SITZUNGSBERICHT
in der Rechtssache 171/88 *

I — Sachverhalt

1. *Rechtlicher Rahmen*

Nach § 1 Absatz 1 Satz 1 des deutschen Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (*Lohnfortzahlungsgesetz*, BGBl. I, S. 946) hat der Arbeitgeber einem Arbeiter, der nach Beginn der Beschäftigung durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert wird, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, das Arbeitsentgelt für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen fortzuzahlen. Gemäß § 1 Absatz 3 Nr. 2 des Lohnfortzahlungsgesetzes erhalten Arbeiter in einem Arbeitsverhältnis, in dem die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, nicht die in § 1 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes vorgesehene Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. § 10 Absatz 1 des Gesetzes bestimmt, daß Arbeitgebern, die in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, 80 % der Lohnfortzahlungskosten von den Krankenkassen erstattet werden.

Artikel 1 der 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) lautet:

„Der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, im folgenden als ‚Grundsatz des gleichen Entgelts' bezeichnet, bedeutet bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen."

Artikel 3 der Richtlinie bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten beseitigen alle mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts unvereinbaren Diskriminierungen zwischen Männern und Frauen, die sich aus ihren Rechts- oder Verwaltungsvorschriften ergeben."

2. *Vorgeschichte des Ausgangsrechtsstreits*

Die Klägerin, Frau Rinner-Kühn, ist bei der Beklagten, die ein Gebäudereinigungsunternehmen betreibt, seit Mai 1985 als Gebäudereinigerin beschäftigt. Ihr Stundenlohn beträgt 8,77 DM netto, die regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit zehn Stunden. In der Zeit vom 11. bis 16. Dezember 1987 war die Klägerin arbeitsunfähig krank. Sie ließ der Beklagten unverzüglich eine entspre-

* Verfahrenssprache: Deutsch.

chende Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für diesen Zeitraum zukommen. Mit Schreiben vom 16. Januar 1988 machte sie gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall für acht Stunden in Höhe von insgesamt 70,16 DM netto geltend. Mit Kurzbrief vom 19. Januar 1988 lehnte die Beklagte die Zahlung unter Hinweis auf die geringfügige Beschäftigung der Klägerin ab; der Klägerin stehe nach § 1 Absatz 3 Nr. 2 des Lohnfortzahlungsgesetzes kein Lohnfortzahlungsanspruch zu.

Mit ihrer am 28. Januar 1988 beim Arbeitsgericht Oldenburg eingegangenen Klage begehrt die Klägerin Lohnfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe von 70,16 DM netto nebst 4 % Zinsen. Sie sieht in dem Ausschluß der Lohnfortzahlungspflicht für geringfügig Beschäftigte eine Diskriminierung der Frau, da unter den Teilzeitbeschäftigten mit geringfügiger Beschäftigung der Anteil der Frauen überproportional groß sei. Diese Diskriminierung sei nach Artikel 119 EWG-Vertrag verboten.

Mit Beschluß vom 5. Mai 1988 hat das Arbeitsgericht Oldenburg dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag die folgende Frage vorgelegt:

„Ist es mit Artikel 119 EWG-Vertrag und mit der Richtlinie des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (75/117/EWG) vereinbar, wenn eine gesetzliche Regelung von dem Grundsatz der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber im Krankheitsfall Arbeiter in Arbeitsverhältnissen, in denen die regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, ausnimmt, obwohl der Anteil der Frauen, die von dieser Ausnahme nachteilig betroffen werden, wesentlich höher ist, als der Anteil der Männer?“

3. *Erwägungen des nationalen Gerichts*

Nach Ansicht des nationalen Gerichts spricht viel dafür, daß in der Ausnahme der geringfügig Beschäftigten von der Lohnfortzahlung im Krankheitfall durch gesetzliche Regelung eine Diskriminierung der Frau in Gestalt der mittelbaren Diskriminierung liege. Denn Teilzeitbeschäftigung sei überwiegend eine Form der Erwerbstätigkeit verheirateter Frauen, die in dieser Arbeitszeitform eine Chance sähen, Beruf und Familie miteinander in Einklang zu bringen. Zwischen der Teilzeitarbeit und den Aufgaben, die traditionell dem weiblichen Geschlecht zugewiesen würden, bestehe mithin ein enger Zusammenhang.

