SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MICHAEL B. ELMER

vom 30. September 1997 *

1. Stellt eine Vorschrift in der Vergütungsregelung eines Arbeitgebers, wonach der Arbeitnehmer eine Zulage in Form von Fahrtvergünstigungen für einen Lebensgefährten des anderen Geschlechts erhält, solche Fahrtvergünstigungen aber nicht für einen Lebensgefährten des gleichen Geschlechts gewährt werden, eine gegen Artikel 119 EG-Vertrag verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar?

Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und Vorlagefragen

2. Am 4. Juni 1993 wurde Lisa Grant als „clerical officer" beim British Railways Board eingestellt. Am 31. März 1995 wurde ihr Arbeitsverhältnis auf South-West Trains, eine 100 %ige Tochtergesellschaft, übertragen, die am 4. Februar 1996 privatisiert wurde. Klausel 18 ihres Arbeitsvertrags bestimmt unter der Überschrift „Fahrtvergünstigungen":

„Ihnen werden Fahrtvergünstigungen in Form von Freifahrten und Fahrten zum ermäßigten Tarif in dem für Angehörige Ihrer Vergütungsgruppe geltenden Umfang gewährt. Ihr Ehepartner und Ihre Angehörigen erhalten ebenfalls Fahrtvergünstigungen. Die Gewährung der Fahrtvergünstigungen steht im Ermessen des [Arbeitgebers]; sie werden bei Mißbrauch entzogen."

3. Diese Fahrtvergünstigungen sind näher in den Staff Travel Facilities Privilege Ticket Regulations (nachstehend: Durchführungsregelung) geregelt, die vom British Railways Board erlassen und von South-West Trains nach der Privatisierung übernommen wurden. Klausel 8 dieser Durchführungsregelung bestimmt unter der Überschrift „Ehepartner" u. a.:

„Für einen ‚common law opposite sex spouse' werden Fahrscheine zum Vorzugstarif gewährt ... gegen Abgabe einer eidesstattlichen Erklärung, daß seit zwei Jahren oder länger eine ernsthafte Beziehung besteht ..."

4. Nach Klausel 10 und 11 der Durchführungsregelung hat der Beschäftigte auch Anspruch auf Vergünstigungen für bei ihm wohnende unverheiratete Kinder. Klausel 12 bestimmt ferner, daß „Fahrscheine zum Vorzugstarif für einen Angehörigen gewährt werden [können], der als bona fide ständig bei dem Antragsteller wohnender Haushalter

* Originalsprache: Dänisch.

für diesen tätig ist, von dem er vollständig unterhalten wird", falls der Beschäftigte entweder allein lebt oder mit einem erwerbsunfähigen Ehepartner zusammenlebt. Nach dieser Klausel sind unter „Angehörigen" Mutter, Vater, Bruder, Schwester, Tochter oder Sohn zu verstehen.

5. Herr Potter, der Vorgänger von Frau Grant auf dieser Stelle, hatte seinerzeit eine eidesstattliche Erklärung abgegeben, daß seit über zwei Jahren zwischen ihm und seiner Lebensgefährtin eine ernsthafte Beziehung bestehe, und daraufhin Fahrtvergünstigungen für sie erhalten.

6. Am 9. Januar 1995 beantragte Frau Grant in der gleichen Weise Fahrtvergünstigungen für ihre Lebensgefährtin Jillian Percey und gab zugleich eine Erklärung ab, daß sie „mit der in meinem Antrag auf Fahrtvergünstigungen als common law spouse bezeichneten Person in einer ‚Common law relationship' [lebe] und seit zwei Jahren oder länger ununterbrochen in dieser Weise zusammengelebt habe". Der Antrag von Frau Grant wurde mit der Begründung abgelehnt, daß Fahrtvergünstigungen nach Klausel 8 der Durchführungsregelung für Lebensgefährten des gleichen Geschlechts nicht gewährt würden.

7. Frau Grant erhob daraufhin Klage gegen South-West Trains beim Industrial Tribunal, Southampton, Vereinigtes Königreich, und machte geltend, Artikel 119 EG-Vertrag verbiete es, ihr einen Teil ihres Entgelts in Form von Fahrtvergünstigungen für ihre Lebensgefährtin vorzuenthalten, wenn ein männlicher Beschäftigter unter den gleichen Umständen Fahrtvergünstigungen für seine Lebensgefährtin erhalten könne.

