SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS WALTER VAN GERVEN

vom 15. Juli 1993 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Im vorliegenden Fall geht es um ein vom Court of Appeal von England und Wales vorgelegtes Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung des Artikels 119 EWG-Vertrag. Die vorgelegten Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Firma Birds Eye Wall's Limited (Beklagte), der Rechtsmittelklägerin des Ausgangsverfahrens, und Frau Roberts (Klägerin), der Rechtsmittelbeklagten des Ausgangsverfahrens.

Sachverhalt und Verfahren

2. Die am 13. Juni 1930 geborene Klägerin trat am 16. Februar 1970 in den Dienst der Beklagten, einer Tochtergesellschaft der Unilevergruppe. Aus gesundheitlichen Gründen trat sie am 14. August 1987 im Alter von 57 Jahren und 2 Monaten in den Ruhestand.

Ihre Lage läßt sich, was die Rente anbelangt, wie folgt zusammenfassen. Ab Vollendung des sechzigsten Geburtstages, d. h. seit dem 13. Juni 1990, hat sie Anspruch auf eine *gesetzliche Rente.* Das für die Entstehung des Anspruchs auf diese gesetzliche Rente maßgebliche Alter ist für Frauen auf 60 Jahre und für Männer auf 65 Jahre festgelegt. Außer auf die gesetzliche Rente hat sie Anspruch auf Leistungen nach *einer für Unilever geltenden Betriebsrentenregelung* [1]. Zu der Zeit, auf die es für das vorliegende Verfahren ankommt, entstand auch der Anspruch auf diese Betriebsrente für Frauen mit 60 Jahren und für Männer mit 65 Jahren [2]. In der mündlichen Verhandlung haben wir gehört, daß die Regelung inzwischen geändert worden ist und daß nunmehr Männer und Frauen unter denselben Bedingungen zwischen dem sechzigsten und fünfundsechzigsten Lebensjahr in den Ruhestand gehen können.

3. Neben der gesetzlichen Rente und der nach der Unileverregelung gezahlten Betriebsrente hat die Klägerin auch auf eine *zusätzliche,* ganz von der Beklagten finanzierte Rente Anspruch, die für Arbeitnehmer bestimmt ist, die das Unternehmen aus gesundheitlichen Gründen vor Erreichung des Rentenalters verlassen müssen. Diese zusätzliche Rente soll vor allem sicherstellen, daß diese Arbeitnehmer denselben Rentenbetrag erhalten wie ihre Kollegen, die bis zur Erreichung des Rentenalters weiterarbeiten können. Sie soll auch dafür sorgen, daß männliche und weibliche Arbeitnehmer

*Originalsprache: Niederländisch.

1 — Es handelt sich um eine Betriebsrente der „contributory contracted-out" (beitragspflichtig freigestellten) genannten Gruppe. Kennzeichnend für diese „contracted-out" genannten Betriebsrenten ist, daß sie, zumindest für die Arbeitnehmer, für die die Regelung gilt, die gesetzliche Rente teilweise ersetzen. Vgl. Urteil vom 3. Dezember 1987 in der Rechtssache 192/85 (Newstead, Slg. 1987, 4753, Randnr. 3). Wenn gesagt wird, es handele sich um eine „contributory" (beitragspflichtige) Regelung, so bedeutet dies, daß die Arbeitnehmer mit Beiträgen zur Finanzierung der Regelung beitragen.

2 — Der Akte ist allerdings zu entnehmen, daß die Klägerin Leistungen nach der für Unilever geltenden Rentenregelung schon vor Erreichung des Rentenalters erhielt. Welche Voraussetzungen für diese Leistungen gelten, ist nicht ganz klar, sie sind aber jedenfalls nicht Gegenstand des Rechtsstreits (vgl. unten Nr. 8).

insgesamt denselben Rentenbetrag (Betriebsrente und gesetzliche Rente) erhalten.

Obwohl die betreffenden Arbeitnehmer streng genommen keinen Anspruch auf diese zusätzliche Rente haben, zu deren Finanzierung sie übrigens nicht beitragen, wird sie ihnen in der Praxis systematisch gewährt. Keine der Parteien bestreitet überdies, daß die zusätzliche Rente ein „Entgelt" im Sinne des Artikels 119 EWG-Vertrag darstellt (vgl. unten Nr. 11).

4. Zur Bestimmung der Höhe der zusätzlichen Rente berechnet die Beklagte zunächst für jeden Berechtigten eine „Ruhegehaltsrente" („Gross Retirement Pension"; im folgenden: GRP). Dabei geht sie vom letzten Lohn der betreffenden Arbeitnehmer und von der Beschäftigungszeit aus, die sie erreicht hätten, wenn sie bis zum normalen Ruhestandsalter tätig geblieben wären.

Mit Hilfe der GRP, bei der es sich natürlich um einen theoretischen Betrag handelt, bestimmt die Beklagte also, auf welche Gesamtrente die Arbeitnehmer, die das Unternehmen aus gesundheitlichen Gründen verlassen mußten, Anspruch gehabt hätten, wenn sie ihre Beschäftigung normal hätten fortsetzen können.

