SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS ANTONIO TIZZANO

vom 5. Februar 2002 [1]

1. Das Arbeitsgericht Hamburg (Bundesrepublik Deutschland) hat mit Beschluss vom 3. Mai 2000, bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingegangen am 19. Mai 2000, gemäß Artikel 234 EG zwei Fragen nach der Auslegung der Richtlinien 76/207/EWG [2] und 79/7/EWG [3] zur Vorabentscheidung vorgelegt. Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen einer Arbeitnehmerin, die das Rentenalter (das 60. Lebensjahr) erreicht hat, und ihrem öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber. Konkret beanstandet die Arbeitnehmerin, dass sie aufgrund ihres Alters nicht zur deutschen Altersteilzeitregelung zugelassen worden sei, während gleichaltrige männliche Arbeitnehmer Anspruch auf Altersteilzeit hätten.

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Artikel 1 der Richtlinie 76/207 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie hat zum Ziel, dass in den Mitgliedstaaten der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, und des Zugangs zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und in Bezug auf die soziale Sicherheit unter den in Absatz 2 vorgesehenen Bedingungen verwirklicht wird. Dieser Grundsatz wird im Folgenden als ‚Grundsatz der Gleichbehandlung' bezeichnet.

(2) Der Rat erlässt im Hinblick auf die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit auf Vorschlag der Kommission Bestimmungen, in denen dazu insbesondere der Inhalt, die Tragweite und die Anwendungsmodalitäten angegeben sind."

1 — Originalsprache: Italienisch.

2 — Richtlinie 76/207/EWG 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; im Folgenden: Richtlinie 76/207).

3 — Richtlinie 79/7/EWG 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; im Folgenden: Richtlinie 79/7).

3. Absatz 2 der Richtlinie 76/207 lautet:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts — insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand — erfolgen darf.

(2) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, solche beruflichen Tätigkeiten und gegebenenfalls die dazu jeweils erforderliche Ausbildung, für die das Geschlecht aufgrund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen.

(3) Diese Richtlinie steht nicht den Vorschriften zum Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft, entgegen.

(4) Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen."

4. In Artikel 5 der Richtlinie 76/207 heißt es:

„(1) Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, dass Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gewährt werden.

(2) Zu diesem Zweck treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen,

a) dass die mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden;

b) dass die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Bestimmungen in Tarifverträgen oder Einzelarbeitsverträgen, in Betriebsordnungen sowie in den Statuten der freien Berufe nichtig sind, für nichtig erklärt oder geändert werden können;

c) dass die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften, bei denen der Schutzgedanke, aus dem heraus sie ursprünglich entstanden sind, nicht mehr begründet ist, revidiert werden; dass hinsichtlich der Tarifbestimmungen gleicher Art die Sozialpartner zu den wünschenswerten Revisionen aufgefordert werden."

5. Artikel 6 der Richtlinie 76/207 lautet:

„Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Artikel 3, 4 und 5 auf seine Person für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann."

6. Die Richtlinie 79/7 wurde auf der Grundlage des Artikels 1 Absatz 2 der Richtlinie 76/207[4] im Hinblick auf die schrittweise Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit erlassen.

7. Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 lautet:

„Diese Richtlinie findet Anwendung

a) auf die gesetzlichen Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten:

— Krankheit,

— Invalidität,

— Alter,

— Arbeitsunfall und Berufskrankheit,

— Arbeitslosigkeit;

4 — Siehe erste Begründungserwägung der Richtlinie 79/7.

b) auf Sozialhilferegelungen, soweit sie die unter Buchstabe a) genannten Systeme ergänzen oder ersetzen sollen."

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht den Bestimmungen zum Schutz der Frau wegen Mutterschaft nicht entgegen."

8. Artikel 4 der Richtlinie 79/7 bestimmt:

9. In Artikel 5 der Richtlinie 79/7 heißt es:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung beinhaltet den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im Besonderen betreffend:

„Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften beseitigt werden."

— den Anwendungsbereich der Systeme und die Bedingungen für den Zugang zu den Systemen,

10. Artikel 6 der Richtlinie 79/7 lautet:

— die Beitragspflicht und die Berechnung der Beiträge,

— die Berechnung der Leistungen, einschließlich der Zuschläge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtigte Personen, sowie die Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Anspruchs auf die Leistungen.

„Die Mitgliedstaaten erlassen die innerstaatlichen Vorschriften, die notwendig sind, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung für beschwert hält, nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen seine Rechte gerichtlich geltend machen kann."

11. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 bestimmt:

„(1) Diese Richtlinie steht nicht der Befugnis der Mitgliedstaaten entgegen, Folgendes von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen:

a) die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen".

B — *Innerstaatliches Recht*

12. Die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs auf eine Altersrente sind im deutschen Sozialgesetzbuch, 6. Buch (im Folgenden: SGB VI), geregelt, das nach Maßgabe einer Reihe von variablen Daten [5] unterschiedliche Rentenalter vorsieht, die jedoch alle zwischen dem 50. und dem 65. Lebensjahr liegen (Artikel 35 bis 40). Konkret erwerben männliche und weibliche Arbeitnehmer einen Anspruch auf Altersrente: spätestens mit Vollendung des 65. Lebensjahres (§ 35 SGB VI); mit 63 Jahren, wenn sie die Wartezeit von 35 Jahren erfüllt haben (§ 36 SGB VI); jedoch schon mit 60 Jahren, wenn sie 24 Kalendermonate Altersteilzeitarbeit ausgeübt haben (§ 38 SGB VI), zu der ich sogleich Näheres ausführen werde. Der Rentenanspruch kann ebenfalls mit 60 Jahren, jedoch nur für Arbeitnehmerinnen, auch unter anderen Voraussetzungen entstehen, die für die Betroffenen besonders günstig sind (z. B. eine Wartezeit von nur 15 Jahren; § 39 SGB VI) [6]. Natürlich bedarf es für die vorzeitige Versetzung in den Ruhestand eines Antrags des Betroffenen, der auch weiterarbeiten könnte. Insoweit hat sich im Laufe des vorliegenden Verfahrens herausgestellt, dass Arbeitnehmerinnen, die das sechzigste Lebensjahr vollendet haben und die Voraussetzungen des § 39 SGB VI erfüllen, in der Bundesrepublik Deutschland nach Erreichung des Rentenalters statt Altersrente zu beziehen, weiter einer Vollzeit- oder einer Teilzeitbeschäftigung nachgehen können, im letzteren Falle natürlich gegen ein Entgelt, das der effektiven Arbeitszeit entspricht.

13. Wie ich soeben ausgeführt habe, kann der Rentenanspruch früher entstehen, wenn der Arbeitnehmer Altersteilzeitarbeit ausgeübt hat (§ 38 SGB VI). Dies ist im Altersteilzeitgesetz (ATG) vom 23. Juli 1996 vorgesehen. Dieses Gesetz verfolgt das Ziel, älteren Arbeitnehmern einen gleitenden Übergang vom Erwerbsleben in die Alters-

5 — Wie Versicherungsdauer, Entrichtung von Pflichtbeiträgen für eine bestimmte Anzahl von Jahren, bestimmte psychophysische Eigenschaften (Geschlecht, schwere Behinderung oder Berufsunfähigkeit), Arbeitslosigkeit, Ausübung einer bestimmten Erwerbstätigkeit (bei Bergleuten).

6 — Dasselbe Rentenalter gilt für Schwerbehinderte und Berufsunfähige sowie Arbeitslose und, wegen der besonders kräfteverschleißenden Natur dieser Arbeit, für Bergleute (Artikel 37, 38 und 40 SGB VI).

rente zu ermöglichen und zugleich zur Verringerung der Arbeitslosigkeit beizutragen (§ 1 ATG). Der Arbeitgeber ist nämlich verpflichtet, aus Anlass des Übergangs des Arbeitnehmes in die Altersteilzeit einen Arbeitslosen einzustellen (§ 3 Absatz 1 Nr. 2 ATG)[7]. Die Zulassung zur Altersteilzeit unterliegt zwei Voraussetzungen: Der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin muss das 55. Lebensjahr vollendet haben, und zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer muss eine Vereinbarung über die Altersteilzeit (Einzelvertrag, Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung) getroffen worden sein (§ 2 Absatz 1 ATG). Die Inanspruchnahme der Altersteilzeit wird dadurch gefördert, dass zum einen ein höheres Entgelt — nämlich 70 % des Netto-Vollzeitarbeitsentgelts — vorgesehen ist, auch wenn die Tätigkeit als Halbzeittätigkeit verrichtet wird (§ 3 Absatz 1 Nr. 3 ATG), und dadurch, dass zum anderen die Bundesanstalt für Arbeit (Bundesanstalt) aus für die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit bestimmten öffentlichen Mitteln[8] dem Arbeitgeber 20 % des Mindestnettolohns und die Sozialversicherungsbeiträge erstattet (§ 4 ATG). Die Intervention der Bundesanstalt ist jedoch begrenzt. Sie kann insbesondere fünf Jahre nicht überschreiten (§ 4 Absatz 1 ATG) und endet, wenn der Arbeitnehmer Rente beanspruchen kann, jedenfalls aber mit Vollendung des 65. Lebensjahres (§ 5 Absatz 1 Nrn. 1 und 2 ATG). Der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber können auch vereinbaren, dass die Vereinbarung über die Altersteilzeit mit dem Erwerb eines Anspruchs auf Altersrente endet (§ 8 Absatz 3 ATG).