8. Mit Beschluß, der am 22. Juli 1996 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen ist, hat das Industrial Tribunal das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Verstößt es (vorbehaltlich der nachstehenden Frage 6) gegen den in Artikel 119 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und in Artikel 1 der Richtlinie 75/117 des Rates niedergelegten Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, daß einem Beschäftigten Fahrtvergünstigungen für einen mit ihm in nichtehelicher Gemeinschaft zusammenlebenden Partner des gleichen Geschlechts verweigert werden, während diese Vergünstigungen für den Ehepartner eines solchen Beschäftigten oder für einen mit ihm in nichtehelicher Gemeinschaft zusammenlebenden Partner des anderen Geschlechts gewährt werden?

2. Schließt eine „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts" im Sinne von Artikel 119 eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung des Beschäftigten ein?

3. Schließt eine „Diskriminierung aufgrund des Geschlechts" im Sinne von Artikel 119 eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts des Partners dieses Beschäftigten ein?

4. Wenn Frage 1 bejaht wird, besitzt dann ein Beschäftigter, dem solche Vergünstigungen verweigert werden, einen unmittelbar durchsetzbaren gemeinschaftsrechtlichen Anspruch gegen seinen Arbeitgeber?

5. Verstößt eine solche Weigerung gegen die Bestimmungen der Richtlinie 76/207 des Rates?

6. Kann ein Arbeitgeber eine solche Weigerung eher rechtfertigen, wenn er nachweist, a) daß der Zweck dieser Vergünstigungen darin besteht, Ehepartnern oder Partnern in einer mit der von Ehepartnern gleichwertigen Situation Vorteile zu verschaffen, und b) daß die Beziehungen zwischen zusammenlebenden Partnern des gleichen Geschlechts von der Gesellschaft herkömmlicherweise nicht als mit der Ehe gleichwertig angesehen worden sind und im allgemeinen nicht angesehen werden, als wenn er sich auf einen wirtschaftlichen oder organisatorischen Grund im Zusammenhang mit dem betreffenden Beschäftigungsverhältnis beruft?

Welche Vorschriften sind einschlägig?

9. In der Rechtssache Garland [1] hat der Gerichtshof entschieden, daß Fahrtvergünstigungen für Beschäftigte und Familienangehörige als Entgelt im Sinne von Artikel 119 des Vertrages zu gelten haben.

10. Die 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 [2], die in mancher Beziehung den Inhalt von Artikel 119 des Vertrages klarstellt [3], hat, soweit es um unter diesen Artikel fallende Entgeltteile geht, keine selbständige Bedeutung. Sie ist daher in dieser Rechtssache nicht einschlägig [4].

11. Die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen [5] behandelt keine Entgeltfragen und ist daher im vorliegenden Fall ebenfalls nicht von Bedeutung.

12. Die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen müssen daher allein anhand von Artikel 119 des Vertrages beantwortet werden. Da aber

1 — Urteil vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81 (Slg. 1982, 359).

2 — ABl. L 45, S. 19.

3 — Vgl. Urteil vom 8.. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne [II], Slg. 1976, 455, Randnr. 54).

4 — Vgl. Randnr. 12 des Urteils Garland (zitiert in Fußnote 1).

5 — ABl. L 39, S. 40.

die vorgenannten Richtlinien den in diesem Artikel verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung ergänzen und entwickeln, ist die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu diesen Richtlinien in dieser Rechtssache gleichwohl von großer Bedeutung.

Allgemeine Bemerkungen zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

13. In seinem Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-13/94 (P./S.)[6] hatte der Gerichtshof Gelegenheit, sich grundlegend mit dem Anwendungsbereich von Gemeinschaftsvorschriften zu befassen, die die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbieten. Die Rechtssache betraf einen Beschäftigten, der nach seiner Mitteilung an seinen Arbeitgeber, daß er sich einer Geschlechtsumwandlung unterziehen wolle, entlassen worden war. Der Gerichtshof hat entschieden, daß die Entlassung eine gegen die Richtlinie 76/207 verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sei. In Randnummer 21 hat der Gerichtshof großes Gewicht darauf gelegt, daß solche Diskriminierungen „hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen [beruhen]". Für den Gerichtshof war es daher unerheblich, daß die Diskriminierung auf die Transsexualität von P. zurückging.

6 — Slg. 1996, I-2143.

14. Ich möchte insbesondere auf die Randnummern 19 bis 22 des Urteils verweisen, in denen der Gerichtshof folgendes ausgeführt hat:

„Wie der Gerichtshof außerdem bereits wiederholt festgestellt hat, stellt das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, eines der Grundrechte des Menschen dar, deren Einhaltung er zu sichern hat ... [Randnr. 19].

