustellen, ob von der Ablehnungsbefugnis Gebrauch gemacht würde; ebensowenig habe er sich darum bemüht, der Inanspruchnahme dieser Befugnis oder den sich hieraus möglicherweise ergebenden nachteiligen Folgen vorzubeugen.

Schließlich seien die Folgen, mit denen der Arbeitgeber hätte rechnen müssen, nicht derart gravierend gewesen, daß das Interesse der Klägerin an der Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ihretwegen hätte zurücktreten müssen.

Der *Beklagte des Ausgangsverfahrens* ist demgegenüber der Ansicht, die erste Frage des Hoge Raad sei zu verneinen. Er macht zunächst einige Ausführungen zum Begriff der „Teilnehmerstunde" im Sinne der niederländischen Bestimmungen und zum Verhältnis zwischen diesem Begriff und dem — nach der Anzahl der Bildungsplätze bemessenen — Personalbestand einer Einrichtung wie des VJV. Er trägt dann vor, daß die Weigerung, einen Arbeitsvertrag mit einer Bewerberin zu schließen, nicht schon deswegen eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung im Sinne der Richtlinie darstelle, weil es sich um einen weiblichen Bewerber handele. Auch wenn eine Bewer-

berin die für die angestrebte Stelle erforderlichen Fähigkeiten besitze, könne ein Arbeitgeber durchaus triftige Gründe dafür haben, ihr keinen Arbeitsvertrag anzubieten (z. B. wenn sie zu hohe Gehaltsforderungen stelle). Die Weigerung eines Arbeitgebers, einer geeigneten Bewerberin einen Arbeitsvertrag anzubieten, stelle nur dann eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung dar, wenn sie ausschließlich oder unter anderem auf dem Wunsch beruhe, die angebotene Stelle nicht mit einer Frau zu besetzen, ohne daß sich hierfür ein triftiger Rechtfertigungsgrund finden ließe. Daß die Beweggründe des Arbeitgebers zu berücksichtigen seien, ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes: siehe die Urteile vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911), vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607), vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84 (Johnston, Slg. 1986, 1651) und vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 30/85 (Teuling, Slg. 1987, 2497).

Im vorliegenden Fall habe der Beklagte es nicht deswegen abgelehnt, der Klägerin eine Stelle anzubieten, weil sie eine Frau sei oder weil sie schwanger gewesen sei, sondern weil der Versicherer ihm mitgeteilt habe, daß der Risikofonds im Falle eines Schwangerschaftsurlaubs und einer mit Schwangerschaft und Entbindung in Zusammenhang stehenden möglichen späteren Arbeitsunfähigkeit Versicherungsleistungen ablehnen könne. Das hätte zur Folge gehabt, daß während des Schwangerschaftsurlaubs und einer etwaigen weiteren Arbeitsunfähigkeit der Klägerin kein Vertreter hätte eingestellt werden können, so daß aufgrund der bestehenden Zuschußregelung die Kontinuität der Tätigkeit des Beklagten und seiner Arbeitsmöglichkeiten ernsthaft gefährdet gewesen wäre.

Ausschlaggebend sei somit das finanzielle Risiko gewesen, das der Beklagte eingegangen wäre, wenn er die Klägerin eingestellt hätte. Zwar bestehe ein Zusammenhang zwischen der Schwangerschaft der Klägerin und der Entscheidung, sie nicht einzustellen, dieser Zusammenhang sei für den Beklagten jedoch eine Tatsache gewesen, die völlig außerhalb seines Einflußbereichs gelegen habe.

Der Beklagte habe auch nicht nach einem Grund gesucht, die Einstellung der Klägerin abzulehnen, während es ihm eigentlich darum gegangen sei, die Einstellung einer (schwangeren) Frau zu verhindern. Aus den tatsächlichen Feststellungen des Hoge Raad gehe nämlich hervor, daß der Beklagte bereit gewesen sei, sich mit der Abwesenheit der Klägerin während ihres Schwangerschaftsurlaubs abzufinden. Es sei lediglich darum gegangen, ob für diesen Zeitraum ein bezahlter Vertreter würde eingestellt werden können.

