SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO SAGGIO

vom 13. Januar 2000 *

1. Mit Beschluß vom 4. Juni 1998 hat das dänische Østre Landsret dem Gerichtshof vier Fragen nach der Auslegung der Richtlinien 76/207/EWG [1] und 86/613/EWG [2] im Bereich der Gleichbehandlung von Männern und Frauen wegen einer angeblichen mittelbaren Diskriminierung einer Fachärztin zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen machen eine Untersuchung der für den vorliegenden Fall geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Vorschriften sowie Überlegungen zu den Kriterien erforderlich, anhand deren das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts festgestellt werden kann.

Analyse des nationalen rechtlichen Rahmens

2. Das in Dänemark geltende Gesundheitssystem sieht im Grundsatz vor, daß die dort wohnhaften Patienten unentgeltliche medizinische Betreuung durch Ärzte — Allgemein- oder Fachärzte — erhalten, die entsprechende Verträge mit der öffentlichen Einrichtung geschlossen haben, die das Krankenversicherungssystem verwaltet. Die Vertragsärzte erhalten ihre Honorare unmittelbar von dieser Einrichtung, während die Patienten nichts bezahlen, sich aber erheblichen Beschränkungen bei der Wahl ihrer behandelnden Ärzte unterwerfen müssen. Zu diesem allgemein geltenden Modell bestehen mehrere Alternativen in dem Sinne, daß die Ärzte den Patienten, die das wünschen, ihre Leistungen unmittelbar berechnen können oder die Patienten ihre behandelnden Ärzte auswählen können, wenn sie einen erheblichen Teil der Kosten selbst übernehmen; solche Alternativen werden allerdings im Alltag wenig in Anspruch genommen, so daß sich sagen läßt, daß in Dänemark nahezu sämtliche Arztkosten den Ärzten unmittelbar von der Krankenversicherung gezahlt werden. Hieraus folgt für einen Arzt die Notwendigkeit, den Verträgen mit dem Krankenversicherungsträger beizutreten, da sie ihm den wesentlichen Teil seiner Einkünfte sichern.

3. Dieses Gesundheitssystem ist in den achtziger Jahren wegen des enormen und unkontrollierten Anstiegs der öffentlichen Ausgaben zur Bezahlung der kostenlosen medizinischen Behandlungen der Patienten

* Originalsprache: Italienisch.

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

2 — Richtlinie 86/613/EWG des Rates vom 11. Dezember 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit — auch in der Landwirtschaft — ausüben, sowie über den Mutterschutz (ABl. L 359, S. 56).

in eine Krise geraten. Das Problem betraf insbesondere die Leistungen der Fachärzte, die häufig in Teilzeitpraxen organisiert waren. Um die öffentlichen Ausgaben für das Gesundheitswesen Schritt für Schritt zu begrenzen und eine bessere Planung der medizinischen Ressourcen zu ermöglichen, wurde am 1. Juni 1990 ein Übereinkommen zwischen der Fachärztevereinigung (Foreningen af Speciallæger; nachstehend: FAS) und dem Verhandlungsausschuß der Krankenversicherung (Sygesikringens Forhandlingsudvalg; nachstehend: SFU) geschlossen. Mit dem Übereinkommen von 1990 wurde versucht, zum einen die Struktur der Honorare der Fachärzte und zum anderen die Situation der Vollzeit- und Teilzeitpraxen zu rationalisieren. Das daraus resultierende System umfaßt deswegen ein „Knickmodell" („knækmodel") mit Kürzungen der Honorare der umsatzstärksten Arztpraxen und ein „Umwandlungsmodell" („transformationsmodel"), das die Situation der Vollzeit- und Teilzeitpraxen nach Maßgabe ihres Umsatzes verändert.

4. Für die Zwecke der vorliegenden Rechtssache möchte ich mich kurz mit dem im Übereinkommen von 1990 vorgesehenen Umwandlungsmodell beschäftigen [3]. Vor allem ist darauf hinzuweisen, daß nach Artikel 15 des Übereinkommens als fachärztliche Teilzeitpraxen nur die Vertragspraxen gelten, die einen Jahresumsatz von höchstens 500 000 DKK (400 000 DKK bei Rheumatologiepraxen) erzielen, während als Vollzeitpraxen diejenigen behandelt werden, deren Umsatz die genannten Beträge übersteigt. In diesem Zusammenhang haben die Unterzeichner des Übereinkommens ihren Standpunkt zum Ausdruck gebracht [4], daß die fachärztliche Betreuung grundsätzlich von Vollzeitärzten erbracht werden und neu eingerichtete Praxen vorzugsweise Vollzeitpraxen sein sollten. Das Umwandlungsmodell geht von diesen Prämissen aus und sieht, soweit in der vorliegenden Sache von Interesse, einen besonderen rechtlichen Mechanismus vor, mit dem die Anpassung der Situation der Vollzeitärzte an die neuen Erfordernisse der fachärztlichen Betreuung sichergestellt werden soll. Dieser Mechanismus sieht einen Umsatzsockel von 500 000 DKK (400 000 DKK bei Rheumatologiepraxen) für 1989 (dem Jahr vor der Reform von 1990) vor und einen Toleranzbereich von 100 000 DKK oberhalb dieses Sockels; Vollzeitpraxen, die diesen Sockelbetrag nicht erreichen, werden zu Teilzeitpraxen abgestuft, Vollzeitpraxen, die den Sockel und den Toleranzbereich überschreiten, bleiben Vollzeitpraxen, während — dieser Fall interessiert uns hier — Vollzeitpraxen, die zwar den Sockel überschreiten, aber innerhalb des Toleranzbereichs liegen, Vollzeitpraxen bleiben, jedoch bei ihrer Veräußerung an Dritte in Teilzeitpraxen umgewandelt werden müssen [5]. Die letztgenannte Zwischenkategorie von Vollzeitpraxen mit Umwandlungsklausel bei Ver-

3 — Dieses System ist in einem Vermerk des SFU vom 13. Februar 1990 dargestellt, auf den im Übereinkommen mittelbar Bezug genommen wird.

4 — Anmerkung zu den Artikeln 13 und 14 des Übereinkommens von 1990.

5 — Diese Regel findet sich in Punkt 6 des bereits genannten Vermerks des SFU vom 13. Februar 1990.

äußerung[6] stellt einen Kompromiß dar zwischen den Reformerfordernissen und den Bedürfnissen der Praxen mit mittlerem Umsatz. Insoweit ist allerdings eine Korrekturmöglichkeit vorgesehen: Wenn besondere Umstände, wie etwa die Krankheit des Praxisinhabers, dazu führen, daß eine Vollzeitpraxis in die genannte Kategorie zurückfällt, kann der Umsatz der letzten drei Jahre berücksichtigt werden.

