1. Eine betriebliche Altersversorgung, die zwar entsprechend den vom Gesetzgeber erlassenen Bestimmungen ausgestaltet ist, ihren Ursprung aber in einer Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und einer die Beschäftigten vertretenden Einrichtung hat, Teil der Arbeitsverträge ist und dazu führt, daß die Sozialleistungen, die nach den allgemein geltenden nationalen Rechtsvorschriften gewährt werden, durch Leistungen ergänzt werden, die allein vom Arbeitgeber finanziert werden, ist kein unmittelbar durch Gesetz geregeltes und deshalb nicht unter Artikel 119 fallendes Sozialversicherungssystem, sondern fällt vielmehr unter diese Vorschrift.

2. Ein Unternehmen, das Teilzeitbeschäftigte von der betrieblichen Altersversorgung ausschließt, verletzt Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, daß diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

   Derartige Faktoren können sich daraus ergeben, daß das Unternehmen möglichst wenige Teilzeitkräfte beschäftigen will, sofern feststeht, daß dieses Ziel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient und daß die zur Erreichung dieses Ziels gewählten Mittel geeignet und erforderlich sind.

3. Der Arbeitgeber ist nach Artikel 119 EWG-Vertrag nicht verpflichtet, die für seine Beschäftigten vorgesehene Versorgungsordnung so auszugestalten, daß die für Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen bestehenden besonderen Schwierigkeiten, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Betriebsrente zu erfüllen, berücksichtigt werden.

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS MARCO DARMON vom 15. Oktober 1985 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Bundesarbeitsgericht hat Ihnen mit Beschluß vom 5. Juni 1984 folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„1) Kommt ein Verstoß gegen Artikel 119 EWG-Vertrag in Form der ‚mittelbaren Diskriminierung' in Betracht, wenn ein Kaufhausunternehmen, das überwiegend Frauen beschäftigt, Teilzeitarbeitnehmer von seinen betrieblichen Versorgungsleistungen ausnimmt, obwohl von dieser Ausnahme unverhältnismäßig mehr Frauen als Männer betroffen sind?

2) Falls die Frage zu 1 bejaht wird:

   a) Kann das Unternehmen diese Benachteiligung mit dem Vortrag rechtfertigen, es verfolge das Ziel, möglichst wenige Teilzeitarbeitnehmer zu beschäftigen, obwohl

* Aus dem Französischen übersetzt.

Gründe betrieblicher Zweckmäßigkeit eine solche Personalpolitik in der Kaufhausbranche nicht gebieten?

b) Muß das Unternehmen seine Versorgungsordnung so ausgestalten, daß die besonderen Schwierigkeiten angemessen berücksichtigt werden, die Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen haben, um die Leistungsvoraussetzungen einer Betriebsrente zu erfüllen?"

Diese Rechtssache wird Sie vor allem veranlassen, die Tragweite Ihres Urteils vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins/Kingsgate, Slg. 1981, 911) zu verdeutlichen, das die Teilzeitarbeit betraf und auf das das vorlegende Gericht und alle Verfahrensbeteiligten ausführlich eingegangen sind. Wenden wir uns jedoch zunächst dem Sachverhalt zu.

2. Die Beklagte und Revisionsklägerin des Ausgangsverfahrens, die Bilka-Kaufhaus GmbH (im folgenden: die Beklagte), gehört zu einem Kaufhauskonzern in der Bundesrepublik Deutschland, dem Hertiekonzern, der mehrere tausend Beschäftigte hat.

Die im Jahre 1930 geborene Klägerin und Revisionsbeklagte des Ausgangsverfahrens (im folgenden: die Klägerin) stand seit dem 15. April 1961 als vollzeitbeschäftigte Verkäuferin im Dienst der Beklagten. Diese Situation blieb elfeinhalb Jahre unverändert.

Ab 1. Oktober 1972 arbeitete sie auf ihren Wunsch als Teilzeitbeschäftigte mit etwa der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit. Dreieinhalb Jahre später, am 14. April 1976, verließ sie das Unternehmen im Alter von 46 Jahren nach fünfzehnjähriger Betriebszugehörigkeit.

In dem Rechtsstreit geht es um die Frage der Einbeziehung von Teilzeitbeschäftigten in die betriebliche Altersversorgung der Beklagten. Rechtsgrundlage der betrieblichen Altersversorgung des Kaufhauskonzerns, zu dem die Beklagte gehört, sind Versorgungsordnungen, nach denen die Beklagte zur Zahlung einer Zusatzrente verpflichtet ist. Diese Regelung hat sich wie folgt entwikkelt:

— Nach der Versorgungsordnung vom 31. Dezember 1962 erhielten die Altersrente Mitarbeiter, die mindestens 25 Jahre ununterbrochen innerhalb des Unternehmens tätig waren und nach Vollendung des 65. Lebensjahres in den Ruhestand traten.