Die *niederländische Regierung* bestreitet zunächst in gewissem Sinne die Auslegung der betroffenen Regelung durch die Parteien des Ausgangsverfahrens. Da Regelungen wie die für den Risikofonds geltende nicht dazu führen dürften, daß die Arbeitnehmer geringere Ansprüche hätten als ihnen aufgrund der allgemeinen versicherungsrechtlichen Vorschriften zustehen würden, sei die Befugnis des Risikofonds, Leistungen an die Klägerin abzulehnen, nicht verbindlich. Ferner gelte die Gleichstellung der Schwangerschaft mit der Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Krankheit einzig und allein bezüglich des Leistungsanspruchs.

Was die Antwort auf die erste Vorlagefrage betrifft, so ist die niederländische Regierung der Ansicht, daß eine Unterscheidung zwischen Männern und Frauen getroffen werde, wenn die Einstellung einer Frau mit der Begründung abgelehnt werde, sie sei schwanger. Überdies hänge eine unterschiedliche Behandlung aufgrund von Schwangerschaft so eng mit dem Geschlecht der Betroffenen zusammen, daß von einer unmittelbaren Diskriminierung gesprochen werden müsse.

Das *Vereinigte Königreich* ist der Meinung, Artikel 3 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie verbiete es, die Einstellung einer Frau mit der Begründung,

sie sei nicht in der Lage zu arbeiten oder werde hierzu nicht in der Lage sein, abzulehnen, während ein Mann nicht aus demselben Grund abgelehnt worden wäre. Weiter gehe die Richtlinie nicht. Insbesondere verpflichte sie nicht dazu, eine Frau, weil sie schwanger sei oder weil mit ihrem Fehlen wegen Schwangerschaft oder Entbindung gerechnet werden müsse, günstiger zu behandeln als einen Mann, der sich in einer vergleichbaren Lage befinde. Aber wenn die Richtlinie auch keine günstigere Behandlung erfordere, gestatte ihr Artikel 2 Absatz 3 es den Mitgliedstaaten doch, Vorschriften zu erlassen, die den Frauen in Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Entbindung besondere Vergünstigungen einräumten, und lasse somit eine Abweichung von der allgemeinen Zielsetzung der Richtlinie zu, d. h. von der Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes. Das Vereinigte Königreich schlägt daher vor, die erste Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

„Ein Arbeitgeber, der es ablehnt, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er dem Umstand Rechnung trägt, daß die Bewerberin wegen ihrer Schwangerschaft arbeitsunfähig ist oder sein wird, verletzt nur dann den Gleichbehandlungsgrundsatz im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie, wenn er es nicht abgelehnt hätte, mit einem männlichen Bewerber einen Arbeitsvertrag zu schließen, weil er dem Umstand Rechnung trägt, daß dieser männliche Bewerber wegen Krankheit arbeitsunfähig ist oder sein wird. Artikel 2 Absatz 3 steht jedoch den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegen, wonach ein Arbeitgeber die Einstellung einer Bewerberin nicht deshalb ablehnen darf, weil sie wegen ihrer Schwangerschaft arbeitsunfähig ist oder sein wird. Derartige Vorschriften bedürfen daher keiner Revision nach Artikel 5 Absatz 2. Bestehen jedoch in einem Mitgliedstaat keine derartigen Vorschriften, so verlangt die Richtlinie 76/207/EWG nicht ihren Erlaß."

Die *Kommission* schildert den Sachverhalt, den Ablauf des Verfahrens vor den innerstaatlichen Gerichten und die einschlägigen innerstaatlichen Rechtsvorschriften, und bemerkt sodann zunächst, daß die Fragen des Hoge Raad unmittelbar auf Artikel 1401 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs zurückzuführen seien. Die außervertragliche Haftung setze unter anderem ein rechtswidriges Handeln voraus, wie es gegeben sei, wenn das Gesetz über die Gleichberechtigung von Männern und Frauen verletzt werde. Ob eine solche Verletzung vorliege, hänge insbesondere von der Auslegung dieses Gesetzes ab. Da es zur Durchführung der Richtlinie erlassen worden sei, müßten seine Bestimmungen im Lichte der Richtlinie ausgelegt werden (siehe die Urteile vom 11. April 1984 in der Rechtssache 14/83, Von Colson und Kamann, Slg. 1984, 1891, sowie vom 10. April 1984 in der Rechtssache 79/83, Harz, Slg. 1984, 1921).