Unter diesen Umständen kann der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben. In Anbetracht ihres Gegenstands und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, hat die Richtlinie auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache, wie im vorliegenden Fall, in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben [Randnr. 20].

Denn solche Diskriminierungen beruhen hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen. Wenn also eine Person entlassen wird, weil sie beabsichtigt, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen, oder sich ihr bereits unterzogen hat, wird sie im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt [Randnr. 21].

Würde eine solche Diskriminierung toleriert, so liefe dies darauf hinaus, daß gegenüber einer solchen Person gegen die Achtung der Würde und der Freiheit verstoßen würde, auf die sie Anspruch hat und die der Gerichtshof schützen muß [Randnr. 22]."

15. In diesem Urteil hat sich der Gerichtshof meines Erachtens in entscheidender Weise von einer Auslegung des Grundsatzes der Gleichbehandlung entfernt, die auf dem herkömmlichen Vergleich zwischen einem weiblichen und einem männlichen Arbeitnehmer beruhte. Der Gerichtshof hat es für unerheblich gehalten, daß kein Grund für die Annahme bestand, daß eine Frau, die sich einer Geschlechtsumwandlung hätte unterziehen wollen, günstiger behandelt worden wäre als ein Mann mit diesem Wunsch. Ich möchte insbesondere auf Randnummer 20 des Urteils verweisen, in der der Gerichtshof es abgelehnt hat, den Grundsatz der Gleichbehandlung einfach auf eine Diskriminierung zu beschränken, die darauf beruht, daß eine Person dem einen oder dem anderen Geschlecht angehört. Entscheidend war, daß die Diskriminierung ausschließlich oder im wesentlichen auf dem Geschlecht beruhte. Der Gerichtshof hat damit meiner Meinung nach den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung so ausgelegt, daß er sich besser für die Behandlung von Fällen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts eignet, wie sie in unserer heutigen Gesellschaft vor die Gerichte kommen.

16. Das Urteil P./S. des Gerichtshofes betraf formal die Richtlinie 76/207, hat aber wegen seiner Allgemeinheit die gleiche Bedeutung für Artikel 119 des Vertrages, der das grundlegende Prinzip des Verbotes von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verankert. Um diesem Grundsatz volle Wirksamkeit zu verleihen, sollte meines Erachtens Artikel 119 des Vertrages ebenso wie in der Rechtssache P./S. dahin ausgelegt werden, daß er die Formen der Diskriminierung untersagt, die ausschließlich oder im wesentlichen auf dem Geschlecht beruhen. Die Bestimmung muß ferner, um wirksam zu sein, so verstanden werden, daß sie Diskriminierungen von Arbeitnehmern nicht nur aufgrund ihres eigenen Geschlechts, sondern auch aufgrund des Geschlechts ihrer Kinder, Eltern oder anderen Angehörigen ihrer Familie untersagt. Die Bestimmung müßte es daher auch einem Arbeitgeber verbieten, einem Arbeitnehmer z. B. eine Haushaltszulage für bei ihm wohnende Söhne unter 18 Jahren zu verweigern, wenn diese Zulage unter sonst gleichen Umständen für im Hause wohnende Töchter gewährt wird. Eine solche Auslegung, die ganz allgemein darauf abstellt, daß Anlaß für die Diskriminierung das Geschlecht ist, dürfte auch mit der Formulierung des Artikels 119 in Einklang stehen, dessen Absatz 1 den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit verankert, in Absatz 3 aber diesen Grundsatz erweitert, indem dort allgemein von „Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts" gesprochen wird. Artikel 119 des Vertrages ist daher dahin auszulegen, daß er alle Fälle erfaßt, in denen das Geschlecht objektiv die Ursache dafür ist, daß ein Arbeitnehmer weniger Entgelt erhält.

17. Man muß sich dessen stets bewußt bleiben, daß bei der Prüfung, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, eine rein objektive Prüfung durchzuführen ist. Entscheidend ist, ob de jure oder de facto eine objektive Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stattfindet, nicht aber, welches die subjektiven Motive des Arbeitgebers für

dieses diskriminierende Verhalten sein können. Die Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Artikels 119 muß von Moralbegriffen frei sein, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein können und im Lauf der Zeit wandelbar sind. Nur eine rein objektive Beurteilung kann die Klarheit und die Vorhersehbarkeit sicherstellen, die von entscheidender Bedeutung für die Rechtssicherheit sind. In der Rechtssache P./S. waren daher Moralvorstellungen im Zusammenhang mit der Transsexualität ohne Bedeutung für die Entscheidung des Gerichtshofes. Damit hat der Gerichtshof bestätigt, daß der Vertrag nicht anhand der in einem Mitgliedstaat geltenden Moralvorstellungen ausgelegt werden darf (vgl. insoweit auch Urteil vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-159/90, Society for the Protection of Unborn Children) [7].

