SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GEORGES COSMAS

vom 19. Januar 1999 *

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 2867

II — Rechtlicher Rahmen ..... I - 2868

A — Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ..... I - 2868

B — Die nationalen Vorschriften ..... I - 2869

III — Sachverhalt ..... I - 2871

IV — Die Vorabentscheidungsfragen ..... I - 2873

V — Antwort auf die Vorabentscheidungsfragen ..... I - 2875

A — Vorbemerkungen ..... I - 2875

B — Zur ersten Frage ..... I - 2877

C — Zur sechsten Frage ..... I - 2887

D — Zur zweiten Frage ..... I - 2892

E — Zur dritten, vierten und fünften Frage ..... I - 2896

F — Zur siebten Frage ..... I - 2903

VI — Vorschlag ..... I - 2906

I — Einleitung

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen hat das Oberlandesgericht Wien dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EG-Vertrag sieben Fragen nach der Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag und der 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 [1] vorgelegt. Der Gerichtshof wird insbesondere nach der Auslegung der Begriffe „gleiche Arbeit" und „gleicher Arbeitsplatz" sowie nach der Bil-

* Originalsprache: Griechisch.

1 — ABl. L 45, S. 19.

dung der Vergleichsgruppen zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung zwischen Männern und Frauen in bezug auf das Entgelt gefragt.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften*

2. Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag bestimmt:

„Jeder Mitgliedstaat wird während der ersten Stufe den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit anwenden und in der Folge beibehalten."

3. Artikel 119 Absatz 3 EG-Vertrag lautet wie folgt:

„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."

4. Artikel 1 der 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 bestimmt:

„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 Arbeitnehmer gemeinsamen Kriterien beruhen und so beschaffen sein, daß Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts ausgeschlossen werden."

5. In Artikel 4 der Richtlinie heißt es:

„Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts unvereinbare Bestimmungen in Tarifverträgen, Lohn- und Gehaltstabellen oder -vereinbarungen oder Einzelarbeitsverträgen nichtig sind oder für nichtig erklärt werden können."

B — *Die nationalen Vorschriften*

6. Aus dem Vorlagebeschluß sowie aus den beim Gerichtshof eingereichten Erklärungen ergibt sich folgendes: In Österreich beruht die Regelung der dienst- und pensionsrechtlichen Verhältnisse der Sozialversicherungsbediensteten gemäß dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz (ASVG) auf Dienstordnungen, die als Kollektivverträge vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger abgeschlossen werden. Eine Abweichung von ihnen bedarf nach § 460 ASVG der schriftlichen Zustimmung durch den Hauptverband.

Die Dienstordnung A (DO. A) gilt für die Verwaltungsangestellten, das Pflegepersonal und die zahntechnischen Angestellten. Bei der Einstufung der von § 37 DO. A erfaßten Verwaltungsangestellten werden beim „höheren Dienst", Gehaltsgruppe F, Dienstklasse I, u. a. „Psychologen, die zur selbständigen Ausübung des psychologischen Berufes berechtigt sind (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen)", genannt. Die übrigen Psychologen werden beim „gehobenen Dienst", Gehaltsgruppe E, Dienstklasse III, genannt. Bei der Einstufung des Pflegepersonals in § 38 werden in der Gehaltsgruppe C, Dienstklasse II, auch die Psychotherapeuten aufgeführt.

Die Dienstordnung B (DO. B) gilt für alle bei Sozialversicherungsträgern angestellten Ärzte und Dentisten (§ 1 Absatz 1). Die in Krankenanstalten beschäftigten Ärzte, die zur selbständigen Berufsausübung als Facharzt berechtigt sind, sind in die Gehaltsgruppe B III eingestuft.

Zum Vergleich wird für das Jahr 1995 angeführt, daß das Grundgehalt eines Arztes der Gehaltsgruppe B III je nach Beschäftigungsdauer zwischen 42 197 ÖS und 73 457 ÖS, das eines Verwaltungsangestellten der Gehaltsgruppe F I mit derselben Beschäftigungsdauer zwischen 24 796 ÖS und 51 996 ÖS betrug.

Die Wochenarbeitszeit der bei der beklagten Krankenkasse beschäftigten Ärzte beträgt 36 Stunden, die der anderen Arbeitnehmer dagegen 40 Stunden.

Die erwähnten Kollektivverträge enthalten umfangreiche Regelungen des Dienstrechts und sehen u. a. vor, daß die Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen, insbesondere nach Zurücklegung von zehn Dienstjahren, die Unkündbarkeit erreichen.

7. Das Psychotherapiegesetz [2] legt den Inhalt der Psychotherapie [3] und die Bedingungen für die Ausübung des Berufes des Psychotherapeuten [4] fest.

Das Ärztegesetz (ÄrzteG) [5] legt die Art der Tätigkeiten, die der Arztberuf umfaßt [6], sowie die Bedingungen für seine Ausübung [7] fest.

Das Psychologengesetz [8] schließlich legt den

2 — Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie (BGBl Nr. 361/1990).

3 — Es umschreibt die Ausübung der Psychotherapie als eine in allgemeiner und besonderer Ausbildung erlernte, umfassende, bewußte und geplante Behandlung von psychosozialen oder psychosomatisch bedingten Verhaltensstörungen und Leidenszuständen mit wissenschaftlich-psychotherapeutischen Methoden in einer Interaktion zwischen einem oder mehreren Behandelten und einem oder mehreren Psychotherapeuten mit dem Ziel, bestehende Symptome zu mildern oder zu beseitigen, gestörte Verhaltensweisen und Einstellungen zu ändern und die Reife, Entwicklung und Gesundheit des Behandelten zu fördern (§ 1).

4 — Der Abschluß eines Studiums ist für die Ausübung der Psychotherapie nach dem Psychotherapiegesetz nicht erforderlich, jedoch eine theoretische Ausbildung in der Gesamtdauer von zumindest 765 Stunden und eine praktische Ausbildung im Ausmaß von zumindest 550 Stunden als allgemeiner Teil der Ausbildung (psychotherapeutisches Propädeutikum). Die weiter erforderlichen Teile (psychotherapeutisches Fachspezifikum) umfassen einen theoretischen Teil von zumindest 300 Stunden und einen praktischen Teil von zumindest 1 600 Stunden. Auch für die Berufsberechtigung als Psychotherapeut ist neben einer bestimmten Eignung (vgl. § 10 Absatz 2 Ziffern 5 bis 9) letztlich die Eintragung in eine Liste, und zwar die Psychotherapeutenliste (§ 17), erforderlich. Die Berufsberechtigung nach dem Psychologengesetz wird durch diese Bestimmungen nicht eingeschränkt (§ 24 Absatz 3).

5 — Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte (BGBl Nr. 373/1984).

6 — Er umfaßt jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insbesondere auch die Untersuchung von Geistes- und Gemütskrankheiten und deren Behandlung (§ 1 Absatz 2 Ziffer 1 in Verbindung mit Ziffer 3 ÄrzteG) und damit auch die Ausübung der Psychotherapie.

7 — Die Tätigkeit als Facharzt setzt nach Abschluß des Medizinstudiums eine umfassend geregelte, mindestens sechsjährige praktische Ausbildung sowie nunmehr auch eine Facharztprüfung voraus (§ 5 ÄrzteG).

8 — Bundesgesetz über die Führung der Berufsbezeichnung „Psychologe" oder „Psychologin" und über die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens (BGBl Nr. 360/1990).

Inhalt des Berufes des Psychologen [9] sowie die Bedingungen für seine Ausübung [10] fest.

III — Sachverhalt

8. Die Parteien des Ausgangsverfahrens, der Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse (im folgenden: Angestelltenbetriebsrat) und die Wiener Gebietskrankenkasse (im folgenden: Krankenkasse) streiten über die Höhe des Gehalts für promovierte Psychologen, die bei der Krankenkasse als Psychotherapeuten arbeiten.

9. Wie sich aus den Erklärungen der Wiener Gebietskrankenkasse, der Berufungsbeklagten des Ausgangsverfahrens, ergibt, ist diese einer der 28 österreichischen Sozialversicherungsträger. Zur Erfüllung ihrer Aufgabe, die in der Durchführung der gesetzlichen Krankenversicherung der unselbständig in einem privaten Dienstverhältnis beschäftigten Dienstnehmer im Bundesland Wien besteht, betreibt die Krankenkasse u. a. auch mehrere Ambulatorien. In mehreren dieser Ambulatorien wird Psychotherapie als direkte Leistung an die Versicherten durch Dienstnehmer, die bei der Krankenkasse beschäftigt sind, erbracht. Solche Ambulatorien werden auch von anderen Sozialversicherungsträgern betrieben.

10. Die Krankenkasse beschäftigt drei Arten von Psychotherapeuten: a) diplomierte Ärzte, die ihre allgemeine Fachausbildung abgeschlossen haben, die offensichtlich umfassender ist als die Ausbildung in der Psychotherapie, b) diplomierte Psychologen, die zur Ausübung einer selbständigen Berufstätigkeit als Psychologe berechtigt sind (Gesundheitspsychologen und klinische Psychologen) und offensichtlich ebenfalls die Voraussetzungen für die Berufsberechtigung des Psychotherapeuten nach dem Psychotherapiegesetz erfüllen, und c) Psychotherapeuten, die weder Ärzte noch Psychologen sind, sondern eine Ausbildung nach dem Psychotherapiegesetz erlangt haben. In der Praxis schließt die Krankenkasse offensichtlich mit den vorgenannten Gruppen von Arbeitnehmern unterschiedliche Dienstverträge nach Maßgabe ihrer „zusätzlichen Ausbildung" ab, obwohl alle, wie sich aus dem Vorlagebeschluß ergibt, dieselbe psychotherapeutische Tätigkeit ausüben.

11. Der Angestelltenbetriebsrat, Berufungskläger des Ausgangsverfahrens, klagte beim Arbeits- und Sozialgericht Wien auf Feststellung, daß auf Dienstverhältnisse zwischen der Krankenkasse und bei ihr bereits am 1. Dezember 1994 beschäftigten Psychotherapeuten, die ein Psychologiestudium mit Doktorat abgeschlossen hätten, die DO. B Anwendung finde und die Betroffenen in der

9 — Die Ausübung des psychologischen Berufes im Bereich des Gesundheitswesens umfaßt die — durch den Erwerb fachlicher Kompetenz im Sinne dieses Bundesgesetzes erlernte — Untersuchung, Auslegung, Änderung und Vorhersage des Erlebens und Verhaltens von Menschen unter Anwendung wissenschaftlich-psychologischer Erkenntnisse und Methoden (§ 3).

10 — Der für den diplomierten Psychologen nach dem Studium vorausgesetzte Erwerb theoretisch-fachlicher Kompetenz umfaßt eine Gesamtdauer von 160 Stunden, der Erwerb der praktisch-fachlichen Kompetenz eine Ausbildung von 1 480 Stunden und eine weitere praktische Ausbildung von 120 Stunden.

Verwendungsstufe B III einzustufen und dieser entsprechend zu bezahlen seien. Die betreffenden Psychotherapeuten übten nämlich zum einen im wesentlichen eine gleiche Tätigkeit wie die als Psychotherapeuten beschäftigten Ärzte aus, die von der Beklagten auch genauso verrechnet werde, und zum anderen seien von der — sachlich nicht gerechtfertigten — schlechteren Entlohnung der Psychotherapeuten mit Psychologiestudium vorrangig Frauen betroffen.

12. Die beklagte Krankenkasse beantragte Klageabweisung und wendete im wesentlichen ein, die unterschiedliche Einstufung der beiden Gruppen ergebe sich aus ihrer unterschiedlichen Ausbildung und Qualifikation, die in der Psychotherapie tätigen promovierten Psychologen würden — abgesehen von den Ärzten — ohnehin besser bezahlt als alle anderen Akademiker, die keine Leitungsfunktionen innehätten, und die vom Kläger geforderte Einstufung würde letztlich ihre Gleichstellung mit Fachärzten bedeuten. Die betroffenen Psychologen seien gegenüber den in der Psychotherapie eingesetzten Ärzten weder in der Minderheit, noch seien sie Angehörige eines typischen Frauenberufs. Daß im Betrieb der Beklagten derzeit mehr weibliche als männliche Psychologen in der Psychotherapie tätig seien, beruhe auf einem reinen Zufall; in den Ambulatorien der Beklagten seien insgesamt mehr Frauen als Ärzte beschäftigt.

13. Das erstinstanzliche Gericht wies die Klage mit der Begründung ab, das Gleichbehandlungsgesetz 1979 regele nicht allfällige Differenzierungen innerhalb von Berufsgruppen, sondern lediglich die Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben. Die beklagte Krankenkasse nehme bei der Aufnahme von Ärzten und Psychologen keine geschlechtsspezifische Diskriminierung vor, das Mißverhältnis zwischen männlichen und weiblichen Psychologen sei bloßer Zufall, und eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bzw. des Artikels 119 EG-Vertrag und der auf diesem beruhenden Gemeinschaftsrichtlinien sei demnach nicht gegeben. Die unterschiedliche Behandlung von als Psychotherapeuten tätigen Ärzten und promovierten Psychologen entspreche jedenfalls den Pflichten der erstgenannten, da die als Fachärzte eingestellten Ärzte in Notfällen dazu verpflichtet seien, auch andere ärztliche Tätigkeiten vorzunehmen, wozu promovierte Psychologen weder in der Lage noch berechtigt wären.

14. Der Betriebsrat legte gegen das erstinstanzliche Urteil Berufung beim Oberlandesgericht Wien ein; dieses stellte fest, zwischen den Parteien sei folgendes unstreitig:

— Bei der Krankenkasse sind insgesamt 248 Ärzte beschäftigt, davon 135 Frauen;

— im „Ambulatorium Mariahilf" sind 6 Psychologen, darunter 5 Frauen, und 6 Ärzte, darunter 1 Frau, als Psychotherapeuten beschäftigt;

— von den insgesamt 34 Arbeitnehmern, die als Psychotherapeuten bei Sozialversicherungsträgern beschäftigt sind, sind 10 Ärzte und 24 diplomierte Psychologen. Von den 24 als Psychotherapeuten arbeitenden diplomierten Psychologen sind 18 Frauen, während bei den als Psychotherapeuten arbeitenden Ärzten nur 2 Frauen sind;

— in Österreich waren am 9. April 1996 als Psychotherapeuten ausgebildete Psychologen 1 425 Männer und 2 338 Frauen in die Berufsliste eingetragen [11].

11 — Nach den Erklärungen der Krankenkasse sind bei den 28 Sozialversicherungsträgern und dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger insgesamt 29 633 Dienstnehmer beschäftigt, davon 18 634 (62,88 %) Frauen. Bei den österreichischen Sozialversicherungsträgern und dem Hauptverband sind insgesamt 1 932 Ärzte beschäftigt. 536 Ärzte sind in Ambulatorien beschäftigt, davon sind 260 (48,51 %) Frauen. Insgesamt sind bei den österreichischen Sozialversicherungsträgern und beim Hauptverband 50 Psychologen beschäftigt. 14 Psychologen sind in Ambulatorien beschäftigt, davon sind 13 (92,86 %) Frauen. In der mündlichen Verhandlung hat die Krankenkasse schließlich, von den übrigen Verfahrensbeteiligten unwidersprochen, vorgetragen, 50 % oder 51 % der bei den Sozialversicherungsträgern beschäftigten Ärzte seien Frauen.

IV — Die Vorabentscheidungsfragen

15. Da das Oberlandesgericht Wien der Auffassung war, daß die Entscheidung des Rechtsstreits die Auslegung bestimmter Gemeinschaftsvorschriften erfordere, hat es dem Gerichtshof mit Beschluß vom 5. Mai 1997 folgende Fragen vorgelegt:

1. Liegt eine „gleiche Arbeit" oder ein „gleicher Arbeitsplatz" im Sinne des Artikels 119 des EG-Vertrages oder der Richtlinie 75/117/EWG auch dann vor, wenn die gleiche Tätigkeit über einen erheblichen Zeitraum (mehrere Entgeltzahlungsperioden) von Arbeitnehmern mit unterschiedlicher Berufsberechtigung ausgeübt wird?

2. Ist es für die Beurteilung des Vorliegens einer Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 des EG-Vertrages bzw. der Richtlinie 75/117/EWG auch maßgeblich, ob

a) die Festsetzung des Entgeltes nur durch die Parteien des Arbeitsvertrages erfolgt, bzw. es ihnen überlassen bleibt, ob sie kollektivvertragliche Regelungen in diesen übernehmen,

b) durch generelle Regelungen (Kollektivverträge) zwingende Mindestentgelte für sämtliche Arbeitnehmer eines Bereiches festgelegt werden oder

c) die Entgelte zwingend und abschließend durch Kollektivverträge geregelt werden?

3. Ist für die Bildung der Vergleichsgruppen zur Feststellung einer allfälligen diskriminierenden Wirkung einer Maßnahme dann, wenn ein Kollektivvertrag mit einer abschließenden Regelung über das Entgelt dieses für eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit nach Berufsberechtigungen unterschiedlich festlegt, abzustellen auf die

a) konkret im Betrieb des Arbeitgebers beschäftigten Arbeitnehmer,

b) die im Anwendungsbereich des Kollektivvertrages beschäftigten Arbeitnehmer oder

c) die insgesamt Berufsberechtigten?

4. Ist in einem solchen Fall (Frage 2 und 3) auf das Verhältnis der Anzahl der Männer und der Frauen nur in der benachteiligten Gruppe oder in beiden Gruppen abzustellen?

5. Ist dann, wenn die konkret herangezogene, idente Tätigkeit beider Berufsgruppen nur eine Teiltätigkeit der von der Berufsberechtigung umfaßten Tätigkeiten darstellt, abzustellen auf

a) sämtliche mit dieser Art der Berufsberechtigung in dem relevanten Bezugsrahmen (Betrieb, Kollektivvertrag — siehe Frage 3) Beschäftigen (alle Fachärzte und alle Psychologen),

b) sämtliche konkret für diese Tätigkeit geeigneten (Fachärzte für Psychiatrie ...), oder

c) nur auf jene, die diese konkret übereinstimmende Tätigkeit ausüben?

6. Ist ein unterschiedlicher Ausbildungsweg bei gleicher Verwendung im Betrieb als rechtfertigendes Kriterium für eine benachteiligende Entlohnung anzusehen? Ist eine umfassendere Berufsberechtigung, ohne Rücksicht auf die konkrete Verwendung im Betrieb, als sachliches Kriterium für eine unterschiedliche Entlohnung anzusehen?