Die Kommission fragt jedoch, ob hier wirklich eine gemeinschaftsrechtliche Frage vorliege. Den tatsächlichen Feststellungen zufolge habe der Beklagte des Ausgangsverfahrens es nämlich abgelehnt, die Klägerin einzustellen, weil die innerstaatliche Regelung einerseits die Schwangerschaft einer Krankheit gleichstelle und andererseits der Verwaltung des Risikofonds die Befugnis einräume, die Zahlung von Krankengeld abzulehnen, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb von sechs Monaten infolge einer bei Versicherungsbeginn vorhersehbaren „Krankheit" arbeitsunfähig werde.

Hieraus folge, daß die innerstaatliche Regelung oder zumindest die Art und Weise ihrer Durchführung im Zeitpunkt der streitigen Tatsachen nicht mit dem in der Richtlinie niedergelegten Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar gewesen sei. Da nur Frauen schwanger werden könnten, treffe die Sechsmonatsregel mehr Frauen als Männer. Da diese Regel außerdem hauptsächlich im Fall von neu eingegangenen Beschäftigungsverhältnissen eingreifen werde, die sich nicht an ein derselben Versicherungsregelung unterworfenes früheres Arbeitsverhältnis anschlössen, sei anzunehmen, daß sie vor allem junge weibliche Arbeitnehmer treffe, die angesichts ihres Lebensalters die Chance hätten, Kinder zu bekommen. Gleichviel ob hier eine unmittelbare Diskriminierung vorliege, wirke sich die Regelung jedenfalls als mittelbare Diskriminierung aus, was in Widerspruch zu der Verpflichtung stehe, die Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie den Niederlanden auferlege. Das eigentliche Problem liege daher hier beim innerstaatlichen Recht selbst, nicht bei dem Vorgehen des einzelnen Arbeitgebers.

Zu den Verpflichtungen des Arbeitgebers aus der Richtlinie stellt die Kommission fest, daß die innerstaatliche Regelung ihm keine bestimmte Verpflichtung auferlege. Sie belasse ihm die Freiheit, der Anwendung dieser Regelung Rechnung zu tragen oder auch nicht, belaste jedoch denjenigen Arbeitgeber finanziell, der trotz der Regelung das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts einhalte.

Man könne sich daher fragen, ob von dem Arbeitgeber zu verlangen sei, daß er diese diskriminierende innerstaatliche Regelung entweder völlig außer acht lasse oder sie vor Gericht mit der Begründung anfechte, sie sei mit der Richtlinie oder mit dem Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen unvereinbar. Der Ausgang eines solchen Verfahrens sei jedoch höchst ungewiß; überdies würde man damit dem Arbeitgeber eine Verpflichtung auferlegen, die den Staat treffe. Dies stünde wohl nicht in Einklang mit dem Urteil des Gerichtshofes vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723), da dem Arbeitgeber dadurch unmittelbar eine Verpflichtung auferlegt würde.

Im Ergebnis stellt die Kommission fest, es sei Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob der Grund, auf den sich der Arbeitgeber berufen habe, um vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen, tatsächlich darauf zurückzuführen sei, daß der Staat es unterlassen habe, die Richtlinie vollständig und korrekt umzusetzen.

Zur zweiten Frage (Bedeutung des Fehlens männlicher Bewerber)

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* macht geltend, in ihrem Fall gehe es um eine unzulässige Unterscheidung, weil die Bezugnahme auf ihre Schwangerschaft unmittelbar mit ihrem Geschlecht zusammenhänge. Das vom Arbeitgeber geltend gemachte Einstellungshindernis hätte niemals einen Mann treffen können. Die Richtlinie verbiete jedoch bei der Einstellung oder Auswahl auf dem Arbeitsmarkt jeglichen Rückgriff auf Kriterien, die ausschließlich (unmittelbare Unterscheidung) oder fast ausschließlich (mittelbare Unterscheidung) ein bestimmtes Geschlecht betrafen. Die Auffassung, eine Klage gegen einen Arbeitgeber wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung könne nur Erfolg haben, wenn sich auch Personen des anderen Geschlechts beworben hätten, würde unüberwindbare prozessuale Probleme schaffen. Für die Feststellung, ob sich Personen des anderen Geschlechts beworben hätten, sei man gänzlich auf Informationen der beklagten Partei angewiesen.

