

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS

L. A. GEELHOED

vom 27. April 2004<sup>1</sup>

**I — Einleitung**

1. Die in dieser Rechtssache vorgelegte Frage hat sich vor dem Hintergrund des Übergangs zu einem wiedervereinigten Deutschland gestellt. Sie geht insbesondere dahin, ob die Ungleichbehandlung, die sich aus dem Unterschied zwischen der gesetzlichen Regelung des Mutterschaftsurlaubs in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik und der entsprechenden gesetzlichen Regelung in der Bundesrepublik Deutschland ergibt, eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

**A — Gemeinschaftsrecht**

2. Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag (jetzt Artikel 141 Absatz 1 EG) stellt den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit auf. Unter „Entgelt“ sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen

Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt (Artikel 119 Absatz 2 EG-Vertrag, jetzt Artikel 141 Absatz 2 Satz 1 EG).

3. Die Richtlinie 76/207<sup>2</sup> stellt den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung und bei den Arbeitsbedingungen auf.

4. Nach Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie beinhaltet die Anwendung dieses Grundsatzes, dass bei den Bedingungen des Zugangs — einschließlich der Auswahlkriterien — zu allen Beschäftigungen oder Arbeitsplätzen — unabhängig vom Tätigkeitsbereich oder Wirtschaftszweig — und zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt.

<sup>1</sup> — Originalsprache: Niederländisch.

<sup>2</sup> — Richtlinie 76/207/EGW 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).

5. Nach Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung außerdem, dass Männern und Frauen dieselben Arbeitsbedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.

mokratischen Republik war sie durch das Arbeitsgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik (AGB-DDR) geregelt.

6. Die Richtlinie 92/85<sup>3</sup> führt Vorschriften zum Mindestschutz von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen durch die Mitgliedstaaten ein. In dieser Hinsicht bestimmt Artikel 8, dass diesen Arbeitnehmerinnen ein Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen ohne Unterbrechung einschließlich eines obligatorischen Mutterschaftsurlaubs von mindestens zwei Wochen gewährt wird. Außerdem müssen nach Artikel 11 die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung sowie die anderen mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte während dieses Urlaubs gewährleistet sein. (Diese Richtlinie war bis zum 19. Oktober 1994 umzusetzen.)

8. Insoweit bestimmte § 244 AGB-DDR, dass Frauen Schwangerschaftsurlaub für die Dauer von sechs Wochen vor der Entbindung und Wochenurlaub für die Dauer von 20 Wochen nach der Entbindung erhalten. Für die Dauer des Schwangerschafts- und Wochenurlaubs erhielten die Frauen Schwangerschafts- und Wochengeld in Höhe des Nettodurchschnittsverdienstes von der Sozialversicherung.

## B — Nationale Vorschriften

7. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Situation der Frauen nach der Entbindung durch das Mutterschutzgesetz (MuSchG) geregelt. In der damaligen Deutschen De-

9. In der Bundesrepublik Deutschland bestand nach § 6 Absatz 1 Satz 1 MuSchG — und besteht noch heute — ein Beschäftigungsverbot von acht Wochen nach der Entbindung. Während dieser Zeit erhalten erwerbstätige Mütter einen Zuschuss vom Arbeitgeber (§§ 13 und 14 MuSchG) sowie Mutterschaftsgeld nach der Reichsversicherungsordnung. Nach dieser Schutzfrist hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Erziehungsurlaub, bis das Kind zehn Monate alt wird. Während dieser Zeit erhält sie Erziehungsgeld, jedoch keine Leistungen ihres Arbeitgebers.

3 — 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 (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (ABl. L 348, S. 1).

10. § 23 a des Bundes-Angestelltentarifvertrags-Ost vom 10. Dezember 1990 (BAT-O) lautet:

„Bewährungsaufstieg im Bereich des Bundes und im Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder

Der Angestellte, der ein in der Anlage 1 a mit dem Hinweiszeichen \* gekennzeichnetes Tätigkeitsmerkmal erfüllt, ist nach Erfüllung der vorgeschriebenen Bewährungszeit höher gruppiert.