Ist also entscheidend, ob

a) die besser entlohnte Arbeitnehmergruppe im Betrieb auch für andere Arbeiten herangezogen werden kann oder

b) ist dafür der konkrete Nachweis des anderen Einsatzes erforderlich?

Ist dabei zu berücksichtigen, daß nach den einschlägigen kollektivvertraglichen Regelungen auch ein Kündigungsschutz vorgesehen ist?

7. Ergibt sich aus Artikel 222 des EG-Vertrages oder der analogen Anwendung von Artikel 174 des EG-Vertrages, daß ein hier allenfalls aus Artikel 119 des EG-Vertrages oder der Richtlinie 75/117/EWG ableitbarer Anspruch auf Entlohnung nach einem anderen Kollektivvertrag (bei gleichen Kollektivvertragsparteien) erst ab dem Zeitpunkt der Feststellung durch den EuGH besteht?

V — Antwort auf die Vorabentscheidungsfragen

A — *Vorbemerkungen*

16. Wie sich aus dem Vorlagebeschluß und den Erklärungen der Beteiligten ergibt, ist die Krankenkasse eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Der Umstand, daß nicht feststeht, ob das Beschäftigungsverhältnis der Ärzte und Psychologen, die bei der Krankenkasse als Psychotherapeuten beschäftigt sind, dem privaten oder dem öffentlichen Recht unterliegt, hat auf die Anwendbarkeit des in Artikel 119 EG-Vertrag aufgestellten Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer keinen Einfluß [12].

12 — Der Gerichtshof hat im übrigen festgestellt, daß dieser Grundsatz auch für den öffentlichen Dienst gilt, vgl. Urteil vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-1/95 (Gerster, Slg. 1997, I-5253, Randnrn. 18 f.).

17. Unstreitig ist ferner, daß es tatsächlich einen Unterschied im Entgelt für Ärzte und Psychologen, die bei der Krankenkasse als Psychotherapeuten beschäftigt sind, gibt und daß dieser Unterschied durchaus spürbar ist. Wenn der gerügte Unterschied lediglich scheinbar vorliegen würde, wäre die Prüfung des Falles an dieser Stelle beendet und es wären weder die statistischen Angaben zu den einzelnen Gruppen noch die Frage zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf das Entgelt sachlich gerechtfertigt werden könnte [13].

18. Ferner steht fest, daß dann, wenn im vorliegenden Fall eine geschlechtsbedingte Diskriminierung im Hinblick auf das Entgelt vorliegt, diese Diskriminierung nur mittelbar sein kann, da die für die Dienstverhältnisse der beiden Gruppen von Arbeitnehmern, d. h. der Ärzte und der als Psychotherapeuten tätigen Psychologen, geltenden Dienstordnungen neutral formuliert sind und keine Unterscheidungskriterien im Hinblick aus das Entgelt enthalten, die auf dem Geschlecht beruhen [14]. Geht man also davon aus, daß sich die Frage der Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes nach Artikel 119 EG-Vertrag stellt, so hat das nationale Gericht die Grundsätze der Rechtsprechung des Gerichtshofes betreffend die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf das Entgelt anzuwenden [15].

19. Schließlich scheinen mir einige der tatsächlichen Fragen des vorliegenden Falles einer umfassenderen Klärung zu bedürfen. So ist es im Zusammenhang mit der Prüfung des dienstrechtlichen Verhältnisses der beiden Gruppen von Arbeitnehmern unerläßlich, zu klären, welches der genaue Inhalt des Dienstverhältnisses einer jeden Gruppe ist, anhand welcher Kriterien die Ärzte, die als Psychotherapeuten arbeiten, ausgewählt werden, wie diese Auswahl mit ihrer etwaigen Fachausbildung verknüpft ist, und ob sie nach dieser Auswahl nur als Psychotherapeuten oder daneben auch auf anderen Stellen beschäftigt werden. Wie das erstinstanzliche Gericht im Ausgangsverfahren ausgeführt hat, sind auch Fragen und Klärungen im Hinblick darauf angebracht, aus welchem Grund ein Organ, das die Interessen aller Arbeitnehmer vertritt (der Betriebsrat), gegen einen Vertrag vorgeht, der von anderen Organen abgeschlossen wurde, die die Interessen der Prozeßparteien vertreten.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß diese erforderlichen Klärungen hauptsächlich dem nationalen Gericht obliegen, das die innerstaatlichen Verhältnisse besser kennt. Im übrigen sind die dem Gerichtshof vorgelegten Fragen allgemeiner Art und können beantwortet werden, ohne daß die soeben erwähnten tatsächlichen Fragen geklärt werden, die in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts fallen [16].

13 — Vgl. 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, I-5727, Randnrn. 23, 30 und 32).

14 — Zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung vgl. das in Fußnote 12 angeführte Urteil Gerster, Randnr. 30, sowie die in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. 1998, L 14, S. 6) hierzu enthaltene Definition.

15 — Zu diesen Grundsätzen vgl. meine Schlußanträge vom 14. Juli 1998 in der Rechtssache C-167/97 (Regina/Secretary of State for Employment, ex parte: Nicole Seymour-Smith und Laura Perez, Nrn. 117 ff.).

16 — Vgl. Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 10).

B — *Zur ersten Frage*

20. Die erste Frage des Oberlandesgerichts Wien geht dahin, ob die Ausübung ein und derselben Tätigkeit ohne weiteres eine „gleiche Arbeit" im Sinne des Artikels 119 Absatz 1 EG-Vertrag oder einen „gleichen Arbeitsplatz" im Sinne des Artikels 119 Absatz 3 Buchstabe b EG-Vertrag auch dann darstellt, wenn sie aufgrund einer Berufsberechtigung ausgeübt wird, die auf einer unterschiedlichen Berufsausbildung beruht, und wenn eine Gruppe der Arbeitnehmer aufgrund der erforderlichen Berufsberechtigung auch befugt ist, andere, weitergehende Tätigkeiten auszuüben.

21. Entgegen der anfänglichen Unterschätzung der Bedeutung des Begriffes [17] ist das Vorliegen einer „gleichen Arbeit" im Sinne des Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag von elementarer Bedeutung für die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für weibliche und männliche Arbeitnehmer [18]. Nach dem Grundsatz der relativen Gleichheit liegt eine gegen den Gleichheitssatz verstoßende Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf vergleichbare Situationen angewandt werden oder dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird [19]. Der Grundsatz des gleichen Entgelts, der eine besondere Ausprägung des Diskriminierungsverbots darstellt, setzt voraus, daß die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, für die er gilt, sich in derselben Lage [20] oder zumindest in einer vergleichbaren Situation [21] befinden. Selbstverständlich ist die Ausübung einer „gleichen Arbeit" elementare Voraussetzung sowohl für die Feststellung, daß zwei Personengruppen von Arbeitnehmern vergleichbar sind und daß bei ihnen die gleichen Bedingungen vorliegen [22], als auch für das Vorliegen einer Ungleichbehandlung dieser Gruppen aufgrund des Geschlechts [23]. Aus diesem Grund ist der Nachweis der Ausübung einer „gleichen Arbeit" entsprechend dem Grundsatz actori incumbit probatio ein wesentlicher Teil der demjenigen, der eine solche Ungleichbehandlung geltend macht, obliegenden Beweislast [24].

22. Dem semantischen Inhalt des Begriffes „gleiche Arbeit" im Sinne von Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag ist die „Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird", im Sinne von

17 — So führt Generalanwalt Trabucchi (in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache 43/75, Defrenne, in der das Urteil am 8. April 1976 erging [Slg. 1976, 455, 486]), aus: „Was ... die Definition des Begriffs ‚gleiche Arbeit' anbelangt, der im übrigen schon in Artikel 119 Absatz 3 teilweise erläutert ist ..., so sollte man seine Bedeutung für die Anwendung des Artikels, um den es hier geht, nicht übertreiben. Es ist zu Recht bemerkt worden, daß Artikel 119 ‚nicht die Feststellung ermöglichen will, wann Männer und Frauen die gleiche Arbeit verrichten, daß er vielmehr nur verhindern will, daß bei der Festsetzung des Entgelts das Geschlecht des Arbeitnehmers in irgendeiner Weise berücksichtigt wird. Ob es sich um die gleiche oder um eine andere Arbeit handelt, ist Tatfrage, die in jedem konkreten Fall mit Bezug auf die dem einen wie dem anderen Arbeitnehmer zugewiesenen Aufgaben geklärt werden muß; a priori läßt sich dies nicht feststellen, ebensowenig wie man a priori die Gleichheit der Arbeit zweier Personen feststellen kann, die das gleiche Entgelt erhalten' (Levi Sandri in *EWG-Kommentar*, Band II, S. 956)."

18 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der in Fußnote 16 erwähnten Rechtssache Enderby (Randnr. 5).

19 — Vgl. Urteile vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93 (Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30), vom 13. Februar 1996 in der Rechtssache C-342/93 (Gillespie u. a., Slg. 1996, I-475, Randnr. 16) und vom 2. Oktober 1997 in der Rechtssache C-100/95 (Kording, Slg. 1997, I-5289, Randnr. 14).

20 — Vgl. Urteil vom 9. November 1993 in der Rechtssache C-132/92 (Roberts, Slg. 1993, I-5579, Randnr. 17). So wie dieses Urteil formuliert ist, könnte es bedeuten, daß die strikte Voraussetzung besteht, daß es sich um dieselbe Arbeit handelt. Diese Formulierung steht nicht im Einklang mit dem allgemeinen Geist der Rechtsprechung des Gerichtshofes. Siehe insbesondere die folgenden Nrn. 22 und 23 meiner Schlußanträge.

21 — Vgl. Urteil vom 31. Mai 1995 in der Rechtssache C-400/93 (Royal Copenhagen, Slg. 1995, I-1275, Randnr. 33).

22 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der Rechtssache 109/88 (Danfoss, Slg. 1989, 3199, Nr. 40) und das erwähnte Urteil Royal Copenhagen (Randnrn. 32 f.).

23 — Vgl. das in Fußnote 21 erwähnte Urteil Royal Copenhagen (Randnr. 40).

24 — Vgl. das in Fußnote 16 angeführte Urteil Enderby (Randnrn. 13 bis 19) und die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in dieser Rechtssache (Nrn. 15 bis 39) sowie seine Schlußanträge in der in Fußnote 20 erwähnten Rechtssache Roberts (Nrn. 12 ff.).

Artikel 1 der Richtlinie 75/117 hinzuzufügen [25]. Der Begriff „gleichwertige Arbeit" ist weiter als die Begriffe „gleiche Arbeit" oder „dieselbe Arbeit", so daß es sich nicht um eine gleiche oder auch nur gleichartige Arbeit handeln muß. Ein Vergleich ist auch zwischen verschiedenartigen Arbeiten möglich, wenn festgestellt wird, daß sie gleichwertig sind, etwa bei Arbeiten, die nicht von beiden Geschlechtern ausgeführt werden.

23. Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, „daß Artikel 1 der Richtlinie 75/117 des Rates, der im wesentlichen die konkrete Anwendung des in Artikel 119 des Vertrages genannten Grundsatzes des gleichen Entgelts erleichtern soll, in keiner Weise den Inhalt oder die Tragweite dieses Grundsatzes, so wie er in dieser letztgenannten Vorschrift definiert ist, berührt" [26]. Der Gerichtshof vertrat mit anderen Worten die Auffassung, daß die Bedeutung des Begriffes „gleichwertige Arbeit" im vorstehend angeführten Sinn im Begriff „gleiche Arbeit" des Artikels 119 EG-Vertrag enthalten war und ist. Die durch die Richtlinie 75/117 vorgenommene Auslegung dieses Artikels hat lediglich die Notwendigkeit bestätigt, den Begriff „gleiche Arbeit" weit auszulegen [27].

24. Selbst wenn der Begriff „gleichwertige Arbeit" grundsätzlich weiter ist als der Begriff „gleiche Arbeit" und der grundlegende Unterschied zwischen ihnen zutage tritt, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, die ihrem Gegenstand nach nicht gleich sind, aber den gleichen Wert haben, muß eingeräumt werden, daß sich auch die umgekehrte Situation ergeben kann: Es ist logisch möglich, daß die gleiche Arbeit unterschiedlichen Wert hat. Dies kann sich ergeben, wenn man den Begriff der „gleichen Arbeit" als Ausübung der „gleichen Tätigkeit" versteht. Dann ist es möglich, daß zwei Arbeitnehmer dieselbe Tätigkeit ausüben, die geleistete Arbeit jedoch unterschiedlichen Wert hat, entweder weil sie unter unterschiedlichen Bedingungen ausgeführt wird, oder weil die Arbeitnehmer unterschiedliche Erfahrungen oder Fähigkeiten haben [28]. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, daß der Begriff des Wertes der Arbeit sich nicht nur auf den wirtschaftlichen Wert der geleisteten Arbeit beziehen darf, sondern auch deren qualitativen Wert erfassen muß. Selbst wenn in den meisten Fällen der wirtschaftliche und der qualitative Wert einander entsprechen, ist es in manchen Fällen möglich, daß der Preis für eine Arbeit unterschiedlicher Qualität aus Zweckmäßigkeitsgründen, z. B. aus sozialpolitischen Gründen, in derselben Höhe festgesetzt wird.

25. Wann liegt jedoch eine „gleiche" oder „gleichwertige Arbeit" im Sinne von Artikel 119 Absatz 1 EG-Vertrag vor?

25 — Die Richtlinie 75/117 sollte die in Artikel 119 enthaltene Lücke im Hinblick auf Artikel 2 Absatz 1 des Übereinkommens Nr. 100 der Internationalen Arbeitsorganisation (1951) und auf Artikel 4 Nummer 3 der Europäischen Sozialcharta (Turin, 18. Oktober 1961) füllen, die den Grundsatz des gleichen Entgelts für eine gleichwertige Arbeit aufstellten.

26 — Vgl. 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).

27 — Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Capotorti in der Rechtssache 129/79 (Macarthys, Slg. 1980, 1275, 1291), denen zufolge der Begriff „gleiche Arbeit" in Artikel 119 zwei Tätigkeiten umfassen muß, die einander in hohem Grad ähnlich sind, auch wenn sie sich nicht völlig entsprechen (Nr. 4, insbesondere S. 1296). Seit dem Vertrag von Amsterdam (Artikel 1 Nr. 22) führt Artikel 119 EG-Vertrag jedenfalls nunmehr ausdrücklich beide Begriffe auf: „(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher."

28 — Der Unterschied hinsichtlich der Fähigkeiten kann so groß sein, daß sich hieraus ein völlig unterschiedlicher Arbeitsplatz oder eine völlig unterschiedliche Arbeit ergibt. Vgl. hierzu Nr. 33 dieser Schlußanträge.

26. Artikel 119 Absatz 3 nimmt eine Definition des in Absatz 1 verwendeten Begriffes „gleiche Arbeit" vor, wobei er zwischen nach Akkord bezahlter Arbeit (Buchstabe a) und nach Zeit bezahlter Arbeit (Buchstabe b) unterscheidet [29]. Im ersten Fall greift der Vertrag den Begriff „gleiche Arbeit" auf, wie er sich in Artikel 119 Absatz 1 findet. In diesem Fall ist die Verwendung dieses Begriffes jedoch durch die Natur der Akkordarbeit beeinflußt, bei der der Arbeitnehmer ganz oder teilweise nach Maßgabe seines Arbeitsergebnisses bezahlt wird [30]. Dagegen ist im Fall der nach Zeit bezahlten Arbeit das für den Vergleich der geleisteten Arbeit verwendete Kriterium nach Artikel 119 Absatz 1 Buchstabe b der „Arbeitsplatz" und nicht die individuelle Leistung.

Der Begriff „gleicher Arbeitsplatz" stellt somit eine spezielle Ausprägung des in Artikel 119 Absatz 1 verwendeten Begriffes „gleiche Arbeit" im Zusammenhang mit der nach Zeit bezahlten Arbeit dar und könnte in jedem Einzelfall aufgrund einer objektiven, formalen Einstufung der Stellen entweder auf der Ebene eines Dienstes oder eines Unternehmens oder auf der Ebene einer Gruppe von Diensten oder Unternehmen bestimmt werden. In diesem Fall muß der Begriff „gleiche Arbeit" somit anhand von objektiven Kriterien bestimmt werden und kann nicht auf die finanzielle Gleichwertigkeit der fraglichen Arbeitsergebnisse gestützt werden. Die Mehrzahl dieser Kriterien ergibt sich aus der Einstufung der Arbeitsplätze in der öffentlichen Verwaltung und betrifft insbesondere die Bedingungen und die Umstände der Ausübung der einzelnen Arbeiten, den Tätigkeitsbereich, zu dem sie gehören [31], deren rechtlichen Rahmen [32], ihr hierarchisches Niveau, ihre Dauer, die erforderlichen Eigenschaften, die Kenntnisse und die Ausbildung der Arbeitnehmer ganz allgemein sowie ihr Dienstalter u. a. [33].

Die systematische Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag würde also zu folgenden Ergebnissen führen müssen: Der Begriff „gleiche Arbeit" in Artikel 119 Absatz 1 bezieht sich auf jede Art von Arbeit und erfaßt die Natur und den Gegenstand der verglichenen Dienstposten oder Tätigkeiten. Derselbe Begriff, wie er in Artikel 119 Absatz 3 Buchstabe a verwendet wird, betrifft die Ausübung von Akkordarbeit und bezieht sich im wesentlichen auf einen Vergleich des individuellen Arbeitsergebnisses. Dagegen betrifft der Begriff „gleicher Arbeitsplatz" in Artikel 119 Absatz 3 Buchstabe b eine nach Zeit bezahlte Arbeit und bezieht sich auf die förmlichen Aspekte der geleisteten Arbeit, d. h. die Bedingungen und die Umstände der Ausübung dieser Arbeit. Aus den vorgenannten Erwägungen ergibt sich, daß eine „gleiche Arbeit" im Sinne einer gleichen Tätigkeit vorliegen kann, ohne daß ein „gleicher Arbeitsplatz" vorliegt, sofern diese gleiche Tätigkeit nicht unter denselben Bedingungen und Umständen

29 — Die Folgen dieser Unterscheidung, die der Gerichtshof noch nicht näher geprüft hat, sind unter Berücksichtigung des Umstandes zu beurteilen, daß es auch Mischsysteme gibt. Siehe auch das Urteil Royal Copenhagen (zitiert in Fußnote 21), das sich mit dieser Unterscheidung befaßt.

