

ten nach Maßgabe ihrer Arbeitszeit nicht zwingend. Gemäß der Regelung im Entgelt-TV ist der Anspruch auf die Zahlung der Sozialzulage nicht von der Höhe des Entgelts des Arbeitnehmers/der Arbeitnehmerin abhängig, sondern bemißt sich nach bestimmten sozialen und familiären Voraussetzungen wie der Zahl der Kinder und dem Familienstand.

Die Sozialzulage nach dem Entgelt-TV stellt kein Entgelt für geleistete Arbeit dar; das wird insbesondere daraus deutlich, daß dann, wenn beide Ehegatten im gleichen Betrieb, Unternehmen oder Konzern tätig sind, nur ein Ehegatte Anspruch auf die Sozialzulage hat (Ziffer 2 in Abschnitt IV des Entgelt-TV). Falls die Sozialzulage Entgelt wäre, könnte eine solche Regelung keinen Bestand haben. Dementsprechend hat auch der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts in seinem Urteil vom 12. November 1969 (- 4 AZR 523/68 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Teilzeitbeschäftigung) ausgeführt, daß Teilzeitbeschäftigte bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen grundsätzlich einen Anspruch auf die volle Verheiratenzulage haben.

d) Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht ausgeführt, daß dem Vortrag der Beklagten, teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer hätten auch in der Vergangenheit nur anteilige Sozialzulagen erhalten, keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Eine solche Praxis kann den aus dem Entgelt-TV folgenden tariflichen Anspruch auf Zahlung der vollen Sozialzulage an teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer nicht beseitigen oder verkürzen.

Urteil

BAG, BAT § 23a S. 2 Nr. 6, Anl. 1a Teil I VergGr. IV b, Vb; EWGV Art. 119, 177; Richtlinie 75/117/EWG

Mittelbare Frauendiskriminierung beim Bewährungsaufstieg

1. Die für den Tatbestand einer mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung erforderliche stärkere nachteilige Betroffenheit eines Geschlechts durch eine Regelung setzt voraus, daß der Anteil der Angehörigen dieses Geschlechts unter den nachteilig Betroffenen erheblich höher ist als unter den von der Regelung Begünstigten.

2. Es bleibt unentschieden, ob der Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung weiter voraussetzt, daß die stärkere nachteilige Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts nur mit dem Geschlecht oder den Geschlechterrollen erklärt werden kann.

3. a) Eine Bestimmung, nach der die vor einem Bewährungsaufstieg von Teilzeitbeschäftigten zurückzulegende

Arbeitszeit länger ist als die Bewährungszeit Vollzeitbeschäftigter, kann insoweit gerechtfertigt – und daher mit Art. 119 EWGV und der Richtlinie 75/117/EWG vereinbar – sein, als mit dem Bewährungsaufstieg das wachsende Erfahrungswissen des Arbeitnehmers honoriert werden soll und dieses Erfahrungswissen in der im konkreten Fall ausgeübten Tätigkeit nach Ablauf der Bewährungszeit bei einem Vollzeitbeschäftigten regelmäßig nur unwesentlich größer ist als bei einem Teilzeitbeschäftigten nach derselben Zahl von Jahren.

b) Der Senat gibt seine bisherige Rechtsprechung auf, wonach die während der Bewährungszeit erhöhte persönliche Qualifikation generell das Erfordernis verlängerter Bewährungszeiten für Teilzeitbeschäftigte rechtfertigt (BAGE 59, 306 = AP § 23a BAT Nr. 24 = NZA 1989, 351 L).

4. Im vorliegenden Fall ist nichts dafür dargetan, daß eine in der Drittmittelverwaltung einer Universität mit halber Regelarbeitszeit beschäftigte Sachbearbeiterin nach sechsjähriger Tätigkeit in VergGr. Vb BAT geringeres Erfahrungswissen erworben hat als eine entsprechende Vollzeiterkraft.

5. Soweit § 23a S. 2 Nr. 6 BAT danach gegen das Lohngleichheitsgebot des Art. 119 EWGV und der Richtlinie 75/117/EWG verstößt, ist er nicht anzuwenden.