5. Wie wir noch sehen werden, geht es im Ausgangsverfahren gerade um die besondere Situation von Vollzeitfacharztpraxen mit Umwandlungsklausel bei Veräußerung, deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht wegen der angeblichen Diskriminierung weiblicher Fachärzte in Frage gestellt wird.

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens

6. Die Fachärztin für Rheumatologie Dr. Birgitte Jørgensen war zur maßgebenden Zeit Inhaberin einer Arztpraxis, deren Umsatz sich 1989 auf 424 016 DKK belief. In Anwendung des vorstehend dargestellten Umwandlungsmodells teilte die FAS Frau Jørgensen mit Schreiben vom 18. Mai 1990 mit, daß ihre Praxis weiter Vollzeitpraxis bleiben könne, allerdings der Klausel für die Umwandlung in eine Teilzeitpraxis bei Veräußerung an Dritte unterliege. Am 1. Juni 1990 stellte Frau Jørgensen bei der FAS den Antrag, die Praxis nicht der Klausel für die Umwandlung bei Veräußerung zu unterwerfen, und rechtfertigte dies u. a. mit der besonderen Situation, in der sie sich befunden habe, da sie aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen gezwungen gewesen sei, die Berufstätigkeit zu vernachlässigen, um sich um ihre drei Kinder zu kümmern. In ihrem weiteren Schriftwechsel mit der FAS warf sie auch das Problem eines etwaigen Ersatzes des Schadens auf, den sie — in Form einer erheblichen Minderung des Goodwill ihrer Praxis — infolge der Anwendung der Umwandlungsklausel erleiden werde, wenn sie sich entscheiden sollte, bei Beendigung ihrer Berufstätigkeit die Praxis an Dritte zu veräußern. Die FAS bestätigte hingegen mit Schreiben vom 28. November 1990 das Festhalten an der Umwandlungsklausel. Daraufhin focht Frau Jørgensen am 18. Dezember 1990 diese Entscheidung beim Ausschuß für die Zusammenarbeit der Fachärzte (Speciallægesamarbejdsudvalg) im Kreis Frederiksborg an. Dieser teilte ihr mit Schreiben vom 19. März 1991 mit, daß ihr Antrag auf Befreiung von der Umwandlungsklausel abgelehnt worden sei. Gegen diese Entscheidung hat Frau Jørgensen die dänischen Gerichte angerufen.

7. Im Ausgangsverfahren hat die Klägerin u. a. das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts geltend gemacht und zum Beweis das Gutachten eines von ihr gewählten Sach-

6 — In der Praxis spricht man von „Vollzeitpraxis mit Klausel" („fuldtidspraksis med klausul").

verständigen für Statistik [7] vorgelegt. Die Beklagten (FAS und SFU) haben ihrerseits ein Gegengutachten [8] vorgelegt, in dem jegliche Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts verneint wird. Die abweichenden Ergebnisse, zu denen die Sachverständigen gelangt sind, beruhen in Wirklichkeit — da beide in der Wahl der Methoden, der Berechnungen und der statistischen Vergleiche übereinstimmen — auf den Prämissen, die sie ihrer Beurteilung zugrunde gelegt haben: Der Sachverständige der Klägerin hat sich auf die abträgliche Wirkung der Umwandlungsklausel als solcher gestützt und damit einen punktuellen vergleichenden Ansatz gewählt, während der Sachverständige der Beklagten es vorgezogen hat, die Auswirkungen der Umwandlungsformel für die Fachärzte insgesamt zu berücksichtigen, und damit eine umfassende Bewertung der möglichen diskriminierenden Wirkungen des gesamten Vertragssystems vorgenommen hat. Dieser unterschiedliche Ansatz spiegelt sich, wie wir sehen werden, im Inhalt der Fragen wieder, die das dänische Gericht dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt hat.

Die Fragen des vorlegenden Gerichts

8. Zum richtigen Verständnis des Sinns der Fragen des vorlegenden Gerichts ist hervorzuheben, daß die Parteien des Ausgangsverfahrens unterschiedlicher Meinung darüber sind, welche Tatbestände als Grundlage für die Beurteilung der Frage heranzuziehen sind, ob eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt. Die Klägerin unterstreicht die Notwendigkeit, einen punktuellen Vergleich der Gesichtspunkte anzustellen, die das Umwandlungsmodell ausmachen, während die Beklagten eine Gesamtbewertung dieser Gesichtspunkte für geboten halten. Das vorlegende Gericht hat sich zur Richtigkeit des einen oder anderen Standpunktes nicht geäußert, wohl aber zu den Folgen, die die Entscheidung für einen von beiden zwangsläufig hätte. Nach Meinung des Østre Landsret gibt es, wenn man sich für die Methode des punktuellen Vergleichs entscheidet und damit die Umwandlungsklausel unabhängig von den übrigen Komponenten des Umwandlungsmodells untersucht, keinen Zweifel an der objektiv diskriminierenden Auswirkung dieser Maßnahme im Hinblick auf das Geschlecht, da diese Art der Umwandlung eine verhältnismäßig höhere Anzahl weiblicher als männlicher Fachärzte träfe. Entscheidet man sich hingegen für die Gesamtbeurteilung aller Auswirkungen des Umwandlungsmodells, dann ist — nach Meinung des vorlegenden Gerichts — der Auffassung der Beklagten beizupflichten, daß kein erheblicher Unterschied in der Art und Weise der Auswirkung auf die Berufsausübung durch weibliche oder männliche Fachärzte bestehe. Auch wenn beide Standpunkte in den Augen des vorlegenden Gerichts in gleicher Weise vertretbar erscheinen, führen sie doch nicht nur zu abweichenden Rechtsfolgen, sondern auch zu unterschiedlichen Formen rechtlicher Einordnung des Problems der angeblich diskriminierenden Wirkungen der Umwandlungsklausel. Die Wahl des Vergleichs Punkt für Punkt ist nämlich typisch für Streitigkeiten über die Gleichheit des Entgelts [9], was bedeutet, daß die Entscheidung

7 — Es handelt sich um Professor Steffen L. Lauritzen vom Universitätszentrum Aalborg, dessen Gutachten auszugsweise im Vorlagebeschluß wiedergegeben ist.

8 — Es stammt von Professor Knut Conradsen von der Technischen Universität Dänemark und ist ebenfalls im Vorlagebeschluß teilweise wiedergegeben.

9 — Das ist seit dem Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnrn. 34 und 35) ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes.

für ihn zur Einbeziehung eines für solche Streitigkeiten kennzeichnenden Gesichtspunktes in einen Rechtsstreit führen würde, der, wie das vorlegende Gericht bestätigt, die Gleichbehandlung betrifft [10].

