2. **Der in Artikel 119 enthaltene Grundsatz des gleichen Entgelts greift ein, wenn nachgewiesen wird, daß eine Arbeitnehmerin unter Berücksichtigung der Art ihrer Tätigkeit ein geringeres Entgelt erhalten hat als ein Arbeitnehmer, der vor ihrer Einstellungszeit eingestellt war und der für den Arbeitgeber die gleiche Arbeit geleistet hat.**

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 27. März 1980.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCESCO CAPOTORTI VOM 28. FEBRUAR 1980 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Diese Rechtssache bietet dem Gerichtshof erneut Gelegenheit, auf das bedeutsame Problem der in Artikel 119 des Vertrages von Rom verankerten Gleichheit des Entgelts für Männer und Frauen einzugehen, ein Problem, welches schon in dem wohlbekannten Urteil vom 8. April 1976 (Defrenne — Slg. 1976, 455) behandelt wurde.

Der Sachverhalt liegt einfach. Die englische Firma Macarthys, eine Großhandelsfirma für pharmazeutische Erzeugnisse, hatte in den Jahren 1974 und 1975 Herrn McCullough, einem ihrer Lagerverwalter, einen Wochenlohn von 60 UKL bezahlt. Nach einer Vakanz von vier Monaten wurde Frau Wendy Smith am 1. März 1976 zu einem Wochenlohn von 50 UKL für diesen Posten als Lagerverwalterin eingestellt. In der Folge wandte sich Frau Smith unter Berufung auf den Equal Pay Act von 1970 an das Industrial Tribunal London und beantragte die Feststellung, daß ihr das gleiche Entgelt zustehe, wie es ihr Vorgänger erhalten hatte.

Obwohl das angegangene Gericht einräumte, daß die der Klägerin übertrage-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.

nen Tätigkeiten denjenigen ihres Vorgängers nicht völlig gleich waren (insbesondere war sie im Gegensatz zu diesem nicht für die Wartung der Fahrzeuge zuständig), vertrat es in seinem Urteil vom 27. Juni 1977 die Auffassung, die Aufgaben von Frau Smith seien denjenigen, die Herr McCullough zuvor wahrgenommen hatte, im Sinne der Section 1 (4) des Equal Pay Act im wesentlichen „vergleichbar". Es entschied folglich, daß das Entgelt von Frau Smith nach den gleichen Modalitäten berechnet werden müsse wie dasjenige von Herrn McCullough; dies um so mehr, als sich die Klägerin nicht auf die Mitarbeit der beiden stellvertretenden Lagerverwalter stützen konnte, die ihrem Vorgänger zur Verfügung gestanden hatten.

Diese Entscheidung wurde vom Employment Appeal Tribunal bestätigt, wenngleich das Gericht anerkannte, daß dabei über den Wortlaut des Equal Pay Act hinausgegangen werden müsse: Dieses Gesetz sieht einen Anspruch auf gleiches Entgelt nur bei gleichzeitiger Beschäftigung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer in demselben Unternehmen vor, wobei es auf einen Vergleich der tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten ankommt (und nicht auf die abstrakte Bewertung des Arbeitsplatzes). Das Employment Appeal Tribunal hielt es für geboten, über den Wortlaut des britischen Gesetzes hinauszugehen, um das ungerechte Ergebnis, zu dem es sonst gelangt wäre, zu vermeiden und um sich nicht in Widerspruch zu dem Gemeinschaftsgrundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei „gleicher Arbeit" zu setzten, wie er in Artikel 119 des Vertrages von Rom niedergelegt ist.

Vor dem Court of Appeal als dritter Instanz berief sich die Firma Macarthys auf den Wortlaut des Equal Pay Act. Dagegen erachteten die Vertreter von Frau Smith es für notwendig, die innerstaatliche Rechtsvorschrift in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen, wobei sie sich nicht nur auf Artikel 119 des Vertrages, sondern auch auf Artikel 1 der Richtlinie Nr. 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bezogen. Nach dieser letzteren Bestimmung bedeutet „der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen ... bei gleicher Arbeit *oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird,* die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen".

Mit Beschluß vom 25. Juli 1979 hat der Court of Appeal London dem Gerichtshof vier Fragen nach der Auslegung der Gemeinschaftsregelung vorgelegt, um klären zu können, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts auf eine Sachlage wie diejenige, in der sich Frau Smith befindet, anzuwenden ist.