14. Nach dem einschlägigen Tarifvertrag über die Altersteilzeit in der maßgeblichen (Tarifvertrag zur Regelung der Altersteilzeitarbeit vom 5. Mai 1995, im Folgenden: Tarifvertrag) kann der Arbeitgeber unter ähnlichen Voraussetzungen wie denen, die im Altersteilzeitgesetz vorgesehen sind, vollbeschäftigten männlichen und weiblichen Arbeitnehmern, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, Altersteilzeit gewähren (§ 2 Absatz 1 des Tarifvertrags). Arbeitnehmer, die bereits das 60. Lebensjahr vollendet haben und die Voraussetzungen des § 2 Absatz 1 erfüllen, haben Anspruch auf Altersteilzeit (§ 2 Absatz 2), es sei denn, dass dringende dienstliche bzw. betriebliche Gründe dem entgegenstehen. Das Altersteilzeitarbeitsverhältnis, das mindestens zwei Jahre dauern soll (§ 2 Absatz 3)[9] kann darin bestehen, dass während der Hälfte der regelmäßigen tariflichen Arbeitszeit Vollzeitarbeit geleistet wird (Blockmodell) oder dass während der Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses Teilzeitarbeit geleistet wird (Teilzeitmodell, § 3 Absatz 2).

15. Nach § 9 Absatz 1 des Tarifvertrags endet das Arbeitsverhältnis zu dem in der jeweiligen Altersteilzeitvereinbarung festgelegten Zeitpunkt. § 9 Absatz 2 Buchstabe a

7 — Diese Verpflichtung besteht auch in einem Fall wie dem der Klägerin, die für die Formel der Teilzeit „en bloc" optiert (Vollzeittätigkeit während der Hälfte der Zeit, in der andernfalls Teilzeitarbeit verrichtet worden wäre); in diesem Fall muss die Einstellung des Arbeitslosen dem Eintritt des Arbeitnehmers in den Ruhestand folgen (§ 3 Absatz 3 ATG).

8 — Nach den Erläuterungen der deutschen Regierung in der mündlichen Verhandlung.

9 — Diese Vereinbarung hängt natürlich von den Bestimmungen des § 38 SGB VI ab, wonach die vorzeitige Rentenzahlung davon abhängt, dass der Versicherte 24 Monate Altersteilzeitarbeit ausgeübt hat.

schreibt jedoch u. a. vor, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des Kalendermonats vor dem Kalendermonat, für den der Arbeitnehmer eine Altersrente beanspruchen kann, endet. Damit endet, wie die deutsche Regierung und die Beklagte dargelegt haben, das Arbeitsverhältnis im selben Zeitpunkt, in dem gemäß § 5 Absatz 1 Nr. 2 ATG die öffentliche Finanzierung durch die Bundesanstalt aufhört. So wird vermieden, dass der Arbeitgeber die größere Belastung zu tragen hat, die sich aus der Altersteilzeitbeschäftigung von Arbeitnehmern ergibt, die das Rentenalter erreicht haben.

16. Dies ist die komplexe gesetzliche und tarifvertragliche Situation in Deutschland, die ich auf der Grundlage der von den Parteien vorgelegten Unterlagen versucht habe zu rekonstruieren. Wenn meine Darlegungen zutreffend sind, lässt sich daraus meines Erachtens für das vorliegende Verfahren zusammenfassend herleiten, dass die Altersteilzeitregelung auf die Gewährung eines Anspruchs auf vorzeitige Rente für die Arbeitnehmer, die sich nach Vollendung des 55. Lebensjahres und spätestens bis zur Entstehung des Rentenanspruchs darauf berufen, hinausläuft. Dabei kann dieser Anspruch, der in der Regel für Arbeitnehmerinnen mit 60 Jahren und für Arbeitnehmer mit 65 Jahren entsteht, in einigen Fällen für die ersteren später, jedenfalls aber bis zum 65. Lebensjahr, und für die letzteren bereits im Alter von 60 Jahren zur Entstehung gelangen. Zudem ist die fragliche Regelung nicht Selbstzweck, sondern aufgrund des mit ihr verfolgten Zwecks der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit mit der Verpflichtung des Arbeitnehmers verbunden, einen Arbeitslosen einzustellen. Dabei entsteht der Anspruch auf vorzeitige Rente erst nach einer Mindest-Teilzeitarbeit von 24 Monaten, so dass ein Arbeitnehmer gleich welchen Geschlechts, der sich kurz vor Vollendung seines 60. Lebensjahres oder später für diese Regelung entscheidet, nach Zurücklegung der 24 Monate automatisch Rente bezieht, da, wie wir gesehen haben, das Teilzeitarbeitsverhältnis mit Entstehung des Rentenanspruchs endet (siehe § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrags). Schließlich möchte ich daran erinnern, dass nach dem Tarifvertrag das möglicherweise bestehende Arbeitsverhältnis mit Entstehung des Rentenanspruchs auf jeden Fall endet (§ 9 Absatz 2 Buchstabe a, der Artikel 8 Absatz 3 ATG entspricht). Dies bedeutet, dass Arbeitnehmer gleich welchen Geschlechts die Altersteilzeitregelung nicht mehr in Anspruch nehmen können, wenn sie bereits einen Rentenanspruch erworben haben.

II — Sachverhalt und Vorabentscheidungsfragen

17. Die am 21. August 1939 geborene Klägerin des Ausgangsverfahrens Helga Kutz-Bauer ist bei der Beklagten des Ausgangsverfahrens, der Freien und Hansestadt Hamburg, als Leiterin der Landeszentrale für politische Bildung beschäftigt. In der Annahme, dass sie ihre Rente durch die Entrichtung zusätzlicher Beiträge nach Vollendung ihres 60. Lebensjahres erhöhen könnte, ersuchte sie ihren Arbeitgeber im Oktober und November 1998 um Abschluss einer Alterteilzeitvereinbarung, um vom 1. September 1999 (nach Vollendung

ihres 60. Lebensjahres) bis 31. August 2004 Altersteilzeit nach dem Blockmodell leisten zu können, d. h. vom 1. September 1999 bis 28. Februar 2002 Vollzeitarbeit zu verrichten und vom 1. März 2002 bis 31. August 2004 keinerlei Erwerbstätigkeit mehr auszuüben.

18. Am 21. Dezember 1998 lehnte die Beklagte den Antrag ab und schlug der Klägerin stattdessen eine normale Teilzeittätigkeit mit einem der tatsächlich verrichteten Tätigkeit entsprechenden Entgelt vor, an der die Klägerin jedoch nicht interessiert war. Die Beklagte begründete ihre Ablehnung damit, dass die Klägerin zwar grundsätzlich mit Vollendung des 60. Lebensjahres Anspruch auf Vereinbarung eines Altersteilzeitarbeitsverhältnisses habe [10], das Arbeitsverhältnis jedoch wegen der in § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrages vorgesehenen Begrenzung automatisch vor Beginn der Alterteilzeit enden würde. Denn da die Klägerin die Voraussetzungen des § 39 SGB VI erfülle, habe sie bereits mit 60 Jahren Anspruch auf Altersrente.

19. Die Klägerin meinte, wegen ihres Geschlechts diskriminiert worden zu sein. Sie erhob Klage beim Arbeitsgericht Hamburg und rügte, ihr werde das Recht auf Teilzeitarbeit in der Zeit zwischen ihrem 60. und ihrem 65 Lebensjahr aus Altersgründen verweigert, während gleichaltrige männliche Arbeitnehmer dieses Recht besäßen, da sie in dieser Altersspanne die Formel der Altersteilzeit wählen könnten, statt einer Vollzeitbeschäftigung nachzugehen. Dies beruhe auf dem Umstand, dass die Mehrheit der Frauen schon mit 60 Jahren, die Männer dagegen in aller Regel erst mit 65 Jahren Rente beanspruchen könnten.

20. Das vorlegende Gericht hat ein gewisses Verständnis für die Argumente der Klägerin geäußert und ausgeführt, dass die von der Altersgrenze in § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrags betroffenen Arbeitnehmer bei gleichem Alter fast ausschließlich weiblichen Geschlechts seien. Es hat dem Gerichtshof deshalb folgende Vorabentscheidungsfragen vorgelegt:

1. Verstößt eine tarifvertragliche Regelung für den öffentlichen Dienst, die männlichen wie weiblichen Beschäftigten die Inanspruchnahme von Altersteilzeit erlaubt, gegen Artikel 2 I und Artikel 5 I der Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG), wenn diese die Altersteilzeit nur bis zu dem Zeitpunkt zulässt, in dem erstmalig eine ungekürzte Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung in Anspruch genommen werden kann, und wenn zugleich die Gruppe der Personen, die ungekürzte Rente bereits mit 60 beziehen können, fast ausschließlich aus Frauen besteht, während die Gruppe, die eine ungekürzte Rente erst ab 65 beziehen kann, fast ausschließlich aus Männern besteht?

10 — § 2 Absatz 2 des Tarifvertrags.

2. Sind die innerstaatlichen Gerichte befugt, bei Verstoß der tariflichen und gesetzlichen Regelungen gegen die Richtlinie 76/207/EWG bzw. 79/7/EWG die entsprechenden Regelungen unter Außerachtlassung der EG-widrigen Einschränkungen zugunsten der benachteiligten Gruppe so lange anzuwenden, bis durch die Tarifvertragsparteien und/oder den Gesetzgeber eine diskriminierungsfreie Regelung geschaffen ist?