Dabei achtet die beklagte darauf, daß die zu berücksichtigende GRP für Männer und für Frauen dieselbe Höhe aufweist. Ergibt sich aus irgendeinem Grund, daß der GRP-Betrag eines (oder einer) bestimmten Berechtigten, zu dem diese Berechnung führt, niedriger ist als der Betrag, den ein vergleichbarer — wirklicher oder hypothetischer — Kollege des anderen Geschlechts beanspruchen könnte, so wird er bis auf diese Höhe angehoben [3].

5. Nach Berechnung der GRP zahlt die Beklagte den Teil der GRP als zusätzliche Rente, den der Berechtigte nicht schon aufgrund anderer Rentenregelungen beanspruchen kann. Arbeitnehmern, die den Betrieb aus gesundheitlichen Gründen verlassen müssen, zahlt die Beklagte also den Unterschied zwischen ihrer GRP und den Renten, die sie von der öffentlichen Hand und/oder Unilever bekommen können.

6. Die konkreten Auswirkungen, die sich bei der Anwendung dieses Grundsatzes ergeben, sind jedoch je nach dem Geschlecht des oder der Berechtigten unterschiedlich. Damit man hier klar sieht, sind drei Abschnitte des gesamten Rentenalters, d. h. des Zeitraums, der mit dem Ruhestand aus gesundheitlichen Gründen beginnt und mit dem Ableben endet, zu unterscheiden.

Erster Abschnitt: Vom Ausscheiden aus dem Unternehmen bis zur Vollendung des sechzigsten Lebensjahres haben weder Männer noch Frauen Anspruch auf gesetzliche Rente. Die finanziellen Zuwendungen, die sie eventuell nach der Unilever-Rentenregelung [4] erhalten, können nach dem Geschlecht des oder der Berechtigten unterschiedlich sein. Dieser Unterschied wird jedoch durch die zusätzliche Rente, die die Beklagte zahlt, ausgeglichen, so daß Arbeitnehmer im Ruhestand, gleichgültig welchem Geschlecht sie angehören, letzten Endes alle denselben Betrag als (Betriebs-)Rente erhalten.

3 — Zu einer solchen Anpassung ist es bei der Bestimmung der GRP der Klägerin gekommen. Als sich herausgestellt hat, daß ihre GRP 1 295 UKL pro Jahr ausgemacht hat, während die eines männlichen Kollegen in vergleichbarer Lage 1 302 UKL betragen hätte, hat die Beklagte die GRP der Klägerin auf 1 302 UKL angehoben.

4 — Vgl. Anmerkung 2.

Zweiter Abschnitt: Vom sechzigsten bis zum fünfundsechzigsten Lebensjahr haben Frauen, nicht aber Männer, bereits Anspruch auf eine gesetzliche Rente. Die Beklagte kürzt dann die zusätzliche Rente, die ehemalige Arbeitnehmerinnen erhalten, um den Betrag, den sie als gesetzliche Rente erhalten, während männliche Rentner die zusätzliche Rente, die sie schon vor dem sechzigsten Lebensjahr bezogen haben, weiterhin erhalten. Dies hat zur Folge, daß zwar ehemalige Arbeitnehmerinnen und ehemalige Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage weiterhin denselben Gesamtrentenbetrag erhalten, daß Männer aber — anders als im vorhergehenden Abschnitt — eine höhere zusätzliche Rente erhalten als Frauen.

Dritter Abschnitt: Nach Vollendung des 65. Lebensjahres haben auch Männer Anspruch auf eine gesetzliche Rente. Die Beklagte kürzt dann auch deren zusätzliche Rente um den Betrag der gesetzlichen Rente, auf den sie Anspruch haben. Soweit Männer in diesem Abschnitt eine höhere gesetzliche Rente bekommen als ihre weiblichen Kollegen unter vergleichbaren Umständen, erhalten sie von der Beklagten eine kleinere zusätzliche Rente als ihre weiblichen Kollegen.

7. Zusammenfassend stellt der Court of Appeal fest, daß die Beklagte bei der Gewährung zusätzlicher Renten Männern und Frauen eine — zweifellos unmittelbar auf das Geschlecht bezogene — ungleiche Behandlung zuteil werden läßt. Da sich aber gezeigt habe, daß die bei der Beklagten bestehende Praxis „den Zweck und die Wirkung hat, den Gesamtbetrag der von der Klägerin bezogenen Renten (gesetzliche Rente plus Betriebsrente) dem Rentenbetrag anzugleichen, den ein männlicher Kollege in gleicher Lage erhalten würde" soll der ersten, grundlegenden Frage zufolge geklärt werden, ob die von der Beklagten befolgte Praxis mit Artikel 119 EWG-Vertrag vereinbar ist oder nicht.

Ehe ich auf diese erste Frage näher eingehe, möchte ich auf den Sitzungsbericht verweisen, in dem der Sachverhalt im einzelnen geschildert wird und der die gestellten Fragen vollständig wiedergibt.

Zur ersten Frage

Tragweite des Rechtsstreits

8. Meines Erachtens ist es notwendig, die Tragweite des Ausgangsverfahrens, das zu dieser Frage geführt hat, genau zu bestimmen.

