SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS
vom 6. Juli 2000 *

1. Stehen die Gemeinschaftsbestimmungen über die Gleichbehandlung einer nationalen Vorschrift entgegen, nach der für den Fall, dass die Zahl qualifizierter Bewerber für den juristischen Vorbereitungsdienst die zu einem bestimmten Einstellungstermin vorhandenen Plätze überschreitet, innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen denjenigen Vorrang eingeräumt wird, die allgemein definierte Härtefallkriterien erfüllen, von denen ein bestimmtes Beispiel — die Ableistung des Wehrdienstes — de facto nur von Männern erfüllt werden kann? Dies ist die wesentliche Frage, die in diesem Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main aufgeworfen wird.

Die Gleichbehandlungsrichtlinie

2. Die Richtlinie 76/207 des Rates [1] wurde erlassen, um in den Mitgliedstaaten den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen u. a. hinsichtlich des Zugangs zur Berufsbildung zu verwirklichen (Artikel 1). Nach Artikel 2 Absatz 1 beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass „keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts" erfolgen darf. Neben anderen Ausnahmen sieht Artikel 2 Absatz 4 jedoch vor, dass die Richtlinie „nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, [entgegensteht,] die die Chancen der Frauen" in den Bereichen beeinträchtigen, auf die sie sich bezieht.

3. Artikel 4 bestimmt:

„Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in Bezug auf den Zugang zu allen Arten und Stufen der Berufsberatung, der Berufsbildung, der beruflichen Weiterbildung und Umschulung beinhaltet, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen,

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

* Originalsprache: Englisch.

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).

...

c) dass Berufsberatung, Berufsbildung, berufliche Weiterbildung und Umschulung ... auf allen Stufen zu gleichen Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zugänglich sind."

4. Artikel 6 lautet:

„Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann."

Die nationalen Vorschriften und ihr Kontext

5. Die Ausbildung für die juristischen Berufe ist in Deutschland gründlich und lang. Auch wenn Einzelheiten von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich sein mögen, läuft sie im Allgemeinen wie folgt ab.

6. Nach Abschluss einer höheren Schule ist ein vierjähriges Universitätsstudium der Rechtswissenschaften erforderlich, auf das die erste juristische Staatsprüfung folgt, die im Allgemeinen ein weiteres Semester in Anspruch nimmt. Auch wenn in diesem Stadium eine beschränkte Zahl untergeordneter Karrierechancen vorhanden sein mag, müssen die meisten angehenden Juristen danach einen unter Federführung der Justiz stattfindenden praktischen Ausbildungs- und Berufserfahrungslehrgang auf unterschiedlichen Gebieten besuchen, der im Allgemeinen zwei Jahre dauert. Während dieser Zeit werden sie bezahlt und erwerben Pensionsansprüche als Beamte auf Widerruf. Anschließend legen sie die zweite juristische Staatsprüfung ab, mit deren Bestehen sie für jeden juristischen Beruf vollständig qualifiziert sind.

7. Die vorliegende Rechtssache betrifft die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Hessen. Im maßgeblichen Zeitraum (März 1998) wurde diese durch die §§ 23 und 24 des Hessischen Juristenausbildungsgesetzes (JAG) und § 14a der Juristischen Ausbildungsordnung (JAO), einer Ausführungsverordnung, geregelt.

8. § 23 Absatz 1 JAG garantiert jedem, der die erste juristische Staatsprüfung bestanden hat, die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst. § 24 Absatz 1 sieht zweimonatliche Einstellungstermine vor, jeweils zum ersten Werktag der Monate Januar, März, Mai, Juli, September und November jedes Jahres. Die Zahl der

bei jedem Einstellungstermin vorhandenen Plätze ist nach gesonderten Haushaltsvorschriften auf 140 begrenzt. Situationen, in denen mehr Bewerber als Plätze vorhanden sind, werden von § 24 Absatz 2 JAG geregelt, der im maßgeblichen Zeitraum bestimmte:

„Übersteigt die Zahl der für einen Einstellungstermin fristgerecht eingegangenen Gesuche um Aufnahme in den Vorbereitungsdienst die Zahl der vorhandenen Ausbildungsplätze, kann die Einstellung um bis zu 12 Monate hinausgeschoben werden. Dies gilt nicht, wenn die Zurückstellung eine besondere Härte bedeuten würde. Die Auswahl der zurückzustellenden Personen wird durch Losentscheidung getroffen."

9. „Besondere Härtefälle" wurden in § 14a JAO wie folgt definiert:

„(1)Eine besondere Härte im Sinne des § 24 Abs. 2 des Juristenausbildungsgesetzes liegt vor, wenn die Zurückstellung für die Antragstellerin oder den Antragsteller mit Nachteilen verbunden wäre, die bei Anlegung eines strengen Maßstabes über das Maß der mit der Ablehnung üblicherweise verbundenen Nachteile erheblich hinausgehen.