Für die Erfüllung der Bewährungszeit gilt Folgendes:

1. Das Erfordernis der Bewährung ist erfüllt, wenn der Angestellte während der vorgeschriebenen Bewährungszeit sich den in der ihm übertragenen Tätigkeit auftretenden Anforderungen gewachsen gezeigt hat. Maßgebend ist hierbei die Tätigkeit, die der Vergütungsgruppe entspricht, in der der Angestellte eingruppiert ist.

2. ...

3. ...

4. Die Bewährungszeit muss ununterbrochen zurückgelegt sein. Unterbrechungen von jeweils bis zu sechs Monaten sind unschädlich; unabhängig hiervon sind ferner unschädlich Unterbrechungen wegen

a) Ableistung des Grundwehrdienstes oder des Zivildienstes,

b) Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 37 Abs. 1,

c) der Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz,

d) Erziehungsurlaubs nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz und sonstiger Beurlaubung zur Kinderbetreuung bis zu insgesamt fünf Jahren,

e) einer vom Wehrdienst befreienden Tätigkeit als Entwicklungshelfer bis zu zwei Jahren.

Die Zeiten der Unterbrechung, mit Ausnahme

11. Der BAT-O wurde durch den Änderungsstarifvertrag Nr. 1 zum BAT-O vom 8. Mai 1991 geändert. § 2 lautet:

a) eines Urlaubs nach den §§ 47 bis 49 und nach dem Schwerbehindertengesetz,

„Übernahme der Vergütungsordnung des BAT

b) eines Sonderurlaubs nach § 50 Abs. 1 in der bis zum 31. August 1995 geltenden Fassung,

c) einer Arbeitsbefreiung nach § 52,

Die Anlage 1 a — für die Bereiche des Bundes und der Tarifgemeinschaft deutscher Länder mit Ausnahme der Zulagenregelung in Teil II Abschn. N und der entsprechenden Regelungen in Teil III Abschn. L Unterabschn. VII — und die Anlage 1 b zum Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT) sind mit folgenden Maßgaben anzuwenden:

d) einer Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 37 Abs. 1 bis zu 26 Wochen, in den Fällen des § 37 Abs. 4 Unterabs. 3 bis zu 28 Wochen,

e) der Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz,

1. Sofern in Tätigkeitsmerkmalen Bewährungszeiten, Tätigkeitszeiten, Zeiten einer Berufsausübung usw. gefordert werden, werden diejenigen vor dem 1. Juli 1991 zurückgelegten und nach § 19 Abs. 1 und 2 BAT-O und den Übergangsvorschriften hierzu als Beschäftigungszeit anerkannten Zeiten berücksichtigt, die zu berücksichtigen gewesen wären, wenn Abschnitt VI und die Vergütungsordnung des BAT-O bereits vor dem 1. Juli 1991 gegolten hätten. Satz 1 gilt entsprechend für die Berücksichtigung von vor dem 1. Juli 1991 zurückgelegten Zeiten, die aufgrund von Übergangsvorschriften in

werden auf die Bewährungszeit jedoch nicht angerechnet.

...“

Tarifverträgen zur Änderung der Anlage 1 a oder der Anlage 1 b zum BAT, die nach dem 30. Juni 1991 abgeschlossen worden sind oder abgeschlossen werden, ganz oder teilweise auf die in Tätigkeitsmerkmalen geforderten Bewährungszeiten, Tätigkeitszeiten, Zeiten einer Berufsausübung usw. anzurechnen sind oder angerechnet werden können. Soweit Tätigkeitsmerkmale die Anrechnung außerhalb des Geltungsbereichs des BAT-O zurückgelegter Zeiten zulassen, werden solche Zeiten berücksichtigt, wenn sie nach Unterabsatz 1 zu berücksichtigen wären, wenn sie im Geltungsbereich des BAT-O zurückgelegt worden wären.

publik. Ihr Arbeitsverhältnis unterlag deshalb dem AGB-DDR. Im Anschluss an die Geburt nahm sie Wochenurlaub von 20 Wochen gemäß § 244 AGB-DDR.