Gestritten wird nicht darüber, daß — früher nach der Rentenregelung von Unilever und immer noch für die gesetzliche Rente — für Männer und Frauen unterschiedliche Altersbedingungen für die Geltendmachung des Rentenanspruchs bestehen (vgl. oben Nr. 2). Die Klägerin wendet sich auch nicht gegen den Begriff der GRP und die Art ihrer Berechnung, von denen weiter oben die Rede war. Sie kritisiert schließlich auch nicht, wie die Beklagte ehemaligen Arbeitnehmern zusätzliche Renten bis zum 60. Lebensjahr (d. h. während des ersten Abschnitts; vgl. oben Nr. 6) und ab dem 65. Lebensjahr

(d. h. während des dritten Abschnitts; vgl. oben Nr. 6) gewährt.

9. Die Klägerin ist aber der Ansicht, daß die Art und Weise, in der die Beklagte den Betrag der „Überbrückungsrente" („bridging pension") berechnet, also die für ehemalige Arbeitnehmer zwischen dem 60. und 65. Lebensjahr (d. h. während des zweiten Abschnitts; vgl. oben Nr. 6) bestimmte Rente, mit Artikel 119 EWG-Vertrag nicht vereinbar sei. Wie das vorlegende Gericht ausgeführt hat, steht die Klägerin auf dem Standpunkt,

„daß die Tatsache, daß sie von dritter Seite (im vorliegenden Fall vom Staat) eine Zuwendung erhält, die einem männlichen Kollegen in gleicher Lage nicht zusteht, im vorliegenden Fall ohne Bedeutung ist und daß sie kienen Einfluß auf die sich für den Arbeitgeber aus Artikel 119 EWG-Vertrag ergebende Verpflichtung hat, sie in gleicher Weise zu entlohnen wie einen männlichen Kollegen in gleicher Lage".

10. Wie allgemein bekannt ist, schreibt Artikel 119 EWG-Vertrag den Mitgliedstaaten vor, „den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit" anzuwenden. Der Gerichtshof hat mehrere Male zur genauen Bedeutung des Artikels 119 Stellung genommen. Bereits im ersten Urteil Defrenne vom 25. Mai 1971 hat der Gerichtshof den Begriff „Entgelt" weit ausgelegt [5]. Seit dem zweiten Urteil Defrenne vom 8. April 1976 [6] steht zudem fest, daß Artikel 119 unmittelbar

„auf alle Arten unmittelbarer, offener Diskriminierungen anwendbar [ist], die sich schon anhand der in der Vorschrift verwendeten Merkmale gleiche Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen lassen" [7].

Der Gerichtshof hat außerdem festgestellt, daß Artikel 119 nicht für Diskriminierungen gilt, die sich aus Systemen der Sozialversicherung und den dort geregelten Leistungen, namentlich den Altersrenten ergeben [8], daß von ihm aber sogenannte „freigestellte" („contracted-out") Regelungen über Betriebsrenten erfaßt werden [9]. Hierzu hat der Gerichtshof erklärt, daß

„die Festsetzung eines je nach dem Geschlecht unterschiedlichen Rentenalters für die Zahlung von Renten im Rahmen eines an die Stelle des gesetzlichen Systems getretenen betrieblichen Systems gegen Artikel 119 [verstößt], selbst wenn dieser Unterschied im Rentenalter von Männern und Frauen der insoweit für das nationale gesetzliche System geltenden Regelung entspricht" [10].

11. Keine der Parteien bestreitet, daß die zusätzliche, im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Rente ein „Entgelt" im Sinne des Artikels 119 EWG-Vertrag darstellt und daß sich die Klägerin vor dem innerstaatlichen Richter unmittelbar auf Artikel 119 berufen konnte, um die Art und Weise anzufechten, in der die Beklagte diese zusätzliche Rente gewährt. Da der Gerichtshof eine

5 — Vgl. Urteil vom 25. Mai 1971 in der Rechtssache 80/70 (Defrenne, Slg. 1971, 445, Randnr. 6), zuletzt bestätigt durch Urteil vom 17. Februar 1993 in der Rechtssache C-173/91 (Kommission/Belgien, Slg. 1993, I-673, Randnr. 15).

6 — Rechtssache 43/75 (Defrenne, Slg. 1976, 455).

7 — Urteil vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79 (Macarthys, Slg. 1980, 1275, Randnr. 10), bestätigt durch Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889).

8 — Urteil Defrenne I, Randnr. 12.

9 — Urteil Barber, Randnr. 28.

10 — Urteil Barber, Randnr. 32. Der Gerichtshof hat aber die Wirkungen seines Urteils zeitlich begrenzt. Die Auslegung dieser zeitlichen Begrenzung steht im Mittelpunkt der noch anhängigen Rechtssachen C-109/91, Ten Oever, C-110/91, Meroni, C-152/91, Neath und C-200/91, Colorill. Vgl. dazu meine Schlußanträge vom 28. April 1993.

weite Auslegung des Begriffes „Entgelt" für richtig hält und da er schon früher festgestellt hat, daß von Artikel 119 sowohl Betriebsrenten erfaßt werden, die staatliche Renten „ersetzen"[11], als auch Betriebsrenten, auf die dies nicht zutrifft[12], kann ich mich der Ansicht der Parteien anschließen.

