SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PHILIPPE LÉGER
vom 21. Februar 1995 *

1. Diese Rechtssache wurde dem Gerichtshof durch ein Vorabentscheidungsersuchen des Faglige voldgiftsret, des Schiedsgerichts in Tarifsachen, Kopenhagen, vorgelegt. Sie wirft Fragen nach der Anwendung des in Artikel 119 EWG-Vertrag und in der Richtlinie 75/117/EWG [1] (nachstehend: Richtlinie) niedergelegten Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen auf ein Stücklohnsystem auf.

2. Dies ist nach meiner Kenntnis das erste Mal, daß Sie zu einem solchen Fall Stellung zu nehmen haben.

3. Die Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen dem Specialarbejderforbundet i Danmark (Gewerkschaft der Facharbeiter in Dänemark; nachstehend: Kläger des Ausgangsverfahrens) und der Dansk Industri (Vereinigung der dänischen Wirtschaft), handelnd für die Royal Copenhagen A/S (nachstehend: Beklagte des Ausgangsverfahrens), bei dem es um folgendes geht.

4. Bei der Royal Copenhagen A/S sind drei große Gruppen von Arbeitnehmern mit der Herstellung keramischer Erzeugnisse beschäftigt: Dreher, Maler und Arbeiter. Für alle gilt derselbe Tarifvertrag. Aufgrund dieses Tarifvertrags werden die Arbeitnehmer grundsätzlich nach Stückzahl entlohnt, d. h. sie erhalten einen Lohn, dessen Höhe ganz oder teilweise vom Arbeitsergebnis abhängt. Sie können jedoch auch eine Entlohnung durch festen Stundenlohn wählen, der für Männer und Frauen und für alle Mitarbeitergruppen derselbe ist. Die meisten Arbeitnehmer der ersten beiden Gruppen erhalten Stücklohn; ihr Lohn besteht aus einem festen Anteil, der als Basisstundenlohn gezahlt wird, und aus einem variablen Anteil, der pro produziertem Gegenstand gezahlt wird. Diese Entgelte werden in Verhandlungen zwischen den Arbeitnehmerorganisationen und dem Unternehmen im Rahmen von Tarifverträgen festgesetzt.

5. Uns interessieren im einzelnen in der Gruppe der nach Stückzahl entlohnten Dreher die Untergruppe der *Rollerdreher* (26 Personen, alle Männer) und in der Gruppe der nach Stückzahl entlohnten Maler die Untergruppe der *Blaumaler* (156 Personen, ein Mann und 155 Frauen) und die Untergruppe der *Wandtellermaler* (51 Personen, alle Frauen).

* Originalsprache: Französisch.

1 — Richtlinie des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (ABl. L 45, S. 19).

6. Nennen wir sie die Gruppen A, B und C.

7. Der Kläger des Ausgangsverfahrens ist der Ansicht, daß die Beklagte das Gebot des gleichen Entgelts dadurch verletzt habe, daß der durchschnittliche Stundenstücklohn der Gruppe B unter dem der Gruppe A liege. Er rief deshalb den Ligestillingsråd (Rat für Gleichbehandlung) in Dänemark an, der in einer Stellungnahme vom 1. Mai 1989 zu folgenden Schlußfolgerungen gelangte: „Der Rat gelangt mehrheitlich zu der Auffassung, daß eine Verletzung des Gesetzes über die Gleichbehandlung nicht ausgeschlossen ist."

8. Der Rechtsstreit gelangte anschließend vor das Schiedsgericht, das dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

1) Finden Artikel 119 EWG-Vertrag und die Richtlinie 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 Anwendung auf Lohnsysteme, bei denen das Entgelt ganz oder in wesentlichem Umfang vom Arbeitsergebnis des einzelnen Arbeitnehmers abhängt (Stücklohnsysteme)?

Falls die Frage 1 bejaht wird, wird außerdem um die Beantwortung folgender Fragen ersucht:

2) Sind die in Artikel 119 EWG-Vertrag und in der Richtlinie 75/117 vom 10. Februar 1975 enthaltenen Vorschriften über gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei einem Vergleich zwischen zwei Gruppen von Arbeitnehmern anwendbar, wenn der durchschnittliche Stundenlohn der einen Gruppe von Stücklohnarbeitern, die überwiegend aus Frauen mit einer bestimmten Art von Arbeit besteht, wesentlich niedriger ist als der durchschnittliche Stundenlohn der zweiten Gruppe von Stücklohnarbeitern, die überwiegend aus Männern mit einer anderen Art von Arbeit besteht, unterstellt, die Arbeit der Frauen und die der Männer sind als gleichwertig anzusehen?

3) Kann man unter der Voraussetzung, daß die eine Gruppe überwiegend aus Frauen und die andere überwiegend aus Männern besteht, Anforderungen an die Zusammensetzung der Gruppe stellen, z. B. hinsichtlich der Anzahl der Personen in der Gruppe oder des Anteils an sämtlichen Mitarbeitern des Unternehmens?

Kann die Richtlinie gegebenenfalls angewandt werden, um zwei Gruppen von z. B. weiblichen Arbeitnehmern durch einen Vergleich mit einer Gruppe männlicher Arbeitnehmer den gleichen Lohn zu verschaffen?