18. Ich bin daher abschließend der Auffassung, daß Artikel 119 des Vertrages alle Fälle erfaßt, in denen aufgrund einer objektiven Beurteilung de jure oder de facto eine Diskriminierung festzustellen ist, die ausschließlich oder im wesentlichen auf dem Geschlecht beruht.

Liegt hier eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor?

19. South-West Trains, die französische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs machen geltend, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und nicht aufgrund des Geschlechts handele.

20. Die Prüfung der Frage, ob im vorliegenden Fall de jure eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, muß mit einer näheren Analyse der Klausel 8 der Durchführungsregelung beginnen. Nach dieser Klausel hat der Beschäftigte einen Anspruch auf Fahrtvergünstigungen für einen Lebensgefährten des anderen Geschlechts, nicht aber für einen Lebensgefährten des gleichen Geschlechts. Die Frage ist daher, ob die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle objektiv gesehen ausschließlich oder im wesentlichen geschlechtsbezogen ist.

21. Ganz allgemein möchte ich darauf hinweisen, daß Fahrtvergünstigungen nach der Durchführungsregelung in Wirklichkeit Haushaltszulagen sind. Nach den Klauseln 10 und 12 haben Beschäftigte Anspruch auf Fahrtvergünstigungen für Kinder und nahe Verwandte, die von ihnen unterhalten werden, und nach diesen Klauseln ist die sexuelle Orientierung des Beschäftigten oder seiner Verwandten unerheblich. Hätte daher Frau Grant ein Kind oder ihre Mutter bzw. ihren Vater unterhalten, so hätte sie für diese Personen unabhängig von deren sexueller Orientierung Fahrtvergünstigungen erhalten.

7 — Slg. 1991, I-4685.

22. Hat nach Klausel 8 der Durchführungsregelung der Beschäftigte auch Anspruch auf Fahrtvergünstigungen für einen Lebensgefährten, so gilt nach dem Wortlaut der Bestimmung das gleiche wie für Fahrtvergünstigungen nach den Klauseln 10 und 12. Die Vergünstigungen sind in Wirklichkeit Haushaltszulagen. Klausel 8 erwähnt ebensowenig wie die Klauseln 10 und 12 die sexuelle Orientierung des Beschäftigten oder seines Lebensgefährten, so daß die Frage der sexuellen Orientierung nach dem objektiven Inhalt der Klausel für den Anspruch auf Fahrtvergünstigungen unerheblich ist. South-West Trains überprüft auch nicht die Frage der sexuellen Orientierung des Beschäftigten dadurch, daß etwa Angaben dazu in der abzugebenden Erklärung verlangt werden oder die gemeinsame Wohnung besichtigt wird.

23. Klausel 8 der Durchführungsregelung macht indessen die Vergünstigungen davon abhängig, daß der Lebensgefährte einem „anderen Geschlecht" angehört als der Beschäftigte. Die Diskriminierung ist daher nach dem objektiven Inhalt der Bestimmung ausschließlich auf das Geschlecht bezogen. Das Geschlecht ist einfach das einzig entscheidende Kriterium der Bestimmung. Wäre diese geschlechtsneutral, so daß die Vergünstigungen ohne Diskriminierung allen Beschäftigten gewährt würden, die versichert hätten, zumindest die letzten beiden Jahre in einer dauerhaften Beziehung gelebt zu haben, so hätte Frau Grant die betreffende Zulage erhalten, die sich nach ihrer unwidersprochen gebliebenen Erklärung auf jährlich 1 000 UKL (etwa 1 500 ECU) beläuft. Das Geschlecht ist daher objektiv der Faktor, der zu einer Entgeltdiskriminierung einer bestimmten Gruppe von Beschäftigten führt.

24. Klausel 8 der Durchführungsregelung macht somit die Gewährung der betreffenden Zulage vom Geschlecht des Beschäftigten abhängig, da die Beschäftigten ein anderes Geschlecht haben müssen als ihre Lebensgefährten. Zugleich stellt die Klausel die Voraussetzung auf, daß der Lebensgefährte ein anderes Geschlecht als der Beschäftigte haben muß. Ob die Voraussetzungen für die Gewährung der Vergünstigungen erfüllt sind, hängt damit vom Geschlecht sowohl des Beschäftigten als auch des Lebensgefährten ab. Fahrtvergünstigungen für einen männlichen Lebensgefährten können nur beansprucht werden, wenn der Beschäftigte eine Frau ist. Fahrtvergünstigungen für einen weiblichen Lebensgefährten können nur beansprucht werden, wenn der Beschäftigte ein Mann ist.

