

Aktenzeichen: 4 AZR 152/92
Bundesarbeitsgericht 4. Senat

Urteil vom 02. Dezember 1992
- 4 AZR 152/92 -

I. Arbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 16. Mai 1991
- 2 Ca 435/88 -

II. Landesarbeitsgericht
Hamburg

Urteil vom 19. Dezember 1991
- 2 Sa 66/91 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse : Ja
Für das Bundesarchiv : Ja



Entscheidungsstichwort:

Mittelbare Frauendiskriminierung beim Bewährungsaufstieg

Gesetz:

BAT § 23 a Satz 2 Nr. 6, Anlage 1 a Teil I VergGr. IV b, V b;
EWG-Vertrag Art. 119, 177; Richtlinie 75/117/EWG

Leitsätze:

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 EWG-Vertrag 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 nicht 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 (Urteil vom 14. September 1988, BAGE 59, 306 = AP Nr. 24 zu § 23 a BAT).



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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. V b BAT geringeres Erfahrungswissen erworben hat als eine entsprechende Vollzeitkraft.

5. Soweit § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT danach gegen das Lohn- gleichheitsgebot des Art. 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG verstößt, ist er nicht anzuwenden.

6. Soweit eine Teilzeitarbeitnehmer benachteiligende Regelung des § 23 a BAT wegen Verstoßes gegen das gemeinschaftsrecht- liche Lohnleichheitsgebot nicht anzuwenden ist, sind auch für Teilzeitarbeitnehmer die für Vollzeitbeschäftigte beste- henden Regelungen maßgeblich.

Hinweise des Senats:

Senatsurteil im Anschluß an eine in der Sache ergangene Vor- abentscheidung des Europäischen Gerichtshofs



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

4 AZR 152/92

2 Sa 66/91 Hamburg

Verkündet am
2. Dezember 1992

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

Noll,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

pp.

hat der Vierte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 1992 durch den Vorsitzenden Richter Schaub, die Richter Schneider und Dr. Wißmann sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. Koffka und die ehrenamtliche Richterin Schamann für Recht erkannt:



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 19. Dezember 1991 - 2 Sa 66/91 - wird zurückgewiesen.
2. Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

V o n R e c h t s w e g e n !

T a t b e s t a n d :

Die Parteien streiten über die Dauer der von der Klägerin vor einer Höhergruppierung zurückzulegenden Bewährungszeit.

Die Klägerin ist seit dem 1. Januar 1977 bei der Beklagten mit einer Arbeitszeit von 20 Wochenstunden beschäftigt. Seit dem 1. Januar 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 Klägerin ist seit dem 1. Januar 1983 in die VergGr. V b Fallgruppe 1 a der Anlage 1 a zum BAT eingruppiert. Sie hat zum 1. Januar 1989 Höhergruppierung im Wege des Bewährungsaufstiegs in die VergGr. IV b BAT Fallgruppe 2 be-



gehrt. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß sich die Klägerin bei ihrer Tätigkeit den an sie gestellten Anforderungen gewachsen gezeigt hat.

Die Beklagte hat die Höhergruppierung abgelehnt mit der Begründung, die Klägerin habe die hierfür erforderliche sechsjährige Bewährung noch nicht erbracht, weil nach § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT vor dem 1. Januar 1988 mit der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit zurückgelegte Bewährungszeiten nur zur Hälfte anzurechnen seien.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, eine solche Verdoppelung der Bewährungszeiten für Teilzeitbeschäftigte sei durch höherrangiges Recht ausgeschlossen. Sie verstoße gegen Art. 119 EWG-Vertrag und die Lohnleichheitsrichtlinie 75/117/EWG vom 10. Februar 1975 (ABl. EG Nr. L 45 vom 19. Februar 1975, S. 19) sowie gegen Art. 3 Abs. 1 und 2 GG, § 2 Abs. 1 BeschFG und gegen § 611 a Abs. 1 i.V.m. § 612 Abs. 3 BGB. Hierin liege nämlich zum einen eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitbeschäftigten. Zum anderen stelle dies auch eine mittelbare Diskriminierung von Frauen gegenüber Männern dar, denn von dieser Regelung seien erheblich mehr Frauen als Männer nachteilig betroffen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß über 90 % der nachteilig Betroffenen Frauen sind.

