

auf biologische Unterschiede zurückgehen. Darin liegt keine Ungleichbehandlung „wegen des Geschlechts“ wie bei den Entscheidungen zum Hausarbeitstag (BVerfGE 52, 369) und zur Festsetzung unterschiedlicher Tabellenwerte (BVerfGE 57, 335), sondern eine Maßnahme, die auf eine Kompensation erlittener Nachteile zielt.

c) Bei der Prüfung, ob solche Nachteile entstanden sind, wie lange sie fortwirken und welche Maßnahmen als Ausgleich in Betracht kommen, ist grundsätzlich von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen.

Diese Nachteile sind in den Stellungnahmen des Juristinnenbundes, des Deutschen Gewerkschaftsbundes und der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte dargestellt. Würde es sich allein um einen Ausgleich für die Doppelbelastung handeln, könnte es zweifelhaft sein, ob eine unterschiedliche Behandlung auch zugunsten von Frauen ohne diese Doppelbelastung und zum Nachteil von Männern mit einer solchen statthaft wäre (vgl. BVerfGE 52, 369; 57, 335). Es kommen aber weitere Umstände hinzu, die der Gesetzgeber in typisierender Betrachtungsweise berücksichtigen durfte.

So weist die Bundesversicherungsanstalt zutreffend darauf hin, daß das Ausbildungsdefizit der Frauen, welches ihre berufliche Stellung und damit ihr Arbeitsentgelt sowie ihre Rentenerwartung in der Vergangenheit maßgeblich beeinträchtigt hat, in typischen Fällen durch eine Antizipierung der erwarteten Stellung der Frau als spätere Mutter verursacht worden ist. Ähnliche Ursachen dürften auch vielfach die Beschäftigung in unteren Lohngruppen und die geringeren Aufstiegschancen der Frau im Beruf haben. Die typischen Unterbrechungen einer entgeltlichen Tätigkeit durch Zeiten von Schwangerschaft, Geburt und Kindererziehung haben zudem bei Frauen häufig zur Folge, daß sie im Gegensatz zu Männern von der Inanspruchnahme des flexiblen Altersruhegeldes bei Vollendung des 63. Lebensjahres deswegen keinen Gebrauch machen können, weil sie die besondere Voraussetzung einer 35jährigen Versicherungszeit nicht erfüllen. All das aber läßt sich im Kern auf die Funktion oder jedenfalls die mögliche Stellung weiblicher Versicherter als Ehefrau und Mutter, also auf biologische Umstände, zurückführen.

d) Zum Ausgleich dieser Nachteile erscheint die Einräumung des den Frauen gewährten, nicht allzu erheblichen Vorteils unbedenklich.

III.

Der Wandel in den tatsächlichen Verhältnissen, der sich schon vollzogen hat und noch vollzieht, und die Angleichung der Rechtsordnung an die gebotene Gleichstellung von Frau und Mann lassen erwarten, daß die Umstände, welche die verfassungsrechtliche Prüfung unter dem Gesichtspunkt des Nachteilsausgleiches beeinflussen, im Laufe der weiteren Entwicklung an Bedeutung verlieren werden.

Urteil

BAG, Art 119 EWG

Mittelbare Diskriminierung durch Versorgungsordnung (Bilka-Urteil*)

1. Art. 119 EWG-Vertrag verbietet nicht nur Vergütungsregelungen, die unmittelbar nach dem Geschlecht der Arbeitnehmer differenzieren. Auch eine mittelbare Diskriminierung verstößt gegen das Lohngleichheitsgebot.

2. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs liegt der objektive Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung vor, wenn eine Vergütungsregelung Arbeitnehmer ausnimmt und dabei auf Gruppenmerkmale abstellt, die aus geschlechtsspezifischen Gründen wesentlich mehr Frauen als Männer erfüllen. Das ist z. B. bei einer Versorgungsregelung anzunehmen, wenn sie Teilzeitbeschäftigte generell ausnimmt oder eine 15-jährige Wartezeit verlangt, die nur Vollzeitbeschäftigte erfüllen können.

3. Ist der objektive Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung gegeben, muß der Arbeitgeber zur Rechtfertigung seiner Regelung darlegen und beweisen, daß die Differenzierung einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmers dient und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist.

4. Verstößt eine Versorgungsordnung gegen das Lohngleichheitsgebot, weil sie Teilzeitbeschäftigte diskriminiert, so ist nicht die gesamte Versorgungsordnung nichtig, sondern nur die diskriminierende Sonderbestimmung. Die Kostensteigerung, die durch die Einbeziehung der Teilzeitbeschäftigten entsteht, kann der Arbeitgeber nur für die Zukunft durch eine anpassende Betriebsvereinbarung korrigieren; in der Vergangenheit erdiente Versorgungsansprüche und Anwartschaften müssen hingegen nach der alten Versorgungsordnung berechnet werden.

(Amtliche Leitsätze)

Urteil des BAG vom 14.10.1986 – 3 AZR 66/83 –

Aus den Gründen:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Die Klägerin hat eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft erworben.

I.

Das Klagebegehren kann allerdings nicht allein auf die Versorgungsordnung der Beklagten gestützt werden. Diese verlangt in der Fassung vom 26. Oktober 1973, die zur Zeit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses galt, eine mindestens 20jährige Betriebszugehörigkeit mit mindestens 15jähriger Vollzeitbeschäftigung.