(2) Als besondere Härtefälle kommen insbesondere in Betracht:

1. die nachgewiesene Schwerbehinderteneigenschaft,

2. besondere soziale und familiäre Umstände, die durch behördliche Bescheinigungen nachgewiesen werden sollen,

3. Zeitverluste bei der Aufnahme und Durchführung des Studiums, die von der Antragstellerin oder dem Antragsteller nicht zu vertreten sind, insbesondere solche, die aufgrund des Einschlagens des zweiten Bildungsweges oder durch die Mitgliedschaft in universitären oder studentischen Selbstverwaltungsorganen entstanden sind,

4. die Erfüllung einer Dienstpflicht nach Art. 12a Abs. 1 oder 2 des Grundgesetzes oder eine mindestens zweijährige Tätigkeit als Entwicklungshelferin oder Entwicklungshelfer im Sinne des Entwicklungshelfer-Gesetzes ..., oder die Ableistung eines freiwilligen

sozialen Jahres im Sinne des Gesetzes zur Förderung eines freiwilligen sozialen Jahres ...“

10. Die Bezugnahme auf die Dienstpflicht betrifft die Wehrpflicht (Artikel 12a Absatz 1 Grundgesetz), die zehn Monate dauert, und die Ersatzpflicht (Artikel 12a Absatz 2), die dreizehn Monate dauert. Beide gelten nur für Männer. Ich werde auf sie gemeinsam als „nationale Dienstpflicht“ Bezug nehmen.

11. Die gesetzlichen Bestimmungen in Hessen wurden anschließend im Mai 1998 geändert. Seitdem sind im Wesentlichen 50 % der Plätze jedes Einstellungstermins auf der Grundlage der Qualifikationen und Ergebnisse der Bewerber zu vergeben, 15 % wegen des Vorliegens von Härtefällen und 35 % auf der Grundlage der seit der ersten Bewerbung verstrichenen Zeit. Die Definition der Härtefälle blieb im Wesentlichen gleich, auch wenn die Reihenfolge der unter Nummer 3 und Nummer 4 genannten Beispiele umgekehrt und für den Fall, dass die Zahl derer, die sich auf einen Härtefall berufen, 15 % der vorhandenen Plätze übersteigt, festgelegt wurde, dass zunächst die unter Nummer 1 und danach die unter Nummer 2 fallenden Personen bevorzugt zu berücksichtigen sind und für die verbleibenden Plätze das Los entscheidet.

Das Ausgangsverfahren und der Vorlagebeschluss

12. Frau Julia Schnorbus legte die erste juristische Staatsprüfung im Oktober 1997 ab und bewarb sich um die Aufnahme in den juristischen Vorbereitungsdienst zum Einstellungstermin Januar 1998. Hierfür war sie eine von 360 Bewerbern, sodass bei der Entscheidung über die Vergabe der 140 vorhandenen Plätze § 24 Absatz 2 JAG zur Anwendung kam. Nachdem die Härtefallregelung angewendet worden war, wurde über die verbliebenen Plätze durch Los entschieden, wobei Frau Schnorbus keinen Erfolg hatte. Sie bewarb sich erneut für den Einstellungstermin März 1998, hatte aber wiederum keinen Erfolg, da sie auf der nach Losentscheidung aufgestellten Liste den 250. Platz einnahm. Schließlich erhielt sie, wiederum nach Losentscheidung, einen Platz für den Einstellungstermin Mai 1998.

13. Zwischenzeitlich war Frau Schnorbus jedoch gegen die ablehnende Entscheidung vom 11. Februar 1998 über die Zuteilung eines Platzes für den Einstellungstermin März 1998 gerichtlich und auf dem Verwaltungsweg vorgegangen.

14. Zum einen beantragte sie beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main eine einstweilige Anordnung, sie zum ersten Werktag des Monats März 1998 als Referendarin einzustellen. Diese Anordnung erging am 23. Februar 1998, wurde aber im

Beschwerdeverfahren vier Tage später vom Hessischen Verwaltungsgerichtshof aufgehoben.

15. Zum anderen erhob sie gegen die Ablehnung Widerspruch, der am 2. April 1998 durch Widerspruchsbescheid mit der Begründung zurückgewiesen wurde, dass das Verfahren keine rechtswidrige unmittelbare Diskriminierung von Frauen darstelle und die Regelung für diejenigen, die eine nationale Dienstpflicht erfüllt hätten, an ein sachgerechtes Differenzierungskriterium anknüpfe.

16. Daraufhin erhob sie beim Verwaltungsgericht Klage auf Feststellung, dass die Zurückweisung ihres Widerspruchs rechtswidrig sei und sie in ihren Rechten verletze. (Einen Antrag auf einstweilige Anordnung der Zuteilung eines Platzes für den Einstellungstermin Mai 1998 hatte sie zurückgenommen, nachdem ihr ein Platz zugeteilt worden war.) Im Rahmen dieses Verfahrens ersucht das Verwaltungsgericht den Gerichtshof um Vorabentscheidung über acht Fragen, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Fällt die Bevorzugung von Männern, die eine nationale Dienstpflicht erfüllt haben (eine Voraussetzung, die Frauen nicht erfüllen können), unter die Richtlinie 76/207/EWG (Frage 1)? Wenn ja, führt sie zu einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne des Artikels 2 Absatz 1 der Richtlinie (Fragen 2 und 3)?

Scheidet eine Rechtfertigung nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie aus, weil Männer ohne Berücksichtigung einzelfallbezogener Umstände oder anderer relevanter Gesichtspunkte automatisch bevorzugt werden, sodass die Regelung über eine Maßnahme zur Förderung der Chancengleichheit hinausgeht (Frage 4), oder weil nach dieser Bestimmung nur solche Maßnahmen zulässig sind, die der Förderung der Chancengleichheit zugunsten von Frauen dienen (Frage 5)?