Die Klägerin hat beantragt

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin ab 1. Januar 1989 eine Vergütung



nach VergGr. IV b Fallgruppe 2 BAT zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Unter Hinweis auf die Urteile des Senats vom 14. September 1988 (- 4 AZR 132/88 - ZTR 1988, 459; - 4 AZR 351/88 - AP Nr. 24 zu § 23 a BAT) hat sie die Auffassung vertreten, § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT verstoße nicht gegen höherrangiges Recht und sei voll anwendbar. Die nur hälftige Anrechnung der Bewährungszeiten Teilzeitbeschäftigter sei durch das geschlechtsunabhängige Motiv der Tarifvertragsparteien gerechtfertigt, durch den Bewährungsaufstieg den in der geforderten Beschäftigungszeit erzielten Zuwachs an Erfahrungswissen zu honorieren. Die hierfür erforderliche Beschäftigungszeit sei bei einem mit halber Regelarbeitszeit beschäftigten Teilzeitarbeitnehmer naturgemäß doppelt so lang wie bei einem Vollzeitarbeitnehmer. Außerdem verwehre es die in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie den Gerichten, tarifliche Regelungen auf ihre Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluß vom 13. April 1989 gemäß Art. 177 EWG-Vertrag folgendes Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof gerichtet:

1. Liegt ein Verstoß gegen Art. 119 EWG-Vertrag 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.m. Art. 117 des EWG-Vertrages 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?

In dem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof hat die Bundesregierung eine Stellungnahme abgegeben, in der sie zur Erläuterung von § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT die Begründung der Senatsurteile vom 14. September 1988 (- 4 AZR 132/88 - ZTR, aaO; - 4 AZR 351/88 - AP, aaO) ausführlich dargestellt hat.



Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 7. Februar 1991 (Rs C 184/89 - Nimz - AP Nr. 25 zu § 23 a BAT) für Recht erkannt:

- 1) Art. 119 EWG-Vertrag 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 EWG-Vertrag im nationalen Recht nicht ordnungsgemäß durchgeführt ist, das einzig gültige Bezugssystem bleibt.

Daraufhin hat das Arbeitsgericht der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.



E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Revision ist nicht begründet. Die Klägerin hat Anspruch auf Eingruppierung in die VergGr. IV b BAT Fallgruppe 2 seit dem 1. Januar 1989.

I. Die Klägerin hat eine im öffentlichen Dienst allgemein übliche Eingruppierungsfeststellungsklage erhoben, die nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unbedenklich zulässig ist (vgl. Senatsurteil vom 19. März 1986 - 4 AZR 470/84 - AP Nr. 114 zu §§ 22, 23 BAT 1975).

II. Das Arbeitsverhältnis der Klägerin unterliegt kraft Vereinbarung dem BAT. In der für die Entscheidung des Rechtsstreits maßgeblichen, am 1. Januar 1989 gültigen Fassung lauteten die hier einschlägigen Bestimmungen des BAT wie folgt:

§ 23 a

Bewährungsaufstieg im Bereich des Bundes und im Bereich der Tarifgemeinschaft deutscher Länder

Der Angestellte, der ein in der Anlage 1 a mit dem Hinweiszeichen * gekennzeichnetes Tätigkeitsmerkmal erfüllt, ist nach Erfüllung der vorgeschriebenen Bewährungszeit höhergruppiert.

Für die Erfüllung der Bewährungszeit gilt folgendes:

...

6. a) Bewährungszeiten vor dem 1. Januar 1988, in denen der Angestellte regelmäßig mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beschäftigt war, werden voll, Bewährungszeiten, in denen er mit mindestens der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit



eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten beschäftigt war, werden zur Hälfte angerechnet.

- b) Bewährungszeiten nach dem 31. Dezember 1987, in denen der Angestellte mit einer kürzeren als der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit eines entsprechenden vollbeschäftigten Angestellten, mindestens jedoch in einem höheren als dem in § 3 Buchstabe q genannten Umfang beschäftigt war, werden vorbehaltlich des Satzes 2 voll angerechnet. Wird eine längere Arbeitszeit vereinbart, wird die bis dahin zurückgelegte Bewährungszeit in dem Verhältnis angerechnet, in dem die bisher vereinbarte Arbeitszeit zu der neuen Arbeitszeit steht...

Vergütungsgruppe IV b

...

2. Angestellte, die nach mit dem Hinweiszeichen * gekennzeichneten Tätigkeitsmerkmalen in der Vergütungsgruppe V a oder V b eingruppiert sind, nach sechsjähriger Bewährung in einer Tätigkeit der Vergütungsgruppe V a oder V b.

...

Vergütungsgruppe V b

- 1.a) Angestellte im Büro-, Buchhalterei-, sonstigen Innendienst und im Außendienst, deren Tätigkeit gründliche, umfassende Fachkenntnisse und selbständige Leistungen erfordert.*

...

III. Das Landesarbeitsgericht hat den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch mit der Begründung bejaht, die Klägerin habe am 1. Januar 1989 die für die Höhergruppierung erforderliche Bewährungszeit zurückgelegt gehabt. Die Bewährungszeit habe wie bei Vollzeitbeschäftigten nur sechs Jahre betragen. § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT sei nämlich insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 119 EWG-Vertrags nichtig, wie er für Beschäftigungszeiten von Teil-



zeitarbeitnehmern eine nur hälftige Anrechnung als Bewährungszeiten vorschreibe. Diese Bestimmung habe nämlich, da die Betroffenen weit überwiegend Frauen seien, objektiv einen mittelbar wegen des Geschlechts diskriminierenden Charakter. Geschlechtsunabhängige Gründe, die diese Regelung rechtfertigen könnten, seien von der Beklagten nicht dargelegt worden.