* Vorinstanzen waren: ArbG Frankfurt, Urteil vom 25. 1. 1978 – 6 Ca 368/77; LAG Frankfurt, Urteil vom 10.11.1978; durch Urteil des BAG vom 6.4.1982 (BAG 38, 232 = AP Nr. 1 zu § 1 Betr. AVG Gleichbeh.) zurückverwiesen an LAG; LAG Frankfurt, Urteil vom 5.11.1982 – 6 Sa 664/82 (= BB 1983, 966); Vorlagebeschluß des BAG an EuGH vom 5.6.1984 (BAG 46, 70 = AP Nr. 3 nach Art. 119 EWG Vertrag; siehe STREIT 3/84, 89); EuGH, Urteil vom 13.5.1986 – 170/84 (in STREIT 4/96, 126 ff.).

Bei Beginn des Arbeitsverhältnisses war die Klägerin zunächst als vollzeitbeschäftigte Verkäuferin tätig. Sie konnte aber in dieser Zeit noch keine unverfallbare Versorgungsanwartschaft erwerben, die gegen nachträgliche Verschlechterungen zu schützen gewesen wäre, weil sie die von der Rechtsprechung geforderte Unverfallbarkeitsfrist (20 Jahre) nicht erfüllte und das Betriebsrentengesetz noch nicht galt.

II.

Die Wartezeitregelung der Versorgungsordnung ist jedoch nichtig, soweit sie eine 15jährige Vollzeitbeschäftigung verlangt und damit Teilzeitbeschäftigte ganz überwiegend ausschließt. Diese Unterscheidung bedeutet eine mittelbare Diskriminierung der weiblichen Arbeitnehmer. Sie verstößt gegen das Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag.

1.

Nach Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag müssen die Mitgliedsstaaten den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und gewährleisten. Daraus folgt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unmittelbar geltendes Recht in den Mitgliedstaaten; die betroffenen Arbeitnehmer haben einen Anspruch darauf, daß ihre Arbeitgeber das Lohnleichheitsgebot befolgen (Urteil des EuGH vom 8. April 1976 – RS 43/75 – Defrenne II – EuGHE 1976, 1. Teil, S. 455 = NJW 1976 S. 2068 ff.). Nach deutschem Recht sind vertragliche Regelungen, die gegen das Lohnleichheitsgebot verstoßen, nichtig (§ 134 BGB).

2.

Das Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag gilt auch für betriebliche Versorgungsleistungen. Diese werden zwar nicht im Austausch gegen zeitlich bestimmte Arbeitsleistungen erworben, sondern müssen im Laufe eines Arbeitslebens erdient werden und sind erst nach Eintritt des Versorgungsfalles fällig. Sie gehören aber zur Vergütung im weiteren Sinne wie alle anderen betrieblichen Sozialleistungen. Das entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, die dieser aufgrund des Vorlagebeschlusses im vorliegenden Verfahren mit Urteil vom 13. Mai 1986 (RS 170/84) ausdrücklich bestätigt hat.

3.

Das Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag gilt nicht nur für Vergütungsregelungen, die unmittelbar nach dem Geschlecht der Arbeitnehmer differenzieren. Auch eine mittelbare Diskriminierung ist verboten. Dazu hat der Europäische Gerichtshof auf Anfrage des Senats konkretisierende Grundsätze entwickelt, die die Gerichte der Mitgliedsstaaten binden. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß der Ausschluß der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung der Beklagten als mittelbare Diskriminierung anzusehen und deshalb nichtig ist.

a)

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist der objektive Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung durch drei Merkmale gekennzeichnet, die die umstrittene Versorgungsordnung erfüllt:

(1) Zunächst muß eine Vergütungsregelung vorliegen, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern ausschließt. Eine solche gruppenspezifische Regelung ist im Bereich der betrieblichen Altersversorgung in den unterschiedlichsten Formen üblich. Es können Leistungsvoraussetzungen, Befristungen und Bedingungen vorgesehen werden, die nicht von allen Arbeitnehmern gleichermaßen erfüllbar sind. Auch Wartezeiten, die in unverminderter Arbeitszeit erfüllt werden müssen, kommen als rechtstechnisches Mittel einer solchen Regelung in Betracht.

(2) Bei einer Regelung, die Arbeitnehmergruppen unterschiedlich behandelt, kann das Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag verletzt sein, wenn wesentlich mehr Frauen als Männer nachteilig betroffen sind. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes muß verglichen werden, wie sich die Regelung in ihrem Geltungsbereich für Männer einerseits und Frauen andererseits auswirkt. Zu diesem Zwecke sind Vergleichsgruppen zu bilden. Dabei kommt es nicht auf die absoluten Zahlen der betroffenen Arbeitnehmer, sondern auf die Prozentsätze an, zu denen Männer einerseits und Frauen andererseits die geforderten Voraussetzungen erfüllen. Bei einer betrieblichen Versorgungsordnung, deren persönlicher Geltungsbereich die ganze Belegschaft erfaßt, ist danach zunächst festzustellen, zu welchem Anteil Männer und Frauen an der Belegschaft beteiligt sind und damit als Begünstigte in Betracht kommen. Diesen Prozentsätzen ist gegenüberzustellen, zu welchem Anteil Männer und Frauen in einer Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung stehen. Wenn sich dabei herausstellt, daß der Anteil der Frauen an den Teilzeitbeschäftigten wesentlich höher ist als der Anteil der Frauen an den Vollbeschäftigten, so ist eine ungleiche Betroffenheit festzustellen: Durch die Ausnahmenvorschrift werden unverhältnismäßig mehr Frauen als Männer benachteiligt.