Falls nicht, ist der Umstand, dass die nationale Dienstpflicht nur Männern obliegt, eine hinreichende „tatsächlich bestehende Ungleichheit" — zulasten von Männern — im Sinne von Artikel 2 Absatz 4, oder kommt es auch auf eine Berücksichtigung der Benachteiligungen an, denen Frauen in der Arbeitswelt aufgrund ihres Geschlechts häufig ausgesetzt sind (Frage 6)? Lässt sich die Bevorzugung stattdessen nach Artikel 2 Absatz 4 allein mit der Erwägung rechtfertigen, dass sie Nachteile ausgleiche, denen Frauen mangels nationaler Dienstpflicht nicht ausgesetzt seien (Frage 7)?

Kann sich schließlich aus Artikel 6 der Richtlinie ein Anspruch auf Zugang zur Ausbildung ergeben, wenn die Ablehnung

des Zugangs auf einer Diskriminierung beruht und kein Ersatzanspruch besteht (Frage 8)?

17. Das Land Hessen (Beklagter des Ausgangsverfahrens) und die Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Frau Schnorbus hat keine Erklärung eingereicht, aber ihre Argumente sind ausführlich im Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts wiedergegeben, das geneigt zu sein scheint, ihnen zu folgen. Eine mündliche Verhandlung hat nicht stattgefunden.

19. In der Tat scheint die Auslegung des Gemeinschaftsrechts im vorliegenden Fall nur am Rande eine Rolle zu spielen. Auch führt das Verwaltungsgericht in seinem Vorlagebeschluss explizit aus, dass eine seiner Überlegungen für die Vorlage gewesen sei, dass den zu beantwortenden Fragen auch für künftige Fälle hinsichtlich anderer Rechtsvorschriften Relevanz zukomme, unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens, woraus folgt, dass sein Interesse in einem gewissen Maß hypothetischer Art ist.

20. Ich glaube jedoch nicht, dass es durchgreifende Einwände gegen die Zulässigkeit der Vorlage gibt.

Rechtliche Würdigung

Zulässigkeit

18. Das Land Hessen äußert Zweifel an der Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens. Da die Rechtsvorschriften geändert worden seien, habe eine Entscheidung über ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht keine Bedeutung für künftige Fälle. Eine solche Entscheidung sei auch für das Ergebnis des Ausgangsverfahrens ohne Bedeutung. Da Frau Schnorbus nach der Losentscheidung den 250. Platz belegt habe, hätte ihr kein Platz zugeteilt werden können, selbst wenn keine vorrangigen Bewerber vorhanden gewesen wären; darüber hinaus sei ihre Fortsetzungsfeststellungsklage unzulässig, da ihr das Feststellungsinteresse fehle.

21. Die Änderung der Rechtsvorschriften ist insoweit irrelevant. Der Gerichtshof hat in der Rechtssache Pierrel[2] entschieden, dass „der Gerichtshof ... gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag [jetzt Artikel 234 EG] für die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zuständig [ist]; daher können nach der Vorlage erfolgte Änderungen der nationalen Rechtsvorschriften diese Auslegung nicht beeinflussen". Die vorliegende Situation ist nicht wesentlich anders (auch wenn die Änderung der Rechtsvorschriften *vor* dem Vorlagebeschluss erfolgte), da das nationale Gericht das innerstaatliche Recht in seiner Fassung vor der Änderung anzuwenden hat und in diesem Zusammenhang um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht ersucht. Da sich die Fragen speziell auf das

2 — Urteil des Gerichtshofes vom 7. Dezember 1993 in der Rechtssache C-83/92 (Pierrel/Ministero della Sanità, Slg. 1993, I-6419, Randnr. 32).

Kriterium der Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht beziehen und da dieses Kriterium in den geänderten Rechtsvorschriften — wenn auch mit geringeren Auswirkungen — beibehalten wird, beseitigt die Änderung nämlich nicht die ursprüngliche Relevanz.

22. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht klargestellt, dass der einzige verbleibende Klageantrag von Frau Schnorbus auf die Feststellung gerichtet ist, dass der Widerspruchsbescheid rechtswidrig ist und sie in ihren Rechten verletzt. Es ist nicht Sache des Gerichtshofes, über die Zulässigkeit dieser Klage zu entscheiden — die Frau Schnorbus nach Artikel 6 der Richtlinie [3] erheben können muss —, und die meisten der gestellten Fragen scheinen für die darüber zu fällende Entscheidung nicht irrelevant zu sein. Selbst die achte Frage des nationalen Gerichts kann, auch wenn sie für den verbleibenden Streitpunkt nicht unmittelbar relevant erscheinen mag, aus prozessualen Gründen im Zusammenhang mit einer möglichen späteren Schadensersatzklage vor den ordentlichen Gerichten notwendig sein.

Das Urteil Kreil

23. Am 11. Januar 2000, nach Abschluss des schriftlichen Verfahrens im vorliegenden Fall, verkündete der Gerichtshof sein Urteil in der Rechtssache Kreil [4], welches hier in gewissem Umfang relevant erscheinen könnte. Diese Annahme erweist sich jedoch bei näherer Prüfung schnell als falsch.

24. Die Frage in der Rechtssache Kreil war, ob die Richtlinie 76/207 der Anwendung nationaler Bestimmungen entgegensteht, die wie die des deutschen Rechts Frauen vom Dienst mit der Waffe ausschließen und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlauben; der Gerichtshof bejahte dies.

