SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS M. POIARES MADURO vom 18. Mai 2006 [1]

1. Dieses Vorabentscheidungsersuchen des Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) betrifft die Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsprechung zum gleichen Entgelt. Im Mittelpunkt der Diskussion ist die fortdauernde Anwendbarkeit des Urteils in der Rechtssache Danfoss [2], in dem entschieden wurde, dass das Dienstalter als Kriterium in einem Entgeltsystem vom Arbeitgeber nicht begründet werden muss, auch wenn es sich zum Nachteil von Frauen auswirkt, da „die Anciennität mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im Allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten". Die vorliegende Rechtssache stellt nicht direkt Entgeltsysteme in Frage, die das Dienstalter als Entgeltkriterium anwenden, aber es könnte solche Entgeltsysteme indirekt betreffen. Es geht, erstens, darum, wie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Beweislast dafür zu verteilen ist, ob eine mittelbare Diskriminierung, die sich aus einem Entgeltsystem ergibt, das das Dienstalter als Kriterium verwendet, gerechtfertigt sein kann, und, zweitens, um die Art der erforderlichen Rechtfertigung und das Ausmaß der Beweislast. Wenn als allgemeine Regel zugelassen wird, dass das Dienstalter ein gültiger Maßstab für die Honorierung von Erfahrung und Effizienz ist, so wird es für einen Arbeitnehmer unmöglich sein, ein Entgeltsystem in Frage zu stellen, das sich auf das Dienstalter stützt, auch wenn sich ein solches System tatsächlich zum Nachteil von Frauen auswirkt. Wenn umgekehrt entschieden wird, dass ein Arbeitgeber jede unterschiedliche Behandlung, die sich aus der Anwendung des Kriteriums des Dienstalters in dem Entgeltsystem ergibt, rechtfertigen muss, kann es sich für den Arbeitgeber als schwierig erweisen, genau und im Einzelnen nachzuweisen, in welchem Ausmaß Effizienz und Produktivität mit höherem Dienstalter steigen.

I — Gesetzlicher Rahmen

2. Die vorliegende Rechtssache betrifft die Gleichbehandlung von Frauen und Männern, die nach den Artikeln 2 EG und 3 Absatz 2 EG ein Grundprinzip des EG-

1 — Originalsprache: Portugiesisch.

2 — Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88 (Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening [„Danfoss"], Slg. 1989, 3199, Randnr. 24).

Rechts ist und zu den Grundlagen der Gemeinschaft gehört [3]. Der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche oder gleichwertige Arbeit ist in Artikel 141 EG enthalten, der bestimmt:

„(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

(2) Unter Entgelt im Sinne dieses Artikels sind die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt.

Gleichheit des Arbeitsentgelts ohne Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bedeutet,

a) dass das Entgelt für eine gleiche nach Akkord bezahlte Arbeit aufgrund der gleichen Maßeinheit festgesetzt wird,

b) dass für eine nach Zeit bezahlte Arbeit das Entgelt bei gleichem Arbeitsplatz gleich ist."

3. Artikel 141 EG wird durch verschiedene Sekundärrechtsakte ergänzt. 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 [4] garantiert, dass die Entgeltsbestandteile und -bedingungen nicht zwischen Männern und Frauen diskriminieren. Artikel 1 der Richtlinie 75/117 legt insbesondere fest:

„Der in Artikel 119 des Vertrages genannte Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, im Folgenden als ‚Grundsatz des gleichen Entgelts' bezeichnet, bedeutet bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in Bezug auf sämtliche Entgeltsbestandteile und -bedingungen.

Insbesondere muss dann, wenn zur Festlegung des Entgelts ein System beruflicher Einstufung verwendet wird, dieses System auf für männliche und weibliche Arbeit-

3 — Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 43/75 (Defrenne II, Slg. 1976, 455, Randnr. 12).

4 — ABl. L 45, S. 19.

nehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, dass Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts ausgeschlossen werden."

4. Der Begriff mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der in Artikel 141 EG nicht ausdrücklich enthalten ist, wurde von der Rechtsprechung entwickelt [5] und dann gesetzlich niedergelegt. Die Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts [6] definiert mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Artikel 2 Absatz 2:

„Im Sinne des in Absatz 1 genannten Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt."

5. Obwohl die folgenden Richtlinien auf die vorliegende Rechtssache nicht anwendbar sind, ist festzustellen, dass der Begriff mittelbare Diskriminierung nun einheitlich definiert wurde in der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft [7], der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf [8] und die Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen [9] in der durch die Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 [10] geänderten Fassung. Artikel 2 der Richtlinie 76/207 in der geänderten Fassung bestimmt, dass „‚mittelbare Diskriminierung' [vorliegt,] wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich".

6. Zur Verteilung der Beweislast bei Rechtssachen betreffend Gleichbehandlung sieht die Richtlinie 97/80 in Artikel 4 auch vor, dass, wenn Kläger „Tatsachen [nachweisen], die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen,

5 — Urteil vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80 (Jenkins, Slg. 1981, 911).

6 — ABl. 1998, L 14, S. 6.

7 — ABl. L 180, S. 22.

8 — ABl. L 303, S. 16.

9 — ABl. L 39, S. 40.

10 — ABl. L 269, S. 15.

dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“ [11].

7. Das Verhältnis von Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80, der den Begriff der mittelbaren Diskriminierung definiert, und deren Artikel 4 über die Verteilung der Beweislast werden bei der Lösung der vom vorlegenden Gericht aufgeworfenen Fragen und bei der Bestimmung entscheidend sein, wann ein Entgeltsystem, bei dem das Dienstalter ein für das Entgelt bestimmender Faktor ist, zu mittelbarer Diskriminierung führen kann.

II — Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefragen

8. Frau Cadman (im Folgenden: Rechtsmittelführerin) ist bei der United Kingdom Health and Safety Executive (im Folgenden: HSE), der staatlichen Behörde für Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer in Großbritannien, beschäftigt.

9. Die Rechtsmittelführerin fing im Juni 1990 bei der HSE als Inspector of Factories (Inspektor für Fabriken) zu arbeiten an. Am Ende ihrer internen Ausbildung im Juni 1993 wurde sie befördert. 1996 wurde sie Leiterin eines Field Services Unit (Außendienststelle) und wurde nochmals befördert, diesmal zum H. M. Principal Inspector of Health and Safety in Pay Band 2 (Hauptinspektor für Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer in Gehaltsgruppe 2). Im Februar 2001 wechselte sie zu einer operationellen Stelle als Leiterin einer Field Management Unit (Außendienstmanagementeinheit).

10. Während der Zeit der Anstellung der Rechtsmittelführerin bei der HSE änderte sich das Modell des Entgeltsystems mehrmals. Bis 1992 galt ein Zuwachssystem für das Entgelt, d. h., jedem Bediensteten wurde jährlich eine Erhöhung seines Entgelts gewährt, bis er die höchste Stufe erreicht hatte. 1992 führte die HSE ein leistungsbezogenes Element ein, anhand dessen der jährliche Steigerungsbetrag angepasst wurde, um so die Leistung des Angestellten widerzuspiegeln. Nach diesem System konnten daher Bedienstete, die sehr gute Leistungen erbrachten, die höchste Stufe schneller erreichen. 1995 erfolgten die jährlichen Entgelterhöhungen — nach der Einführung eines Long Term Pay Agreement (Langzeit-Entgeltvereinbarung) — durch Anteilsrechte entsprechend der Leistung des Bediensteten, was zur Folge hatte, dass sich die zwischen Bediensteten derselben Stufe mit höherem und geringerem Dienstalter bestehenden Entgeltunterschiede langsamer verringerten. Schließlich wurden im Jahr 2000 Bediensteten in niedrigeren Entgeltgruppen höhere jährliche Steigerungen gewährt, um schnelleres Fortschreiten in der Entgeltgruppe zu erleichtern.

11 — Derselbe Mechanismus ist in der 31. Begründungserwägung der Richtlinie 2000/78 und der 21. Begründungserwägung der Richtlinie 2000/43 zu finden, die bestimmen, dass „[e]ine Änderung der Regeln für die Beweislast ... geboten [ist], wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist“.

11. Im Haushaltsjahr 2000/01 betrug das Jahresgehalt der Rechtsmittelführerin 35 129 GBP, während sich das ihrer vier männlichen Kollegen derselben Stufe auf 39 125 GBP, 43 345 GBP, 43 119 GBP und 44 183 GBP belief. Die jährliche Entgeltdifferenz zwischen der Rechtsmittelführerin und den Vergleichspersonen, die von 4 000 GBP bis 9 000 GBP reichte, rührte daher, dass alle vier männlichen Vergleichspersonen ein höheres Dienstalter bei der HSE hatten.