6. Soweit eine Teilzeitarbeitnehmer benachteiligende Regelung des § 23a BAT wegen Verstosses gegen das gemeinschaftsrechtliche Lohngleichheitsgebot nicht anzuwenden ist, sind auch für Teilzeitarbeitnehmer die für Vollzeitbeschäftigte bestehenden Regelungen maßgeblich.

(amtl. Leitsätze)

BAG, Urteil vom 2.12.1992 – 4 AZR 152/92 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Dauer der von der Kl. vor einer Höhergruppierung zurückzulegenden Bewährungszeit. Die Kl. ist seit dem 1.1.1977 bei der Bekl. mit einer Arbeitszeit von 20 Wochenstunden beschäftigt. Seit dem 1.1.1983 ist sie als Verwaltungsangestellte im Haushaltsreferat der Universität H. tätig, wo ihr die Verwaltung der vom Bund für Forschungszwecke für den Fachbereich Physik zur Verfügung gestellten Mittel obliegt. Sie hat unwidersprochen erklärt, daß sie spätestens nach eineinhalb Jahren alle im Rahmen dieser Tätigkeit anfallenden Verwaltungsvorgänge kennengelernt habe; von da an hätten sie sich nur noch wiederholt. Zwischen den Parteien ist die Anwendung des BAT und der diesen ergänzenden ändernden oder ersetzenden Tarifverträge auf das Arbeitsverhältnis vereinbart.

Die Kl. ist seit dem 1.1.1983 in die VergGr. Vb Fallgruppe 1a der Anlage 1a zum BAT eingruppiert. Sie hat zum 1.1.1989 Höhergruppierung im Wege des Bewährungsaufstiegs in die VergGr. IVb BAT Fallgruppe 2 begehrt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß sich die Kl. bei ihrer Tätigkeit den an sie gestellten Anforderungen gewachsen gezeigt hat.

Die Bekl. hat die Höhergruppierung abgelehnt mit der Begründung, die Kl. habe die hierfür erforderliche sechsjährige Bewährung noch nicht erbracht, weil nach § 23a S. 2 Nr. 6 BAT vor dem 1.1.1988 mit der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zurückgelegte Bewährungszeiten nur zur Hälfte anzurechnen seien.

Das *ArbG* hat mit Beschluß vom 13.4.1989¹ gem. Art. 177 EWGV folgendes Vorabentscheidungsersuchen an den *EuGH* gerichtet:

1. Liegt ein Verstoß gegen Art. 119 EWGV in Form der „mittelbaren Diskriminierung von Frauen“ vor, wenn ein Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst für den Bewährungsaufstieg in die nächsthöhere Vergütungsgruppe im Hinblick auf die Position einer Verwaltungsfachangestellten der Universität bestimmt:

Bewährungszeiten, in denen der Angestellte regelmäßig mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beschäftigt war, werden voll, Bewährungszeiten, in denen er mit mindestens der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt war, werden zur Hälfte angerechnet,

wenn von allen angestellten Teilzeitbeschäftigten mit weniger als drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten mehr als 90% weiblichen Geschlechts sind und von allen Teilzeitbeschäftigten mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten und den Vollzeitbeschäftigten knapp über 55% weiblichen Geschlechts sind?

2. Für den Fall der Bejahung der Frage 1:

Gebieten Art. 119 i.V. mit Art. 117 des EWGV und/oder die Regelung der Richtlinien des Rates der EG 75/117/EWG, daß für die Teilzeitbeschäftigten mit weniger als drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten die gleiche Bewährungszeit gilt wie für Teilzeitbeschäftigte mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit eines vollbeschäftigten Angestellten oder eines Vollzeitbeschäftigten

oder

darf das Gericht im Hinblick auf eine Regelungsautonomie der Tarifvertragsparteien keine solche Entscheidung treffen, sondern muß diese vielmehr den Tarifvertragsparteien überlassen?