Im Gegensatz zur Rechtsprechung des Senats (Urteile vom 14. September 1988 - 4 AZR 132/88 - ZTR, aaO; - 4 AZR 351/88 - AP, aaO) sei nicht davon auszugehen, daß mit dem Bewährungsaufstieg nach § 23 a BAT das in der Bewährungszeit erhöhte und vertiefte Erfahrungswissen honoriert werden solle. Vielmehr komme es allein auf die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung während des Bewährungszeitraums an. Die vom Bundesarbeitsgericht getroffene Auslegung finde weder im Wortlaut noch in der Tarifgeschichte eine Stütze. Auf keinen Fall könne nach der in der Sache ergangenen Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 7. Februar 1991 (AP, aaO) zur Rechtfertigung der in § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT vorgesehenen unterschiedlichen Behandlung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitarbeitnehmern noch, wie das Bundesarbeitsgericht angenommen habe, die allgemeine Wertung ausreichen, daß das Erfahrungswissen eines Teilzeitbeschäftigten wegen des geringeren Arbeitsvolumens notwendig weniger groß sei als das in demselben Zeitraum von einem Vollzeitarbeitnehmer erworbene. Vielmehr sei eine auf die konkrete Tätigkeit bezogene Prüfung erforderlich. Hierzu habe die Beklagte aber nichts vorgetragen. Die Tarifautonomie stehe einer Anwendung der für Vollzeitarbeitnehmer geltenden Bestimmungen des § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT auf Teilzeitbeschäftigte nicht im Wege.



IV. Dem ist im Ergebnis und weitgehend auch in der Begründung zuzustimmen. § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT ist wegen Verstoßes gegen Art. 119 EWG-Vertrag 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 Anlage 1 a zum BAT erforderliche sechsjährige Bewährungszeit vorschreibt.

1.a) Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist das in Art. 119 EWG-Vertrag 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. Urteil vom 17. Mai 1990 - Rs C 262/88 - Barber - AP Nr. 20 zu Art. 119 EWG-Vertrag). Dieser Grundsatz ist unumstritten, das Bundesarbeitsgericht hat ihn in seine Rechtsprechung aufgenommen (vgl. BAGE 66, 264, 270 = AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG; Urteil vom 9. Oktober 1991 - 5 AZR 598/90 - NZA 1992, 259, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen).

b) Dieses Gebot beansprucht nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Vorrang auch gegenüber Tarifverträgen (vgl. Urteil vom 27. Juni 1990 - Rs C 33/89 - Kowalska - AP Nr. 21 zu Art. 119 EWG-Vertrag). Der Europäische Gerichtshof hat auch in seiner im vorliegenden Fall ergangenen Vorabentscheidung entsprechend erkannt.



aa) Eine Vorabentscheidung ist nicht nur, wie der Europäische Gerichtshof bereits entschieden hat (Urteil vom 3. Februar 1977 - Rs 52/76 - Benedetti - Slg. 19, 77, 163, 183), für das jeweils vorlegende Gericht hinsichtlich der Auslegung der betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen verbindlich. Darüber hinaus bindet das Vorabentscheidungsurteil, wenn nicht das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag seinen Sinn verlieren soll, auch alle anderen Gerichte, die in derselben Sache zu entscheiden haben (vgl. Krück in: Groeben/Thiesing/Ehlermann, EWG-Vertrag, 4. Aufl., Art. 177 Rz 87; Wohlfahrt in: Grabitz, EWG-Vertrag, Loseblatt, Stand 1990, Art. 177 Rz 70). Dabei ist der Tenor eines aufgrund von Art. 177 EWG-Vertrag ergangenen Urteils im Lichte der Entscheidungsgründe zu verstehen (Europäischer Gerichtshof Urteil vom 16. März 1978 - Rs 135/77 - Bosch II - Slg. 1978, 855, 859).

Die verbindliche Wirkung einer nach Art. 177 EWGV ergangenen Entscheidung für die mit der Sache befaßten nationalen Gerichte ist auch vom Bundesarbeitsgericht bisher schon anerkannt worden (vgl. Urteil vom 6. Juli 1974, BAGE 26, 214 = AP Nr. 7 zu Art. 177 EWG-Vertrag; Urteil vom 9. Oktober 1991 - NZA, aaO).

bb) Der Vorrang des gemeinschaftsrechtlichen Gebots der Entgeltgleichheit auch gegenüber Tarifverträgen ergibt sich nicht nur aus Art. 119 EWG-Vertrag, sondern auch aus der in Art. 4 der Lohngleichheitsrichtlinie 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 vom 14. September 1988 - ZTR, aaO; AP, aaO).