III — Rechtliche Prüfung

A — *Die erste Vorabentscheidungsfrage*

1. Vorbringen der Parteien

21. Die Klägerin und die Kommission machen zunächst geltend, dass der vorliegende Fall unter die Richtlinie 76/207 und insbesondere, wie die Kommission vorträgt, unter Artikel 5 Absatz 1 dieser Richtlinie falle, da die Altersteilzeit Auswirkungen auf die Arbeitsbedingungen habe, die Gegenstand dieser Bestimmung seien [11]. Davon ausgehend tragen beide vor, unter Berücksichtigung dieser Bestimmung seien die fragliche deutsche Regelung und folglich auch der Tarifvertrag als diskriminierend anzusehen, da sie für die Gewährung der Altersteilzeit eine Unterscheidung nach dem Rentenalter vornähmen, das aber je nach Geschlecht des Arbeitnehmers unterschiedlich sei. Nach Auffassung der Kommission handelt es sich konkret um eine mittelbare Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen, d. h. um eine Diskriminierung, die zwar neutral gefasst sei, jedoch tatsächlich einen wesentlich höheren Anteil von Frauen als von Männern benachteilige [12]. Als solche könnte, wie bereits ausgeführt, die diskriminierende Unterscheidung, sofern nicht die Voraussetzungen für die von der Richtlinie selbst (Artikel 2 Absätze 2 bis 4) zugelassenen Ausnahmen vorlägen [13], durch objektive Faktoren gerechtfertigt seien, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten [14].

22. Die Klägerin ist dagegen der Auffassung, dass hier eine wenn auch verdeckte unmittelbare Diskriminierung vorliege. Zwar enthalte der Tarifvertrag eine neutrale Regelung, diese verweise jedoch auf Bestimmungen, die eindeutig ein aufgrund des Geschlechts des Arbeitnehmers unterschiedliches Rentenalter festlegten. Aus

11 — Siehe Urteil vom 26. Februar 1986 in der Rechtssache 152/84 (Marshall, Slg. 1986, 723).

12 — Urteil vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-322/98 (Kachelmann, Slg. 2000, I-7505, Randnr. 23).

13 — Deren Vorliegen die Kommission im vorliegenden Fall verneint.

14 — In diesem Sinne z. B. Urteile vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91 (Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Randnr. 32), vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95 (Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnr. 34 mit weiteren Hinweisen), und in der Rechtssache C-100/95 (Kording, Slg. 1997, I-5289, Randnr. 25); vom 6. April 2000 in der Rechtssache C-226/98 (Jørgensen, Slg. 2000, I-2447, Randnr. 41 mit weiteren Hinweisen) und Kachelmann (Randnr. 23). Ich weise darauf hin, dass derselbe Grundsatz für die Fälle indirekter Diskriminierung gilt, die Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/9 verbietet, der Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 entspricht: Siehe z. B. Urteile vom 11. Juni 1987 in der Rechtssache 30/85 (Teuling, Slg. 1987, 2497, Randnr. 13); vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-102/88 (Ruzius-Wilbrink, Slg. 1989, 4311, Randnr. 17); vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-229/89 (Kommission/Belgien, Slg. 1991, I-2205, Randnrn. 19 und 26), vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92 (Roks u. a., Slg. 1994, I-571, Randnr. 33) und vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-444/93 (Megner und Scheffel, Slg. 1995, I-4741, Randnr. 24).

diesem Grund sei es nicht erforderlich, einen statistischen Vergleich zwischen Gruppen von Arbeitnehmern vorzunehmen, um den diskriminierenden Charakter der in Rede stehenden Bestimmungen festzustellen. Aus demselben Grund könne die Diskriminierung auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass das unterschiedliche Rentenalter die Arbeitnehmerinnen begünstige und diese Unterscheidung nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 zulässig sei, der es den Mitgliedstaaten gestatte, unterschiedliche Altersgrenzen für die Entstehung des Anspruchs auf Altersrente oder Ruhestandsrente aufrechtzuerhalten. Eventuelle objektive Rechtfertigungen wären hier ohne Belang, da es sich um eine unmittelbare Diskriminierung handele. Jedenfalls schließt die Klägerin das Vorliegen objektiver, nicht mit dem Geschlecht zusammenhängender Gründe, die die fragliche Diskriminierung rechtfertigen könnten, aus. Dies gelte namentlich für das Argument, das auf die Ungleichbehandlung der männlichen und weiblichen Arbeitnehmer hinsichtlich des Rentenalters abstelle, da dieser Unterschied gerade mit dem Geschlecht zusammenhänge. Schließlich beanstandet die Klägerin, dass die fragliche Diskriminierung durch den Tarifvertrag von 1995 eingeführt worden sei, d. h. nach Erlass des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7, also der Bestimmung, die die Befugnis der Mitgliedstaaten, ein unterschiedliches Rentenalter festzusetzen, unberührt lasse.

23. Ich kehre jetzt zu den Erklärungen der Kommission zurück und weise darauf hin, dass die oben wiedergegebenen Erklärungen die Thesen darstellen, die sie im schriftlichen Verfahren dargelegt hat. Damals war sie, wie ich ausgeführt habe, davon ausgegangen, dass die Altersteilzeitregelung die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer betreffe, die ein bestimmtes Alter erreicht hätten und folglich in den Geltungsbereich der Richtlinie 76/207 fielen. Zum anderen konnte ihre Meinung nach diese Regelung nicht als Vorsorge-„Leistung" angesehen werden, die unter die Altersversicherung falle, so dass hier das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie 79/7, deren Anwendungsbereich gerade auf die Sozialversicherung beschränkt sei, auszuschließen gewesen sei.

24. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission unter Berücksichtigung der zusätzlichen Erläuterungen der deutschen Regierung ihren Standpunkt geändert und vorgetragen, dass die Altersteilzeit zwar nicht unter die Altersversicherung falle, aber doch von den Vorschriften der Richtlinie 79/7 erfasst und namentlich als „andere Leistung" im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a dieser Richtlinie qualifiziert werde, und zwar in ihrer Eigenschaft als mit dem Risiko der Arbeitslosigkeit zusammenhängende Vorsorgeleistung (siehe Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7). Folglich könne auch die Ausnahme des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a im vorliegenden Fall grundsätzlich herangezogen werden.

25. Konkret kommt die Kommission jedoch gleichwohl zu einer Verneinung der Frage, da die vom Gerichtshof im Urteil

Thomas [15] aufgestellten Voraussetzungen für die Anwendung der genannten Ausnahmebestimmung hier nicht erfüllt seien. In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt, dass Diskriminierungen in Regelungen über andere Leistungen als Alters- und Ruhestandsrenten als Auswirkung einer nach Maßgabe des Geschlechts unterschiedlichen Festsetzung des Rentenalters nur gerechtfertigt werden könnten, wenn sie objektiv erforderlich seien, um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems gefährdet werde, oder um die Kohärenz zwischen dem System der Ruhestandsrenten und dem System der anderen Leistungen zu gewährleisten (Randnr. 12). Nach Auffassung der Kommission hat die Gewährung der Altersteilzeit für Arbeitnehmerinnen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, keine nennenswerten Auswirkungen auf das finanzielle Gleichgewicht des Rentensystems. Sie hätte aber auch keine Auswirkungen auf die Kohärenz des deutschen Rentensystems, da keine notwendige und untrennbare Verbindung zwischen dem durch Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a zugelassenen unterschiedlichen Rentenalter, das die Frauen begünstige, und der Altersteilzeitregelung, die sie nicht begünstige, bestehe. Allerdings könnte die Zulassung einer Arbeitnehmerin im Alter der Klägerin zur Altersteilzeit die Wirksamkeit dieser Regelung beeinträchtigen, da die Klägerin, wenn auch nur teilweise, weiter einen Arbeitsplatz einnehmen würde, der andernfalls mit einem Arbeitslosen besetzt werden könnte. Andererseits können, wie sowohl die Beklagte als auch die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung bestätigt haben, in der Bundesrepublik Deutschland Arbeitnehmerinnen, die mit 60 Jahren einen Anspruch auf Altersrente haben, statt in Rente zu gehen, weiter Vollzeit- oder Teilzeitarbeit (in diesem Fall allerdings gegen ein Entgelt, das keinen aus öffentlichen Mitteln finanzierten Anreiz enthält) verrichten. Somit ist nicht ersichtlich, wie die Zulassung dieser Arbeitnehmerinnen zur Altersrente das Ziel der Verringerung der Arbeitslosigkeit ernsthaft beeinträchtigen könnte.

26. Daher meinen sowohl die Klägerin als auch die Kommission, dass die erste Vorabentscheidungsfrage zu bejahen sei.

27. Die im Ausgangsverfahren beklagte Freie und Hansestadt Hamburg vertritt dagegen die Ansicht, dass weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung von Frauen vorliege. Denn weder würden Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen unterschiedlich behandelt, noch beeinträchtige die Verbindung zwischen dem Erlöschen des Anspruchs auf Altersteilzeit und den Vorschriften über den Erwerb des Anspruchs auf Altersrente die Arbeitnehmerinnen, da diese Vorschriften, wonach Frauen bereits mit 60 Jahren Altersrente beziehen könnten, bezweckten, ihre Lage im Rahmen einer gesetzlichen Regelung zu verbessern, die gerade dem Schutz der Frauen dienen solle.