— Diese Regelung wurde durch Betriebsvereinbarungen vom 3. September 1966 und vom 17. Januar 1969 wie folgt geändert: Um einen Anspruch auf eine Zusatzrente zu haben, mußten die Angestellten mindestens 20 Jahre innerhalb des Unternehmens als *Vollzeitbeschäftigte* tätig gewesen und nach Vollendung des 65. Lebensjahres in den Ruhestand getreten sein. Weibliche Beschäftigte konnten mit sechzig Jahren in den Genuß einer vorgezogenen Zusatzrente kommen. Diese Regelung galt für alle Beschäftigten; sie schloß die Teilzeitbeschäftigten von der Zusatzrente aus. In dem neuen Arbeitsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten von 1972 wurde die Versorgungsordnung von 1969 ausdrücklich als Bestandteil des Vertrages bezeichnet.

— Schließlich eröffnete die Versorgungsordnung vom 26. Oktober 1973 den Teilzeitbeschäftigten erneut die Möglichkeit, in den Genuß einer betrieblichen Altersrente zu kommen, wenn sie von einer Betriebszugehörigkeit von mindestens 20 Jahren mindestens 15 Jahre als Vollzeitbeschäftigte tätig gewesen waren. Nur diejenigen Angestellten, die schon am 30. September 1966 in einem Teilzeitarbeitsverhältnis standen, brauchten die Voraussetzung der fünfzehnjährigen Vollzeitbeschäftigung nicht zu erfüllen.

Der Anspruch der Klägerin auf eine betriebliche Altersrente wurde mit der Begründung abgelehnt, daß sie nicht die in den Betriebsvereinbarungen aufgestellte Voraussetzung der Vollzeitbeschäftigung erfülle.

3. Die Frage der mittelbaren Diskriminierung weiblicher gegenüber männlichen Arbeitnehmern wurde vom Bundesarbeitsgericht selbst in einem ersten Revisionsverfahren aufgeworfen. Das Landesarbeitsgericht, an das die Sache zurückverwiesen wurde, hatte der Klage zwar mit der Begründung stattgegeben, die Betriebsvereinbarung vom 26. Oktober 1973 habe die Teilzeitbeschäftigten in begrenztem Maße wieder in ihr Versorgungswerk aufgenommen. Es sei willkürlich, eine Stichtagsregelung — 30. September 1966 — einzuführen, die zu einer Diskriminierung der Vollzeitbeschäftigten führe, deren Arbeitsverhältnis erst später in ein Teilzeitarbeitsverhältnis umgewandelt worden sei. Das Gericht hatte dagegen die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes oder des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen verneint.

Auf die erneute Revision beanstandet das Bundesarbeitsgericht die Begründung des Landesarbeitsgerichts und hält sich für verpflichtet, den Gerichtshof anzurufen.

4. Nach seiner Auffassung ergibt sich aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 11. März 1981 in der Rechtssache 69/80 (Worringham und Humphreys/Lloyd Bank Ltd, Slg. 1981, 767), daß Versorgungsleistungen als Entgelt im Sinne des Artikels 119 Absatz 2 EWG-Vertrag anzusehen sind. Das Bundesarbeitsgericht untersucht sodann den Sachverhalt anhand des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache Jenkins (a. a. O.), wobei es zunächst auf die Randnummer 13 der Entscheidungsgründe hinweist, die wie folgt lautet:

„Stellt sich ... heraus, daß ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen Arbeitnehmer als der männlichen Arbeitnehmer die Mindestzahl der Wochenarbeitsstunden leistet, die die Voraussetzung für den Anspruch auf den Stundenlohn zum vollen Satz ist, so steht das ungleiche Entgelt dann im Widerspruch zu Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn — unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten, die die weiblichen Arbeitnehmer haben, um diese Mindeststundenzahl pro Woche leisten zu können — die Lohnpolitik des betreffenden Unternehmens nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen."

Aus den dem innerstaatlichen Gericht vorgelegten Durchschnittszahlen geht hervor, daß die Beklagte in einem Zeitraum von neun Jahren 72 % männliche Angestellte und 28 % weibliche Angestellte beschäftigte. 90 % der männlichen Angestellten arbeiteten als Vollzeitbeschäftigte und 10 % als Teilzeitbeschäftigte, während 61,5 % der Frauen eine Vollzeitbeschäftigung und 38,5 % eine Teilzeitbeschäftigung ausübten. Im Verhältnis zur Gesamtbelegschaft seien somit 2,8 % der männlichen Arbeitnehmer und 27,7 % der weiblichen Arbeitnehmer Teilzeitbeschäftigte, das heißt, auf einen Mann kämen zehn Frauen.

Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts trifft diese Regelung somit zehnmal mehr Frauen als Männer. Auf der Grundlage der bisher vom Gerichtshof entwickelten Rechtsgrundsätze lasse sich eine abschließende Entscheidung nicht finden; es bedürfe insoweit noch „ergänzender Hinweise" des Gerichtshofes.

Hinsichtlich Ihres Urteils in der Rechtssache Jenkins fragt sich das vorlegende Gericht im wesentlichen, ob dieses Urteil sich nur auf eine „verdeckte", also absichtliche Diskriminierung bezieht oder ob es auch für eine „mittelbare", das heißt lediglich objektive Diskriminierung gilt. In diesem Falle liege eine Diskriminierung schon dann vor, wenn die Frauen aufgrund der ihnen herkömmli-

cherweise obliegenden familiären Verpflichtungen *praktisch* daran gehindert würden, die Voraussetzungen für die Erlangung eines Anspruchs zu erfüllen.