14. Nach der Wiedervereinigung Deutschlands ging ihr Arbeitsverhältnis auf das Land Brandenburg über. Aufgrund individuellen Arbeitsvertrags wird ihr Arbeitsverhältnis seitdem durch den BAT-O geregelt.

...“

## II — Ausgangsrechtsstreit

12. Frau Ursula Sass ist seit 1982 an der Hochschule für Film und Fernsehen „Konrad Wolf“ in Potsdam als Produktionsleiterin beschäftigt.

13. Zum Zeitpunkt der Geburt ihres zweiten Kindes am 27. Januar 1987 lebte sie in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Re-

15. Bis zum 7. Mai 1998 erhielt Frau Sass eine der Vergütungsgruppe II a BAT-O entsprechende Vergütung. Mit Wirkung vom 8. Mai 1998 wurde sie in die Vergütungsgruppe I b Fallgruppe 2 BAT-O neu eingruppiert, da sie die Bewährungszeit gemäß § 23 a BAT-O erfüllt hatte.

16. Das Land rechnete die ersten acht Wochen des Wochenurlaubs nach der Entbindung auf die für den Bewährungsaufstieg erforderliche Bewährungszeit von 15 Jahren an, nicht aber die weiteren zwölf Wochen. Das Land vertritt die Ansicht, nach den tariflichen Bestimmungen seien lediglich die Schutzfristen nach dem Mutterschutzgesetz auf die Bewährungszeit anzurechnen, nicht aber der darüber hinausgehende Wochenurlaub nach § 244 AGB-DDR.

17. Frau Sass ist dagegen der Auffassung, dass sie bereits am 12. Februar 1998 höher gruppiert gewesen sei, weil nach den tariflichen Bestimmungen der gesamte Wochenurlaub auf die Bewährungszeit nach § 23 a BAT-O anzurechnen sei. Sie meint, dass die Auslegung der tariflichen Bestimmungen durch das Land zu einer unzulässigen Diskriminierung von Frauen führe.

die tarifliche Regelung nicht gegen höherrangiges nationales Recht verstoße. Das Gericht schließt aber eine mögliche Unvereinbarkeit der tariflichen Regelung mit Artikel 119 EG-Vertrag (jetzt Artikel 141 EG) und der Richtlinie 76/207 nicht aus.

#### Die Vorabentscheidungsfrage

18. Sie erhob Klage beim erstinstanzlichen nationalen Gericht, das der Klage stattgab. Mit der Revision verfolgt das Land seinen Klageabweisungsantrag weiter. Frau Sass beantragt, die Revision zurückzuweisen.

20. Das Bundesarbeitsgericht hat beschlossen, dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

19. Nach den Ausführungen des vorliegenden Gerichts kann der Klage nicht allein auf der Grundlage der nationalen Vorschriften stattgegeben werden. Schon aus dem Wortlaut des § 23 a Nr. 4 Satz 3 Buchstabe e BAT-O ergebe sich zweifelsfrei, dass die über die Schutzfrist von acht Wochen nach der Entbindung gemäß § 6 Absatz 1 Satz 1 MuSchG hinausgehende Zeit des Wochenurlaubs nicht auf die Bewährungszeit anzurechnen sei. Auch aus der Tarifsystematik und dem daraus zu ermittelnden Sinn und Zweck der tariflichen Regelung könne nur dieser Schluss gezogen werden. Nichts anderes ergebe sich aus § 2 Nr. 1 des 1. Änderungsarbeitsvertrags zum BAT-O. Das vorliegende Gericht meint außerdem, dass

Verbieten es Artikel 119 EG-Vertrag (jetzt Artikel 141 EG) und die Richtlinie 76/207/EWG, in einer tariflichen Regelung, nach der Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses nicht auf die Bewährungszeit angerechnet werden, auch die Zeit von der Anrechnung auszunehmen, in der das Arbeitsverhältnis deshalb geruht hat, weil die Arbeitnehmerin nach Ablauf der anrechnungsfähigen achtwöchigen Schutzfrist gemäß § 6 MuSchG bis zum Ende der 20. Woche nach der Entbindung Wochenurlaub nach § 244 Absatz 1 AGB-DDR vom 16. Juni 1977 (GBl. I S. 185) in Anspruch genommen hat?