2. In erster Linie stellt der Court of Appeal die Frage, ob sich der in Artikel 119 EWG-Vertrag und Artikel 1 der erwähnten Richtlinie des Rates verankerte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen „bei gleicher Arbeit" auf die Fälle beschränkt, in denen die betreffenden Männer und Frauen gleichzeitig die gleiche Arbeit in demselben Unternehmen leisten.

Aufgrund des Wortlauts dieser Vorschrift, die als Anwendungsvoraussetzung lediglich die Identität der Arbeitsleistung nennt, ohne in irgendeiner Weise das Erfordernis der Gleichzeitigkeit zu erwähnen, dürfte es sich nicht begründen lassen, den Anwendungsbereich des genannten Grundsatzes des Artikels

119 in dem in der Vorlagefrage dargelegten Sinne einzuschränken. Auch das zitierte Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache Defrenne nimmt bei der Feststellung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Artikels 119 auf den Fall des „ungleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer bei gleicher Arbeit in einem und demselben ... Betrieb" Bezug, ohne die Gleichzeitigkeit der fraglichen Arbeit zu verlangen (Randnr. 22 der Entscheidungsgründe).

Diese Einschränkung dürfte sich auch nicht im Lichte der Zielsetzung des Artikels 119 rechtfertigen lassen. Wie in dem Urteil in der Rechtssache Defrenne klargestellt wurde, „[dient] Artikel 119 ... einem doppelten Zweck. Einerseits soll er mit Rücksicht auf den unterschiedlichen Entwicklungsstand der Sozialgesetzgebung in den einzelnen Mitgliedstaaten verhindern, daß die in denjenigen Mitgliedstaaten, die den Grundsatz der Entgeltgleichheit tatsächlich verwirklicht haben, ansässigen Unternehmen im innergemeinschaftlichen Wettbewerb gegenüber den Unternehmen benachteiligt werden, die in Staaten ansässig sind, welche die Lohndiskriminierung zum Nachteil der weiblichen Arbeitskräfte noch nicht beseitigt haben. Andererseits dient diese Bestimmung den sozialen Zielen der Gemeinschaft, die sich ja nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränkt, sondern, wie die Präambel des Vertrages hervorhebt, zugleich durch gemeinsames Vorgehen den sozialen Fortschritt sichern und die ständige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker anstreben soll" (Randnr. 8 bis 10 der Entscheidungsgründe).

Die Kommission hat zu Recht darauf hingewiesen, daß, wäre es einem Unternehmen möglich, geringere Löhne einfach dadurch zu zahlen, daß es sein männliches Personal durch weibliches Personal ersetzte, dies einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil im Verhältnis zu den Unternehmen zur Folge hätte, die für die fraglichen Arbeiten gleichzeitig männliches und weibliches Personal beschäftigen. Wenn im übrigen das unterschiedliche Lohnniveau bei gleicher, jedoch zu verschiedenen Zeiten geleisteter Arbeit in demselben Unternehmen lediglich auf dem Geschlecht beruhe, dann würden weibliche Arbeitnehmer zu Unrecht diskriminiert und gegenüber männlichen Arbeitnehmern benachteiligt; dies widerspreche offensichtlich der sozialen Zweckbestimmung der in Frage stehenden Vorschrift.

Die britische Regierung hat im Verfahren unterstrichen, daß es, um den erwähnten Grundsatz des Artikels 119 auf gleiche Arbeit anwenden zu können, die zu unterschiedlichen Zeiten geleistet wird, erforderlich sei, Merkmale für eine zeitliche Begrenzung und den für einen Vergleich geeigneten Bezugszeitraum gesetzlich festzulegen. Da derartige nähere Bestimmungen nicht vorlägen, könne Artikel 119 auf zu verschiedenen Zeiten geleistete Arbeit nicht angewendet werden. Zur Begründung dieser Ansicht hat sich die britische Regierung auf die ebenfalls in dem erwähnten Urteil Defrenne vom Gerichtshof getroffene Unterscheidung zwischen „den unmittelbaren, offenen Diskriminierungen, die sich schon anhand der in der Vorschrift verwendeten Merkmale gleicher Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen lassen, und ... den mittelbaren, versteckten Diskriminierungen, die nur nach Maßgabe eingehenderer gemeinschaftsrechtlicher oder innerstaatlicher Durchführungsvorschriften festgestellt werden können", berufen (Randnr. 18 der Entscheidungsgründe). Zu dieser Unterscheidung und zu der Feststellung, daß auf Diskriminierungen der zweiten Art der Grundsatz des Artikels 119 nicht unmittelbar an-