Die Beklagte hat in der mündlichen Revisionsverhandlung darauf hingewiesen, daß die Zusammensetzung von Belegschaften erheblichen Schwankungen unterliegt und durch organisatorische Maßnahmen des Unternehmens stark beeinflusst werden kann. Die Aussagekraft von Vergleichszahlen werde zudem unter Umständen dadurch gemindert, daß sie untypische und nicht vergleichbare Arbeitnehmergruppen einschließe, wie z. B. geringfügig beschäftigtes Reinigungspersonal oder hochqualifizierte leitende Angestellte. Das ist richtig. Statistische Zahlen dürfen nie schematisch verwertet werden. Daraus folgt jedoch nicht, daß ihnen jede Aussagekraft fehlt. Wenn Besonderheiten eines Unternehmens dazu führen, daß eine Gegenüberstellung aller weiblichen und männlichen Arbeitnehmer eines Betriebes kein aussagekräftiges Bild ergibt, müssen die verfälschenden

Faktoren ausgeschieden werden, untypische Arbeitnehmergruppen bei der Vergleichsrechnung außer Betracht bleiben.

Im vorliegenden Fall ergibt sich ein eindeutiges Bild. Die Wartezeitregelung, die eine 15jährige Vollzeitbeschäftigung fordert, wirkt sich für weibliche Arbeitnehmer der Beklagten zehnmal stärker aus als für deren männliche Kollegen. Das ergibt sich aus den Zahlen, die die Beklagte selbst vorgelegt und der Senat schon in seinem Vorlageschluß vom 5. Juni 1984 (BAG 46, 70, 77 f. = AP Nr. 3 zu Art. 119 EWG-Vertrag, zu II 3 der Gründe) gewürdigt hat. Die Beklagte hat im Laufe des weiteren Verfahrens nichts vorgetragen, was zu einer Korrektur Anlaß gäbe, obwohl der Europäische Gerichtshof ihr eine entsprechende Frage gestellt hatte.

(3) Das Zahlenverhältnis der Betroffenheit von Männern und Frauen durch eine nachteilige Vergütungsregelung läßt den Schluß auf eine mittelbare Diskriminierung nur zu, wenn man auch die Gründe berücksichtigt, die zu der ungleichen Wirkung einer an sich geschlechtsneutral formulierten Regelung führen. Es muß geprüft werden, ob die nachteilige Wirkung auch anders als mit dem Geschlecht oder den Geschlechtsrollen erklärt werden kann (vgl. Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, 1985, S. 99, 107 f.). In diesem Sinne und bezogen auf die Vorlagefragen stellt der Europäische Gerichtshof darauf ab, welche Schwierigkeiten sich für weibliche Arbeitnehmer ergeben, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten. Es kommt darauf an, ob die benachteiligende Wirkung auf geschlechtsspezifischen Gründen beruht.

Diese Voraussetzung ist erfüllt. Teilzeitarbeit ist Frauenarbeit. Der Anteil der Frauen an der Gesamtzahl der Teilzeitbeschäftigten lag nach den Erhebungen des Statistischen Bundesamtes bei steigender Tendenz stets über 92 %, im Einzelhandel über 95 %. Den entsprechenden Vortrag der Klägerin hat die Beklagte auch nicht bestritten. Die Erklärung für diese Entwicklung liegt auf der Hand: Die gesellschaftlichen Verhältnisse, insbesondere die Verteilung der Geschlechtsrollen machen es verheirateten Frauen außerordentlich schwer, eine vollberufliche Erwerbstätigkeit mit ihren familiären Belastungen zu verbinden. Als Ausweg bietet sich die Teilzeitbeschäftigung an, die männliche Arbeitnehmer nur ausnahmsweise wählen (vgl. nur aus jüngster Zeit Pfarr/Bertelsmann, Gleichbehandlungsgesetz, 1985 S. 108 f., 132 f.; Wank, RdA 1985 S. 1, 21, beide mit weiteren Nachweisen). Auch für die Klägerin war deren Eheschließung am 28. Juli 1972 unstreitig der Anlaß für den Wechsel von Vollzeit- zu Teilzeitbeschäftigung (Bl. 138, 152 VA).

Wenn sich in diesem Zusammenhang die gesellschaftlichen Lebensbedingungen auswirken, durch die Frauen faktisch benachteiligt werden, so bedeutet das nicht, daß Arbeitgeber zu „Funktionären der Gesellschaft“ gemacht würden und mit ihren Sozialleistungen allgemeine gesellschaftliche Defizite kompensieren müßten (so Wank, RdA 1985 S. 1, 21 un-

ter Berufung auf Zöllner, Festschrift für Strasser, 1983, S. 223, 235). Es geht lediglich darum zu verhindern, daß die Nachteile der Frauen auf dem Arbeitsmarkt und die gesellschaftlich bedingten Schwächen bei der Durchsetzung ihrer Interessen ausgenutzt werden mit der Folge, daß das Lohnniveau der Frauen unter dasjenige vergleichbarer Männer sinkt. Im Gegensatz dazu soll nach der Ansicht von Wank (a.a.O.) die Rechtsordnung nur dann reagieren, wenn spezielle gesetzliche Schutzvorschriften zugunsten der Frauen den Anlaß einer Diskriminierung bilden. Das wird dem Umfang des Lohngleichheitsgebots nicht gerecht und ist auch praktisch undurchführbar.

b)

Ist der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung festzustellen, muß der Arbeitgeber, der sich die Verletzung des Lohngleichheitsgebotes nicht vorwerfen lassen will, objektiv rechtfertigende Gründe vortragen. Diese sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes anzuerkennen, wenn das gewählte Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dient und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist. Der Vortrag der Beklagten im vorliegenden Fall genügt diesen Anforderungen nicht.