### III — Beurteilung

21. Auch wenn das vorliegende Gericht die tarifliche Regelung für vereinbar hält mit Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 oder mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche Arbeit, weil § 23 a Nr. 4 BAT-O bei der Anrechnung von Unterbrechungen der Tätigkeit auf die Bewährungszeit nicht nach dem Geschlecht, sondern danach unterscheide, ob das Arbeitsverhältnis während der Unterbrechung geruht habe oder nicht, so schließt es, wie oben erwähnt, doch nicht aus, dass die tarifliche Regelung gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen könnte, weil Frau Sass wegen ihres Wochenurlaubs, den nur Frauen in Anspruch nehmen könnten, zwölf Wochen später höher gruppiert worden sei als ein Mann, der Wochenurlaub nicht in Anspruch nehmen könne.

22. Frau Sass ist der letztgenannten Ansicht. Sie meint, dass ihre zwölf Wochen spätere Eingruppierung in eine höhere Vergütungsgruppe als die eines Mannes, der die gleiche Stelle innehat, für den gleichen Arbeitgeber arbeite und das Arbeitsverhältnis zum gleichen Zeitpunkt aufgenommen habe, auf eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zurückzuführen sei und deshalb Artikel 141 EG verletze.

23. Frau Sass beruft sich außerdem auf die Richtlinie 76/207. Sie macht geltend, dass

ihre spätere Höhergruppierung darauf zurückzuführen sei, dass nur die acht Wochen nach dem MuSchG (und nicht die vollen 20 Wochen nach dem AGB-DDR) berücksichtigt würden. Dies stelle jedoch eine Verletzung von Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie dar.

24. Das Land und die Kommission sind der Ansicht, dass kein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht vorliege.

25. Wie unten erläutert wird, gelange ich in diesen Schlussanträgen zu dem gleichen Ergebnis.

26. Zunächst denke ich, dass die Frage im Licht der Richtlinie 76/207 zu betrachten ist, weil die Rechtssache den Zugang zu allen Stufen der beruflichen Rangordnung im Sinne des Artikels 3 Absatz 1 dieser Richtlinie betrifft. Insofern ist die Richtlinie 76/207, die sich speziell mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts befasst, die richtige Rechtsgrundlage, und nicht Artikel 141 Absätze 1 und 2 EG. Das Urteil Nimz<sup>4</sup> ist in dieser Rechtssache nicht anwendbar, weil

4 — Urteil in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, 297).

nicht ein quasiautomatischer Aufstieg von einer Vergütungsgruppe in eine andere aufgrund der Dienstzeit in Frage steht, sondern die Unterbrechung der Bewährungszeit für den Aufstieg.

von Frauen, nämlich der Frauen aus der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik, zu betreffen.

27. Zweitens scheint sich das vorlegende Gericht allein der Situation von Frau Sass zu widmen, in der sich eine Frau Wochenurlaub nach dem damals in Ostdeutschland anwendbaren Arbeitsgesetzbuch genommen hat. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend ausgeführt hat, hat das vorlegende Gericht nicht die allgemeinere Frage aufgeworfen, ob die Tatsache, dass Urlaubszeiten, die über die vom MuSchG vorgesehenen acht Wochen hinausgehen, nicht auf die Bewährungszeit angerechnet werden, eine Diskriminierung darstellt. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass Frauen in Westdeutschland auch einen längeren als den zu der Zeit nach dem MuSchG vorgesehenen Urlaub nehmen konnten. Dieser zusätzliche Urlaub wurde nach § 23 a Nr. 4 BAT-O nicht auf die Bewährungszeit angerechnet.