Für das vorlegende Gericht sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, die diese Diskriminierung rechtfertigen könnten. Insbesondere könne nicht die Einsparung von Lohnfortzahlungskosten als Argument dienen und auch nicht an das Kriterium der Sozialversicherungspflicht bzw. der Sozialversicherungsfreiheit geringfügiger Beschäftigungen angeknüpft werden.

II — Verfahren

Der Vorlagebeschluß ist am 22. Juni 1988 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die dänische Regierung, vertreten durch die Rechtsberaterin Karen Wermuth, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Jürgen Grunwald als Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen eingereicht.

Der *Gerichtshof* hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Mit Entscheidung vom 23. November 1988 hat der Gerichtshof die Rechtssache an die Sechste Kammer verwiesen.

III — Fragen des Gerichtshofes

Der Gerichtshof hat die folgenden Fragen gestellt:

1) Die Bundesregierung wird gebeten, dem Gerichtshof die Gründe mitzuteilen, die den Bundesgesetzgeber bewogen haben, die Grenze für die Arbeitszeit, bis zu der der Arbeitgeber nicht zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall verpflichtet ist, auf wöchentlich zehn Stunden und monatlich 45 Stunden festzusetzen.

2) Die Kommission wird gebeten, dem Gerichtshof für jeden Mitgliedstaat mit Ausnahme der Bundesrepublik Deutschland die Zahl der männlichen und weiblichen Arbeitnehmer mitzuteilen, deren regelmäßige Arbeitszeit zehn Stunden in der Woche nicht übersteigt (einschließlich des prozentualen Verhältnisses zur Gesamtheit der männlichen und weiblichen Arbeitnehmer).

Am 5. Januar 1989 hat die *Kommission* die Frage des Gerichtshofes beantwortet. Sie hat dem Gerichtshof die statistischen Übersichten 37, 38 und 51 der *Eurostat-Erhebung über Arbeitskräfte* für 1987 vorgelegt. Sie stellt fest, daß in sieben Mitgliedstaaten die Gruppe der Arbeiter(innen), deren normale wöchentliche Arbeitszeit zehn Stunden nicht überschreitet, aus wesentlich mehr Frauen als Männern bestehe:

— 89 % Frauen in der Bundesrepublik Deutschland,

— 88 % Frauen in Frankreich,

— 86 % Frauen in Spanien,

— 85 % Frauen im Vereinigten Königreich,

— 83 % Frauen in den Niederlanden,

— 62 % Frauen in Italien.

Zu diesen Ländern seien noch vier Länder hinzuzurechnen, bei denen die Daten wegen des durch die relativ geringe Anzahl der be-

treffenden männlichen Arbeitnehmer bedingten geringen Stichprobenumfangs unzuverlässig seien (Griechenland, Irland, Luxemburg und Portugal). Allein in Dänemark näherten sich die jeweiligen Prozentsätze deutlich einander an: Der Anteil der Frauen an der betreffenden Gruppe betrage 54 %.

Am 9. Januar 1985 hat die *Bundesregierung* die Frage des Gerichtshofes dahin beantwortet, daß die durch die fragliche Gesetzesvorschrift betroffenen Arbeitnehmer nicht in einem anderen Arbeitnehmern vergleichbaren Maße in den Betrieb eingegliedert und ihm verbunden seien und deswegen ihnen gegenüber die Voraussetzungen für die Anerkennung einer die Verpflichtung zur Lohnfortzahlung einschließenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers fehlten. Im übrigen entspreche der Ausschluß geringfügig beschäftigter Arbeiter von der Lohnfortzahlung dem früheren Recht.

IV — Zusammenfassung der beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen

1. Die *Kommission* führt zunächst aus, daß es sich bei der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall um ein vom Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gezahltes Arbeitsentgelt im Sinne des Artikels 119 Absatz 2 handele. Die Zahlung erfolge „aufgrund des Dienstverhältnisses", da die Anspruchsvoraussetzungen und die Höhe des Anspruchs von dem Inhalt des Dienstverhältnisses bestimmt würden. Anders als im Falle gesetzlicher Regelungen zur Altersversorgung, deren Regelungszweck jenseits des Arbeitsverhältnisses liege, ziele die fragliche nationale Regelung auf die Gestaltung des Arbeitsrechtsverhältnisses selber ab und schaffe auf seiner Grundlage Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Im übrigen sei darauf hinzuweisen, daß der Gerichtshof die Anwendbarkeit des Artikels 119 auf den öffentlichen Dienst mehrfach anerkannt habe (Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455, vom 9. Juni 1982 in der Rechtssache 58/81, Kommission/Luxemburg, Slg. 1982, 2175, und vom 21. Mai 1985 in der Rechtssache 248/83, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1985, 1459), wobei hervorzuheben sei, daß im Beamtenrecht sogar das gesamte Dienstverhältnis durch Gesetz geregelt sein könne.