28. Konkret führt die Beklagte zum ersten Aspekt aus, der Vorlagebeschluss enthalte keine Angaben oder statistischen Daten, aus denen sich ergebe, dass die Arbeitnehmer, die von der Altersgrenze in § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrags

15 — Urteil vom 30. März 1993 in der Rechtssache C-328/91 (Thomas u. a., Slg. 1993, I-1247); in demselben Sinn Urteil vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-196/97 (Hepple, Slg. 2000, I-3701).

betroffenen seien, vor allem Frauen seien. Außerdem habe das vorlegende Gericht einen Vergleich der Situationen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vorgenommen, der ausschließlich auf das Alter als Voraussetzung für den Erwerb des Rentenanspruchs abgestellt habe, während das Sozialgesetzbuch die Entstehung dieses Anspruchs für Arbeitnehmerinnen schon mit 60 Jahren auch von anderen Faktoren wie z. B. der Einhaltung einer Mindestbeitragszeit abhängig mache. Weiter gehe der Vorlagebeschluss davon aus, dass von der Altersgrenze des Tarifvertrags fast ausschließlich Frauen betroffen seien, ohne die Arbeitnehmer, die aufgrund einer schweren Behinderung oder einer Berufsunfähigkeit in (vorzeitige) Rente gingen, oder die männlichen Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die in Anwendung von Bestimmungen, die für männliche und weibliche Arbeitnehmer gälten [16], vor Vollendung des 65. Lebensjahres einen Rentenanspruch erwürben. Die Behauptung im Vorlagebeschluss, die Arbeitnehmer, die mit 60 Jahren einen Rentenanspruch erwürben, seien fast ausschließlich Frauen, während es sich bei denjenigen, die diesen Anspruch erst mit 65 Jahren erwürben, fast ausschließlich um Männer handele, sei somit unzutreffend [17].

29. Was sodann die Bevorzugung der Frauen in diesem Bereich angehe, so werde diese auch im normativen Bereich durch Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 bestätigt (vgl. Unterabsatz 3) und finde ihre Erklärung in der Doppelbelastung der Frauen als Berufstätige und Hausfrauen, die zu einer früheren Abnutzung der Kräfte und folglich zu vorzeitiger Berufsunfähigkeit führe.

30. Falls der Gerichtshof zu dem Ergebnis kommen sollte, dass eine Diskriminierung vorliege, sei es Sache der Mitgliedstaaten, zu bestimmen, ob und wie sie ein sozialpolitisches Ziel wie die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit verwirklichen wollten. Auch stehe nach Auffassung des Gerichtshofes, gerade weil die Mitgliedstaaten bei der Festlegung ihrer Sozialpolitik über ein weites Ermessen verfügten, die Richtlinie 79/7 nationalen Vorschriften nicht entgegen, die zwar mittelbar diskriminierend, jedoch zur Erreichung sozialpolitischer Ziele bestimmt und auch erforderlich seien [18].

31. Abschließend schlägt die Beklagte vor, die erste Vorabentscheidungsfrage zu verneinen, da die deutsche Bestimmung unter

16 — §§ 36 bis 38 SGB IV sowie Nr. 12 dieser Schlussanträge.

17 — Die Beklagte stützt ihr Vorbringen, es liege keine Diskriminierung vor, des Weiteren auf den Hinweis, dass die Anzahl der Frauen, die mit Vollendung des 60. Lebensjahres in den Genuss der Altersteilzeit kommen könnten, wesentlich geringer sei, wenn man die besondere Situation des Landes Hamburg ausschließe und stattdessen auf Deutschland insgesamt abstelle. Denn normalerweise hätten Arbeitnehmerinnen mit Vollendung des 60. Lebensjahres einen Rentenanspruch; es handele sich jedoch um eine gekürzte Rente. Nach der Protokollerklärung zu § 9 des Tarifvertrags behielten sie in dieser Situation den Anspruch auf Altersteilzeit. Eine Ausnahme von dieser Regel bestehe nur im Land Hamburg aufgrund der für Frauen günstigeren Regelung des hamburgischen Ruhegeldgesetzes. Es handele sich jedoch wie gesagt um eine Besonderheit, die im nationalen Rahmen nur geringe Bedeutung habe.

18 — Urteil Roks und Urteil vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-317/93 (Nolte, Slg. 1995, I-4625).

Berücksichtigung der in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 vorgesehenen Ausnahme und der mit der Altersteilzeitregelung verfolgten Ziele gerechtfertigt sei.

32. Die deutsche Regierung bringt zunächst vor, dass aufgrund der Zielsetzung der Altersteilzeit und der Art und Weise ihrer Organisation nur die Richtlinie 79/7 anwendbar sei. Somit ergebe sich die Streitfrage aus dem unterschiedlichen Rentenalter. Wie der Gerichtshof bestätigt habe [19], sei dies nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 rechtmäßig. So werde diese unterschiedliche Regelung von den meisten Frauen als Vorteil empfunden. Wenn sie sich im Fall der Klägerin nachteilig auswirke, so deshalb, weil diese die Regelung nicht in Anspruch nehmen wolle, um in den Genuss der Altersteilzeit zu kommen. Im Zuge einer Abwägung der widerstreitenden Interessen müsse der Vertrauensschutz für die Mehrzahl der betroffenen Frauen vorgehen, die darauf vertrauten, früher als Männer in Rente gehen zu können.

33. Zur Rechtfertigung der in Rede stehenden Diskriminierung verweist die deutsche Regierung vor allem auf die bereits beschriebene Zielsetzung der Altersteilzeitregelung, insbesondere auf das Ziel der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit. Im Hinblick auf dieses Ziel müsse die öffentliche Finanzierung eines Teils des Gehaltes des Altersteilzeitarbeit verrichtenden Arbeitnehmers enden, wenn dieser einen Rentenanspruch erwerbe, da man nicht die weitere Beschäftigung eines Arbeitnehmers, der bereits einen Rentenanspruch habe, aus für die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit vorgesehenen Mitteln fördern könne, obwohl dieser weiter einen Arbeitsplatz innehabe, der andernfalls für einen Arbeitslosen zur Verfügung stünde. Die geltende Regelung stelle hingegen die Kohärenz zwischen der Regelung des Schutzes vor Arbeitslosigkeit, zu der die Altersteilzeit (und die damit verbundene finanzielle Unterstützung) gehörten, mit der Regelung der Altersrenten sicher, die das Rentenalter festlege. Indem ausgeschlossen werde, dass Arbeitnehmer, die bereits eine Altersrente ohne Abschläge beziehen könnten, aus Mitteln der Bundesanstalt für Arbeit unterstützt würden, werde eine Überschneidung der verschiedenen derselben Sozialpolitik dienenden Vorsorgeregelungen vermieden.

34. Dies alles entspreche im Übrigen der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 im Urteil Thomas, insbesondere, soweit dort ausgeführt werde, dass die hier in Rede stehenden diskriminierenden Unterscheidungen als Auswirkung einer nach Maßgabe des Geschlechts unterschiedlichen Festsetzung des Rentenalters nur ge-

19 — Urteil vom 7. Juli 1992 in der Rechtssache C-9/91 (Equal Opportunities Commission, Slg. 1992, I-4297). Die deutsche Regierung fügt hinzu, der nationale Gesetzgeber habe, um das Problem des unterschiedlichen Rentenalters zu lösen, nunmehr das unterschiedliche Rentenalter für Männer und Frauen schrittweise angeglichen, um zu einem gleichen Rentenalter für alle Arbeitnehmer zu gelangen. Gleichzeitig habe er eine Übergangsregelung geschaffen, in der er eine Abwägung zwischen dem Endziel der Gleichbehandlung und dem Schutz des Vertrauens der Mehrheit der betroffenen Frauen vorgenommen habe; danach erlangten die vor 1941 geborenen Frauen bereits mit Vollendung des 60. Lebensjahres einen Rentenanspruch.

rechtfertigt werden könnten, wenn „sie objektiv erforderlich [seien], um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems gefährdet [werde], oder um die Kohärenz zwischen dem System der Ruhestandsrenten und dem System der anderen Leistungen zu gewährleisten“ [20]. Auch im Urteil Graham [21], in dem der Gerichtshof zu der Überschneidung von Renten und anderen öffentlichen Leistungen habe Stellung nehmen müssen, habe er entschieden, dass „ein Mitgliedstaat, der gemäß Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 das Rentenalter für Frauen auf 60 Jahre und für Männer auf 65 Jahre festgesetzt hat, nach dieser Bestimmung auch befugt ist, zum einen die Höhe der Invaliditätsrente für Personen, die vor Erreichung des Rentenalters arbeitsunfähig werden, bei Frauen ab dem vollendeten 60. und bei Männern ab dem vollendeten 65. Lebensjahr auf die tatsächliche Höhe der Altersrente zu begrenzen und zum anderen eine zusätzlich zur Invaliditätsrente gezahlte Invaliditätsbeihilfe nur Frauen, die vor Vollendung des 55. Lebensjahres, und Männern, die vor Vollendung des 60. Lebensjahres arbeitsunfähig geworden sind, zu gewähren“ (Randnr. 21).

35. Die deutsche Regierung räumt somit zwar das Vorliegen einer Ungleichbehandlung ein, hält diese jedoch aufgrund der oben wiedergegebenen allgemeinen Erwägungen, die das deutsche Rentensystem insgesamt beträfen, für vollauf gerechtfertigt.

2. Würdigung

36. Die erste Vorabentscheidungsfrage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob ein Tarifvertrag, der Arbeitnehmer, die einen Anspruch auf Altersrente erworben haben, von der im deutschen Recht vorgesehenen Altersteilzeitarbeit ausschließt, gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 76/207 verstößt, wenn man berücksichtigt, dass diejenigen, die bereits mit 60 Jahren einen Rentenanspruch erwerben, fast ausschließlich Frauen sind, während es sich bei den diejenigen, die erst mit 65 Jahren Rente beziehen können, fast ausschließlich um Männer handelt.

37. Wie gesagt haben die Parteien, bevor sie sich der Frage selbst zugewandt haben, ausführlich darüber diskutiert, ob im vorliegenden Fall die Richtlinie 76/207 über den Zugang zur Beschäftigung und die Arbeitsbedingungen oder die Richtlinie 79/7 über die soziale Sicherheit anwendbar ist. Trotz der im schriftlichen Verfahren und in der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Argumente ist die Bedeutung

20 — Siehe oben Nr. 25. Die deutsche Regierung verweist jedoch zugleich auf die Urteile vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-137/94 (Richardson, Slg. 1995, I-3407, Randnrn. 18 und 19) und vom 30. Januar 1997 in der Rechtssache C-139/95 (Balestra, Slg. 1997, I-549, Randnrn. 33 und 35).