30 — Sein Entgelt kann einen festen Anteil enthalten, doch ist der wesentliche Teil seines Entgelts variabel und wird pro hergestelltem Gegenstand gezahlt. Das Entgelt des Arbeitnehmers hängt zumindest teilweise von seinem Arbeitsergebnis ab, das völlig individuell gemessen wird (vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Léger in der in Fußnote 21 erwähnten Rechtssache Royal Copenhagen, Nr. 60). Bei Akkordarbeit besteht der Vergleich der geleisteten Arbeit somit aus einem Vergleich der individuellen Produktivität des einzelnen Arbeitnehmers.

31 — Siehe unten, Nr. 55 dieser Schlußanträge betreffend die Bedeutung des Tätigkeitszweigs für die Frage, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt.

32 — Siehe unten, Nr. 54 ff. dieser Schlußanträge betreffend die zweite Frage, in der es um die Bedeutung tarifvertraglicher Vorschriften für die Feststellung geht, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt.

33 — Siehe zum Vergleich von Führungsposten die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der — in Fußnote 16 zitierten — Rechtssache Enderby (Nr. 10).

oder von Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Fähigkeiten erbracht wird.

27. Die Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag in Verbindung mit der Richtlinie 75/117 führt somit zu folgenden Ergebnissen: Entsprechend den Wortpaaren „gleiche Arbeit" und „gleicher Arbeitsplatz" gibt es neben dem Begriff „gleichwertige Arbeit" auch denjenigen des „gleichwertigen Arbeitsplatzes". Dies bedeutet, daß es auch zwei unterschiedliche Arbeitsplätze geben kann, die jedoch gleichwertig sind. Entsprechend meinen vorangegangenen Ausführungen [34] ist davon auszugehen, daß es zwei gleiche Arbeiten im Sinne der Ausübung einer gleichen Tätigkeit geben kann, die von Arbeitnehmern ausgeübt werden, die sich auf nicht gleichwertigen Arbeitsplätzen befinden. In diesem Fall wird die — zumindest in qualitativer Hinsicht — gleiche Arbeit dann nicht gleichwertig sein [35].

28. Was die Kriterien für die Beurteilung der Frage angeht, ob eine „gleichwertige — oder a fortiori höherwertige [36] — Arbeit" vorliegt, gibt es in der Rechtsprechung allgemein wenige Fundstellen. Dies liegt im wesentlichen daran, daß der Gerichtshof in den meisten Fällen, in denen er um eine Entscheidung über die Auslegung des Artikels 119 EG-Vertrag ersucht wurde, von dem Grundsatz — der bereits dem nationalen Gericht als Grundlage diente — ausging, daß die Arbeitnehmer eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausübten. Typisches Beispiel hierfür ist das Urteil Enderby [37], das entgegen dem Vorbringen des Betriebsrats als Berufungskläger des Ausgangsverfahrens nicht zu der Frage der Gleichwertigkeit der von Logopäden und Apothekern ausgeübten Arbeit Stellung nahm [38].

29. Aus dem Urteil Macarthys [39], einem der seltenen Urteile, in denen der Gerichtshof unmittelbar zu den Kriterien Stellung nahm, denen sich entnehmen läßt, ob eine „gleiche oder gleichwertige Arbeit" vorliegt, ergibt sich, daß der Begriff „gleiche Arbeit" rein qualitativer Art ist und ausschließlich mit der Art der geleisteten Arbeit zusammenhängt. Einziges Kriterium für das Vorliegen einer „gleichen oder gleichwertigen Arbeit" ist somit die von den Arbeitnehmern ausgeübte Tätigkeit. Wie die deutsche Regierung in der vorliegenden Rechtssache ausgeführt hat, liegt eine „gleiche Arbeit" vor, wenn auf verschie-

34 — Siehe oben, Nr. 24 dieser Schlußanträge.

35 — Siehe oben, Nr. 24 dieser Schlußanträge.

36 — Vgl. Urteil vom 4. Februar 1988 in der Rechtssache 157/86 (Murphy u. a., Slg. 1988, 673). Der Gerichtshof entschied, daß Artikel 119 dahin auszulegen ist, daß er auch den Fall erfaßt, daß ein Arbeitnehmer, der sich auf diese Vorschrift beruft, um das gleiche Entgelt im Sinne dieser Vorschrift zu erhalten, eine höherwertige Arbeit verrichtet als derjenige, der als Vergleichsperson herangezogen wird (Randnr. 12). Die gegenteilige Auslegung würde darauf hinauslaufen, dem Grundsatz des gleichen Entgelts seine praktische Wirksamkeit zu nehmen und ihn auszuhöhlen (Randnr. 10).

37 — Zitiert in Fußnote 16.

38 — Vgl. Urteil Enderby (zitiert in Fußnote 16). Da das vorlegende Gericht den Gerichtshof mit Fragen der Auslegung des Gemeinschaftsrechts befaßt hatte, die nicht offensichtlich ohne Bezug zur Realität oder zum Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits waren, machte er sich die vom vorlegenden Gericht vertretene Annahme zu eigen, daß diese Tätigkeiten gleichwertig seien. Es obliege dem vorlegenden Gericht, nachzuprüfen, ob diese Annahme begründet sei (Randnrn. 10 bis 12). Vgl. auch Urteil Danfoss (zitiert in Fußnote 22). Im Urteil Royal Copenhagen (zitiert in Fußnote 21) ging der Gerichtshof insoweit von der vom vorlegenden Gericht vertretenen Annahme aus, es liege eine gleichwertige Arbeit vor, auch wenn, wie Generalanwalt Léger in seinen Schlußanträgen ausführte (Nrn. 14 bis 17), Zweifel an der Begründetheit dieser Annahme bestehen konnten.

39 — Zitiert in Fußnote 27.

denen Arbeitsplätzen identische oder gleichartige Arbeiten verrichtet werden [40].

30. Der Gerichtshof hat die im Urteil Macarthys vertretene Auffassung in seiner späteren Rechtsprechung offensichtlich nicht wesentlich modifiziert. Das sachliche Kriterium des Gegenstands und der Art der ausgeübten Tätigkeit genügt offensichtlich für die Feststellung, ob zwei Gruppen von Arbeitnehmern eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten [41]. Im übrigen sind die durch Artikel 119 EG-Vertrag eingeführten begrifflichen Unterscheidungen bisher durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes nicht geklärt worden; dieser hat sich im wesentlichen auf die Analyse des Begriffes „gleiche Arbeit" im Sinne des Artikels 119 Absatz 1 beschränkt [42] und scheint nicht auf einer systematischen Analyse des semantischen Unterschieds zwischen den Begriffen „gleiche Arbeit" und „gleicher Arbeitsplatz" zu bestehen [43]. Insbesondere die

40 — Vgl. Urteil Macarthys (zitiert in Fußnote 27, Randnr. 11). Der Gerichtshof prüfte die Frage des zeitlichen Abstands zwischen den erbrachten Arbeitsleistungen und gelangte zu dem Ergebnis, daß der Umstand, daß die verglichenen Arbeitsleistungen zu unterschiedlichen Zeiten erbracht wurden, im Zusammenhang mit Diskriminierungen, für die Artikel 119 EG-Vertrag unmittelbar gilt, grundsätzlich ohne Bedeutung ist (Randnr. 12). Allerdings läßt sich nicht ausschließen, daß eine unterschiedliche Entlohnung von Arbeitnehmern, die den gleichen Arbeitsplatz zu verschiedenen Zeiten innehaben, mit Umständen erklärt werden kann, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, etwa wenn sich in der Zwischenzeit die wirtschaftlichen Bedingungen geändert haben oder eine rigidere Lohnpolitik eingeführt worden ist. Dies ist eine Tatsachenfrage, die vom nationalen Gericht zu beurteilen ist. Im Zusammenhang mit der Frage des räumlichen Abstands zwischen den verglichenen Arbeitsplätzen entschied der Gerichtshof im selben Urteil, daß die Arbeit eines männlichen Arbeitnehmers und diejenige eines weiblichen Arbeitnehmers nicht in einem ganz allgemeinen Rahmen unter Berücksichtigung eines Tätigkeitsbereichs insgesamt verglichen werden kann, sondern daß dieser Vergleich innerhalb des beschränkten Rahmens ein und desselben Unternehmens erfolgen muß, das dem Arbeitgeber untersteht, gegen den der Anspruch erhoben wird. Dieser Vergleich muß ferner auf der Grundlage der spezifischen Merkmale der fraglichen Arbeitsplätze erfolgen, wie sie sich aus den tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen ergeben (vgl. Urteil Macarthys, zitiert in Fußnote 27, Randnrn. 10, 14, 15 und 16). In bezug auf die Frage des räumlichen Abstands zwischen den verglichenen Arbeitsplätzen hat das Urteil Macarthys (ebenso wie das Urteil vom 11. März 1981 in der Rechtssache 69/80, Worringham und Humphreys, Slg. 1981, 767; siehe auch die Schlußanträge des Generalanwalts Warner, der zum entgegengesetzten Ergebnis kam) unter dem Einfluß der mit dem Urteil Defrenne (zitiert in Fußnote 17) eingeleiteten Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung des Artikels 119 keine besondere Bedeutung mehr. Nach dieser Rechtsprechung hat Artikel 119 unmittelbare Geltung im Falle „unmittelbarer, offener Diskriminierungen", die sich schon anhand der in diesem Artikel verwendeten Merkmale „gleiches Entgelt" und „gleiche Arbeit" allein feststellen lassen, ohne daß Gemeinschafts- oder nationale Vorschriften erforderlich wären, die diese Kriterien näher bestimmen würden. Entsprechend dieser Rechtsprechung, die die unmittelbare Geltung des Artikels 119 auf unmittelbare Diskriminierungen begrenzte, war der Gerichtshof nicht bereit, das Vorliegen einer Diskriminierung auf der Grundlage eines ganze Industriezweige erfassenden Vergleichs festzustellen, da es sich seiner Auffassung nach um mittelbare Diskriminierungen handelte. Aus diesem Grund hielt er auch die Durchführung eines Vergleichs am Beispiel eines „hypothetischen männlichen Arbeitnehmers" für unzulässig (Urteil Macarthys, zitiert in Fußnote 27, Randnrn. 14 f.). Das Zögern des Gerichtshofes, die unmittelbare Geltung des Artikels 119 auf mittelbare Diskriminierungen auszudehnen, ist jedoch nicht mehr aktuell. Der Gerichtshof läßt es nunmehr zu, daß das nationale Gericht das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung feststellt. Auf der Grundlage des Artikels 1 Absatz 2 der Richtlinie 75/117 ist es ferner auch nicht ausgeschlossen, daß die räumlichen Grenzen, innerhalb deren der Vergleich der Arbeitsleistungen zu erfolgen hat, ausgedehnt werden, wenn festgestellt wird, daß in einem Tätigkeitsbereich auf tarifvertraglicher oder gesetzlicher Grundlage Diskriminierungen erfolgen. Vgl. z. B. die Schlußanträge des Generalanwalts Verloren van Themaat in der Rechtssache 143/83, in der das Urteil am 30. Januar 1985 erging (Kommission/Dänemark, Slg. 1985, 427), das in Fußnote 26 zitierte Urteil Jenkins sowie die Urteile vom 7. Februar 1991 in der Rechtssache C-184/89 (Nimz, Slg. 1991, I-297), vom 13. Juli 1989 in der Rechtssache 171/88 (Rinner-Kühn, Slg. 1989, 2743) und vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591).

41 — Vgl. Urteil vom 1. Juli 1986 in der Rechtssache 237/85 (Rummler, Slg. 1986, 2101). Dieses Urteil bezieht sich im wesentlichen auf die objektiven Kriterien für eine Diskriminierung beim Entgelt. Der Grundsatz des gleichen Entgelts verlangt nach diesem Urteil vor allem die objektive Berücksichtigung der Art der zu verrichtenden Arbeit. Die tatsächlich verrichtete Arbeit muß ihrem Wesen nach entlohnt werden (Randnr. 23). Im Urteil Murphy (zitiert in Fußnote 36) wurde der größere Wert, der der von einer der beiden verglichenen Gruppen von Arbeitnehmern geleisteten Arbeit beigemessen wurde, ebenfalls auf die Art und den Gegenstand dieser Arbeit gestützt.

42 — Vgl. das in Fußnote 27 zitierte Urteil Macarthys, Randnr. 9.

43 — So vertrat Generalanwalt Warner in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Jenkins (zitiert in Fußnote 26) die Auffassung, die Begriffe „gleiche Arbeit" und „gleicher Arbeitsplatz" seien nicht bedeutungsgleich; daraus folgerte er, daß Vollzeitarbeitnehmer und Teilzeitarbeitnehmer, selbst wenn sie die gleiche Arbeit verrichten, nicht den gleichen Arbeitsplatz besetzen. Diese Feststellung stand im Zusammenhang mit der Vorfrage, ob die Voraussetzung des Vorliegens einer gleichen Arbeit erfüllt war, die jeder anderen Frage zwangsläufig vorausgeht, da eine Anwendung von Artikel 119 nicht in Frage gekommen wäre, wenn die von den beiden Gruppen von Arbeitnehmern verrichtete Arbeit nicht als gleiche oder gleichwertige Arbeit hätte angesehen werden können. Der Gerichtshof ging stillschweigend davon aus, daß die Erfüllung dieser Voraussetzung nicht dadurch ausgeschlossen war, daß eine Gruppe von Arbeitnehmern vollzeit- und die andere teilzeitbeschäftigt war. Ihm genügte das Vorliegen einer „gleichen Tätigkeit", und er beschäftigte sich nicht mit der Frage, ob ein „gleicher Arbeitsplatz" vorlag (Randnrn. 10 bis 15).
In der einzigen Rechtssache, in der eine klare Unterscheidung zwischen Akkordarbeit und nach Zeit bezahlter Arbeit vorgenommen und diese Unterscheidung als entscheidend für die Beurteilung der Folgen angesehen wurde, die sich aus dem Vergleich der Durchschnittsentgelte beider Arbeitnehmergruppen ergeben (vgl. das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen, Randnr. 25), nahm der Gerichtshof, obwohl er die Möglichkeit hatte, keine analytische und systematische Auslegung der in Artikel 119 EG-Vertrag enthaltenen Begriffe vor. Bei der Festlegung der Kriterien für den Vergleich der von den beiden Gruppen verrichteten Arbeiten stützte sich der Gerichtshof nicht auf die begriffliche Unterscheidung zwischen „gleicher Arbeit" und „gleichem Arbeitsplatz". Er zog vielmehr kumulativ das sachliche Kriterium der Art der Arbeit und das formale Kriterium der Bedingungen für ihre Ausübung sowie das Kriterium der Ausbildung der Arbeitnehmer heran, das er jedoch, wie sich aus den Urteilsgründen (Randnrn. 32, 33 und 42) ergibt, von den beiden anderen Kriterien unterschied.

organischen und formalen Aspekte der Arbeit, die mit den körperlichen und geistigen Fähigkeiten des Arbeitnehmers sowie mit den Umständen und den Bedingungen der Arbeit im Zusammenhang stehen, werden nur als sachliche Kriterien geprüft, die die etwaige Gewährung eines unterschiedlichen Entgelts für die gleiche Arbeit rechtfertigen [44].

31. Diese Rechtsprechung erklärt sich meines Erachtens nicht nur dadurch, daß der Gerichtshof in Vorabentscheidungssachen häufig daran gebunden ist, wie das nationale Gericht das Vorliegen einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit einschätzt. Der entscheidende Grund für diese Rechtsprechung liegt darin, daß der Gerichtshof die Anwendung der Rechtsprechung über die Beweislastverteilung im Rahmen der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer weitgehend auf die Abgrenzung des Inhalts des Begriffes „gleiche Arbeit" und der Kriterien für die Prüfung, ob eine solche vorliegt, stützt.

Der Gerichtshof hat entschieden, daß die Beweislast für das Vorliegen einer auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung im Hinblick auf das Entgelt grundsätzlich demjenigen obliegt, der sich hierauf beruft, d. h. dem Arbeitnehmer, der sich diskriminiert fühlt. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [45] kann die Beweislast jedoch auf den Arbeitgeber übergehen, wenn dies erforderlich ist, um zu verhindern, daß dem Arbeitnehmer, der Opfer einer offensichtlichen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist, die Möglichkeit einer Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts genommen wird [46]. Im Falle einer offensichtlichen Diskriminierung, d. h. wenn eine Maßnahme in der Praxis sehr viel mehr Personen des einen Geschlechts betrifft, obliegt dann also dem Arbeitgeber (oder dem Mitgliedstaat oder, ganz allgemein, demjenigen, der diese Maßnahme getroffen hat) die Beweislast für das Vorliegen objektiver Gründe zur Rechtfertigung des festgestellten Unterschieds beim Entgelt [47].

Wenn somit die vom Arbeitgeber (oder, allgemein ausgedrückt, demjenigen, der die vorgenommene Unterscheidung objektiv rechtfertigen muß) vorzutragenden objektiven Gründe nicht auf das Geschlecht zurückzuführen sind, sind sie daher, wie sich aus der Rechtsprechung ergibt, der Dienststelle oder

44 — Zum Kriterium der Arbeitszeit (Voll- oder Teilzeit) vgl. z. B. das in Fußnote 26 zitierte Urteil Jenkins. Zum Kriterium der beruflichen Ausbildung, das im vorliegenden Fall von Interesse ist, vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnr. 23).

45 — Vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby (Randnrn. 13 bis 19).

46 — Siehe auch Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 97/80 (zitiert in Fußnote 14).

