SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCIS G. JACOBS

vom 16. Dezember 1999 *

1. In dieser Rechtssache hat der schwedische Arbetsdomstol (Arbeitsgericht) im wesentlichen die Frage vorgelegt, ob für den im Rahmen des Artikels 119 EG-Vertrag (die Artikel 117 bis 120 EG-Vertrag sind durch die Artikel 136 EG bis 143 EG ersetzt worden) und der Richtlinie über gleiches Arbeitsentgelt [1] angestellten Vergleich der Arbeitsentgelte eines Mannes und einer Frau, die gleichwertige Arbeit verrichten, zu berücksichtigen ist, daß diejenigen, die ungünstige Arbeitszeiten haben, eine Zulage erhalten und eine kürzere Arbeitszeit haben.

Sachverhalt und Ausgangsverfahren

2. Im Ausgangsverfahren beantragt der Jämställdhetsombudsman (Gleichberechtigungsbeauftragter), das Örebrö Läns Landsting (Bezirkstag des Regierungsbezirks Örebrö) zu verurteilen, zugunsten von zwei Hebammen, Kristina Ellmén und Kia Wetterberg, Schadensersatz zu leisten, weil es die Hebammen diskriminiere, indem es ihnen während eines bestimmten Zeitraums ein niedrigeres monatliches Grundgehalt zahle als einem Krankenhausingenieur, obwohl sie gleichwertige Arbeit verrichteten.

3. Das monatliche Grundgehalt der Hebammen beträgt für die eine 17 400 SEK, für die andere 16 600 SEK, während sich das monatliche Grundgehalt des Ingenieurs auf 19 650 SEK beläuft. Sowohl die Hebammen als auch der Ingenieur arbeiten als Bedienstete des Bezirkstags im Regionalkrankenhaus Örebrö. In jenem Krankenhaus sind nur Hebammen, nicht aber Entbindungspfleger beschäftigt; ungefähr 90 % der dort angestellten Krankenhausingenieure sind Männer.

4. Die betroffenen Hebammen arbeiten grundsätzlich in einem Drei-Schichten-Dienst mit drei sich überschneidenden Schichten pro 24-Stunden-Tag, obwohl sie anscheinend manchmal auch nach einem anderen Modus arbeiten, nämlich in einem Zwei-Schichten-Dienst (Tag/Abend), im Nachtdienst oder im Tagdienst. Während des maßgeblichen Zeitraums arbeiteten die Hebammen meistens im Drei-Schichten-

* Originalsprache: Englisch.

1 — 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 (ABl. L 45, S. 19).

Dienst oder im Zwei-Schichten-Dienst; manchmal hatten sie auch Nachtdienst.

5. Die Hebammen und der Ingenieur fallen unter denselben Tarifvertrag [2]. Dieser sieht vor, daß eine Vollzeitarbeitswoche durchschnittlich 40 Stunden umfaßt, sofern a) nicht an Sonntagen und/oder Feiertagen gearbeitet wird — in diesen Fällen umfaßt sie im Durchschnitt 38 Stunden und 15 Minuten (38-Stunden-Woche) — oder sofern b) nicht Vereinbarungen wie das oben genannte Schichtsystem bestehen — in diesen Fällen umfaßt sie 34 Stunden und 20 Minuten (34-Stunden-Woche) [3].

6. Das monatliche Grundgehalt unterscheidet sich im Einzelfall nicht danach, ob die 40-Stunden-Woche, die 38-Stunden-Woche oder die 34-Stunden-Woche gilt. So erhält eine Hebamme das gleiche monatliche Grundgehalt unabhängig davon, ob sie in der 38-Stunden-Woche oder der 34-Stunden-Woche (oder, was auch möglich ist, der 40-Stunden-Woche) arbeitet.