Zwischen den Parteien ist aber streitig, ob die Art und Weise, in der die Beklagte ehemaligen Arbeitnehmern, die den Betrieb aus gesundheitlichen Gründen verlassen mußten und zwischen 60 und 65 Jahren alt sind, eine zusätzliche Rente gewährt, eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ehemaliger weiblicher Arbeitnehmer darstellt und ob diese Diskriminierung gerechtfertigt werden kann. Die Klägerin und der Court of Appeal sind der Meinung, nur eine mittelbare Diskriminierung könne gerechtfertigt werden, während die Kommission und die Beklagte den Standpunkt vertreten, dies sei sowohl bei unmittelbaren als auch bei mittelbaren Diskriminierungen möglich.

Hängt die Möglichkeit, eine Diskriminierung objektiv zu rechtfertigen, davon ab, ob es sich um eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung handelt?

12. Mit erscheint die Ansicht problematisch, die Möglichkeit der Rechtfertigung einer Diskriminierung[13] hänge entscheidend davon ab, ob es sich um eine unmittelbare oder eine mittelbare Diskriminierung[14] handele.

Die Beklagte ist der Meinung, der Gerichtshof habe auf dem Gebiet der geschlechtsbezogenen Diskriminierung bis heute eine Rechtfertigung nur im Falle mittelbarer Diskriminierung[15] zugelassen, in Fällen unmittelbarer Diskriminierung aber bis heute angenommen, hier komme eine Rechtfertigung nicht in Frage[16]. Dem will ich nicht widersprechen, ich bin aber anders als die Klägerin, das vorlegende Gericht und das Vereinigte Königreich der Ansicht, daß der Rechtsprechung nicht entnommen werden kann, eine unmittelbare Diskriminierung könne *niemals* objektiv gerechtfertigt werden. Jedenfalls hat der Gerichtshof zu keiner Zeit eine derartige Feststellung getroffen. Im Gegenteil: Auch wenn es zutrifft, daß der Gerichtshof bei der *Anwendung* seines Diskriminierungsbegriffs auf konkrete Fälle der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts nur Fälle mittelbarer Diskriminierung für rechtfertigungsfähig gehalten hat, so hat er doch bei der *Definition* dieses Diskriminierungsbegriffs die Möglichkeit der

11 — Vgl. Urteil Barber.

12 — Vgl. Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607).

13 — Nach Ansicht der Kommission ist es zutreffender, von der Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung (unmittelbarer oder mittelbarer Art) statt von der Rechtfertigung einer Diskriminierung zu sprechen. Eine Diskriminierung sei begriffsnotwendig die unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Situationen (oder die Gleichbehandlung unterschiedlicher Situationen), die *objektiv nicht gerechtfertigt werden könne*. Auch wenn einzuräumen ist, daß eine solche Terminologie tatsächlich zutreffender wäre, halte ich mich doch an die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes verwendete Terminologie, in der die begriffe „Ungleichbehandlung" und „Diskriminierung" unterschiedslos verwendet werden. Vgl. z. B. Randnummer 32 des Urteils Barber, unter der der Gerichtshof erklärt hat, daß „Artikel 119 jede das Entgelt betreffende *Diskriminierung* von Männern und Frauen ohne Rücksicht darauf verbietet, woraus sich diese *Ungleichbehandlung* ergibt" (Hervorhebungen von mir).

14 — Vgl. zu dieser Unterscheidung schon Randnr. 18 des Urteils Defrenne II, das oben in Anmerkung 7 zitiert worden ist.

15 — Vgl. Urteil vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911, Randnrn. 10 bis 15); Urteil in der Rechtssache Bilka, Randnrn. 29 ff.; Urteil vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, Randnr. 12); Urteil vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, Randnrn. 15 und 16).

16 — Vgl. Urteil Barber, Randnr. 32 und Urteil Dekker, Randnr. 12.

Rechtfertigung mit einer ganz allgemeinen Formulierung erwähnt. Tatsächlich ist es ständige Rechtsprechung, daß eine verbotene Diskriminierung nur vorliegt, wenn „vergleichbare Sachverhalte in unterschiedlicher Weise behandelt und dadurch bestimmte Betroffene gegenüber anderen benachteiligt [werden], ohne daß dieser Unterschied in der Behandlung durch das Vorliegen objektiver Unterschiede von einigem Gewicht gerechtfertigt wäre" [17].

In dem Urteil in der Rechtssache Ruckdeschel [18] vom 19. Oktober 1977 hat der Gerichtshof übrigens zu einem im EWG-Vertrag verankerten Diskriminierungsverbot [19] für Recht erklärt

„das in der angeführten Vorschrift ausgesprochene Diskriminierungsverbot ist jedoch nur der spezifische Ausdruck des allgemeinen Gleichheitssatzes, der zu den Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts gehört" (Randnr. 7).