47 — So entschied der Gerichtshof, daß eine Maßnahme, die zwischen den Arbeitnehmern eine Unterscheidung nach Maßgabe ihrer Arbeitszeit vornimmt, eine erheblich höhere Zahl von Personen des einen oder des anderen Geschlechts trifft, den mit Artikel 119 des Vertrages verfolgten Zielen zuwiderläuft, sofern nicht der Arbeitgeber nachweist, daß sie auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (vgl. Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84, Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 31, sowie die in Fußnote 40 zitierten Urteile Kowalska, Randnr. 16, und Nimz, Randnr. 15). Ferner stellte er fest, daß, wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, dem Arbeitgeber der Nachweis obliegt, 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 (vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss, Randnr. 16). Der Gerichtshof stellte weiter fest, daß, wenn aussagekräftige Statistiken einen merklichen Unterschied im Entgelt zweier gleichwertiger Tätigkeiten erkennen lassen, von denen die eine fast ausschließlich von Frauen und die andere fast ausschließlich von Männern ausgeübt wird, der Arbeitgeber (oder, allgemeiner gesagt, derjenige, der den Unterschied zu rechtfertigen hat) kraft Artikel 119 des Vertrages den Nachweis erbringen muß, daß dieser Unterschied durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben (vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby, Randnr. 19).

dem Unternehmen [48] oder aber den Arbeitsbedingungen [49] bzw. unabweisbaren sozialpolitischen Zielen des Mitgliedstaats, zu deren Erreichung die Differenzierung des Entgelts geeignet und erforderlich ist [50], zuzurechnen. Wenn man jedoch anerkennt, daß die Arbeitsbedingungen — sinnvollerweise — im Rahmen der Vorfrage nach dem Vorliegen einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit zu prüfen sind, so sind die einzigen sachlichen Kriterien, die in einem späteren Stadium die Differenzierung des Entgelts rechtfertigen können, ohne erneut auf Faktoren abzustellen, die bereits im Hinblick auf die Feststellung des Vorliegens einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit geprüft wurden, diejenigen, die entweder mit den Erfordernissen oder Besonderheiten der Dienststelle oder des Betriebs, in dem die Arbeit verrichtet wird [51], oder mit den unabweisbaren sozialpolitischen Zielen des Mitgliedstaats zusammenhängen. Anders ausgedrückt, ein großer Teil der bisher als Ziele, die die Differenzierung des Entgelts der männlichen und weiblichen Arbeitnehmer rechtfertigen und für deren Vorliegen der Arbeitgeber (oder der Mitgliedstaat oder, allgemein ausgedrückt, der Beweispflichtige) die Beweislast trägt, betrachteten Faktoren wird nunmehr bei der Prüfung der Vorfrage, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt, zu analysieren sein — einer Prüfung, in deren Rahmen dem Arbeitnehmer (gewöhnlich dem weiblichen Arbeitnehmer), der die Diskriminierung geltend macht, die Beweislast obliegt. Der Arbeitgeber, der zu Recht das Vorliegen einer Diskriminierung verneint, braucht somit nur zu bestreiten, daß eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt, und sich hierzu auf einen dieser Faktoren zu berufen, ohne nachweisen zu müssen, daß es sich hierbei um einen objektiven Faktor handelt, der mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nichts zu tun hat. Bereits das bloße Vorliegen dieses Faktors führt dazu, daß es sich um eine unterschiedliche Art von Arbeiten handelt und eine gegen den Gleichheitssatz des Artikels 119 des Vertrages verstoßende Diskriminierung somit nicht vorliegt [52]. Natürlich kann sich in diesem Fall erweisen, daß es unmöglich ist, das Vorliegen einer großen Zahl „mittelbarer oder versteckter Diskriminierungen", die auf neutralen, an die Arbeitsbedingungen oder die Fähigkeiten der Arbeitnehmer anknüpfenden Kriterien beruhen, in der Praxis jedoch nur Personen eines Geschlechts betreffen, festzustellen, und daß jedenfalls die Rechtsprechung betreffend die Umkehr der Beweislast und die objektive Rechtfertigung umgestoßen wird.

32. Aufgrund all dessen und in Anbetracht des im Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts Wien dargestellten Sachverhalts kann der Gerichtshof im Zusammenhang mit der ersten Vorabentscheidungsfrage wohl drei verschiedene Auslegungswege wählen.

48 — Vgl. das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka (Randnr. 37).

49 — Vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss bezüglich der Anciennität, der Berufsausbildung, der Flexibilität ganz allgemein und im besonderen hinsichtlich unterschiedlicher Arbeitszeiten und -orte.

50 — Vgl. z. B. das in Fußnote 40 zitierte Urteil Rinner-Kühn (Randnr. 14), das in Fußnote 12 zitierte Urteil Gerster (Randnr. 40) und das Urteil vom 6. Februar 1996 in der Rechtssache C-457/93 (Lewark, Slg. 1996, I-243, Randnr. 36). Als sachliches Kriterium wurde ferner eine Politik zugunsten der wirtschaftlichen Entwicklung und der Schaffung von Arbeitsplätzen anerkannt (Urteil vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91, Kirsammer-Hack, Slg. 1993, I-6185, Randnr. 33). Dagegen wurden Haushaltserwägungen nicht als objektive Kriterien anerkannt (Urteil vom 24. Februar 1994 in der Rechtssache C-343/92, Roks u. a., Slg. 1994, I-571, Randnrn. 35 f.).

51 — Indessen sind selbst diese Kriterien, soweit sie nicht ausschließlich wirtschaftlicher Natur sind und den Rahmen betreffen können, in dem die Arbeit verrichtet wird, funktionelle Kriterien für die Beurteilung der Arbeit, und sie müßten im Rahmen der Vorfrage betreffend das Vorliegen einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit analysiert werden.

52 — Siehe oben, Nr. 21 dieser Schlußanträge.

a) Der erste erlaubt es dem Gerichtshof, an der Macarthys-Rechtsprechung [53] festzuhalten und die Ausübung einer gleichen Tätigkeit als für das Vorliegen einer „gleichen oder gleichwertigen Arbeit" oder eines „gleichen Arbeitsplatzes" auch in dem Fall als ausreichend anzusehen, in dem es sich um eine unterschiedliche Berufsberechtigung handelt, die auf einer unterschiedlichen Berufsausbildung beruht, und in dem eine Gruppe von Arbeitnehmern aufgrund der vorgeschriebenen Berufsberechtigung auch andere, weitergehende Tätigkeiten ausüben darf. Diese Lösung hat den Nachteil, daß der Begriff der gleichen Arbeit auf die Ausübung der gleichen Tätigkeit beschränkt wird, und läßt die semantischen Unterschiede der in Artikel 119 verwendeten Begriffe unberücksichtigt. Indessen hat sie den Vorzug, daß sie die Rechtsprechung über die Umkehr der Beweislast nicht in Frage stellt. Eine Anwendung dieser Lösung auf den Sachverhalt der vorliegenden Rechtssache führt zu der Feststellung, daß Ärzte und Psychologen eine gleiche Arbeit ausüben und einen gleichen Arbeitsplatz besetzen, wenn sie die gleiche Tätigkeit, d. h. die Psychotherapie, auf der Grundlage der nach dem Psychotherapiegesetz vorgeschriebenen Ausbildung und unter Berücksichtigung der nach diesem Gesetz vorgeschriebenen Ausbildungszeiten ausüben. Ein solcher Fall ist, wie die deutsche Regierung und die Kommission ausführen, der Sache nach nicht mehr der ersten, sondern vielmehr der sechsten Frage zuzurechnen.

b) Folgt man dem zweiten Auslegungsweg, so muß in dem Fall, daß zwei Gruppen von Arbeitnehmern dieselbe Tätigkeit ausüben, aber über eine unterschiedliche Berufsausbildung verfügen, gelten, daß diese beiden Gruppen nicht den „gleichen Arbeitsplatz" innehaben, auch wenn sie die „gleiche Arbeit" im Sinne derselben Tätigkeit verrichten. Gleichzeitig führt die unterschiedliche Berufsausbildung zu einer Differenzierung der Arbeitsbedingungen, so daß die von jeder Gruppe verrichtete Arbeit weder wirtschaftlich noch qualitativ gleichwertig ist.

Vom Konzept her ist diese Auslegung folgerichtiger als die erstgenannte. Sie weist jedoch zwei schwerwiegende Nachteile auf. Zum einen sieht sie es als unmöglich an, daß Personen mit unterschiedlicher Berufsausbildung den „gleichen Arbeitsplatz" besetzen können; zum anderen stellt sie, wie bereits ausgeführt, die Anwendung der Rechtsprechung über die Beweislast in Frage. Will man diese Lösung auf den vorliegenden Sachverhalt anwenden, so muß man akzeptieren, daß die Frage der Diskriminierung sich nicht stellt, da die als Psychotherapeuten beschäftigten Ärzte und die als Psychotherapeuten beschäftigten Psychologen nicht die gleiche Ausbildung haben und sich daher nicht in der gleichen Situation im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofes befinden und keine gleichwertige Arbeit ausüben. Folgt der Gerichtshof dieser Auslegung, braucht er auf die folgenden Vorabentscheidungsfragen nicht zu antworten, da die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer, wie ihn Artikel 119 EG-Vertrag vorsieht, dann ausgeschlossen ist.

53 — Urteil zitiert in Fußnote 27.

c) Folgt man dem dritten Auslegungsweg, den ich vorschlagen möchte, ist zu bedenken, daß das Kriterium der Berufsausbildung in zweifacher Hinsicht verwendet werden kann. Es kann als objektives Kriterium zur Rechtfertigung der Differenzierung des Entgelts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verwendet werden, aber auch als Kriterium zum Vergleich der Arbeitsleistungen. Diese Auffassung stimmt im übrigen mit dem Urteil Royal Copenhagen [54] überein, in dem der Gerichtshof auf der Suche nach Kriterien, die einen Vergleich der Situation von zwei Gruppen von Arbeitnehmern zulassen, festgestellt hat, daß die Ausbildung der Arbeitnehmer einen Faktor darstellt, der es ermöglicht, zu prüfen, ob die Arbeitnehmer sich in einer vergleichbaren Situation befinden [55]. Mit dieser Feststellung hat der Gerichtshof im Kern entschieden, daß das Kriterium der Berufsausbildung nicht nur als Kriterium für die objektive Rechtfertigung einer Differenzierung des Entgelts für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verwendet werden kann, wie dies im Urteil Danfoss [56] entschieden worden war, sondern auch als Kriterium für den Vergleich der von zwei Gruppen von Arbeitnehmern geleisteten Arbeit. Das vorgenannte Urteil bestätigt im übrigen ausdrücklich diese Möglichkeit einer doppelten Verwendung aller Kriterien, die eine objektive Rechtfertigung des Unterschieds beim Entgelt zulassen und die auf der Art der Arbeit und den Arbeitsbedingungen beruhen. Konkret hat der Gerichtshof zugelassen, daß das nationale Gericht sich bei der Feststellung, ob die verglichenen Arbeitsleistungen gleichwertig sind oder ob mögliche Unterschiede beim Entgelt objektiver Natur sind und mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts offensichtlich nichts zu tun haben, auf die tatsächlichen Umstände stützt, die diesen Kriterien zugrunde liegen [57].

33. Die Möglichkeit dieser zweifachen Verwendung des Kriteriums der Berufsausbildung hat jedoch nur dann einen Sinn, wenn man davon ausgeht, daß dieses Kriterium im Rahmen dieser beiden Verwendungen nicht denselben Inhalt hat. Die unterschiedliche Ausbildung als objektives Kriterium für die Differenzierung des für eine gleiche oder gleichwertige Arbeit gewährten Entgelts ist nicht identisch mit der unterschiedlichen Berufsausbildung, deren Vorliegen zu der Feststellung führt, daß zwei Gruppen von Arbeitnehmern keine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben.

Im ersten Fall besteht die unterschiedliche Berufsausbildung gewöhnlich darin, daß Diplome oder, allgemeiner, Berufsausbildungen eines unterschiedlichen Niveaus vorliegen. In diesem Fall führen die Diplome von unterschiedlichem Niveau nicht zu einer so starken Differenzierung, daß von einem unterschiedlichen Beruf oder einem unterschiedlichen Arbeitsplatz zu sprechen wäre, sondern sie können eine Differenzierung des für eine gleiche Arbeit gewährten Entgelts rechtfertigen. Es ist ein ähnlicher Fall wie der von zwei Arbeitnehmern, die die gleiche Arbeit

54 — Zitiert in Fußnote 21.

55 — Vgl. das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnrn. 32 f.).

56 — Zitiert in Fußnote 22.

57 — Vgl. das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnr. 42).

ausüben, wobei einem von ihnen jedoch aufgrund seiner Anciennität eine größere Erfahrung und eine größere Fähigkeit zur Bewältigung seiner Arbeit zugesprochen wird. Dieser Umstand rechtfertigt eine entsprechende Erhöhung seines Entgelts, ohne daß dies bedeuten würde, daß der Arbeitnehmer eine andere Arbeit verrichtet [58].

Es ist jedoch möglich, daß das unterschiedliche Niveau der Diplome sehr groß ist oder daß der Ausbildungsunterschied nicht nur einen quantitativen, sondern auch einen qualitativen Aspekt hat, so daß eine unterschiedliche Berufsberechtigung und damit eine Arbeit vorliegt, die weder eine gleiche noch eine gleichwertige Arbeit wie diejenige einer anderen Gruppe von Arbeitnehmern ist, die nicht die gleiche Berufsausbildung aufweisen. In diesem Fall kann die *grundlegend* andere Berufsausbildung, wie sie von der Kommission bezeichnet wird, bedeuten, daß eine Arbeit unterschiedlicher Art oder mit unterschiedlichem Gegenstand verrichtet wird. Es ist ebenfalls denkbar, daß die verschiedenen Gruppen von Arbeitnehmern eine Tätigkeit von gleicher Art und gleichem Gegenstand im Rahmen des gleichen Dienstes oder des gleichen Betriebes ausüben, ohne eine gleiche oder gleichwertige Arbeit zu verrichten oder einen gleichen oder gleichwertigen Arbeitsplatz innezuhaben, da die grundlegend unterschiedliche Berufsausbildung den Wert und die Bedingungen für die Ausübung dieser Arbeit radikal verändern kann.

34. Jedenfalls ist die Frage, ob es sich um einen grundlegenden Unterschied handelt — wie alle Vergleichskriterien für die verrichteten Arbeiten — eine Tatsachenfrage, deren Klärung dem nationalen Gericht obliegt. Dieses muß seine Beurteilung jedoch auf den objektiven Charakter dieses grundlegenden Unterschieds in der Berufsausbildung stützen [59]. Für die Beurteilung des grundlegenden Charakters des Unterschieds in der Berufsausbildung, der zur Folge hat, daß der Betreffende eine ganz andere Arbeit verrichtet oder einen ganz anderen Arbeitsplatz besetzt, stellt das Bestehen einer unterschiedlichen Berufsberechtigung für jede Arbeitnehmergruppe meiner Auffassung nach ein zulässiges objektives Kriterium dar. Die Berufsberechtigung, die den Umfang der Aufgaben festlegt, die einem Arbeitnehmer übertragen werden können, und die anhand von Kriterien erteilt wird, die an die Ausbildung und die Fähigkeiten des Arbeitnehmers anknüpfen, ist der Krankenkasse zufolge ein für die Arbeit wesentlicher Faktor. Wenn somit zwei Arbeitnehmer eine unterschiedliche Berufsberechtigung besitzen, da sie eine grundlegend unterschiedliche Berufsausbildung erhalten haben, bedeutet dies, daß die verrichtete Arbeit oder der besetzte Arbeitsplatz unterschiedlich sind, auch wenn diese Arbeitnehmer eine dem Anschein nach gleiche Tätigkeit ausüben. Voraussetzung für die Vornahme dieser Unterscheidung aufgrund der unterschiedlichen Berufsberechtigungen ist jedoch, daß die Einstellung der Arbeitnehmer und die Ausübung einer gleichen Tätigkeit durch sie aufgrund ihrer — mit dieser Tätigkeit in Zusammen-

58 — Vgl. das in Randnr. 22 zitierte Urteil Danfoss. Wie der Gerichtshof in diesem Urteil jedoch ausgeführt hat, sind die Bedingungen für das Kriterium der Anciennität nicht dieselben wie für die Kriterien der Berufsausbildung oder Flexibilität in bezug auf die Arbeitszeit oder den Arbeitsort, da „die Anciennität mit der Berufserfahrung einhergeht und diese den Arbeitnehmer im allgemeinen befähigt, seine Arbeit besser zu verrichten" (Randnr. 24).

59 — Als wichtiges Kriterium für die Beurteilung der wissenschaftlichen und didaktischen Fähigkeiten einer bestimmten Gruppe von Hochschullehrern hat der Gerichtshof die Teilnahme an einem öffentlichen Auswahlverfahren oder die Beurteilung durch eine nationale Kommission angesehen. Vgl. Urteil vom 20. November 1997 in der Rechtssache C-90/96 (Petrie u. a., Slg. 1997, I-6527, Randnrn. 47 ff.).

hang stehenden — Berufsberechtigung erfolgten.

35. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Vorlagebeschluß, daß die als Psychotherapeuten tätigen Ärzte weiterhin den Arztberuf und die damit gegebenenfalls verbundenen Funktionen ausüben, anders als die promovierten Psychologen, die nur den Beruf des Psychotherapeuten ausüben. Wie im übrigen die Kommission und die Krankenkasse in ihren Erklärungen ausführen, können die Ärzte bei der Behandlung der Patienten ihre gesamten Kenntnisse einsetzen, was der Grund dafür war, daß die Krankenkasse mit ihnen die unter die DO. B fallenden Verträge abgeschlossen hat, unabhängig davon, welche Tätigkeiten sie konkret ausüben. Aufgrund dieser tatsächlichen Gegebenheiten, die letztlich noch der Aufklärung durch das nationale Gericht bedürfen, üben die beiden Gruppen von Arbeitnehmern insofern, als ihre Berufsausbildung grundlegend unterschiedlich ist und dies durch unterschiedliche Berufsberechtigungen bestätigt wird, weder die gleiche Arbeit aus noch haben sie den gleichen Arbeitsplatz inne. Auch wenn sie der Sache nach anscheinend die gleiche Tätigkeit, d. h. die Psychotherapie, ausüben, haben sie grundlegend unterschiedliche Kenntnisse, Erfahrungen und damit auch therapeutische Fähigkeiten, was wesentlichen Einfluß auf die verrichtete Arbeit hat. Daß diese Arbeit von der Krankenkasse zum selben Preis abgerechnet wird, widerspricht dieser Feststellung nicht unbedingt, da es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, daß diese Kalkulation aufgrund der Qualität der von den beiden Kategorien von Psychotherapeuten geleisteten Therapie und ihrem tatsächlichen Wert auf dem Arbeitsmarkt erfolgt, sondern auch auf sozialpolitische Gründe zurückzuführen sein kann.

36. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, auf die erste Vorabentscheidungsfrage zu antworten, daß Artikel 119 EG-Vertrag [60] dahin auszulegen ist, daß eine „gleiche Arbeit" oder ein „gleicher Arbeitsplatz" nicht vorliegt, wenn die gleiche Tätigkeit über einen erheblichen Zeitraum (mehrere Entgeltzahlungsperioden) von Arbeitnehmern mit unterschiedlicher Berufsberechtigung ausgeübt wird, sofern die Arbeitnehmer im Hinblick auf die jeweilige spezielle Berechtigung eingestellt worden sind und diese Berechtigungen im Zusammenhang mit der von ihnen ausgeübten Tätigkeit stehen.