(1) Die Beklagte hat sich darauf berufen, mit der Unterscheidung zwischen Voll- und Teilzeitbeschäftigten habe sie einen Anreiz für die Vollbeschäftigung schaffen wollen. Teilzeitbeschäftigung verursache organisatorische Schwierigkeiten und erhöhte Personalnebenkosten, die sie habe vermeiden wollen. Da sie Schwierigkeiten gehabt habe, vollzeitbeschäftigte Verkäuferinnen auf dem Arbeitsmarkt zu gewinnen, sei deren Bevorzugung bei der betrieblichen Altersversorgung sachlich gerechtfertigt.

Das Landesarbeitsgericht ist in seinem zweiten Berufungsurteil vom 5. November 1982 dem Vortrag der Beklagten gefolgt. Nach seiner Ansicht hat die Beklagte ausreichend dargetan, daß ihrer Personalpolitik eine „Vorliebe für Vollzeitzkräfte“ zugrunde lag. Eine solche Personalpolitik sei nur begrenzt gerichtlich nachprüfbar und rechtfertige eine Schlechterstellung von Teilzeitzkräften bei der betrieblichen Altersversorgung. Diese Begründung läßt sich nach dem jetzt vorliegenden Urteil des Europäischen Gerichtshofes nicht aufrechterhalten.

Subjektive Wünsche und „Vorlieben“ eines Arbeitgebers sind unmaßgeblich. Insbesondere kommt

es nicht darauf an, ob eine Diskriminierungsabsicht bestand. Der objektive Tatbestand einer diskriminierenden Wirkung reicht aus und führt zur Unwirksamkeit der entsprechenden Regelung, wenn kein „wirkliches Bedürfnis“ des Unternehmens für sie spricht und nachweisbar ist.

(2) Ein wirkliches Bedürfnis für die von der Beklagten angeblich verfolgte Personalpolitik läßt sich nicht nachweisen. Eine Bevorzugung von Vollzeitbeschäftigten als Anreiz auf dem Arbeitsmarkt könnte nur dann sinnvoll erscheinen, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt wären: Erstens müßte die Einstellung der gewünschten Zahl von Vollzeitkräften Schwierigkeiten bereiten und zweitens dürfte die Einstellung einer entsprechend größeren Zahl von Teilzeitkräften kein wirtschaftlich sinnvoller Ausgleich sein. In beiden Punkten bestehen im vorliegenden Fall erhebliche Bedenken. Die Beklagte konnte ihre personalpolitische Zielsetzung nicht einleuchtend begründen, obwohl schon die erste zurückverweisende Entscheidung des Senats eine ergänzende Sachaufklärung zu diesem Punkte gefordert hatte.

Die Beklagte hat ausdrücklich vorgetragen, die meisten ihrer Filialen befänden sich in Vorstadtteilen und ein großer Teil der Häuser liege in Bayern, so daß keinerlei Probleme bei der Personalbeschaffung bestanden hätten und man nicht gezwungen gewesen sei, auf die Arbeitszeiteinstellungen der Bewerber einzugehen (Bl. 137 VA). Selbst wenn man diesen Vortrag nicht auf das Jahr 1969 beziehen könnte, als die umstrittene Wartezeitregelung geschaffen wurde, bliebe sie für die Würdigung der Personalpolitik der Beklagten bedeutsam. Der Anteil der Teilzeitbeschäftigten ist nämlich auch in den folgenden Jahren und bis 1981 nach den eigenen Angaben der Beklagten nicht nennenswert gesenkt worden, obwohl sich die Lage auf dem Arbeitsmarkt grundlegend geändert hat und im Jahre 1973 die Altersversorgung der Beklagten für Teilzeitbeschäftigte wieder geöffnet wurde. Wenn dennoch stets mehr als 20 % der Gesamtbelegschaft aus Teilzeitkräften bestand, so kann dies nicht an der angespannten Arbeitsmarktlage gelegen haben.

Vor allem aber bestand im Unternehmen der Beklagten nach deren Vortrag kein „wirkliches Bedürfnis“, die Beschäftigung von Teilzeitkräften möglichst zu vermeiden. Im personalwirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Schrifttum besteht Einigkeit darüber, daß die Beschäftigung von Teilzeitkräften zwar mit Mehrkosten und organisatorischen Problemen verbunden sein kann, daß diese Nachteile aber durch erhebliche Vorteile ausgeglichen werden können (vgl. die Übersichten bei Hoff, Betriebliche Arbeitszeitpolitik zwischen Arbeitszeitverkürzung und Arbeitszeitflexibilisierung, 1983, S. 240 f.; derselbe in Kutsch/Villmar, Arbeitszeitverkürzung – ein Weg zur Vollbeschäftigung?, 1983, S. 221, 228; Bertelsmann/Rust, RdA 1985 S. 146 ff. mit Nachweisen aus dem personalwirtschaftlichen Schrifttum; auch die Informationsschrift der BDA „Mehr Beschäftigung durch flexible Teilzeitarbeit“, 1984, S. 13 ff.).

