

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Keine Anrechnung von Erziehungsurlaub auf die Dauer der für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung nachzuweisenden berufspraktischen Tätigkeit

von Dr. Wienand Meilicke, *Licencié en droit français, LL.M. taxation (N.Y.U.)*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht, Bonn und Dr. Irini Ahouzaridi, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bonn

I. Leitsatz

Es verstößt nicht gegen das gemeinschaftsrechtlich geregelte Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und den grundgesetzlich geregelten Gleichberechtigungsgrundsatz, dass der Erziehungsurlaub nach dem BErzGG nicht auf die Dauer der für die Zulassung zur Steuerberaterprüfung nachzuweisenden berufspraktischen Tätigkeit angerechnet wird.

BFH, Urt. v. 5.12.200 - VII R 18/00
Fundstelle: BStBl 2001 II 263

II. Sachverhalt

Die Klägerin, eine ausgebildete Steuerfachgehilfin, beantragte eine verbindliche Auskunft darüber, wann sie zur Steuerberaterprüfung zugelassen wird. Der Zulassungsausschuss für Steuerberater entschied, dass bei der Berechnung der Frist nach § 36 Abs. 2 Nr. 1 StBerG die Zeiten des Mutterschutzes und des Erziehungsurlaubes nicht berücksichtigt werden. Das FG rechnete lediglich die Mutterschutzzeiten an (vgl. FG Köln, Urt. v. 12.10.199, EFG 2000, 514). Die Revision der Klin. wird damit begründet, dass die Nichtberücksichtigung der Erziehungszeiten einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung sowie der einschlägigen europäischen Richtlinien darstellt. Insoweit verwies die Klin. auf § 78 ZDG sowie § 13 Abs. 1 ArbPISchG, die eine Anrechnung der entsprechenden "Ausfallzeiten" vorsehen. Deshalb sei die in BErzGG vorliegende Lücke europakonform zu schließen. Das FinMin hat hingegen vorgebracht, dass eine analoge Anwendung mangels planwidriger Lücke nicht vorliegt. Dieser Rechtsansicht schloss sich der BFH an.

III. Analyse und Kommentierung der Entscheidung

Der BFH sieht in § 36 Abs. 2 Nr. 1 StBerG keine Frauen diskriminierende Regelung. Er stellt sich dabei auf den Standpunkt, dass für die Erlangung der Befähigung Berufserfahrung von einer bestimmten Dauer erforderlich ist. Diese Dauer wird durch die **Unterbrechung während des Erziehungsurlaubs** nicht erreicht. Weder das StBerG noch das BErzGG – anders als das ZDG bzw. das ArbPISchG – sehen eine Ausnahme vor.

Der BFH geht zunächst im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 7.2.1991, Rs. C-184/89, Slg. 1991 I 297) davon aus, dass die Verletzung des Diskriminierungsverbotes zu einem unmittelbaren Anspruch des diskriminierten Arbeitnehmers auf dessen Durchsetzung führen kann. Er **verneint** allerdings **das Vorliegen einer Diskriminierung** i. S. von Art. 141 EG, weil es sich bei § 36 Abs. 2 Nr. 1 StBerG um eine **Berufszugangsregelung** handelt, die nicht unmittelbar das Entgelt berührt. Dies ist zutreffend, dass unter "Entgelt" nur die tatsächliche Gewährung von Gehältern oder sonstigen Vergünstigungen fällt.

Eine **Erweiterung des Gleichbehandlungsgrundsatzes** erfolgt jedoch durch die RL 75/117/EWG und 76/207/EWG, die sowohl die unmittelbar als auch die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts verbieten. Eine mittelbare Diskriminierung kann nach der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 14.2.1995, Rs. C-279/93, Slg. 1995 I 225; v.2.10.1997, Rs. C-100/95, Slg. 1997 I 5292) darin bestehen, dass unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen oder dass die selbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird. Der BFH meint, eine **mittelbare Diskriminierung** liege **nicht** vor. Er sieht die Dauer der Berufspraxis unabhängig vom Geschlecht als für den Nachweis der berufspraktischen Erfahrung notwendig an. Die Regelungen im ZDG und ArbPISchG seien als Ausnahmeregelungen nicht erweiterbar. Es sei nicht die Aufgabe des Gerichts, eine Ausnahmeregelung zu schaffen.