21 — Urteil vom 11. August 1995 in der Rechtssache T-92/94 (Graham u. a., Slg. 1995, I-2521).

der Frage meines Erachtens nicht völlig klar geworden ist, sei es, weil das schon komplexe deutsche Recht im Wesentlichen mündlich und folglich zwangsläufig summarisch dargelegt worden ist, sei es, weil die Altersteilzeitregelung, wie ich bereits ausgeführt habe, wirklich Merkmale ganz eigener Art aufweist.

38. Davon ausgehend muss ich einräumen, dass auch mir vor den Erläuterungen der Altersteilzeitregelung durch die deutsche Regierung in der mündlichen Verhandlung die Argumente überzeugender erschienen sind, die die Kommission in ihren oben (siehe Nr. 21) wiedergegebenen Erklärungen dafür geltend gemacht hat, dass die vorliegende Situation vom Begriff der Arbeitsbedingungen im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 erfasst wird. Diese Erläuterungen, die sich auf die Zielsetzung der Altersteilzeit und die finanzielle Intervention der Bundesanstalt bezogen, bringen mich jedoch ebenso wie die Kommission zu der Überzeugung, dass die Altersteilzeitregelung eine Leistung ist, die sowohl den Leistungen bei Alter wie denen bei Arbeitslosigkeit zugerechnet werden kann, je nachdem, ob man den Akzent auf die eine oder die andere Zielsetzung der Altersteilzeit legt. Folglich fällt diese in den Geltungsbereich der Richtlinie 79/7 (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a), auf die das vorlegende Gericht eingegangen ist und die ausdrücklich Gegenstand der zweiten Vorabentscheidungsfrage ist. Somit bin auch ich der Meinung, dass die uns vorgelegten Fragen anhand des Diskriminierungsverbots des Artikels 4 Absatz 1 der letztgenannten Richtlinie (der Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 entspricht) zu prüfen sind, der, wie bereits dargelegt, bestimmt, dass dieses Verbot u. a. für den „Anwendungsbereich der [Versicherungssysteme] und [die] Bedingungen für den Zugang zu den Systemen" gilt.

39. Wie bereits mehrfach ausgeführt, hat die Frage, die im Mittelpunkt des vorliegenden Verfahrens steht, ihren Ursprung gerade in dem Umstand, dass § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrags entsprechend der Regelung des Altersteilzeitgesetzes die Grenze, von der an ein Altersteilzeitverhältnis nicht fortgeführt oder begründet werden kann, an den Zeitpunkt knüpft, in dem der Arbeitnehmer einen Rentenanspruch erwirbt. Das vorlegende Gericht und die Klägerin, letztlich aber auch die Kommission, gehen davon aus, dass vor allem Frauen mit 60 Jahren einen Rentenanspruch erwerben, während Männer diesen Anspruch in der Regel erst mit 65 Jahren erwerben. Die Verweisung auf das Rentenalter im Tarifvertrag sei diskriminierend, da sie, was die Arbeitnehmer zwischen 60 und 65 Jahren betreffe, fast ausschließlich Frauen benachteilige. Andererseits wird diese Diskriminierung mit der Begründung beanstandet, dass, wie wir gesehen haben (vgl. Nr. 12), das SGB VI den Zeitpunkt des Erwerbs des Rentenanspruchs nach Maßgabe verschiedener

Kriterien, zu denen auch, aber nicht nur, das Geschlecht gehört, auf unterschiedliche Lebensalter festsetzt.

40. Die Freie und Hansestadt Hamburg weist außerdem darauf hin, dass im Vorlagebeschluss keine statistischen Daten oder andere tatsächliche Umstände angegeben seien, die die Auffassung des Arbeitsgerichts Hamburg stützen könnten, dass die Arbeitnehmer, die aufgrund der Regelung des § 9 Absatz 2 Buchstabe a des Tarifvertrags nicht mit Vollendung des 60. Lebensjahres zur Teilzeitarbeit zugelassen werden könnten, vor allem Frauen seien. Zu diesem Punkt möchte ich mich allerdings auf die Bemerkung beschränken, dass es im Rahmen eines Verfahrens nach Artikel 234 EG nicht Sache des Gerichtshofes, sondern des vorlegenden Gerichts ist, aufgrund der ihm verfügbaren Daten in tatsächlicher Hinsicht zu beurteilen, ob die genannte Bestimmung des Tarifvertrages einen wesentlich höheren Anteil Frauen als Männer betrifft [22]. Zum anderen ist die Frage, um die es im vorliegenden Verfahren geht, ob der Umstand, dass der Tarifvertrag für die Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu dem die fragliche Regelung in Anspruch genommen werden kann, auf das Rentenalter verweist, verschiedene Auswirkungen auf männliche und weibliche Arbeitnehmer hat, unabhängig von der (viel) größeren oder (viel) kleineren Anzahl der Personen der einen oder anderen Kategorie, die von dieser Regelung betroffen sind.

22 — Siehe insoweit Urteil vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Seymour-Smith und Perez, Slg. 1999, I-623) zu der Frage, ob in jenem Fall eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorlag; siehe auch Jørgensen (Nrn. 33 bis 35).

41. Jedoch besteht zwischen den Parteien hinsichtlich des Vorliegens einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer aufgrund ihres Geschlechts keine wirkliche Meinungsverschiedenheit. Uneinig sind sie sich vielmehr über andere Aspekte der Frage, denen ich mich jetzt zuwenden will.

42. Zunächst haben die Parteien, wie wir gesehen haben, darüber diskutiert, ob die in Rede stehende Diskriminierung unmittelbar oder mittelbar ist. Mir scheint jedoch klar, dass wir es hier mit einer mittelbaren Diskriminierung zu tun haben, weil — wie die Kommission bemerkt hat — der Tarifvertrag zwar bei der Festsetzung der Grenzen, in denen der Abschluss von Altersteilzeitvereinbarungen möglich ist, ausdrücklich auf die im SGB VI vorgesehenen unterschiedlichen Rentenalter verweist, jedoch nicht unmittelbar nach dem Geschlecht differenziert. Ich möchte hinzufügen, dass dieses Ergebnis meines Erachtens auch der Rechtsprechung des Gerichtshofes entspricht, der kürzlich eine mittelbare Diskriminierung in einem Fall bejaht hat, in dem die Ungleichbehandlung zwar nicht offen auf das Geschlecht der Arbeitnehmer gestützt wurde, die Unterscheidung jedoch aufgrund von Kriterien getroffen wurde, die ihrerseits eng und unmittelbar mit dem Geschlecht zusammenhingen [23].

23 — Ich beziehe mich namentlich auf das kürzlich ergangene Urteil in der Rechtssache Schnorbus, wo der Gerichtshof entschieden hat, dass nationale Rechtsvorschriften, die den vorrangigen Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst von der Ableistung des Wehr- oder Ersatzdienstes (zu der im gegebenen Fall nur Männer verpflichtet waren) abhängig machen, eine mittelbare Diskriminierung darstellen (Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-79/99, Schnorbus, Slg. 2000, I-10997, Randnr. 32).

43. Geht man somit davon aus, dass im vorliegenden Fall eine grundsätzlich gegen das Verbot des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 verstoßende mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, so ist zu prüfen, ob diese aus den Gründen gerechtfertigt werden kann, die einige der am vorliegenden Verfahren beteiligten Parteien angeführt haben.

44. Im Laufe des Verfahrens ist auf die Ausnahmen in Artikel 2 Absätze 2 bis 4 der Richtlinie 76/207 hingewiesen worden, die einige Beteiligte für anwendbar halten. Während die Klägerin und die Kommission diese zwar erwähnen, ihre Anwendbarkeit jedoch — wenn auch aus verschiedenen Gründen — ausschließen, scheint die Freie und Hansestadt Hamburg die in Artikel 2 Absatz 3 vorgesehene Ausnahme hier für anwendbar zu halten, und zwar aufgrund der Erwägung, dass das unterschiedliche Rentenalter den Erfordernissen des Schutzes der unter diese Vorschrift fallenden Frauen entspreche.

45. Da ich nicht die Richtlinie 76/207, sondern die Richtlinie 79/7 für anwendbar halte, könnte ich darauf verzichten, die Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmungen zu erörtern. Ich möchte sie gleichwohl prüfen, und zwar sowohl für den Fall, dass der Gerichtshof meine Beurteilung nicht teilt, als auch, weil die zuletzt genannte Ausnahme deutliche Ähnlichkeiten mit der in Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 79/7 vorgesehenen aufweist.

46. Mir scheint allerdings klar, dass die in Artikel 2 Absätze 2 und 4 der Richtlinie 76/207 vorgesehenen Ausnahmen hier nicht zum Tragen kommen: Absatz 2, da er die beruflichen Tätigkeiten betrifft, für die das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung darstellt, und Absatz 4, weil er die Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen betrifft. Aber auch die in Artikel 2 Absatz 3 der Richtlinie 76/207 vorgesehene Ausnahme (und folglich auch die vergleichbare Ausnahme in Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 79/7) ist hier nicht von Bedeutung. Der Gerichtshof hat nämlich in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass diese Ausnahme nicht, wie die Freie und Hansestadt Hamburg meint, auf sozialen Gründen beruht, die mit der Situation der Frau zusammenhängen und oft als Doppelbelastung als Arbeitnehmerin und Hausfrau bezeichnet werden; die Ausnahme bezweckt vielmehr nur den Schutz der körperlichen Verfassung der Frau während und nach der Schwangerschaft sowie den Schutz der besonderen Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind [24].