2. Von der hier in Streit befindlichen Eingruppierung wird die Höhe der Vergütung der Klägerin bestimmt. Gegenstand des Rechtsstreits ist damit, wie auch der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung ausdrücklich festgestellt hat, das Arbeitsentgelt der Klägerin i.S. des Art. 119 EWG-Vertrag.

3. § 23 a Satz 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 EWG-Vertrag, als sie eine mittelbare Diskriminierung von Frauen wegen ihres Geschlechts enthält.

a) Zwar wird in Art. 119 EWGV ebenso wie in der Lohngleichheitsrichtlinie 75/117/EWG ein Diskriminierungsverbot ausgesprochen, ohne daß dabei - im Unterschied zu späteren gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverboten, z.B. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG über den Zugang zur Beschäftigung u.a. vom 9. Februar 1976 (ABl. EG Nr. L 39 vom 14. Februar 1976, S. 40) - die mittelbare Diskriminierung ausdrücklich erwähnt würde. Es ist aber inzwischen unbestritten, daß Art. 119 EWG-Vertrag auch die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts erfaßt (vgl. nur die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, z.B. Urteil vom 13. Mai 1986 - Rs 170/84 - Bilka-Kaufhaus - AP Nr. 10 zu Art. 119 EWG-Vertrag; zuletzt Urteil vom 4. Juni 1992 - Rs C 360/90 - Bötzel - EzA Nr. 108 zu § 37 BetrVG 1972). Das



Bundesarbeitsgericht hat sich dem in ständiger Rechtsprechung angeschlossen (z.B. BAGE 66, 264, 270 f. = AP Nr. 8 zu § 1 BetrAVG).

b)aa) Eine für Männer und Frauen in gleicher Weise geltende Rechtsnorm enthält nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs dann eine gegen Art. 119 EWG-Vertrag 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 (Urteil vom 13. Juli 1989 - Rs 171/88 - Rinner-Kühn - AP Nr. 16 zu Art. 119 EWG-Vertrag; Urteil vom 27. Juni 1990 - Kowalska - AP, aaO; Urteil vom 4. Juni 1992 - Bötzel - EzA, aaO; ebenso die Vorabentscheidung im vorliegenden Fall).

bb) Der Dritte Senat (besonders Urteil vom 14. Oktober 1986, BAGE 53, 161 = AP Nr. 11 zu Art. 119 EWG-Vertrag) und ihm folgend der Fünfte Senat (Urteil vom 9. Oktober 1991 - NZA, aaO) 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 geprüft 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.



Es erscheint nicht zweifelsfrei, ob eine solche zusätzliche Voraussetzung aus Art. 119 EWG-Vertrag herzuleiten ist. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 13. Mai 1986 (Bilka-Kaufhaus - AP, aaO), das als Vorabentscheidung nach Art. 177 EWG-Vertrag dem Urteil des Dritten Senats vom 14. Oktober 1986 (AP, aaO) zugrunde lag, folgendes ausgeführt:

"Falls sich herausstellen sollte, daß ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer vollzeitbeschäftigt ist, steht der Ausschluß der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung folglich dann im Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag, wenn - unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten - diese Maßnahme nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen."

Auf diese Passage der Vorabentscheidung bezog sich der Dritte Senat im hier erörterten Zusammenhang in seinem Urteil vom 14. Oktober 1986 (AP, aaO). Der Europäische Gerichtshof hat indessen seinen Hinweis auf die Geschlechterrollen am Arbeitsmarkt hier nicht als zusätzliche Voraussetzung für die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit einer mittelbaren Diskriminierung formuliert. Er hat sie vielmehr in den Satzteil eingebunden, der die wegen der möglichen Rechtfertigung der Benachteiligung anzustellende Verhältnismäßigkeitsprüfung zum Gegenstand hat. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, daß der Dritte Senat in seinem vorangegangenen Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof (Beschuß vom 5. Juni 1984, BAGE 46, 71 = AP Nr. 3 zu Art. 119 EWG-Vertrag) ausdrücklich gefragt hatte, ob eine die Teilzeitarbeitnehmer benachteiligende Regelung damit ge-



rechtfertigt werden könne, daß das Unternehmen möglichst wenige Teilzeitarbeitnehmer beschäftigen möchte.