Da der Gerichtshof selbst in dem Urteil in der Rechtssache Jenkins entscheidend darauf abgestellt habe, daß „ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen Arbeitnehmer als der männlichen Arbeitnehmer die [erforderliche] Mindestzahl der Wochenarbeitsstunden leistet" (Randnr. 13 der Entscheidungsgründe), möchte das vorlegende Gericht wissen, welche Bedeutung dieser Umstand hat. Hierauf ziele die erste Vorlagefrage ab.

Sie haben in jenem Urteil weiterhin entschieden:

„11) ... der Umstand, daß für eine nach Zeit bezahlte Arbeit ein je nach der Anzahl der wöchentlichen Arbeitsstunden unterschiedlicher Stundenlohn gezahlt wird, [verstößt] nicht gegen den in Artikel 119 EWG-Vertrag niedergelegten Grundsatz des gleichen Entgelts, soweit die unterschiedliche Entlohnung der Teilzeitarbeit und der Vollzeitarbeit auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

12) Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber dadurch, daß er für Teilzeitarbeit einen geringeren Stundenlohn zahlt als für Vollzeitarbeit, aus objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründen das Ziel verfolgt, unabhängig vom Geschlecht des Arbeitnehmers einen Anreiz zur Vollzeitarbeit zu geben."

Das vorlegende Gericht hält es für zweifelhaft, ob ein solcher Hinweis auf eine Personalpolitik, die einen Anreiz zum Abschluß von Vollzeitarbeitsverträgen schaffen will, genügt oder ob eine solche Politik darüber hinaus nur dann als gerechtfertigt anzusehen ist, wenn sie sich auf wirtschaftliche Gründe stützt. Darum gehe es in der Frage 2 a.

Das vorlegende Gericht fragt sich abschließend, ob der Arbeitgeber nicht im einen wie im anderen Fall verpflichtet sei, seine betriebliche Altersversorgung so auszugestalten, daß ihre möglichen Auswirkungen auf Arbeitnehmer, die eine Familie zu versorgen hätten, also tatsächlich die Frauen, gemildert würden. Hierauf richte sich die unter 2 b gestellte Frage.

5. Die schriftlichen und mündlichen Erklärungen der Regierung des Vereinigten Königreichs werfen eine Vorfrage auf. Sie vertritt nämlich die Auffassung, daß weder die Voraussetzungen für den Zugang zu einer Versorgungsordnung noch die daraus resultierenden Leistungen unter Artikel 119 fielen.

Diese Bestimmung sei somit im vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Die erste Vorlagefrage betreffe den *Zugang* zur Altersversorgung. Ihr Urteil vom 15. Juni 1978 in der dritten Rechtssache Defrenne (Rechtssache 149/77, Slg. 1978, 1365) bestätige die Auffassung der Regierung des Vereinigten Königreichs, die die Randnummern 19 bis 22 wörtlich zitiert. Der Gerichtshof habe diese Rechtsprechung durch das Urteil vom 16. Februar 1982 in der Rechtssache 19/81 (Burton, Slg. 1982, 555) bestätigt. Die britische Regierung nimmt auf die Randnummern 7 und 8 dieser Entscheidung Bezug, in denen Sie für Recht erkannt haben, daß das unterschiedliche Mindestalter — 60 Jahre für Männer und 55 Jahre für Frauen — für die Gewährung einer Leistung bei freiwilligem Ausscheiden kein Problem der Auslegung des Artikels 119 mit sich bringe, da ein derartiger Gegenstand — das Vorliegen einer Diskriminierung hinsichtlich der Bedingungen des Zugangs zur Regelung des freiwilligen Ausscheidens — unter die Richtlinie 76/207 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 vom 14. 2. 1976, S. 40) falle.

Selbst wenn der Gerichtshof zu der Auffassung gelangen sollte, daß die ihm vorgelegte Frage nicht die Zugangsvoraussetzungen, sondern die Leistungen betreffe, sei davon auszugehen, daß dieser Gegenstand nicht unter Artikel 119 falle. Diese Bestimmung sei nämlich nur auf das Entgelt, nicht dagegen auf die Renten anwendbar, die zum Bereich der sozialen Sicherheit gehörten und damit unter Artikel 117 fielen. Die Existenz eines Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (von der Kommission dem Rat am 5. Mai vorgelegt, ABl. C 134 vom 21. 5. 1983, S. 7) beweise — soweit noch erforderlich —, daß dieser Gegenstand über den Geltungsbereich des Artikels 119 hinausgehe.

Darüber hinaus wäre jede andere sich auf die unmittelbare Geltung des Artikels 119 für diesen Gegenstand gründende Lösung unannehmbar, denn sie würde das Gleichgewicht der Unternehmen dadurch in Gefahr bringen, daß sie diesen unvorhergesehene finanzielle Belastungen aufbürdete. Dies sei der Sinn des Artikels 10 des genannten Vorschlags für eine Richtlinie.