24 — Siehe unter vielen anderen Urteile vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 184/83 (Hofmann, Slg. 1984, 3047, Randnrn. 25 und 26); vom 25. Oktober 1988 in der Rechtssache 312/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 6315, Randnr. 13); vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-345/89 (Stoeckel, Slg. 1991, I-4047, Randnr. 13), vom 30. April 1998 in der Rechtssache C-136/95 (Thibault, Slg. 1998, I-2011, Randnr. 25) und vom 19. November 1998 in der Rechtssache C-66/96 (Høj Pedersen u. a., Slg. 1998, I-7327, Randnr. 54).

47. Ich wende mich nunmehr den in der Richtlinie 79/7 vorgesehenen Ausnahmen zu. Alle Beteiligten sind zu Recht auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a dieser Richtlinie eingegangen, der wie gesagt hinsichtlich der „Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaiger Auswirkungen daraus auf andere Leistungen" eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung vorsieht.

48. Hier muss ich zunächst das Vorbringen der Klägerin zurückweisen, die genannte Ausnahme sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar, da der Tarifvertrag erst 1995 abgeschlossen worden sei, also nach Erlass dieser Regelung, die gerade aufgrund dieser Ausnahme ein unterschiedliches Rentenalter aufgrund des Geschlechts vorsieht. Geht man nämlich davon aus, dass die Altersteilzeit eine Sozialleistung darstellt, die in einen der in Artikel 3 der Richtlinie 79/7 genannten Vorsorgebereiche fällt, so sieht Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a selbst vor, dass der Vorbehalt hinsichtlich der für die Altersrente festgesetzten unterschiedlichen Altersgrenzen grundsätzlich auch für die Auswirkungen gilt, die sich daraus auf andere Leistungen ergeben. Keine eigene Bedeutung hat zudem der Umstand, dass der Tarifvertrag nach Erlass der Bestimmungen, die diese Grenzen festlegen, und insbesondere nach Inkrafttreten der Richtlinie geschlossen wurde. Denn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes kann „die... Aufrechterhaltung eines für Männer und Frauen unterschiedlichen Rentenalters... *auch nach Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie* den Erlass von Maßnahmen, die untrennbar mit dieser Ausnahmeregelung verbunden sind, sowie die Änderung derartiger Maßnahmen erforderlich machen[25]", auch wenn diese Maßnahmen nicht unter die Regelung der Altersrente fallen[26]. Dazu hat der Gerichtshof ausgeführt: „Der Ausnahme in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie würde nämlich ihre praktische Wirksamkeit genommen, wenn ein Mitgliedstaat, der für Männer und Frauen ein unterschiedliches Rentenalter festgesetzt hat, nach Ablauf der Umsetzungsfrist keine damit zusammenhängenden Maßnahmen erlassen oder ändern dürfte."[27]

49. Wenn somit die Altersteilzeit in den Geltungsbereich der Richtlinie 79/7 fällt und außerdem grundsätzlich „eine andere Leistung" im Sinne des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a dieser Richtlinie sein kann, bleibt zu prüfen, ob die fragliche Regelung tatsächlich aufgrund dieser Bestimmung gerechtfertigt werden kann. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes ist, wenn „ein Mitgliedstaat unter Berufung auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie [79/7] für die Gewährung der Alters- und Ruhestandsrente für Männer und Frauen ein unterschiedliches Alter fest[setzt],... der mit der Wendung ‚etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen' in Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a

25 — Hepple (Nr. 23, Hervorhebung von mir); in demselben Sinn Urteil vom 23. Mai 2000 in der Rechtssache C-104/98 (Buchner u. a., Slg. 2000, I-3625, Randnr. 23).

26 — Hepple, Randnr. 20.

27 — Hepple, Randnr. 24.

definierte Anwendungsbereich der zugelassenen Ausnahme auf solche in anderen Leistungssystemen bestehenden Diskriminierungen beschränkt, die notwendig und objektiv mit dieser unterschiedlichen Altersgrenze verbunden sind" [28]. Bei dieser Gelegenheit hat der Gerichtshof weiter präzisiert, dass diese letzte Voraussetzung vorliegen kann, wenn „die Diskriminierungen objektiv erforderlich sind, um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit gefährdet wird, oder um die Kohärenz zwischen dem System der Altersrenten und dem der anderen Leistungen zu gewährleisten" [29].

50. In Wirklichkeit hat keiner der am vorliegenden Verfahren Beteiligten vorgetragen, dass die fragliche Altersteilzeitregelung aufgrund der ersten vom Gerichtshof angegebenen Zielsetzung gerechtfertigt sein könnte, nämlich um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des deutschen Rentensystems gefährdet wird. Die Freie und Hansestadt Hamburg und die deutsche Regierung haben vielmehr, wie oben ausführlich dargelegt, auf die andere Zielsetzung und insbesondere darauf hingewiesen, dass die genannte Regelung gerade bezwecke, die Kohärenz zwischen dem Rentensystem und dem System zum Schutz gegen das Risiko der Arbeitslosigkeit sicherzustellen. Konkret haben sie unter Hinweis auf die Zielsetzung des fraglichen Systems und die öffentliche Intervention für die Finanzierung eines Teils des Gehaltes der zur Altersteilzeit zugelassenen Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass der Ausschluss der Arbeitnehmerinnen, die das 60. Lebensjahr vollendet und bereits einen Rentenanspruch erworben haben, von der Altersteilzeit objektiv erforderlich sei, um nicht das System der Versicherung gegen Arbeitslosigkeit zu beeinträchtigen, das zu den Systemen gehöre, die Gegenstand der Richtlinie 79/7 (Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a) seien, und um nicht die Kohärenz zwischen diesem System und dem Rentensystem zu gefährden.

51. Die Kommission wendet sich gegen die Auffassung, dass zwischen diesen beiden Systemen ein solcher Zusammenhang bestehe. Sie hat insbesondere, wie ich bereits ausgeführt habe, in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass beim derzeitigen Stand des deutschen Rechts Arbeitnehmerinnen, die das 60. Lebensjahr vollenden, d. h. das Rentenalter erreichen [30], ohnehin statt in Rente zu gehen, weiter Vollzeit- oder Teilzeitarbeit (in diesem Fall allerdings gegen ein normalerweise von der tatsächlichen Arbeitszeit abhängiges Entgelt) verrichten können. Wenn dem so sei, sei nicht ersichtlich, wie die Kohärenz zwischen den beiden Systemen dadurch in Gefahr gebracht und insbesondere die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beeinträchtigt werden sollte, dass diesen Arbeitnehmerinnen gestattet werde, über ihr 60. Lebensjahr hinaus zu arbeiten, indem sie *zusätzlich* in den Genuss der Altersteilzeit kämen, da die Arbeitnehmerinnen auch ohne Teilzeitregelung weiter-

28 — Hepple, Randnr. 25 mit weiteren Nachweisen.

29 — Hepple, Randnr. 26 mit weiteren Nachweisen, u. a. auf das bereits mehrfach zitierte Urteil Thomas.

30 — Natürlich in dem Fall, dass sie die Voraussetzungen des § 39 SGB VI erfüllen.

arbeiten und somit ihren Arbeitsplatz beibehalten könnten.

52. Ich muss jedoch sagen, dass die Dinge nicht so einfach sind. Zunächst glaube ich nämlich nicht, dass man Fälle, die in Wirklichkeit sehr verschieden sind, gleichsetzen kann: Zum einen eine sozusagen normale Vollzeit- oder Teilzeiterwerbstätigkeit, zum anderen die Altersteilzeit, die, wie wir gesehen haben, zumindest hinsichtlich der verfolgten Ziele, des Funktionierens und der Finanzierung signifikante und wesentliche Besonderheiten aufweist. Man denke nur daran, dass in den beiden vorgenannten Fällen weder das Entgelt (das bei Altersteilzeit höher ist) noch die Belastung der Bundesanstalt (die dem Arbeitgeber den größten Teil des Entgelts vollständig auszahlen muss) gleich sind. Es einer Arbeitnehmerin, die im Alter von 60 Jahren bereits einen Rentenanspruch erworben hat, zu gestatten, sich für Altersteilzeit zu entscheiden, würde somit bedeuten, sie aufgrund der günstigeren Bedingungen, die dieses System vorsieht, zur Fortsetzung ihrer Berufstätigkeit zu ermutigen. Auf diese Weise würde, wie die Beklagte und die deutsche Regierung ausgeführt haben, zum einen das System der sozialen Sicherheit zusätzlich belastet, wodurch Mittel von anderen Zielen abgezogen würden, zum anderen würde ein Arbeitsplatz weiter besetzt bleiben, der nach der fraglichen Regelung gerade für einen Arbeitsuchenden bestimmt ist. Man würde somit das Gegenteil von dem erreichen, was der deutsche Gesetzgeber gewollt hat, der unter dem Gesichtspunkt der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit die Versetzung von Arbeitnehmern, die noch keinen Rentenanspruch erworben haben, in den Ruhestand so weit wie möglich vorziehen wollte.