25. Das Urteil bezog sich jedoch nicht auf die ausschließlich Männern obliegende Wehr- oder Ersatzdienstpflicht, um die es in der vorliegenden Rechtssache geht, sondern betraf die pauschale Verneinung des Rechts von Frauen, freiwillig Wehrdienst mit der Waffe zu leisten. Die dort festgestellte Diskriminierung unterscheidet sich somit grundlegend von jeder Diskriminierung, die im vorliegenden Fall vorhanden sein könnte.

3 — Dessen Bedeutung hat der Gerichtshof in einer Reihe von Urteilen seit dem Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83 (Von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 1984, 1891) bis zum Urteil vom 22. September 1998 in der Rechtssache C-185/97 (Coote/Granada Hospitality, Slg. 1998, I-5199) hervorgehoben.

4 — Rechtssache C-285/98 (Kreil/Bundesrepublik Deutschland).

Die Streitfragen in der vorliegenden Rechtssache

— Fallen die streitigen Bestimmungen unter die Richtlinie 76/207?

26. Das nationale Gericht ist der Ansicht, dass die Richtlinie 76/207 auf das in den streitigen Rechtsvorschriften niedergelegte Vorrangsystem anwendbar sei, da es den Zeitpunkt des Zugangs zur Berufsbildung beeinflusse, wenn auch nicht den Anspruch auf Zugang selbst. Das Land Hessen hält die Richtlinie für nicht anwendbar; die fraglichen Vorschriften berührten nicht den Anspruch einer Person auf Zugang zur Berufsbildung, sondern regelten lediglich die Länge der möglichen Wartezeit. Die Kommission hingegen vertritt die Auffassung, dass unter „Gleichbehandlung hinsichtlich des Zugangs" nicht nur die Frage des „Ob", sondern auch des „Wann" zu verstehen sei; jede einer Person aufgebürdete Verzögerung beim Zugang zur Berufsbildung und damit zur anschließenden beruflichen Tätigkeit könne zu einer diskriminierenden Benachteiligung gegenüber denjenigen führen, die keine Verzögerung hinnehmen müssten, und könne sogar, falls übermäßig, einer Zugangsverweigerung gleichkommen. Es sei wichtig, sicherzustellen, dass die Bestimmungen der Richtlinie nicht umgangen würden.

27. Ich stimme dem nationalen Gericht und der Kommission zu. Es ist offensichtlich, dass ein Bewerber für eine bezahlte Berufsbildung, der unverzüglich aufgenommen wird, gegenüber demjenigen, der — wenn auch nicht länger als zwölf Monate — warten muss, bevorzugt behandelt wird. Die Ungleichbehandlung in diesem Stadium führt nicht nur in gewissem Umfang zu vorübergehenden finanziellen Härten, sondern hat für einige Zeit auch Auswirkungen auf das berufliche Fortkommen. Darüber hinaus kann sich in diesem Stadium der juristischen Ausbildung jede Verzögerung sehr störend auswirken, da sie — insbesondere wenn sie volle zwölf Monate beträgt — in die kontinuierliche Aneignung und die aktive Speicherung von Wissen eingreift. Wenn das Fehlen von Mitteln es erfordert, zu regeln, welche Bewerber sofort zugelassen werden und welche warten müssen, dann ist die Richtlinie 76/207 — insbesondere Artikel 4 — voll und ganz auf diese Regelung anwendbar, die daher jede unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermeiden muss.

— Die in Frage stehende Regelung

28. Sowohl in den vom Land Hessen als auch in den von der Kommission beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen wird hervorgehoben, dass die streitigen Bestimmungen des JAG und der JAO Härtefällen allgemein Vorrang einräumten und dass die Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht nur einer von mehreren Umständen sei, die in einer nicht abschließenden Liste solcher Fälle aufgeführt seien. Sie weisen darauf hin, dass andere Fälle, unabhängig davon, ob sie in den Rechtsvorschriften gesondert erwähnt seien oder nicht, in gleicher Weise für Frauen gelten könnten, und ziehen daraus bestimmte Schlussfolgerungen in Bezug darauf, ob diese Bestimmungen diskriminierenden Charakter haben.

29. Ich halte diesen Ansatz für falsch. Die Fragen des nationalen Gerichts betreffen speziell und ausdrücklich die Rechtmäßigkeit des Vorrangs für diejenigen, die eine nationale Dienstpflicht erfüllt haben, im Licht der Richtlinie. Beurteilt werden muss, ob jegliche Ungleichbehandlung bei der Einräumung des Vorrangs unter solchen Umständen eine rechtswidrige Diskriminierung darstellt oder ob sie gerechtfertigt werden kann [5]. Für diese Fragen ist es irrelevant, dass unter anderen Umständen Vorrang eingeräumt werden kann, ohne dass dies zu einer rechtswidrigen Diskriminierung führt. Andererseits wäre von Relevanz, wenn z. B. Frauen eine vergleichbare Verpflichtung auferlegt würde, ohne dass ihnen derselbe Vorrang eingeräumt wird. Frau Schnorbus stützt ihre Klage jedoch nicht auf eine solche Behauptung, und es gibt in dem Vorlagebeschluss des nationalen Gerichts auch kein Anzeichen für eine solche Situation. Ich werde meine Analyse daher auf die in Frage stehende spezielle Regelung beschränken, die denjenigen Vorrang einräumt, die eine nationale Dienstpflicht erfüllt haben.

— Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts: allgemeine Erwägungen und mögliche Rechtfertigungen

30. Nicht immer muss zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unterschieden werden. Keine Unterscheidung wird z. B. in Artikel 119 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 141 EG) oder in der Richtlinie über gleiches Entgelt [6] vorgenommen. Die in der Richtlinie 76/207 gewählte Formulierung („keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts") scheint nämlich eher alles umfassen als zwei unterschiedliche Kategorien von Diskriminierungen schaffen zu sollen.