Nach Ansicht des *Beklagten* ist die zweite Frage zu bejahen. Es handele sich nicht um die diskriminierende Wirkung einer Maßnahme in abstracto, sondern um die konkrete Entscheidung eines Arbeitgebers, einen bestimmten Bewerber nicht einzustellen. Artikel 2 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie untersagten jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts; hieraus folge, daß von einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts nicht die Rede sein könne, wenn ein Arbeitgeber bei der Besetzung einer bestimmten Stelle eine Wahl zwischen ausschließlich weiblichen Bewerbern treffe. In einem derartigen Fall könne sich der Arbeitgeber bei seiner Wahl nur von finanziellen oder administrativen Überlegungen leiten lassen. Stehe fest, daß eine bestimmte Bewerberin während eines bestimmten Zeitraums an ihrem Arbeitsplatz fehlen werde, ohne daß eine Vertretung eingerichtet werden könne, während dies bei einer anderen Bewerberin nicht der Fall sei, so dürfe dies dazu führen, daß dieser anderen Bewerberin der Vorzug gegeben werde. Mit einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts habe dies nichts zu tun.

Die *niederländische Regierung* hält es für unerheblich, ob sich auch Männer beworben haben. Der — auf das Geschlecht der Betroffenen gestützte — Ablehnungsgrund selbst verletzt das Diskriminierungsverbot, ohne daß es auf die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls ankomme. Diese Verhältnisse spielten nur in Zusammenhang mit der Frage eine Rolle, ob es sich um eine mittelbare Diskriminierung handele.

Das *Vereinigte Königreich* ist der Ansicht, es sei unerheblich, ob sich auch Männer beworben hätten, sofern die Bewerberin nur beweisen könne, daß ein männlicher Bewerber mit vergleichbaren Fähigkeiten günstiger behandelt worden wäre.

Die *Kommission* führt aus, es sei unerheblich, ob sich lediglich Frauen für die Stelle beworben hätten, da auf den Grund für die Entscheidung des Arbeitgebers abzustellen sei. Die Ablehnung einer Bewerberin wegen Schwangerschaft stelle ihr gegenüber eine Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts dar, da sich eine Ablehnung aus diesem Grund begriffsnotwendig nur an eine Frau richten könne.

Zur dritten Frage (Ist ein Verschulden des Arbeitgebers oder ein bei ihm vorliegender Rechtfertigungsgrund erforderlich?)

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* entnimmt dem Wortlaut der Richtlinie, daß die Arbeitgeber nicht weiterhin mit der Begründung Unterschiede machen dürften, die Folgen der Gleichbehandlung brächten zu große Nachteile mit sich, denn der Gleichheitsgrundsatz untersage es nun einmal, Frauen gegenüber Männern zu benachteiligen. Dieser Grundsatz bedeute, daß der Arbeitgeber das Risiko praktischer Schwierigkeiten und finanzieller Nachteile zu tragen habe. Es obliege ihm, sich gegen etwaige nachteilige Folgen zu versichern.

Der *Beklagte des Ausgangsverfahrens* führt aus, die Beantwortung der dritten Frage sei mühsam, da die Unterscheidung in Frage 3 Buchstabe a und Frage 3 Buchstabe b zum Teil mit dem hier anwendbaren innerstaatlichen Recht zusammenhänge, das zwischen Rechtfertigungsgründen (die die Rechtswidrigkeit einer Handlung beseitigten) und Schuldausschließungsgründen (die die Haftung für verursachte Schäden entfallen ließen) unterscheide. Die Richtlinie mache dagegen keinen solchen Unterschied. Sie gestatte es lediglich, die Frage zu beantworten, ob eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in einem bestimmten Fall

gerechtfertigt sein könne, dies unabhängig davon, ob nach innerstaatlichem Recht ein Schuldausschließungs- oder ein Rechtfertigungsgrund vorliege.