53. Gerade diese letzte Erkenntnis liefert meines Erachtens den Schlüssel für das Verständnis der zu prüfenden Frage, indem sie dieser eine korrekte Formulierung gibt, die teilweise durch eine gewisse Verwirrung in der Diskussion und teilweise durch die objektive Komplexität der einschlägigen deutschen Regelung, die ich gerade aus diesem Grund weiter oben ausführlich habe darlegen wollen, verschleiert war. Obwohl in der Erörterung der Akzent nur auf das Alter der Arbeitnehmer und die daraus folgende Unterscheidung zwischen Männern und Frauen aufgrund des unterschiedlichen Rentenalters gelegt wurde, knüpft die Altersteilzeitregelung in Wirklichkeit an den Zeitpunkt an, in dem die Arbeitnehmer einen Rentenanspruch erwerben, und ist somit unter Berücksichtigung der Vielgestaltigkeit der Fälle, deren Erfassung das deutsche Recht insoweit ermöglicht, recht unterschiedlich aufgebaut und konzipiert (siehe oben, Nr. 12). Diese Fälle können gewiss das unterschiedliche Rentenalter für Männer und Frauen betreffen, sie betreffen aber auch andere Gesichtspunkte, wie etwa für beide Geschlechter den psychophysischen Zustand des Arbeitnehmers (schwere Behinderung und Berufsunfähigkeit), die Art der Arbeit (bei Bergleuten), die Mindestversicherungszeit, die Entrichtung von Pflichtbeiträgen für eine bestimmte Anzahl von Jahren und die Arbeitslosigkeit.

54. Aus alledem ergibt sich, dass die fragliche Regelung, wie auch die Freie und Hansestadt Hamburg ausgeführt hat, dem von ihr verfolgten rechtmäßigen sozialpolitischen Zweck völlig entspricht, nämlich die Versetzung der Arbeitnehmer, die noch keinen Rentenanspruch erworben haben, in den Ruhestand so weit wie möglich vorzuziehen, um die Beschäftigung von Arbeitslosen auf den frei werdenden Arbeitsplätzen zu ermöglichen. Damit kann der Anknüpfungspunkt nur der Zeitpunkt sein, in dem der Betroffene einen Rentenanspruch erwirbt, mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen, auch hinsichtlich eventueller Diskriminierungen aufgrund einer solchen Wahl: Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts, aber, wie wir gesehen haben, auch aufgrund anderer Situationen, die ich soeben erwähnt habe. Wenn dies zutrifft, können diese Diskriminierungen nicht als willkürlich angesehen werden, sondern vielmehr, unter Berücksichtigung dessen, was ich oben ausgeführt habe und im Einklang mit der zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofes im Urteil Hepple, nur als „objektiv erforderlich..., um zu verhindern, dass das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit gefährdet wird, oder um die Kohärenz zwischen dem System der Altersrenten und dem der anderen Leistungen zu gewährleisten".

55. Ich komme deshalb zu dem Ergebnis, dass eine Diskriminierung wie die, um die es im Ausgangsrechtsstreit geht, notwendig und objektiv mit dem unterschiedlichen Rentenalter für Männer und Frauen zusammenhängt und deshalb nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7 sowie allgemeiner aufgrund der Zielsetzung der Altersteilzeitregelung und der dieser zugrunde liegenden objektiven Erfordernisse gerechtfertigt werden kann.

56. Die erste Vorabentscheidungsfrage ist somit dahin zu beantworten, dass Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 einer tarifvertraglichen Regelung für den öffentlichen Dienst nicht entgegensteht, die männlichen wie weiblichen Beschäftigten die Inanspruchnahme von Altersteilzeit nur bis zu dem Zeitpunkt gestattet, in dem sie erstmalig eine ungekürzte Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung in Anspruch nehmen können, auch wenn die Gruppe der Personen, die eine ungekürzte Rente bereits mit 60 Jahren beziehen können, fast ausschließlich aus Frauen besteht, während die Gruppe, die eine ungekürzte Rente erst ab 65 beziehen kann, fast ausschließlich aus Männern besteht.

B — *Die zweite Vorabentscheidungsfrage*

57. Aufgrund dieser Beantwortung in der ersten Frage wäre es nicht nötig, auf die zweite Frage einzugehen, da das vorlegende Gericht diese zwar selbständig formuliert, jedoch eindeutig nur für den Fall der Beja-

hung der ersten Frage gestellt hat. Ich prüfe sie gleichwohl für den Fall, dass der Gerichtshof meine Auffassung zur ersten Frage nicht teilt.

58. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob die innerstaatlichen Gerichte befugt sind, gesetzliche oder tarifvertragliche Bestimmungen, die, da sie diskriminierend sind, gegen die Richtlinien 76/207 und 79/7 verstoßen, so lange unangewendet zu lassen, bis eine diskriminierungsfreie Regelung geschaffen ist.

1. Vorbringen der Parteien

59. Die Kommission, die davon ausgegangen war (siehe Nr. 21 dieser Schlussanträge), dass die Richtlinie 76/207 auf den vorliegenden Fall anwendbar ist — und die in der mündlichen Verhandlung nicht auf diesen Punkt eingegangen ist, auch wenn sie in der Zwischenzeit die Anwendung der Richtlinie 79/7 ins Auge gefasst hat —, hat im schriftlichen Verfahren vorgetragen, dass sich die Antwort auf die zweite Frage normalerweise in den innerstaatlichen Umsetzungsbestimmungen finden müsste (insbesondere in den Bestimmungen zur Umsetzung des Artikels 5 Absatz 2 der Richtlinie 76/207), mit denen, wie die Kommission meint, die Bundesrepublik Deutschland diese beiden Richtlinien in das deutsche Recht umgesetzt hat. Freilich habe weder das vorlegende Gericht noch die deutsche Regierung noch die Kommission angegeben, welche Maßnahmen — wenn überhaupt — die Bundesrepublik Deutschland getroffen hat, um Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 76/207 umzusetzen.

60. Konkret hat die Kommission, die davon ausgeht, dass die Altersteilzeit im Wesentlichen nur im Tarifvertrag geregelt ist[31], ausgeführt, dass, wenn der deutsche Gesetzgeber für die erste der drei in Buchstabe b dieser Bestimmung angegebenen Lösungen, d. h. (was den vorliegenden Fall betrifft) für die automatische Nichtigkeit der dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechenden Bestimmungen von Tarifverträgen optiert hätte, sich das in der zweiten Vorabentscheidungsfrage aufgeworfene Problem nicht einmal stellen würde. Hätte der nationale Gesetzgeber dagegen eine der beiden anderen Lösungen gewählt, d. h. die Möglichkeit, die in den genannten Tarifverträgen enthaltenen diskriminierenden Bestimmungen für nichtig zu erklären oder zu ändern, so könnte die vollständige und unmittelbare Wirksamkeit der einschlägigen Gemeinschaftsbestimmung durch die Schwierigkeiten beeinträchtigt werden, denen sich der Betroffenen gegenübersehen könnte, um die Nichtigerklärung oder Änderung dieser Bestimmung zu erhalten. Im vorliegenden Fall dürften diese Schwierigkeiten jedoch nicht besonders groß sein, da die Klägerin

31 — Dies aufgrund der knappen Angaben im Vorlagebeschluss, wo nicht einmal das Altersteilzeitgesetz erwähnt wird.

eine öffentliche Bedienstete ist. Hier müsste nämlich der nationale Gesetzgeber gemäß dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit der Richtlinien der Nichtigkeitserklärung oder der Änderung der diskriminierenden Bestimmungen Rückwirkung verleihen, zumindest für die Fälle, in denen bereits Klage erhoben worden ist. Denn die gerichtliche Geltendmachung der in der Richtlinie 76/207 verankerten Rechte gegen den Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber würde ihre Wirksamkeit verlieren, wenn die Nichtigerklärung oder Änderung keine Wirkungen ex tunc hätte (siehe Artikel 6 der Richtlinie 76/207). Wäre es somit aus praktischen Gründen nicht möglich, der Nichtigerklärung oder Änderung der diskriminierenden Bestimmungen Rückwirkung zu verleihen, so müsste der Gesetzgeber die Möglichkeit einer Entschädigung vorsehen, z. B. in Form der Gewährung zusätzlicher Beitragsjahre zur Altersversicherung, so dass den Ansprüchen der Betroffenen im vorliegenden Fall Genüge getan wäre.

61. Hätte der deutsche Gesetzgeber die Richtlinie 76/207 dagegen nicht vollständig umgesetzt, so müssten nach Auffassung der Kommission die dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechenden innerstaatlichen Bestimmungen gemäß dem Marshall-Urteil unangewendet bleiben, in dem der Gerichtshof die unmittelbare Wirkung der fraglichen Richtlinie in einem Fall bejaht habe, in dem der Arbeitnehmer seine Rechte gegen den Staat in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer geltend gemacht habe. Unerheblich sei, dass die diskriminierenden Bestimmungen nur teilweise vom Staat und teilweise auch im Einvernehmen mit den Gewerkschaften (durch Tarifvertrag) erlassen worden seien, da die Gewerkschaften die Aufgabe hätten, die Rechte der Arbeitnehmer zu wahren. Sie würden in einer Weise handeln, die mit ihrer Aufgabe unvereinbar sei, wenn sie Klauseln in Tarifverträgen verteidigen würden, die grundlegenden arbeitsrechtlichen Vorschriften widersprächen.

62. Die deutsche Regierung hat zur zweiten Vorabentscheidungsfrage nicht Stellung genommen, die Freie und Hansestadt Hamburg hat sich auf einen allgemeinen Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes beschränkt. Sie hat konkret zur Frage der mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbaren Tarifverträge auf das Urteil Nimz [32] verwiesen, wo der Gerichtshof die Simmenthal-Rechtsprechung [33], wonach das nationale Gericht bei der Anwendung von Bestimmungen des Gemeinschaftrechts gehalten ist, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts unangewendet lässt, auf den zu entscheidenden Fall erstreckt hat.

32 — Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297).

33 — Urteil vom 9. März 1978 in der Rechtssache 106/77 (Simmenthal, Slg. 1978, 629).