12. Im Juni 2001 erhob die Rechtsmittelführerin beim Manchester Employment Tribunal eine Klage und machte geltend, dass das Entgeltsystem der HSE eine unverhältnismäßig nachteilige Wirkung für Frauen habe und dass sie daher Anspruch auf das gleiche Entgelt wie die vier männlichen Vergleichspersonen habe. Die Rechtsmittelführerin stützte ihre Klage auf den Equal Pay Act 1970, der Artikel 141 EG umsetzt.

13. Section 1 des Equal Pay Act, die hier einschlägig ist, bestimmt:

„(1) Enthält ein Vertrag, aufgrund dessen eine Frau in einem Unternehmen in Großbritannien beschäftigt wird, keine Gleichbehandlungsklausel (unmittelbar oder durch Bezugnahme auf einen Tarifvertrag oder in sonstiger Weise), wird dieser Vertrag so behandelt, als enthielte er eine derartige Klausel.

(2) Eine Gleichbehandlungsklausel ist eine Bestimmung, die sich auf die Bedingungen (seien sie entgeltbezogen oder nicht) eines Vertrages bezieht, aufgrund dessen eine Frau beschäftigt wird (Vertrag der Frau), und bewirkt, dass

...

(b) im Fall der Beschäftigung einer Frau mit einer Tätigkeit, die als mit der Tätigkeit eines Mannes mit der gleichen Beschäftigung gleichwertig eingestuft wird,

(i) eine Bestimmung des Vertrages der Frau, die durch die Einstufung der Tätigkeit bestimmt wird (abgesehen von der Gleichbehandlungsklausel), die für die Frau weniger günstig ist oder wird als eine gleichartige Bestimmung in dem Vertrag, aufgrund dessen dieser Mann beschäftigt ist, als dahin geändert behandelt wird, dass sie nicht weniger günstig ist, und

(ii) der Vertrag der Frau, wenn er (abgesehen von der Gleichbehandlungsklausel) zu irgendeinem Zeit-

punkt eine Bestimmung nicht enthält, die einer diesem Mann günstigen Bestimmung in dem Vertrag, aufgrund dessen er beschäftigt ist, entspricht und die durch die Einstufung der Tätigkeit bestimmt wird, so behandelt wird, als enthielte er eine solche Bestimmung.

...

(3) Die Gleichbehandlungsklausel gilt nicht bei einer Abweichung zwischen dem Vertrag der Frau und dem des Mannes, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass die Abweichung auf einem sachlichen Faktor beruht, der nicht der Unterschied im Geschlecht ist, und dieser Faktor

(a) muss bei einer Gleichbehandlungsklausel nach Subsection (2) ... (b) oben, ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Fall der Frau und dem des Mannes sein;

..."

14. Nach Section 1(1)(b)(ii) des Sex Discrimination Act 1975 ist mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts rechtswidrig, wenn sie nicht gerechtfertigt ist.

15. Das Employment Tribunal, vor dem vom 7. Mai bis 8. Juli 2002 über den Rechtsstreit verhandelt wurde, entschied, dass die Rechtsmittelführerin einen Anspruch auf Feststellung nach Section 1 des Equal Pay Act habe, dass die Entgeltklausel in ihrem Vertrag in der Weise abzuändern sei, dass sie nicht ungünstiger als die vergleichbare Klausel in den Dienstverträgen der vier Vergleichspersonen sei.

16. Die HSE legte dagegen Berufung beim Employment Appeal Tribunal (im Folgenden: Appeal Tribunal) ein, der dieses mit Urteil vom 22. Oktober 2003 aus zwei Gründen stattgab. Erstens sei im Licht des Urteils des Gerichtshofes in der Rechtssache Danfoss keine besondere Rechtfertigung des Arbeitgebers erforderlich, wenn sich das ungleiche Entgelt aus der Anwendung des Dienstalters als Kriterium in einem Entgeltsystem ergebe. Selbst wenn, zweitens, eine solche Rechtfertigung erforderlich sein sollte, hätte das Employment Tribunal die Frage rechtsfehlerhaft beurteilt.

17. Die Rechtsmittelführerin ihrerseits legte Rechtsmittel beim Court of Appeal ein. Der Equal Opportunities Commission (Kommission für die Gleichberechtigung am Arbeitsplatz) (im Folgenden: EOC) wurde gestattet, sich mit schriftlichen und mündlichen Erklärungen am Rechtsstreit zu beteiligen. Die EOC legte (von allen Parteien akzeptierte) Beweise dafür vor, dass im Vereinigten Königreich und in der gesamten Europäischen Union Arbeitnehmerinnen im Ganzen gesehen ein geringeres Dienstalter aufweisen als Arbeitnehmer und das Dienstalter als ein für das Entgelt bestimmender Faktor bei der fortbestehenden Entgeltlücke zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine Rolle spielt.

18. Die HSE verteidigte stets ihre Entgeltpraxis und behauptete, dass sich der Entgeltunterschied aus dem niedrigeren Dienstalter der Rechtsmittelführerin ergebe, einem wesentlichen und objektiven Faktor, der ihre Situation von der ihrer vier männlichen Vergleichspersonen unterscheide, wie in der Rechtssache Danfoss entschieden worden sei.

19. Die Rechtsmittelführerin und die EOC tragen demgegenüber vor, dass das Urteil Danfoss durch die nachfolgende Rechtsprechung des Gerichtshofes in Frage gestellt worden sei. Vielmehr müsse der Arbeitgeber eine objektive Rechtfertigung für die Entgeltunterschiede zwischen der Rechtsmittelführerin und den Vergleichspersonen nennen.

20. Der Court of Appeal, der einen offensichtlichen Widerspruch zwischen dem Urteil Danfoss und neueren Urteilen, insbesondere den Urteilen Nimz [12], Hill und Stapleton [13] sowie Gerster [14] feststellte, kam zu dem Schluss, dass in dieser Sache „Ungewissheit bestehe" [15], und hat deshalb dem Gerichtshof die folgenden drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Hat der Arbeitgeber nach Artikel 141 EG die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als entgeltbestimmenden Faktor besonders zu rechtfertigen, wenn sie unterschiedliche Wirkung für die relevanten männlichen und weiblichen Arbeitnehmer hat? Falls die Antwort von den Umständen abhängt, welches sind diese Umstände?

2. Würde die Antwort auf die vorstehende Frage anders lauten, wenn der Arbeitgeber das Kriterium des Dienstalters auf einer individuellen Basis auf die Arbeitnehmer anwendet, so dass eine Beurteilung der Frage erfolgt, inwieweit ein höheres Dienstalter ein höheres Entgeltniveau rechtfertigt?

3. Ist ein relevanter Unterschied zu machen zwischen der Anwendung des Kriteriums des Dienstalters im Fall von Teilzeitbeschäftigten und der Anwendung dieses Kriteriums im Fall von Vollzeitbeschäftigten?

21. Die Rechtsmittelführerin, die EOC, die Regierung des Vereinigten Königreichs, Irland und die Kommission haben beim Gerichtshof schriftliche Erklärungen eingereicht. Sie waren auch in der mündlichen Verhandlung, die am 8. März 2006 stattgefunden hat, vertreten, in der auch die französische Regierung vertreten war.

12 — Urteil vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Slg. 1991, I-297).

13 — Urteil vom 17. Juni 1998 in der Rechtssache C-243/95 (Slg. 1998, I-3739).

14 — Urteil vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95 (Slg. 1997, I-5253).

15 — Randnr. 23 des Urteils, mit dem entschieden wurde, dass diese Rechtssache dem Gerichtshof vorgelegt werden soll.

III — Rechtliche Würdigung

22. Die Beantwortung der vom Court of Appeal vorgelegten Fragen beginne ich mit der Darstellung, wie die Beweislast in Fällen mittelbarer Diskriminierung verteilt ist. Danach werde ich näher erläutern, bis zu welchem Grad das höhere Dienstalter in einem Entgeltsystem verwendet werden kann, ohne Artikel 141 EG zu verletzen, um darzulegen, ob Artikel 141 EG so auszulegen ist, dass er ein Entgeltsystem wie das von der HSE verwendete erlaubt. Zuletzt werde ich die von der Regierung des Vereinigten Königreichs und von Irland gestellte Frage der zeitlichen Begrenzung der Wirkungen des Urteils des Gerichtshofes in dieser Rechtssache behandeln.