9. Kommen wir damit zu den einzelnen Fragen. Bei der ersten handelt es sich um eine Vorfrage, da das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Aufklärung darüber ersucht, ob in einem die Gleichbehandlung betreffenden Fall wie dem vorliegenden die Prüfung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Maßgabe der Richtlinien 76/207 und 86/613 zu erfolgen hat. Diese Vorfrage läßt einige allgemeine Bemerkungen zum Gemeinschaftsrecht angezeigt erscheinen, das im Ausgangsverfahren anzuwenden ist, in dem — dies sei erneut gesagt — um die Gleichbehandlung von Personen gestritten wird, die einer selbständigen Berufstätigkeit nachgehen. Der Sache nach will das vorlegende Gericht mit der ersten Frage wissen, ob bei der Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, ein punktueller Vergleich aller Gesichtspunkte des für Fachärzte seit 1990 geltenden Umwandlungsmodells oder aber eine Gesamtbewertung dieser Gesichtspunkte vorzunehmen ist. Wie bereits gesagt, geht das vorlegende Gericht davon aus, daß zwar das Umwandlungsmodell insgesamt gesehen keine aus Gründen des Geschlechts diskriminierenden Aspekte enthält, wohl aber einzelne Bestimmungen, die — wie die Umwandlungsklausel bei Veräußerung an Dritte — für sich betrachtet objektiv diskriminierende Wirkungen zu Lasten weiblicher Fachärzte haben könnten.

10. Mit der zweiten Frage ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Aufklärung darüber, ob „Erwägungen der Haushaltssicherheit, der Einsparung und der praxisbezogenen Planung als objektive und sachliche Erwägungen angesehen werden können", die eine etwaige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen könnten. Diesem Ersuchen kommt — wie die Ausführungen im Vorlagebeschluß zu diesem Punkt zeigen — nachrangige Bedeutung gegenüber einer Antwort auf die erste Frage zu, mit der die Notwendigkeit der Wahl eines punktuellen Vergleichs der einzelnen Gesichtspunkte des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens anerkannt würde, da daraus — nach Meinung des vorlegenden Gerichts — automatisch das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung abzuleiten wäre.

11. Die dritte und die vierte Frage haben den gleichen Gegenstand. Das vorlegende Gericht möchte wissen, ob der Erlös für den Goodwill, den ein Facharzt bei Veräußerung seiner Praxis an Dritte beim Erreichen der Pensionsgrenze erzielen könnte, den Sparbeträgen eines Arbeitnehmers für die Rente gleichgestellt werden kann. Bei Bejahung dieser Frage möchte das Gericht

10 — Hierin sind sich die Parteien des Ausgangsverfahrens einig. Auch die dritte und die vierte Frage stellen, wie wir sehen werden, die rechtliche Charakterisierung des beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreits nicht in Frage.

wissen, ob insoweit der dem Urteil Grau-Hupka [11] zu entnehmende Grundsatz Anwendung finden kann, wonach die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, Personen, die Kinder aufgezogen haben, Vergünstigungen auf dem Gebiet der Altersversicherung zu gewähren oder Leistungsansprüche aufgrund von Zeiträumen der Unterbrechung der Beschäftigung wegen Kindererziehung vorzusehen.

Vorbemerkungen zum einschlägigen Gemeinschaftsrecht

12. Beizupflichten ist der Meinung des vorlegenden Gerichts, wonach der vorliegende Fall die Gleichbehandlung von Männern und Frauen betrifft [12]. Entgeltfragen spielen nämlich im vorliegenden Fall keine Rolle, da er selbständige Erwerbstätige betrifft, die nicht vertraglich mit einem Arbeitgeber verbunden sind, sondern lediglich einer Berufsvereinigung angehören, die mit der Einrichtung, die das Krankenversicherungssystem verwaltet, ein Übereinkommen abgeschlossen hat. Folglich finden hier weder Artikel 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden), der nur die Gleichheit des Entgelts betraf [13], noch die Richtlinie 75/117/EWG [14] Anwendung, mit der dieser Grundsatz umgesetzt wurde.

13. Die Aufmerksamkeit des Gerichtshofes ist indessen zu Recht auf die Richtlinien 76/207 und 86/613 gelenkt worden, die sich beide mit der Durchführung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen befassen. Von diesen beiden Richtlinien kommt meines Erachtens im vorliegenden Fall eher die Richtlinie 86/613 in Betracht, da der Streitgegenstand eine vertragliche Maßnahme ist, die Selbständige wie die Fachärzte betrifft. Die Richtlinie 86/613, die vom Rat auf der Grundlage der Artikel 100 und 235 EG-Vertrag (jetzt Artikel 94 EG und 308 EG) erlassen wurde, ist bisher vom Gerichtshof noch nicht ausgelegt worden, obschon bei ihrer Auslegung einige der vom Gerichtshof in bezug auf die Richtlinie 76/207 erarbeitete Grundsätze herangezogen werden können. Jedenfalls besteht kein Zweifel daran, daß der Anwendungsbereich der Richtlinie 86/613 den Fall der Klägerin des Ausgangsverfahrens erfaßt. Nach Artikel 1 dieser Richtlinie besteht nämlich das mit ihr verfolgte Ziel darin, „den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben..., in den Mitgliedstaaten zu verwirklichen", während nach Artikel 2 Buchstabe a mit dem Ausdruck „selbständige Erwerbstätige" alle Personen gemeint sind, die „zu den Bedingungen des einzelstaatlichen Rechts eine Erwerbstätigkeit für eigene Rechnung ausüben, einschließlich... der Angehörigen der freien Berufe". Der Gegenstand der Richtlinie 86/613 ist daher unabhängig von dem der Richtlinie 76/207, da diese ihren Charakter als Regelung zum

11 — Urteil vom 13. Dezember 1994 in der Rechtssache C-297/93 (Slg. 1994, I-5535).

12 — Mit diesem Ausdruck werden hier grundsätzlich sämtliche Aspekte der Gleichheit von Männern und Frauen mit Ausnahme der Entgeltfragen erfaßt.

13 — Die Artikel 137 Absatz 1 EG und 141 Absatz 3 EG beziehen sich künftig auch auf die Gleichbehandlung, galten aber zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht, da sie mit dem Vertrag von Amsterdam am 1. Mai 1999 in Kraft getreten sind.

14 — Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

Schutz unselbständiger Arbeitnehmer behält. Diese Unabhängigkeit folgt sowohl aus der Begründung [15] als auch aus den Bestimmungen [16] der Richtlinie 86/613.

14. Gemäß Artikel 3 der Richtlinie 86/613 beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, „daß keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts... erfolgt"; damit wird die recht ähnliche Formulierung in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 aufgegriffen. Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung ist hingegen weder in der Richtlinie 86/613 noch in der Richtlinie 76/207 klar umschrieben. Er läßt sich eindeutig — abgesehen von der umfangreichen Rechtsprechung zu dieser Frage [17] — Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80/EG [18] des Rates entnehmen, in dem es heißt: „Im Sinne des... Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt."