25. Daß Klausel 8 der Durchführungsregelung sich nicht auf ein bestimmtes Geschlecht als Kriterium für die unterschiedliche Behandlung bezieht, sondern ein abstrakteres Kriterium wählt („anderes Geschlecht"), kann meines Erachtens keinen Unterschied machen, da der entscheidende Punkt, wie er im Urteil P./S. festgestellt wurde, der ist, ob die Diskriminierung ausschließlich oder im wesentlichen auf dem Geschlecht beruht, während es nicht entscheidend sein kann, ob die Diskriminierung de jure oder de facto auf einem bestimmten Geschlecht beruht.

26. Ich stehe demgemäß auf dem Standpunkt, daß eine Vorschrift in der Vergütungsregelung eines Arbeitgebers, wonach der Arbeitnehmer Fahrtvergünstigungen für einen Lebensgefährten des anderen Geschlechts erhält, diese Fahrtvergünstigungen aber nicht für einen Lebensgefährten des gleichen Geschlechts gewährt werden, eine in

den Anwendungsbereich von Artikel 119 des Vertrages fallende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

Betrifft der Fall eine familienrechtliche Frage, die nicht unter den Vertrag fällt?

27. Eine weitere Frage ist jedoch die, ob diese Diskriminierung eine Folge des Familienrechts des betreffenden Mitgliedstaats ist. So hat etwa die Kommission ausgeführt, der Fall betreffe die Definition eines „common law spouse" und damit eine familienrechtliche Frage, die nicht unter den Vertrag falle.

28. Hätte Klausel 8 der Durchführungsregelung als entscheidendes Kriterium festgelegt, daß der Beschäftigte und der Lebensgefährte verheiratet sein müssen, so hätte dies meines Erachtens zu einer Beschränkung der Fahrtvergünstigungen geführt, die nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen hätte, weil sie durch Verweisung auf einen familienrechtlichen Begriff erfolgt wäre, der von den Mitgliedstaaten festgelegt wird.

29. Allerdings wäre dann vorauszusetzen gewesen, daß männliche und weibliche Beschäftigte und ihre Ehegatten in der gleichen Weise behandelt worden wären. Wenn ein Arbeitgeber aufgrund seiner persönlichen Moralvorstellungen den Niedergang der traditionellen Geschlechterrollen dadurch zu bekämpfen versuchte, daß er Beschäftigten, deren Frauen zu Hause bleiben, eine besondere Vergünstigung gewährte, Beschäftigten hingegen, deren Ehemänner zu Hause bleiben, einen entsprechenden Vorteil vorenthielte, würde dies gegen Artikel 119 des Vertrages verstoßen, weil das auf eine Diskriminierung sowohl der Beschäftigten als auch der Ehegatten aufgrund des Geschlechts hinausliefe und nicht bloß auf einen familienrechtlichen Status verwiesen würde.

30. Klausel 8 der Durchführungsregelung verweist indessen nicht auf einen Begriff, der im englischen Recht einen familienrechtlichen Status kennzeichnet, sondern verwendet lediglich den Ausdruck „common law spouse". In England hat aber dieser Ausdruck weder nach dem englischen Gesetzesrecht noch nach dem Common Law irgendeine rechtliche Bedeutung. Das englische Recht hat unverheiratete Lebensgefährten nur in bestimmter Hinsicht Eheleuten gleichgestellt, so etwa im Mietrecht, wo eine genauere Formulierung verwendet wird wie z. B. „ein Mann und eine Frau, die wie ein Ehepaar zusammenleben". Man geht dabei im allgemeinen davon aus, daß ein solches Paar seine Finanzen teilt, ein gemeinsames soziales Leben hat und sexuelle Beziehungen unterhält, obwohl deren Fehlen nicht entscheidend ist [8].

8 — Vgl. näher P. M. Bromley und N. V. Lowe, *Family Law*, 8. Aufl., S. 5 ff.