Die Fragestellung kann u. a. wie folgt erläutert werden:

Eine Gruppe von überwiegend männlichen Arbeitern (Gruppe A) und zwei Gruppen von überwiegend weiblichen Arbeitern (Gruppe B und Gruppe C) verrichten eine gleichwertige Arbeit. Der Durchschnittsverdienst in einem Stücklohnsystem ist am höchsten in der Gruppe C, am nächsthöchsten in der Gruppe A und am niedrigsten in der Gruppe B. Kann sich die Gruppe B mit der Gruppe A vergleichen und verlangen, daß der Lohn auf das Niveau der Gruppe A angehoben wird, kann sodann die Gruppe A verlangen, daß der Lohn auf das Niveau der Gruppe C angehoben wird, und kann schließlich die Gruppe B verlangen, daß der Lohn auf das neue Niveau der Gruppe A, also das Niveau der Gruppe C, angehoben wird?

4) Ist es für die Beurteilung der Frage, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts verletzt ist, erheblich,

a) daß in der einen Gruppe eine überwiegend maschinengesteuerte Produktion stattfindet, während in der anderen Gruppe reine Handarbeit verrichtet wird,

b) daß die Stücklohnsätze in Verhandlungen zwischen den jeweiligen Organisationen oder in Verhandlungen auf lokaler Ebene festgesetzt werden,

c) daß ein Unterschied bei der Wahl des Arbeitstempos durch die Arbeitnehmer nachgewiesen werden kann. Wer trägt gegebenenfalls die Beweislast für das Vorliegen eines solchen Unterschieds?

d) daß innerhalb einer oder beider verglichenen Gruppen erhebliche Lohnunterschiede bestehen,

e) daß der feste Anteil des Stücklohns für die verglichenen Gruppen verschieden ist,

f) daß hinsichtlich bezahlter Pausen und der Freiheit der individuellen Arbeitsorganisation Unterschiede bestehen,

g) daß sich nicht feststellen läßt, welche Faktoren für die Festsetzung der Höhe der Stücklohnsätze von Bedeutung gewesen sind,

h) daß in der einen der verglichenen Gruppen besondere Anforderungen an die Körperkraft, in der anderen besondere Anforderungen an die Geschicklichkeit gestellt werden,

i) daß nachweislich Unterschiede im Hinblick auf Arbeitsbeeinträchtigungen durch Lärm, Hitze, einseitige, repetitive oder monotone Arbeit bestehen?

könnte, ob das ersuchende Schiedsgericht ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag ist.

10. Dieses Gericht wird im Rahmen des gesetzlichen Systems der Regelung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten gemäß Artikel 77 des Tarifvertrags, den Artikeln 10 und 22 des dänischen Gesetzes Nr. 317 vom 13. Juni 1973 über die Arbeitsgerichtsbarkeit und der von der Gewerkschaft der Facharbeiter in Dänemark und der Vereinigung der dänischen Wirtschaft getroffenen Regelung vom 17. August 1908 eingerichtet.

11. Der Gerichtshof hat in seinem Urteil Vaassen-Göbbels [2] die Kriterien aufgestellt, anhand deren festgestellt werden kann, ob es sich um ein Gericht im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag handelt: gesetzliche Grundlage des Gerichts, ständige Einrichtung, Bestehen eines streitigen Verfahrens, das den Vorschriften entspricht, die für die allgemeinen Gerichte gelten, obligatorische Gerichtsbarkeit, Anwendung von Rechtsnormen.

Einleitende Bemerkungen

Zulässigkeit der Vorlage

9. Zweifel an der Zulässigkeit der Vorlage könnten deshalb bestehen, weil fraglich sein

12. Aufgrund dieser Rechtsprechung hat der Gerichtshof einem dänischen Arbeitsschiedsgericht der gleichen Art wie dem hier in Rede stehenden die Eigenschaft eines Gerichts eines Mitgliedstaats im Sinne des Artikels 177 zuerkannt [3]:

„[Gemäß] § 22 des dänischen Gesetzes Nr. 317 vom 13. Juni 1973 über das Arbeitsge-

2 — Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65 (Slg. 1966, 584).

3 — Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 („Danfoss", Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, Slg. 1989, 3199).

richt [unterliegen] Streitigkeiten zwischen Tarifvertragsparteien den von dem Beklagten und der Klägerin aufgestellten Regeln für die Behandlung tarifvertraglicher Streitigkeiten ..., falls besondere Bestimmungen in den Tarifverträgen fehlen. Es handelt sich demnach um ein tarifvertragliches Schiedsgericht, das den Streit letztinstanzlich entscheidet. Dieses Gericht kann von einer der Parteien angerufen werden, ohne daß es hierfür der Zustimmung der anderen Partei bedarf. Die Zuständigkeit des Gerichts hängt folglich nicht von dem Einvernehmen der Parteien ab.

Außerdem legt § 22 des erwähnten Gesetzes die Zusammensetzung des Gerichts fest, namentlich die Zahl der von den Parteien zu bestellenden Mitglieder sowie die Bestellung des Obmanns, falls die Parteien sich hierüber nicht einigen. Die Parteien können somit nicht frei über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts bestimmen.

Unter diesen Umständen ist das tarifvertragliche Schiedsgericht als ein Gericht eines Mitgliedstaats im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag anzusehen." [4]

13. Das Faglige voldgiftsret ist somit zweifellos befugt, ein Ersuchen um Vorabentscheidung an den Gerichtshof zu richten.

4 — Randnrn. 7, 8 und 9.

Zur Frage der Gleichwertigkeit der in Rede stehenden Tätigkeiten

14. In seinem Vorlagebeschluß stellt das Gericht klar, daß die Vorlage an den Gerichtshof nicht die Frage nach dem Wert der geleisteten Arbeit betrifft [5].