15. Artikel 4 der Richtlinie 86/613 lautet: „Hinsichtlich der selbständig Erwerbstätigen ergreifen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, damit alle Bestimmungen beseitigt werden, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 76/207/EWG zuwiderlaufen, namentlich was die Gründung, Ausrüstung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. die Aufnahme oder Ausweitung jeder sonstigen Tätigkeitsform der selbständigen Erwerbstätigen und auch die finanziellen Fazilitäten betrifft." Der Hinweis auf die Richtlinie 76/207 ist im Kontext dieses Artikels nicht ganz eindeutig. Die fragliche Vorschrift nimmt anscheinend nicht auf die Definition des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 Bezug, dessen Wortlaut, der mit dem des Artikels 3 der Richtlinie 86/613 übereinstimmt, zur Auslegung der letztgenannten Vorschrift nichts beitragen würde. Mir erscheint die Annahme vernünftiger, daß damit auf sämtliche Auslegungskriterien verwiesen wird, die im Kontext der Richtlinie 76/207 herangezogen werden, um den Rechtsbegriff der Gleichbehandlung unbeschadet der tatsächlichen Umstände — wie Zugang zu Beschäftigung, Berufsbildung und beruflichem Aufstieg, Arbeitsbedingungen — zu definieren, in denen dieser Begriff praktische Anwendung hat finden können. Ich halte es daher für sinnvoll, auch die Artikel 3, 4 und 5 der Richtlinie 76/207 heranzuziehen, die alle eine Bestimmung gleichen Inhalts enthalten, wonach die

15 — So heißt es in der sechsten Begründungserwägung: „In bezug auf die Personen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben..., ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung durch eingehende Bestimmungen zu erleichtern, die der besonderen Lage dieser Personen Rechnung tragen."

16 — Vgl. Artikel 1, wonach die Richtlinie bezweckt, den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in allen von anderen Richtlinien nicht erfaßten Bereichen zu verwirklichen.

17 — Beginnend mit dem Urteil vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911) zur Gleichheit des Entgelts.

18 — Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. 1998, L 14, S. 6). Diese Richtlinie muss bis zum 1. Januar 2001 umgesetzt werden.

Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen ergreifen müssen, damit — u. a. — sichergestellt ist, 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“ [19].

16. In der vorliegenden Rechtssache erscheint der Hinweis angebracht, daß das dänische Gesetz Nr. 244 vom 19. April 1989 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in bezug auf Arbeitsverhältnisse und Mutterschaftsurlaub für die Anpassung der dänischen Rechtsordnung an die Vorschriften der Richtlinien 76/207 und 86/613 gesorgt und deren Inhalt im wesentlichen übernommen hat. Insbesondere dehnt Artikel 5 Absatz 1 dieses Gesetzes die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auf diejenigen aus, die einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen.

Zur ersten Frage

17. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht vorab in Erfahrung bringen, ob in einem Rechtsstreit wie dem vorliegenden, bei dem es um die Gleichbehandlung geht, die mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Maßgabe der Richtlinien 76/207 und 86/613 zu beurteilen ist. Nach den obigen Ausführungen zum anwendbaren Gemeinschaftsrecht bin ich der Meinung, daß eine vertragliche Regelung, wie sie das Umwandlungsmodell aufgrund des Übereinkommens vom 1. Juni 1990 zwischen der Fachärztevereinigung und dem Verhandlungsausschuß der Krankenversicherung darstellt, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 86/613 in ihrer Auslegung im Licht der Richtlinie 76/207 fallen kann. Im Rechtsstreit des Ausgangsverfahrens geht es nämlich um die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung bei einer angeblichen mittelbaren Diskriminierung, die die Stellung der weiblichen Fachärzte beeinträchtigen soll. Die Artikel 3 und 4 der Richtlinie 86/613 sind daher hier relevant, wobei die Verweisung in Artikel 4 auf die Richtlinie 76/207 es ermöglicht, auf eine vertragliche Regelung wie die hier in Rede stehende einzugehen. Wie bereits ausgeführt, erfassen die Artikel 3, 4 und 5 der letztgenannten Richtlinie auch die „mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Bestimmungen in Tarifverträgen“, und der Ausdruck „Tarifverträge“ muß auch den Fall eines Übereinkommens zwischen einem Berufsverband wie der dänischen Fachärztevereinigung und der öffentlichen Einrichtung erfassen, die die Krankenversicherung verwaltet [20]. Außerdem hat der Gerichtshof mehrfach darauf hingewiesen, daß wegen seines zwingenden Charakters „das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern nicht nur für die Behörden verbindlich [ist], sondern... sich auch auf alle Tarifverträge, die die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln,

19 — Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b, 4 Buchstabe b und 5 Absatz 2 Buchstabe b.

20 — Für die Zwecke der vorliegenden Rechtssache scheint es mir allerdings nicht erforderlich zu sein, hier die Frage zu behandeln, ob dieses Übereinkommen öffentlicher oder privater Rechtsnatur ist.

und auf alle Verträge zwischen Privatpersonen [erstreckt]“ [21]. Diese Rechtsprechung kann problemlos auf den vorliegenden Fall übertragen werden.

18. Nach Klärung dieses einleitenden Aspekts der ersten Frage kann ich mich nun ohne weiteres der Prüfung ihres Kerns widmen. Wie bereits ausgeführt, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob bei der Prüfung des Vorliegens einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in einem Gleichbehandlungsfall Punkt für Punkt alle Umstände des Umwandlungsmodells zu vergleichen sind oder eine globale Betrachtung aller dieser Umstände vorzunehmen ist.

19. Alle Beteiligten sowie die Kommission sind sich darin einig, daß die Vorgehensweise, die Merkmale einer neutralen Regelung, die angeblich zu mittelbaren Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts führt, Punkt für Punkt zu vergleichen, kennzeichnend für Streitigkeiten über die Gleichheit des Entgelts ist. Diese Betrachtungsweise wird durch das Urteil Barber bestätigt, in dem es heißt: „Der Grundsatz des gleichen Entgelts muß für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts und nicht nur nach Maßgabe einer Gesamtbewertung der den Arbeitnehmern gezahlten Vergütungen gewährleistet sein.“ [22] Dagegen hat es in Gleichbehandlungsfällen noch nie eine solch grundsätzliche Aussage zur Tragweite der Richtlinie 76/207 gegeben. Daher darf man sich wohl fragen, ob dieses Schweigen als stillschweigender Ausschluß des Punkt-für-Punkt-Ansatzes bei der Prüfung von Gleichbehandlungsfällen zu verstehen ist, wie die Beklagten des Ausgangsverfahrens meinen, oder als Hinweis auf die Nützlichkeit dieser Vorgehensweise auch für Gleichbehandlungsfälle, wie sowohl die Klägerin des Ausgangsverfahrens als auch die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen annehmen.