Hiernach könnte die Bemerkung des Europäischen Gerichtshofs zu den Geschlechterrollen am Arbeitsmarkt so zu verstehen sein, daß damit nicht eine zusätzliche Voraussetzung für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung aufgestellt, sondern im Gegenteil ein auf den konkreten Fall bezogener und die Rechtfertigung erschwerender Hinweis für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit einer benachteiligenden Maßnahme gegeben werden sollte. Die Ungleichbehandlung hatte nämlich in dem seinerzeit zu entscheidenden Fall nach dem Vortrag des beklagten Unternehmens gerade die Verminderung der Beschäftigung von Teilzeitarbeitnehmern zum Ziel. Wenn der Europäische Gerichtshof die Schwierigkeiten von Frauen betont, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten, dann kann auch das Bestreben des Unternehmens, Teilzeitarbeit zu vermindern, in seinen praktischen Folgen nicht ohne weiteres geschlechtsneutral gewertet werden. Folgerichtig hat der Europäische Gerichtshof in seinem damaligen Urteil auch erkannt, daß der bloße Wunsch des Unternehmens, Teilzeitarbeit zu vermindern, zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht ausreichend sei; vielmehr müsse die benachteiligende Regelung einem wirklichen - und damit gerichtlich nachprüfbaren - Bedürfnis des Unternehmens dienen.

Für ein solches Verständnis der angeführten Passage des Urteils vom 13. Mai 1986 (Bilka-Kaufhaus - AP, aaO) spricht auch, daß der Europäische Gerichtshof in seinen späteren Entscheidungen zur Frage, wann der Tatbestand einer mittelbaren Diskriminierung



beim Arbeitsentgelt erfüllt ist, auf die Bemerkung zu den für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten, nicht mehr zurückgekommen ist. Er hat vielmehr seither in seiner Rechtsprechung hierzu nur auf das Zahlenverhältnis bei der nachteiligen Betroffenheit der Geschlechter abgestellt, so auch in der im vorliegenden Fall ergangenen Vorabentscheidung.

cc) Letztlich kann hier jedoch dahinstehen, ob dem Dritten und dem Fünften 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, in dem es um die mittelbare Diskriminierung in Form einer Benachteiligung von Teilzeitarbeitnehmern gegenüber Vollzeitbeschäftigten geht.

c) Das Landesarbeitsgericht hat im hier zu entscheidenden Fall die stärkere nachteilige Betroffenheit weiblicher Angestellter daraus gefolgert, daß - nach seinen unbestrittenen Feststellungen - über 90 % der von der lediglich hälftigen Anrechnung von Beschäftigungszeiten auf die Bewährungszeit gemäß § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT Betroffenen Frauen sind. Diese Feststellung reicht indes 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 EWG-Vertrag 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 Europäische Gerichtshof schon in seinem grundlegenden Urteil vom 13. Mai 1986 (Bilka-Kaufhaus - AP, aaO) 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 Europäischen Gerichtshof folgend hat der Dritte Senat in seinem in derselben Sache ergangenen Urteil vom 14. Oktober 1986 (AP, aaO) 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 EWG-Vertrag hat der Europäische Gerichtshof eine mittelbare Diskriminierung davon abhängig gemacht, ob prozentual erheblich weniger Frauen als Männer unter den von einer Regelung Begünstigten (Urteil vom 13. Juli 1989 - Rinner-Kühn - AP, aaO) bzw. ob prozentual erheblich weniger Männer als Frauen unter den von einer Regelung Benachteiligten sind (Urteil vom 27. Juni 1990 - Kowalska - AP, aaO).

Ebenso hat der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 7. Mai 1991 (Rs C 229/89 - Kommission/Belgien - Slg. 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 EWG-Vertrag zugrunde, sondern die Richtlinie



79/7/EWG vom 19. Dezember 1978 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl. EG Nr. L 6 vom 10. Januar 1979, S. 24). Der Europäische Gerichtshof 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 EWG-Vertrag.

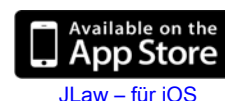
cc) Im Tenor der zum vorliegenden Rechtsstreit ergangenen Vorabentscheidung hat der Europäische Gerichtshof zwar nicht mehr ausdrücklich die zur Prüfung erforderlichen Rechenschritte aufgeführt, sondern nur noch auf das Überwiegen des Frauenanteils in der von der Norm benachteiligten Gruppe abgestellt. In den Entscheidungsgründen hat er aber die mittelbare Diskriminierung 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 (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 16. März 1978 - Bosch II - Slg., aaO), kommt auch im vorliegenden Fall nur die unter bb) dargestellte Berechnungsmethode in Betracht.

dd) Das Landesarbeitsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, wie die Angestellten, für die § 23 a Satz 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 Landesarbeitsgericht für die Teilzeitbeschäftigten festgestellt hat, für die § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT die Verdoppelung der Bewährungszeit vorschreibt. So ergibt sich aus der im Vorabentscheidungsverfahren dem Europäischen Gerichtshof von der Bundesregierung erteilten Auskunft (im Rahmen des Sitzungsberichts zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Europäischen Gerichtshofs bestimmt), daß am 30. Juni 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 § 23 a BAT in Betracht kommt, so weit verschieben würde, daß dann der Frauenanteil unter den Angestellten, deren Bewährungszeit nach § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT voll anzurechnen ist, nicht mehr erheblich niedriger wäre als der Frauenanteil unter den von § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT durch eine Verdoppelung der Bewährungszeit nachteilig betroffenen Angestellten.