Der *EuGH* hat mit Urteil vom 7.2.1991 (Rs. C 184/89 – Nimz – AP § 23a BAT Nr. 25 = NZA 1991, 513 L)² für Recht erkannt:

1) Art. 119 EWGV ist dahin auszulegen, daß er es nicht zuläßt, daß ein für den nationalen öffentlichen Dienst geschlossener Tarifvertrag vorsieht, daß für den Aufstieg in eine höhere Vergütungsgruppe die Dienstzeit von Arbeitnehmern, die mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt sind, voll, die Dienstzeit von Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit zwischen der Hälfte und drei Viertel der regelmäßigen Arbeitszeit beträgt, jedoch nur zur Hälfte angerechnet wird, wenn sich herausstellt, daß zu der letztgenannten Arbeitnehmergruppe erheblich weniger Männer als Frauen gehören, es sei denn, der Arbeitgeber weist nach, daß die betreffende Bestimmung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die insbesondere darauf abstellen, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschafft.

2) Im Falle einer mittelbaren Diskriminierung durch eine Bestimmung eines Tarifvertrags ist das nationale Gericht verpflichtet, diese Bestimmung – ohne daß es ihre vorherige Beseitigung durch Tarifverhandlungen oder auf anderen Wegen beantragen oder abwarten müßte – außer Anwendung zu lassen und auf die Angehörigen der durch diese Diskriminierung benachteiligten Gruppe die gleiche Regelung wie auf die übrigen Arbeitnehmer anzuwenden, wobei diese Regelung, so lange Art. 119 EWGV im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

Daraufhin hat das *ArbG* der Klage stattgegeben. Das *LAG* hat die Berufung der Bekl. zurückgewiesen. Die Revision der Bekl. blieb erfolglos.

1 Hinweis der Red.: Abgedruckt in STREIT 1989, S. 90

2 Hinweis der Red.: Abgedruckt in STREIT 1991, S. 170

Aus den Gründen:

§ 23a S. 2 Nr. 6 BAT ist wegen Verstoßes gegen Art. 119 EWGV hier insoweit nicht anzuwenden, wie er eine lediglich hälftige Anrechnung von Beschäftigungszeiten, die in Teilzeitarbeit zurückgelegt worden sind, auf die nach VergGr. IV b Fallgruppe 2 der Anl. 1 a zum BAT erforderliche sechsjährige Bewährungszeit vorschreibt.

1. a) Nach st. Rechtsprechung des *EuGH* ist das in Art. 119 EWGV enthaltene Gebot gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht, auf das sich der einzelne Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber und vor Gericht berufen kann (vgl. NZA 1990, 775 = AP Art. 119 EWGV Nr. 20). Dieser Grundsatz ist unumstritten, das *BAG* hat ihn in seine Rechtsprechung aufgenommen (vgl. *BAGE* 66, 264 (270) = NZA 1991, 635 = AP § 1 BetrAVG Nr. 8; NZA 1992, 259, auch zur Veröffentlichung in der *Amtl. Slg.* vorgesehen).

b) Dieses Gebot beansprucht nach st. Rechtsprechung des *EuGH* Vorrang auch gegenüber Tarifverträgen (vgl. NZA 1990, 771 = AP Art. 119 EWGV Nr. 21). Der *EuGH* hat auch in seiner im vorliegenden Fall ergangenen Vorabentscheidung entsprechend erkannt.

Der Vorrang des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Entgeltgleichheit auch gegenüber Tarifverträgen ergibt sich nicht nur aus Art. 119 EWGV, sondern auch aus der in Art. 4 der Lohnleichheitsrichtlinie 75/117/EWG ausdrücklich festgelegten Verpflichtung, wonach die Mitgliedstaaten die Geltung von Tarifvertragsbestimmungen auszuschließen haben, die mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts nicht vereinbar sind (vgl. *Senatsurteile*, ZTR 1988, 459; AP § 23a BAT Nr. 24 = NZA 1989, 351 L).

2. Von der hier in Streit befindlichen Eingruppierung wird die Höhe der Vergütung der Kl. bestimmt. Gegenstand des Rechtsstreits ist damit, wie auch der *EuGH* in seiner Vorabentscheidung ausdrücklich festgestellt hat, das Arbeitsentgelt der Kl. i.S. des Art. 119 EWGV.