15. Da es in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte fällt, die Erheblichkeit der Rechtsfragen zu beurteilen, die der bei ihm anhängige Rechtsstreit aufwirft [6], kann der Gerichtshof nicht von den Angaben abweichen, die dieses Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen gemacht hat, das den tatsächlichen und rechtlichen Rahmen festlegt, auf dem die vorgelegten Fragen beruhen [7].

16. Der Gerichtshof ist also verpflichtet, seine Entscheidung aufgrund der von dem vorlegenden Gericht geschilderten Fallgestaltung zu treffen, wonach die Arbeit der miteinander zu vergleichenden Gruppen zwar unterschiedlich geartet, aber doch als gleichwertig anzusehen ist.

5 — S. 4, dritter Absatz.

6 — Urteile vom 29. November 1978 in der Rechtssache 83/78 (Pigs Marketing Board, Slg. 1978, 2347, Randnr. 28) und vom 6. Oktober 1982 in der Rechtssache 283/81 (Cilfit, Slg. 1982, 3415, Randnr. 10).

7 — Urteil vom 26. Januar 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-320/90, C-321/90 und C-322/90 (Slg. 1993, I-393, Randnr. 6).

17. Die Annahme dieser Fallgestaltung bringt mich zwar in eine gewisse Verlegenheit, ich beschränke mich jedoch darauf, das nationale Gericht, dem es obliegt, nachzuprüfen, ob diese Annahme begründet ist [8], auf die elementare Bedeutung hinzuweisen, die das Vorliegen einer gleichwertigen Arbeit im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie bei der Feststellung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf das Entgelt hat [9].

18. In der vorliegenden Rechtssache würde eine Diskriminierung in einer unterschiedlichen Behandlung zweier identischer Situationen bestehen. Das nationale Gericht muß also mit Gewißheit feststellen, daß die Situation der zu vergleichenden Gruppen identisch ist, bevor es das Vorliegen einer Diskriminierung in Betracht zieht.

Beantwortung der Vorlagefragen

Zur ersten Frage

19. Die erste Frage des nationalen Gerichts geht dahin, ob der in Artikel 119 des Vertrages und in der Richtlinie niedergelegte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen auf Stücklohnsysteme anwendbar ist.

20. Unbestreitbar fällt ein Lohnsystem, bei dem das Entgelt ganz oder teilweise vom Arbeitsergebnis des einzelnen Arbeitnehmers abhängt (Ergebnis- oder Stücklohnsystem) unter den Begriff des „Entgelts" in Artikel 119 Absatz 1 des Vertrages, der vom Gerichtshof weit ausgelegt wird [10].

21. In diesem Artikel ist der Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit niedergelegt. In Absatz 3 Buchstabe a wird weiter festgestellt, daß die Gleichheit in diesem Bereich bedeutet, „daß das Entgelt für eine *gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit* aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird".

22. Artikel 119 des Vertrages sieht somit schon seinem Wortlaut nach die Anwendung dieses Grundsatzes auf Stücklohnsysteme vor.

8 — Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 12).

9 — Vgl. in diesem Sinne Nr. 5 der Schlußanträge des Generalanwalts Lenz zu dem Urteil Enderby (a. a. O., Fußnote 8).

10 — Vgl. in diesem Sinne insbesondere die Urteile vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 12) und vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81 (Garland, Slg. 1982, 359, Randnr. 5), Artikel 119 Absatz 2, Garrone, P.: „La discrimination indirecte en droit communautaire: vers une théorie générale", RTDE, Nr. 30, Juli bis September 1994, S. 425, 442, sowie Nr. 11 der Schlußanträge des Generalanwalts Darmon zu dem Urteil vom 15. Dezember 1994 in den verbundenen Rechtssachen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 und C-78/93 (Helmig u. a., Slg. 1994, 5729).

23. Die Richtlinie ihrerseits, die „in keiner Weise den Inhalt oder die Tragweite dieses Grundsatzes, so wie er in [Artikel 119] definiert ist, berührt" [11] sieht in Artikel 1 vor, daß der Grundsatz „in bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen" gilt.

24. Die erste Frage ist somit zu bejahen.

25. Nachdem es sich vergewissert hat, daß die beiden zu vergleichenden Gruppen tatsächlich eine gleichwertige Arbeit verrichten (vgl. die einleitenden Bemerkungen), muß das Gericht noch, wie die Kommission in ihren Erklärungen betont hat [12], prüfen, ob die Auswahl und die Zusammensetzung der Gruppen nicht zufällig ist und ob deren Vergleich aussagekräftig ist.

26. Wenn das nationale Gericht nach seiner Prüfung feststellen sollte, daß die Zusammensetzung der beiden Gruppen so uneinheitlich ist, daß sie offensichtlich nicht miteinander vergleichbar sind, wäre die Untersuchung der folgenden Fragen nämlich naturgemäß gegenstandslos.

Ich schlage deshalb vor, vor den anderen Fragen die Frage zu untersuchen, welche Anforderungen an die Zusammensetzung der beiden miteinander verglichenen Gruppen zu stellen sind.