7. Der Tarifvertrag, unter den die Hebammen und der Ingenieur fallen, sieht weiter vor, daß Arbeitnehmer mit ungünstigen Arbeitszeiten (Wochenenden, Feiertage, Nächte oder Drei-Schichten-Dienst), ausgenommen Überstunden, Anspruch auf eine Zulage für ungünstige Arbeitszeit haben [4]. Die Zulage besteht in einem festen Betrag pro Stunde; sie hängt nicht von den anderen Bezügen des Arbeitnehmers ab, schwankt aber je nach der Tageszeit, in die die Arbeitsstunden fallen (z. B. ist sie bei Nachtarbeit höher als bei Abendarbeit) und danach, ob der Arbeitnehmer an einem Wochenende oder einem Feiertag gearbeitet hat. Der einschlägige Tarifvertrag legt den Satz und die als ungünstig betrachteten Stunden fest [5].

8. Nach dem Tarifvertrag bestehen die Bezüge aus dem Gehalt gemäß §§ 14 bis 18 des Tarifvertrags, verschiedenen Arten von Urlaubsgeld und einer Reihe von Zahlungen einschließlich der Zulage für ungünstige Arbeitszeit [6]. Aus den Fragen des nationalen Gerichts geht hervor, daß der Tarifvertrag weiter vorsieht, daß diese Zulage und bestimmte andere Zahlungen für die Feststellung von Krankengeld, Renten, Schadensersatz [7] und anderen arbeitsentgeltbezogenen Zahlungen berücksichtigt werden.

9. Der Ingenieur arbeitet von Montag bis Freitag in Vollzeit in einer normalen 40-Stunden-Woche ohne ungünstige Arbeitszeiten. Müsste er allerdings nach seinem Arbeitsvertrag im Drei-Schichten-Dienst

2 — Allmänna Bestämmelser 95 (Allgemeine Bestimmungen 95).
3 — § 8.
4 — § 32.
5 — Anhang A.
6 — § 13.
7 — Vermutlich bei Kündigung oder Stellenabbau.

arbeiten, so hätte er auf der gleichen Grundlage wie die Hebammen Anspruch auf die Zulage für ungünstige Arbeitszeit, und seine Vollzeitstunden würden sich auf nur 34 Stunden und 20 Minuten belaufen; sein monatliches Grundgehalt bliebe dagegen unverändert. Nach dem Tarifvertrag wird von den Arbeitnehmern verlangt, bei Bedarf ihren Dienstplan zu ändern, ihre Arbeitszeit anzupassen und Überstunden oder Bereitschaftsdienst zu leisten [8].

10. Der Bezirkstag räumt ein, daß die Hebammen ein niedrigeres monatliches Grundgehalt erhalten als der Ingenieur, macht jedoch geltend, daß die Zulage für ungünstige Arbeitszeit und der Gegenwert der Arbeitszeitverkürzung in die Grundlage für den Entgeltvergleich einbezogen werden müßten und daß auf dieser Grundlage die Hebammen nicht diskriminiert würden.

11. Aus dem Vorlagebeschluß geht hervor, daß die Parteien zudem darüber streiten, ob die Arbeit des Krankenhausingenieurs gleichwertig mit der der Hebammen ist und ob, wenn dem so ist, der Unterschied beim Entgelt unmittelbar oder mittelbar mit dem Geschlecht der Arbeitnehmer zusammenhängt. Der Ombudsmann hat allerdings beantragt, durch Zwischenurteil festzustellen, daß der Bezirkstag den Hebammen ein niedrigeres Entgelt gezahlt hat als dem Ingenieur, und das Arbeitsgericht hat mit dem Einverständnis der Parteien beschlossen, vorab über die Einzelfrage zu entscheiden, ob ein Unterschied beim Entgelt vorliegt. Um diese Entscheidung fällen zu können, ist es für das Arbeitsgericht eindeutig erforderlich, die zu vergleichenden Bezüge zu bestimmen. Dementsprechend ersucht es den Gerichtshof um Hinweise zu folgenden Fragen:

„1. Ist die Zulage für ungünstige Arbeitszeit nach Artikel 119 EG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen in die Grundlage für einen Arbeitsentgeltvergleich bei angeblicher Diskriminierung beim Arbeitsentgelt einzubeziehen? Welche Bedeutung kommt der Tatsache zu, daß die Zulage für ungünstige Arbeitszeit von Monat zu Monat je nach der Einteilung des Dienstplans variiert?