29. Dies ist jedoch kein Aspekt des Gemeinschaftsrechts. Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 niedergelegt ist, sind Diskriminierungen jeder Art aufgrund des Geschlechts verboten. Die Richtlinie erfasst keine Diskriminierungen aus anderen Gründen. Folglich können etwaige Diskriminierungen zwischen ost- und westdeutschen Frauen nicht nach dieser Richtlinie behandelt werden.

30. Es ist offensichtlich, dass die fragliche Regelung des BAT-O nur Frauen betrifft, weil nur Frauen gebären und Mutterschaftsurlaub nach dem AGB-DDR nehmen können. Dies schließt an sich die Feststellung einer unzulässigen Diskriminierung nicht aus, da der Gerichtshof entschieden hat, dass die Ablehnung einer schwangeren Bewerberin eine unzulässige Diskriminierung darstellen kann, selbst wenn alle anderen Bewerber Frauen sind<sup>5</sup>.

28. Deshalb scheint die aufgeworfene Frage nicht eine Diskriminierung zwischen Männern und Frauen im Allgemeinen, sondern die Behandlung einer spezifischen Gruppe

31. Jedoch ist die Ursache der Ungleichbehandlung nicht die Schwangerschaft oder die

<sup>5</sup> — Urteil in der Rechtssache C-177/88 (Dekker, Slg. 1990, I-3941).

Wöchnerinneneigenschaft, sondern die Tatsache, dass die Regelungen hinsichtlich des Wochen- oder Mutterschaftsurlaubs für Ost- und Westdeutschland damals in unterschiedlichen Rechtssystemen verankert waren.

32. In Westdeutschland waren die Frauen verpflichtet, acht Wochen Mutterschaftsurlaub zu nehmen. Während dieser Zeit waren sowohl die Hauptpflichten der Arbeitnehmerin — zu arbeiten — als auch die des Arbeitgebers — zu zahlen — suspendiert. Stattdessen war der Arbeitgeber verpflichtet, einen Zuschuss zu den Sozialversicherungsleistungen zu zahlen, um sicherzustellen, dass die Frauen weiterhin das gleiche Einkommen erhielten. Trotzdem wurde diese Zeit auf die Bewährungszeit für eine höhere Vergütungsgruppe angerechnet. Die Frauen konnten sich für einen längeren Urlaub entscheiden. Nach Ablauf der achtwöchigen Schutzfrist für erwerbstätige Mütter im Anschluss an die Geburt konnten sie Erziehungsurlaub vom Ende dieser Schutzfrist bis zu dem Tag, an dem das Kind zehn Monate alt wurde, in Anspruch nehmen. Dieser zusätzliche Zeitraum wurde jedoch auf die Bewährungszeit nicht angerechnet, und es bestand auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers, einen Zuschuss zu den Sozialversicherungsleistungen zu zahlen, die eine Mutter erhielt.

33. In Ostdeutschland waren die Hauptpflichten des Arbeitgebers und der Arbeitnehmerin während des Wochenurlaubs ebenfalls suspendiert. Während dieses Zeitraums erhielt die Frau ein Wochengeld in Höhe des Nettodurchschnittsverdienstes von der Sozialversicherung. Die deutsche Regierung hat auf die vom Gerichtshof gestellten schriftlichen Fragen erklärt, dass nach dem AGB-DDR kein absolutes Beschäftigungsverbot nach der Entbindung bestand, eine Erholungsphase von sechs Wochen aber als normal angesehen wurde. Die Frauen waren nicht verpflichtet, Wochenurlaub von 20 Wochen zu nehmen, in der Praxis übte aber fast jede Frau ihren Anspruch auf diesen Urlaub von 20 Wochen aus. Ein Vergütungs- und Aufstiegssystem, das bestimmten Bedingungen unterliegt, wie das im Westen geltende, existierte in Ostdeutschland zu dieser Zeit nicht.