Zum ersten Teil der dritten Frage

27. Zu den Beschäftigten der beklagten Firma macht das vorlegende Gericht folgende Angaben:

— Gesamtzahl der Beschäftigten des Unternehmens: etwa 1 150 Arbeitnehmer (40 % Männer und 60 % Frauen);

— Zusammensetzung der drei Gruppen:

— Dreher: 200 Personen, von denen 70 % Stücklohn erhalten (70 % Männer und 30 % Frauen);

— die Gruppe A (Rollerdreher), aus 26 Männern bestehend (also 18 % der

11 — Vgl. die Urteile vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911, Randnr. 22) und vom 3. Dezember 1987 in der Rechtssache 192/85 (Newstead, Slg. 1987, 4753, Randnr. 20).

12 — Nr. II.2.1 Absatz 2.

gesamten nach Stückzahl entlohnten Drehergruppe);

— Maler: 453 Personen, von denen 70 % Stücklohn erhalten (5 % Männer und 95 % Frauen);

— die Gruppe B (Blaumaler), aus 156 Personen bestehend: 155 Frauen und ein Mann (also 49 % der gesamten nach Stückzahl entlohnten Malergruppe);

— die Gruppe C (Wandtellermaler), aus 51 Frauen bestehend (also 16 % der gesamten nach Stückzahl entlohnten Malergruppe);

— einfache Arbeiter: 500 Personen (zu denen wir keine näheren Angaben haben).

28. Aus Ihrer Rechtsprechung ergibt sich, daß Anforderungen hinsichtlich der Zusammensetzung der zu vergleichenden Gruppen nicht nur gestellt werden *können*, sondern sogar gestellt werden *müssen* [13].

29. Dies ist im übrigen völlig logisch, da der Vergleich, um beweiskräftig zu sein, repräsentative Arbeitnehmergruppen betreffen muß [14]. Man darf sich nicht darauf beschränken, eine willkürlich mit dem Ziel, die Argumentation der einen oder der anderen Partei zu stützen, getroffene Auswahl als gegeben hinzunehmen.

30. Hierbei handelt es sich jedoch um eine Sachverhaltsfrage, die Gegenstand der unabhängigen Beurteilung durch die nationalen Gerichte ist. Es kann hier natürlich nicht die Rede davon sein, eine Mindestzahl von Arbeitnehmern je Gruppe oder einen Mindestprozentsatz festzusetzen, ab dem eine Gruppe im Hinblick auf die Gesamtbelegschaft eines Unternehmens als repräsentativ anzusehen wäre.

31. Stellen wir einfach fest, daß der Vergleich „auf der Grundlage einer *relativ großen Zahl von Arbeitnehmern*“ [15] vorzunehmen ist und daß es „Sache des nationalen Gerichts [ist], zu beurteilen, ob es [die aussagekräftigen] statistischen Angaben berücksichtigen kann, d. h. ob sie sich auf *eine ausreichende Zahl von Personen beziehen*, ob sie nicht rein zufällige oder konjunkturelle

13 — Urteile Enderby, Randnr. 17, und Danfoss, Randnr. 16, a. a. O.

14 — Vgl. in diesem Sinne Nr. 35 der Schlußanträge des Generalanwalts Lenz zu dem Urteil Enderby, a. a. O., und Nr. II.2.1 der Erklärungen der Kommission.

15 — Urteil Danfoss, a. a. O., Randnr. 16, Hervorhebung nur hier.

Erscheinungen widerspiegeln und ob sie generell gesehen als aussagekräftig erscheinen" [16].

32. Angesichts dieser Anforderungen sind die Zweifel des nationalen Gerichts hinsichtlich der Aussagekraft eines Vergleichs verständlich, der zwei Gruppen betrifft, deren Größe (die eine besteht aus 26 Personen und die andere aus 156) und deren Anteil an der Gruppe, der jeder von ihnen zuzurechnen ist (18 % bei der einen, 49 % bei der anderen), so unterschiedlich sind.

33. Ist im vorliegenden Fall die Gruppe A nicht zu klein? Hierzu ist festzustellen, daß das tarifvertragliche Schiedsgericht in der Rechtssache Danfoss [17] die Argumentation des Klägers aus diesem Grund verworfen hatte (der Vergleich betraf Gruppen von 16 und 11 Personen).

34. Im übrigen stellt sich die Frage, welche tatsächlichen Umstände es rechtfertigen könnten, daß der Kläger des Ausgangsverfahrens in seinem Vorbringen die Gruppen A und B aus der Gesamtbelegschaft heraushebt. Sind diese Gruppen tatsächlich die einzigen, die eine bestimmte Art von Arbeit verrichten?

16 — Urteil Enderby, a. a. O., Randnr. 17, Hervorhebung nur hier.

17 — A. a. O., Fußnote 3.

35. Ich bin demgemäß der Auffassung, daß das nationale Gericht die folgenden Fragen erst prüfen sollte, wenn es zu der Schlußfolgerung gelangt ist, daß die Zusammensetzung der Gruppen tatsächlich repräsentativ ist und damit einen angemessenen Vergleich erlaubt.

Zur zweiten Frage

36. Mit seiner zweiten — einer entscheidenden und wirklich neuen — Frage möchte das nationale Gericht wissen, ob in einem Stücklohnsystem die durchschnittlichen Stundenlöhne ein angemessenes und aussagekräftiges Kriterium darstellen.

37. Schon hier sei gesagt, daß ich in dem besonderen uns vorliegenden Fall der Entlohnung nach Stückzahl große Vorbehalte gegen diese vorgeschlagene Vergleichsgrundlage habe.