20. Meines Erachtens kann hier dem Vorbringen der Beklagten gefolgt werden, daß Gleichbehandlungsfälle, in denen es um umfangreichere und komplexere Probleme als in Streitigkeiten über Entgeltfragen geht [23], geeigneter Auslegungsmethoden bedürfen. Der punktuelle Ansatz kann allerdings durchaus nicht die allgemeine Regel in Streitigkeiten über die Gleichbehandlung darstellen. In meinen Schlußanträgen vom 12. Oktober 1999 in der Rechtssache C-196/98 (Hepple u. a.), in der es um die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit ging, habe ich die Auffassung vertreten, daß bei der Berechnung einer Ergänzungsleistung, mit der die Gleichbehandlung wiederhergestellt wer-

21 — Urteil vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnr. 12). Vgl. auch Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne, Slg. 1976, 455, Randnr. 39) und vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 11). Vgl. schließlich die jüngsten Urteile vom 9. September 1999 in der Rechtssache C-281/97 (Krüger, Slg. 1999, I-5127, Randnr. 20) und vom 21. Oktober 1999 in der Rechtssache C-333/97 (Lewen, Slg. 1999, I-7243, Randnr. 26).

22 — Urteil Barber (a. a. O., Randnr. 35).

23 — Man denke an Fragen in Zusammenhang mit diskriminierenden Entlassungen, Mutterschaftsurlaub oder Einstellungsverfahren.

den soll, die Methode der Gesamtbewertung aller maßgeblichen Elemente des betreffenden Sachverhalts heranzuziehen ist und daß hierbei nicht nur die an das Alter anknüpfenden Vorteile und Nachteile, sondern auch alle anderen verschiedenen Vorteile zu berücksichtigen sind, die der diskriminierten Person aufgrund anderer Aspekte des Systems der sozialen Sicherheit zugute kommen [24]. Dieser Standpunkt wird auch in der Rechtsprechung an einigen Stellen bestätigt. In dem bekannten Urteil Hertz [25] hat der Gerichtshof die gesamten dänischen Vorschriften über die Entlassung herangezogen und alle Merkmale des konkreten Falles untersucht, um festzustellen, ob eine Entlassung wegen Fehlens am Arbeitsplatz infolge einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit mit der Richtlinie 76/207 vereinbar sei. Generalanwalt Darmon hat in seinen Schlußanträgen [26] deutlich die Nützlichkeit unterstrichen, alle denkbaren Folgen eines solchen Entlassungsgrundes einschließlich der möglichen finanziellen Schwierigkeiten eines Arbeitgebers zu berücksichtigen, der eine im wesentlichen arbeitsunfähige Arbeitnehmerin weiter beschäftigen muß. Einen ähnlichen Ansatz hat der Gerichtshof auch im Urteil Habermann-Beltermann [27] zu den Folgen eines Nachtarbeitsverbots für schwangere oder stillende Arbeitnehmerinnen nach dem deutschen Mutterschutzgesetz sowie im jüngeren Urteil Høj Pedersen u. a. [28] gewählt, in dem es um die Folgen einer dänischen Regelung ging, die Arbeitnehmerinnen wegen deren Schwangerschaft benachteiligte. Im letztgenannten Fall hat der Gerichtshof bei der Prüfung, ob Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts vorlagen, den Gesamtkomplex der streitigen dänischen Regelung untersucht und sich für Lösungen ausgesprochen, die die Verletzung sowohl des Grundsatzes des gleichen Entgelts als auch des Grundsatzes der Gleichbehandlung berücksichtigen.

21. Die vorstehenden Erwägungen lassen mich bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen die Gleichbehandlung vorliegt, den Ansatz vorziehen, der die Gesamtbewertung aller Merkmale des Sachverhalts in den Vordergrund stellt. Ein solcher Ansatz widerspricht nicht dem Grundsatz der Transparenz gerichtlicher Kontrolle nationaler Maßnahmen, die der Gleichbehandlung zuwiderlaufen könnten. Wie die FAS und der SFU im vorliegenden Verfahren betont haben, haben wir es bei Gleichbehandlungsfällen im Gegensatz zu den Fällen gleichen Entgelts in aller Regel mit allgemeinen sowie inhaltlich und in bezug auf die Modalitäten ihrer Durchführung komplexen Regelungen zu tun. Folgt man hingegen der Methode des Punkt-für-Punkt-Vergleichs, so besteht die Gefahr, der Analyse der als diskriminierend betrachteten Einzelheiten zum Nachteil des prägenden Inhalts der betreffenden Regelung allzu großes Gewicht beizumessen. Man muß sich natürlich über Bedeutung und Umfang der Gesamtbewertung einig sein. Ich bin insoweit der Ansicht, daß nur hinreichend homogene Elemente des je-

24 — Nrn. 40 und 41 meiner Schlußanträge. Zu dieser Schlußfolgerung bin ich aufgrund der Annahme gelangt, daß der Anspruch auf Ergänzungsleistung seine Rechtsgrundlage im Gemeinschaftsgrundsatz der Gleichbehandlung hat und daß, um diese tatsächlich sicherzustellen, als Parameter notwendig die den Betroffenen sowie den nicht diskriminierten Personen zugesicherte Gesamtbehandlung herangezogen werden muß; dieser Parameter besteht nämlich in allen Vorteilen, die die nationale Regelung den Betroffenen als Leistung bei Invalidität garantiert.

25 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-179/88 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, Slg. 1990, I-3979, bekannt als Urteil Hertz).

26 — Gemeinsame Schlußanträge in den Rechtssachen C-177/88 und C-179/88 (Slg. 1990, I-3956, Nrn. 43 bis 50).

27 — Urteil vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Slg. 1994, I-1657).

28 — Urteil vom 19. November 1998 in der Rechtssache C-66/96 (Slg. 1998, I-7327).

weiligen Falles herangezogen werden können, also nicht solche, die ihrem Wesen nach nicht vergleichbar sind.