31. Der Ausdruck „common law spouse" und ähnliche Ausdrücke werden daher in englischen familienrechtlichen Vorschriften nicht verwendet, und die Mitglieder des House of Lords legten in einem sozialrechtlichen Fall [9] eine gewisse Zurückhaltung an den Tag, als es galt, diesen Ausdruck in einem rechtlichen Zusammenhang zu gebrauchen, denn sie stellten u. a. fest, daß der fragliche Fall „eine unverheiratete Frau [betrifft], die im allgemeinen, wenn auch nicht recht passend, als ‚common law wife' bezeichnet wird". Der Ausdruck „common law spouse" und ähnliche Wendungen sind daher bloß als Ausdrücke der Alltagssprache zu betrachten, die keinen speziell festgelegten Inhalt haben und sich mit dem Wandel der allgemeinen Anschauungen ändern können, so daß grundsätzlich kein Hindernis besteht, den Ausdruck „common law spouse" auf Lebensgefährten des gleichen Geschlechts anzuwenden [10].

32. Daß zwei Personen des gleichen Geschlechts im Vereinigten Königreich als „common law spouses" gelten könnten, dürfte auch im Wege eines Arguments e contrario aus Klausel 8 der eigenen Durchführungsregelung von South-West Trains abzuleiten sein. Würde sich der Ausdruck „common law spouses" ausschließlich auf Personen verschiedenen Geschlechts beziehen, gäbe es keinen Grund, von „common law *opposite sex* spouse" zu sprechen.

33. South-West Trains hat diese Einschränkung, die zu Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts führt, selbst in diesen Ausdruck aufgenommen.

34. Die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist daher im vorliegenden Fall nicht das Ergebnis familienrechtlicher Gesetze in dem betreffenden Mitgliedstaat und fällt damit auch nicht aus dem Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts heraus.

Kann eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter Hinweis auf die Moralvorstellungen des Arbeitgebers gerechtfertigt werden?

35. Der Grund für South-West Trains, die Berechtigung von Beschäftigten auf Fahrtvergünstigungen für Lebensgefährten auf einen Anspruch für Personen des anderen Geschlechts zu begrenzen, war nach der Beweislage ihre Absicht, nur solche Personen zu begünstigen, die verheiratet sind oder in einer heterosexuellen Beziehung leben, nicht aber solche, die in einer homosexuellen Beziehung leben, weil das Zusammenleben mit einer Person des gleichen Geschlechts herkömmlicherweise im Vereinigten Königreich nicht als einer heterosexuellen Bezie-

9 — Davis v. Johnson [1979] AC 264, [1978] 1 All ER 1132, HL.

10 — Im englischen Vertragsrecht wird im übrigen der Ausdruck „agency of cohabitation" verwendet, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß das Zusammenleben jemanden unter bestimmten Umständen berechtigt, bestimmte Rechtsgeschäfte abzuschließen, die seinen oder ihren Lebensgefährten binden (vgl. Cheshire, Fifoot und Furmston's *Law of Contract*, 13. Aufl., S. 491 ff.). Diese Befugnis beruht auf der Dauerhaftigkeit und der Eigenart des Zusammenlebens in den Augen der Gesellschaft, und es dürfte daher grundsätzlich nichts geben, was ausschließt, daß Lebensgefährten des gleichen Geschlechts die Voraussetzungen einer „agency of cohabitation" erfüllen.

hung gleichgestellt angesehen wird. Wie das vorlegende Gericht mit seiner sechsten Frage andeutet, muß die Frage geprüft werden, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Hinblick auf Moralvorstellungen gerechtfertigt werden kann.

36. Frau Grant bringt vor, daß eine Diskriminierung nach Artikel 119 des Vertrages nur aus im wesentlichen wirtschaftlichen oder geschäftlichen Gründen gerechtfertigt werden könne oder wenn dies gesetzlich vorgeschrieben sei. Demgegenüber könne ein Arbeitgeber nicht eine nach dem Vertrag verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts durch den Hinweis auf sein persönliches Moralverständnis rechtfertigen, unabhängig davon, ob dieses den vorherrschenden Moralvorstellungen in dem betreffenden Mitgliedstaat entspreche.

37. Ich möchte meine Prüfung dieser Frage mit der Feststellung beginnen, daß der Gerichtshof bei der Untersuchung, ob eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gerechtfertigt werden kann, seit jeher zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung unterschieden hat [11]. Ob eine Diskriminierung unmittelbar oder mittelbar ist, hängt davon ab, ob sie unmittelbar aus den angewandten gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen folgt (unmittelbare Diskriminierung) oder ob sie sich in der Praxis als abträglich für ein Geschlecht erweist, obwohl sie den gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen nicht zu entnehmen ist (mittelbare Diskriminierung). Nur bei mittelbaren Diskriminierungen scheint der Gerichtshof die Möglichkeit einzuräumen, daß sie durch den Hinweis auf objektive Umstände gerechtfertigt werden könnten [12].