31. Die Unterscheidung kann jedoch, wie sich zeigen wird, für die Frage von Bedeutung sein, welche Rechtfertigung möglich ist.

32. Eine Legaldefinition der indirekten Diskriminierung, die vieles von der Entwicklung der Rechtsprechung seit der erstmaligen Differenzierung durch den Gerichtshof einschließt, findet sich in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80 [7]: „[E]ine mittelbare Diskriminierung [liegt] 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

5 — Hier muss eine terminologische Schwierigkeit überwunden werden. „Diskriminierung" impliziert, in einem Sinn, nicht mehr als die Anerkennung von Unterschieden. Nach dem Gemeinschaftsrecht liegt sie hingegen vor, „wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird" (siehe z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-411/96, Boyle u. a./Equal Opportunities Commission, Slg. 1998, I-6401, Randnr. 39). Weitere Verwirrung kann bei der Frage auftreten, ob Diskriminierung im letzteren Sinn „gerechtfertigt" werden kann, worauf ich unten eingehen werde.

6 — 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).

7 — Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. 1998, L 14, S. 6); siehe auch die neunzehnte Begründungserwägung in der Präambel. Diese Richtlinie ist u. a. auf Fälle anwendbar, die von der Richtlinie 76/207 erfasst werden, allerdings läuft die Frist für ihre Umsetzung erst am 31. Dezember 2000 ab.

das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt."

33. Einfach ausgedrückt kann man sagen, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dann vorliegt, wenn Angehörige eines Geschlechts gegenüber denen des anderen bevorzugt behandelt werden. Die Diskriminierung ist unmittelbar, wenn die Ungleichbehandlung auf ein Kriterium gestützt wird, das entweder ausdrücklich das des Geschlechts ist oder mit einem mit dem Geschlecht untrennbar verbundenen Merkmal notwendig zusammenhängt. Sie ist mittelbar, wenn ein anderes Kriterium angewendet wird, tatsächlich aber ein erheblich höherer Anteil des einen als des anderen Geschlechts davon betroffen ist.

34. Eine Ungleichbehandlung kann auf zwei Wegen „gerechtfertigt" werden. Zum einen stellt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Ungleichbehandlung, „die durch Faktoren sachlich gerechtfertigt [ist], die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben" [8], keine rechtswidrige Diskriminierung dar. Zum anderen heißt es in einer Reihe von Vorschriften, die eine Diskriminierung verbieten, dass sie bestimmten Maßnahmen nicht entgegenstehen, die für erforderlich oder als im Allgemeininteresse liegend erachtet werden [9]. Insbesondere gibt es die Vorbehaltsklausel in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 76/207, mit der sich das nationale Gericht in seinen Fragen 4 bis 7 befasst, nämlich die Ausnahme für „Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen ... beeinträchtigen" — mit anderen Worten „affirmatives" oder „positives" Handeln.

35. Die zwei Arten der Rechtfertigung sind unterschiedlicher Natur. Die Erstgenannte bezieht sich auf die Definition der rechtswidrigen Diskriminierung selbst; wenn sie vorliegt, besteht keine solche Diskriminierung und kein Anlass für eine weitergehende Prüfung. Die Letztgenannte ist eine mögliche „Verteidigung", die zu prüfen ist, sobald das Vorliegen einer solchen Diskriminierung festgestellt wurde. Darüber hinaus scheint sich die Erstgenannte nur auf die mittelbare Diskriminierung beziehen zu können, da das Kriterium bei unmittelbarer Diskriminierung per definitionem notwendig mit dem Geschlecht zusammenhängt, während die Letztgenannte sich auf beide Formen beziehen zu können scheint.

— Führt die in Frage stehende Regelung zu einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?

36. Das Verwaltungsgericht ist der Ansicht, dass eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliege, weil die in Frage stehende Regelung eine Gruppe begünstige, der nur Männer angehören könnten. Sowohl das Land Hessen als auch die Kommission vertreten die Auffassung, dass keine Diskriminierung vorliege, und

8 — Siehe z. B. das Urteil vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Regina/Secretary of State for Employment, ex parte: Seymour-Smith und Perez, Slg. 1999, I-623, Randnrn. 60 und 65).

9 — Siehe z. B. Artikel 4 Absatz 2 und Artikel 7 der 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) oder (jetzt) Artikel 141 Absatz 4 EG; siehe auch Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (ABl. L 348, S. 1).

weisen im wesentlichen auf die verschiedenen in § 14a Absatz 2 JAO genannten Fallgruppen hin, die auch Frauen umfassen könnten.

37. Ich bin der Ansicht, dass keine Diskriminierung unmittelbar aufgrund des Geschlechts vorliegt, allerdings nicht, wie ich oben dargelegt habe, aus den vom Land Hessen und der Kommission angeführten Gründen, da es hier nur um den speziellen Vorrang geht, der denjenigen eingeräumt wird, die eine nationale Dienstpflicht erfüllt haben.

38. Zwar kann Frauen nach dem geltenden deutschen Recht als direkte Folge der Tatsache, dass sich das verwendete Kriterium — Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht — auf eine kraft Gesetzes allen Männern und ausschließlich ihnen obliegende Verpflichtung bezieht, kein Vorrang nach der in Frage stehenden Regelung eingeräumt werden, wohl aber einer überwältigenden Mehrheit der Männer.