22. Der vorliegende Fall bietet sich an, den Wert des dargestellten Auslegungsansatzes zu verdeutlichen. Die Umwandlungsklausel für eine Facharztpraxis bei Veräußerung an Dritte hat nämlich für sich betrachtet keine spezielle Bedeutung. Diese in Punkt 6 des Umwandlungsmodells vorgesehene Klausel hat, wie die FAS und der SFU in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen ausgeführt haben, seit ihrem Inkrafttreten von insgesamt 1 680 Personen — 302 Frauen und 1 378 Männern —, die am 1. Juni 1991 in das Fachärzteregister eingetragen waren, lediglich 22 Fachärzte betroffen, von denen 14 Frauen und 8 Männer waren [29]. Es handelt sich, wie man sieht, um einen sehr niedrigen Prozentsatz — etwa 1,3 % — der Ärzte, auf die diese Klausel anwendbar ist [30]. Um Bedeutung und Tragweite dieser Klausel voll zu erfassen, muß sie unbedingt im Rahmen des gesamten 1990 geschaffenen Umwandlungsmodells unter Bezugnahme auf eine homogene Kategorie der von der Regelung betroffenen Fachärzte, d. h. von Fachärzten mit Vollzeitpraxen (wie im Fall von Frau Jørgensen), gesehen, analysiert und bewertet werden. Berücksichtigt man bei einer Gesamtbewertung die Vorschriften des Umwandlungsmodells, die für Fachärzte mit Vollzeitpraxen gelten, so gibt es drei mögliche Sachlagen: a) Praxen mit einem Umsatz unter der Mindestschwelle, die in Teilzeitpraxen umgewandelt werden mußten; b) Praxen mit Umsätzen oberhalb der Mindestschwelle, aber innerhalb des Toleranzbereichs, die ihre Vollzeittätigkeit fortsetzen konnten, aber der Umwandlungsklausel unterliegen (Praxen mit Klausel; dies ist der Fall von Frau Jørgensen); c) Praxen mit einem Umsatz oberhalb der Schwelle und auch des Toleranzbereichs, die ohne jede Beschränkung Vollzeitpraxen geblieben sind, allerdings zugleich die im Kürzungsmodell vorgesehenen Honorarkürzungen hinnehmen mußten. Unter diesen Umständen bedeutet die Vornahme einer Gesamtbewertung, daß die Wirkungen dieser gesamten Regelung auf Vollzeitfachärzte männlichen und weiblichen Geschlechts untersucht werden müssen.

23. Im Ergebnis bin ich zur ersten Frage der Auffassung, daß eine Vertragsregelung wie im Umwandlungsmodell, das im Rahmen des Übereinkommens vom 1. Juni 1990 zwischen der Fachärztevereinigung und dem Verhandlungsausschuß der Krankenversicherung eingeführt wurde, in den Anwendungsbereich der im Licht der Richtlinie 76/207 ausgelegten Richtlinie 86/613 fällt und daß insoweit die Beurteilung der streitigen Regelung bei der Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, anhand einer Gesamtbewertung der Auswirkungen der ein-

29 — Diese Zahlen ergeben sich aus dem bei den Akten der Rechtssache befindlichen Gutachten von Professor Lauritzen und werden hinsichtlich ihrer Objektivität im Gegengutachten von Professor Conradsen nicht angegriffen.

30 — Nach einer Tabelle im Anhang des Gutachtens von Professor Lauritzen soll es im Jahre 1989 eine einzige Fachärztin für Rheumatologie gegeben haben, deren Umsatz in den Toleranzbereich zwischen 400 000 DKK und 500 000 DKK fiel.

zelnen Merkmale dieser Regelung auf die Vollzeitfachärzte sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts stattzufinden hat.

24. Hinzuzufügen ist, daß nach ständiger Rechtsprechung [31] das nationale Gericht zu beurteilen hat, ob bei Vornahme einer Gesamtbewertung eine konkrete mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gegeben ist. Das nationale Gericht hat insbesondere zu prüfen, ob die verfügbaren statistischen Daten „sich auf eine ausreichende Zahl von Personen beziehen, ob sie nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln und ob sie generell gesehen als aussagekräftig erscheinen" [32], und dann auf der Grundlage dieser Daten zu ermitteln, ob das Umwandlungsmodell insgesamt betrachtet zu abträglichen Wirkungen für eine spürbar höhere Zahl [33] von Vollzeitfachärzten weiblichen als männlichen Geschlechts führt.

Zur zweiten Frage

25. Das vorlegende Gericht stellt dem Gerichtshof sodann eine Frage zur Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung, die sich unter Umständen aus der zu prüfenden Vertragsregelung ergeben könnte, tut dies aber offensichtlich nur bedingt („[b]ei Bejahung der ersten Frage..."). Ich verstehe seinen Gedankengang: Nur wenn auf die Punkt-für-Punkt-Beurteilung zurückgegriffen werden sollte, wäre im vorliegenden Fall eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts denkbar und müßten daher die möglichen Rechtfertigungsgründe untersucht werden. Da jedoch im vorliegenden Fall ausgeschlossen wurde, daß im Wege der Punkt-für-Punkt-Beurteilung vorgegangen werden könnte, dürfte sich nach dem Gedankengang des vorlegenden Gerichts weder eine mittelbare Diskriminierung ergeben, noch wäre eine Suche nach Rechtfertigungsgründen angebracht. Unter diesem Blickwinkel bedürfte es daher einer Beantwortung der zweiten Frage nicht. Diesem anscheinend folgerichtigen Schluß läßt sich jedoch nicht unbedingt voll beipflichten, wenn man den rechtlichen Kontext bedenkt, in dem das vorlegende Gericht im Ausgangsverfahren zu entscheiden haben wird. Erstens könnte es unter Umständen über weitere statistische Daten verfügen oder von neuen Tatsachen Kenntnis erhalten, die seine vorläufigen Einschätzungen in bezug auf das Vorliegen einer Diskriminierung verändern könnten. Zweitens lässt sich nicht ausschließen, daß diese ersten Bewertungen anders ausfallen könnten, wenn bei der Beurteilung der diskriminierenden Wirkungen der betreffenden Regelung nur die Fachärzte berücksichtigt würden, die Vollzeitpraxen betreiben. Angesichts der Komplexität der endgültigen Urteilsfindung scheint daher eine Beantwortung der zweiten Frage nicht völlig überflüssig zu sein. Im übrigen ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes stets dahin gegangen, bei der Prüfung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sowohl statistische Daten heranzuziehen als auch festzustellen, ob eine Rechtfertigung durch objektive Faktoren gegeben ist, die

31 — Vgl. zuletzt Urteil vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Seymour-Smith und Perez, Slg. 1999, I-623, Randnrn. 61 und 62).

32 — Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 17).

33 — Dieses quantitative Erfordernis ergibt sich aus der ständigen Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts seit dem Urteil Jenkins (a. a. O., Randnr. 13).

nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [34].

26. Nach diesen Klarstellungen muß man sich fragen, ob „Erwägungen der Haushaltssicherheit, der Einsparung und der praxisbezogenen Planung" als objektive und sachliche Erwägungen angesehen werden können, die das etwaige Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen würden. Diese Erfordernisse beziehen sich auf die allgemeine Zielsetzung der Reform von 1990, die im wesentlichen in einer schrittweisen Begrenzung der öffentlichen Ausgaben im Gesundheitswesen und in einer besseren Planung der ärztlichen Ressourcen bestand. Ich werde auf die Aspekte der Haushaltssicherheit und der damit verbundenen Begrenzung der öffentlichen Ausgaben getrennt von den Aspekten der Planung der ärztlichen Ressourcen eingehen.