A — *Verteilung der Beweislast in Fällen mittelbarer Diskriminierung*

1. Rahmen der rechtlichen Würdigung

23. Keine unmittelbare, sondern eine mittelbare Diskriminierung ergibt sich bei Vorschriften, die auf den ersten Blick auf Männer und Frauen gleichermaßen anzuwenden sind. Wenn eine neutrale Vorschrift tatsächlich Frauen benachteiligt, kann sie für mittelbar diskriminierend gehalten werden [16]. Eine Vorschrift, die jüngere oder ältere Arbeitnehmer benachteiligt, obwohl sie auf den ersten Blick neutral ist, könnte auch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters darstellen [17]. Obwohl das vorlegende Gericht die Frage nicht gestellt hat, wäre es denkbar, dass der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters bei einem Entgeltsystem unter bestimmten Umständen zu mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Alters führen könnte [18]. Dem Konzept der mittelbaren Diskriminierung wohnt die Voraussetzung inne, dass ein materieller Begriff von Gleichheit erfüllt werden muss [19].

24. Für unmittelbare Diskriminierung kann es keine Rechtfertigung geben. Dagegen kann in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung und nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80 mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt sein.

16 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 31), Gerster (Randnr. 30), vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-100/95 (Kording, Slg. 1997, I-5289, Randnr. 16) und Hill und Stapleton (Randnr. 24).

17 — Der Gerichtshof entschied im Urteil vom 22. November 2005 in der Rechtssache C-144/04 (Mangold, Slg. 2005, I-9981, Randnr. 75), dass das Verbot der Diskriminierung wegen Alters als ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anzusehen ist.

18 — Man kann sich ein Entgeltsystem vorstellen, bei dem jüngere Arbeitnehmer benachteiligt werden, weil das Dienstalter überproportional bevorzugt wird und dies sich daher zugunsten älterer Arbeitnehmer auswirkt. Umgekehrt könnte eine andere Art von Entgeltsystem, das die frühere Erfahrung von Arbeitnehmern nicht berücksichtigt, als nachteilig für ältere Arbeitnehmer betrachtet werden. Beim Zugang zur Beschäftigung gestattet Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 2000/78 jedoch „die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter". Allgemein ist das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Alters mit zahlreichen Vorbehalten und Einschränkungen versehen (Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs vom 27. Oktober 2005 in der beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache C-227/04 P, Lindorfer/Rat, Nr. 87).

19 — Prechal, S., „Equality of treatment, non-discrimination and social policy: achievements in three themes", *CMLRev.*, Bd. 41 (2004), Heft 2, S. 533.

25. Für Fälle mittelbarer Diskriminierung stellt Artikel 4 der Richtlinie 97/80 Regeln über die Verteilung der Beweislast zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf. Ein Kläger, der eine mittelbare Diskriminierung behauptet, muss beweisen, dass die angefochtene Vorschrift tatsächlich eine unterschiedliche Wirkung für Frauen hat. Die Beweislast liegt in diesem Anfangsstadium des Verfahrens also beim Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber oder die Gesetzgebung müssen eine Praxis oder Politik, die auf den ersten Blick neutral ist, erst rechtfertigen, wenn ein solcher Beweis erbracht ist. Sobald ein solcher Beweis geliefert wurde, muss der Urheber der Maßnahme — Arbeitgeber oder Gesetzgeber — nachweisen, dass die betroffenen Maßnahmen ein rechtmäßiges Ziel verfolgen, zur Erreichung eben dieses rechtmäßigen Zieles erforderlich und verhältnismäßig sind [20].

26. Das Vorbringen der Rechtsmittelführerin, sie sei mittelbar diskriminiert, sollte im Licht dieses analytischen Rahmens bewertet werden. Der Court of Appeal fragt sich jedoch, ob der Gerichtshof im Urteil Danfoss tatsächlich von dieser Analyse in Bezug auf das Kriterium des höheren Dienstalters in einem Entgeltsystem abgewichen sei. Deshalb ist die Bedeutung dieses Urteils in Bezug auf die nachfolgende Rechtsprechung zu klären.

20 — Derselbe Test wird von englischen Gerichten mit oder ohne Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes angewandt; vgl. Urteil des Employment Tribunal in der Rechtssache Nr. 1304744/98 (Crossley/Arbitration Conciliation and Advisory Service, den schriftlichen Erklärungen der Rechtsmittelführerin beigefügt).

2. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Pflicht des Arbeitgebers, die Anwendung des Dienstalters in einem Entgeltsystem zu rechtfertigen

27. Im Urteil Danfoss äußerte sich der Gerichtshof zu Fragen eines dänischen Schiedsgerichts zu einem Entgeltsystem, bei dem den Arbeitnehmern in derselben Lohngruppe derselbe Grundlohn gezahlt wurde, bei dem jedoch auch individuelle Entgeltzulagen geleistet wurden, die unter Berücksichtigung der Flexibilität, der Berufsausbildung und der Anciennität berechnet wurden. Eine Klägerin brachte vor, dass das Entgeltsystem Frauen mittelbar diskriminiere. Nach der Prüfung der Verteilung der Beweislast zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Entgeltsystem nicht transparent sei, beurteilte der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der drei genannten Kriterien einzeln und berücksichtigte die unterschiedliche Wirkung, die die Kriterien auf Frauen haben könnten. Der Gerichtshof entschied, dass der Rückgriff auf die Flexibilität ein rechtmäßiges Kriterium sei, soweit es verwendet werde, um die Qualität der geleisteten Arbeit zu vergüten. Wenn über Flexibilität jedoch die Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte vergütet werde, könne es nicht als neutrales Kriterium angesehen werden, da Frauen „aufgrund der häufig ihnen obliegenden Aufgaben in Haushalt und Familie ihre Arbeitszeit weniger leicht

als männliche Arbeitnehmer flexibel gestalten können" [21]. Zur Berufsausbildung entschied der Gerichtshof, dass „der Arbeitgeber ... die Vergütung einer besonderen Berufsausbildung rechtfertigen [kann], indem er darlegt, dass diese Ausbildung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben von Bedeutung ist" [22].

28. Schließlich stellte der Gerichtshof fest, und das ist der Teil des Urteils, der hier in Frage steht, dass die Anciennität „zu einer Benachteiligung der weiblichen Arbeitnehmer gegenüber den männlichen Arbeitnehmern führen kann, soweit die Frauen weniger lange auf dem Arbeitsmarkt sind als die Männer oder ihre Berufstätigkeit häufiger unterbrechen müssen" [23]. Nach dieser Feststellung führte der Gerichtshof aus: „Da ... die Anciennität mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im Allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten, steht es dem Arbeitgeber frei, die Anciennität bei der Entlohnung zu berücksichtigen, ohne dass er ihre Bedeutung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen spezifischen Aufgaben darlegen muss." [24]

29. Die Regierung des Vereinigten Königreichs vertritt die Ansicht, dass das Kriterium Dienstalter im Grundsatz als gerechtfertigt angesehen werden sollte, auch wenn der Arbeitnehmer nachweise, dass es unverhältnismäßige Auswirkungen für Frauen habe. Der Arbeitgeber müsse nur dann eine besondere Rechtfertigung anführen, wenn der Arbeitnehmer zuvor nachgewiesen habe, dass das Gewicht, das dem Dienstalter zugemessen werde, gänzlich unverhältnismäßig sei.

30. Irland und die französische Regierung nehmen eine radikalere Haltung ein und tragen vor, dass sich aus dem Urteil Danfoss ergebe, dass das Dienstalter immer als rechtmäßiges Kriterium für die Bestimmung des Entgelts anzusehen sei.

31. Die Rechtsmittelführerin und die EOC tragen dagegen vor, das Urteil Danfoss sei so auszulegen, dass es bedeute, dass „das Dienstalter in einem Beruf, in dem Erfahrung eine Person dazu befähigt, ihre Arbeit besser zu erledigen, zweckdienlich als ein angemessener Maßstab für die unterschiedliche Fähigkeit des Personals, seine Arbeit zu verrichten" [25], verwendet werden könne. Nach deren Ansicht muss der Arbeitgeber deshalb immer eine besondere Rechtfertigung liefern. Es ist nicht vollständig klar, was mit dieser besonderen Rechtfertigung gemeint ist. Das Erfordernis scheint so weit gehen zu können, dass eine Rechtfertigung der Anwendung eines Entgeltsystems, das auf Dienstalter beruht, im Einzelfall verlangt wird.