Das mag allerdings nicht für alle Betriebe gelten, wohl aber im Handel und speziell in der Kaufhausbranche, wo sich Teilzeitarbeit seit langem bewährt hat (Pfarr, DB 1983 S. 1763, 1764; Wank, RdA 1985 S. 1, 18). Die Länge der Öffnungszeiten und die für die Branche typischen Arbeitsspitzen zu ganz bestimmten Tages-, Wochen- und Jahreszeiten legen den Einsatz von Teilzeitkräften nahe.

Die Beklagte hat in der zweiten Berufungsverhandlung vorgetragen, ihre personalwirtschaftliche Schwierigkeit betreffe weniger die Dauer als vielmehr die Lage der Arbeitszeit. Während vollzeitbeschäftigte Arbeitnehmer in ihren Kaufhäusern an einem rollierenden Schichtbetrieb teilnahmen und deshalb im zeitlichen Turnus auch abends oder samstags eingesetzt würden, gelte für ihre Teilzeitkräfte eine andere Regelung. Diese müßten nur an bestimmten Wochentagen arbeiten, seien hingegen in der Regel nicht bereit, sich auch an Samstagen zur Verfügung zu stellen. Wenn das zutreffen sollte und ein wirkliches Bedürfnis bestünde, einen Anreiz zur Samstagsarbeit zu schaffen, ließe sich die umstrittene Versorgungsregelung damit nicht in Einklang bringen. Diese unterscheidet nicht zwischen Samstagsarbeit und sonstiger Teilzeitbeschäftigung, schafft also den angeblich erwünschten Anreiz nicht, ja bietet Teilzeitkräften nicht einmal die Möglichkeit, durch Samstagsarbeit in den Kreis der Versorgungsberechtigten einbezogen zu werden.

3.

Die vorstehende Überlegung berührt sich mit einem weiteren Rechtsgrundsatz des Europäischen Gerichtshofes: Eine Regelung, die mittelbar diskriminierend wirkt, kann durch ein unternehmerisches Bedürfnis nur dann gerechtfertigt werden, wenn sie zur Erreichung des gewünschten Ziels geeignet und erforderlich ist. Insoweit bestehen im vorliegenden Fall erhebliche Bedenken. Soweit die Beklagte einen Anreiz zu Samstagsarbeit geben will, wurde im vorstehenden Absatz bereits ausgeführt, daß die getroffene Regelung dazu ungeeignet ist. Aber auch ganz allgemein läßt sich bezweifeln, ob der Ausschluß von der betrieblichen Altersversorgung ein geeignetes und erforderliches Mittel ist, um Frauen zu veranlassen, anstelle von Teilzeitarbeit, die mit ihren Familienpflichten und -lasten vereinbar wäre, eine vollberufliche Erwerbstätigkeit zu übernehmen (Colneric, Anm. zu AR-Blattei, „Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis; Entsch. 77“, unter II 2ee der Anmerkung).

Im allgemeinen kann man davon ausgehen, daß die Vergütungshöhe das Verhalten der Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt beeinflußt. Maßgebend ist jedoch die Art des Vergütungsanreizes und die Lebenssituation der betroffenen Arbeitnehmer. Wird für Teilzeitkräfte zum Beispiel ein geringerer Stundenlohn oder ein Gehaltsabschlag vorgesehen, was im Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 31. März 1981 (RS 96/80 – Jenkins – EuGHE 1981, 1. Teil, S. 911) zu prüfen war, so mag man immerhin die

Frage stellen, ob sich für die betroffenen Frauen eine Abwägungsmöglichkeit ergibt: Sie könnten vielleicht ihre familiäre Mehrbelastung mit dem erzielbaren Mehrverdienst vergleichen und unter Umständen sogar den mitverdienenden Ehemann überzeugen, daß eine Aufteilung der Pflichten um des höheren Familieneinkommens willen sinnvoll ist (ablehnend Gamillscheg, Festschrift für Floretta, 1983, S. 171, 182 mit guten Gründen). Hingegen wirken Versorgungszusagen nur sehr langfristig. Altersrenten werden erst am Ende des Arbeitslebens fällig und sind von vielen Bedingungen und Unwägbarkeiten abhängig. Sie können wohl gerade jüngere Frauen, die typischerweise in eine Teilzeittätigkeit gedrängt werden, kaum beeinflussen. Wenn der Rentennachteil für sie schließlich erkennbar und bedeutsam wird, haben sie regelmäßig einen großen Teil ihres Arbeitslebens zurückgelegt; ihre Entscheidung ist dann nicht mehr korrigierbar.

III.

Die Teilnichtigkeit der mittelbar diskriminierenden Wartezeitregelung hat zur Folge, daß die Beklagte der Klägerin eine unverfallbare Versorgungsanwartschaft zubilligen muß.

1.

Gegen Art. 119 EWG-Vertrag verstößt die Wartezeitregelung der Versorgungsordnung nur, soweit sie Teilzeitbeschäftigte ausschließt. Insoweit ist sie nach § 134 BGB nichtig, im übrigen bleibt sie aufrechterhalten, und zwar auch zugunsten ausgeschiedener Arbeitnehmer.

a)

Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Lehre ist § 139 BGB, wonach die Nichtigkeit von Teilen eines Rechtsgeschäftes in der Regel das gesamte Rechtsgeschäft erfaßt, immer dann unanwendbar, wenn es um Regelungen geht, die zum Schutze der Arbeitnehmer korrigiert werden müssen. Das folgt aus dem Schutzzweck der in das Vertragsrecht eingreifenden Normen (vgl. für viele BAG 31, 67, 75 = AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung, zu III 3 a der Gründe; BAG Urteil vom 4. Oktober 1978 – 5 AZR 886/77 –, AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu 4 der Gründe; Wiedemann/Stumpf, TVG, 5. Aufl., § 4 Rz 202; alle mit weiteren Nachweisen). Die Versorgungsordnung der Beklagten bleibt daher verbindlich, obwohl der Ausschluß der teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmer nichtig ist. Sie gilt für alle Arbeitnehmer, die die Wartezeit erfüllt haben, gleichgültig, ob sie Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigte sind. Der entgegenstehende Wille der Beklagten ist unerheblich.