27. In bezug auf die Haushaltssicherheit und die öffentlichen Ausgaben hat der Gerichtshof im Urteil Roks u. a. [35] entschieden, daß solche Erwägungen „sozialpolitischen Entscheidungen eines Mitgliedstaats zwar zugrunde liegen und die Art oder das Ausmaß der sozialen Schutzmaßnahmen, die er treffen möchte, beeinflussen [können],... als solche jedoch kein mit dieser Politik verfolgtes Ziel dar[stellen] und... daher eine Diskriminierung eines der Geschlechter nicht rechtfertigen [können]" [36].

Der Grund für diesen Standpunkt ist klar: „Würde man... anerkennen, daß Haushaltserwägungen eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen rechtfertigen können, die anderenfalls eine... verbotene mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen würde, so hätte dies zur Folge, daß die Anwendung und die Tragweite einer so grundlegenden Regel des Gemeinschaftsrechts wie der der Gleichheit von Männern und Frauen zeitlich und räumlich je nach dem Zustand der Staatsfinanzen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sein könnten." [37] Diese Überlegungen gelten auch für den vorliegenden Fall.

28. Was die Erfordernisse in Zusammenhang mit der Planung der ärztlichen Ressourcen betrifft, so stehe ich angesichts der bereits erwähnten einschlägigen Rechtsprechung auf dem Standpunkt, daß sie, um als Rechtfertigungsgründe für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anerkannt werden zu können, auf sozialpolitischen Entscheidungen beruhen müßten. Das Umwandlungsmodell ist aber im wesentlichen auf die Rationalisierung der Vollzeit- und Teilzeitpraxen nach Maßgabe der Bedürfnisse der Patienten ausgerichtet; eines der Ziele der Reform war nämlich, „die fachärztliche Betreuung der Bevölkerung... durch Ärzte sicherzustellen, die grundsätzlich einer Vollzeittätigkeit nachgehen" [38]. Unter diesem Blickwinkel hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob durch die Einführung des Umwandlungsmodells tatsächlich ein bestimmtes programma-

34 — Vgl. zuletzt Urteil Seymour-Smith und Perez (a. a. O., Randnr. 60).

35 — Urteil vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Slg. 1994, I-571, Randnrn. 35 bis 37).

36 — A. a. O., Randnr. 35.

37 — A. a. O., Randnr. 36.

38 — Vgl. Artikel 2 Absatz 2 des Übereinkommens von 1990, dessen Wortlaut im Vorlagebeschluß wiedergegeben ist. Auch die vorerwähnte Anmerkung zu den Artikeln 13 und 14 des Übereinkommens scheint von diesem Grundsatz geprägt zu sein.

tisches Erfordernis der Sozialpolitik umgesetzt werden könnte. In diesem Zusammenhang ist der Hinweis angebracht, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Erfordernisse der Sozialpolitik selbst schwere Formen mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtfertigen können [39], wobei dies natürlich nur dann gilt, wenn die diskriminierende Wirkung nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung der angestrebten Ziele unbedingt erforderlich ist [40].

29. Ich schlage daher vor, auf die zweite Frage zu antworten, daß nach den Artikeln 3 und 4 der Richtlinie 86/613 bei einer Auslegung im Licht der Richtlinie 76/207 eine etwaige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, lediglich mit Erfordernissen der Sozialpolitik und nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn die diskriminierende Wirkung nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung der angestrebten Ziele unbedingt erforderlich ist.

39 — Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743, Randnr. 14) zu nationalen Rechtsvorschriften, die Arbeitnehmer mit einer Arbeitszeit von weniger als 10 Stunden wöchentlich oder 45 Stunden monatlich von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ausschlossen, Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-229/89 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2205, Randnrn. 19 bis 25) zu einem auf diskriminierenden Voraussetzungen beruhenden System des Arbeitslosen- und Invalidengeldes, Urteil vom 19. November 1992 in der Rechtssache C-226/91 (Molenbroek, Slg. 1992, I-5943, Randnr. 19) zu einer Altersrentenversicherung, bei der ein Rentenzuschlag auf diskriminierenden Grundlagen gewährt wurde, Urteil vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-444/93 (Megner und Scheffel, Slg. 1995, I-4741, Randnr. 24) zu nationalen Rechtsvorschriften, die geringfügig oder kurzzeitig Beschäftigte von der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung ausschlossen, Urteil vom 7. März 1996 in der Rechtssache C-278/93 (Freers und Speckmann, Slg. 1996, I-1165, Randnr. 28) zu einer Regelung, die bei teilzeitbeschäftigten Betriebsratsmitgliedern den Kostenersatz für die Teilnahme an Bildungsveranstaltungen ausschloß, sowie Urteil Seymour-Smith und Perez (a. a. O., Randnr. 69) zu nationalen Rechtsvorschriften, die die Wiedereinstellung eines zu Unrecht entlassenen Arbeitnehmers davon abhängig machten, daß er mindestens zwei Jahre beschäftigt war.

40 — Urteil Kommission/Belgien (a. a. O., Randnr. 19).

Zur dritten und zur vierten Frage

30. Ich will gleich sagen, daß mir die Gründe, aus denen es das vorlegende Gericht für sinnvoll gehalten hat, die dritte und die vierte Frage vorzulegen, nicht klar sind. Hält man sich an den Wortlaut des Vorlagebeschlusses, dann würde es sich um eine Art *ultima ratio* handeln, die zumindest teilweise das Umwandlungsmodell rechtfertigen soll: Falls eine Form der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegen sollte, die nicht aufgrund eines der in der zweiten Frage genannten Erfordernisse zu rechtfertigen wäre, soll die Qualifikation des Entgelts für den Goodwill, das die Klägerin des Ausgangsverfahrens bei Veräußerung der Praxis zum Zeitpunkt des Erreichens der Pensionsgrenze erzielen könnte, als Altersrente dazu führen, daß hier die Lösung zur Anwendung kommt, die der Gerichtshof im Urteil Grau-Hupka [41] gewählt hat, in dem u. a. ausgeführt wird, daß die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet seien, Personen, die Kinder aufgezogen hätten, Vergünstigungen auf dem Gebiet der Altersversicherung zu gewähren. Versteht man die beiden Fragen in dieser Weise, so mögen sie für die zutreffende Entscheidung dieses Rechtsstreits eine — wenn auch nur marginale — Bedeutung haben, und aus diesem Grunde möchte ich sie auch beantworten. Letztlich ist es Sache des vorlegenden Gerichts, „je nach den besonderen Gegebenheiten des einzelnen Falles zu beurteilen, ob ein Vorabentscheidungsersuchen erforderlich ist und ob die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen sachdienlich sind" [42].