Diese Auffassung entspreche auch dem Geist Ihres Urteils vom 25. Mai 1971 in der ersten Rechtssache Defrenne (Rechtssache 80/70, Defrenne/Belgischer Staat, Slg. 1971, 445). Die vorliegende Rechtssache gebe dem Gerichtshof Gelegenheit, die verbleibende Unsicherheit dadurch auszuräumen, daß er die betrieblichen Versorgungsordnungen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Artikels 119 ausnehme.

6. Nur die Kommission hat zu den Fragen der Voraussetzungen des Zugangs zu den Leistungen der hier in Rede stehenden betrieblichen Altersversorgung und der Rechtsnatur dieser Leistungen begründet Stellung genommen.

Sie führt aus, Ihr Urteil in der Rechtssache Burton sei nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Es betreffe ein unterschiedliches Mindestalter für die *Gewährung* einer Leistung. Im vorliegenden Fall sei die Frage jedoch nicht, *zu welchem Zeitpunkt*, sondern *ob* die Klägerin als Teilzeitbeschäftigte eine Altersrente erhalten könne. Das Bundesarbeitsgericht sei der Auffassung, daß die Klägerin aufgrund des Gesetzes zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung vom 19. Dezember 1974 eine Versorgungsanwartschaft erworben habe, der nur die Bedingung der Dauer der Vollzeitbeschäftigung in der Betriebsordnung von 1973 entgegenstehe.

Soweit es sich um die Rechtsnatur der in Rede stehenden Leistung handele, habe das vorlegende Gericht sich zu Recht auf Ihr Urteil in der Rechtssache Worringham und Humphreys (a. a. O.) gestützt. Zwar handele es sich im vorliegenden Fall nicht wie in der Rechtssache 69/80 um einen „Beitrag zu einem Altersversorgungssystem, den ein Arbeitgeber im Namen der Arbeitnehmer in Form eines Zuschlags zum Bruttolohn zahlt und der daher die Höhe dieses Lohns mitbestimmt [und somit] ein ‚Entgelt' im Sinne des Artikels 119 Absatz 2 EWG-Vertrag darstellt" (Randnr. 17). Der dort aufgezeigte Grundsatz müsse jedoch auch auf den vorliegenden Fall erstreckt werden.

Aus Ihrer Rechtsprechung ergebe sich, daß der Begriff „Entgelt" weit auszulegen sei. Die Kommission zitiert insoweit die Randnummer 7 Ihres Urteils in der ersten Rechtssache Defrenne (a. a. O.), wo es heißt:

„Hiernach sind ... Vergütungen, die ihrer Natur nach Leistungen der sozialen Sicherheit sind, grundsätzlich nicht vom Entgeltbegriff auszuschließen, jedoch können unmittelbar durch Gesetz geregelte, keinerlei vertragliche Vereinbarungen innerhalb des Unternehmens oder in dem betroffenen Gewerbezweig zulassende Sozialversicherungssysteme oder -leistungen, insbesondere Altersrenten, die zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten, nicht in den Entgeltbegriff einbezogen werden, wie er in Artikel 119 begrenzt ist."

Das Altersversorgungssystem der Beklagten erfülle keine der Voraussetzungen, die eine Anwendung des Artikels 119 ausschließen könnten. Es falle unter die von Generalanwalt Dutheillet de Lamothe in seinen Schlußanträgen zu dieser Rechtssache genannten Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung. Schließlich gehöre die strittige Diskriminierung nicht zu den Fallgestaltungen, bei denen der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen erst noch durch die Annahme des bereits erwähnten Vorschlags einer Richtlinie über die betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit verwirklicht werden müßte.

7. Ich nehme zu dieser Vorfrage Stellung.

Ich bin mit der Kommission und zunächst aus den von ihr aufgezeigten Gründen der Auffassung, daß die Lösung des vorliegenden Rechtsstreits sich nicht aus Ihrem Urteil in der Rechtssache Burton (a. a. O) ergibt. Streitig war nicht der *Anspruch* von Herrn Burton, in den Genuß der Möglichkeit des freiwilligen Ausscheidens zu kommen, sondern nur der *Zeitpunkt*, von dem an dieser Anspruch bestand. Hier wird der *Rentenanspruch* der Klägerin selbst bestritten.

Ferner haben Sie in jenem Urteil klar den Grund angegeben, aus dem Sie der Auffassung sind, daß die Festsetzung eines für Männer und Frauen verschiedenen Mindestrentenalters im Rahmen der sozialen Sicherheit keine gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende Diskriminierung darstellt.

In Randnummer 13 der Entscheidungsgründe heißt es dazu: „Die Richtlinie 79/7 des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. L 6, S. 24), ... bestimmt in Artikel 7, daß die Richtlinie der Befugnis der Mitgliedstaaten nicht entgegenstehe, die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen." Dort lag also eine ausdrückliche Gemeinschaftsbestimmung vor, die die angefochtene Maßnahme rechtfertigte.

Damit bleibt die Frage zu klären, ob eine Altersrente als Entgelt im Sinne des Artikels 119 anzusehen ist. Auch hier teile ich die Auffassung der Kommission, daß der Begriff des Entgelts weit auszulegen ist.

Somit ist auf Ihr Urteil in der ersten Rechtssache Defrenne (a. a. O.), namentlich auf die von der Kommission, deren Auffassung ich teile, zitierte Randnummer 7 der Entscheidungsgründe Bezug zu nehmen.