39. Dies könnte mit der Situation bei einer Schwangerschaft verglichen werden. Der Gerichtshof hat in einer Reihe von Rechtssachen, beginnend mit der Rechtssache Dekker [10], entschieden, dass die Nichteinstellung wegen Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt, da davon nur Frauen betroffen sein können.

40. Es muss jedoch unterschieden werden zwischen einem Kriterium, das auf einer Verpflichtung beruht, die kraft Gesetzes nur einem Geschlecht obliegt, und einem Kriterium, das auf einem physischen Merkmal beruht, das nur einem Geschlecht eigen ist. Keine noch so umfangreiche Gesetzgebung kann Männer dazu befähigen, Kinder zu gebären, wohingegen die Gesetzgebung ohne weiteres jede Diskriminierung zwischen Männern und Frauen in Bezug auf die nationale Dienstpflicht beseitigen könnte.

41. Im vorliegenden Fall liegt daher keine unmittelbare Diskriminierung vor, weil die in Frage stehende Regelung zwischen denjenigen, die aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung eine nationale Dienstpflicht erfüllt haben und denen, die dies nicht getan haben, unterscheidet und nicht zwischen Männern und Frauen als solchen.

— Führt die in Frage stehende Regelung zu einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts?

42. Nach Ansicht des nationalen Gerichts, zu der es auf der Grundlage der vom Land Hessen vorgelegten Zahlen kommt, liegt jedenfalls eine mittelbare Diskriminierung vor: Von den 394 Bewerbern um die Auf-

10 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Dekker/Stichting VJV-Centrum Plus, Slg. 1990, I-3941, Randnr. 12); siehe auch die Urteile vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-179/88 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund/Dansk Arbejdsgiverforening, Slg. 1990, I-3979, Randnr. 13), vom 5. Mai 1994 in der Rechtssache C-421/92 (Habermann-Beltermann/Arbeiterwohlfahrt Bezirksverband, Slg. 1994, I-1657, Randnr. 15), vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-32/93 (Webb/EMO Air Cargo, Slg. 1994, I-3567, Randnr. 19) und vom 3. Februar 2000 in der Rechtssache C-207/98 (Mahlburg/Land Mecklenburg-Vorpommern, Slg. 2000, I-549, Randnr. 20).

nahme in den Vorbereitungsdienst im März 1998 seien 157 Männer und 237 Frauen gewesen, von den 140 erfolgreichen Bewerbern seien 94 Männer und 46 Frauen gewesen, und 107 von den 140 seien aufgrund der Härtefallregelung aufgenommen worden — 84 Männer (von denen 67 eine nationale Dienstpflicht erfüllt hätten) und 23 Frauen. Demnach sei ein erheblich höherer Anteil von Frauen als von Männern benachteiligt worden, ohne dass der Unterschied auf einem nicht auf das Geschlecht bezogenen sachlichen Kriterium beruhe. Das Land Hessen spricht diese Frage in seinen beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen nicht gesondert an, bestreitet aber die Relevanz eines einzelnen Zahlenbeispiels; im Gegensatz zu der Situation im März 1998 habe z. B. der Anteil von Frauen, denen ein Platz zugeteilt worden sei, beim Einstellungstermin Juli 1997 51,2 % betragen und im September 1997 50,9 %. Die Kommission stimmt dem Verwaltungsgericht auf der Grundlage der im Vorlagebeschluss genannten Zahlen zu, weist aber darauf hin, dass das nationale Gericht die notwendigen tatsächlichen Feststellungen treffen müsse. Sie nimmt auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes Bezug, nach der eine mittelbare Diskriminierung dann vorliege, wenn von einer Regelung „ein erheblich geringerer Prozentsatz" oder „ein erheblich höherer Prozentsatz" des einen als des anderen Geschlechts betroffen sei [11].

43. Wiederum halte ich es nicht für den richtigen Ansatz, auf die Gesamtzahlen zu schauen. Die Zahl, auf die wir schauen müssen, ist die Zahl der Bewerber, denen nach der in Frage stehenden Regelung — d. h. aufgrund der Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht — ein Ausbildungsplatz zugeteilt wurde.

44. In diesem Zusammenhang wird in der Rechtsprechung des Gerichtshofes hervorgehoben, dass für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung ein „erheblicher" Unterschied der Prozentsätze vorliegen muss [12]. Hinsichtlich des Kriteriums der Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht ist der Unterschied eindeutig „erheblich"; 100 % derer, die es erfüllen, sind Männer, 0 % sind Frauen.

45. Aus diesem Blickwinkel habe ich keinerlei Schwierigkeiten, zu dem Schluss zu kommen, dass die in Frage stehende Regelung dem ersten Anschein nach zu einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt.

46. Untersuchte man hingegen die Gesamtstatistik — und bewertete damit die Härtefallregelungen in ihrer Gesamtheit statt die einzelne in Frage stehende Regelung —, so wäre es unklug, irgendeine Schlussfolgerung einfach aus den Gesamtzahlen für März 1998 zu ziehen. Entsprechend dem Hinweis der Kommission müsste das nationale Gericht die Situation weiter aufklären, bevor es eine fundierte

11 — Siehe Urteile vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins/Kingsgate, Slg. 1981, 911, Randnr. 13), vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka/Weber von Hartz, Slg. 1986, 1607, Randnr. 29), vom 6. Februar 1996 in der Rechtssache C-457/93 (Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation/Lewark, Slg. 1996, I-243, Randnr. 28) und vom 7. März 1996 in der Rechtssache C-278/93 (Freers und Speckmann/Deutsche Bundespost, Slg. 1996, I-1165, Randnr. 22).