wendbar ist, ist der Gerichtshof jedoch vor allem wegen der Fälle gelangt, in denen es unmöglich ist, die Arbeitsleistungen von Männern und Frauen zu vergleichen, wie zum Beispiel dann, wenn die Diskriminierung nicht innerhalb desselben Unternehmens, sondern innerhalb ganzer Industriezweige auftritt, die durch eine ausschließliche oder überwiegende Beschäftigung weiblicher Arbeitnehmer gekennzeichnet sind; ganz zu schweigen von versteckten Diskriminierungen, die in Zugangsbeschränkungen für Frauen zu bestimmten qualifizierten oder höher bewerteten Arbeiten enthalten sind. Ein unmittelbarer Vergleich der Tätigkeiten von Mann und Frau innerhalb desselben Unternehmens ist hingegen nicht schon deswegen unmöglich, weil die Arbeitsleistungen zu unterschiedlichen Zeiten erbracht wurden; um dem Richter die Feststellung zu ermöglichen, ob es sich um „gleiche Arbeit" im Sinne des Artikels 119 Absatz 1 handelt, bedarf es sicherlich nicht näherer gesetzlicher Bestimmungen.

Für diese Beurteilung müssen nur in jedem Einzelfall die tatsächlichen Umstände festgestellt werden, das heißt, es sind die Tätigkeiten von Mann und Frau zu vergleichen. Dies bleibt offensichtlich im Bereich der unmittelbaren Anwendbarkeit des Artikels 119, wie sich aus dem Urteil Defrenne (Randnr. 16 bis 18 der Entscheidungsgründe) ergibt.

Schwierigkeiten könnten dann entstehen, wenn der zeitliche Abstand zwischen den beiden zu vergleichenden Beschäftigungszeiten so groß ist, daß angesichts der Entwicklung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse und vor allem der besonderen Verhältnisse des Unternehmens, das Arbeitgeber ist, ein sinnvoller Vergleich zwischen den beiden Entgelten nicht möglich ist. Der Übergang zu einer restriktiveren Lohnpolitik könnte sich von einem Tag zum anderen auf die Entgelte auswirken. Jedoch würde in solchen Fällen eine unterschiedliche Behandlung durch den Wandel der allgemeinen oder besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse objektiv gerechtfertigt: Somit könnte man nicht mehr von einer ungerechtfertigten und willkürlichen Lohndiskriminierung zwischen Männern und Frauen sprechen. Auch insoweit kommt es auf die Wertung der Umstände durch den Tatrichter an; so wäre es zum Beispiel denkbar, daß ein Unternehmen für den Nachweis, aufgrund der wirtschaftlichen Umstände gezwungen zu sein, einer Frau einen geringeren Lohn zu zahlen als ihrem Vorgänger auf derselben Stelle, Gesichtspunkte vorbringt, die sich auf das allgemeine Lohnniveau innerhalb oder möglicherweise auch außerhalb des Unternehmens selbst beziehen. Nebenbei weise ich darauf hin, daß das vorlegende Gericht in dem hier fraglichen Fall festgestellt hat, daß keine anderen Umstände in Betracht kommen, als daß Frau Smith ein geringeres Entgelt erhalten hat als ihr Vorgänger und daß die ihr und ihrem Vorgänger übertragenen Aufgaben fast völlig identisch waren.

Aufgrund dieser Erwägungen halte ich es für ausgeschlossen, daß der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit innerhalb desselben Unternehmens (im Sinne von Art. 119 EWG-Vertrag) auf die Fälle zu beschränken ist, in denen Männer und Frauen ihre Arbeit gleichzeitig verrichten.

3. Falls die erste Frage zu verneinen ist, möchte der Court of Appeal mit der zweiten Frage geklärt wissen, ob eine Arbeitnehmerin sich auf den Grundsatz des gleichen Entgelts berufen kann, wenn sie nachweist, ein geringeres Entgelt zu erhalten, als ein Mann für die gleiche Arbeit innerhalb desselben Unter-

nehmens erhalten würde, falls er ihre Stelle einnähme, oder als ein Mann tatsächlich erhalten hat, der zu einer früheren Zeit die gleiche Tätigkeit innerhalb desselben Unternehmens ausgeübt hat.