37. Stimmt man diesem Vorschlag zu, so bedarf es angesichts des im Vorlagebeschluß dargestellten Sachverhalts einer Antwort auf die anderen Fragen allenfalls aus Gründen der Vollständigkeit, da die Frage der Anwendung des in Artikel 119 EG-Vertrag aufgestellten Grundsatzes des gleichen Entgelts sich nicht mehr stellt.

C — *Zur sechsten Frage*

38. Ich wende mich nunmehr der sechsten Frage zu, da diese mit der ersten Frage zusammenhängt. Das Oberlandesgericht Wien fragt,

60 — Als Grundlage für die Beantwortung der Frage genügt die Bezugnahme auf Artikel 119 EG-Vertrag, ohne daß auf die Richtlinie 75/117 zurückgegriffen werden müßte. Vgl. das in Fußnote 36 zitierte Urteil Murphy u. a. (Randnr. 13) sowie oben, Nr. 23 meiner Schlußanträge.

ob ein unterschiedlicher Ausbildungsweg bei gleicher Verwendung im Betrieb als rechtfertigendes Kriterium für eine unterschiedliche Entlohnung anzusehen ist. Es fragt ferner, ob eine umfassendere Berufsberechtigung, ohne Rücksicht auf die konkrete Verwendung im Betrieb, als sachliches Kriterium für eine unterschiedliche Entlohnung anzusehen ist. Damit wirft es die Frage auf, ob es entscheidend ist, ob a) die besser entlohnten Arbeitnehmer im Betrieb auch für andere Arbeiten herangezogen werden können oder ob b) der konkrete Nachweis des anderen Einsatzes erforderlich ist. Das vorlegende Gericht fragt schließlich, ob dabei zu berücksichtigen ist, daß nach den einschlägigen kollektivvertraglichen Regelungen ein Kündigungsschutz vorgesehen ist.

39. Vorab ist festzustellen, daß die mit der sechsten Frage angesprochenen Probleme sich nur stellen können, wenn man davon ausgeht, daß die beiden Arbeitnehmergruppen — hier die als Psychotherapeuten tätigen Ärzte und die als Psychotherapeuten tätigen Psychologen — eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben oder den gleichen Arbeitsplatz besetzen. In Anbetracht der im Zusammenhang mit der vorhergehenden Frage angestellten Überlegungen kommt der sechsten Frage jedoch nur in zwei Fällen Bedeutung zu: a) wenn der Gerichtshof dem ersten Auslegungsweg folgt, wonach für das Vorliegen einer „gleichen oder gleichwertigen Arbeit" oder eines „gleichen Arbeitsplatzes" die Ausübung der gleichen Tätigkeit ausreichend ist, und b) wenn im Rahmen des dritten Auslegungsweges davon ausgegangen wird, daß die verschiedenen Arbeitnehmergruppen, die in demselben Unternehmen mit derselben Tätigkeit betraut sind, selbst wenn sie unterschiedliche Berufsberechtigungen besitzen, keine grundlegend unterschiedliche Berufsausbildung erhalten haben, die zu der Feststellung führen würde, daß sie eine unterschiedliche Arbeit ausüben oder einen unterschiedlichen Arbeitsposten innehaben. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes [61] ist in diesen Fällen das nationale Gericht, soweit erforderlich unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, allein für die Beurteilung der Frage zuständig, ob die vom Arbeitgeber (oder einer anderen Person, die die Beweislast trägt) zur Rechtfertigung einer anscheinend bestehenden Ungleichbehandlung von zwei Gruppen männlicher und weiblicher Arbeitnehmer im Hinblick auf das Entgelt oder einer Lohnpolitik, die unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis jedoch mehr Frauen als Männer betrifft, angeführten Gründe auf objektive Kriterien für die Differenzierung des Entgelts gestützt sind, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

40. Wie der Gerichtshof entschieden hat, gehören zu diesen Kriterien sowohl das Kriterium der Berufsausbildung in dem Sinne, daß die besser entlohnte Ausbildung von Bedeutung für die Erfüllung der dem Arbeitnehmer übertragenen speziellen Aufgaben ist, als auch das Kriterium der Flexibilität in dem Sinne, daß ein höheres Entgelt durch die Fähigkeit gerechtfertigt ist, sich an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte anzupassen, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß diese Anpassungsfähigkeit für die Erfüllung der dem Arbeitnehmer übertragenen speziellen Aufgaben von Bedeutung ist, dagegen

61 — Vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby (Randnrn. 18, 19 und 25) und das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka (Randnrn. 35 f.).

nicht gerechtfertigt ist, wenn dieses Kriterium mit der Qualität der vom Arbeitnehmer geleisteten Arbeit zusammenhängt [62]. Der Gerichtshof ist zu dieser Entscheidung gelangt, obwohl er zum einen der Auffassung war, es sei nicht auszuschließen, daß das Kriterium der Berufsausbildung sich zum Nachteil der weiblichen Arbeitnehmer auswirke, da diese weniger Möglichkeiten hätten, eine ebenso umfassende Berufsausbildung zu erlangen wie die männlichen Arbeitnehmer, oder diese Möglichkeiten in geringerem Maße nutzten, und zum anderen, daß das Kriterium der Flexibilität, im Sinne der Anpassungsfähigkeit des Arbeitnehmers an unterschiedliche Arbeitszeiten und -orte, ebenfalls die weiblichen Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer familiären Verpflichtungen ihre Arbeitszeit weniger leicht als männliche Arbeitnehmer flexibel gestalten könnten, benachteiligen könne [63].

41. Das vom Gerichtshof im Urteil Danfoss [64] verwendete Kriterium der Flexibilität muß meines Erachtens auch den Begriff der Anpassungsfähigkeit an die Ausübung verschiedener, von der Berufsberechtigung des Betreffenden erfaßter Tätigkeiten im Rahmen eines Unternehmens umfassen. Diese Flexibilität ist ihrer Art nach völlig geschlechtsneutral oder weist zumindest keinen Unterschied zum Kriterium der Flexibilität in dem vom Gerichtshof bereits verwendeten Sinn auf. Im Vergleich zur Begründung des Urteils Danfoss ist es für Frauen nicht schwieriger, andere, verwandte Tätigkeiten auszuüben, als sich an unterschiedliche Zeiten anzupassen, da die Ausübung anderer, verwandter Tätigkeiten nicht zwangsläufig eine Änderung der Arbeitszeit mit sich bringt.

42. Natürlich ist anzumerken, daß die verschiedenen verwandten Tätigkeiten, die von der Berufsberechtigung erfaßt sind, auch durch das Arbeitsverhältnis gedeckt sein müssen. Anders ausgedrückt, der Arbeitnehmer muß mit Rücksicht auf seine Berufsberechtigung eingestellt worden sein, d. h. mit Rücksicht auf die Möglichkeit, im Rahmen des Unternehmens mehrere Tätigkeiten auszuüben. Im vorliegenden Fall muß das nationale Gericht also prüfen, ob die Ärzte, wie die Krankenkasse in der mündlichen Verhandlung vorgetragen hat, als Ärzte eingestellt worden sind — und nicht lediglich als Ärzte bezahlt werden —, ob sie gelegentlich in speziellen Einrichtungen, zu denen sie abgeordnet sind, Psychotherapie praktizieren und ob sie nicht ausschließlich als Ärzte eingestellt worden sind, die als Psychotherapeuten tätig sind [65].

43. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die Verwendung des Kriteriums der Anpassungsfähigkeit an verschiedene Tätigkeiten im Rahmen ein und desselben Unternehmens, die auf Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Entlassungen beruht, nicht dem Erfordernis zuwiderläuft, daß das sachliche Unterscheidungskriterium den wirklichen Bedürfnissen des Unternehmens entspricht [66].

62 — Vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnrn. 17 bis 25). Die im Urteil Danfoss aufgestellten Bedingungen für die Anwendung der genannten Kriterien umfassen das Erfordernis, daß die Kriterien nicht auf verallgemeinernde Aussagen zu bestimmten Gruppen von Arbeitnehmern gestützt werden dürfen, sondern objektiv sein müssen, was von den Umständen jedes Einzelfalls und insbesondere davon abhängt, welche Beziehung zur Art der ausgeübten Tätigkeit besteht. Zu diesem Erfordernis vgl. die in Fußnote 40 zitierten Urteile Rinner-Kühn (Randnr. 14) und Nimz (Randnrn. 13 bis 15); letzteres stellt entgegen den Behauptungen des Betriebsrats nicht in Abrede, daß das Kriterium der Berufsausbildung ein zulässiges und objektives Kriterium ist.

63 — Vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnrn. 21 und 23).

64 — Zitiert in Fußnote 22.

65 — Insoweit kann es angebracht sein, auch die anderen eventuell mit der Möglichkeit, verschiedene verwandte Tätigkeiten auszuüben, verbundenen Probleme zu untersuchen. So kann es zweckmäßig sein, daß das nationale Gericht prüft, ob es nach den ärztlichen Standesregeln zulässig ist, daß Ärzte, die in einem bestimmten Fach praktizieren (z. B. die Psychiater, die im vorliegenden Fall als Psychotherapeuten tätig sind), in einem anderen Fach praktizieren.

66 — Vgl. das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka (Randnr. 36).

Das wirkliche Bedürfnis ist nicht nur das aktuelle Bedürfnis, sondern auch das zukünftige Bedürfnis, sofern dessen Eintritt sicher ist. Im vorliegenden Fall bewirkt die Festanstellung der Beschäftigten nach zehn Jahren, daß das zukünftige Bedürfnis nach Anpassungsfähigkeit und Flexibilität der Arbeitnehmer im Unternehmen gewiß ist.

44. Ist die Frage, ob der Arbeitnehmer tatsächlich jederzeit alle ihm durch die Berufsberechtigung eingeräumten Möglichkeiten nutzt, überhaupt entscheidend?

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes muß diese Frage offenbar nicht bejaht werden. Nach dem Urteil Danfoss [67] müssen sowohl das Kriterium der Berufsausbildung als auch das Kriterium der Anpassungsfähigkeit an geänderte Arbeitszeiten oder -orte für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen speziellen Aufgaben von Bedeutung sein [68]. Dieses Erfordernis bedeutet nicht notwendigerweise, daß in jedem Fall alle Tätigkeiten, die aufgrund der Berufsausbildung oder der Anpassungsfähigkeiten möglich sind, tatsächlich ausgeübt werden müssen. Wie sich aus den Schlußanträgen des Generalanwalts Lenz ergibt, bedeutet das im Urteil Danfoss aufgestellte Erfordernis lediglich, daß die Berufsausbildung und die Flexibilität objektiv im Zusammenhang mit der betreffenden Tätigkeit stehen müssen, d. h. einen Bezug zur erbrachten Arbeit aufweisen müssen [69].

Im Urteil Macarthys [70] stellte der Gerichtshof ferner fest, daß „die vergleichende Untersuchung bei Fällen tatsächlicher Diskriminierungen, die in den Bereich der unmittelbaren Geltung des Artikels 119 fallen, auf Vergleiche beschränkt [ist], die sich anhand konkreter Bewertungen durchführen lassen und tatsächliche Arbeitsleistungen von Arbeitnehmern verschiedenen Geschlechts in ein und demselben Betrieb oder Dienst betreffen" [71]. In jenem Urteil betraf das Erfordernis tatsächlich erbrachter Arbeitsleistungen jedoch nicht das hier im Ausgangsverfahren aufgeworfene Problem, sondern hing mit der Weigerung des Gerichtshofes zusammen, einen Vergleich zwischen einem weiblichen Arbeitnehmer und einem „hypothetischen männlichen Arbeitnehmer" zuzulassen, so daß eine Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf das Entgelt hätte, das ihr zustände, wenn sie ein Mann wäre, auch wenn kein Mann eine derartige Arbeit verrichtete oder vorher verrichtet hätte. Im vorliegenden Fall geht es nicht um eine Entscheidung über die Frage des „hypothetischen männlichen Arbeitnehmers", die mit den Besonderheiten des Urteil Macarthys zusammenhängt [72], sondern es geht um die Frage, ob es einen männlichen Arbeitnehmer gibt, der aufgrund seiner Berufsausbildung und insbesondere seiner Berufsberechtigung in einem Unternehmen mehrere Tätigkeiten ausüben kann, die mit der von ihm zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgeübten Tätigkeit verwandt sind.

Meines Erachtens stellen daher nicht nur die umfassendere Berufsausbildung, sondern auch die andersartige Berufsberechtigung, die die Befugnis zur Ausübung mehrerer verwandter Tätigkeiten im Rahmen eines Unternehmens verleiht, ein objektives Kriterium für die Differenzierung des Entgelts in Übereinstim-

67 — Zitiert in Fußnote 22.

68 — Siehe oben, Nr. 40 dieser Schlußanträge.

69 — Vgl. die in Fußnote 22 zitierten Schlußanträge des Generalanwalts Lenz (Nr. 43).

70 — Zitiert in Fußnote 27.

71 — Randnr. 15.

72 — Siehe oben, Nr. 40 dieser Schlußanträge.

mung mit den im Urteil Danfoss [73] aufgestellten Voraussetzungen dar, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer alle ihm durch die betreffende Berufsberechtigung eröffneten Möglichkeiten tatsächlich jederzeit nutzt.

45. Diese Auffassung steht in Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz. Befinden sich zwei Arbeitnehmergruppen, die dieselbe Tätigkeit ausüben, nicht objektiv in einer vergleichbaren beruflichen Situation, was die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Unternehmens und die ihnen übertragenen Aufgaben angeht, ist es nach dem Grundsatz der proportionalen Gleichheit zulässig, ihnen ein unterschiedliches Entgelt zu zahlen. Somit ist es im vorliegenden Fall, sofern nachgewiesen wird, daß die Ärzte nach § 21 ÄrzteG zur Behandlung in Notfällen verpflichtet sind, Arzneimittel verschreiben können und erforderlichenfalls je nach ihrer Fachrichtung anderen Pflegebereichen zugewiesen werden können, folgerichtig, wenn sie ein anderes Entgelt erhalten als Psychologen, die im Rahmen der verschiedenen Pflegedienstleistungen, die eine Krankenkasse wie die Berufungsbeklagte erbringt, offensichtlich im Vergleich zu den Ärzten nur in geringerem Umfang einsetzbar sind.

46. Die hier vertretene Auffassung ist auch durch Zweckmäßigkeitserwägungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsmarkt gerechtfertigt. Wenn Arbeitnehmer, die weder die erforderliche Ausbildung noch die entsprechende Berufsberechtigung besitzen, die es ihnen im Falle eines im Unternehmen eintretenden Bedarfs erlauben würden, andere Tätigkeiten auszuüben, dasselbe Entgelt erhielten wie Arbeitnehmer, die hierzu befähigt sind, würde dies dazu führen, daß das Unternehmen nur Arbeitnehmer der letztgenannten Gruppe einstellen würde. Warum sollte die Krankenkasse im vorliegenden Fall also in Zukunft als Psychotherapeuten tätige Psychologen einstellen, wenn sie diese wie Ärzte besolden müßte, ohne daß sie die durch die Berufsberechtigung des Arztes eröffneten Möglichkeiten besäßen, und würde sie nicht ausschließlich Ärzte einstellen, die auch die Aufgaben der Psychologen erfüllen könnten? Die Angleichung des Entgelts hätte im vorliegenden Fall letztlich nachteilige Folgen für die Arbeitnehmergruppe, deren Entgelt zunächst einmal angehoben würde [74].

47. Sofern eine Antwort auf die sechste Frage für zweckmäßig gehalten wird, schlage ich dem Gerichtshof daher vor, zu antworten, daß im Falle einer offensichtlichen Differenzierung des Entgelts zwischen zwei Gruppen männlicher und weiblicher Arbeitnehmer oder einer Lohnpolitik, die unabhängig vom

73 — Zitiert in Fußnote 22.

74 — Die vorstehenden Erwägungen bedeuten nicht, daß die Arbeit der Ärzte — oder ihre Ausbildung — zwangsläufig von höherer Qualität als diejenige der Psychologen ist. Ihre Andersartigkeit führe nicht zwingend zu einem höheren qualitativen Niveau. Im übrigen verwenden die Psychologen bekanntlich im Rahmen der Psychotherapie diagnostische und therapeutische Methoden (z. B. Tests), die die Psychiater — vor allem aber Ärzte ohne Fachausbildung in der Psychiatrie — im Regelfall nicht beherrschen. Wahrscheinlich können Psychologen im allgemeinen auch andere Tätigkeiten als die Psychotherapie ausüben. Im vorliegenden Fall ist jedoch entscheidend, daß Ärzte offensichtlich unter Berücksichtigung der therapeutischen Leistungen, die eine Krankenkasse wie die Berufungsbeklagte des Ausgangsverfahrens erbringt, und in Anbetracht ihrer Berufsausbildung von dieser Krankenkasse in einer größeren Zahl von Tätigkeitsbereichen eingesetzt werden können, was ihnen offensichtlich, wie die Krankenkasse vorträgt, auf dem Arbeitsmarkt zu einem Wettbewerbsvorteil gegenüber den Psychologen verhilft. Jedoch ist es Sache des nationalen Gerichts, das das innerstaatliche Recht und den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens besser kennt, zu beurteilen, inwieweit die Möglichkeit für eine Beschäftigung von Ärzten in einer größeren Zahl von Tätigkeitsbereichen und ihr Wettbewerbsvorteil auf dem Arbeitsmarkt besteht.

Geschlecht des Arbeitnehmers praktiziert wird, jedoch in der Praxis mehr Frauen als Männer erfaßt,

— der Arbeitgeber die Differenzierung des Entgelts unter Berufung auf das Kriterium der Berufsausbildung rechtfertigen kann, wenn er nachweist, daß die Berufsausbildung für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen speziellen Aufgaben von Bedeutung ist,

— der Arbeitgeber die Differenzierung des Entgelts durch Berufung auf das Kriterium der Berufsberechtigung rechtfertigen kann, die die Möglichkeit zur Ausübung mehrerer unterschiedlicher Tätigkeiten im Unternehmen eröffnet, wenn er nachweist, daß dieses Kriterium für die Ausführung der dem Arbeitnehmer übertragenen speziellen Aufgaben von Bedeutung ist oder dem Bedürfnis des Unternehmens entspricht, die Arbeitnehmer mit Tätigkeiten zu betrauen, die sich von der bereits ausgeübten Tätigkeit unterscheiden und die von der Berufsberechtigung umfaßt sowie — unter Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer gegen Entlassungen — durch das Arbeitsverhältnis gedeckt sind.