Daher ist die - übrigens mit der Revision nicht angegriffene - Feststellung des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden, daß im vorliegenden Fall die zahlenmäßige Verteilung der Geschlechter auf die Gruppen der von § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT nachteilig und der nicht nachteilig Betroffenen die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bestehenden Voraussetzun-



gen 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 EWG-Vertrag ergeben würde.

aa) Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger, zu Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte nach Art. 177 EWG-Vertrag 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 (Urteile vom 13. Mai 1986 - Bilka-Kaufhaus - AP, aaO; vom 13. Juli 1989 - Rinner-Kühn - AP, aaO; vom 27. Juni 1990 - Kowalska - AP, aaO; 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 Europäischen Gerichtshofs 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 Be-



trachter hinreichend gewichtig erscheinen muß. So hat der Europäische Gerichtshof von einer für ein Unternehmen getroffenen Regelung gefordert, daß sie einem wirklichen Bedürfnis dieses Unternehmens dienen müsse (Urteil vom 13. Mai 1986 - Bilka-Kaufhaus - AP, aaO). Zur Rechtfertigung einer diskriminierenden Gesetzesvorschrift hat er es für erforderlich gehalten, daß diese einem notwendigen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedsstaats diene (Urteile vom 13. Juli 1989 - Rinner-Kühn - AP, aaO; vom 7. Mai 1991 - Kommission/Belgien - Slg., aaO).

Außerdem genügt zum Ausschluß eines Verstoßes gegen Art. 119 EWG-Vertrag 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 (vgl. Urteile vom 13. Mai 1986 - Bilka-Kaufhaus - AP, aaO; vom 13. Juli 1989 - Rinner-Kühn - AP, aaO; vom 7. Mai 1991 - Kommission/Belgien - Slg., aaO).

cc) Bezogen auf den vorliegenden Fall hat der Europäische Gerichtshof diese Grundsätze in seiner Vorabentscheidung dahingehend konkretisiert, daß es zur Rechtfertigung der von § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT für bestimmte Teilzeitbeschäftigte geforderten doppelten Bewährungszeit nicht ausreiche, allgemein auf den größeren Gewinn an Erfahrungswissen zu verweisen, der sich zwangsläufig aus dem größeren Arbeitsvolumen der mit mindestens drei Viertel der regelmäßigen Wochenarbeitszeit Beschäftigten im Vergleich zu den mit geringerer Arbeitszeit Beschäftigten ergebe. Der Gerichtshof hat zwar die mit wachsender Dauer einer Tätigkeit zunehmende Erfahrung des Arbeitnehmers, die ihn zu besserer Ar-



beitsleistung befähigt, grundsätzlich als ein zur Rechtfertigung geeignetes Kriterium anerkannt. Er hält aber insoweit eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalles für erforderlich, insbesondere der Frage, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschafft. Diese Vorgabe ist, wie bereits ausgeführt, für den Senat verbindlich.

dd) Die hiernach bestehende Prüfungspflicht der nationalen Gerichte wird nicht dadurch eingeschränkt, daß insoweit die Regulationsautonomie der Tarifvertragsparteien Vorrang zu beanspruchen hätte. Das gemeinschaftsrechtliche Lohngleichheitsgebot geht, wie oben (1 b) dargestellt, uneingeschränkt auch Tarifverträgen vor. Der Europäische Gerichtshof hat in der im vorliegenden Verfahren ergangenen Vorabentscheidung ebenso wie in dem ebenfalls zur Frage einer mittelbaren Diskriminierung durch Bestimmungen des BAT ergangenen Urteil vom 27. Juni 1990 (Kowalska – AP, aaO) den nationalen Gerichten ausdrücklich die Prüfung der Rechtfertigung der in Frage stehenden Tarifvertragsbestimmungen aufgetragen, ohne insoweit Einschränkungen aus Rücksichtnahme auf die Tarifautonomie zu machen.

ee) Diesen Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs ist schon deshalb zu folgen, weil sie für den Senat verbindlich sind. Zwar hat der Senat in seinen Urteilen vom 14. September 1988 (- 4 AZR 132/88 – ZTR, aaO; - 4 AZR 351/88 – AP, aaO) die Auffassung vertreten, die in § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT vorgesehene Verdoppelung der Bewährungszeiten sei generell gerechtfertigt, weil Teilzeit-



arbeitnehmer den für einen Bewährungsaufstieg vorausgesetzten, innerhalb eines bestimmten Zeitraumes 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 Europäische Gerichtshof 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 Europäischen Gerichtshofs 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. September 1988 (ZTR, aaO; AP, aaO) sowie auf die diesen vorangegangene Rechtsprechung des Senats berufen.

ff) 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 § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT in Betracht käme, kann hier jedoch nicht ausgegangen werden.