MEILICKE HOFFMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Download von der Meilicke Hoffmann & Partner Webseite. © MEILICKE HOFFMANN & PARTNER 1999 - Alle Rechte vorbehalten

Dem Gericht ist insofern beizupflichten, dass allein der Umstand, eine Regelung betrifft mehr Frauen als Männer, für sich allein keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darstellt. Es leuchtet als in der Natur der Sache liegende Sachgesetzlichkeit auch ohne weiteres ein, dass eine Frau nicht als Steuerberaterin zugelassen werden kann, wenn sie zehn Jahre mit Mutterschaft und Kindererziehung verbracht hat. Von der Sachgesetzlichkeit, dass die praktische Berufserfahrung in 10-jähriger Tätigkeit tatsächlich erworben sein muss, ist der Gesetzgeber für Wehr- und Zivildienstleistende aber selbst abgewichen. Weicht der Gesetzgeber von der selbstgesetzten Sachgesetzlichkeit ab, so muss er dies unter Beachtung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots tun. Die - ungleiche - Befreiung der Frauen vom Wehr- und Zivildienst begründet sich historisch, soziologisch und sachgesetzlich jedoch mit der ungleichen Mehrbelastung der Frauen durch Kindergeburt und Kindererziehung. Eine überzeugende Begründung dafür, dass **Wehr- und Ersatzdienst von Männern angerechnet wird, Erziehungsurlaub von Frauen aber nicht**, lässt der BFH vermissen. Der BFH hätte in Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung (Urt. v. 31.3.1981, Rs. C-96/80, Slg. 1981 I 911; v. 2.10.1997, a.a.O.) die Auswirkungen der Regelungen im StBerG, ZDG bzw. ArbPISchG feststellen sowie die Berechtigung der unterschiedlichen Behandlung von Unterbrechungen untersuchen müssen, da insoweit eine an sich neutrale Regelung im Ergebnis mehr Frauen negativ betrifft. Es reicht nicht aus, dass der BFH feststellt, dass die Regelung allgemein gilt. Erforderlich wäre vielmehr die Feststellung, wodurch sich die unterschiedliche Behandlung der Unterbrechung wegen des Wehrdienstes bzw. des Erziehungsurlaubes rechtfertigt. Das Argument des BFH, dass der Wehr- und Ersatzdienst beruhe auf staatlichem Zwang, während der Erziehungsurlaub mit der Möglichkeit einer Teilzeittätigkeit freiwillig genommen wird, leuchtet nicht ein. **Der staatliche Zwang**, dass Männer Wehr- und Zivildienst leisten, **entspricht dem in der Natur liegenden Umstand**, dass nur Frauen Kinder kriegen, und der Tatsache, dass vorwiegend Frauen die Kinder erziehen. Der staatliche Zwang ist deshalb kein taugliches Unterscheidungsmerkmal.

Freilich kann man nicht verlangen, dass **Kindererziehungszeiten** grenzenlos auf die praktische Tätigkeit in der Steuerberatung angerechnet werden. Dem Diskriminierungsverbot wäre Genüge getan, wenn Mutterschafts- und Kindererziehungszeiten bis zur Höchstdauer des Wehr- und Zivildienstes angerechnet werden. Der BFH hätte deshalb neben dem vom FG schon angerechneten Mutterschaftsurlaub die Erziehungszeiten bis zur Dauer des von Männern zu leistenden Wehr- und Zivildienstes anrechnen müssen (So hat das BAG v. 21.10.1992, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge: Milch - Käserei, das für die Höhergruppierung Erziehungsurlaub von 10 Monaten auch ohne gesonderte Regelung als Betriebszugehörigkeit anerkannt).

Während der BFH bei der Auslegung des Diskriminierungsverbots nach dem Grundgesetz die Entscheidungskompetenz hat und der damit nicht einverständene Bürger Verfassungsbeschwerde einlegen kann, ist der BFH zur Vorlage an den EuGH schon verpflichtet, wenn irgendein vernünftiger Jurist in einem Mitgliedstaat der Gemeinschaft Zweifel haben kann (EuGH vom 6.10.1982, Rs.C-283/81, C.I.L.F.I.T., Slg. 1982 I 3415). Da **Zweifel an der Einschlägigkeit des Diskriminierungsverbots** offensichtlich sind, verstößt die Entscheidung des BFH gegen Art. 234 Abs. 3 EGV, was mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann (BVerfG, Beschl. v. 31.5.1990, BVerfGE 82, 159 BVerfG, Urt. v. 9.1.2001, WM 2001, 749). Außerdem ist die Entscheidung des BFH erneut ein Beleg für die Notwendigkeit, eine Nichtvorlagebeschwerde unmittelbar zum EuGH einzuführen (vgl. dazu W. Meilicke, BB 2000, 17 ff.).

IV. Folgerung für die Praxis

Mütter, die die Zulassung zum Steuerberater planen, werden sich bis auf weiteres darauf einzustellen haben, dass Erziehungsurlaub in Deutschland nicht auf die Dauer der berufspraktischen Tätigkeit angerechnet wird. In einschlägigen Fällen sollten Mütter jedoch ermutigt werden, die Anrechnung bis zur Dauer der Wehrpflicht erneut vor Gericht durchzufechten

4.1.5.4