34. Tatsächlich folgt aus den von der deutschen Regierung und von Frau Sass erteilten Auskünften, dass die nach dem Mutterschutzgesetz vorgesehenen acht Wochen und auf jeden Fall die ersten sechs nach dem AGB-DDR vorgesehenen Wochen demselben Zweck dienen, nämlich der Erholung der Mutter und der Möglichkeit, das Kind in der Zeit unmittelbar nach der Entbindung persönlich zu betreuen. Nach dieser Zeit konnte sich die Mutter für einen zusätzlichen Erziehungsurlaub entscheiden (Westdeutschland) oder ihren Anspruch auf Nutzung des vollen Zeitraums von 20 Wochen ausüben (Ostdeutschland). Auch wenn es für die vorliegende Rechtssache unerheblich ist, so hatten doch die Mütter und Väter an-

scheinend sowohl in West- als auch in Ostdeutschland die Möglichkeit, danach eine Art Elternurlaub zu nehmen. In Westdeutschland wurde diese Zeit nicht auf die Bewährungszeit angerechnet. Wie oben erwähnt, bestand in Ostdeutschland kein vergleichbares Vergütungs- und Aufstiegssystem.

35. Nach der Wiedervereinigung wurde tariflich vereinbart, dass nur die nach dem MuSchG vorgesehenen acht Wochen auf die Bewährungszeit angerechnet werden können. Es liegt auf der Hand, dass die vor der Wiedervereinigung anwendbaren unterschiedlichen Rechtssysteme einige Missheiligkeiten zur Folge haben können und dass es nicht möglich ist, alle potenziellen historischen Unterschiede zu beseitigen. Andererseits könnte man argumentieren, dass die Übergangsvorschriften des Tarifvertrags gerade den Zweck hatten, die Gleichbehandlung zwischen den Beschäftigten in der Bundesrepublik Deutschland und dem ehemaligen Ostdeutschland zu gewährleisten. Würde der Klage von Frau Sass stattgegeben, so würde dies ebenfalls zu einer Ungleichbehandlung führen.

36. Ich bin mir bewusst, dass die Tatsache, dass alle Frauen im ehemaligen Ostdeutschland 20 Wochen Wochenurlaub nahmen, berechnete Erwartungen begründen konnte.

Dies ist jedoch keine Frage des Gemeinschaftsrechts, sondern eine Frage, die nach nationalem Recht zu klären wäre.

37. Schließlich möchte ich erwähnen, dass die Frage der Gleichbehandlung zwischen den Einwohnern des ehemaligen West- und Ostdeutschlands nicht nur im Zusammenhang mit dem Mutterschutz auftaucht. Zum Beispiel können auch Männer, die Wehrdienst leisten, vom Unterschied zwischen den früheren Rechtssystemen betroffen sein. Dies sind keine Fragen, die unter Berufung auf den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in angemessener Weise behandelt werden können.

38. Abschließend ist festzustellen, dass eine mögliche Ungleichbehandlung zwischen diesen beiden Gruppen von Frauen nicht unter Verweisung auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beurteilt werden kann.

39. Werden Männer und Frauen aus dem ehemaligen Ostdeutschland gleichbehandelt?

40. Wie in Nummer 30 erwähnt, können nur Frauen schwanger sein und somit Wochenurlaub nach dem AGB-DDR nehmen. Das bedeutet jedoch nicht automatisch, dass dieser Unterschied zu einer Diskriminierung führt. Die Schwangerschaft ist ein besonderer Zustand, der einen besonderen Schutz rechtfertigt. Deshalb bestimmt Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207, dass die Richtlinie nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegensteht. Ich verweise auch auf das Urteil Hofmann<sup>6</sup>, in dem der Gerichtshof entschieden hat, dass Maßnahmen wie ein der Frau nach Ablauf der gesetzlichen Schutzfrist gewährter Mutterschaftsurlaub unter Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 fallen und dass ein derartiger Urlaub zulässigerweise der Mutter vorbehalten werden kann und keine Diskriminierung darstellt.

41. Auch wenn die Richtlinie 92/85 in der vorliegenden Rechtssache nicht anwendbar ist, so kann sie doch als Inspirationsquelle dienen. Diese Richtlinie stellt nur Mindestanforderungen hinsichtlich der Dauer des Mutterschaftsurlaubs auf, so dass es den Mitgliedstaaten freisteht, Rechtsvorschriften zu erlassen, in denen vor oder nach der Entbindung längere Zeiten des Mutterschaftsurlaubs gewährt werden.