38. Zwar beschäftigt diese Frage den Gerichtshof zum ersten Mal, Sie haben jedoch schon eine umfangreiche Rechtsprechung zur Gleichheit des Entgelts für Männer und Frauen für *nach Zeit bezahlte Arbeit* entwickelt.

39. Lassen Sie mich diese zusammenfassen, bevor wir zur Frage ihrer Umsetzung auf den vorliegenden Fall kommen.

40. Ihr Gedankengang besteht aus zwei Schritten: Feststellung eines möglichen Unterschieds aufgrund der Ihnen vorgelegten Angaben und anschließend Prüfung möglicher Rechtfertigungsgründe [18].

41. Sie unterscheiden zwischen den unmittelbaren Diskriminierungen, die sich anhand der Merkmale gleiche Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen lassen, und den mittelbaren und verdeckten Diskriminierungen, die nur unter Bezugnahme auf gemeinschaftliche oder nationale Durchführungsbestimmungen festgestellt werden können [19].

42. „Eine *unmittelbare* Diskriminierung liegt vor, wenn eine Gemeinschaftsregelung oder eine nationale Regelung ein verbotenes Unterscheidungskriterium anwendet oder unterschiedliche Fälle einer formal gleichen Regelung unterwirft. Eine *mittelbare* Diskriminierung liegt vor, wenn eine Gemeinschaftsregelung oder eine nationale Regelung zwar kein verbotenes Unterscheidungsmerkmal, aber doch andere Unterscheidungsmerkmale anwendet, deren Wirkungen identisch oder zumindest ähnlich sind wie diejenigen, zu denen die Anwendung des verbotenen Unterscheidungsmerkmals führen würde, oder auch, wenn eine Gemeinschaftsregelung oder eine nationale Regelung eine rein formale Unterscheidung unterschiedlicher Fälle trifft, sie in Wirklichkeit jedoch gleich behandelt." [20]

43. Die Feststellung einer unmittelbaren Diskriminierung erfolgt einfach anhand der in Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag verwendeten Merkmale gleiche Arbeit und gleiches Entgelt [21].

44. Die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung ist dagegen schwieriger. Hier haben wir es jedoch gerade mit diesem Fall zu tun, da das streitige Entgelt nicht klar diskriminierend ist und unterschiedslos für Männer und Frauen gilt.

45. Bis jetzt wurde das Bestehen mittelbarer Diskriminierungen vor allem im Bereich der Teilzeitarbeit geprüft, einem Bereich, in dem prozentual viel weniger Männer als Frauen betroffen sind [22].

18 — Vgl. die Urteile Jenkins und Helmig u. a., a. a. O., Nrn. 23 bis 25 dieser Schlußanträge.

19 — Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne, Slg. 1976, 455).

20 — Lenaerts, K.; „L'égalité de traitement en droit communautaire: un principe unique aux apparences multiples", CDE, 1991, Nr. 1-2, S. 3, Punkt 10.

21 — Urteil vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79 (Macarthys, Slg. 1980, 1275, Randnr. 10).

22 — Urteil Jenkins, a. a. O., Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607); vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743); vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache 102/88 (Ruzius-Wilbrink, Slg. 1989, 4311); vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591); vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297) und vom 4. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/90 (Bötel, Slg. 1992, I-3589).

46. So haben Sie anerkannt, daß die Gesamtvergütung eine Grundlage darstellt, um eine mögliche Diskriminierung festzustellen. In Ihrem Urteil Bilka [23] haben Sie folgende Regel aufgestellt: Eine Ungleichbehandlung liegt immer dann vor, wenn die *Gesamtvergütung*, die den Vollzeitbeschäftigten gezahlt wird, *bei gleicher Anzahl der Arbeitsstunden* höher ist als die, die den Teilzeitbeschäftigten gezahlt wird.

47. Sie haben außerdem festgestellt, daß sich aufgrund des durchschnittlichen Entgelts ein Diskriminierungsverdacht ergeben kann: „Wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, obliegt dem Arbeitgeber der Nachweis, daß seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern der weibliche Arbeitnehmer auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, daß das *durchschnittliche Entgelt* der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer." [24]

48. Schließlich kann aufgrund von Statistiken eine Diskriminierung vermutet werden: „Wenn *aussagekräftige Statistiken* einen merklichen Unterschied im Entgelt zweier gleichwertiger Tätigkeiten erkennen lassen, ... hat der Arbeitgeber kraft Artikel 119 EWG-Vertrag den Nachweis zu erbringen, daß dieser Unterschied ... sachlich gerechtfertigt ist ..." [25]

49. Ein so festgestellter Diskriminierungsverdacht läßt jedoch nicht ohne weiteres auf eine mittelbare Diskriminierung schließen. Es handelt sich nur um eine „widerlegbare Vermutung der Unvereinbarkeit mit den höherrangigen Gleichheitsbestimmungen" [26].

50. Nach Ihrer Rechtsprechung ist diese Vermutung insofern widerlegbar, als dem Arbeitgeber der Nachweis obliegt, daß eine getroffene Maßnahme „auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben" [27], oder „durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen" [28].

51. Die Feststellung dieser objektiven Umstände erfordert eine sorgfältige Prüfung des Sachverhalts, die von den nationalen Gerichten vorzunehmen ist [29]. Ohne die Interessen abschließend aufzuzählen, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen können, haben Sie dem nationalen Gericht folgende Kriterien an die Hand gegeben: Die gewählten Mittel müssen einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sein [30].

23 — A. a. O., vgl. Fußnote 22, Randnr. 27.