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Vierten Senats. Dieser hat allerdings im Falle einer tariflichen „Ehefrauenzulage“ angenommen, daß nicht nur die Differenzierung zwischen Männern und Frauen, sondern die gesamte Zulagenregelung nichtig sei. Eine Teilnichtigkeit

setze voraus, daß neben einem nichtigen auch ein rechtlich zulässiger Bestandteil des Rechtsgeschäftes denkbar und abtrennbar sei; das richte sich nach dem Willen der vertragsschließenden Parteien und lasse sich bei einer Ehegattenzulage nicht annehmen (Urteil vom 13. November 1985 – 4 AZR 234/84 – SAE 1986 S. 161, 162). Ob diese Begründung mit der Rechtsprechung des Fünften Senats – z. B. zur Anwesenheitsprämie (BAG 39, 67, 75 f. = AP Nr. 12 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, zu III 1 der Gründe; Fenn Anm. zu AP Nr. 11 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie, mit Nachweisen) – vereinbar ist, muß hier nicht erörtert werden. Jedenfalls ist der vorliegende Sachverhalt nicht mit der Fallgestaltung zu vergleichen, die der Vierte Senat zu beurteilen hatte. Das Erfordernis einer 15jährigen Wartezeit und die darüber hinausgehende Voraussetzung einer Vollzeitbeschäftigung sind selbständige Bestandteile einer Versorgungsregelung. Sie können unabhängig voneinander rechtlich beurteilt werden und sind nicht untrennbar miteinander verbunden; auch dann nicht, wenn man mit dem Vierten Senat entscheidend auf den Willen der Parteien abstellt.

b)

Die Beklagte wehrt sich mit einem wirtschaftlichen Argument gegen die Korrektur ihrer Versorgungsordnung. Bei der Einführung und Ausgestaltung ihres Versorgungswerkes habe sie einen bestimmten Kostenaufwand kalkuliert. Die Höhe der zugesagten Ruhegelder sei abhängig von der Zahl der erwarteten Versorgungsberechtigten. Wenn sie gewußt hätte, daß auch teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer berücksichtigt werden müssen, hätte sie entsprechende Einsparungen bei den vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern gefordert. Diese Argumentation ist im Ansatz zutreffend, gelangt jedoch zu falschen rechtlichen Schlüssen.

Richtig ist, daß jede generelle Versorgungsregelung auf mehr oder weniger konkreten Vorstellungen über den erforderlichen Kostenaufwand und die bestehenden Finanzierungsmöglichkeiten aufbaut. Deshalb hat der Senat in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß der Dotierungsrahmen einer generellen Versorgungsregelung als unternehmerische Entscheidung anzusehen ist und nicht der betrieblichen Mitbestimmung unterliegt (grundlegend BAG 27, 194 = AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung). Auf diese unternehmerische Entscheidung nimmt Art. 119 EWG-Vertrag keinen unmittelbaren Einfluß. Als formales Prinzip verfolgt die Vorschrift nicht das Ziel einer möglichst hohen Vergütung und einer möglichst großzügigen Bemessung des Dotierungsrahmens. Deshalb wäre mit dem Lohnleichheitsgebot durchaus vereinbar gewesen, wenn die Betriebspartner bei der Bemessung des Leistungsplanes von Anfang an berücksichtigt hätten, daß innerhalb des vorgegebenen Dotierungsrahmens auch die Teilzeitbeschäftigten gleichberechtigt versorgt werden müssen. Aber die entsprechenden Gestaltungsmöglichkeiten sind versäumt worden und kön-

nen jetzt nicht mehr für die zurückliegende Zeit nachgeholt werden. Versorgungsordnungen sind allerdings nicht unabänderlich. Unter bestimmten Voraussetzungen können sie an eine wesentlich veränderte Sach- und Rechtslage angepaßt werden (vgl. neuerdings den grundlegenden Beschluß des Großen Senats zur ablösenden Betriebsvereinbarung vom 16. September 1986 – GS 1/82 – zur Veröffentlichung vorgesehen). Bei einer solchen Ablösung sind jedoch die verdienten Besitzstände zu wahren. Das bedeutet, daß die vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer der Beklagten, die Versorgungsrechte auf der Grundlage der bisher geltenden Versorgungsordnungen erworben haben, Kürzungen der verdienten Teile ihrer Versorgungsansprüchen nicht mehr hinnehmen müssen. Entsprechend eingeschränkt sind auch die Möglichkeiten der Betriebspartner, mittelbar diskriminierende Wirkungen der Versorgungsordnung nachträglich zu beseitigen. Dem Lohnleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag kann für die zurückliegende Zeit praktisch nur noch dadurch genügt werden, daß Teilzeitbeschäftigte bis zu einer Änderung der Versorgungsordnung in den Kreis der Berechtigten einbezogen werden, der Dotierungsrahmen also entsprechend zu erweitern ist (vgl. zu einer ähnlichen Fallgestaltung BAG 37, 356 = AP Nr. 1 zu § 1 HausArbTagsG Hamburg). Die Möglichkeit einer Neuregelung für die Zukunft hat auf die Entscheidung des vorliegenden Falles keinen Einfluß, weil die Klägerin schon am 14.4.1976 ausgeschieden ist.