Artikel 2 Absätze 2 bis 4 richte sich an die Mitgliedstaaten und enthalte nähere Bestimmungen über deren Rechtsetzungsbefugnis. Er schließe nicht aus, daß sich der einzelne Arbeitgeber im Hinblick auf die Einstellung einer bestimmten Bewerberin auf einen Rechtfertigungsgrund berufen könne, der es ihm gestatte, vom Grundsatz der Gleichbehandlung abzuweichen, ohne daß einer der in Artikel 2 Absätze 2 bis 4 genannten Fälle vorliege. Man könne nach Treu und Glauben die Folgen einer niederländischen Regelung, die für die Zwecke von Versicherungsleistungen, Krankheit und Schwangerschaft einander gleichstelle, nicht auf den einzelnen Arbeitgeber abwälzen, wenn sie die Kontinuität von dessen Tätigkeit und Arbeitsmöglichkeiten ernsthaft gefährdeten.

Nach Ansicht der *niederländischen Regierung* hängt das Bestehen eines auf Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gestützten Anspruchs nicht davon ab, ob ein Verschulden des Arbeitgebers vorliegt oder es gegebenenfalls an einem Rechtfertigungsgrund fehlt, auf den er sich berufen könnte. Die Richtlinie enthalte hierfür keine Anhaltspunkte; die Aufstellung derartiger Voraussetzungen würde das von ihr verfolgte Ziel ernsthaft gefährden.

Das *Vereinigte Königreich* führt aus, wenn feststehe, daß eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zum Nachteil der abgelehnten Bewerberin vorliege, bedürfe es nicht weiter eines Verschuldens des Arbeitgebers, um eine auf diese Verletzung gestützte Forderung begründet erscheinen zu lassen. Das gleiche gelte für die Berufung des Arbeitgebers auf einen Rechtfertigungsgrund. Liege dagegen einer der Fälle von Artikel 2 Absätze 2 bis 4 der Richtlinie vor, so könne in Wahrheit nicht von einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Rede sein.

Die *Kommission* macht geltend, wenn feststehe, daß der Arbeitgeber den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt habe, sei es mit der Richtlinie unvereinbar, seine Haftung noch von einer weiteren Voraussetzung abhängig zu machen. Entweder sei dieser Grundsatz verletzt (für diesen Fall habe das innerstaatliche Recht angemessene Sanktionen anzudrohen), oder es sei nicht verletzt (dann bedürfe es keiner Sanktionen).

Was etwaige zugunsten des Arbeitgebers wirkende wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe betreffe, so liege das Problem darin, ob der dem Arbeitgeber tatsächlich oder möglicherweise entstehende wirtschaftliche Schaden ihm einen Rechtfertigungsgrund für eine Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung liefern könne. Der Gerichtshof habe bisher keine Gelegenheit gehabt, sich hierzu im Rahmen der streitigen Richtlinie zu äußern. Der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. 1979, L 6, S. 24; siehe das bereits angeführte Urteil vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache Teuling) sowie zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (siehe insbesondere die obenerwähnten Urteile vom 21. März 1981 in der Rechtssache Jenkins und vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache Bilka) sei zu entnehmen, daß Beweggründe, die sich durch objektiv gerechtfertigte Überlegungen erklären ließen, die nichts mit einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts zu tun hätten, nicht in Widerspruch zum Grundsatz des gleichen Zugangs zur Arbeit stünden, obwohl das Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts zu den gemeinschaftsrechtlich geschützten Grundrechten gehöre (siehe das Urteil vom 15. Juni 1978

in der Rechtssache 149/77, Defrenne, Slg. 1978, 1365). Es sei Sache der innerstaatlichen Gerichte, festzustellen, ob im Einzelfall die Entscheidung eines Arbeitgebers diesen Kriterien gerecht werde.