Aufgrund der Antwort auf die vorherige Frage ist dies meiner Meinung nach logischer- und notwendigerweise zu bejahen. Der hypothetische Vergleich des Entgelts der Arbeitnehmerin mit demjenigen, das ein Mann an ihrer Stelle *erhalten würde*, hat im Verlauf dieses Verfahrens zu unterschiedlichen Auffassungen geführt. Ein derartiger Vergleich ist jedoch ohne weiteres möglich, wenn man sich auf das Entgelt beziehen kann, welches Männern für die gleiche Arbeit im selben Unternehmen normalerweise gezahlt oder angeboten wird.

Ich habe bereits ausgeführt, daß man sich auf Artikel 119 berufen kann, soweit die ungleiche Behandlung auf der Verschiedenheit des Geschlechts beruht. Dies bedeutet, daß die schlichte Feststellung einer Ungleichbehandlung zum Nachteil der Arbeitnehmerin — mißt man sie an der Entlohnung, die ein männlicher Arbeitnehmer für die gleiche Arbeit im selben Unternehmen erhalten hat oder hätte erhalten können — allenfalls die bloße Vermutung einer verbotenen Diskriminierung rechtfertigen kann.

Neben der oben erwähnten Möglichkeit, daß die unterschiedliche Behandlung auf einer Änderung der allgemeinen oder besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse beruht, ist auch der spezifische Fall denkbar, daß die unterschiedliche Höhe des Lohnes einer Frau, die tatsächlich die Arbeitsstelle eines Mannes übernommen hat, durch persönliche Umstände der betreffenden Arbeitnehmer bedingt ist, wie zum Beispiel durch die Tatsache, daß der zum Vergleich herangezogene Mann eine längere Dienstzeit zurückgelegt hat als die betreffende Frau. Unter diesen Umständen wäre allerdings eine unterschiedliche Entlohnung auch im Fall gleichzeitiger Beschäftigung gerechtfertigt.

Ein anderer Sonderfall liegt vor, wenn die Unternehmungsleitung es für gerechtfertigt hält, bestimmte früher von einem Mann ausgeübte Tätigkeiten anders zu bewerten, wenn diese zu hoch eingestuft waren. Aber auch bei der Feststellung, ob die vorgebliche Überbewertung vorgelegen hat, handelt es sich um ein Tatsachenproblem: der Tatrichter hat es unter Heranziehung objektiver Vergleichsgrößen (der Lage in anderen Unternehmen desselben Wirtschaftszweiges oder der Eingruppierung in den Tarifverträgen) zu entscheiden. Ausschlaggebend ist, daß das geringere Entgelt auf Umständen beruht, die nichts mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer zu tun haben. Der Einwand, daß die unterschiedliche Behandlung auf derartigen Umständen beruht, ist von dem Unternehmen vorzubringen, dem die Lohndiskriminierung vorgeworfen wird; der überzeugendste Beweis wäre natürlich, wenn dargetan würde, daß die Lohnkürzung auch einen Mann getroffen hätte, der anstelle einer Frau die Tätigkeit eines anderen Mannes übernommen hätte.

4. Die dritte Frage des vorlegenden Gerichts — die ihrerseits die Bejahung der eben erörterten Frage voraussetzt — geht dahin, ob dieses Ergebnis auf Artikel 1 der Richtlinie Nr. 75/117 des Rates „beruht".

Ich hatte eingangs bereits Gelegenheit, den Inhalt dieser Vorschrift wiederzugeben. Artikel 1 hängt offensichtlich auf das engste mit Artikel 119 des Vertrages von Rom zusammen: Genauer ausgedrückt dient er zu dessen Durchführung, er ergänzt ihn jedoch auch insoweit, als er über den Fall der „gleichen Arbeit" hinausgeht und ihm den Fall einer „gleichwertigen" Arbeit zur Seite stellt