31. Ich möchte vorausschicken, daß Artikel 30 des Übereinkommens von 1990 be-

41 — A. a. O., Randnr. 27.

42 — Urteil Roks u. a. (a. a. O., Randnr. 16).

sondere Bestimmungen über den Wert des Goodwill enthält und daß die Klausel der Umwandlung einer Vollzeit- in eine Teilzeitpraxis im Anschluß an eine Veräußerung an Dritte mit Sicherheit zu einer Verringerung des Entgelts für den Goodwill führt, das der Erwerber an den Praxisinhaber zu zahlen hat. Im Fall von Frau Jørgensen ist eine ganz genaue Berechnung dieses Verlustes von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft[43] durchgeführt worden und hat zu einem Höchstbetrag von 360 565,42 DKK anstelle von 505 395,14 DKK geführt, die ohne Umwandlungsklausel hätten erzielt werden können.

32. Weiterhin möchte ich aus Gründen rechtlicher Systematik vorausschicken, daß die beiden zu prüfenden Fragen an die Auslegung bestimmter Vorschriften des Gemeinschaftsrechts anknüpfen, die im vorliegenden Fall allerdings nicht die der Richtlinie 86/613 sein können, da diese sich nicht mit Fragen der Rente bei selbständiger Erwerbstätigkeit befaßt. Auch wenn das vorlegende Gericht nicht darauf Bezug nimmt, ist hier doch meines Erachtens die Richtlinie 79/7/EWG[44] heranzuziehen, deren persönlicher Geltungsbereich auch Selbständige erfaßt (Artikel 2) und die u. a. auf die gesetzlichen Altersrentensysteme Anwendung findet (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a dritter Gedankenstrich). Im oben genannten Urteil Grau-Hupka wird ausdrücklich auf diese Richtlinie und insbesondere auf deren Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b Bezug genommen; dort wird den Mitgliedstaaten die Befugnis eingeräumt, Vergünstigungen, die Personen, welche Kinder aufgezogen haben, auf dem Gebiet der Altersversicherung gewährt werden, sowie den Erwerb von Ansprüchen auf Leistungen im Anschluß an Zeiträume der Beschäftigungsunterbrechung wegen Kindererziehung vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszuschließen. Indes scheint mir hier entgegen dem Vorbringen der Kommission[45] die Richtlinie 86/378/EWG[46], die im Urteil Grau-Hupka nicht genannt wird und die einen Sektor betrifft — die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit —, der im Vorlagebeschluß nicht angesprochen ist, keine Anwendung finden zu können.

33. Nach all diesen Vorbemerkungen gelange ich zu der Auffassung, daß Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 dahin auszulegen ist, daß der Erlös für den Goodwill, den ein Facharzt bei der Veräußerung seiner Praxis an Dritte zum Zeitpunkt des Erreichens der Pensionsgrenze erzielen könnte, den Sparbeträgen eines Arbeitnehmers für die Altersrente nicht gleichgestellt werden kann. Der Goodwill ist nämlich ein immaterieller Bestandteil der Praxis des Facharztes als Wirtschaftsteilnehmer und gehört als solcher zu den Aktiva des Vermögens[47]. Der Erlös für den Goodwill, den ein Facharzt bei der Veräußerung seiner Praxis an Dritte erzielt, betrifft deshalb ausschließlich

43 — Es handelt sich um das Unternehmen Coopers & Lybrand, dessen Bericht vom 28. Oktober 1996 im Vorlagebeschluß wiedergegeben ist.

44 — 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).

45 — Schriftliche Erklärungen, Nr. 118.

46 — Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (ABl. L 225, S. 40) in der Fassung der Richtlinie 96/97/EG des Rates vom 20. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 46, S. 20).

47 — Vgl. dazu die Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen (ABl. L 222, S. 11), sowie die späteren Änderungen und Ergänzungen, darunter den Goodwill, der, falls entgeltlich erworben, zu den immateriellen Werten gehört, die bei den Aktiva des Vermögens aufzuführen sind (Artikel 10 und 11).

diesen Übertragungsvorgang und kann nicht einer Rentenleistung gleichgestellt werden, die aufgrund eines bestimmten Betrages zu diesem Zweck angesparter Beiträge zu erbringen ist. Der Goodwill betrifft den Betrieb, die Rentensysteme betreffen hingegen die Arbeitnehmer; ihre Rechtsnatur ist grundlegend verschieden. Daran ändert sich meines Erachtens auch dann nichts, wenn man berücksichtigt, daß Fachärzte häufig dem Wert des Goodwill rentenähnliche Funktion beimessen, weil normalerweise die Veräußerung der Praxis dann erfolgt, wenn diese Erwerbstätigen das Rentenalter erreichen und beschließen, sich ins Privatleben zurückzuziehen.

Ergebnis

34. Aufgrund all dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Østre Landsret vorgelegten Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Eine Vertragsregelung wie im Umwandlungsmodell, das im Rahmen des Übereinkommens vom 1. Juni 1990 zwischen der Fachärztevereinigung und dem Verhandlungsausschuß der Krankenversicherung eingeführt wurde, fällt in den Anwendungsbereich der Richtlinie 86/613/EWG, die im Licht der Richtlinie 76/207/EWG auszulegen ist. Bei der Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, ist eine Gesamtbewertung der Auswirkungen der einzelnen Merkmale dieser Regelung auf die Vollzeitfachärzte sowohl männlichen als auch weiblichen Geschlechts vorzunehmen. Diese Prüfung, die dem nationalen Gericht obliegt, hat aufgrund aussagekräftiger und übereinstimmender statistischer Daten zu erfolgen, die zum Beweis dafür geeignet sind, daß die betreffende Regelung insgesamt

betrachtet zu abträglichen Wirkungen für eine spürbar höhere Zahl von Vollzeitfachärzten weiblichen als männlichen Geschlechts führt.

2. Nach den Artikeln 3 und 4 der Richtlinie 86/613/EWG bei einer Auslegung im Licht der Richtlinie 76/207/EWG kann eine etwaige mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts wie die, um die es im Ausgangsverfahren geht, lediglich mit Erfordernissen der Sozialpolitik und nur dann gerechtfertigt werden, wenn die diskriminierende Wirkung nicht über das hinausgeht, was für die Erreichung der angestrebten Ziele unbedingt erforderlich ist.

3. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 79/7/EWG ist dahin auszulegen, daß der Erlös für den Goodwill, den ein Facharzt bei der Veräußerung seiner Praxis an Dritte zum Zeitpunkt des Erreichens der Pensionsgrenze erzielt, den Sparbeträgen eines Arbeitnehmers für die Altersrente nicht gleichgestellt werden kann.