Es ist nichts dafür dargetan, daß nach der Art der von der Klägerin ausgeübten Tätigkeit das Erfahrungswissen, das ein Vollzeitarbeitnehmer üblicherweise nach sechsjähriger Bewährung in VergGr. V b BAT erworben hat, von einer mit der halben regelmäßigen Wochenarbeitszeit beschäftigten Teilzeitkraft erst nach mehr als sechsjähriger Bewährung erlangt wird. Es ist vielmehr durchaus möglich, daß schon nach wesentlich kürzerer Zeit als nach sechs Jahren das sich aus der Tätigkeit der Klägerin ergebende Erfahrungswissen gesammelt ist und danach ein nennenswerter Zuwachs nicht mehr stattfindet, so daß das für die Arbeitsqualität maßgebliche Erfahrungswissen eines Vollzeitarbeitnehmers und eines mit der Hälfte der regelmäßigen Wochenarbeitszeit beschäftigten Teilzeitarbeitnehmers nach sechsjähriger Bewährung im wesentlichen gleich ist. So ist das Landesarbeitsgericht ungerügt davon ausgegangen, daß die Klägerin bereits nach eineinhalb Jahren Teilzeitbeschäftigung alle in ihrem Tätigkeitsbereich anfallenden Verwaltungsvorgänge kennengelernt habe; dies schließt aber aus, daß die mit der Wiederholung dieser Vorgänge während einer gewissen Zeit noch verbundene Erhöhung des Erfahrungswissens auch nach sechs Jahren noch im Gange war.

Die Beklagte hat hierzu - über die vom Europäischen Gerichtshof bereits für unzureichend erklärte pauschalierende, den Senatsentscheidungen vom 14. September 1988 (ZTR, aaO; AP, aaO)



entnommene Argumentation hinaus - nichts vorgetragen, obwohl nach der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs feststand, daß zur Entscheidung des Rechtsstreits eine auf die Tätigkeit der Klägerin bezogene Prüfung der Angemessenheit verdoppelter Bewährungszeiten vorzunehmen sein würde. Dies muß nach allgemeinen Grundsätzen zu Lasten der Beklagten gehen. Die Darlegungslast für das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen, die den Verstoß einer Bestimmung gegen Art. 119 EWG-Vertrag trotz eines den Tatbestand der mittelbaren Diskriminierung von Frauen erfüllenden Zahlenverhältnisses unter den Betroffenen ausschließen sollen, trifft denjenigen, der sich auf solche Rechtfertigungsgründe beruft.

Daher kann es hier dahinstehen, ob die in der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs im Zusammenhang mit rechtfertigenden Umständen gebrauchte Formulierung "...es sei denn, der Arbeitgeber weist nach..." als eine aus dem Gemeinschaftsrecht abzuleitende Beweislastregel zu verstehen ist. Hiergegen könnte sprechen, daß der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 13. Juli 1989 (Rinner-Kühn - AP, aaO), in dem es um die mittelbar diskriminierende Wirkung gesetzlicher Vorschriften ging, die Formel verwendet hat "...es sei denn, der Mitgliedstaat legt dar...", obwohl der Mitgliedstaat nicht Partei des Ausgangsverfahrens war.

gg) Nach den vorstehenden Ausführungen erübrigt sich auch eine abschließende Stellungnahme zu der vom Landesarbeitsgericht verneinten Frage, ob mit dem Bewährungsaufstieg nach § 23 a BAT ausschließlich oder zumindest auch die aufgrund der Tätigkeit in der Bewährungszeit üblicherweise zu erwartende Erweiterung und Ver-



tiefung von Erfahrungswissen honoriert werden soll. Die in den Senatsurteilen vom 14. September 1988 (ZTR, aaO; AP, aaO) hierfür angeführten Gründe erscheinen auch im Licht der vom Landesarbeitsgericht geäußerten Kritik (ebenso die krit. Anm. von Pfarr in AP Nr. 24 zu § 23 a BAT) gewichtig. Hinzu kommt, daß nur bei einem solchen Verständnis des Bewährungsaufstiegs die für den BAT kennzeichnende Verbindung zwischen der jeweils geleisteten Arbeit und der Eingruppierung gewahrt wird. Das in der Bewährungszeit üblicherweise angesammelte Erfahrungswissen macht bei generalisierender Betrachtung die Tätigkeit des Arbeitnehmers nach Ablauf der Bewährungszeit wertvoller und rechtfertigt so die höhere Eingruppierung. Dagegen führt die Auslegung des Landesarbeitsgerichts, wonach der Bewährungsaufstieg nur die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung in der Vergangenheit belohnen solle, zu einer dem BAT fremden Entkoppelung von Arbeitsleistung und hierfür zu zahlender Vergütung. Hätten die Tarifvertragsparteien wirklich das vom Landesarbeitsgericht angenommene Ziel vor Augen gehabt, dann hätten sie es zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht bei einem lediglich in die Zukunft wirkenden Bewährungsaufstieg belassen dürfen; sie hätten vielmehr beispielsweise auch Regelungen für den Fall treffen müssen, daß ein Arbeitnehmer nach längerer ordnungsgemäßer Aufgabenerfüllung vor Vollendung der für den Aufstieg erforderlichen Bewährungszeit ohne sein Zutun ausscheidet.