2.

Die Beklagte kann sich demgegenüber nicht auf das rechtsstaatliche Rückwirkungsverbot berufen und Vertrauensschutz dafür beanspruchen, da sie bei der Schaffung ihrer Versorgungsordnung den Ausschluß von Teilzeitbeschäftigten für zulässig halten durfte.

a)

Im September 1966, als die Beklagte erstmals für die Erfüllung der damals 20jährigen Wartezeit eine ununterbrochene Vollzeitbeschäftigung forderte, galt Art. 119 EWG-Vertrag bereits seit fast neun Jahren (seit 1. Januar 1958). Schon vorher hatte das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 15. Januar 1955

(BAG 1, 258 = AP Nr. 4 zu Art. 3 GG) das Lohnleichheitsgebot aus dem Gleichberechtigungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG abgeleitet.

Trotz des hohen Alters der maßgebenden Normen waren und sind allerdings viele Einzelfragen unklar geblieben. Insbesondere ist bis heute umstritten, wie Frauen vor verdeckter und mittelbarer Diskriminierung wirksam geschützt werden können. Mit der besonderen Problematik bei der Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten mußte sich der Europäische Gerichtshof bereits zweimal befassen, um die maßgebenden Entscheidungsmerkmale zu entwickeln (Urteil vom 31. März 1981 – RS 96/80 – Jenkins – EuGHE 1981, 1. Teil. S. 911 ff. – und die Vorabentscheidung im vorliegenden Verfahren). Alle diese Streit- und Zweifelsfragen verhinderten jedoch, daß ein Vertrauensbestand im Hinblick auf eine bestimmte Rechtslage entstehen konnte. Als die Beklagte in den Jahre 1966 und 1969 differenzierende Wartezeitregelungen einführt, durfte sie nicht darauf vertrauen, daß diese Regelungen rechtlichen Bestand haben werden.

Die Beklagte beruft sich auf ein Urteil des erkennenden Senats vom 1. Juni 1978 (3 AZR 79/77), das die Versorgungsanwartschaft einer teilzeitbeschäftigten Verkäuferin betraf und zugunsten der Beklagten des vorliegenden Verfahrens entschied. Aber in diesem Falle hatten die Parteien ausschließlich um die Unverfallbarkeit und deren Abgrenzung gestritten. Eine diskriminierende Wirkung der Versorgungsordnung war von der damaligen Klägerin nicht gerügt worden, so daß die Tatsacheninstanzen mit keinem Wort auf die Zusammensetzung der Belegschaft und die Gründe eingegangen waren, die für die differenzierende Regelung maßgebend gewesen sein sollten. Der Senat sah deshalb offensichtlich die Bedenken nicht, die gegen die Wirksamkeit der Versorgungsregelung bestanden.

b)

Selbst wenn eine Rechtsprechung bestanden hätte, die der Beklagten günstig gewesen wäre und nunmehr aufgrund der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofes aufgegeben werden müßte, könnte die Beklagte daraus nichts herleiten. Die rechtsstaatlichen Grundsätze über die rückwirkende Änderung von Gesetzen lassen sich nicht ohne weiteres auf die Änderung einer höchststrichterlichen Rechtsprechung übertragen. Vielmehr ist bei grundlegenden Änderungen der Rechtsprechung eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen, die sich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit und der Zumutbarkeit ausrichten muß (BVerfGE 59, 128, 165 f.).

Im vorliegenden Falle wären einander gegenüberzustellen das Interesse der Klägerin an der Befolgung des Diskriminierungsverbotes und des Erwerbes einer Zusatzversorgung einerseits und das Interesse der Beklagten an der Einhaltung ihres ursprünglich kalkulierten Dotierungsrahmens andererseits. Dabei könnte nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagte entscheidenden Einfluß auf die Ausgestaltung

der Versorgungsordnung hatte und die Unklarheiten der Rechtslage besser abschätzen konnte als die Klägerin. Das Risiko der Rechtsunsicherheit in der zurückliegenden Zeit muß die Beklagte übernehmen. Eine Gefahr für den Bestand des Unternehmens kann dadurch nicht entstehen, weil das Betriebsrentengesetz für diesen Fall dem Arbeitgeber eine Widerspruchsmöglichkeit und dem Arbeitnehmer Insolvenzschutz bieten (§§ 7 ff BetrAVG).

3.

Der Senat hat schließlich erwogen, ob das Gemeinschaftsrecht selbst der betrieblichen Praxis eine Anpassungsfrist einräumt. Dafür spricht scheinbar der Wortlaut der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 24. Juli 1986 — 86/378 EWG — zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (Amtsbl. der Europäischen Gemeinschaft 1986, L 225, S. 40 ff.). Art. 8 dieser Richtlinie 86/378 verlangt von den Mitgliedsstaaten Maßnahmen, die spätestens bis zum 1. Januar 1993 bewirken, daß die betrieblichen Regelungen den Grundsätzen der Richtlinien entsprechend geändert werden. Eine Regelung, die zur rückwirkenden Aufhebung betrieblicher Systeme zwingt, wird nicht verlangt, wie Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie klarstellt. Darauf kann sich jedoch die Beklagte nicht berufen.

Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft wenden sich an die Mitgliedsstaaten, nicht aber unmittelbar an deren Bürger. Sie haben weder den Zweck noch die Geltungskraft, unmittelbar anwendbare Grundsätze des EWG-Vertrages zu modifizieren oder gar zeitlich begrenzt auszusetzen. So betont die Richtlinie 86/378 in ihrer einleitenden Begründung ausdrücklich, daß sie nur für diejenigen Fälle bestimmt ist, in denen die Verwirklichung des Grundsatzes der Lohngleichheit von der Verabschiedung ergänzender Bestimmungen abhängt, soweit also die unmittelbare Geltung des Art. 119 EWG-Vertrag nicht ausreicht. Das entspricht auch der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Dieser mußte sich in seinem Urteil vom 8. April 1976 (RS 43/75 — Defrenne II — EuGHE 1976, 1. Teil, S. 455, 478 f.) mit einer vergleichbaren Befristung in der Lohngleichheitsrichtlinie vom 10. Februar 1975 (Richtlinie 75/117, Amtsbl. der Europäischen Gemeinschaft 1975, L 45, S. 19) befassen. Er hat entschieden, daß die eingeräumte Frist der Richtlinie nur für Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten gilt, jedoch in keiner Weise die unmittelbare Geltung des Art. 119 EWG-Vertrag berührt. Soweit dies rechtlich möglich sei, müsse das Lohngleichheitsgebot unmittelbar angewandt werden.

Auch für die vorliegend zu beurteilende Fallgestaltung hat der Europäische Gerichtshof Grundsätze entwickelt, die die Anwendung des Art. 119 EWG-Vertrag erlauben, ohne daß ergänzende Rechts- oder Verwaltungsvorschriften erforderlich wären. Daran sind die Gerichte der Mitgliedsstaaten gebunden.

Urteil

VGH Ba-Wü, §§ 55 Abs. 1 SGB-AT, 394 BGB
Sozialhilfe auf überzogenem Konto

Die auf einem Konto eingehenden Sozialhilfeleistungen dürfen innerhalb der 7-Tage-Frist des § 55 Abs. 1 SGB-AT nicht im Wege der Verrechnung zur Rückführung eines zuvor auf diesem Konto befindlichen Schuldsaldos verwendet werden.

Urteil des VGH Ba-Wü vom 25.9.1986 — 10 S 1020/86 —

Aus dem Sachverhalt:

Das Postgirokonto der Klägerin wies am 21.10.1985 infolge von Überziehungen im Wege der Barabhebung einen Schuldsaldo in Höhe von DM 2.698,- auf. Am 27.11.1985 wurde der Klägerin, welche Sozialhilfe bezieht, eine Weihnachtsbeihilfe in Höhe von DM 165,- und am 29.11.1985 die monatliche Sozialhilfe in Höhe von DM 214,- überwiesen. Die Beklagte schrieb diese Beträge dem Postgirokonto gut, wodurch der Schuldsaldo verringert wurde. Am 2.12.1985 begehrte die Klägerin von der Beklagten die Auszahlung der genannten Beträge. Dies wurde von der Beklagten mit der Begründung verweigert, das Postgirokonto weise einen Aktivsaldo nicht auf.

Hierauf erwirkte die Klägerin am 3.12.1985 eine einstweilige Anordnung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe (8 K 332/85) dahin, ihr spätestens zum Ablauf des 4.12.1985 die Weihnachtsbeihilfe in Höhe von DM 165,- und spätestens zum Ablauf des 6.12.1985 die Sozialhilfe in Höhe von DM 214,- auszuzahlen. Die hiergegen von der Beklagten erhobene Beschwerde wurde durch Beschluß des Senats vom 25.2.1986 — 10 S 8/86 — zurückgewiesen. Auf Antrag der Beklagten gab das Verwaltungsgericht der Klägerin auf, Hauptsacheklage zu erheben.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß die Beklagte zur Auszahlung der Weihnachtsbeihilfe und Sozialbeihilfe verpflichtet war, sowie weiterhin festzustellen, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, künftig auf diesem Konto eingehende Sozialleistungen mit dem derzeit noch bestehenden Schuldsaldo innerhalb der 7-Tage-Frist des § 55 Abs. 1 SGB-AT zu verrechnen.

Aus den Gründen:

Gemäß §§ 55 Abs. 1 SGB-AT ist in Fällen, in denen eine unter die Vorschrift des SGB fallende Geldleistung auf das Konto des Berechtigten bei einem Geldinstitut überwiesen wird, die durch die Gutschrift entstehende Forderung des Berechtigten für die Dauer von 7 Tagen seit der Gutschrift der Überweisung unpfändbar. Diese Bestimmung findet ihre Ergänzung in § 394 BGB, wonach eine Aufrechnung gegen eine Forderung nicht zulässig ist, soweit diese Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist. Nach Auffassung des Senats ergibt sich aus den genannten Vorschriften, daß es einem Geldinstitut, bei welchem der Sozialhilfeempfänger ein Konto unterhält, untersagt ist, zu Gunsten dieses Kontos eingehende Sozialleistungen vor Ablauf von 7 Tagen gutzuschreiben und somit im Wege der Verrechnung zur Rückführung eines zuvor auf diesem Konto befindlichen Schuldsaldos zu verwenden. Erfolgt die Gutschrift gleichwohl, so ist sie mit der Folge gegenüber dem Sozialhilfeempfänger unwirksam, daß eine Kontokorrentbindung des von diesem durch den Sozialleistungseingang erworbenen Auszahlungsanspruchs vor Fristablauf nicht eintritt (im Ergebnis ebenso Hess. VGH, Beschluß v. 16.9.1985,