D — *Zur zweiten Frage*

48. Die zweite Vorabentscheidungsfrage des Oberlandesgerichts Wien geht dahin, ob für die Beurteilung des Vorliegens einer Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 75/117 die kollektivvertragliche Besoldungsregelung (verbindlich, nicht verbindlich oder verbindlich unter Festsetzung von Mindestsätzen) maßgeblich ist.

49. Auf den ersten Blick scheint die Möglichkeit der Wahl zwischen drei kollektivvertraglichen Regelungen, wie die Kommission in ihren Erklärungen vorträgt, ohne Bedeutung für den vorliegenden Sachverhalt zu sein, da die Dienstordnungen als Kollektivverträge erlassen worden sind, die ein System der endgültigen Feststellung des Gehalts festlegen, das die verschiedenen Einrichtungen der sozialen Sicherheit insoweit bindet, als sie nur mit schriftlicher Zustimmung des österreichischen Hauptverbands der Sozialversicherungsträger, der die Kollektivverträge ausgearbeitet hat, abweichen dürfen (§ 460 ASVG) [75].

Auch wenn zuzugeben ist, daß die Wahl zwischen drei Systemen von Kollektivverträgen hypothetischer Natur ist, ist der Gerichtshof gleichwohl aufgefordert, die Frage zu beant-

75 — Zur Weigerung des Gerichtshofes, hypothetische Fragen zu beantworten, vgl. Urteil vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-83/91 (Meilicke, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 25).

worten, welche Bedeutung das verbindliche Kollektivvertragssystem, d. h. das System, um das es im Ausgangsverfahren geht, für das Vorliegen einer Diskriminierung hat. Er ist somit aufgerufen, auch die anderen Systeme (nicht verbindlich, verbindlich unter Festsetzung von Mindestsätzen) zu prüfen, da deren Analyse Aussagen über die Besonderheiten des verbindlichen Systems erlaubt. Für die Beantwortung der zweiten Vorabentscheidungsfrage ist es daher unerheblich, ob die fragliche Wahlmöglichkeit als hypothetisch eingestuft wird.

50. Ferner ist darauf hinzuweisen, daß die Art und Weise der Formulierung der zweiten Frage durch das vorlegende Gericht gewisse Probleme aufwirft. Es ist nicht klar ersichtlich, ob das vorlegende Gericht danach fragt, ob das etwaige Vorliegen einer Diskriminierung hinsichtlich des Entgelts im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag von der Natur des Kollektivvertragssystems zur Regelung des Entgelts von zwei verschiedenen Arbeitnehmergruppen abhängt, oder ob es danach fragt, ob dieses System bei der Beurteilung der für die Feststellung der gegen Artikel 119 verstoßenden Diskriminierung maßgeblichen Parameter berücksichtigt werden muß.

51. Was den Zusammenhang zwischen dem etwaigen Vorliegen einer Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 und dem Kollektivvertragssystem angeht, legt die Rechtsprechung des Gerichtshofes, auf die im übrigen der Vorlagebeschluß Bezug nimmt, eine Verneinung nahe. Das Verbot der Diskriminierung zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern gilt nicht nur gegenüber der öffentlichen Gewalt, sondern auch für alle Kollektivverträge im Bereich des Arbeitsrechts und für Verträge zwischen Privaten [76]. Der Grundsatz der Privatautonomie der Kollektivvertragsparteien kann der Anwendung des Gleichheitssatzes des Artikels 119 daher nicht entgegenstehen, unabhängig von der Art des Kollektivvertragssystems (verbindlich, nicht verbindlich oder verbindlich unter Festsetzung von Mindestsätzen).

52. Wenn der Gerichtshof also die Auffassung vertritt, daß die Frage wie soeben dargelegt zu verstehen ist, schlage ich ihm vor, zu antworten, daß es für die Feststellung einer Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag oder der Richtlinie 75/117 unerheblich ist, a) daß das Entgelt ausschließlich von den Parteien des Arbeitsvertrags festgesetzt wird, die Entscheidung, ob sie in diese kollektivvertragliche Klauseln aufnehmen, also ihnen obliegt, b) daß verbindliche Mindestentgelte durch Vorschriften festgesetzt werden, die für alle Arbeitnehmer eines Sektors allgemeinverbindlich sind (Kollektivverträge), und c) daß die Entgelte durch diese Kollektivverträge verbindlich und vollständig festgelegt werden.

53. Wenn der Gerichtshof dagegen entsprechend der von mir vorgeschlagenen Auslegung zu der Auffassung gelangt, daß die Frage auch die Bedeutung der Art des Kollektivvertrags für die Festlegung des Rahmens

76 — Vgl. Artikel 4 der in Nr. 4 zitierten Richtlinie 75/117. Vgl. auch das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnr. 45), das in Fußnote 17 zitierte Urteil Defrenne (Randnr. 39), das in Fußnote 40 zitierte Urteil Kowalska (Randnr. 12), das in Fußnote 40 zitierte Urteil Nimz (Randnr. 11) und das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby (Randnrn. 22 ff.). Nach dem Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 32) verbietet Artikel 119 EG-Vertrag jede das Entgelt betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen ohne Rücksicht darauf, woraus sich diese Ungleichbehandlung ergibt.

betrifft, innerhalb dessen die diskriminierenden Bedingungen aufgestellt werden, wird er angesichts des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens Gelegenheit haben, einige Punkte betreffend die Anwendung des in Artikel 119 aufgestellten Grundsatzes auf Kollektivverträge durch das nationale Gericht aufzuklären; diese Klärung ist von Bedeutung für den Ausgangsrechtsstreit und steht im übrigen im Zusammenhang mit den Antworten auf die übrigen Vorabentscheidungsfragen.

54. Der Umstand, daß das Entgelt für zwei Gruppen von Arbeitnehmern kollektivvertraglich festgesetzt wird, ist im Rahmen der Anwendung des in Artikel 119 EG-Vertrag aufgestellten Grundsatzes des gleichen Entgelts von Bedeutung. In einem solchen Fall ist das nationale Gericht verpflichtet, über die unternehmensspezifischen Gegebenheiten hinauszugehen und eine Bewertung der arbeitsspezifischen Gegebenheiten vorzunehmen, die von den Kollektivverträgen erfaßt werden. Im Falle sektorieller Kollektivverträge berücksichtigen die Vertragsparteien im übrigen bei der Festsetzung des Entgelts gewöhnlich nicht nur die konkrete Arbeit, sondern auch andere Faktoren, wie die Kriterien betreffend den Arbeitsmarkt auf allgemeiner oder lokaler Ebene, die wirtschaftlichen Bedürfnisse der den einzelnen Sektoren angehörenden Unternehmen sowie die Bedeutung und die Funktion der verschiedenen Gewerkschaften dieses Sektors. Das Entgelt für jede Gruppe von Arbeitnehmern ist daher nicht anhand der konkreten Arbeit zu beurteilen, die sie in einem Unternehmen verrichten, sondern, wie die deutsche Regierung vorgetragen hat, anhand der typischen Merkmale der Arbeit, wie sie gegebenenfalls im System der beruflichen Einstufung definiert sind, das der Kollektivarbeitsvertrag im Rahmen der verfolgten Lohnpolitik vorsieht [77]. Dieser Übergang vom konkreten Unternehmen auf das durch den Kollektivarbeitsvertrag aufgestellte Lohngruppensystem ist um so mehr geboten, wenn der Kollektivvertrag wie im vorliegenden Fall ein verbindliches und endgültiges Besoldungssystem festlegt, das dem Arbeitgeber keine Möglichkeit läßt, im Rahmen des Einzelarbeitsvertrags eine Differenzierung vorzunehmen [78]. In diesem Fall ist der Kollektivarbeitsvertrag die Quelle für die sachlichen Kriterien zur Rechtfertigung des unterschiedlichen Entgelts. Wie nämlich der Gerichtshof entschieden hat, „kann die Tatsache, daß die Entgeltsbestandteile in Verhandlungen zwischen den Kollektivorganisationen oder in Verhandlungen auf lokaler Ebene festgesetzt wurden, vom nationalen Gericht als ein Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt werden, ob Unterschiede beim durchschnittlichen Entgelt von zwei Gruppen von Arbeitnehmern auf objektive Faktoren zurückgehen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben" [79].

55. Es ließe sich ferner die Auffassung vertreten, im Falle von zwei Arbeitnehmergruppen, deren Entgelt zwei verschiedenen Tarifverträgen unterliegt, sei anzunehmen, daß

77 — Nach dem in Fußnote 41 zitierten Urteil Rummler (Randnr. 15) ist, „wenn auch ein bestimmtes Kriterium ... tatsächlich männliche Arbeitnehmer begünstigen kann, ... es doch bei der Prüfung, ob es diskriminierend ist, innerhalb des Systems beruflicher Einstufung in seiner Gesamtheit unter Berücksichtigung der anderen Kriterien zu beurteilen, die bei der Festlegung der Lohnstufen eine Rolle spielen. Ein System ist nicht allein deshalb diskriminierend, weil bei einem seiner Kriterien auf Eigenschaften abgestellt wird, die Männer eher besitzen."

78 — Vgl. jedoch das Urteil vom 8. November 1983 in der Rechtssache 165/82 (Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1983, 3431), in dem der Gerichtshof feststellte, daß die Tarifverträge, auch wenn sie nicht verbindlich sind, gleichwohl wichtige tatsächliche Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse haben, insbesondere soweit sie die Errungenschaften der Arbeitnehmer festlegen und den Anforderungen der Unternehmen im Interesse des sozialen Friedens Grenzen setzen.

79 — Vgl. das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnr. 46).

diese beiden Gruppen sich nicht in einer ähnlichen oder vergleichbaren Situation befänden. Generalanwalt Lenz hat im übrigen darauf hingewiesen, daß im Falle der Festsetzung des Entgelts durch Branchentarifverträge der Umstand, daß die Arbeitnehmer verschiedenen Branchen angehörten, zu der Annahme führen könne, das Erfordernis einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit sei nicht erfüllt [80]. Die Rechtsprechung hat jedoch einige Kriterien dafür festgelegt, wie das nationale Gericht den Umstand zu beurteilen hat, daß die Einzelheiten des Entgelts von zwei Arbeitnehmergruppen tarifvertraglich festgesetzt sind. So führte der Gerichtshof im Urteil Enderby [81] aus: „Daß die fraglichen Entgelte in je eigenen Tarifverhandlungen für die beiden betroffenen Berufsgruppen festgelegt wurden, die jeweils getrennt durchgeführt wurden und die jeweils innerhalb dieser beiden Gruppen keine diskriminierende Wirkung hatten, 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, die denselben Arbeitgeber haben und derselben Gewerkschaft angehören. Wenn der Arbeitgeber einen Unterschied im Entgelt damit rechtfertigen könnte, daß bei jeder dieser Verhandlungen für sich genommen keine Diskriminierung vorliege, könnte er sich der Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts leicht durch getrennte Verhandlungen entziehen ...“ [82]

56. Wie die deutsche Regierung ausgeführt hat, ist es wichtig, daß das nationale Gericht prüft, ob die Tarifverträge, die die Lohntabellen für bestimmte Berufe festlegen, von denselben Parteien abgeschlossen wurden. Die Identität der Vertragsparteien und des Wirtschaftssektors, für den die betreffenden Tarifverträge gelten, sind die Voraussetzung dafür, daß festgestellt werden kann, daß die verschiedenen Bestimmungen der Lohntarifverträge im Hinblick auf Artikel 119 EG-Vertrag vergleichbar sind. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Vorlagebeschluß, daß alle Dienstordnungen vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger abgeschlossen wurden und denselben Wirtschaftsbereich, nämlich die Sozialversicherungsträger, betreffen; in der mündlichen Verhandlung haben die Parteien des Ausgangsverfahrens dagegen übereinstimmend ausgeführt, daß die fraglichen Verträge von ihnen abgeschlossen worden seien. In jedem Fall ist es Sache des nationalen Gerichts, das den rechtlichen Rahmen und die tatsächlichen Gegebenheiten der bei ihm anhängigen Rechtssache am besten kennt, zu prüfen, ob die genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

57. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die zweite Frage wie folgt zu beantworten: Das Verbot der diskriminierenden Unterscheidung zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern gilt nicht nur für die öffentliche Gewalt, sondern auch für Tarifverträge betreffend abhängig Beschäftigte sowie für Verträge zwischen Privaten. Der Umstand, daß das Entgelt für zwei Arbeitnehmergruppen nach Tarifverhandlungen festgelegt worden ist, kann vom nationalen Gericht jedoch als Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt werden, inwieweit die Entgeltsunterschiede auf objektive Faktoren zurückgehen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Auch der Umstand, daß für jede Arbeitnehmergruppe ein anderer Kollektivvertrag gilt, kann vom nationalen Gericht als

80 — Vgl. seine Schlußanträge in der in Fußnote 16 zitierten Rechtssache Enderby (Nrn. 44 bis 46) und in der bereits in Fußnote 22 zitierten Rechtssache Danfoss (Randnr. 46).

81 — Vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil.

82 — Randnr. 22

Gesichtspunkt bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt werden, inwieweit bei diesen beiden Arbeitnehmergruppen das Vorliegen einer vergleichbaren Situation anzunehmen ist. Das nationale Gericht kann schließlich besonders berücksichtigen, ob die Kollektivverträge denselben Wirtschaftssektor betreffen, ob sie von denselben Parteien abgeschlossen wurden und ob sie eine verbindliche und abschließende Regelung für die Festsetzung des Entgelts enthalten.

E — *Zur dritten, vierten und fünften Frage*

58. Mit seiner dritten Frage ersucht das vorlegende Gericht den Gerichtshof um Entscheidung darüber, auf welcher Ebene (Unternehmensebene, Kollektivvertragsebene, Ebene der Gesamtheit der Inhaber der betreffenden Berufsberechtigung) die Vergleichsgruppen anzusiedeln sind, um zu ermitteln, ob im Falle eines Kollektivvertrags, durch den das Entgelt abschließend festgelegt wird und der für eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ein unterschiedliches Entgelt nach Maßgabe der Berufsberechtigung, über die die Arbeitnehmer verfügen, vorsieht, eine Diskriminierung vorliegt. Die vierte Frage des vorlegenden Gerichts geht dahin, ob auf das zahlenmäßige Verhältnis von Männern und Frauen nur in der benachteiligten Gruppe oder in beiden Gruppen abzustellen ist. Mit seiner fünften Frage begehrt das vorlegende Gericht schließlich — immer noch im Rahmen der mit der dritten Frage angesprochenen Problematik — vom Gerichtshof eine Aussage dazu, welche Gruppen jeweils auf jeder Ebene zu vergleichen sind, wenn die identische Tätigkeit dieser Gruppen nur einen Teil der von der Berufsberechtigung umfaßten Tätigkeiten ausmacht. Ich halte es für zweckmäßig, diese Fragen, die miteinander im Zusammenhang stehen, gemeinsam zu erörtern, da sie sich auf die Bildung und Zusammensetzung der Gruppen beziehen, die im Rahmen der Prüfung, ob eine mittelbare Diskriminierung nachgewiesen ist, zu vergleichen sind.

59. Ich beginne mit einigen allgemeinen Bemerkungen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes gilt für Fälle der mittelbaren Diskriminierung, daß die Bildung und Zusammensetzung der Gruppen, die verglichen werden, um festzustellen, ob eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, nicht nur an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden kann, sondern geknüpft werden muß [83]. Dies ist sinnvoll, da der Vergleich nur von Nutzen ist, wenn er repräsentative Arbeitnehmergruppen erfaßt; eine Auswahl, die im Hinblick auf das angestrebte Ergebnis vorgenommen wird, d. h. um das Vorbringen einer der Parteien zu stützen, ist nicht zulässig. In jedem Fall ist die Beurteilung der Zweckmäßigkeit des Vergleichs offensichtlich eine Tatsachenfrage und fällt in die Zuständigkeit der nationalen Gerichte [84], was den Gerichtshof natürlich nicht daran hindert, bestimmte Kriterien anzugeben, an denen sich die nationalen Gerichte bei ihrer Würdigung orientieren können.

60. Das erste Kriterium der Zusammensetzung der Vergleichsgruppen kann sich nur

83 — Vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby (Randnr. 17) und das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnr. 16).

84 — Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Léger in der bereits in Fußnote 21 zitierten Rechtssache Royal Copenhagen (Randnrn. 28 bis 30).

auf die Ebene dieser Zusammensetzung beziehen. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt, daß es keine allgemeine Regel gibt, sondern daß diese Ebene durch die konkreten Umstände des Einzelfalls bestimmt wird. Wie die deutsche Regierung in ihren Erklärungen vorträgt, ist für die Bestimmung dieser Ebene der Geltungsbereich der streitigen Regelung, die angeblich zu einer Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 des Vertrages führt, maßgeblich. Im übrigen richtet sich der in diesem Artikel aufgestellte Grundsatz des gleichen Entgelts natürlich an den Urheber der streitigen Regelung. Wenn diese Regelung in einem Gesetz enthalten ist, müssen die Vergleichsgruppen daher aus sämtlichen Arbeitnehmern bestehen, deren Entgelt durch dieses Gesetz geregelt wird. Entsprechend müssen die Vergleichsgruppen, wenn diese Regelung auf einer Entscheidung oder Praxis eines bestimmten Arbeitgebers beruht, aus sämtlichen Arbeitnehmern bestehen, die von diesem Arbeitgeber beschäftigt werden.

61. Was die für die Zusammensetzung der Vergleichsgruppen, anhand deren zu prüfen ist, ob eine Diskriminierung festzustellen ist, maßgebliche Ebene angeht, kommt aufgrund der vorangegangenen Erwägungen den Feststellungen, die im Hinblick auf die zweite Frage unter Berücksichtigung des im Vorlagebeschluß dargestellten Sachverhalts getroffen wurden, eine entscheidende Rolle zu. Der Umstand, daß die Gehaltstabelle für die beiden Arbeitnehmergruppen, d. h. Ärzte und Psychologen, kollektivvertraglich festgelegt ist, und daß diese Kollektivtarifverträge, die vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger abgeschlossen wurden, für die verschiedenen Sozialversicherungsträger nach § 460 ASVG verbindlich sind und für diese als interne Dienstordnung gelten, führt zu der Schlußfolgerung, daß die Vergleichsgruppen nicht auf der Ebene der betroffenen Einrichtung, sondern auf derjenigen der fraglichen Kollektivarbeitsverträge gebildet werden müssen [85]. Wollte man sich auf sämtliche Arbeitnehmer beziehen, die die fragliche Berufsberechtigung besitzen, wären die Vergleichsgruppen dermaßen heterogen, daß der Vergleich keinen Sinn ergäbe. Im übrigen würde sich die Frage der Diskriminierung auf dieser Ebene niemals stellen.