(insoweit wird an Art. 2 des Übereinkommens Nr. 100 der Internationalen Arbeitsorganisation angeknüpft). Nur unter dem Gesichtspunkt, daß Artikel 1 der Richtlinie 75/117 insoweit etwas Neues enthält, kann die Frage sinnvoll sein, ob die Lösung des mit der zweiten Frage gestellten Problems von dieser Vorschrift und nicht nur von Artikel 119 abhängt. Dies ist meines Erachtens eindeutig zu verneinen: Allein auf der Grundlage des Artikels 119 bin ich zu der Auffassung gelangt, daß es ausgeschlossen ist, den Grundsatz des gleichen Entgelts auf von einem Mann und einer Frau in demselben Unternehmen gleichzeitig geleistete Arbeit zu beschränken. Mit anderen Worten: diese Ansicht ist keineswegs von dem Umstand beeinflußt, daß sich der fragliche Grundsatz heute kraft der Richtlinie auch auf zwei gleichwertige Tätigkeiten erstreckt; unabhängig von dieser Erstreckung und selbst dann, wenn diese nicht erfolgt wäre, wäre die von mir für richtig gehaltene Auffassung vertretbar (und, wie mir scheint, begründet) gewesen.

Im vorliegenden Fall hat das erstinstanzliche englische Gericht — und, zumindest indirekt, auch das zweitinstanzliche — die von Frau Smith geleistete Arbeit als derjenigen des früheren Lagerverwalters weitgehend ähnlich („broadly similar") und die ihr übertragenen Aufgaben als jenen ihres Vorgängers weitgehend vergleichbar („broadly comparable") angesehen. Dies hat die Gerichte bewogen, Section 1 (4) des Equal Pay Act für anwendbar zu halten — wobei sie, wie ich eingangs erwähnt habe, über die in diesem Gesetz enthaltene Beschränkung hinaus gegangen sind, nach der nur zwei gleichzeitig verrichtete Tätigkeiten verglichen werden können. Dies erklärt auch den Wortlaut der ersten Frage des Court of Appeal, mit der die zweite eng zusammenhängt. Das Urteil darüber, ob die beiden zu vergleichenden Tätigkeiten identisch oder ähnlich sind, kommt meiner Ansicht nach eindeutig den Tatrichtern zu. Ich glaube lediglich allgemein anfügen zu müssen, daß die in der Richtlinie Nr. 75/117 des Rates zu Tage getretene Zielsetzung, Artikel 119 des Vertrages von Rom extensiv auszulegen und anzuwenden, eine nicht restriktive Auslegung des in dieser Vorschrift verwendeten Begriffs der „gleichen Arbeit" rechtfertigt. Dieser Begriff ist deswegen meiner Auffassung nach dahin zu verstehen, daß er zwei Tätigkeiten umfaßt, die einander in hohem Grad ähnlich sind, auch wenn sie sich nicht völlig entsprechen.

Die von mir somit vorgeschlagene Verneinung der dritten Frage läßt die vierte und letzte Frage, die von dem britischen Gericht nur für den Fall der Bejahung der dritten Frage gestellt worden war, gegenstandslos werden.

5. Abschließend schlage ich dem Gerichtshof vor, über das vom Court of Appeal London mit Beschluß vom 25. Juli 1979 vorgelegte Vorabentscheidungsersuchen wie folgt für Recht zu erkennen:

1. Die Anwendung des in Artikel 119 des EWG-Vertrags verankerten Grundsatzes des gleichen Entgelts bei gleicher Arbeit ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen männliche und weibliche Arbeitnehmer desselben Unternehmens dort gleichzeitig beschäftigt sind.

2. Dieser Grundsatz gilt daher auch für die Fälle, in denen eine Arbeitnehmerin nachweisen kann, daß sie von ihrem Arbeitgeber ein geringeres Entgelt erhält, als ein männlicher Arbeitnehmer früher tatsächlich erhalten hat oder als er hätte erhalten können, wenn er gleichzeitig in demselben Unternehmen für die gleiche Arbeit angestellt gewesen wäre, vorausgesetzt, daß die unterschiedliche Behandlung nicht objektiv durch Gründe gerechtfertigt ist, die mit der Verschiedenheit des Geschlechts nicht in Zusammenhang stehen.

3. Im Fall einer „gleichen Arbeit" — die auch zwei Tätigkeiten umfaßt, die einander weitgehend ähnlich sind — beruht die Bejahung der vorstehenden Fragen auf Artikel 119 des Vertrages von Rom und nicht auf der Vorschrift des Artikels 1 der Richtlinie Nr. 75/117 des Rates.