Noch kürzlich hat der Gerichtshof in dem am 7. Juli 1993 ergangenen Urteil den Grundsatz der Gleichbehandlung wie folgt umschrieben:

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, daß vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt wäre." [20]

13. Man kann also vernünftigerweise nicht sagen, der Gerichtshof habe bisher die Möglichkeit einer Rechtfertigung nur bei mittelbaren Diskriminierungen zugelassen. Mir scheint es auch nicht wünschenswert, daß der Gerichtshof einen solchen Standpunkt in Zukunft bezieht, zumal es nicht immer möglich ist, unmittelbare Diskriminierungen von mittelbaren klar zu unterscheiden. Der vorliegende Fall ist dafür ein gutes Beispiel. Wie die Kommission ausgeführt hat, kann die Rentenpolitik, die die Beklagte betreibt, als unmittelbare aber auch als mittelbare Ungleichbehandlung verstanden werden. Die Beklagte gewährt allen ehemaligen Arbeitnehmerinnen im Alter von 60 bis 65 Jahren eine zusätzliche Rente, die niedriger ist als die zusätzliche Rente, die männliche Kollegen in vergleichbarer Lage erhalten, was für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung spricht. Man kann den Akzent aber auch auf die Tatsache legen, daß die Beklagte die zusätzliche Rente aller ehemaliger Beschäftigter in gleicher Weise berechnet, weil nämlich von ihrer GRD der Rentenbetrag abgezogen wird, auf den sie der öffentlichen Hand oder Unilever gegenüber Anspruch haben. Diese Berechnungsweise führt aber „zufälligerweise" dazu, daß Frauen 5 Jahre lang eine kleinere Zusatzrente erhalten. So gesehen würde die Rentenpolitik

17 — Urteil vom 13. Juli 1962 in den verbundenen Rechtssachen 17/61 und 20/61 (Klöckner-Werke und Hoesch, Slg. 1962, 653, 693). Mit diesem Urteil werden frühere Urteile bestätigt, wie z. B. das Urteil vom 17. Dezember 1959 in der Rechtssache 14/59 (Pont-à-Mousson, Slg. 1958-1959, 463, 494), das seinerseits z. B. durch das Urteil vom 13. November 1984 in der Rechtssache 283/83 (Racke, Slg. 1984, 3791, Randnr. 7) bestätigt worden ist.

18 — Verbundene Rechtssachen 117/76 und 16/77, Slg. 1977, 1753.

19 — Es handelte sich in diesem Fall un das in Artikel 40 Absatz 3 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag verankerte Verbot. Das gleiche gilt aber auch für das in Artikel 119 EWG-Vertrag enthaltene Diskriminierungsverbot.

20 — Urteil vom 7. Juli 1993 in der Rechtssache C-217/91 (Königreich Spanien/Kommission, Slg. 1993, I-3923, Randnr. 37).

der Beklagten eine mittelbare Diskriminierung darstellen [21].

Es wäre also willkürlich, in einem Fall wie dem vorliegenden die Möglichkeit, eine festgestellte Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, davon abhängig zu machen, ob es sich um eine unmittelbare oder eine mittelbare Ungleichbehandlung handelt.

14. Aber auch abgesehen davon, daß die Trennungslinie zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung nicht genau zu ziehen ist, erscheint es mir nicht wünschenswert, bei einer unmittelbaren, auf das Geschlecht bezogenen Diskriminierung die Möglichkeit einer Rechtfertigung kategorisch auszuschließen. Die Kommission verweist dazu auf die Frage, die dem Gerichtshof in der — noch anhängigen — Rechtssache C-32/93 (Webb) zur Vorabentscheidung vorgelegt worden ist. In dieser Rechtssache geht es um die Entlassung einer Frau, die, nachdem sie als Ersatz für eine schwangere Beschäftigte eingestellt worden war, feststellte, daß sie selbst schwanger war. Obwohl die Entlassung wegen Schwangerschaft unzweifelhaft eine unmittelbare Diskriminierung darstellt [22], kann in Anbetracht der besonderen Umstände nicht ausgeschlossen werden, daß sich eine derartige Diskriminierung in einem Fall wie dem Fall Webb dennoch rechtfertigen ließe.

Andere Beispiele für Situationen, in denen eine unmittelbare, auf das Geschlecht bezogene Diskriminierung doch gerechtfertigt werden könnte, sind in der mündlichen Verhandlung angeführt worden [23]. Mit der Beklagten und der Kommission bin ich der Ansicht, daß sich solche Situationen ausnahmsweise ergeben können.

Das Vorliegen einer objektiven Rechtfertigung

15. Was objektive Rechtfertigungsgründe angeht, so gehe ich zunächst kurz auf den Standpunkt der Klägerin ein, die Tatsache, daß sie von dritter Seite — im vorliegenden Fall: vom Staat — eine Rente erhalte, auf die ein männlicher Kollege in gleicher Lage keinen Anspruch habe (vgl. oben Nr. 9) sei für die Auslegung der in Artikel 119 für Arbeitgeber verankerten Verpflichtung, Männern und Frauen gleiches Entgelt zu zahlen, ohne Bedeutung. Dieser Ansicht kann ich mich nicht anschließen, denn sie bringt eine neue Ungleichbehandlung mit sich, weil ein Unternehmen wie die Beklagte ehemaligen Arbeitnehmerinnen im Alter von 60 bis 65 Jahren wesentlich höhere Renten zahlen würde als ehemaligen männlichen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage. Tatsächlich wird ja die Altersrente, die die Klägerin vom

21 — Die Beklagte ist sogar in erster Linie der Ansicht, es liege im vorliegenden Fall überhaupt keine Diskriminierung vor. Hierzu hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung erklärt, es würde auch die Zusatzrente eines Arbeitnehmers, der ab dem 60. Lebensjahr Anspruch auf eine gesetzliche Rente (etwa im Ausland) habe, gekürzt. Es ist aber nicht gesagt worden, daß es sich dabei um mehr als eine reine Hypothese handele, d. h., daß es bei der Beklagten jemals zu einer solchen Kürzung der Rente eines weniger als 65 Jahre alten Arbeitnehmers gekommen ist.