62. Ich schlage dem Gerichtshof daher vor, die dritte Frage wie folgt zu beantworten: Sieht ein Kollektivvertrag, der eine abschließende Entgeltsregelung enthält, für eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ein unterschiedliches Entgelt je nach Berufsberechtigung der Arbeitnehmer vor, so muß für die Bildung der Vergleichsgruppen zwecks Feststellung der eventuell mit einer Maßnahme verbundenen Diskriminierung auf die im Anwendungsbereich des Kollektivvertrags beschäftigten Arbeitnehmer abgestellt werden.

63. Was die vierte Frage angeht, finden sich in der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf den ersten Blick, wie das nationale Gericht in seinem Vorlagebeschluß ausführt, anscheinend

85 — Es ist jedoch wichtig, daß das nationale Gericht prüft, ob die betreffende Krankenkasse oder der betreffende Betrieb speziell tätig wird (durch Praktiken, Abordnungen usw.), um festzulegen, welche Ärzte (entsprechend ihrem Fachgebiet) oder welche Psychologen eingestellt und als Psychotherapeuten tätig werden, so daß die diskriminierende Unterscheidung zwischen Männern und Frauen im Hinblick auf das Entgelt im Ergebnis im wesentlichen auf diesen Eingriff zurückgeht.

je nach Einzelfall verschiedene Lösungen. So hat der Gerichtshof sich in der Rechtssache Jenkins [86] auf eine Untersuchung der diskriminierten Gruppe, d. h. derjenigen der Teilzeitbeschäftigten [87], beschränkt, während er sich im Urteil Enderby [88] auf einen Vergleich von zwei Arbeitnehmergruppen, nämlich Logopäden und Apothekern, stützte, von denen die eine beinahe ausschließlich aus Frauen und die andere beinahe ausschließlich aus Männern bestand [89].

Meines Erachtens ist diese unterschiedliche Rechtsprechung darauf zurückzuführen, daß der Gerichtshof sich, um das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung mit Gewißheit feststellen zu können, entsprechend den Umständen des Einzelfalls nicht mit statistischen Angaben betreffend die Vergleichsgruppen begnügt, die naturgemäß schwanken und ganz allgemein wenig zuverlässig sind, sondern verlangt, daß die Beurteilung auf der Grundlage möglichst objektiver Kriterien erfolgt [90]. So gelangte der Gerichtshof in der Rechtssache Jenkins zu dem Ergebnis, daß eine Diskriminierung der Frauen nachgewiesen war, indem er die Überlegung anstellte, daß das scheinbar objektive Kriterium einer Differenzierung des Entgelts entsprechend der Arbeitszeit zu einer solchen Diskriminierung führen könne, da die Frauen aufgrund ihrer sozialen Funktion das Erfordernis einer Vollzeitbeschäftigung nur schwer erfüllen könnten [91]. Diese Feststellung, in der eine allgemeine Erfahrung zum Ausdruck kommt, ist die objektive Grundlage des Urteils, was die mittelbare Diskriminierung angeht. Der Begründung dieses Urteils zufolge bedarf es in dem Fall, daß ein solches objektives Kriterium gegeben ist, möglicherweise keiner Prüfung des Anteils von Männern und Frauen in den beiden Gruppen von Arbeitnehmern. In einem solchen Fall ist die Diskriminierung, auch wenn sie die formalen Eigenschaften einer mittelbaren Diskriminierung aufweist, materiell eher als direkte Diskriminierung anzusehen, da die betreffende Berufsgruppe sozial durch das Geschlecht festgelegt ist. Es genügt somit die Feststellung des nationalen Gerichts, daß in einem seiner Natur nach „weiblichen Beruf" eine Diskriminierung vorliegt, so daß eine vergleichende Untersuchung der beiden Gruppen überflüssig ist [92]. Ist ein Nachweis der mittelbaren Diskriminierung dagegen nicht aufgrund der Art der Berufsgruppe möglich, wie in der Rechtssache Enderby, muß der „weibliche" oder „männliche" Charakter des Berufs sich aus der statistischen Analyse der einen Arbeitnehmergruppe in Gegenüberstellung zur Analyse der anderen Arbeitnehmergruppe ergeben [93].

86 — Zitiert in Fußnote 26.

87 — Randnrn. 9 ff., insbes. Randnr. 15. Vgl. auch die in Fußnote 40 zitierten Urteile Kowalska (Randnr. 16) und Nimz (Randnr. 15). Das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka (Randnr. 29) untersucht lediglich die begünstigste Gruppe, d. h. diejenige der Vollzeitbeschäftigten.

88 — Zitiert in Fußnote 16.

89 — Randnrn. 15 bis 19; vgl. auch das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnr. 28).

90 — Vgl. auch meine Schlußanträge in der in Fußnote 15 zitierten Rechtssache Seymour-Smith u. a. (Nrn. 113 f. und 119). Zur gleichzeitigen Analyse sowohl der statistischen Daten als auch auf einer möglichst objektiven Grundlage der Ungleichbehandlung vgl. insb. das in Fußnote 13 zitierte Urteil Helmig u. a. (Randnrn. 23 bis 25), das auf das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka verweist.

91 — Randnr. 13; vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnr. 21).

92 — Dem Urteil vom 8. November 1990 in der Rechtssache C-177/88 (Decker, Slg. 1990, I-3941, Randnrn. 12 und 17) zufolge ist der Vergleich nicht erforderlich, wenn das Kriterium sich speziell auf das Geschlecht bezieht, d. h., wenn es sich z. B. niemals auf Männer beziehen könnte (etwa im Falle der Schwangerschaft als Kriterium), wogegen er erforderlich ist, wenn die Diskriminierung nur aufgrund eines Vergleichs der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen gerechtfertigt werden kann.

93 — Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der in Fußnote 16 zitierten Rechtssache Enderby (Nrn. 30 f.).

Im Gegensatz zu der vom vorlegenden Gericht in seinem Beschluß vertretenen Auffassung, wenn eine Arbeitnehmergruppe im Hinblick auf ihre Arbeitsbedingungen als typischer Fall angesehen werden könne (etwa im Fall der Vollzeitbeschäftigten), genüge es grundsätzlich, den Anteil von Männern und Frauen an der diskriminierten Gruppe zu prüfen, während in allen anderen Fällen beide Gruppen verglichen werden müßten, bin ich daher der Meinung, daß es nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes grundsätzlich nur möglich ist, sich mit einer Prüfung des Anteils von Männern und Frauen an der diskriminierten Gruppe zu begnügen, wenn ein objektiver neuer Gesichtspunkt, gewöhnlich der Umstand, daß diese Gruppe sozial von vorneherein aufgrund des Geschlechts festgelegt ist, den Schluß zuläßt, daß diese Gruppe ihrer Natur nach einem rein weiblichen oder männlichen Beruf entspricht.

64. Jedenfalls kann eine vergleichende Untersuchung der Angaben betreffend die beiden Gruppen auch in den Fällen nicht ausgeschlossen werden, in denen der Gerichtshof sich offensichtlich damit begnügt, die diskriminierte Gruppe zu untersuchen.

65. Das Erfordernis einer vergleichenden Untersuchung des Anteils von Männern und Frauen in den beiden Gruppen ergibt sich in erster Linie und hauptsächlich daraus, daß nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine Bestimmung nur dann als „grundsätzlich" gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßend angesehen werden kann, wenn in der diskriminierten Gruppe ein „erheblich höherer" Prozentsatz Frauen als Männer beschäftigt ist und/oder in der begünstigten Gruppe ein „erheblich geringerer" Prozentsatz Frauen als Männer beschäftigt ist [94]. Wie ich bereits in meinen Schlußanträgen in der Rechtssache Seymour-Smith u. a. [95] ausgeführt habe, muß für die Feststellung, ob bei einer Gruppe ein „bedeutsamer Unterschied" hinsichtlich des Prozentsatzes vorliegt, auch der Zusammensetzung der anderen Gruppe Rechnung getragen werden. Diese andere Gruppe muß entweder die gegenteilige Tendenz oder gleichartige Prozentsätze oder dieselbe Tendenz, aber in im Verhältnis zur ersten Gruppe gemäßigter Form, aufweisen. Wenn der Unterschied hinsichtlich des Prozentsatzes in den beiden Gruppen nämlich identisch oder vergleichbar ist, werden die Arbeitnehmer dieser beiden Gruppen gleich und nicht ungleich behandelt [96].

66. Zweitens ist das Vorhandensein eines größeren Anteils von Frauen nicht nur innerhalb der diskriminierten Gruppe, sondern auch innerhalb der begünstigten Gruppe von Arbeitnehmern in Anbetracht dessen, daß für das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung eine widerlegbare Vermutung spricht, ein logisch wesentlicher Gesichtspunkt für den objektiven, nicht auf Gründen des Geschlechts beruhenden Charakter der vorgenommenen Differenzierung, auf den sich der Arbeitgeber berufen kann [97]. Natürlich

94 — Zur Gruppe der vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmer vgl. das in Fußnote 47 zitierte Urteil Bilka (Randnr. 29).

95 — Zitiert in Fußnote 15.

96 — Vgl. Fußnote 50 meiner in Fußnote 15 zitierten Schlußanträge in der Rechtssache Seymour-Smith u. a.

97 — Vgl. die bereits in Fußnote 40 zitierten Urteile Kowalska (Randnr. 16) und Nimz (Randnr. 15).

läßt sich einwenden, in diesem Fall obliege es dem Arbeitgeber und nicht dem Arbeitnehmer, den Anteil von Männern und Frauen in der zweiten Gruppe nachzuweisen. Die Annahme, daß in jedem Fall das Verhältnis von Männern und Frauen in den beiden Gruppen zu prüfen ist, kann somit auch von der Beweislast für die Diskriminierung abhängen. Diese Einschätzung läuft jedoch offenbar nicht dem grundsätzlichen Erfordernis zuwider, eine vergleichende Untersuchung des Verhältnisses von Männern und Frauen in den beiden Arbeitnehmergruppen vorzunehmen. Wie bereits ausgeführt, gab es in den Fällen, in denen der Gerichtshof sich mit einer Prüfung der Gegebenheiten in bezug auf die diskriminierte Gruppe begnügte, einen objektiven Beweis für die mittelbare Diskriminierung, der auf allgemeinen Erfahrungswerten beruhte, und der im übrigen in den meisten Fällen schlicht und einfach die von vorneherein bestehende Gewißheit hinsichtlich der Ergebnisse der statistischen Analysen der beiden Gruppen bestätigte. Die vergleichende Untersuchung des Verhältnisses zwischen Männern und Frauen innerhalb der beiden Gruppen von Arbeitnehmern stellt die Regel dar, die in jedem Zweifelsfall gilt, während die Prüfung nur einer Gruppe die Ausnahme ist. Die vergleichende Untersuchung des Verhältnisses von Männern und Frauen innerhalb der beiden Gruppen entspricht im übrigen dem für den Nachweis der Diskriminierung aufgrund des Vergleichs repräsentativer Arbeitnehmergruppen geltenden Grundsatz, nach dem die Wahl einer Gruppe nicht zugelassen werden kann, wenn anzunehmen ist, daß sie zu einem bestimmten Zweck, d. h. um das Vorbringen der einen oder der anderen Seite zu stützen, erfolgt ist.

67. Unabhängig vom Vorliegen sachlicher Kriterien, die zu dem Schluß führen können, daß ein Beruf oder ein Kriterium seiner Natur nach weiblichen Charakter hat, ist es somit zweckmäßig, wenn das nationale Gericht eine vergleichende Untersuchung des Anteils von Männern und Frauen in jeder Arbeitnehmergruppe vornimmt. Im vorliegenden Fall stellt sich meines Erachtens angesichts der vorangegangenen Erwägungen nicht die Frage der Wahl. Der Beruf der als Psychotherapeuten tätigen Psychologen kann nicht aufgrund der Bedingungen, unter denen er ausgeübt wird, als von Natur aus rein weiblich eingestuft werden, während das Kriterium der Berufsberechtigung des Psychologen oder Arztes grundsätzlich als objektiv neutral im Hinblick auf das Geschlecht angesehen werden kann, da beide Berufsgruppen bereits ein hohes Berufsausbildungsniveau voraussetzen, so daß die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede nicht als Folge des Umstands angesehen werden können, daß weibliche Arbeitnehmer weniger Möglichkeiten hätten, eine so gründliche Berufsausbildung zu erwerben wie die männlichen Arbeitnehmer, oder diese Möglichkeiten in geringerem Maße genutzt hätten [98].

68. Meiner Auffassung nach sollte der Gerichtshof die vierte Frage wie folgt beantworten: Für den Nachweis des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung ist in einer Situation wie der in der zweiten und dritten Frage beschriebenen stets das Verhältnis von Männern und Frauen in beiden Gruppen, d. h. der diskriminierten Gruppe und derjenigen, die hierdurch begünstigt ist, maßgeblich.

69. Nach der Prüfung, auf welcher Ebene die verglichenen Arbeitnehmergruppen anzusie-

98 — Vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil Danfoss (Randnr. 23).

deln sind, muß das nationale Gericht diese Gruppen genau abgrenzen, wie dies in der fünften Vorabentscheidungsfrage des vorlegenden Gerichts angesprochen wird. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat die Kriterien, anhand deren diese Abgrenzung zu erfolgen hat, in umfassender Weise festgelegt, damit die Wahl und die Zusammensetzung dieser Gruppen kein Zufallsergebnis sind und damit sie vergleichbar sind. So heißt es im Urteil Royal Copenhagen [99], das die vorangegangene Rechtsprechung des Gerichtshofes systematisch aufbereitet: „Die Prüfung der Frage, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet ist, erfordert einen Vergleich zwischen dem den Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts für eine gleiche Arbeit oder für als gleichwertig angesehene Arbeiten gezahlten Entgelt. Wenn ein solcher Vergleich des Durchschnittsentgelts zwei nach Stückzahl entlohnte Gruppen von Arbeitnehmern betrifft, muß er sich, um aussagekräftig zu sein, auf Gruppen beziehen, die jeweils sämtliche Arbeitnehmer umfassen, die unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren, wie Art der Arbeit, Ausbildungsanforderungen und Arbeitsbedingungen, als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können. Der Vergleich muß sich außerdem auf eine relativ große Zahl von Arbeitnehmern beziehen [100], um auszuschließen, daß die festgestellten Unterschiede rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln ... Es ist Sache des nationalen Gerichts, die erforderlichen Würdigungen des Sachverhalts des Ausgangsverfahrens im Hinblick auf die genannten Kriterien vorzunehmen." [101] Die zuvor erwähnten Kriterien sind somit offensichtlich allgemeingültig. Ungeachtet des Wortlauts des Urteils ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen sie nur für Arbeitnehmer gelten sollten, die nach Akkord bezahlt werden.

70. Somit sind die Vergleichsgruppen im vorliegenden Fall unter Anwendung der vorgenannten Kriterien auf der Ebene des Anwendungsbereichs der allgemeinen Kollektivarbeitsverträge zu bilden, wie ich bereits in der Antwort auf die dritte Frage ausgeführt habe. Ausgehend von dem durch die Kollektivverträge eingeführten Kriterium für die Differenzierung des Entgelts, nämlich dem Kriterium der Berufsberechtigung, handelt es sich hierbei um die Gruppe der Psychologen, die zur selbständigen Ausübung des psychologischen Berufes berechtigt sind und die bei allen österreichischen Sozialversicherungsträgern tätig sind, und um die Gruppe der Ärzte, die zur selbständigen Berufsausübung als Facharzt berechtigt sind und die bei allen österreichischen Sozialversicherungsträgern als Fachärzte tätig sind. Auf der Ebene dieser beiden Gruppen, in deren Rahmen der auf die Kollektivverträge zurückgehende Besoldungsunterschied besteht, ist somit der Prozentsatz männlicher und weiblicher Arbeit-

99 — Zitiert in Fußnote 21.

100 — Die Frage der Festlegung einer Mindestzahl wird jedoch nicht aufgeworfen. Vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts Léger in dieser Rechtssache (Nr. 30).

101 — Randnrn. 32 bis 35. Siehe auch das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby (Randnr. 17).

nehmer zu prüfen, um festzustellen, ob eine Diskriminierung im Hinblick auf das Entgelt vorliegt [102].

71. Die Lösung des mit der fünften Frage aufgeworfenen Problems ist jedoch nicht so einfach, wie sie auf den ersten Blick erscheint, da nicht vergessen werden darf, daß die erste Frage bejaht worden sein muß, bevor sich die fünfte Frage stellen kann.

Normalerweise setzt die Wahl und die Zusammensetzung der Vergleichsgruppen voraus, daß eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausgeübt wird [103]. Voraussetzung dafür, daß das nationale Gericht die Vergleichsgruppen detaillierter festlegen kann, ist somit grundsätzlich der Nachweis, daß diese Gruppen eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben. Wie ich jedoch bei der Untersuchung der ersten Frage ausgeführt habe, kann im vorliegenden Fall, in dem unterschiedliche Berufsberechtigungen bestehen, die Ausübung einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit nur angenommen werden, wenn die Ausübung der Psychotherapie als Ausübung der gleichen Tätigkeit angesehen wird. Das Kriterium der Ausübung einer gleichen Tätigkeit muß somit, auch wenn es in den Kollektivarbeitsverträgen nicht erwähnt wird, mit demjenigen des Besitzes einer bestimmten Berufsberechtigung kombiniert werden, damit sich die betreffenden Gruppen in einer vergleichbaren Situation befinden. Aufgrund dessen müßten die beiden Vergleichsgruppen einerseits aus Psychologen bestehen, die zur selbständigen Ausübung des psychologischen Berufes berechtigt sind und die bei sämtlichen österreichischen Sozialversicherungsträgern als Psychotherapeuten beschäftigt sind, und zum anderen aus Ärzten, die zur selbständigen Berufsausübung als Facharzt berechtigt sind und die bei sämtlichen österreichischen Sozialversicherungsträgern als Psychotherapeuten beschäftigt sind.