21 — Urteil Danfoss, Randnr. 21.
22 — Urteil Danfoss, Randnr. 23.
23 — Urteil Danfoss, Randnr. 24.
24 — Ebenda.
25 — Schriftliche Erklärungen der EOC, Nr. 103.

32. Die Kommission sieht im Urteil Danfoss eher „ein spezifisches Urteil zu einem ganz besonderen Sachverhalt“ [26], das die dem Arbeitgeber auferlegte Pflicht zur Rechtfertigung, wenn ein Entgeltsystem eine unterschiedliche Wirkung für Männer und Frauen habe, nicht in Frage stelle.

33. Obwohl ich der von der Rechtsmittelführerin, der EOC und der Kommission vorgetragenen Auslegung zustimme, dass die Beweislast im Hinblick auf die Rechtfertigung eines Entgeltsystems dem Arbeitgeber obliege, halte ich es — aus Gründen, zu denen ich mich nun äußern werde — auch für wichtig, dass die Art dieser Rechtfertigung definiert wird, um dem Arbeitgeber keine unangemessene Belastung aufzuerlegen.

34. Es stimmt, dass nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80 die Tatsache, dass es eine unterschiedliche Wirkung für eines der Geschlechter gibt, nicht ausreicht, um mittelbare Diskriminierung nachzuweisen, wenn diese Wirkung durch ein rechtmäßiges Ziel objektiv gerechtfertigt werden kann und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und notwendig sind. Die Beweislast in Bezug auf eine solche Rechtfertigung wird jedoch in Artikel 4 der Richtlinie behandelt. In diesem Licht ist das Vorbringen der nationalen Regierungen nach meiner Ansicht kaum zu akzeptieren. Die französische Regierung und Irland sind letztlich der Ansicht, dass das Dienstalter immer auf ein objektiv gerechtfertigtes, angemessenes und notwendigerweise rechtmäßiges Ziel hinauslaufen werde. Wie ich später begründen werde, sehe ich keine Grundlage für eine so allgemeine und bedingungslose Billigung eines Kriteriums des Dienstalters. Die Regierung des Vereinigten Königreichs räumt ein, dass das Dienstalter gelegentlich kein zulässiges Kriterium darstelle, trägt aber vor, dass in einem solchen Fall der Arbeitnehmer die Beweislast habe. Ich sehe jedoch keinen Grund, warum der Arbeitnehmer die Beweislast dafür tragen sollte, dass dem Kriterium des Dienstalters ein völlig unverhältnismäßiges Gewicht beigemessen werde, statt dass der Arbeitgeber die Beweislast dafür trägt, dass das System tatsächlich verhältnismäßig ist. Artikel 4 steht einer solchen Auslegung entgegen. Stattdessen deuten der Wortlaut, der allgemeine Aufbau der Vorschrift und das Gesamtziel der Richtlinie darauf hin, dass der Arbeitgeber nach Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 4 der Richtlinie eine objektive Rechtfertigung für dieses Kriterium liefern und auch nachweisen muss, dass das Kriterium sowohl ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines rechtmäßigen Zieles als auch dafür erforderlich ist. Die Art dieser Rechtfertigung, mit anderen Worten der Umfang der Beweislast des Arbeitgebers, ist eine andere Sache. In dieser Hinsicht könnten die traditionellen Argumente für ein Kriterium des Dienstalters relevant sein und könnte die Beweislast, die nach Ansicht der Rechtsmittelführerin und der EOC dem Arbeitgeber auferlegt werden sollte, zu beschränken sein.

35. Zuerst ist zu beachten, dass das Urteil Danfoss vor dem Erlass der Richtlinie 97/80 erging. Vor dem Erlass der Richtlinie stand es den Gerichten frei, zu entscheiden, wie es der Gerichtshof in der Rechtssache Danfoss getan hat, dass ein Arbeitgeber die Heranziehung des Dienstalters nicht zu rechtferti-

26 — Schriftliche Erklärungen der Kommission, Nr. 30.

gen brauchte. Nach dem Erlass der Richtlinie konnte ein Kriterium, das sich für Frauen nachteilig auswirkt, nicht mehr vom Anwendungsbereich des Artikels 4 (oben in Nr. 6 zitiert) ausgeschlossen werden.

36. Es kann kein Zweifel bestehen, dass die Richtlinie 97/80 für die vorliegende Rechtssache relevant ist, da sie nach ihrem Artikel 3 auf Situationen, die von Artikel 141 EG erfasst werden, Anwendung findet.

37. Folgte man der von der französischen Regierung und von Irland vertretenen Auslegung, so würde dies zudem dem Ziel der Richtlinie 97/80 zuwiderlaufen, das nach Artikel 1 darin besteht, „eine wirksamere Durchführung der Maßnahmen [zu] gewährleiste[n], die von den Mitgliedstaaten in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes getroffen werden". Auch der in Artikel 141 EG enthaltene Grundsatz des gleichen Entgelts würde so untergraben.

38. Folglich obliegt es nach Artikel 4 der Richtlinie 97/80 dem Arbeitgeber, nachzuweisen, dass, wenn die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als bestimmender Faktor in einem Entgeltsystem zu einer unterschiedlichen Wirkung für Frauen führt, seine Anwendung gerechtfertigt sein kann, weil es im Licht des gesamten Entgeltsystems des Unternehmens und seiner Tätigkeit relevant ist.

39. Zweitens ist für die Beurteilung, ob sich ein Arbeitgeber immer noch auf das Urteil Danfoss stützen kann, um keine Rechtfertigung für ein Entgeltsystem liefern zu müssen, das auf die Anciennität gestützt ist und für Frauen eine unterschiedliche Wirkung hat, die Rechtsprechung relevant, die nach diesem Urteil ergangen ist.

40. In der Rechtssache Nimz [27] musste der Gerichtshof beurteilen, ob Artikel 141 EG so ausgelegt werden kann, dass Vorschriften zulässig sind, die nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag in Deutschland auf teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer anwendbar sind. Nach diesem Tarifvertrag konnten Arbeitnehmer nach einer sechsjährigen Bewährungszeit befördert werden. Die Dienstzeiten von Arbeitnehmern, die mit mindestens Dreiviertel der regelmäßigen Arbeitszeit beschäftigt waren, waren voll anzurechnen. Bei Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit zwischen der Hälfte und Dreiviertel der regelmäßigen Arbeitszeit betrug, wurde jedoch nur die Hälfte der Dienstzeiten angerechnet. Die deutsche Regierung stützte ihr Vorbringen zur Rechtmäßigkeit der angefochtenen Vorschrift darauf, dass die vollbeschäftigten Arbeitnehmer größere Erfahrung hätten und die für die Tätigkeiten erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse schneller als teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer erlangten. Der Gerichtshof entschied jedoch in Randnummer 15 des Urteils, dass Artikel 141 die Anwendung der Vorschrift nicht zulasse, „es sei denn, der Arbeitgeber weist nach, dass die tarifvertragliche Bestimmung durch objektive Kriterien gerechtfertigt ist, die insbeson-

27 — Zitiert in Fußnote 12.

dere 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".

41. In der Rechtssache Gerster [28] prüfte der Gerichtshof erneut die Berechnungsmethode der Dienstzeit im deutschen öffentlichen Dienst, die für vollzeitbeschäftigte und teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer unterschiedlich war. In diesem Urteil schloss der Gerichtshof nicht die Möglichkeit aus, dass das nationale Gericht einen Zusammenhang zwischen dem Erwerb von Erfahrung und der Tatsache herstelle, dass ein Arbeitnehmer vollzeit- statt teilzeitbeschäftigt sei, verlangte jedoch trotzdem die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes [29]. In der Rechtssache Kording [30] entschied der Gerichtshof, dass das nationale Gericht feststellen müsse, ob das Erfordernis, wonach ein teilzeitbeschäftigter Bewerber eine längere Tätigkeitszeit abzuleisten habe als ein vollzeitbeschäftigter Bewerber, um von einer berufsqualifizierenden Prüfung befreit zu werden, durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten.