Zur vierten Frage (Umfang der Risiken, die der Arbeitgeber zu tragen hat)

Die *Klägerin des Ausgangsverfahrens* bemerkt, diese Frage setze die Bejahung der dritten Frage voraus. Eine solche bejahende Antwort könne nicht weiter gehen als bis zu der Feststellung, daß eine Berufung auf spezifische Fälle höherer Gewalt zulässig sei. Die höhere Gewalt müsse derart beschaffen sein, daß die Eingehung eines Beschäftigungsverhältnisses sinnlos sein würde. Selbst wenn völlige Gewißheit darüber bestünde, daß die vom Arbeitgeber befürchteten Folgen tatsächlich eintreten würden, könne seine Haftung nicht ausgeschlossen werden, da er diese Folgen zu tragen habe. Die gegenteilige Auffassung liefe daraus hinaus, daß die nachteiligen praktischen und finanziellen Folgen des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf die einzelnen Arbeitnehmer abgewälzt würden.

Dem *Beklagten des Ausgangsverfahrens* zufolge findet sich die Grundlage für die Beantwortung der vierten Frage in dem bereits erwähnten Urteil des Gerichthofes vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache Johnston. Es sei Sache des vorlegenden Gerichts, darüber zu befinden, ob die Gründe, auf die sich der Beklagte berufen habe, tatsächlich stichhaltig seien und die getroffene Maßnahme letztlich rechtfertigten. Das vorlegende Gericht werde zu prüfen haben, ob die Ablehnung eines Vertragsabschlusses hätte vermieden werden können. Allerdings gehe es ganz allgemein zu weit, in Übereinstimmung mit diesem Urteil von einem Arbeitgeber zu verlangen, sich völlige Gewißheit darüber zu verschaffen, daß eine Leistung wegen Arbeitsunfähigkeit abgelehnt würde, oder sich mit dem Verlust von Bildungsplätzen abzufinden, und ihm zuzumuten, alles in seinen Kräften Stehende zu tun, um dem vorzubeugen. Wohl könne man von einem Arbeitgeber in dieser Hinsicht verlangen, daß er sich ordnungsgemäß über den Standpunkt des Versicherers unterrichte und den Inhalt der Subventionsbestimmungen gebührend prüfe; auch könne von ihm gefordert werden, Bewerbungsverfahren mit einer gewissen Zügigkeit abzuwickeln, dies im Interesse sowohl der Bewerber als auch seines eigenen Betriebs.

Die *niederländische Regierung* nimmt zu der vorliegenden Frage nicht ausdrücklich Stellung. Das *Vereinigte Königreich* bemerkt lediglich, die Frage stelle sich nicht, wenn die dritte Frage so wie von ihm vorgeschlagen beantwortet werde.

Nach Ansicht der *Kommission* ergibt sich die Antwort auf die vierte Frage aus der Anwendung der in dem Urteil Bilka aufgestellten Kriterien. Im vorliegenden Fall könne angenommen werden, daß ein Arbeitgeber, der es ablehne, mit einer von ihm für geeignet befundenen Bewerberin, von der er wisse, daß sie schwanger sei, einen Arbeitsvertrag zu schließen, nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoße, wenn diese Ablehnung objektiv gerechtfertigt sei und das vorlegende Gericht feststellen könne, daß sie einem gewichtigen wirtschaftlichen Interesse des Unternehmens diene und zur Wahrung dieses Interesses notwendig sei. Was den ersten Punkt betreffe, so seien die Interessen des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit zu berücksichtigen, die auch die Interessen der (übrigen) Arbeitnehmer umfassen könnten. Was den zweiten Punkt anbelange, so gehe es um die Feststellung, ob sich dasselbe Ziel nicht mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreichen lasse. Die letztgenannte Voraussetzung stelle eine Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dar.

Die Kommission schlägt dem Gerichtshof vor, die vier Fragen des Hoge Raad wie folgt zu beantworten:

„Ein privater Arbeitgeber verstößt nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Sinne der Artikel 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates, wenn der betroffene Mitgliedstaat die Richtlinie nicht ordnungsgemäß in innerstaatliches Recht umgesetzt hat und sich feststellen läßt, daß die Handlungsweise des Arbeitgebers, derentwegen eine Bewerberin unter Berufung auf den genannten Grundsatz Klage erhoben hat, auf dieses Versäumnis des Mitgliedstaats zurückzuführen ist."

G. Slynn
Berichterstatter