Sie haben in diesem Urteil vom Anwendungsbereich des Artikels 119 gesetzliche Regelungen über Altersrenten ausgeschlossen und dabei in Randnummer 8 der Entscheidungsgründe ausgeführt, daß deren Finanzierung durch Arbeitnehmer, Arbeitgeber und gegebenenfalls die öffentliche Hand „weniger vom Dienstverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer als von sozialpolitischen Erwägungen abhängt".

Unter diesem Gesichtspunkt ist davon auszugehen, daß die fragliche Versorgungsordnung, die im wesentlichen vertraglichen Charakter hat, nicht vom Anwendungsbereich des Artikels 119 ausgeschlossen ist.

Generalanwalt Dutheillet de Lamothe hat in seinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache ausgeführt, seiner Meinung nach liege einer der Gründe für die Anwendbarkeit des Artikels 119 auf derartige Zusatzrenten in dem „Band, das nach Artikel 119 die Vergütung, den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer und das Dienstverhältnis" miteinander verknüpfen müsse (Slg. 1971, 445, 460). Dieses Band existiert im vorliegenden Fall unzweifelhaft. Es sei daran erinnert, daß es sich um eine freiwillige Zusatzversorgung zur Verbesserung der gesetzlichen Rente handelt, selbst wenn sie vom Staat angeregt oder durch Rahmenbestimmungen geregelt ist, und daß sie nur gewährt wird, wenn der Arbeitgeber sie nach Verhandlungen mit den Arbeitnehmern in das Arbeitsverhältnis einbezieht.

Schließlich muß, auch wenn es richtig ist, daß die allgemeinen Versorgungsordnungen grundsätzlich unter Artikel 117 EWG-Vertrag fallen, der die Abstimmung namentlich der Sozialordnungen vorsieht — wie die Kommission dies getan hat —, in jedem einzelnen Fall unter Berücksichtigung des jeweiligen nationalen Rechts geklärt werden, ob ein Versorgungssystem unter die in dem ersten Defrenne-Urteil des Gerichtshofes entwickelten Kriterien fällt oder nicht.

Ihre Rechtsprechung auf diesem Gebiet ist so flexibel, daß sie es ermöglicht, die Verschiedenartigkeit der nationalen Systeme zu respektieren. Meines Erachtens hat das vorlegende Gericht seine Fragen deshalb zu Recht im Rahmen des Artikels 119 EWG-Vertrag gestellt.

Ich möchte mich deshalb nunmehr der Prüfung dieser Fragen zuwenden.

8. Nach Auffassung der Klägerin folgt aus dem Urteil in der Rechtssache Jenkins, daß eine Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung nicht zu treffen sei. Allein das Bild der Beschäftigtenzahl lasse nämlich den Schluß auf das Vorliegen einer Diskriminierung zu. Die Teilzeitarbeit zementiere die traditionelle Rollenverteilung zwischen Mann und Frau und gewährleiste nicht die ökonomische Unabhängigkeit der Frauen. Sie spiegele somit den ihrer Situation innewohnenden Konflikt — Familie und Haushalt einerseits und Beruf andererseits — wider. So ermögliche sie es auch den Männern, unter den gegenwärtig auf dem Arbeitsmarkt geltenden Bedingungen einer Ganztagsbeschäftigung nachzugehen.

Das von der Beklagten verfolgte Ziel der „Bekämpfung der Teilzeitbeschäftigung durch Diskriminierung" könne kein Grund sein, die vorliegende Diskriminierung zu rechtfertigen. Einem Arbeitgeber, der eine Politik der Privilegierung der Vollzeitbeschäftigung verfolgen wolle, sei es unbenommen, keinerlei Teilzeitkräfte einzustellen. Er könne aber die Situation dieser Arbeitnehmer, die schon aufgrund ihrer Beschäftigungsweise in ihren Versorgungsansprüchen gemindert seien, nicht noch weiter verschlechtern und sie von der Gewährung einer Zusatzrente ausschließen, ohne einen Verstoß gegen Artikel 119 zu begehen. Jede andere Lösung sei diskriminierend, denn das Diskriminierungsverbot unterliege nicht der Disposition. Somit sei es geboten, kompensierende Regelungen der vom Bundesarbeitsgericht aufgezeigten Art zu treffen.

9. Die Beklagte führt aus, vor 1977 habe namentlich im Einzelhandel, dessen Arbeitszeiten am späten Nachmittag und an Sonnabenden kaum Bewerber anzögen, ein Arbeitskräftemangel bestanden. Aus diesem Grunde habe die Notwendigkeit bestanden, einen Anreiz für die Einstellung von Vollzeitkräften zu schaffen. Dieser Anreiz, der mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer nichts zu tun habe, sei als objektiv gerechtfertigter wirtschaftlicher Grund im Sinne der Randnummer 12 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache Jenkins anzusehen.

Die Beklagte leitet daraus her, daß die erste Vorabentscheidungsfrage zu verneinen sei. Sie hat dem in der mündlichen Verhandlung hinzugefügt, daß auch die Frage 2 b zu verneinen sei, weil sie auf einer offenkundigen Verwechslung der Aufgaben eines Mitgliedstaats und denen eines Unternehmens beruhe.