22 — Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Dekker, Slg. 1990, I-3941, Randnr. 12).

23 — Sie betreffen die Ungleichbehandlung, die sich aus objektiven, mit der Ausübung eines bestimmten Berufes verbundenen Erfordernissen ergibt (Ablehnung der Einstellung einer Tänzerin mit weitentwickelter Schwangerschaft für eine Aufführung, die bald danach stattfinden soll, oder Ablehnung der Einstellung von Bewerberinnen für die Überwachung gewalttätiger Strafgefangener: Urteil vom 15. Mai 1986 in der Rechtssache 222/84, Johnston, Slg. 1986, 1651, Randnr. 3 des Urteilstenors) oder eine Ungleichbehandlung wegen besonderer objektiver Umstände, die eine geschlechtsbezogene Diskriminierung notwendig oder hinnehmbar machen (Nichtberücksichtigung männlicher Bewerber bei der Einstellung einer Gesellschaftsdame durch eine betagte Dame; Gewährung einer Prämie ausschließlich an nachts beschäftigte Arbeitnehmerinnen, die ihnen eine Heimkehr im Taxi ermöglichen soll, weil sich gezeigt hat, daß sie — anders als ihre männlichen Kollegen — auf dem Heimweg belästigt worden sind).

Staat erhält, weithin von der Beklagten als Arbeitgeber mitfinanziert. Es ist also nicht richtig, sie ohne weiteres als „von dritter Seite" gezahlte Rente zu bezeichnen. Würde die Beklagte bei der Berechnung der Zusätzlichen Renten den Betrag der — immerhin vom Unternehmen mitfinanzierten — gesetzlichen Rente der Begünstigten nicht berücksichtigen, so würde sie für die Rente ehemaliger Arbeitnehmerinnen im Alter von 60 bis 65 Jahren zweimal zahlen (einmal für die gesetzliche Rente und einmal für eine nicht gekürzte Zusatzrente), während sie für die Rente früherer männlicher Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage (die aber das Rentenalter noch nicht erreicht haben) nur einmal zahlen würde.

16. Ich wende mich nunmehr dem von der Beklagten geltend gemachten Rechtfertigungsgrund zu. Nach Ansicht der Beklagten stellen die Abzüge, die das Unternehmen von Renten ehemaliger Arbeitnehmerinnen bei Erreichung des 60. Lebensjahres vornimmt, eine zulässige Ungleichbehandlung dar, weil sie verhindern sollen, daß Arbeitnehmerinnen eine höhere Gesamtrente (Betriebsrente plus gesetzlicher Rente) erhalten als ihren männlichen Kollegen in vergleichbarer Lage. Die Abzüge erlaubten es also, eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern bei den Rentenleistungen auszuschließen.

Dies scheint mir durchaus überzeugend zu sein. Nach meiner Auffassung ist eine Ungleichbehandlung bei der Zusatzrente, die — um eine Wendung des vorlegenden Gerichts zu gebrauchen — „den Zweck und die Wirkung hat", eine andere Ungleichbehandlung beim Gesamtbetrag der Rentenleistungen auszugleichen oder zu verhindern, und die somit im Ergebnis zu einer echten Gleichbehandlung führt, tatsächlich objektiv gerechtfertigt. Dies trifft besonders in einem Fall wie dem vorliegenden zu, in dem es sich bei dem Unterschied, den die öffentliche Hand beim Rentenalter zwischen Männern und Frauen macht, und der eine Ungleichbehandlung beim Gesamtbetrag der Rentenleistungen nach sich zieht, um nichts anderes handelt als „eine Diskriminierung..., die derzeit in bezug auf Ruhestandsrenten hingenommen wird, an deren Beseitigung die Gemeinschaft jedoch eindeutig, wenn auch langsam arbeitet" [24]. Mit Recht hat die Kommission in der mündlichen Verhandlung hervorgehoben, man müsse in jedem Fall vermeiden, daß eine solche Abweichung vom Grundsatz der Gleichbehandlung, auch wenn sie vorübergehend hingenommen werde, den Rang von Gemeinschaftsrecht erhalte.

17. Dagegen spricht meines Erachtens nicht der Standpunkt, den der Gerichtshof im Urteil Barber eingenommen hat, wo es heißt,

„daß Artikel 119 jede das Entgelt betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen ohne Rücksicht darauf verbietet, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt" (Randnr. 32)

sowie

„der Grundsatz des gleichen Entgelts muß für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts und nicht nur nach Maßgabe einer

24 — Schlußanträge des Generalanwalts Slynn zu der mit Urteil vom 26. Februar 1986 abgeschlossenen Rechtssache 151/84 (Roberts, Slg. 1986, 703, 710).