42. Generalanwalt La Pergola hatte in seinen Schlussanträgen in den beiden letztgenannten Rechtssachen ein strikteres Vorgehen vorgeschlagen. Nach seiner Ansicht fehlte dem Beförderungssystem in der Rechtssache Gerster die innere Logik, da es zum einen Teilzeitbeschäftigte mit einer Arbeitszeit von mehr als zwei Dritteln der gewöhnlichen Arbeitszeit mit Vollzeitbeschäftigten gleichgesetzt habe und zum anderen Arbeitnehmer mit einer Arbeitszeit, die nur um einen geringfügigen Teil der gewöhnlichen Arbeitszeit kürzer gewesen sei, weiter der Gruppe der Teilzeitbeschäftigten zugerechnet worden seien [31]. Allgemeiner stellte er fest, dass das Beförderungssystem auf der bloßen Vermutung beruhe, dass der Teilzeitbeschäftigte seine Tätigkeit während einer längeren Zeit als ein Vollzeitbeschäftigter ausüben müsse. Nach seiner Ansicht fehlte jeder Beweis zur Stützung dieser Annahme [32].

43. In der nächsten Rechtssache, in der sich der Gerichtshof mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu befassen hatte, diesmal im Zusammenhang mit dem Entgeltsystem der irischen Beamten in der Rechtssache Hill und Stapleton [33], bestätigte er, dass der Arbeitgeber nachweisen müsse, dass die Anwendung des Kriteriums des als tatsächliche Arbeitszeit definierten Dienstes bei der Beurteilung der Höherstufung der Arbeitnehmer, die von der Arbeitsplatzteilungsregelung zur Vollzeitregelung übergingen, durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hätten.

28 — Zitiert in Fußnote 14.

29 — Mit anderen Worten, die gewählten Mittel müssen einem berechtigten Ziel der Sozialpolitik dienen und zur Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich sein (Urteil Gerster, Randnr. 40).

30 — Randnr. 26.

31 — Schlussanträge in der Rechtssache Gerster, Nr. 47.

32 — Ebenda, Nr. 40.

33 — Randnr. 43.

44. In der letzten von den Verfahrensbeteiligten genannten Rechtssache, der Rechtssache Nikoloudi [34], sprach der Gerichtshof u. a. das Kriterium des Dienstalters an. Nach einem Tarifvertrag kamen nur Vollzeitbeschäftigte mit zweijähriger Dienstzeit für die Zuweisung einer planmäßigen Stelle in Frage. Eine der in dieser Rechtssache gestellten Fragen war, ob die Dienstzeit für Teilzeitbeschäftigte proportional zu berechnen gewesen sei oder ob der gesamte Zeitraum der Teilzeitbeschäftigung berücksichtigt werden sollte. Der Gerichtshof erinnerte daran, dass „der objektive Charakter [der Dienstzeit] von sämtlichen Umständen des Einzelfalls abhängt" [35]. Der Arbeitgeber trug vor, dass die Dienstzeit erforderlich sei, um die Berufserfahrung des Arbeitnehmers zu bewerten. Ohne Angabe, welche Wirkung diese Faktoren für die Gültigkeit des verwendeten Kriteriums haben könnte, stellte der Gerichtshof fest, dass über das Dienstalter auch Betriebstreue belohnt werden könne [36].

45. Es ist auffallend, dass der Gerichtshof seine Entscheidung in diesen Rechtssachen nicht auf das Urteil Danfoss gestützt hat. Die Generalanwälte hatten die Entwicklung der Rechtsprechung dargelegt. Nach Ansicht von Generalanwalt La Pergola in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Hill und Stapleton war das Urteil Danfoss nur in seinem Zusammenhang und im Licht des damals dem Gerichtshof vorliegenden Sachverhalts zu verstehen. Generalanwältin Stix-Hackl stellte ebenso in den Rechtssachen Nimz, Gerster und Kording fest, dass der Gerichtshof vom Urteil Danfoss abgerückt sei [37].

46. Es mag sein, dass der Gerichtshof in nachfolgenden Entscheidungen nicht ausdrücklich vom Urteil Danfoss abgerückt ist, doch hat er die dort gemachte Aussage durch nachfolgende Urteile zweifellos eingeschränkt. Aus der bloßen Tatsache, dass der Gerichtshof die Entscheidung in der Rechtssache Danfoss in nachfolgenden Rechtssachen nicht ausdrücklich verworfen hat, lässt sich keine Schlussfolgerung ziehen, da der Gerichtshof nur sehr selten ausdrücklich seine eigene Rechtsprechung ändert, insbesondere wenn keine der nachfolgenden Rechtssachen ausdrücklich ein Überdenken eines früheren Urteils erforderlich machte [38].

47. Im Ergebnis ist klar, dass die Richtlinie 97/80 [39], die auf Artikel 141 EG gestützt ist, das Vorgehen bei der Verteilung der Beweislast harmonisiert und kodifiziert hat, so dass auf die vom Gerichtshof in der Rechtssache Danfoss herausgearbeitete Lösung, obwohl sie vor dem Hintergrund des konkreten Sachverhalts in dieser Rechtssache verständlich ist, in der vorliegenden Rechtssache nicht zurückgegriffen werden kann. Nach meiner Meinung sollte die Antwort auf die erste Frage des Court of Appeal sein, dass der Arbeitgeber nach Artikel 141 EG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 4 der Richtlinie 97/80 die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als entgeltbestimmender Faktor zu rechtfertigen hat, wenn sie unterschiedliche Wirkung für

34 — Urteil vom 10. März 2005 in der Rechtssache C-196/02 (Slg. 2005, I-1789).

35 — Urteil Nikoloudi, Randnr. 55.

36 — Ebenda, Randnr. 63.

37 — Schlussanträge in der Rechtssache Nikoloudi, Nr. 50.

38 — Vgl. meine Schlussanträge vom 1. Februar 2006 in den beim Gerichtshof anhängigen verbundenen Rechtssachen C-94/04 (Cipolla) und C-202/04 (Macrino und Capodarte, Urteil vom 5. Dezember 2006, noch nicht in der Sammlung der Rechtsprechung veröffentlicht, Nrn. 28 und 29 zu dieser Frage).

39 — Vgl. z. B. Urteile vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnrn. 13 bis 19) und vom 31. Mai 1995 in der Rechtssache C-400/93 (Royal Copenhagen, Slg. 1995, I-1275, Randnr. 24).

die relevanten männlichen und weiblichen Arbeitnehmer hat. Die Art der zu liefernden Rechtfertigung wird im Folgenden erörtert.

dem nationalen Gericht überlassen sein, zu bestimmen, ob die zur Verfolgung eines rechtmäßigen Zieles erlassenen Maßnahmen unter Berücksichtigung der vom Arbeitgeber vorgetragenen Rechtfertigung verhältnismäßig sind.

B — *Die Art der für die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters in einem Entgeltsystem erforderlichen Rechtfertigung*

48. Die Art der Rechtfertigung, die ein Arbeitgeber zu liefern hat, um die Vermutung einer mittelbaren Diskriminierung zu widerlegen, die sich aus der Tatsache ergibt, dass ein Entgeltsystem Frauen benachteiligt, ist im Licht der Richtlinie 97/80 und der Rechtsprechung zur mittelbaren Diskriminierung zu prüfen. Dies ist eine zentrale Frage, da der von einem Arbeitgeber verlangte erforderliche Beweismaßstab eine gerichtliche Überprüfung eines Entgeltsystems erlaubt, das unter Berufung auf den Grundsatz des gleichen Entgelts beanstandet wird. Es muss festgestellt werden, ob eine allgemeine Rechtfertigung für die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters in einem Entgeltsystem ausreichen kann oder ob sich die zu liefernde Rechtfertigung im Gegensatz dazu auf die Situation jedes einzelnen Arbeitnehmers beziehen muss. In der Praxis haben Arbeitgeber und Gesetzgeber eine Vielzahl möglicher Rechtfertigungen für die Maßnahmen vorgetragen, die sich zum Nachteil von Frauen auswirken [40]. Es wird oft

49. Entgegen dem Vorbringen der französischen Regierung und von Irland steht außer Frage, dass das Urteil Danfoss nicht so verstanden werden kann, dass es eine generelle Rechtfertigung für alle Entgeltsysteme liefert, die auf dem Dienstalter beruhen. Aber entgegen dem, was die Rechtsmittelführerin und die EOC vorzutragen scheinen, kann eine Klage eines Arbeitnehmers wegen mittelbarer Diskriminierung nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber das einem Arbeitnehmer gewährte Entgelt im Vergleich zu anderen rechtfertigen muss. Dies würde das Risiko einer unerträglichen Belastung für Arbeitgeber mit sich bringen, und das Vorbringen selbst lässt die Tatsache unberücksichtigt, dass die Rechtfertigung nach Artikel 2 Absatz 2 auf das Kriterium selbst gerichtet sein kann und nicht notwendigerweise auf jede einzelne unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern. Mit anderen Worten kann der Arbeitgeber seiner Beweislast dadurch genügen, dass er das für sein Entgeltsystem gewählte Kriterium rechtfertigt, und es wird nicht immer erforderlich sein, eine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung einzelner Arbeitnehmer zu liefern, die sich als Ergebnis dieses Kriteriums ergeben kann.