10. Der Vertreter des Vereinigten Königreichs hat sich in der mündlichen Verhandlung hilfsweise zu der Frage einer „mittelbaren" Diskriminierung geäußert und die Auffassung vertreten, aus dem Urteil in der Rechtssache Jenkins gehe eindeutig hervor, daß Voraussetzung für die Anwendung des Artikels 119 das Vorliegen einer Absicht sei. Die Absicht ergebe sich aus dem Fehlen jedes vernünftigen Grundes für die beanstandete Maßnahme. Sie lasse sich weder daraus herleiten, daß das angestrebte Ziel nicht erreicht worden sei, noch daraus, daß es zu dessen Erreichung ein anderes Mittel gebe. Das Gericht dürfe seine eigene Beurteilung der Wahl der Geschäftspolitik nicht an die Stelle der Entscheidung des Unternehmens setzen.

Artikel 119 sei auf mittelbare Diskriminierungen nicht anwendbar und könne insbesondere nicht die Grundlage für eine Kompensierung von der vom vorlegenden Gericht in seiner Frage 2 b genannten Art bilden.

11. Die Kommission nimmt ebenfalls auf die Randnummern 10 und 11 der Entscheidungsgründe des Urteils Jenkins Bezug und hält die vom Bundesarbeitsgericht verwendeten Begriffe der verdeckten Diskriminierung einerseits und der mittelbaren Diskriminierung andererseits für wenig geeignet, die Präzisierung der Reichweite der vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätze herbeizuführen.

Der Gerichtshof habe in seinem Urteil vom 8. April 1976 in der zweiten Rechtssache Defrenne (Rechtssache 43/75, Defrenne/Sabena, Slg. 1976, 455, Randnr. 18 der Entscheidungsgründe) zwischen „unmittelbarer und offener" Diskriminierung und „mittelbarer und versteckter" Diskriminierung unterschieden und in Randnummer 19 ausgeführt, daß

„... in bestimmten Fällen angemessene gemeinschaftsrechtliche und innerstaatliche Maßnahmen erforderlich sein können, wenn das Ziel des Artikels 119 durch die Beseitigung aller unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern ... erreicht werden soll".

Der Gerichtshof habe in Randnummer 17 des Urteils in der Rechtssache Jenkins (Slg. 1981, 926) zu erkennen gegeben, daß er weiterhin unterscheide zwischen den gerichtlich „ohne weiteres" feststellbaren Diskriminierungen einerseits und denjenigen Diskriminierungen, die sich nur unter Bezugnahme auf gemeinschaftlich oder einzelstaatlich näher bestimmte Kriterien feststellen ließen.

Das Bundesarbeitsgericht habe den Begriff der verdeckten Diskriminierung in seinem Vorlagebeschluß zu eng ausgelegt, indem es ihn auf eine geschlechtsspezifische Diskriminierung eingegrenzt habe. Die Entscheidung in der Rechtssache Jenkins gebe Anhaltspunkte dafür, daß die unmittelbare Wirkung des Artikels 119 auch Bestimmungen erfasse, die aufgrund eines anderen Kriteriums als der Geschlechtszugehörigkeit diskriminierten, wenn die Anwendung einer solchen Bestimmung *tatsächlich* zu demselben Ergebnis führe und hierfür keine objektive Rechtfertigung bestehe. Der Gerichtshof habe in seinem Urteil in der Rechtssache Jenkins weder, wie das Bundesarbeitsgericht und das vorlegende englische Gericht anzunehmen schienen, die Verstöße gegen Artikel 119 EWG-Vertrag auf absichtliche Diskriminierungen beschränken noch einen Verstoß gegen Artikel 119 schon dann aus-

schließen wollen, wenn der Arbeitgeber nachweise, daß er eine andere Absicht als die Diskriminierung weiblicher Arbeitnehmer verfolge. Dies stehe im Einklang mit den Schlußanträgen des Generalanwalts Warner (Slg. 1981, 929, 936 ff.), der auf ein Urteil des Supreme Court der USA (Griggs/Duke Power) und die Randnummern 11 und 12 des Urteils in der Rechtssache Jenkins Bezug genommen habe. Folglich habe der Gerichtshof deutlich machen wollen, daß der Umstand, daß der Arbeitgeber keinerlei Diskriminierungsabsicht verfolge, nicht genüge, um eine die Frauen tatsächlich benachteiligende Regelung für mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar zu erklären. Eine auf Benachteiligung der weiblichen Arbeitnehmer gerichtete Absicht sei nur ein Anwendungsfall des Artikels 119.

Zur Frage 2 a führt die Kommission unter Bezugnahme auf Ihr Urteil in der zweiten Rechtssache Defrenne aus, Artikel 119 verfolge zwei Ziele: zum einen ein wirtschaftliches Ziel durch Verhinderung einer den freien Wettbewerb verfälschenden Lohnpolitik und zum anderen ein soziales Ziel, nämlich die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker. Artikel 119 entfalte auch in dieser Richtung nur dann uneingeschränkt seinen „effet utile", wenn die tatsächlichen Auswirkungen der Lohnpolitik der Arbeitgeber auf die Lebens- und Arbeitsbedingungen der teilzeitbeschäftigten Frauen berücksichtigt würden. Ihr Urteil füge sich nahtlos in diese Rechtsprechung ein, denn nach den Randnummern 11 bis 13 seiner Entscheidungsgründe sei eine objektive, jede geschlechtsspezifische Diskriminierung ausschließende Rechtfertigung der Teilzeitbeschäftigung und der Vollzeitbeschäftigung erforderlich.