42. Was die Auswirkungen dieses längeren Urlaubs auf die Rechte der Frauen hinsichtlich ihrer Arbeitsverhältnisse betrifft, so bestimmt die Richtlinie 92/85 nur, dass die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte während des in Artikel 8 dieser Richtlinie beschriebenen Mindestzeitraums garantiert sein müssen. Die Richtlinie regelt also nicht die Auswirkungen eines über den vorgeschriebenen Mindesturlaub hinausgehenden Mutterschaftsurlaubs. Insoweit hat der Gerichtshof im Urteil Boyle<sup>7</sup> entschieden, dass die fehlende Entstehung von Ansprüchen auf Jahresurlaub während des unbezahlten Mutterschaftsurlaubs, der vom Arbeitgeber zusätzlich zu der in Artikel 8 der Richtlinie 92/85 garantierten Schutzfrist gewährt wird, zulässig ist.

43. Nach der in den Nummern 33 und 34 erwähnten schriftlichen Antwort der deutschen Regierung waren die Frauen aus dem ehemaligen Ostdeutschland nicht verpflichtet, die vollen 20 Wochen des Wochenurlaubs zu nehmen. Mit anderen Worten, es handelt sich um ein Sonderrecht für Frauen, und sie konnten frei entscheiden. Frau Sass trägt vor, dass zur Zeit ihrer Entbindung das MuSchG irrelevant gewesen sei. Alle Frauen in der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik hätten ihren Anspruch auf 20 Wochen Wochenurlaub ausgeübt. Es hätte möglicherweise sogar Auswirkungen haben können, wenn sie dies nicht getan hätten. Sie weist außerdem darauf hin, dass die Mütter nach dieser Urlaubszeit in größerem Umfang als in der Bundesrepublik Deutschland ihre Arbeit wieder aufgenommen

6 — Urteil in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnr. 26).

7 — Urteil in der Rechtssache C-411/96 (Boyle, Slg. 1998, 6401).

men und ihr Kind in einer Krippe untergebracht hätten. Sie hätten ihr Kind auch während dieser 20 Wochen in einer Krippe unterbringen können, aber wenn sie dies nach den sechs Wochen des Wochenurlaubs getan hätten, sei angenommen worden, dass sie die Arbeit wieder aufnähmen, da sie dann kein Wochengeld mehr erhalten hätten. Wie dem auch sei, dies kann für die aufgeworfene Frage kaum entscheidend sein. Hinsichtlich möglicher berechtigter Erwartungen beziehe ich mich auf meine Bemerkung in Nummer 35. Auch wenn diese Praxis vielleicht einige berechnete Erwartungen in dem Sinne hervorgerufen hat, dass sich die Frauen mögli-

cherweise nicht im Klaren darüber waren, dass negative Auswirkungen auf ihre Eingruppierung in eine höhere Vergütungsgruppe bestehen konnten, so ist dies doch keine Frage des Gemeinschaftsrechts, sondern eine Frage, die nach nationalem Recht zu klären wäre.

44. Das vorlegende Gericht hat auch die Frage der mittelbaren Diskriminierung aufgeworfen. § 244 AGB-DDR, der nur Frauen betrifft, kann jedoch nicht zu einer mittelbaren Diskriminierung führen.

#### IV — Ergebnis

45. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vom Bundesarbeitsgericht zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu antworten:

Eine tarifliche Regelung, nach der Zeiten des Ruhens des Arbeitsverhältnisses nicht auf die Bewährungszeit angerechnet werden und nach der nur die achtwöchige Schutzfrist gemäß § 6 des Mutterschutzgesetzes, aber nicht der im Arbeitsgesetz der Deutschen Demokratischen Republik vorgesehene längere Zeitraum des Wochenurlaubs auf die Bewährungszeit angerechnet wird, stellt keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.