24 — Urteil Danfoss, a. a. O., Nr. 1 des Tenors, Hervorhebungen nur hier.

25 — Urteil Enderby, a. a. O., Nr. 1 des Tenors, Hervorhebungen nur hier.

26 — Garrone, P., a. a. O., vgl. Fußnote 10, S. 427.

27 — Vgl. Urteil Bilka, a. a. O., Randnr. 31, Hervorhebung nur hier. Vgl. auch die Urteile Rinner-Kühn, a. a. O., Randnr. 15, und Ruzius-Wilbrink, a. a. O., Randnr. 15.

28 — Vgl. Urteil Jenkins, a. a. O., Randnr. 13, und Urteil Bilka, a. a. O., Randnr. 29.

29 — Urteil Jenkins, a. a. O., Randnr. 14, Urteil Bilka, a. a. O., Randnr. 36, Urteil Kowalska, a. a. O., Randnr. 15 und Urteil Nimz, a. a. O., Randnr. 14.

30 — Urteil Bilka, a. a. O., Randnr. 36.

52. So haben Sie für Recht erkannt, daß es die Richtlinie nicht verbietet, „bei einem System der beruflichen Einstufung für die Festlegung der Lohnstufen das Kriterium *muskelmäßige Beanspruchung oder Belastung* oder das Kriterium *Grad der Schwere der Arbeit* zu verwenden, wenn die zu verrichtende Arbeit mit Rücksicht auf die Art der Tätigkeiten tatsächlich einen gewissen Einsatz an Körperkraft erfordert, sofern das System insgesamt durch die Berücksichtigung anderer Kriterien jede Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließt" [31].

53. Hingegen ergibt sich aus Ihrer ständigen Rechtsprechung und aus Artikel 4 der Richtlinie, daß das Verbot jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf das Entgelt bei *Tarifverträgen* ebenso wie bei Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu beachten ist [32]. Diese können deshalb eine unterschiedliche Behandlung nicht rechtfertigen, denn die Tatsache, daß „die fraglichen Entgelte in ... Tarifverhandlungen ... festgelegt wurden, ... steht der Feststellung, daß dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung vorliegt, dann nicht entgegen, wenn diese Verhandlungen im Ergebnis zu einer unterschiedlichen Behandlung von zwei Gruppen geführt haben ..." [33].

54. Im allgemeinen kann ein Unterschied im Entgelt durch eine Reihe von Gründen gerechtfertigt sein: Die Dauer der Betriebszugehörigkeit in allen Fällen, die Berufsausbildung, wenn sie für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist, die Flexibilität, wenn sie als Anpassungsfähigkeit an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte verstanden wird [34].

55. Jedenfalls muß der Grundsatz des gleichen Entgelts, damit eine wirksame gerichtliche Kontrolle möglich ist, für die Entgeltbestandteile insgesamt eingehalten werden: „Es muß ... nicht jedes einzelne Kriterium so beschaffen sein, daß Diskriminierungen ausscheiden. Vielmehr muß das System insgesamt auf dieses Ziel hin gestaltet sein." [35]

56. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Beweislast im Bereich des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern vorgelegt hat, der im wesentlichen die in Ihrer Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze übernimmt [36]. So sieht er in Artikel 3 Absatz 2 vor, daß eine Vermutung für das Vorliegen einer Diskriminierung entsteht, „wenn ... eine Tatsache oder eine Reihe von Tatsachen belegt [werden], die eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung ergeben, wenn sie nicht widerlegt werden", wobei die Beweislast dafür, daß der Gleichheitsgrundsatz nicht verletzt wurde, dem Beklagten obliegt.

31 — Urteil vom 1. Juli 1986 in der Rechtssache 237/85 (Rummler, Slg. 1986, 2101, Randnr. 17).

32 — Vgl. zuletzt die Urteile Helmig u. a., a. a. O., Randnr. 12, Kowalska, a. a. O., Randnrn. 12 und 18, Nimz, a. a. O., Randnr. 11, und Enderby, a. a. O., Randnr. 21.

33 — Urteil Enderby, a. a. O., Randnr. 22.

34 — Urteil Danfoss, a. a. O., Tenor.

35 — S. 2106 der Schlußanträge des Generalanwalts Lenz zu dem Urteil Rummler, a. a. O., vgl. auch die Randnrn. 15 und 16 des Urteils.

36 — Richtlinienvorschlag vom 27. Mai 1988 (ABl. C 176, S. 5), erörtert in der Sitzung des Europäischen Parlaments vom 15. Dezember 1988, Verhandlungen des Europäischen Parlaments Nr. 2-372, S. 313.

57. Bevor ich zur Anwendung dieser Rechtsprechung auf den uns vorliegenden Fall komme, halte ich es für entscheidend, genau zwischen dem System des nach der Arbeitszeit gezahlten Entgelts, zu dem allein Sie bisher Stellung zu nehmen gehabt haben, und dem uns hier vorliegenden System der Entlohnung nach Stückzahl zu unterscheiden.

58. Es handelt sich hier im übrigen um ein Problem, das den Vertragsgebern bewußt war, da Artikel 119 des Vertrages, wie schon ausgeführt (Nr. 21), sehr genau zwischen den beiden Fällen unterscheidet. Sie selbst haben in Ihrem Urteil Jenkins den Anwendungsbereich Ihrer Rechtsprechung sehr wohl auf „eine nach Zeit bezahlte Arbeit" beschränkt [37].