3. § 23a S. 2 Nr. 6 BAT, nach dem in Teilzeitarbeit zurückgelegte Bewährungszeiten nur zur Hälfte anzurechnen sind, gilt zwar für Männer ebenso wie für Frauen. Diese Bestimmung verstößt aber insoweit gegen Art. 119 EWGV, als sie eine mittelbare Diskriminierung von Frauen wegen ihres Geschlechts enthält.

a) Zwar wird in Art. 119 EWGV ebenso wie in der Lohnleichheitsrichtlinie 75/117/EWG ein Diskriminierungsverbot ausgesprochen, ohne daß dabei – im Unterschied zu späteren gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten, z.B. Art. 2 I der

Richtlinie 76/207/EWG über den Zugang zur Beschäftigung u.a. vom 9.2.1976 (ABl. EG Nr. L 39 vom 14.2.1976, S. 40) – die mittelbare Diskriminierung ausdrücklich erwähnt würde. Es ist aber inzwischen unbestritten, daß Art. 119 EWGV auch die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts erfaßt (vgl. nur die st. Rechtsprechung des *EuGH*, z.B. NZA 1986, 599 = AP Art. 119 EWGV Nr. 10; NZA 1992, 687 = EzA § 37 BetrVG 1972 Nr. 108). Das *BAG* hat sich dem in st. Rechtsprechung angeschlossen (z.B. *BAGE* 66, 264 [270 f.] = NZA 1991, 635 = AP § 1 BetrAVG Nr. 8).

b) aa) Eine für Männer und Frauen in gleicher Weise geltende Rechtsnorm enthält nach der Rechtsprechung des *EuGH* dann eine gegen Art. 119 EWGV verstoßende mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn sie erheblich mehr Angehörige des einen als des anderen Geschlechts nachteilig trifft und nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (NZA 1990, 437 = AP Art. 119 EWGV Nr. 16; NZA 1990, 791; NZA 1992, 687; ebenso die Vorabentscheidung im vorliegenden Fall).

bb) Der 3. *Senat* (besonders *BAGE* 53, 161 = NZA 1987, 445 = AP Art. 119 EWGV Nr. 11) und ihm folgend der 5. *Senat* (NZA 1992, 259) haben es für den Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung zusätzlich für erforderlich gehalten, daß die besonders die Angehörigen eines Geschlechts treffende nachteilige Wirkung einer Regelung auf geschlechtsspezifischen Gründen beruht. Es müsse überprüft werden, ob die nachteilige Wirkung auch anders als mit dem Geschlecht oder den Geschlechterrollen erklärt werden kann. Das sei im Fall von Teilzeitbeschäftigten zu verneinen, denn Teilzeitarbeit sei Frauenarbeit.

cc) Letztlich kann hier jedoch dahinstehen, ob dem 3. und dem 5. *Senat* in der dargestellten Frage zu folgen ist. Beide *Senate* haben nämlich, soweit es um die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten ging, das Vorliegen der von ihnen für erforderlich gehaltenen Voraussetzungen mit der Begründung bejaht, daß Teilzeitarbeit in erster Linie Frauenarbeit ist und somit die Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern in unmittelbarem Zusammenhang mit der traditionellen Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern steht. Ebenso verhält es sich im vorliegenden Fall, im dem es um die mittelbare Diskriminierung in Form einer Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitbeschäftigten geht.

c) Das *LAG* hat im hier zu entscheidenden Fall die stärkere nachteilige Betroffenheit weiblicher Angestellter daraus gefolgert, daß – nach seinen unbestrit-

tenen Feststellungen – über 90 % der von der lediglich hälftigen Anrechnung von Beschäftigungszeiten auf die Bewährungszeit gem. § 23a S. 2 Nr. 6 BAT Betroffenen Frauen sind. Diese Feststellung reicht indessen für sich alleine nicht aus, um die zahlenmäßigen Voraussetzungen einer mittelbaren Diskriminierung zu begründen.

aa) Eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts folgt nämlich nicht schon daraus, daß unter den von einer Rechtsnorm nachteilig Betroffenen erheblich mehr Angehörige eines Geschlechts sind. Hinzukommen muß vielmehr, daß zugleich das zahlenmäßige Verhältnis der Geschlechter unter den von dieser Rechtsnorm Begünstigten wesentlich anders ist. Wäre z.B. der Anteil der Frauen unter den von einer Vorschrift begünstigten Vollzeitbeschäftigten ebenso groß wie unter den von ihr benachteiligten Teilzeitarbeitnehmern, so würde es schon an der Grundvoraussetzung eines Verstoßes gegen den Lohngleichheitssatz des Art. 119 EWGV fehlen, nämlich an einer im Ergebnis ungleichen Behandlung von Männern und Frauen.