Gesamtbewertung der den Arbeitnehmern gezahlten Vergütungen gewährleistet sein" (Randnr. 35).

Das in der Rechtssache Barber zu behandelnde Problem unterscheidet sich nämlich von dem, um das es heute geht. Es ging in der Rechtssache Barber darum, daß in eine Betriebsrentenregelung für Männer und Frauen unterschiedliche für den Rentenanspruch geltende Altersbedingungen übernommen worden sind, die die öffentliche Hand in der gesetzlichen Rentenregelung vorläufig anwenden durfte. Diese Übernahme hat der Gerichtshof verworfen. Es handelte sich also, anders gesagt, um die für den Zugang zu den Betriebsrentenregelungen geltenden Altersbedingungen, also ein Problem, das mit dem heute zu behandelnden, nämlich der doppelten Betragsleistung eines Unternehmens für ein und dieselbe gesetzliche Rentenregelung, nichts zu tun hat. Überdies und vor allem wirkte sich die vom Gerichtshof in der Rechtssache Barber verurteilte Praxis dahin aus, daß die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen, die in der gesetzlichen Rentenregelung geduldet wird, eine *Verstärkung* erfuhr. Im vorliegenden Fall dagegen handelt es sich um eine zusätzliche Betriebsrente, die so berechnet wird, daß diese Ungleichbehandlung *verschwindet.* Dies ist in meinen Augen ein grundlegender Unterschied: Wie die dargestellte Argumentation zeigt, ist es Zweck der umstrittenen Berechnungsweise, männlichen und weiblichen Arbeitnehmern gleiche Rentenleistungen zu gewährleisten (vgl. oben Nr. 16) und gleichzeitig zu verhindern, daß ihr Arbeitgeber für die Rente der Frauen einen doppelten Beitrag leistet, während er nur einmal zur Finanzierung der Renten der Männer beiträgt (vgl. oben Nr. 15). Diese Berechnungsart erlaubt es also, den Gleichbehandlungsgrundsatz bei jedem Element der Rentenregelung zu verwirklichen, d. h. sowohl in bezug auf den finanziellen Beitrag des Arbeitgebers als auch in Ansehung der dem Arbeitnehmer gewährten Leistungen.

Ergebnis

18. Weil ich der Ansicht bin, daß es eine objektive Rechtfertigung für die von der Beklagten verfolgte streitige Rentenpolitik gibt, schlage ich vor, auf die erste Frage dahin zu antworten, daß ein Arbeitgeber nicht gegen Artikel 119 EWG-Vertrag verstößt, wenn er angesichts der von der öffentlichen Hand angewandten und noch zulässigen, für Männer und Frauen unterschiedlichen Altersbedingungen für den Rentenanspruch bei der Anwendung seiner zusätzlichen Betriebsrentenregelung auf eine Berechnungsmethode zurückgreift, die ehemaligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern insgesamt dieselbe Altersrente (Betriebsrente plus gesetzlicher Rente) gewährleisten soll.

Zur zweiten und zur dritten Frage

19. Die zweite Frage bezieht sich auf den Umstand, daß verheiratete Frauen nach englischem Sozialversicherungsrecht wählen können zwischen der Zahlung vollständiger Rentenbeiträge — was einen Anspruch auf vollständige Altersrente gibt — und der Zahlung eines geringeren Beitrags, die nur einen Anspruch auf gekürzte Rente (oder gar keinen Anspruch) begründet.

Für Frauen, die wie die Klägerin die letztere Wahl getroffen haben und die somit keine vollständige Altersrente erhalten, berechnet

die Beklagte die zusätzliche Rente dennoch so, als wenn eine vollständiger Rente gezahlt würde. Genauer: die Beklagte zieht von dem Betrag, den diese Frauen als zusätzliche Rente erhalten, wenn sie 60 Jahre alt geworden sind, nicht den Betrag der gesetzlichen Rente ab, den sie *tatsächlich* erhalten, sondern den Betrag, den sie bei voller Beitragszahlung *hätten erhalten können.* Der Court of Appeal möchte wissen, welchen Einfluß dieser Umstand auf die Beantwortung der ersten Frage haben kann.

Obwohl die Klägerin aufgrund der Rentenbeiträge, die sie im Laufe ihres Berufslebens gezahlt hat, keinen Anspruch auf eine gesetzliche Altersrente hat, erhält sie von der öffentlichen Hand eine Witwenrente, die einer vollständigen Altersrente entspricht. Mit Hilfe der dritten Frage möchte der Court of Appeal wissen, ob dieser Faktor einen Einfluß auf die Beantwortung der ersten beiden Fragen haben kann.