Die Vorlagefrage 2 b erfordere keine Antwort, da die Wahl der Lohnpolitik nicht dem völlig freien Ermessen des Arbeitgebers überlassen sei.

Die Kommission führt für den Fall, daß der Gerichtshof diese Auffassung nicht teilen sollte, hilfsweise aus, es sei notwendig, die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit anzuwenden. Diesen Grundsätzen entspreche nur eine Regelung, welche die Betriebstreue von — überwiegend weiblichen — Teilzeitarbeitnehmern berücksichtige. Wenn diese Regelung nicht allgemein sein könne, müsse sie zumindest die diskriminierenden Wirkungen gegenüber den Frauen vermeiden.

12. Sie haben in Randnummer 18 der Entscheidungsgründe Ihres Urteils in der zweiten Rechtssache Defrènne (Slg. 1976, 455) ausgeführt:

„Für die Anwendung dieser Bestimmungen ist innerhalb des gesamten Anwendungsbereichs von Artikel 119 ein Unterschied zu machen zwischen einerseits den unmittelbaren, offenen Diskriminierungen, die sich schon an Hand der in der Vorschrift verwendeten Merkmale gleiche Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen lassen, und andererseits den mittelbaren, versteckten Diskriminierungen, die nur nach Maßgabe eingehenderer gemeinschaftsrechtlicher oder innerstaatlicher Durchführungsvorschriften festgestellt werden können."

Aus dieser Entscheidung ergibt sich, daß Artikel 119 unmittelbar nur für die „unmittelbaren Diskriminierungen" gilt. Dies wird bestätigt durch die Urteile vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79 (Macarthys, Slg. 1980, 1275, insbes. Randnr. 10 der Entscheidungsgründe) und in der Rechtssache Worringham und Humphreys (Slg. 1981, 767, Randnr. 23 der Entscheidungsgründe).

Was ist nun unter „unmittelbarer Diskriminierung" zu verstehen? Sie haben diese als eine Diskriminierung definiert, die der nationale Richter schon anhand „der in der Vorschrift verwendeten Merkmale gleiche

Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen" kann (Defrenne II, a. a. O., Randnr. 18 der Entscheidungsgründe), „ohne daß nähere Durchführungsmaßnahmen der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten erforderlich wären" (Macarthys, Randnr. 10 der Entscheidungsgründe).

Sofern der Richter den ihm vorliegenden Fall allein anhand dieser Kriterien beurteilen kann, ist der in Artikel 119 enthaltene Grundsatz direkt anwendbar.

Es ist nunmehr zu prüfen, ob das Bundesarbeitsgericht den ihm vorliegenden Rechtsstreit allein anhand dieser Kriterien entscheiden kann. Dies ist wohl der Fall, da es sich um eine Lohnpolitik handelt, bei der für eine in verschiedener Weise — in Vollzeitbeschäftigung oder Teilzeitbeschäftigung — verrichtete *gleiche Arbeit* ein *verschiedenes Entgelt* (im weiten Sinne) bezahlt wird.

Gestatten Sie mir an dieser Stelle, Sie auf die terminologische Widersprüchlichkeit der ersten Frage des vorlegenden Gerichts aufmerksam zu machen. Es fragt Sie, ob es über eine „mittelbare Diskriminierung" entscheiden könne, obwohl Sie, wie wir gerade gesehen haben, der Auffassung sind, daß die unmittelbare Wirkung des Artikels 119 sich nicht auf diese Art von Diskriminierungen erstreckt. Handelt es sich aber bei der vom vorlegenden Gericht beschriebenen mittelbaren Diskriminierung nicht in Wahrheit um eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne des Urteils Defrenne II?

Wie dem auch sei, nicht die *Art* der Diskriminierung bestimmt die Zuständigkeit des Gerichts. Wie Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Jenkins ausgeführt hat, ist das Kriterium der Zuständigkeit dasjenige der *unmittelbaren Wirkung* des Artikels 119. Diese Wirkung bestehe nicht in dem Fall, in dem „ein Gericht seine Vorschriften nicht unter Bezugnahme auf die einfachen Kriterien anwenden kann, die in diesen Vorschriften selbst festgelegt sind, und in dem infolgedessen entweder gemeinschaftsrechtliche oder innerstaatliche Ausführungsvorschriften erforderlich sind, um die entscheidungserheblichen Kriterien festzulegen" (Slg. 1981, 911, 938).

Diese Ausführungen, in denen in einem Bemühen um Klarheit gegenüber dem nationalen Richter der unmittelbaren Geltung Vorrang vor der Art der Diskriminierung eingeräumt wird, entsprechen dem Geist Ihrer Rechtsprechung. Ich möchte mich Ihnen anschließen und Sie bitten, ihnen Rechnung zu tragen.