12 — Siehe z. B. das in Fußnote 8 zitierte Urteil Seymour-Smith und Perez, Randnrn. 63 und 64, in dem der Unterschied zwischen 77,4 % der Männer und 68,9 % der Frauen nicht als „erheblich" betrachtet wurde.

Schlussfolgerung ziehen könnte; andere Einstellungstermine müssten untersucht werden. Allerdings belegen meiner Ansicht nach auch die anderen vom Land Hessen vorgelegten Zahlen nichts Konkretes. Wenn — was nach meinem Verständnis der Fall ist — die Prüfungstermine des ersten Staatsexamens ein- oder zweimal jährlich stattfinden, es aber alle zwei Monate einen Einstellungstermin für den Vorbereitungsdienst gibt, und wenn die Diskriminierung wie behauptet vorläge, dann würde man einen wesentlich höheren Prozentsatz von Männern bei den Einstellungsterminen im unmittelbaren Anschluss an einen solchen Prüfungstermin erwarten und einen höheren Prozentsatz von Frauen bei den Einstellungsterminen, die dem nächsten Prüfungstermin vorausgehen. Lässt man aber die Zahl der Männer außer Acht, denen allein aufgrund des Kriteriums der Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht Vorrang eingeräumt wurde, so wurden im März 1998 27 Männern (17 aufgrund der Härtefallregelungen) Plätze zugeteilt im Vergleich zu 46 Frauen (davon 23 gemäß den Härtefallregelungen). Diese Zahlen scheinen somit keine andere Diskriminierung als die im Zusammenhang mit der in Frage stehenden Regelung offenzulegen, bei der diese Schlussfolgerung unausweichlich ist.

— Ist die in Frage stehende Regelung „durch Faktoren sachlich gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben"?

47. Die übliche Formulierung des Gerichtshofes mag den Eindruck eines Zirkelschlusses erwecken. Die Aussage, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, wenn eine Ungleichbehandlung durch Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, scheint offensichtlich zu sein. In Übereinstimmung mit der Definition in der Richtlinie 97/80 [13] verstehe ich sie jedoch so, dass eine (mittelbare) Diskriminierung dann nicht rechtswidrig ist, wenn die Ungleichbehandlung durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die für sich genommen nicht (d. h. nicht unmittelbar) mit dem Geschlecht zusammenhängen.

48. An dieser Stelle mag der Hinweis hilfreich sein, dass die Härtefallregelungen im Allgemeinen nicht zur Folge haben, dass eine Bevölkerung, deren sämtliche Mitglieder sonst identischen Bedingungen unterliegen könnten, einer Ungleichbehandlung unterworfen wird. Die Ungleichbehandlung wird durch das Erfordernis vorgegeben, bei jedem Einstellungstermin die Zahl der Bewerber zu beschränken, denen eine Ausbildungsstelle zugeteilt wird. Wenn die Zahl der qualifizierten Bewerber die Zahl der vorhandenen Plätze nicht übersteigt, werden alle Bewerber gleich behandelt. Wenn mehr qualifizierte Bewerber als Plätze vorhanden sind, müssen einige schlechter als andere behandelt werden. Die Härtefallregelungen legen eine Reihe von vorrangigen Fällen fest, denen als Prinzip eindeutig die Absicht zugrunde liegt, die unvermeidbaren Nachteile dadurch so gerecht wie möglich zu verteilen, dass — in diesem besonderen Zeitpunkt — diejenigen, die bereits einen gewissen Nachteil erlitten haben, besser und die anderen schlechter behandelt werden. Auch ist in Erinnerung zu rufen, dass der eingeräumte Vorrang nur den Zeitpunkt der Zuteilung eines Ausbildungsplatzes betrifft, und dies auch nur innerhalb bestimmter zeitlicher Grenzen.

13 — Siehe oben, Nr. 32.

49. Das Kriterium der Erfüllung einer nationalen Dienstpflicht findet eine sachliche Rechtfertigung in Faktoren, die — wie das Kriterium selbst — nicht unmittelbar mit dem Geschlecht zusammenhängen. Die in Frage stehende Regelung zielt darauf ab, eine Verzögerung von ungefähr einem Jahr bei der Aufnahme des Studiums auszugleichen (oder vielleicht eher nicht noch größer werden zu lassen). Dieser Nachteil ist sachlich definiert und gilt deshalb für die Mitglieder nur eines Geschlechts, weil ihn das Gesetz (derzeit) nur den Mitgliedern eines Geschlechts aufbürdet. Schritte zur Abmilderung seiner Auswirkungen fallen daher nicht unter die Definition rechtswidriger Diskriminierung — es sei denn, dass die Mitglieder des anderen Geschlechts einen anderen, vergleichbaren Nachteil erleiden, in Bezug auf den keine entsprechenden Schritte unternommen wurden (wie ich oben ausgeführt habe, ist dies hier nicht der Fall), oder dass diese über das hinausgehen, was zum Ausgleich des Nachteils erforderlich ist (wobei die in Frage stehende Regelung keinen Vorteil von mehr als zwölf Monaten verschaffen kann, was der durch die Erfüllung der nationalen Dienstpflicht erlittenen Verzögerung entspricht).