38. Im vorliegenden Fall ergibt sich die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unmittelbar aus dem in Klausel 8 der Durchführungsregelung aufgestellten rechtlichen Kriterium, so daß sie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes als unmittelbare Diskriminierung nicht durch den Hinweis auf objektive Umstände gerechtfertigt werden kann.

39. Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß dies ein Fall mittelbarer Diskriminierung wäre, der durch den Hinweis auf objektive Umstände gerechtfertigt werden könnte, sehe ich nicht recht, wie eine solche Diskriminierung in dieser Weise zu rechtfertigen wäre. Die Haushaltsausgaben eines Beschäftigten für Zugreisen müßten bei sonst gleichen Umständen gleich hoch sein, unabhängig davon, ob der Haushalt aus Lebenspartnern verschiedenen oder gleichen Geschlechts besteht. Die Rechtfertigung von South-West Trains besteht in Wirklichkeit bloß in der Berufung auf den rein subjektiven Umstand, daß es ihre Absicht war, Homosexuelle anders zu behandeln als Heterosexuelle. Das ist in meinen Augen ein rein subjektiver Grund im Gegensatz zu objektiven Umständen wie z. B. versicherungsmathematischen Berechnungen für die Höhe von Beiträgen zu bestimmten Formen von

11 — Vgl. Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Dekker, Slg. 1990, I-3941, Randnr. 13), vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297, Randnr. 15) und vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 14).

12 — Vgl. Randnr. 13 des Urteils Dekker (zitiert in Fußnote 11) im Vergleich zu Randnr. 14 des Urteils Enderby (zitiert in Fußnote 11).

Rentenregelungen nach Maßgabe der durchschnittlichen Lebenserwartung von Männern und Frauen [13].

40. Die Rechtfertigung von South-West Trains besagt in Wirklichkeit nicht mehr, als daß dieser Arbeitgeber aufgrund seiner eigenen persönlichen Moralvorstellungen ein grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts für einige Leute unbeachtet lassen möchte, weil er ihren Lebensstil nicht schätzt.

41. Ob diese persönlichen Moralvorstellungen des betreffenden Arbeitgebers mit den im Vereinigten Königreich herrschenden übereinstimmen oder nicht, muß in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben. Nach dem Vertrag hat der Gerichtshof das Recht in der Gemeinschaft zu schützen; es ist nicht seine Aufgabe, über Fragen der Moral in den einzelnen Mitgliedstaaten oder in der Gemeinschaft zu wachen, noch hat er hierzu eine praktische Möglichkeit oder ein politisches Mandat. Wenn in der Gemeinschaft zwischen mehreren Moralauffassungen eine Wahl zu treffen ist, muß dies den politischen Organen der Gemeinschaft vorbehalten bleiben, und so hat der Gesetzgeber dies durch Verträge oder gemeinschaftliche Rechtsvorschriften zu entscheiden.

42. Weder im EU-Vertrag noch im EG-Vertrag ist irgendein Hinweis darauf zu finden, daß die Rechte und Pflichten aufgrund des EG-Vertrages einschließlich des Rechts, nicht aufgrund seines Geschlechts diskriminiert zu werden, für Homosexuelle, für Behinderte, für Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Personen mit besonderen religiösen Ansichten nicht gelten sollten. Die Gleichheit vor dem Gesetz ist ein grundlegendes Prinzip jeder rechtsstaatlich verfaßten Gesellschaft und damit auch der Europäischen Gemeinschaft. Die Rechte und Pflichten nach dem Gemeinschaftsrecht gelten für alle ohne Diskriminierung und also auch für die homosexuellen Bürger in der Gemeinschaft — ungefähr 35 Millionen, je nachdem, welche Berechnungsmethode man zugrunde legt [14].

43. Zusammenfassend sollte dieser Teil der Fragen so beantwortet werden, daß die fragliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht durch den Umstand gerechtfertigt werden kann, daß nach der Absicht des Arbeitgebers die Vergünstigungen heterosexuellen Paaren und nicht homosexuellen Paaren zugute kommen sollen.

Unmittelbare Anwendbarkeit

44. Mit seiner vierten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Artikel 119 des Vertrages unmittelbar anwendbar ist und damit in einem Fall wie dem vorliegenden unmittelbar vor den nationalen Gerichten durchgesetzt werden kann.

13 — Vgl. Urteile vom 28. September 1994 in der Rechtssache C-200/91 (Coloroll Pension Trustees, Slg. 1994, I-4389, Randnrn. 76 ff.) und vom 22. Dezember 1993 in der Rechtssache C-152/91 (Neath, Slg. 1993, I-6935, Randnrn. 28 bis 33).