Die Kommission trägt sodann vor, daß im vorliegenden Fall nur eine mittelbare Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer in Betracht komme, da der fragliche Ausschluß für männliche und weibliche Arbeitnehmer in gleicher Weise gelte. Unter Bezugnahme auf die in der *Eurostat-Erhebung über Arbeitskräfte, Ergebnisse 1986,* veröffentlichten Daten kommt sie zu dem Ergebnis, daß die Gruppe der Arbeitnehmer, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden nicht überschreitet, nahezu ausschließlich aus Frauen bestehe.

Diese Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beruhe nicht auf Faktoren, die objektiv gerechtfertigt seien und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten. In der Tat sei nicht ersichtlich, warum es ökonomisch vertretbar und sozial geboten sein sollte, Vollzeitarbeitnehmer in den Genuß einer sechswöchigen Lohnfortzahlung kommen zu lassen, während ausgerechnet den sozial schwächeren geringfügig Beschäftigten die Lohnfortzahlung zu verweigern sei. Dadurch würde der soziale Schutz gerade dort entzogen, wo man in der Praxis am stärksten auf ihn angewiesen sei. Auch die Begründung, bei der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall handele es sich um einen Ausfluß seiner Fürsorge-

pflicht, die aber bei geringfügig Beschäftigten keine Grundlage finde, könne nicht überzeugen, da sich der Gesetzgeber bei der Frage der Anerkennung einer Fürsorgepflicht nicht allein an der Fürsorgebereitschaft des Arbeitgebers, sondern auch am Fürsorgebedürfnis des Arbeitnehmers zu orientieren habe.

Schließlich ist die Kommission der Ansicht, daß die Vorlagefrage auf der Grundlage des Artikels 119 beantwortet werden könne, so daß sich eine Auslegung der Richtlinie 75/117 des Rates vom 10. Februar 1975 erübrige. Die Kommission schlägt deshalb dem Gerichtshof vor, die Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

„Eine gesetzliche Regelung, die den Arbeitgeber im Falle der Krankheit eines Arbeiters verpflichtet, das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, hierbei jedoch solche Arbeiter von der Lohnfortzahlung ausnimmt, deren regelmäßige Arbeitszeit wöchentlich zehn Stunden oder monatlich 45 Stunden nicht übersteigt, ist dann nicht mit Artikel 119 EWG-Vertrag vereinbar, wenn der Anteil der Frauen, die von dieser Ausnahme nachteilig betroffen werden, wesentlich höher ist als der Anteil der Männer."

2. Die *dänische Regierung* betont demgegenüber, bei der Frage, wer durch eine angeblich mittelbar diskriminierende Maßnahme betroffen werde, komme es entscheidend auf das Erfordernis eines erheblichen Übergewichts des einen Geschlechts an. Es sei auch notwendig, daß die Maßnahme sich im großen und ganzen in allen Wirtschaftszweigen in dieser Weise auswirke und daß die Diskriminierung im wesentlichen in demselben Umfang über eine Reihe von Jahren anhalte. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit entstünde eine unhaltbare Situation, wenn eine klare, allgemeine, gesetzliche Abgrenzung einer arbeits- und sozialrechtlichen Maßnahme in bezug auf den einen Wirtschaftszweig als rechtswidrig, in bezug auf den anderen aber als rechtmäßig anzusehen wäre. Eine ebenso unhaltbare Situation würde entstehen, wenn eine solche Maßnahme in dem einem Jahr rechtswidrig und im nächsten Jahr rechtmäßig wäre. Die dänische Regierung führt als Beispiel an, daß 1985 in Dänemark der Anteil weiblicher Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von weniger als zehn Stunden 5 % und der Anteil männlicher Arbeitnehmer 2,8 % betragen habe. 1986 habe sich der Unterschied auf 4 % Frauen gegenüber 3 % Männern verringert.

Die dänische Regierung schlägt deshalb vor, die Vorlagefrage im vorliegenden Fall zu bejahen.

T. F. O'Higgins
Berichterstatter