50. Ich bin mir bewusst, dass der sechsten und der siebten Frage des nationalen Gerichts die Sorge zugrunde liegt, dass die durch die nationale Dienstpflicht bedingte Verzögerung beim beruflichen Fortkommen von Männern nicht auf Kosten von Frauen ausgeglichen werden sollte, da bei Frauen später im Zusammenhang mit Mutterschaft noch größere Verzögerungen eintreten werden. Die in Frage stehende Regelung betrifft jedoch bereits erlittene, objektiv feststellbare Nachteile und nicht statistisch wahrscheinliche, aber noch unsichere künftige Nachteile.

51. Daraus folgt nicht, dass angemessene Schritte zum Ausgleich von Verzögerungen aufgrund von Mutterschaft eine rechtswidrige Diskriminierung darstellen würden. Das würden sie eindeutig nicht — sie wären nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 76/207 und jetzt auch nach Artikel 141 Absatz 4 EG zulässig. Die Tatsache, dass solche Schritte, würden sie unternommen, rechtmäßig — und lobenswert — wären, bedeutet jedoch nicht, dass ihr Fehlen andere Schritte zur Abmilderung der Auswirkungen anderer, sachlich definierter Verzögerungen rechtswidrig werden lässt.

— Kann die in Frage stehende Regelung nach Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie gerechtfertigt sein (positive Maßnahme)?

52. Meiner Ansicht nach führt die in Frage stehende Regelung nicht zu einer rechtswidrigen Diskriminierung, weil die Ungleichbehandlung durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nicht unmittelbar mit dem Geschlecht zusammenhängen. Meines Erachtens ist es daher nicht erforderlich, sich mit Artikel 2 Absatz 4 zu befassen. Jede Prüfung einer möglichen Rechtferti-

gung aufgrund dieser Vorschrift [14] müsste weitgehend die gleichen Erwägungen berücksichtigen, die ich oben in Bezug auf die sachliche Rechtfertigung angestellt habe.

53. Auf jeden Fall scheint klar zu sein, dass das nationale Gericht mit seiner These fehlgeht, dass Artikel 2 Absatz 4 nur auf Maßnahmen zugunsten von Frauen anwendbar sei. Die Kommission weist zutreffend darauf hin, dass die Richtlinie auf die Gleichbehandlung sowohl von Männern als auch von Frauen anwendbar ist und die Bezugnahme auf die „tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen ... beeinträchtigen", nur ein Beispiel ist. Die Tatsache, dass in dem Beispiel nur Frauen genannt werden, beruht zweifellos darauf, dass — wie allgemein bekannt ist — die meisten bestehenden unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sie benachteiligen.

— Kann sich aus Artikel 6 der Richtlinie ein Anspruch auf Zugang zur Ausbildung ergeben, wenn kein Ersatzanspruch besteht?

54. Im Licht meiner Schlussfolgerungen zur Diskriminierung erfordert die letzte Frage des nationalen Gerichts meines Erachtens keine Beantwortung.

55. Wollte der Gerichtshof jedoch darauf antworten, so wäre es angebracht, auf die eindeutige Rechtsprechung zu verweisen, nach der jedermann Anspruch auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes gegen Verletzungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung hat [15]. Nach den Ausführungen des Gerichtshofes zur Bedeutung und zum Anwendungsbereich von Artikel 6 der Richtlinie im Urteil Marshall II [16] müssen Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichheit vorhanden sein, falls sie nicht gewahrt ist; im vorliegenden Fall müssten solche Maßnahmen entweder einen nicht diskriminierenden Zugang zur Ausbildung oder, wenn das nicht möglich ist, eine angemessene finanzielle Entschädigung umfassen, mit der der durch die rechtswidrige Diskriminierung tatsächlich erlittene Schaden nach den anwendbaren nationalen Bestimmungen vollständig ausgeglichen werden kann.

14 — Oder von Artikel 141 Absatz 4 EG, wenn er in zeitlicher Hinsicht anwendbar wäre.

15 — Siehe z. B. Randnr. 22 des in Fußnote 3 zitierten Urteils Coote.

16 — Urteil vom 2. August 1993 in der Rechtssache C-271/91 (Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority, Slg. 1993, I-4367, Randnrn. 17 bis 26, insbesondere Randnrn. 24 bis 26).

Ergebnis

56. Ich bin daher der Ansicht, dass der Gerichtshof die vom Verwaltungsgericht Frankfurt am Main aufgeworfenen Fragen wie folgt beantworten sollte:

Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats, die die Rangfolge beim Zugang zu einer Berufsbildung regeln, fallen unter die Richtlinie 76/207/EWG des Rates und müssen mit dem dort aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung im Einklang stehen.

Eine Regelung, die beim Zugang zu einer Berufsbildung all denjenigen Vorrang einräumt, die eine kraft Gesetzes den Angehörigen nur eines Geschlechts obliegende Verpflichtung erfüllt haben, stellt keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar, kann aber eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen.

Eine solche Regelung ist gleichwohl durch Faktoren, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben, sachlich gerechtfertigt, wenn sie nicht über den Ausgleich einer aufgrund der Erfüllung der in Frage stehenden gesetzlichen Verpflichtung bereits erlittenen Verzögerung hinausgeht und wenn die Angehörigen des anderen Geschlechts von keiner vergleichbaren Verzögerung betroffen sind, für die kein entsprechender Ausgleich besteht; unter solchen Umständen stellt die Ungleichbehandlung keine rechtswidrige Diskriminierung dar.