14 — Vgl. Randnr. 22 des Urteils P./S. (zitiert in Nr. 14).

45. Im Urteil Defrenne [15] hat der Gerichtshof entschieden, daß Artikel 119 des Vertrages unmittelbar anzuwenden sei, wenn es um eine unmittelbare Diskriminierung gehe, also um eine Diskriminierung, die bei Anwendung der Tatbestandsmerkmale einer Vorschrift festgestellt werden kann. Als Beispiel hat der Gerichtshof Diskriminierungen angeführt, die sich aus Rechtsvorschriften oder Tarifverträgen ergeben, sowie Fälle des ungleichen Entgelts in einem und demselben öffentlichen oder privaten Unternehmen oder Dienst, weil diese durch rein rechtliche Untersuchungen ermittelt werden könnten.

46. Im vorliegenden Fall kann die Diskriminierung von Beschäftigten, deren Lebensgefährten das gleiche Geschlecht haben, gegenüber Beschäftigten, deren Lebensgefährten ein anderes Geschlecht haben, innerhalb ein und desselben Unternehmens und in ein und demselben Regelwerk, nämlich bei South-West Trains und in Klausel 8 der Durchführungsregelung, festgestellt werden. Die Vorbedingung für die unmittelbare Wirkung des Artikels 119 ist daher erfüllt.

47. Das vorlegende Gericht hat demgemäß sicherzustellen, daß die benachteiligte Gruppe ebenso behandelt wird wie die begünstigte Gruppe [16], und dabei dafür Sorge zu tragen, daß die Beschäftigten von South-West Trains, die einen Lebensgefährten des gleichen Geschlechts haben, ebenso behandelt werden wie die Beschäftigten mit einem Lebensgefährten des anderen Geschlechts, und dementsprechend Fahrtvergünstigungen für ihren Lebensgefährten erhalten.

48. Diese Frage ist daher nach meiner Auffassung dahin zu beantworten, daß Artikel 119 des Vertrages unmittelbar anwendbar ist und daß das nationale Gericht sicherstellen muß, daß die benachteiligte Gruppe von Beschäftigten ebenso behandelt wird wie die begünstigte Gruppe.

Zeitliche Wirkung

49. Das Vereinigte Königreich hat in seinen schriftlichen Erklärungen den Gerichtshof ersucht, die zeitliche Wirkung des Urteils zu begrenzen, falls die vorgelegten Fragen bejaht werden sollten. Das Vereinigte Königreich hat diesen Antrag in der Sitzung nicht wiederholt und keine Beweise beigebracht, die belegen könnten, daß im vorliegenden Fall ein Bedürfnis nach zeitlicher Begrenzung der Wirkung bestünde. Meiner Ansicht nach würde ein Urteil im Sinne meiner Schlußanträge nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes abweichen und wäre gleichzeitig konkret begründet. Ich sehe daher keinen Grund, die Wirkung des Urteils zeitlich zu begrenzen.

15 — Zitiert in Fußnote 3. Vgl. Randnrn. 18 und 22.

16 — Vgl. Urteile Coloroll Pension Trustees (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 32), vom 1. Juli 1993 in der Rechtssache C-154/92 (Van Cant, Slg. 1993, I-3811, Randnr. 22) und vom 24. März 1987 in der Rechtssache 286/95 (McDermott und Cotter, Slg. 1987, 1453, Randnr. 19).

Ergebnis

50. Demgemäß schlage ich dem Gerichtshof folgende Antworten auf die ihm vom Industrial Tribunal Southampton vorgelegten Fragen vor:

1. Eine Vorschrift in der Vergütungsregelung eines Arbeitgebers, wonach der Arbeitnehmer eine Entgeltzulage in Form von Fahrtvergünstigungen für einen Lebensgefährten des anderen Geschlechts erhält, diese Fahrtvergünstigungen aber nicht für einen Lebensgefährten des gleichen Geschlechts gewährt werden, stellt eine gegen Artikel 119 EG-Vertrag verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.

2. Eine solche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kann nicht durch den Umstand gerechtfertigt werden, daß nach der Absicht des Arbeitgebers die Vergünstigungen heterosexuellen Paaren und nicht homosexuellen Paaren zugute kommen sollen.

3. Artikel 119 EG-Vertrag ist unmittelbar anwendbar, und das nationale Gericht hat sicherzustellen, daß die benachteiligte Gruppe von Beschäftigten ebenso behandelt wird wie die begünstigte Gruppe.