40 — Vgl. Hervey, T. K., „EC law on justifications for sex discrimination in working life, in Collective bargaining, discrimination, social security and European integration", *Bulletin of comparative labour relations*, Nr. 48, 2003, S. 103. Bei den verschiedenen vorgetragenen Rechtfertigungen unterscheidet der Autor zwischen beschäftigungsbezogenen Rechtfertigungen wie körperlichen Fähigkeiten, Qualifizierungen und Berufsbildung, unternehmensbezogenen Rechtfertigungen wie der wirtschaftlichen oder finanziellen Effizienz und Rechtfertigungen mit Bezug zum öffentlichen Interesse wie der Notwendigkeit, die Beschäftigung zu fördern, oder der Absicht, kleine Unternehmen zu fördern.

50. In der mündlichen Verhandlung hat der Vertreter der Regierung des Vereinigten Königreichs vorgetragen, dass es eine Vielzahl von Gründen gebe, warum ein Arbeitgeber entscheiden könne, ein auf Dienstalter beruhendes Entgeltsystem anzuwenden. Ein erfahrener Arbeitnehmer werde üblicher-

weise bei der Arbeit produktiver sein, da er oder sie den Betrieb des Arbeitgebers und dessen Kunden besser kenne. Durch die Stabilität der Belegschaft könne der Arbeitgeber die Ausbildungskosten senken und kostenträchtige Einstellungsverfahren vermeiden. Es bestehe daher für den Arbeitgeber ein naheliegender geschäftlicher Anreiz, das Dienstalter zu honorieren.

51. In ihrem mündlichen Vorbringen hat die französische Regierung weiter erklärt, warum ein öffentlicher Arbeitgeber einen rechtmäßigen Grund habe, Arbeitnehmer mit hohem Dienstalter zu belohnen. Im französischen öffentlichen Dienst sei das Dienstalter nicht mit der Art der verrichteten Arbeit verbunden, sondern sei durch das Verhältnis zwischen dem Beamten und der Verwaltung gerechtfertigt. Ein Entgeltsystem, das auf dem Dienstalter beruhe, sichere die Unabhängigkeit und Neutralität der Beamten.

52. Obwohl die Rechtmäßigkeit des Kriteriums des Dienstalters als solches nicht in Frage steht, stellt sich die Frage, wie weit die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers in Einklang mit den Interessen der Arbeitnehmer an der Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts gebracht werden müssen. Denn obwohl es rechtmäßig ist, dass ein Arbeitgeber das Dienstalter und/oder Loyalität vergütet, gibt es zweifellos Situationen, in denen ein seiner Konzeption nach neutrales Entgeltsystem Frauen benachteiligt. In solchen Fällen unterwirft Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80 das in einem Entgeltsystem verwendete Kriterium, das Frauen benachteiligt, einem Verhältnismäßigkeitstest, bei dem nachgewiesen werden muss, dass das Kriterium rechtmäßige Ziele verfolgt und zur Erreichung dieser Ziele verhältnismäßig ist.

53. Wie die Regierung des Vereinigten Königreichs einräumt, hat ein Entgeltsystem mit einer automatischen Entgelterhöhung, die allein vom Dienstalter abhängt, eine negative Wirkung für Arbeitnehmerinnen, da Frauen im Allgemeinen später in die Belegschaft eintreten und ihren Dienst häufiger aus Gründen, die mit der Mutterschaft und Betreuungsaufgaben zusammenhängen, unterbrechen.

54. Die Regierung des Vereinigten Königreichs trägt vor, dass der Gerichtshof im Urteil Danfoss dem Dienstalter einen besonderen Status zugewiesen habe, da „der Arbeitgeber mittels einer Generalisierung statt eines Einzelnachweises eine Rechtfertigung nachweisen durfte“ [41]. Irland ist weitgehend der gleichen Ansicht. Das würde nach deren Ansicht bedeuten, dass, da das Dienstalter als Maßstab für bessere Leistung angesehen werden kann, der Rückgriff auf das Dienstalter in einem Entgeltsystem immer mit Artikel 141 EG vereinbar wäre.

55. Ich stimme dieser Annahme nicht zu. Nach meiner Ansicht genügt sie nicht dem

41 — Schriftliche Erklärungen der Regierung des Vereinigten Königreichs, Nr. 26.

Verhältnismäßigkeitstest nach Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80, der den Begriff mittelbare Diskriminierung definiert.

56. Der Verhältnismäßigkeitstest, der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80[42] enthalten ist, verlangt den Nachweis, dass das beanstandete Kriterium „angemessen und notwendig und ... durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt" ist.

57. Würde man akzeptieren, dass eine allgemeine Rechtfertigung, wie etwa, dass das Dienstalter einen Arbeitnehmer befähige, seine oder ihre Arbeit besser zu verrichten, ausreicht, um ein Entgeltsystem zu rechtfertigen, das Frauen benachteiligt, so bliebe aus der Perspektive von Artikel 141 EG so gut wie kein Bereich übrig, in dem ein Arbeitnehmer ein Entgeltsystem aus diesem Grund in Frage stellen könnte.

58. Überdies wäre unter solchen Umständen keine gerichtliche Überprüfung möglich. Deshalb verwarf der Gerichtshof im Urteil Seymour-Smith und Perez[43] „allgemeine Behauptungen" als Mittel zur Rechtfertigung einer diskriminierenden Maßnahme. Nach meiner Ansicht verlangt der in Artikel 2 Absatz 2 vorgeschriebene Verhältnismäßigkeitstest vom Arbeitgeber den Nachweis, dass das gewählte Entgeltsystem, auch wenn es ein rechtmäßiges Ziel verfolgt, so konzipiert ist, dass es die unterschiedliche Wirkung für Frauen auf ein Mindestmaß verringert. Dies verlangt, wie ich später ausführen werde, z. B. eine Prüfung der Frage, wie das Dienstalter berücksichtigt wird und welches Gewicht ihm in dem Entgeltsystem gegenüber anderen Kriterien, die für Frauen weniger nachteilig sind (wie Verdienste), zugemessen wird.

59. Zum besseren Verständnis der Art der erforderlichen Rechtfertigung mag es hilfreich sein, eine Parallele zu Rechtssachen zu ziehen, die die Freizügigkeit der Arbeitnehmer betreffen, da die Abwägung, die in diesen Rechtssachen vorgenommen werden muss, manchmal Ähnlichkeiten mit den Abwägungsvorgängen aufweisen kann, die bei der Überprüfung des Kriteriums des Dienstalters vorgenommen werden, wenn ein Verdacht auf mittelbare Diskriminierung besteht. In der Rechtssache Köbler[44] entschied der Gerichtshof, dass eine besondere Dienstalterszulage, die der österreichische Staat als Arbeitgeber den Universitätsprofessoren unter bestimmten Voraussetzungen[45] zusätzlich zu ihrem Grundgehalt gewährte, gegen Artikel 39 EG verstieß und nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden konnte. Der Gerichtshof wog das Recht eines Arbeitgebers zur Honorierung der Treue

42 — Und auch in den Richtlinien 2000/78, 2000/43 und 76/207 in der geänderten Fassung.

43 — Urteil vom 9. Februar 1999 in der Rechtssache C-167/97 (Slg. 1999, I-623, Randnr. 76).

44 — Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-224/01 (Slg. 2003, I-10239).

45 — Sie mussten seit mindestens 15 Jahren an einer österreichischen Universität angestellt gewesen sein und seit mindestens vier Jahren die normale Dienstalterszulage bezogen haben.

und die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gegeneinander ab[46]. Er erkannte an, dass die Honorierung der Treue ein rechtmäßiges Ziel sei, stellte aber fest, dass es nicht ausreiche, um die damit verbundene Beeinträchtigung zu rechtfertigen. Der Staat müsse die einzelnen Voraussetzungen, auf denen das Entgelt beruhe, im Licht ihrer Wirkungen auf die Freizügigkeitsinteressen rechtfertigen. Da die Treueprämie wahrscheinlich österreichische Professoren davon abhalte, ihr Recht auf Freizügigkeit auszuüben, und damit zu einer Abschottung des Arbeitsmarktes für Universitätsprofessoren führe, entschied der Gerichtshof, dass sie Artikel 39 EG widersprach.