2. Würdigung

63. Für die Beantwortung der zu prüfenden Frage gehe ich aus den ausführlich dargelegten Gründen davon aus, dass auf den vorliegenden Fall die Richtlinie 79/7 anwendbar ist. Diese verpflichtet die Mitgliedstaaten ebenso wie die Richtlinie 76/207, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beseitigen (vgl. Artikel 5 bzw. Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a) und die innerstaatlichen Vorschriften zu erlassen, die notwendig sind, damit jeder, der sich für aus Gründen des Geschlechts diskriminiert hält, seine Rechte gerichtlich geltend machen kann (siehe Artikel 6 beider Richtlinien). Aufgrund des Gegenstands der Richtlinie 79/7 enthält diese dagegen keine Bestimmung, die Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 76/207 entspricht, der die vorgenannte Verpflichtung auch auf Vorschriften erstreckt, die in anderen Rechtsakten enthalten sind, insbesondere, was uns hier interessiert, in Tarifverträgen. Diese Bestimmung scheint mir jedoch nützliche Anhaltspunkte für die Frage zu enthalten, welche Instrumente geeignet sind, um wirksam die Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung auch im Hinblick auf die Richtlinie 79/7 zu garantieren.

64. Wie ich bereits bemerkt habe, beruht das Fehlen einer Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 76/207 entsprechenden Bestimmung in der Richtlinie 79/7 ganz offensichtlich darauf, dass die Richtlinie 79/7 aufgrund ihres Gegenstands grundsätzlich auf gesetzliche Systeme verweist. Ist jedoch wie hier der Inhalt derartiger Regelungen in einem Tarifvertrag festgelegt, in einen solchen Vertrag aufgenommen oder durch ihn durchgesetzt, so kommen die dieser Vorschrift zugrunde liegenden Gründe voll zum Tragen; die betreffenden Lösungen müssen folglich auch in diesem Fall als mögliche Instrumente berücksichtigt werden, die dazu bestimmt sind, entsprechend der Zielsetzung der Richtlinie 79/7 die vollständige Einhaltung der in den Richtlinien verankerten Grundsätze sicherzustellen. Der Gerichtshof hat im Übrigen in einer Rechtsprechung, die allgemeine Gültigkeit besitzt, ausgeführt, dass „das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts anzuwenden hat, gehalten [ist], für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste“ [34], und zwar auch „für den Fall, dass sich die dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehende Bestimmung aus einem Tarifvertrag ergibt“ [35]. Er hat im Übrigen genau im Hinblick auf das in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 verankerte Diskriminierungsverbot ausgeführt, dass dieses auch für Tarifverträge gelte [36]. „Der Umstand, dass die... Regierung [des be-

34 — Urteil Nimz, Randnr. 19, wo, wie ich ausgeführt habe, auf das Urteil Simmenthal verwiesen wird.

35 — Urteil Nimz, Randnr. 20.

36 — Urteil vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-187/98 (Kommission/Griechenland, Slg. 1999, I-7713, Randnr. 44).

treffenden Mitgliedstaats] nicht an der Aushandlung von Tarifverträgen beteiligt ist, kann sie nicht von der Verpflichtung entbinden, die *ergänzenden* Vorschriften zu erlassen, die geboten sind, um die Einhaltung der Vorgaben aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu sichern" [37].

65. Somit bleibt konkret zu prüfen, über welche Befugnisse die innerstaatlichen Gerichte verfügen, um den Grundsatz der Gleichbehandlung in einem Fall der vorliegenden Art zu wahren. Da wir nicht wissen, ob und gegebenenfalls welche Maßnahmen die Bundesrepublik Deutschland ergriffen hat, um Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 76/207 umzusetzen, sind alle insoweit vorstellbaren Fälle zu prüfen, wobei jede mögliche konkret vom deutschen Gesetzgeber gewählte Lösung die in den Richtlinien aufgestellten Grundsätze vollständig beachten muss.

66. Wenn wir somit zunächst davon ausgehen, dass die Wahl des deutschen Gesetzgebers auf eine Lösung von der Art gefallen ist, wie sie in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 76/207 vorgesehen ist, d. h., dass die Nichtigerklärung oder mögliche Änderung der diskriminierenden Bestimmungen in Tarifverträgen vorgesehen wurde, so ist klar, dass, wie die Kommission ausführt, dem betroffenen Arbeitnehmer kein Schaden aufgrund der Zeit entstehen darf, die in diesem Fall nötig ist, um seine Rechte vor Gericht geltend zu machen. Es muss also möglich sein, der Nichtigerklärung oder Änderung Rückwirkung zu verleihen. Hierzu ist auf die Entscheidung des Gerichtshofes in der Rechtssache Kommission/Griechenland hinzuweisen, in der gerade im Hinblick auf die Richtlinie 79/7 klargestellt worden ist, dass die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, „durch geeignete Rechts- und Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass alle Arbeitnehmer der Gemeinschaft *in vollem Umfang* den Schutz der Richtlinie in Anspruch nehmen können" (Randnr. 47, Hervorhebung von mir), die Verpflichtung umfasst, die rückwirkende Beseitigung der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorzusehen (siehe Randnr. 48).

67. Hätte die Bundesrepublik Deutschland dagegen die fragliche Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt, so müsste sie gleichwohl den Schutz der durch diese garantierten Rechte sicherstellen. Bekanntlich sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes „in all den Fällen, in denen Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich

37 — Kommission/Griechenland, Randnr. 50 (Hervorhebung von mir).

als unbedingt und hinreichend genau erscheinen, die Einzelnen berechtigt..., sich gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen zu berufen, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß in nationales Recht umsetzt oder eine unzutreffende Umsetzung der Richtlinie vornimmt" [38], und zwar weil der Staat „den Einzelnen nicht entgegenhalten kann, dass er die aus der Richtlinie erwachsenen Verpflichtungen nicht erfüllt hat" [39]. Nach einer nunmehr gefestigten Rechtsprechung hat Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 unmittelbare Wirkung, da er „hinreichend genau und unbedingt ist, so dass er von Einzelnen vor den nationalen Gerichten in Anspruch genommen werden kann, um die Anwendung aller mit ihm unvereinbaren nationalen Vorschriften auszuschließen" [40].

68. Zwar können sich die Betroffenen auf eine unmittelbar wirksame Richtlinienbestimmung nur gegenüber einem Mitgliedstaat berufen [41]; der Gerichtshof hat jedoch bekanntlich auch ausgeführt, dass „wenn die Rechtsbürger imstande sind, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie zu berufen, sie dies unabhängig davon tun können, in welcher Eigenschaft — *als Arbeitgeber* oder als Hoheitsträger — der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muss nämlich verhindert werden, dass der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann" [42]. Da nun im vorliegenden Fall der Arbeitgeber die Freie und Hansestadt Hamburg ist, also eine Gebietskörperschaft und damit letztlich der Staat, kann sich die Klägerin auf das Diskriminierungsverbot des Artikels 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7 berufen und ihre Rechte somit auch rückwirkend durchzusetzen [43].

69. Im Ergebnis bin ich der Auffassung, dass die zweite Vorabentscheidungsfrage zu bejahen ist.

38 — Urteil Marshall, Randnr. 46 mit weiteren Nachweisen.

39 — Urteil Marshall, Randnr. 47.

40 — Urteil Balestra (Randnr. 32 mit weiteren Nachweisen); siehe auch Urteile Ruzius Wilbrink (Randnr. 19 mit weiteren Nachweisen); Urteil vom 1. Juli 1993 in der Rechtssache C-154/92 (van Cant, Slg. 1993, I-3811, Randnr. 17 mit weiteren Nachweisen) und 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-337/91 (van Gemert-Derks, Slg. 1993, I-5435, Randnrn. 31 ff. mit weiteren Nachweisen). In demselben Sinne zu Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie 76/207 siehe für alle Urteil Marshall (Randnr. 52) und Urteil vom 12. Juli 1990 in der Rechtssache C-188/89 (Foster/British Gas, Slg. 1990, I-3313, Randnr. 21).

41 — Urteil Marshall, Randnr. 48, und Urteil vom 14. Juli 1994 in der Rechtssache C-91/92 (Faccini Dori, Slg. 1994, I-3325, Randnrn. 19 bis 25).

42 — Urteil Marshall, Randnr. 49 (Hervorhebung von mir).

43 — Aufgrund dessen, was sich aus dem zitierten Urteil Kommission/Griechenland ergibt (siehe oben Nr. 55).

IV — Ergebnis

70. Aufgrund dieser Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. Dezember 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit steht einer tarifvertraglichen Regelung für den öffentlichen Dienst nicht entgegen, die männlichen wie weiblichen Beschäftigten die Inanspruchnahme von Altersteilzeit nur bis zu dem Zeitpunkt gestattet, in dem sie erstmalig eine ungekürzte Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung in Anspruch nehmen können, auch wenn die Gruppe der Personen, die eine ungekürzte Rente bereits mit 60 Jahren beziehen können, fast ausschließlich aus Frauen besteht, während die Gruppe, die eine ungekürzte Rente erst ab 65 beziehen kann, fast ausschließlich aus Männern besteht.

71. Hilfsweise schlage ich für den Fall, dass der Gerichtshof zu der Auffassung kommt, dass die im deutschen Recht vorgesehene Altersteilzeitregelung mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen unvereinbar ist, vor, die zweite Vorabentscheidungsfrage wie folgt zu beantworten:

Die innerstaatlichen Gerichte sind befugt, bei Verstoß von tariflichen und gesetzlichen Regelungen gegen die Richtlinie 76/207/EWG 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 bzw. gegen die Richtlinie 79/7/EWG die entsprechenden Regelungen unter Außerachtlassung der gemeinschaftsrechtswidrigen Einschränkungen zugunsten der benachteiligten Gruppe so lange anzuwenden, bis durch die Tarifvertragsparteien und/oder den Gesetzgeber eine diskriminierungsfreie Regelung geschaffen ist.