102 — Es sei darauf hingewiesen, daß sich die erforderlichen statistischen Angaben auf der Ebene der fraglichen Gruppen nicht klar aus den Akten entnehmen lassen. Diese enthalten nämlich keine klaren statistischen Angaben hinsichtlich des Prozentsatzes männlicher und weiblicher Arbeitnehmer bezogen auf sämtliche Diplom-Psychologen oder bezogen auf sämtliche Ärzte, die bei den österreichischen Sozialversicherungsträgern arbeiten. In ihren schriftlichen Erklärungen sowie in der mündlichen Verhandlung hat die Krankenkasse einige einschlägige Statistiken vorgelegt (vgl. Fußnote 11 dieser Schlußanträge). In jedem Fall ist es jedoch Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob die von den Parteien zum Nachweis einer mittelbaren Diskriminierung herangezogenen Statistiken geeignet sind (vgl. das in Fußnote 16 zitierte Urteil Enderby, Randnr. 17).
Im Hinblick auf die im Zusammenhang mit der Auswahl der geeigneten Statistiken herrschende Verwirrung ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die Kommission zwar vorträgt, die Arbeitnehmergruppen müßten auf der Ebene der Kollektivverträge verglichen werden, jedoch in der mündlichen Verhandlung die Psychologen, die als Psychotherapeuten tätig sind, mit Ärzten ganz allgemein verglich und in ihren schriftlichen Erklärungen Zahlenangaben vergleicht, die sich, was Ärzte angeht, auf sämtliche Arbeitnehmer beziehen, die bei der Krankenkasse beschäftigt sind, und, was Diplom-Psychologen angeht, auf sämtliche Arbeitnehmer beziehen, die von den Sozialversicherungsträgern als Psychotherapeuten eingesetzt werden (vgl. schriftliche Erklärungen der Kommission, Nr. 48). Die von der Kommission hieraus gezogene Schlußfolgerung, Frauen seien sowohl bei den Ärzten als auch bei den Psychologen in der Mehrheit, ist daher nicht überzeugend, da sie nicht auf geeignete Zahlenangaben gestützt ist.
Ebenso ist darauf hinzuweisen, daß die Festlegung der vorgenannten Ebene für den Vergleich der Arbeitnehmergruppen den Hinweis der Krankenkasse gegenstandslos macht, der Umstand, daß es im Ausgangsverfahren lediglich um eine Ambulanz mit sechs Ärzten und sechs Psychologen gehe, während von den Dienstordnungen für die von den Sozialversicherungsträgern beschäftigten Arbeitnehmer insgesamt 1 932 Ärzte, 50 Psychologen und 27 651 andere Arbeitnehmer erfaßt würden, sei vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofes von Bedeutung, wonach bei der Prüfung, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer vorliege, der Vergleich sich auf eine relativ große Zahl von Arbeitnehmern beziehen müsse, um auszuschließen, daß die festgestellten Unterschiede rein zufällige Erscheinungen widerspiegelten.

103 — Vgl. Schlußanträge des Generalanwalts Lenz in der in Fußnote 22 zitierten Rechtssache Danfoss (Nr. 40). Vgl. auch das in Fußnote 21 zitierte Urteil Royal Copenhagen (Randnrn. 32 f.).

Ein auf der Ebene der vorgenannten Gruppen durchgeführter Vergleich zwecks Feststellung, ob sich ein Problem der Diskriminierung im Hinblick auf das Entgelt stellt, wäre jedoch nicht zweckmäßig. Was das Entgelt der beiden Arbeitnehmergruppen, d. h. der als Psychotherapeuten tätigen Ärzte und der als Psychotherapeuten tätigen Psychologen, angeht, sind die zahlenmäßig zu vergleichenden Gruppen, wie zuvor ausgeführt, auf der Ebene der Kollektivverträge, d. h. auf der Ebene, auf der das Entgelt endgültig festgelegt wird, abgegrenzt. Wenn gleichwohl die Untergruppen der Ärzte und Psychologen, die bei sämtlichen österreichischen Sozialversicherungsträgern als Psychotherapeuten beschäftigt sind, zu berücksichtigen sind, dient dies ausschließlich der Prüfung, ob eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorliegt. Wenn also auf dieser Ebene Zahlenangaben vorlägen, die das Problem einer Diskriminierung zu Lasten der Frauen aufwerfen könnten, ohne daß entsprechende Zahlenangaben auf der Ebene der Kollektivverträge vorlägen [104], beträfe diese Diskriminierung in der Praxis nicht das Entgelt, sondern andere Aspekte der Arbeit der fraglichen Gruppen. Konkret ausgedrückt, es könnte eine geschlechtsbedingte Diskriminierung im Zusammenhang mit der Auswahl der Personen, die als Psychotherapeuten beschäftigt werden, unter den Ärzten und/oder den Psychologen vorliegen.

Insoweit ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es gerade diese Besonderheit des Ausgangsrechtsstreits ist, d. h. der Umstand, daß das Vorliegen einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit nur auf einer anderen Ebene als derjenigen beurteilt werden kann, auf der die Arbeitnehmergruppen verglichen werden, um festzustellen, ob ein Problem der Diskriminierung im Hinblick auf das Entgelt vorliegt, die zwei Dinge bestätigt. Zum einen läßt sie erkennen, wie schwierig es ist, von der Annahme auszugehen, daß zwei Arbeitnehmergruppen eine gleiche oder gleichwertige Arbeit ausüben — oder einen gleichen Arbeitsplatz innehaben —, wenn sie zufällig die gleiche Tätigkeit ausüben, ohne daß dies an ihrer unterschiedlichen beruflichen Stellung in irgendeiner Weise etwas ändern würde. Zum anderen zeigt sie, welche komplizierten Erwägungen hier angestellt werden müßten, wenn man dieser Auffassung folgen wollte.

72. Unter dem letztgenannten Vorbehalt schlage ich dem Gerichtshof vor, die fünfte Frage, wenn er dies für angebracht hält, wie folgt zu beantworten: Stellt die von zwei Berufsgruppen ausgeübte gleiche Arbeit eine der von der Berufsberechtigung umfaßten Tätigkeiten dar, sind alle Arbeitnehmer zu berücksichtigen, die eine derartige Berufsberechtigung besitzen und in den Anwendungsbereich des Kollektivarbeitsvertrags fallen.

F — *Zur siebten Frage*

73. Mit seiner siebten Frage begehrt das vorlegende Gericht vom Gerichtshof im wesentlichen die Klärung der Frage, ob eine auf der Anwendung eines bestimmten Kollektivar-

104 — Im vorliegenden Fall enthalten die Akten, wie bereits ausgeführt, keine Zahlenangaben auf Ebene der Kollektivverträge, doch heißt es im Vorlagebeschluß insoweit, daß von insgesamt 34 Personen, die bei den Sozialversicherungsträgern als Psychotherapeuten beschäftigt sind, 24 Diplom-Psychologen, darunter 18 Frauen und 6 Männer, und 10 Ärzte, darunter 2 Frauen und 8 Männer, sind. Der Prozentsatz von Frauen ist somit nur in der Gruppe der als Psychotherapeuten tätigen Diplom-Psychologen sehr viel höher, während er in der Gruppe der Ärzte, die als Psychotherapeuten tätig sind, sehr viel niedriger ist.

beitsvertrags oder einer bestimmten Dienstordnung beruhende, gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßende Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erst ab dem Zeitpunkt, in dem der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften sie feststellt, oder rückwirkend aufgehoben wird.

74. Nach ständiger Rechtsprechung wird durch die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, die der Gerichtshof in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 177 des Vertrages vornimmt, erläutert und erforderlichenfalls verdeutlicht, in welchem Sinn und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist oder gewesen wäre. Daraus folgt, daß die Gerichte die Vorschrift in dieser Auslegung auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlaß des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, anwenden können und müssen, wenn alle sonstigen Voraussetzungen für die Anrufung der zuständigen Gerichte in einem die Anwendung dieser Vorschrift betreffenden Streit vorliegen [105].

75. Ausnahmen von der vorgenannten Regel sind nur in ganz besonderen Ausnahmefällen zulässig, in denen die Einhaltung dieser Regel nach Auffassung des Gerichtshofes dem in der Gemeinschaftsrechtsordnung verankerten Grundsatz der Rechtssicherheit zuwiderläuft. Bei der Prüfung, ob dieser Grundsatz eine zeitliche Beschränkung der Wirkungen eines Urteils, durch das über ein Auslegungsersuchen entschieden wird, gebietet, prüft der Gerichtshof, ob a) die Gefahr von schweren wirtschaftlichen Folgen besteht, die insbesondere auf die große Zahl von Rechtsverhältnissen zurückzuführen sind, die in gutem Glauben auf der Grundlage einer als rechtswirksam angesehenen Regelung begründet wurden, und ob b) die einzelnen und die nationalen Behörden zu einem nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehenden Verhalten aufgrund einer objektiven und erheblichen Unsicherheit in bezug auf die Tragweite der vom Gerichtshof ausgelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften veranlaßt wurden, zu der unter Umständen gerade das Verhalten anderer Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen hatte; im Falle der Feststellung, daß das Verhalten der anderen Mitgliedstaaten oder der Kommission zur Entstehung oder Verstärkung dieser Unsicherheit beitrug, hat dies besonderen Einfluß auf die fragliche Entscheidung [106].

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes muß eine solche Einschränkung jedoch in dem Urteil selbst enthalten sein, durch das über das Auslegungsersuchen entschieden wird [107]. Diese Beschränkung gilt allerdings nicht für diejenigen, die vorher Klage erhoben oder eine gleichwertige Beschwerde eingereicht haben [108].

105 — Vgl. Urteil vom 13. Februar 1996 in den verbundenen Rechtssachen C-197/94 und C-252/94 (Bautiaa und Société française maritime, Slg. 1996, I-505, Randnr. 47). Vgl. auch Urteile vom 27. März 1980 in der Rechtssache 61/79, Denkavit italiana, Slg. 1980, 1205, Randnr. 16) und in den verbundenen Rechtssachen 66/79, 127/79 und 128/79 (Salumi u. a., Slg. 1980, 1237, Randnr. 9). Vgl. ferner Urteile vom 10. Juli 1980 in der Rechtssache 811/79 (Ariete, Slg. 1980, 2545, Randnr. 6) und in der Rechtssache 826/79 (Mireco, Slg. 1980, 2559, Randnr. 7), vom 13. Dezember 1983 in der Rechtssache 222/82 (Lewis u. a., Slg. 1983, 4083, Randnr. 38), vom 2. Februar 1988 in der Rechtssache 309/85 (Barra, Slg. 1988, 355, Randnr. 11), vom 5. Oktober 1988 in der Rechtssache 210/87 (Padovani u. a., Slg. 1988, 6177, Randnr. 12), vom 14. Dezember 1988 in der Rechtssache 269/87 (Ventura, Slg. 1988, 6411, Randnr. 15) und vom 6. Juli 1995 in der Rechtssache C-62/93 (BP Soupergaz, Slg. 1995, I-1883, Randnr. 39).

106 — Vgl. das in Fußnote 105 zitierte Urteil Bautiaa (Randnr. 48); vgl. auch das in Fußnote 17 zitierte Urteil Defrenne (Randnrn. 69 ff.) und das in Fußnote 40 zitierte Urteil Worringham und Humphreys (Randnrn. 29 ff.) sowie die Urteile vom 27. Mai 1981 in den verbundenen Rechtssachen 142/80 und 143/80 (Essevi und Salengo, Slg. 1981, 1413, Randnrn. 30 ff.), vom 2. Februar 1988 in der Rechtssache 24/86 (Blaizot, Slg. 1988, 379, Randnrn. 28 ff.), das in Fußnote 76 zitierte Urteil Barber, Randnrn. 40 ff.), die Urteile vom 31. März 1992 in der Rechtssache C-200/90 (Dansk Denkavit und Poulsen Trading, Slg. 1992, I-2217, Randnrn. 20 ff.), vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-163/90 (Legros u. a., Slg. 1992, I-4625, Randnrn. 28 ff.), vom 11. August 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-367/93 bis C-377/93 (Roders u. a., Slg. 1995, I-2229, Randnrn. 41 ff.), vom 14. September 1995 in den verbundenen Rechtssachen C-485/93 und C-486/93 (Simitzi, Slg. 1995, I-2655, Randnrn. 29 ff.) und vom 19. Oktober 1995 in der Rechtssache C-137/94 (Richardson, Slg. 1995, I-3407, Randnrn. 32 ff.).

107 — Vgl. das in Fußnote 106 zitierte Urteil Blaizot (Randnr. 28).

108 — Vgl. das in Fußnote 106 zitierte Urteil Blaizot (Randnr. 35).

Bei der Entscheidung, ob die Tragweite eines Urteils zeitlich zu begrenzen ist, ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen, daß bei allen gerichtlichen Entscheidungen zwar ihre praktischen Auswirkungen sorgfältig erwogen werden müssen, dies aber nicht so weit gehen darf, daß die Objektivität des Rechts gebeugt und seine zukünftige Anwendung unterbunden wird, nur weil eine Gerichtsentscheidung für die Vergangenheit gewisse Auswirkungen haben kann [109].

76. Ausgehend von den im Vorlagebeschluß angestellten Erwägungen stellt sich die siebte Frage nicht, wenn der Gerichtshof in Beantwortung der ersten Frage lediglich feststellt, daß eine „gleiche Arbeit" oder ein „gleicher Arbeitsplatz" vorliegt, sondern nur dann, wenn er in Beantwortung der sechsten Frage feststellt, daß die verschiedenen Ausbildungsniveaus und Berufsberechtigungen bei Ausübung einer gleichen Tätigkeit als solche keine Unterschiede darstellen, die eine Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag rechtfertigen. Somit sind nur in diesem letztgenannten Fall die Voraussetzungen für die Anwendung der erwähnten Rechtsprechung zu prüfen.

77. Die unmittelbare Anwendung des Artikels 119 gehört bereits seit den Urteilen Defrenne [110] und Jenkins [111] zum gemeinschaftlichen Besitzstand. Seit dem 1. Juli 1995, dem Zeitpunkt des Beitritts der Österreichischen Republik zur Europäischen Union, dürfen die Sozialpartner dieses Staates daher die in dieser Bestimmung aufgestellten Voraussetzungen bei der Aushandlung von Kollektivverträgen nicht mehr unbeachtet lassen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß, anders als das vorlegende Gericht in seinem Beschluß und die Krankenkasse in ihren Erklärungen ausführen, der Umstand, daß gutgläubig Rechtsbeziehungen auf der Grundlage einer Regelung geknüpft wurden, die allgemein als mit dem nationalen Recht vereinbar angesehen wurde, ohne Bedeutung ist. Damit sich die Frage des Vertrauensschutzes hinsichtlich der zeitlichen Wirkungen eines Urteils stellen kann, müßten die Rechtsbeziehungen auf der Grundlage einer Regelung entstanden sein, die allgemein als gemeinschaftsrechtskonform angesehen wurde.

Gestützt auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, wie sie sich aus dem Urteil Danfoss [112] ergibt, könnten die Mitgliedstaaten und die Sozialpartner zu Recht darauf vertrauen, daß die verschiedenen Ausbildungsniveaus und Berufsberechtigungen, die sich aus einer unterschiedlichen Berufsausbildung ergeben, unter den in diesem Urteil festgelegten Bedingungen Unterschiede darstellen, die objektiv eine Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag rechtfertigen. Sollte das Urteil, das der Gerichtshof erlassen wird, also erheblich vom Urteil Danfoss abweichen, würde dies tatsächlich die Gefahr von schweren wirtschaftlichen Folgen heraufbeschwören, die insbesondere auf die große Zahl von Rechtsverhältnissen zurückzuführen sind, die in gutem Glauben auf der Grundlage einer als rechtswirksam und gemeinschaftsrechtskonform angesehenen Regelung begründet wurden, sowie darauf, daß die Sozialpartner aufgrund einer objektiven und erheblichen Unsicherheit in bezug auf die Tragweite der vom Gerichtshof ausgelegten gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu einem nicht im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht ste-

109 — Vgl. das in Fußnote 106 zitierte Urteil Blaizot (Randnr. 30).

110 — Vgl. das in Fußnote 17 zitierte Urteil.

111 — Vgl. das in Fußnote 26 zitierte Urteil.

112 — Vgl. das in Fußnote 22 zitierte Urteil.

henden Verhalten veranlaßt wurden. Zur Entstehung oder Verstärkung dieser Unsicherheit hätte nicht das Verhalten der anderen Mitgliedstaaten oder der Kommission beigetragen, sondern die Rechtsprechung des Gerichtshofes selbst [113].

78. Aufgrund all dessen schlage ich dem Gerichtshof vor, die zeitlichen Wirkungen seines Urteils für diejenigen, die bisher nicht gerichtlich Klage erhoben oder eine gleichwertige Beschwerde eingereicht haben, ausschließlich in dem Fall auf die Zukunft zu beschränken, indem er unter erheblicher Abweichung vom Urteil Danfoss letztlich entscheiden sollte, daß die verschiedenen Ausbildungsniveaus und Berufsberechtigungen im Rahmen der Ausübung einer gleichen Tätigkeit als solche keine Unterschiede darstellen, die eine Diskriminierung im Sinne des Artikels 119 EG-Vertrag rechtfertigen.

VI — Ergebnis

79. Ich schlage dem Gerichtshof vor, die Vorabentscheidungsfragen des Oberlandesgerichts Wien wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 119 EG-Vertrag ist dahin auszulegen, daß eine „gleiche Arbeit" oder ein „gleicher Arbeitsplatz" nicht vorliegt, wenn die gleiche Tätigkeit über einen erheblichen Zeitraum (mehrere Entgeltzahlungsperioden) von Arbeitnehmern mit unterschiedlicher Berufsberechtigung ausgeübt wird, sofern die Arbeitnehmer im Hinblick auf die jeweilige spezielle Berechtigung eingestellt worden sind und diese Berechtigungen im Zusammenhang mit der von ihnen ausgeübten Tätigkeit stehen.

2. Aufgrund der vorangegangenen Antwort auf die erste Frage erübrigt sich die Beantwortung der anderen Fragen.

113 — Vgl. zum Schutz des durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes begründeten Vertrauens das Urteil vom 30. April 1996 in der Rechtssache C-308/93 (Cabanis-Issarte, Slg. 1996, I-2097, Randnrn. 47 und 48 der Gründe und Nr. 2 des Tenors).