13. Jedenfalls wird das vorlegende Gericht die von der Beklagten getroffene streitige Maßnahme unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Zusammensetzung des teilzeitbeschäftigten Personals in dieser Firma zu würdigen haben.

Diese Klärung wird anhand der sich aus Ihrem Urteil in der Rechtssache Jenkins ergebenden Grundsätze zu erfolgen haben:

— Ein ungleiches Entgelt, das in gleicher Weise auf die Arbeitnehmer beider Geschlechter angewandt wird, verstößt als solches nicht gegen Artikel 119 (Randnrn. 10 und 11 der Entscheidungsgründe), namentlich, wenn es auf „objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründen" beruht (Randnr. 12 der Entscheidungsgründe).

— Trifft diese Ungleichheit jedoch stärker die weiblichen Beschäftigten, so steht sie im Widerspruch zu Artikel 119, es sei denn, sie wäre „durch Umstände zu erklären ..., die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen" (Randnr. 13).

— Es ist *allein Sache des nationalen Gerichts*, „in jedem Einzelfall zu beurteilen, ob [das ungleiche Entgelt] in Anbetracht der *tatsächlichen Umstände*, der *Vorgeschichte* und der *Beweggründe* des

Arbeitgebers ... in Wirklichkeit eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt" (Randnr. 14).

Das vorlegende Gericht ersucht Sie, weiter zu gehen. Es möchte wissen, ob auch dann, wenn die Beklagte vor dem zur Entscheidung berufenen Gericht beweisen kann, daß ihr wirkliches Ziel darin bestand, durch ihre Versorgungsordnung einen Anreiz zum Abschluß von Vollzeitarbeitsverträgen zu bieten, zu prüfen ist, ob eine derartige Entscheidung durch wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt ist. Dies ist nach der Begründung des Beschlusses der Sinn des Begriffs „betriebliche Zweckmäßigkeit" in der Frage 2 a.

Meines Erachtens ist diese Frage zu verneinen. Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung läßt sich beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts ein anderer als ein wirtschaftlicher Grund nicht mit Hilfe der unmittelbaren Geltung des Artikels 119 als Rechtfertigung im Sinne der Randnummer 13 Ihres Urteils in der Rechtssache Jenkins ausschließen. Meiner Auffassung nach verbietet es keine Bestimmung einem Arbeitgeber, eine Personalpolitik des Anreizes zur Vollzeitbeschäftigung zu verfolgen, wenn diese Entscheidung das geltende Recht wahrt und frei von jeder diskriminierenden Absicht ist.

Die soziokulturellen Zwänge, denen die arbeitenden Frauen unterworfen sind und die hinter der Rechtssache Jenkins wie hinter der vorliegenden Rechtssache stehen, dürfen nicht vom Arbeitgeber ausgenutzt werden. Sie können ihm aber auch keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegen, die seinen normalen Entscheidungsspielraum im Rahmen der Personalpolitik einschränken.

14. Die Vorabentscheidungsfrage 2 b erfordert nur kurze Ausführungen. Wie verdienstvoll und wichtig die insoweit ergriffenen Initiativen auch immer sein mögen, kann man doch den Arbeitgeber nicht zwingen, sich an die Stelle des Staates zu setzen, um ein System der Altersversorgung zu schaffen, das die besonderen Schwierigkeiten der Arbeitnehmer mit Familienpflichten ausgleicht. Artikel 119 verpflichtet nur die Mitgliedstaaten, nicht dagegen die Unternehmen zum Handeln; die letzteren haben in den angegebenen Grenzen nur die Verpflichtung, nicht zu diskriminieren.

15. Aufgrund der vorangegangenen Überlegungen schlage ich Ihnen vor, die Fragen des Bundesarbeitsgerichts wie folgt zu beantworten:

1) Eine die betrieblichen Zusatzrenten regelnde Versorgungsordnung, die die Vollzeitbeschäftigten begünstigt, verstößt gegen Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn sie zwar in gleicher Weise auf männliche und weibliche Arbeitnehmer anwendbar, in Wirklichkeit aber von der Absicht getragen ist, die Ansprüche der arbeitenden Frauen, die aufgrund ihrer Verpflichtungen die Gesamtheit oder die Mehrheit der Teilzeitbeschäftigten bilden, einzuschränken.

2) Artikel 119 ist auf einen solchen Fall unmittelbar anwendbar, wenn das nationale Gericht seine Entscheidung auf die Kriterien gleiche Arbeit und gleiches Entgelt stützen kann, ohne auf gemeinschaftliche oder nationale Regelungen zurückgreifen zu müssen.

3) Der Arbeitgeber kann die beanstandete Regelung rechtfertigen, indem er den Beweis dafür erbringt, daß sie aus Gründen erlassen wurde, die eine geschlechtsspezifische Diskriminierung ausschließen.

4) Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts kann der Arbeitgeber nicht verpflichtet werden, durch die Regelung der betrieblichen Zusatzrenten einen Ausgleich für die besonderen Schwierigkeiten der Arbeitnehmer zu schaffen, die aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen einer Teilzeitarbeit nachgehen.