60. Ähnlich reicht es bei Artikel 141 EG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 4 der Richtlinie 97/80 nicht aus, nachzuweisen, dass das auf das Dienstalter gestützte Kriterium allgemein ein rechtmäßiges Ziel verfolgt (Honorierung von Erfahrung und Treue). Ein solches Kriterium muss im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig sein, wobei die nachteilige Wirkung, die es für Frauen haben kann, berücksichtigt werden muss.

61. Schließlich gibt es auch Hinweise in der Rechtsprechung, die nach dem Urteil Danfoss ergangen ist, dass die Anwendung eines Kriteriums des Dienstalters in einem Entgeltsystem als Maßstab für Berufserfahrung als solches keine Rechtfertigung für unterschiedliche Wirkungen des Entgeltsystems für die Entgelte von Frauen darstellen kann.

62. Die Generalanwälte Darmon[47] und La Pergola[48] äußerten beide Zweifel, ob die Berücksichtigung von Erfahrung als allgemeine und abstrakte Regel akzeptiert werden sollte. Auch der Gerichtshof hat dies abgelehnt. Trotz der Tatsache, dass es in der Rechtssache Nimz um einen Vergleich zwischen Teilzeitbeschäftigten und Vollzeitbeschäftigten ging, entschied der Gerichtshof: „Zwar geht das Dienstalter Hand in Hand mit der dienstlichen Erfahrung, die den Arbeitnehmer grundsätzlich zu einer besseren Erfüllung seiner Aufgaben befähigt, jedoch hängt der objektive Charakter eines solchen Kriteriums von allen Umständen des Einzelfalls und insbesondere davon ab, welche Beziehung zwischen der Art der ausgeübten Tätigkeit und der Erfahrung besteht, die die Ausübung dieser Tätigkeit nach einer bestimmten Anzahl geleisteter Arbeitsstunden verschafft."[49] Daraus folgt, dass der Gerichtshof den objektiven Charakter des Kriteriums dienstliche Erfahrung von der Art der betroffenen Beschäftigung abhängig machen wollte. Irlands Einwand, dass spätere Rechtssachen nur die Berechnung der Länge des Dienstalters von Teilzeitbeschäftigten betroffen hätten, ist nicht zu folgen. Denn

46 — Urteil Köbler, Randnr. 86.

47 — In seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Nimz (Nr. 15) stellte Generalanwalt Darmon fest: „[F]ür die Stelle eines Wartungsbediensteten ist die Berufserfahrung kein so entscheidendes Kriterium wie für die des Leiters einer Verwaltungsdienststelle."

48 — Schlussanträge von Generalanwalt La Pergola in der Rechtssache Hill und Stapleton, Nr. 34. Vgl. auch seine Schlussanträge in den Rechtssachen Gerster und Kording, in Fußnote 27.

49 — Urteil Nimz, Randnr. 14. Vgl. auch Urteile Gerster, Randnr. 39, und Kording, Randnr. 23.

auf die Frage, ob die Arbeit in Teilzeitbeschäftigung oder Vollzeitbeschäftigung verrichtet wurde, kam es nicht an.

63. Nach alledem kann der Beweismaßstab, dem der Arbeitgeber genügen muss, um nachzuweisen, dass die Anwendung eines Kriteriums des Dienstalters nicht zu mittelbarer Diskriminierung führt, wie folgt zusammengefasst werden. Erstens ist ein gewisser Grad an Transparenz in Bezug darauf erforderlich, wie das Kriterium des Dienstalters in dem Entgeltsystem angewandt wird, so dass eine gerichtliche Überprüfung möglich ist[50]. Insbesondere sollte klar sein, wie viel Gewicht bei der Bestimmung des Entgelts auf das Dienstalter — entweder als eine Art, Erfahrung zu messen, oder als Mittel, Treue zu honorieren — im Vergleich zu anderen Kriterien wie Verdienste und Qualifizierungen gelegt wird. Zudem sollte der Arbeitgeber darlegen, warum Erfahrung für eine spezifische Beschäftigung wertvoll ist und warum sie entsprechend honoriert wird. Das nationale Gericht wird dies prüfen müssen, doch besteht kein Zweifel daran, dass beispielsweise die Erfahrung bei Stellen, die verantwortliche und Leitungsaufgaben umfassen, wertvoller sein wird — und deshalb rechtmäßigerweise honoriert wird — als bei Routineaufgaben, bei denen das Kriterium des Dienstalters das Entgelt nur zu einem geringen Teil bestimmen kann. Die Relevanz dieses Kriteriums kann während der Ausbildungsphase hoch sein, wird aber abnehmen, wenn die betreffende Person ihre Tätigkeit hinreichend beherrscht. Schließlich muss die Art, in der das Dienstalter berücksichtigt wird, auch die negative Wirkung des Kriteriums für Frauen auf ein Mindestmaß verringern. Mir scheint beispielsweise, dass ein System, das Zeiten des Mutterschafts- oder des Vaterschaftsurlaubs ausschließt, obwohl es dem ersten Anschein nach neutral ist, zur mittelbaren Diskriminierung von Frauen führen würde.

64. Der in Rechtssachen, die mittelbare Diskriminierung betreffen, verlangte Beweismaßstab bleibt in dem Sinne allgemein, dass der Arbeitgeber nicht rechtfertigen muss, warum ein bestimmter Arbeitnehmer ein höheres Entgelt bekommt als ein anderer, so lange das Entgeltsystem widerspruchsfrei strukturiert ist und sowohl Arbeitsbeschreibungen und die betrieblichen Bedürfnisse des Unternehmens berücksichtigt als auch die unterschiedliche Wirkung, die es auf Frauen haben kann, auf ein Mindestmaß verringert. Ist dies nachgewiesen, so gibt es keine Gründe für die Feststellung, dass Artikel 141 EG verletzt wurde, es sei denn, der Arbeitnehmer kann darlegen, dass das System falsch angewandt wird und so zu mittelbarer Diskriminierung führt. Dennoch muss der Arbeitgeber, wenn er nicht nachweist, dass die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters in einem Entgeltsystem verhältnismäßig ist, oder wenn sich dies nicht überprüfen lässt, weil das Entgeltsystem nicht ausreichend transparent ist, die Entgeltunterschiede in Bezug auf die besondere Situation des Arbeitnehmers, der das Entgeltsystem in Frage stellt, rechtfertigen.

50 — Vgl. Artikel 9 Absatz 2 der Richtlinie 76/207, der verlangt, dass die Mitgliedstaaten „in regelmäßigen Abständen die unter Artikel 2 Absatz 2 fallenden beruflichen Tätigkeiten [prüfen], um unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffenden Ausnahmen aufrechtzuerhalten".

65. In der vorliegenden Rechtssache wird das nationale Gericht zu beurteilen haben, ob die HSE die Anwendung des Dienstalters als bestimmender Faktor bei der Vergütung der Leiter der Field Management Units ausreichend gerechtfertigt hat. In diesem Zusammenhang wird die HSE darzulegen haben, wie das Dienstalter im Verhältnis zu anderen Kriterien, wie den Verdiensten, bei der Bestimmung des Entgelts der Arbeitnehmer gewichtet wird und warum das Kriterium des Dienstalters in Bezug auf das Ziel, unter Berücksichtigung der Art der betreffenden Arbeit Erfahrung zu vergüten und/oder Treue zu honorieren, erforderlich und verhältnismäßig ist.

66. Um die erste Frage des Court of Appeal umfassender zu beantworten, ist Folgendes hinzuzufügen: Wenn die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als entgeltbestimmender Faktor durch den Arbeitgeber unterschiedliche Wirkung für die relevanten weiblichen und männlichen Arbeitnehmer hat, verlangen Artikel 141 EG sowie die Artikel 2 Absatz 2 und 4 der Richtlinie 97/80, dass der Arbeitgeber beweist, dass die Art und Weise der Anwendung des Kriteriums als entgeltbestimmender Faktor in Bezug auf die betroffene Stelle die betrieblichen Bedürfnisse des Unternehmens berücksichtigt und dass das Kriterium verhältnismäßig angewendet wird, um die nachteilige Wirkung für Frauen auf ein Mindestmaß zu verringern. Wenn der Arbeitgeber keine Rechtfertigung für die Struktur des Entgeltsystems liefern kann, muss er für den Unterschied der Entgeltniveaus des Arbeitnehmers, der sich beschwert hat, und der anderen Arbeitnehmer, die dieselbe Tätigkeit ausführen, eine besondere Rechtfertigung liefern.