bb) Daß das Vorhandensein einer mittelbaren Diskriminierung nur anhand eines Vergleichs des zahlenmäßigen Verhältnisses der Geschlechter in der von der Norm begünstigten Gruppe mit demjenigen in der von der Norm benachteiligten Gruppe beurteilt werden kann, hat der *EuGH* schon in seinem grundlegenden Urteil vom 13.5.1986 (NZA 1986, 599 – *Bilka-Kaufhaus* –) zum Ausdruck gebracht. Er hat in diesem Urteil die Beantwortung der Frage, ob eine für Teilzeitbeschäftigte ungünstige Regelung wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, nämlich davon abhängig gemacht, ob in ihrem Anwendungsbereich ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer vollzeitbeschäftigt ist. Die Ermittlung dieser Prozentsätze setzt eine Rechenoperation voraus, die zunächst von der jeweiligen Gesamtzahl der im Anwendungsbereich der Norm vorhandenen Arbeitnehmer eines Geschlechts ausgeht und diese sodann in Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigte aufteilt. Damit ist diese Rechenoperation gleichbedeutend mit der Feststellung der Geschlechterverteilung unter den Vollzeit- und unter den Teilzeitbeschäftigten.

Dem *EuGH* folgend hat der 3. *Senat* in seinem in derselben Sache ergangenen Urteil (NZA 1987, 445) zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung daher geprüft, ob der Anteil der Frauen an den – von der Regelung benachteiligten – Teilzeitarbeitnehmern wesentlich höher war als ihr Anteil an den – von der Regelung begünstigten – Vollzeitarbeitnehmern.

Auch in späteren Urteilen zu Art. 119 EWGV hat der *EuGH* eine mittelbare Diskriminierung davon abhängig gemacht, ob prozentual erheblich weniger Frauen als Männer unter den von einer Regelung

Begünstigten (NZA 1990, 437) bzw. ob prozentual erheblich weniger Männer als Frauen unter den von einer Regelung Benachteiligten sind (NZA 1990, 791).

Ebenso hat der *EuGH* in seinem Urteil (EuGHE 1991, I – 2223, 2228) bei der Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, ausdrücklich darauf abgestellt, wie sich die Geschlechterverteilung innerhalb der von einer Regelung begünstigten Gruppe zur Geschlechterverteilung innerhalb der von dieser Regelung benachteiligten Gruppe verhält. Zwar lag dieser Entscheidung nicht Art. 119 EWGV zugrunde, sondern die Richtlinie 79/7/EWG vom 19.12.1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (Abl. EG Nr. L 6 vom 10.1.1979, S. 24). Der *EuGH* hat aber in dieser Entscheidung ausdrücklich auf seine Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung beim Arbeitsentgelt verwiesen und damit deutlich gemacht, daß bei der Prüfung der mittelbaren Diskriminierung für den Anwendungsbereich der Richtlinie 79/7/EWG dieselben Maßstäbe anzulegen sind wie im Anwendungsbereich des Art. 119 EWGV.

cc) Im Tenor der zum vorliegenden Rechtsstreit ergangenen Vorabentscheidung hat der *EuGH* zwar nicht mehr ausdrücklich die zur Prüfung erforderlichen Rechenschritte aufgeführt, sondern nur noch auf das Überwiegen des Frauenanteils in der von der Norm benachteiligten Gruppe abgestellt. In den Entscheidungsgründen hat er aber die mittelbare Diskri-

minierung in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung davon abhängig gemacht, ob prozentual erheblich weniger Männer als Frauen teilzeitbeschäftigt sind. Da der Tenor im Lichte der Entscheidungsgründe zu verstehen ist (EuGHE 1978, 855, 859), kommt auch im vorliegenden Fall nur die unter bb) dargestellte Berechnungsmethode in Betracht.