2. Ist es für die Entscheidung der Frage 1 von Bedeutung, daß es in der Regel zu den Arbeitspflichten der Hebammen gehört, zu Zeiten zu arbeiten, die Anspruch auf Zulage für ungünstige Arbeitszeit geben, während ein Krankenhausingenieur nicht regelmäßig zu Zeiten arbeitet, die Anspruch auf eine solche Zulage geben?

3. Ist die Tatsache, daß die Zulage für ungünstige Arbeitszeit nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften in die

8 — § 6.

Arbeitsentgeltgrundlage für die Feststellung von Renten, Krankengeld, Schadensersatz und anderer arbeitsentgeltbezogener Zahlungen einbezogen wird, für die Entscheidung der Frage bedeutend, ob die Zulage für ungünstige Arbeitszeit in die Grundlage für einen Arbeitsentgeltvergleich bei angeblicher Diskriminierung beim Arbeitsentgelt einzubeziehen ist?

4. Ist die Arbeitszeitverkürzung — im Sinne des Unterschieds der Arbeitszeitdauer bei Arbeit während des Tages und bei ständigem Drei-Schichten-Dienst — nach Artikel 119 EG-Vertrag und nach der Richtlinie 75/117/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei einem Arbeitsentgeltvergleich im Falle einer angeblichen Diskriminierung beim Arbeitsentgelt zu berücksichtigen? Wenn die Frage zu bejahen ist: Welche Bedeutung hat die Tatsache, daß die kürzere Arbeitszeit bei ständigem Drei-Schichten-Dienst tarifvertraglich als Vollzeitarbeit gilt? Ist, wenn für die Arbeitszeitverkürzung ein besonderer Wert anzusetzen ist, dieser Wert dann in dem festen monatlichen Geldlohn enthalten, oder ist er eine besondere Zulage, die in den Arbeitsentgeltvergleich einzubeziehen ist?

5. Ist es für die Entscheidung der Frage 4 von Bedeutung, daß zwar die Hebammen, nicht aber ein Krankenhausingenieur Schicht arbeiten, wodurch sie nach dem Tarifvertrag Anspruch auf Arbeitszeitverkürzung haben?"

12. Diese Fragen können auf die Frage reduziert werden, ob und, wenn ja, wie die Zulage für ungünstige Arbeitszeit und die Arbeitszeitverkürzung beim Vergleich der Entgelte zu berücksichtigen sind.

13. Schriftliche Erklärungen sind eingereicht worden vom Ombudsmann, dem Bezirkstag, der Kommission und der finnischen Regierung, die alle in der mündlichen Verhandlung vertreten waren.

Das maßgebliche Gemeinschaftsrecht

14. Artikel 119 EG-Vertrag stellt den Grundsatz auf, daß Männer und Frauen bei gleicher Arbeit gleiches Entgelt erhalten müssen. In Absatz 2 wird „Entgelt" definiert als „die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen ..., die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt".

15. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie über gleiches Arbeitsentgelt 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."

16. Eine Arbeitnehmerin (um die übliche Fallkonstellation zu nehmen), die einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts für eine Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, nachweisen will, hat zwei, möglicherweise auch drei verschiedene Fragen anzusprechen. Bei einer angeblichen mittelbaren Diskriminierung wie im vorliegenden Fall können diese wie folgt dargestellt werden. Erstens muß sie zu einer Gruppe gehören, die überwiegend aus weiblichen Arbeitnehmern besteht, die eine Arbeit verrichten, die gleichwertig mit der ist, die von einer überwiegend aus männlichen Arbeitnehmern bestehenden Gruppe verrichtet wird. Zweitens muß die erste Gruppe geringere Bezüge erhalten als die Vergleichsgruppe. Sind diese beiden Elemente von der Arbeitnehmerin nachgewiesen, liegt dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung vor. Drittens kann jedoch der Arbeitgeber diese Annahme entkräften, indem er nachweist, daß der Unterschied beim Entgelt auf objektiv gerechtfertigten Umständen beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben [9].