C — *Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung der Wirkungen des Urteils*

67. Irland und die Regierung des Vereinigten Königreichs plädieren für eine zeitliche Begrenzung des Urteils, falls der Gerichtshof entscheiden sollte, dass der Arbeitgeber die Anwendung eines Kriteriums des Dienstalters in einem Entgeltsystem immer rechtfertigen muss, wenn ein Arbeitnehmer einen Anspruch geltend macht, dass der Grundsatz des gleichen Entgelts verletzt sei, weil das Entgeltsystem Frauen benachteilige.

68. Zur Stützung dieses Antrags trägt das Vereinigte Königreich vor, dass das Urteil des Gerichtshofes Rückwirkung hätte, wodurch die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die in gutem Glauben und in Übereinstimmung mit dem Urteil Danfoss eingegangen worden seien, in Frage gestellt würden. Daher erfordere der Grundsatz der Rechtssicherheit, dass die Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil Danfoss bis zum Erlass des Urteils in der vorliegenden Rechtssache Bestand haben sollten. Eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen würde in Frage gestellt, wenn Arbeitgeber ihr früheres Entgeltsystem rechtfertigen müssten, da ein Arbeitnehmer im Vereinigten Königreich einen Anspruch auf gleiches Entgelt für einen bis zu sechs Jahren zurückliegenden Zeitraum geltend machen könne. Zudem seien Beweise für die relevanten objektiven Tatsachen nach vielen Jahren schwer zu beschaffen.

69. Nach ständiger Rechtsprechung beschränkt der Gerichtshof nur ausnahmsweise

die zeitliche Wirkung einer Vorabentscheidung, wenn zwei kumulative Voraussetzungen vorliegen [51]. Erstens kann der Gerichtshof den Grundsatz der Rechtssicherheit anwenden, um mit Wirkung für alle Betroffenen die Möglichkeit einzuschränken, sich auf die Auslegung der Vorschrift mit dem Ziel zu berufen, eine erneute Sachentscheidung über in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse herbeizuführen. Zweitens verlangt der Gerichtshof Beweise, dass die Gefahr schwerwiegender wirtschaftlicher Auswirkungen besteht, insbesondere wegen der großen Zahl gutgläubig eingegangener Rechtsverhältnisse.

70. In dieser Rechtssache halte ich das Vorbringen der Regierung des Vereinigten Königreichs für überzeugend, dass die vorgeschlagene Auslegung von Artikel 141 EG eine erneute Sachentscheidung über in gutem Glauben begründete Rechtsverhältnisse herbeiführen könnte. In der Tat — und dies erklärt, warum das nationale Gericht das Verfahren ausgesetzt und sich an den Gerichtshof gewandt hat — war ungewiss, wie Artikel 141 EG in Bezug auf die Anwendung des Dienstalterkriteriums in einem Entgeltsystem auszulegen ist. Erstens ist der Gerichtshof nie ausdrücklich vom Urteil Danfoss abgerückt. Zweitens stützten sich nachfolgende Rechtssachen, die sich mit der Verteilung der Beweislast zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer über die mögliche diskriminierende Wirkung von Entgelt- oder Beförderungssystemen befassten, nicht auf die Richtlinie 97/80. In Anbetracht dieser Faktoren konnten die Mitgliedstaaten und die betroffenen Verfahrensbeteiligten zu Recht zu der Ansicht gelangen, dass sich aus der Anwendung des Dienstalterskriteriums in einem Entgeltsystem keine mittelbare Diskriminierung nach Artikel 141 EG ergebe [52].

71. Was die zweite Voraussetzung betrifft, kann, obwohl ich überzeugt bin, dass die von mir vorgeschlagene Auslegung von Artikel 141 EG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 4 der Richtlinie 97/80 weiter die Anwendung des Dienstalterskriteriums in Entgeltsystemen ermöglichen wird, nicht ausgeschlossen werden, dass sie solche Entgeltsysteme im Hinblick auf die Art und Weise, in der das Dienstalter zu berücksichtigen und gegenüber anderen relevanten Kriterien zu gewichten ist, beeinflussen wird. Folglich könnte, wenn der Gerichtshof die von mir vorgeschlagene Auslegung übernimmt, eine große Zahl von Arbeitnehmern betroffen sein [53], die Ansprüche erheben könnten, die für die Unternehmen nicht vorhersehbar gewesen sind [54].

72. Unter Berücksichtigung des guten Glaubens aller betroffenen Beteiligten in Bezug auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, ein Entgeltsystem zu rechtfertigen, das sich auf das Dienstalter stützt und unterschiedliche Wirkung für Frauen hat, scheint es angemessen zu sein, Erwägungen der Rechtssicherheit zu berücksichtigen, die sich auf alle betroffenen Beteiligten beziehen, und es grundsätzlich auszuschließen, die Entgelte für in der Vergangenheit liegende Zeiträume noch in Frage stellen zu lassen [55]. Deshalb

51 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 2. Februar 1988 in der Rechtssache 24/86 (Blaizot, Slg. 1988, 379, Randnr. 28), vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 41) und vom 29. November 2001 in der Rechtssache C-366/99 (Griesmar, Slg. 2001, I-9383, Randnr. 74).

52 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Barber, Randnr. 43.

53 — In der mündlichen Verhandlung behauptete die Regierung des Vereinigten Königreichs, dass 36 % aller Arbeitnehmer nach einem Entgeltsystem vergütet würden, dass auf dem Dienstalter beruhe.

54 — Vgl. in diesem Sinne Urteil Defrenne, Randnr. 70.

55 — Vgl. in diesem Sinne Urteile Defrenne, Randnr. 74, und Barber, Randnr. 44.

schlage ich dem Gerichtshof vor, zu entscheiden, dass sich niemand auf die vorgeschlagene Auslegung von Artikel 141 EG in Verbindung mit den Artikeln 2 Absatz 2 und 4 der Richtlinie 97/80 zur Stützung von Ansprüchen berufen kann, die mittelbare Diskriminierung betreffen und vor dem Erlass des Urteils in dieser Rechtssache als Folge eines Entgeltsystems entstanden sind, das auf dem Dienstalter beruht, ausgenommen Arbeitnehmer, die vor diesem Zeitpunkt ein Verfahren anhängig gemacht oder einen gleichwertigen Anspruch erhoben haben.

IV — Ergebnis

73. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf die ihm vorgelegten Fragen wie folgt zu antworten:

1. Wenn die Anwendung des Kriteriums des Dienstalters als entgeltbestimmender Faktor durch den Arbeitgeber unterschiedliche Wirkung für die relevanten weiblichen und männlichen Arbeitnehmer hat, verlangen Artikel 141 EG sowie die Artikel 2 Absatz 2 und 4 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, dass der Arbeitgeber beweist, dass die Art und Weise der Anwendung des Kriteriums als entgeltbestimmender Faktor in Bezug auf die betroffene Stelle die betrieblichen Bedürfnisse des Unternehmens berücksichtigt und dass das Kriterium verhältnismäßig angewendet wird, um die nachteilige Wirkung für Frauen auf ein Mindestmaß zu verringern. Wenn der Arbeitgeber keine Rechtfertigung für die Struktur des Entgeltsystems liefern kann, muss er für den Unterschied der Entgeltniveaus des Arbeitnehmers, der sich beschwert hat, und der anderen Arbeitnehmer, die dieselbe Tätigkeit ausführen, eine besondere Rechtfertigung liefern.

2. In Anbetracht der Antwort auf die erste Frage ist es nicht erforderlich, die zweite Frage zu beantworten.

3. Zwischen der Anwendung des Kriteriums des Dienstalters im Fall eines Teilzeitbeschäftigten und der Anwendung dieses Kriteriums im Fall eines Vollzeitbeschäftigten ist kein Unterschied zu machen.

4. Niemand kann sich auf diese Auslegung von Artikel 141 EG in Verbindung mit den Artikeln 2 Absatz 2 und 4 der Richtlinie 97/80 zur Stützung von Ansprüchen berufen, die mittelbare Diskriminierung betreffen und vor dem Erlass des Urteils in dieser Rechtssache als Folge eines Entgeltsystems entstanden sind, das auf dem Dienstalter beruht, ausgenommen Arbeitnehmer, die vor diesem Zeitpunkt ein Verfahren anhängig gemacht oder einen gleichwertigen Anspruch erhoben haben.