59. Ein nach Zeit bezahlter Arbeitnehmer erhält ein festes Entgelt je nach der Anzahl der Arbeitszeiteinheiten, die er geleistet hat.

60. Ein nach Stückzahl entlohnter Arbeitnehmer hingegen wird ganz oder teilweise nach Maßgabe seines Arbeitsergebnisses bezahlt. Wie bei den Arbeitnehmern der Gruppen A, B und C kann sein Entgelt einen festen Anteil in der Form eines Basisstundenlohns enthalten. Dieser ist jedoch stets *nur ein Teil* des Entgelts. Der andere, wesentliche Teil seines Entgelts ist variabel und wird *pro hergestelltem Gegenstand* gezahlt. Sein tatsächliches Entgelt hängt zumindest teilweise von seinen Arbeitsergebnissen ab, *die nur völlig individuell gemessen werden*, nach Maßgabe der Anzahl der pro Zeiteinheit fertiggestellten Stücke (Schnelligkeit der Ausführung) und der Fehlerfreiheit der von ihm hergestellten Gegenstände (Qualität der Arbeit).

61. Untersuchen wir nach dieser Klarstellung nun die Frage des nationalen Gerichts, ob die „durchschnittlichen Stundenlöhne" ein angemessenes Kriterium für den Vergleich zwischen den Gruppen A und B darstellen. Die Angaben im Vorlagebeschluß sind Durchschnittswerte der festen und variablen Anteile der Löhne dieser Gruppen [38].

62. Wie ich schon festgestellt habe [39], haben Sie in Ihrem Urteil Enderby aufgrund „aussagekräftiger Statistiken" eine Vermutung für eine Diskriminierung angenommen. Kann man in Anwendung dieser Rechtsprechung durchschnittliche Verdienste als „aussagekräftige Statistiken" ansehen?

63. Dies haben Sie, wie schon dargelegt [40], in Ihrem Urteil Danfoss angenommen.

37 — A. a. O., Randnr. 11.

38 — Dieser Durchschnittsstundenlohn beträgt bei der Gruppe A 103,93 DKR, wobei der feste Anteil 71,69 DKR und der variable Anteil 32,24 DKR beträgt; bei der Gruppe B beträgt der Durchschnittsstundenlohn 91 DKR, wobei der feste Anteil 57 DKR und der variable Anteil 34 DKR beträgt. Diese Zahlen entsprechen der Situation im Unternehmen während des Monats April 1990, sie werden jedoch von beiden Parteien als repräsentativ für das ganze Jahr angesehen.

39 — Vgl. Nr. 48 dieser Schlußanträge.

40 — Vgl. Nr. 47 dieser Schlußanträge.

Zum einen haben Sie aber diese Möglichkeit nur für den Fall angenommen, daß „in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Durchschaubarkeit fehlt" [41]. Es handelte sich in jenem Fall um eine Lohnpraxis, bei der es einem Arbeitnehmer „unmöglich ist, die Ursachen für einen Unterschied zwischen seinem Entgelt und dem Entgelt eines ... Arbeitnehmers, der die gleiche Arbeit ausübt, darzulegen. Die Arbeitnehmer wissen nämlich nicht, welche Zulagenkriterien auf sie angewandt werden und wie dies geschieht." [42] Dies scheint bei den Gruppen A und B, die genau wissen, wie sich ihr Lohn zusammensetzt, nicht der Fall zu sein. Die Transparenz scheint im vorliegenden Fall nämlich gewährleistet zu sein, da die Festsetzung der Vergütungen das Ergebnis von freien Tarifverhandlungen zwischen den Sozialpartnern ist.

Außerdem handelte es sich in jenem Fall nicht um ein Stücklohnsystem, sondern um individuelle Zulagen, die zu den nach Zeit gezahlten Grundlöhnen hinzukamen.

64. Ich habe jedoch dargelegt, wie unterschiedlich diese beiden Vergütungssysteme sind.

Einen Vergleich aufgrund von Durchschnittsverdiensten zuzulassen, würde bedeuten, daß die Besonderheit der Entlohnung nach der Stückzahl unberücksichtigt bliebe. Man würde also die individuellen Produktivitätsunterschiede außer acht lassen. Ich möchte auf die Gefahr eines solchen Vorgehens hinweisen, bei dem die „Stücklohnarbeit" der „Zeitlohnarbeit" gleichgestellt würde und das bei jeder Entlohnung nach Stückzahl eine Vermutung für einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts entstehen lassen könnte.

Die Einführung eines solchen Entlohnungssystems in einem Unternehmen soll *jeden* Arbeitnehmer motivieren, mehr zu produzieren und entsprechend mehr zu verdienen, und zwar in seinem eigenen Interesse und im Interesse des Arbeitgebers.

Ohne Berücksichtigung des festen Lohnbestandteils und bei einem identischen Stücklohnsatz sind individuelle Lohnunterschiede unvermeidlich. *Sie sind sogar naturgemäß mit einem Stücklohnsystem verknüpft, da sie Ausdruck unterschiedlicher Produktivität sind.* Dies wird im übrigen gut durch den Umstand illustriert, daß selbst innerhalb der einzelnen Gruppen A und B erhebliche individuelle Unterschiede bestehen [43]. Nur bei gleicher Produktivität erhalten die Arbeitnehmer den gleichen Lohn.

Die Durchschnittsverdienste sind also nur Ausdruck dieser unterschiedlichen Produkti-

41 — Nr. 1 des Tenors.

42 — Randnr. 10.