dd) Das LAG hat keine Feststellungen darüber getroffen, wie die Angestellten, für die § 23a S. 2 Nr. 6 BAT keine Verdoppelung der Bewährungszeit vorschreibt, also die mit drei Viertel der wöchentlichen Regelarbeitszeit oder mehr beschäftigten Angestellten auf Männer und Frauen verteilt sind. Dies ist aber unschädlich, denn es ist offenkundig, daß der Prozentsatz der Frauen unter diesen Angestellten erheblich unter dem Anteil von 90 % liegt, den das LAG für die Teilzeitbeschäftigten festgestellt hat, für die § 23a S. 2 Nr. 6 BAT die Verdoppelung der Bewährungszeit vorschreibt. So ergibt sich aus der im Vorabentscheidungsverfahren dem *EuGH* von der Bundesregierung erteilten Auskunft (im Rahmen des Sitzungsberichts zur Veröffentlichung in der Amtl. Slg. des *EuGH* bestimmt), daß am 30.6.1988 rund 59 % der Vollzeitbeschäftigten im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland Männer und somit nur rund 41 % Frauen waren. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß sich dieses Zahlenverhältnis bei Einbeziehung der mit mindestens drei Vierteln der wöchentlichen Regelarbeitszeit beschäftigten Teilzeitarbeitnehmer in die Gruppe der Vollzeitbeschäftigten und bei Beschränkung der Vergleichsgruppen auf die Beschäftigten, für die eine Anwendung von § 23a BAT in Betracht kommt, so weit verschieben würde, daß dann der Frauenanteil unter den Angestellten, deren Bewährungszeit nach § 23a S. 2 Nr. 6 BAT voll anzurechnen ist, nicht mehr erheblich niedriger wäre als der Frauenanteil unter den von § 23a S. 2 Nr. 6 BAT durch eine Verdoppelung der Bewährungszeit nachteilig betroffenen Angestellten.

Daher ist die – übrigens mit der Revision nicht angegriffene – Feststellung des LAG nicht zu beanstanden, daß im vorliegenden Fall die zahlenmäßige Verteilung der Geschlechter auf die Gruppen der von § 23a S. 2 Nr. 6 BAT nachteilig und der nicht nachteilig Betroffenen die nach der Rechtsprechung des *EuGH* bestehenden Voraussetzungen für den Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts erfüllt.

d) Für diese Ungleichbehandlung gibt es keine Rechtfertigung, aus der sich ihre Vereinbarkeit mit Art. 119 EWGV ergeben würde.

aa) Der *EuGH* hat in ständiger, zu Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte nach Art. 177 EWGV ergangener Rechtsprechung erkannt, daß es

Sache des für die Beurteilung des Sachverhalts allein zuständigen nationalen Gerichts sei, festzustellen, ob und inwieweit eine mittelbar diskriminierende Regelung durch objektive Gründe, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, gerechtfertigt ist (NZA 1986, 599; NZA 1990, 437; NZA 1990, 791; ebenso die Vorabentscheidung im vorliegenden Fall).

bb) Bei dieser Prüfung sind die nationalen Gerichte in der Wahl ihrer Maßstäbe jedoch nicht frei, sondern an Vorgaben gebunden, die sich nach der Rechtsprechung des EuGH aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben.

So ist zur Rechtfertigung der von einer Rechtsnorm vorgesehenen Ungleichbehandlung zunächst erforderlich, daß mit dieser Ungleichbehandlung ein sachlicher, nicht auf das Geschlecht bezogener Zweck verfolgt wird. Dabei genügt freilich nicht jeder sachliche Grund, sondern nur ein Zweck, der einem objektiven Betrachter hinreichend gewichtig erscheinen muß. So hat der *EuGH* von einer für ein Unternehmen getroffenen Regelung gefordert, daß sie einem wirklichen Bedürfnis dieses Unternehmens dienen müsse (NZA 1986, 599). Zur Rechtfertigung einer diskriminierenden Gesetzesvorschrift hat er es für erforderlich gehalten, daß diese einem notwendigen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dient (NZA 1990, 437; *EuGHE* 1991, I – 2223, 2228).