Auch wenn aber insoweit dem Landesarbeitsgericht zu folgen sein und die in der Bewährungszeit erhöhte Erfahrung für den Bewährungsaufstieg keine Rolle spielen sollte, so ergibt sich hieraus nichts anderes für eine mögliche Rechtfertigung der in § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT vorgenommenen Ungleichbehandlung. Auch insoweit



hat die Beklagte nichts vorgetragen, das über "verallgemeinernde Aussagen zu bestimmten Kategorien von Arbeitnehmern" - so die Formulierung des Europäischen Gerichtshofs in der Vorabentscheidung - hinausginge und damit als Grundlage für die hier vorzunehmende Verhältnismäßigkeitsprüfung dienen könnte.

hh) Schließlich ist auch zu berücksichtigen, daß § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT in seiner seit dem 1. Januar 1988 gültigen Fassung für Bewährungszeiten seit dem 1. Januar 1988 keine Unterscheidung mehr zwischen Vollzeitarbeitnehmern und solchen Teilzeitarbeitnehmern macht, die wie die Klägerin mit der Hälfte der regelmäßigen Wochenarbeitszeit beschäftigt sind. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß mit dem 1. Januar 1988 bis dahin vorhandene Gründe weggefallen sein könnten, die solches Gewicht hatten, daß sie auch im Rahmen der vom Europäischen Gerichtshof geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung (oben bb) eine faktische Ungleichbehandlung von Männern und Frauen beim Arbeitsentgelt zu rechtfertigen vermocht hätten.

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

Zwar hat das Landesarbeitsgericht gemeint, § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT sei insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 119 EWG-Vertrag nichtig. Dies kann jedoch zumindest in Fällen mittelbarer Diskriminierung nicht zutreffen, denn nach den vom Europäischen Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung in Übereinstimmung mit sei-



ner ständigen Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung beim Arbeitsentgelt gemachten Vorgaben setzt eine von Art. 119 EWG-Vertrag verbotene mittelbare Diskriminierung u.a. voraus, daß es an einem objektiv rechtfertigenden Grund für die Ungleichbehandlung fehlt. Die hierfür vom Europäischen Gerichtshof geforderte, auf den Einzelfall - und insbesondere auf die vom Arbeitnehmer ausgeübte Tätigkeit - bezogene Prüfung kann im weiten Anwendungsbereich des § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Daher hat die im vorliegenden Fall festzustellende teilweise Unvereinbarkeit von § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT mit Art. 119 EWG-Vertrag zur Folge, daß diese Bestimmung des BAT insoweit nicht anzuwenden ist (so der Europäische Gerichtshof in seiner Vorabentscheidung; ebenso im Anschluß an das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 13. Juli 1989 - Rinner-Kühn - AP, aaO; BAG Urteil vom 9. Oktober 1991, NZA, aaO).

5. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Vorabentscheidung - ebenfalls in Übereinstimmung mit seiner bis dahin ergangenen Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 27. Juni 1990 - Kowalska - AP, aaO) - erkannt, daß die Unanwendbarkeit der gegen Art. 119 EWG-Vertrag verstoßenden Tarifbestimmungen dazu führen müsse, daß die von der diskriminierenden Regelung benachteiligten Arbeitnehmer in gleicher Weise zu behandeln seien wie die übrigen 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 § 23 a Satz 2 Nr. 6 BAT auch Be-



währungszeiten voll anzurechnen sind, die vor dem 1. Januar 1988 von mit mindestens der Hälfte der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit beschäftigten Teilzeitarbeitnehmern wie der Klägerin zurückgelegt worden sind.

6. Da die Klage schon aufgrund unmittelbar anwendbarer Regelungen des Gemeinschaftsrechts erfolgreich war, können die zusätzlich von der Klägerin herangezogenen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts hier unerörtert bleiben.

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Schaub

Für den urlaubsabwesenden
Richter am Bundesarbeitsgericht
Schneider

Dr. Wißmann

Schaub

Dr. Koffka

Schamann