43 — Im April 1990 betrug der durchschnittliche Stundenlohn des höchstbezahlten Arbeitnehmers in der Gruppe A 118 DKR, der des Arbeitnehmers mit dem niedrigsten Lohn 86 DKR; in der Gruppe B betrugen diese Durchschnittslöhne 125 DKR bzw. 72 DKR.

vität, da der Anteil des festen Stundenlohns bei der Entlohnung nach Stückzahl für gleichwertige Arbeiten identisch ist. Ich schließe hieraus, daß sie in einem solchen System keinesfalls ein angemessenes Vergleichskriterium darstellen, um das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts annehmen zu können.

65. Mit der deutschen Regierung [44] möchte ich schließlich eine letzte Bemerkung machen. Artikel 119 Absatz 3 Buchstabe a bestätigt meinen Standpunkt, da er als entscheidendes Kriterium für den Vergleich nur die „Maßeinheit" des Entgelts nennt. Eine Diskriminierung könnte also festgestellt werden, wenn die „Maßeinheit" des festen Anteils und/oder die „Maßeinheit" des variablen Anteils für eine gleichwertige oder als gleichwertig angesehene Arbeit nicht identisch wäre(n). Anders gesagt, es läge nur dann eine Diskriminierung vor, wenn hinsichtlich des Entgelts für *eine Zeiteinheit* oder hinsichtlich des Entgelts für *ein Stück* zwischen Männern und Frauen unterschieden würde.

67. Die Beurteilung einer solchen Situation erfordert die Berücksichtigung konkreter tatsächlicher Angaben, über die wir nicht verfügen. Außerdem liegt diese Prüfung des Sachverhalts allein in der Zuständigkeit des nationalen Gerichts. Ich möchte nur anmerken, daß die Zulassung dieses Vergleichs darauf hinauslaufen würde, daß der Lohn einer Gruppe von Frauen (Gruppe B) auf das Niveau des Lohns einer anderen Gruppe von Frauen (Gruppe C) angehoben würde. Die Gemeinschaftsbestimmungen über den Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter wurden natürlich nur mit dem Ziel erlassen, jede Diskriminierung zwischen *Männern* und Frauen zu beseitigen.

Ein solcher Fall liegt somit außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie und des Artikels 119 des Vertrages.

Zum zweiten Teil der dritten Frage

66. Der zweite Teil der dritten Frage des nationalen Gerichts geht dahin, ob die Möglichkeit besteht, durch wiederholten Vergleich der Gruppen A und B ihren Lohn auf das Niveau des Lohns der bestbezahlten Gruppe (Gruppe C) anzuheben.

68. Diese Frage illustriert jedoch vor allem erneut die Gefahr einer Nichtberücksichtigung der Besonderheit der Entlohnung nach Stückzahl. Wenn es nämlich zu der im zweiten Teil der dritten Frage erwähnten Anhebung des Lohns der verschiedenen Gruppen käme, würde dies auf die Festsetzung eines *einheitlichen Entgelts* für alle Gruppen von Arbeitnehmern hinauslaufen, ohne Berücksichtigung ihrer individuellen Produktivität; es würde sich nicht mehr um eine *individuelle* Entlohnung nach Stückzahl handeln.

44 — Nr. 5 ihrer Erklärungen.

Zur vierten Frage

69. Auf die vierte Frage des nationalen Gerichts, die Frage nach der Bedeutung einer Reihe von tatsächlichen Umständen, brauche ich nur kurz einzugehen.

70. Es ist Sache des nationalen Gerichts, anhand der ihm vorliegenden tatsächlichen Angaben festzustellen, ob die zu vergleichenden Gruppen gleichwertig sind. Wenn es der Auffassung ist, daß bedeutsame andere Umstände als das durchschnittliche Entgelt die Vermutung einer Diskriminierung begründen, kann es auf der Grundlage dieser Feststellungen auch nach objektiven Rechtfertigungen suchen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Ich verweise hierzu auf meine Ausführungen zu Ihrer Rechtsprechung [45].

71. Ich schlage Ihnen demgemäß vor, für Recht zu erkennen:

— Artikel 119 EWG-Vertrag und die Richtlinie 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 sind auf Lohnsysteme anwendbar, bei denen das Entgelt ganz oder in wesentlichem Umfang vom Arbeitsergebnis des einzelnen Arbeitnehmers abhängt (Stücklohnsysteme);

— es ist Sache des nationalen Gerichts, sich zu vergewissern, daß die Gruppen vergleichbar sind, insbesondere im Hinblick auf die Zahl der Arbeitnehmer, die jede der Gruppen umfaßt, und die Repräsentativität dieser Gruppen im Verhältnis zu der Arbeitnehmerkategorie, der sie angehören;

— bei der Entlohnung nach Stückzahl stellen die Durchschnittsverdienste kein angemessenes Vergleichskriterium dar, um die Vermutung einer diskriminierenden Ungleichbehandlung von Männern und Frauen aufgrund des Geschlechts zu begründen;

45 — Nrn. 50 bis 56 dieser Schlußanträge.

— es ist Sache des nationalen Gerichts, die tatsächlichen Angaben, über die es verfügt, zu berücksichtigen, um sich zu vergewissern, daß die verglichenen Arbeiten gleichwertig sind; diese Angaben müssen es ihm auch erlauben, eine aufgrund anderer Umstände als des durchschnittlichen Entgelts vermutete Diskriminierung gegebenenfalls objektiv zu rechtfertigen.