20. Nach der Lektüre der Dritten Frage könnte der Gerichtshof geneigt sein, die zweite Frage des Court of Appeal unbeantwortet zu lassen, weil sie rein hypothetisch ist [25]. Die Beträge, die die Beklagte von der zusätzlichen Rente der Klägerin abzieht, scheinen tatsächlich einer von der Klägerin bezogenen gesetzlichen Rente, nämlich einer Witwenrente zu entsprechen. Dies hindert uns aber nicht daran, auf die zweite Frage einzugehen. Weil die von der öffentlichen Hand gewährten Altersrenten und Witwenrenten verschiedene Rechtsgrundlage haben [26], hat die Frage wohl mehr als nur hypothetische Bedeutung.

21. Wenn ein Unternehmen wie die Beklagte von der zusätzlichen Rente, die eine ehemalige Beschäftigte wie die Klägerin erhält, nur den Betrag der gesetzlichen Rente abziehen könnte, der *tatsächlich* gezahlt wird, wäre das Unternehmen gezwungen, die geringere gesetzliche Rente einer solchen Beschäftigten auszugleichen, die sich unmittelbar daraus ergibt, daß sie sich für niedrigere Beiträge entschieden hat. Mit der Beklagten, der Kommission und dem vorlegenden Gericht bin ich der Ansicht, daß auf diese Weise ehemalige verheiratete Beschäftigte, die sich für niedrigere Beiträge entschieden haben, unzulässigerweise begünstigt würden. Obwohl sie wesentlich geringere Beiträge gezahlt haben, würden sie nämlich insgesamt dieselbe Altersrente (Betriebsrente plus gesetzlicher Rente) erhalten, wie Personen, die immer den vollen Beitrag entrichtet haben; d. h. Männer, unverheiratete Frauen und ein Teil der verheirateten Frauen. Eine solche Auslegung des Artikels 119 EWG-Vertrag würde alle bei der Beklagten oder bei vergleichbaren Unternehmen beschäftigten verheirateten Arbeitnehmerinnen dazu veranlassen, einen geringeren Beitrag zu wählen, was nicht dem Geist des Artikels 119 entspräche. Dies wäre auch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht vereinbar, der doch nach Auffassung des Gerichtshofes „eines der grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts" darstellt (vgl. oben Nr. 12).

25 — Artikel 177 EWG-Vertrag erlaubt dem Gerichtshof nicht, auf rein hypothetische Fragen zu antworten. Vgl. Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnrn. 25, 32 und 33).

26 — Die Frage hätte in jedem Fall eine größere als nur hypothetische Bedeutung, wenn sich zeigen würde, daß die von der öffentlichen Hand gewährten Altersrenten und Witwenrenten kumuliert werden können. Hierzu ist der Akte allerdings nichts zu entnehmen.

22. Mir scheint also, daß ein Unternehmen wie die Beklagte bei der Berechnung der zusätzlichen Rente, die ehemalige verheiratete Beschäftigte erhalten, die sich für geringere Rentenbeiträge entschieden haben und demgemäß eine niedrigere gesetzliche Rente bekommen, vom Betrag dieser zusätzlichen Rente dennoch den Betrag der gesetzlichen Rente abziehen kann, den diese ehemaligen Arbeitnehmerinnen bei Zahlung vollständiger Rentenbeiträge hätten erhalten können. Um so mehr kann ein solches Unternehmen natürlich diesen Betrag abziehen, wenn die betreffende ehemalige Arbeitnehmerin von der öffentlichen Hand eine Witwenrente in Höhe der vollständigen Altersrente erhält.

23. Deshalb würde ich auf die zweite und dritte Frage dahin antworten, daß für die Beantwortung der ersten Frage die Tatsache bedeutungslos ist, daß eine ehemalige Arbeitnehmerin im Laufe ihres Berufslebens sich für geringere Beiträge entschieden hat und demgemäß von der öffentlichen Hand keine oder nur eine gekürzte Altersrente erhält, die möglicherweise durch eine Witwenrente ergänzt wird.

Antrag

24. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die vom Court of Appeal gestellten Fragen wie folgt zu antworten:

1) Ein Arbeitgeber verstößt nicht gegen Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn er unter Berücksichtigung der von der öffentlichen Hand angewandten und immer noch zulässigen, für Männer und Frauen unterschiedlichen Altersvoraussetzungen für die Entstehung der Rentenansprüche für sein zusätzliches Betriebsrentensystem eine Berechnungsweise wählt, die den im Ruhestand befindlichen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern dieselbe Gesamtruhestandsrente (Betriebs- plus gesetzliche Rente) sichert.

2) Wenn eine im Ruhestand befindliche Arbeitnehmerin sich während ihres Berufslebens dafür entschieden hat, Rentenbeiträge zu einem herabgesetzten Beitragssatz zu entrichten, verstößt ihr Arbeitgeber nicht gegen Artikel 119 EWG-Vertrag, wenn er den vorstehend unter Nr. 1 genannten Gesamtbetrag der Ruhestandsrente auf der Grundlage der gesetzlichen Rente berechnet, die die im Ruhestand befindliche Arbeitnehmerin hätte beziehen können, wenn sie ihre Rentenanträge zum vollen Beitragssatz gezahlt hätte. Dies gilt erst recht, wenn die im Ruhestand befindliche Arbeitnehmerin eine Witwenrente bezieht, die genauso hoch ist wie eine Ruhestandsrente.