Außerdem genügt zum Ausschluß eines Verstoßes gegen Art. 119 EWGV allein das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes noch nicht. Es muß vielmehr hinzukommen, daß die Ungleichbehandlung zur Erreichung des rechtfertigenden Ziels auch erforderlich und geeignet ist (NZA 1986, 599; NZA 1990, 437; *EuGHE* 1991, I – 2223, 2228).

cc) Zwar hat der *Senat* in seinen Urteilen (ZTR 1988, 459 = AP § 23a BAT Nr. 24) die Auffassung vertreten, die in § 23 a S. 2 Nr. 6 BAT vorgesehene Verdoppelung der Bewährungszeiten sei generell gerechtfertigt, weil Teilzeitarbeitnehmer den für einen Bewährungsaufstieg vorausgesetzten, innerhalb eines bestimmten Zeitraums von einem Vollzeitarbeitnehmer erreichten Zuwachs an Erfahrungswissen nur in einem entsprechend längeren Zeitraum erlangen könnten. Außerdem verwehre es die Rücksichtnahme auf die Tarifautonomie den Arbeitsgerichten, die vom Tarifvertrag vorgegebene Verdoppelung von Bewährungszeiten für Teilzeitbeschäftigte auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.

Diese Auffassungen können nicht mehr aufrechterhalten werden, nachdem der *EuGH* eine allgemeine Rechtfertigung der Verdoppelung von Bewährungszeiten Teilzeitbeschäftigter ausdrücklich ausgeschlossen und eine Prüfung der Tarifverträge im Hinblick auf die im Einzelfall im Streit stehende Tätigkeit des Teilzeitarbeitnehmers gefordert hat,

ohne insoweit aus Rücksicht auf die Tarifautonomie Einschränkungen vorzusehen.

Es kommt noch hinzu, daß diese Ausführungen des *EuGH* in seiner Vorabentscheidung eine ausdrückliche Reaktion auf die ihm vorgelegte Stellungnahme der Bundesregierung sind. Die Bundesregierung hatte sich darin ausführlich auf die beiden Senatsurteile vom 14.9.1988 (ZTR 1988, 459; AP § 23a BAT Nr. 24) sowie auf die diesen vorangegangene Rechtsprechung des Senats berufen.

dd) Zwar ist es vorstellbar, daß in einer sehr qualifizierten Tätigkeit nach vergleichsweise kurzer Bewährungszeit noch ein nicht unerheblicher Vorsprung eines Vollzeitbeschäftigten an Erfahrungswissen im Vergleich zu einem mit der halben regelmäßigen Arbeitszeit tätigen Teilzeitarbeitnehmer festzustellen ist. Von einem solchen Vorsprung, der zur Rechtfertigung der verlängerten Bewährungszeiten Teilzeitbeschäftigter nach § 23a S. 2 Nr. 6 BAT in Betracht käme, kann hier jedoch nicht ausgegangen werden.

ee) Die Darlegungslast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, die den Verstoß einer Bestimmung gegen Art. 119 EWGV trotz eines den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung von Frauen erfüllenden Zahlenverhältnisses unter den Betroffenen ausschließen sollen, trifft denjenigen, der sich auf solche Rechtfertigungsgründe beruft.

4. Die im vorliegenden Fall bestehende Unvereinbarkeit der in § 23a S. 2 Nr. 6 BAT vorgesehenen hälftigen Anrechnung von Bewährungszeiten mit Art. 119 EWGV führt dazu, daß die entsprechende Regelung des BAT hier nicht anzuwenden ist.

5. Der *EuGH* hat in seiner Vorabentscheidung – ebenfalls in Übereinstimmung mit seiner bis dahin ergangenen Rechtsprechung (vgl. NZA 1990, 791) – erkannt, daß die Unanwendbarkeit der gegen Art. 119 EWGV verstoßenden Tarifbestimmungen dazu führen müsse, daß die von der diskriminierenden Regelung benachteiligten Arbeitnehmer, wobei bis zu einer diskriminierungsfreien Neuregelung die für die begünstigte Gruppe geltende Regelung das einzig gültige Bezugssystem bleibe.

Dies führt unter den Bedingungen des vorliegenden Falls dazu, daß für die Anwendung von § 23a S. 2 Nr. 6 BAT auch Bewährungszeiten voll anzurechnen sind, die vor dem 1.1.1988 von mindestens der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit beschäftigten Teilzeitarbeitnehmern wie der Kl. zurückgelegt worden sind.