17. Obwohl es meiner Ansicht nach üblicherweise sachgemäß ist, diese drei Fragen in der oben dargestellten Reihenfolge zu beantworten, mag es Fälle geben, in denen es aus dem einen oder dem anderen Grund zweckdienlich ist, in einer anderen Reihenfolge auf sie einzugehen. Unter solchen Umständen mag das nationale Gericht an Hinweisen des Gerichtshofes etwa zur zweiten oder zur dritten Frage interessiert sein, bevor es die erste geklärt hat. So war es in der Rechtssache Enderby [10], in der der Court of Appeal (England and Wales) drei Fragen vorlegte, bei denen es im wesentlichen um die dritte oben dargestellte Frage ging, nämlich um das Ausmaß der Rechtfertigung, wobei für das Verfahren ausdrücklich davon ausgegangen wurde, daß die beiden Tätigkeiten, deren Bezahlung verglichen wurde, gleichwertig waren. Die deutsche Regierung machte in jener Rechtssache geltend, der Gerichtshof könne nicht über diese Fragen entscheiden, bevor nicht feststehe, daß die betreffenden Tätigkeiten gleichwertig seien. Der Gerichtshof entschied, daß es ausschließlich Sache des nationalen Gerichts sei, unter Berücksichtigung der Einzelheiten des Rechtsstreits sowohl die Notwendigkeit einer Vorabentscheidung für die abschließende Entscheidung als auch die Erheblichkeit der dem Gerichtshof vorzulegenden Fragen zu beurteilen. Wenn der Gerichtshof — wie in jener Rechtssache — mit einem Ersuchen

9 — Siehe Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84 (Bilka, Slg. 1986, 1607, Randnr. 36), Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92 (Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 19) und jetzt Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (ABl. 1998, L 14, S. 6).

10 — Zitiert in Fußnote 9.

um Auslegung des Gemeinschaftsrechts befaßt sei, das nicht offensichtlich ohne Bezug zur Realität oder zum Gegenstand des Ausgangsrechtsstreits sei, habe er darauf zu antworten; er brauche sich nicht selbst die Frage zu stellen, ob eine Annahme begründet sei, die vom vorlegenden Gericht später nachzuprüfen sein werde, falls sich dies als erforderlich erweisen sollte [11].

18. Generalanwalt Lenz bemerkte, daß die Bedenken der deutschen Regierung, die Gleichwertigkeit der Tätigkeiten zu unterstellen, wohl daraus herrührten, daß eine gleiche beziehungsweise als gleichwertig anerkannte Arbeit einen wesentlichen Teil der Darlegungs- und Beweislast einer eine Lohndiskriminierung behauptenden Klägerin ausmache. Er erklärte jedoch, daß der Umstand, daß der Court of Appeal ebenso wie die in den früheren Instanzen mit der Rechtssache befaßten Gerichte von der Hypothese der Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Tätigkeiten ausgingen, Ergebnis der prozeßrechtlichen Möglichkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung sei. Die Prüfung der Gleichwertigkeit zweier Tätigkeiten könne gegebenenfalls eine aufwendige und kostspielige Begutachtung erfordern. Die Beweiserhebung über diese Sachverhaltsfrage könne gemäß dem mitgliedstaatlichen Verfahrensrecht zugunsten der Prüfung von Rechtsfragen ausgesetzt werden [12].

19. Im vorliegenden Fall konzentrieren sich die schriftlichen und die mündlichen Erklärungen des Bezirkstags im wesentlichen auf die Frage, ob die Hebammen und der Krankenhausingenieur gleichwertige Arbeit im Sinne des Grundsatzes des gleichen Entgelts verrichten. Der Bezirkstag ist der Ansicht, daß die Arbeit von Hebammen nicht mit der von Krankenhausingenieuren gleichwertig ist. Obwohl auch die finnische Regierung und die Kommission Zweifel an der Gleichwertigkeit der Tätigkeiten zum Ausdruck bringen, räumen beide ein, daß das nationale Gericht berechtigt sei, Fragen vorzulegen, die bei unterstellter Gleichwertigkeit die Gleichheit des Entgelts beträfen. Da, wie oben dargestellt, aus dem Vorlagebeschluß (und implizit auch aus den Fragen) hervorgeht, daß das nationale Gericht für die Zwecke des Ersuchens um Vorabentscheidung die Gleichwertigkeit unterstellt und da dies nach dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Enderby zulässig ist, schlage ich vor, nicht auf die Frage nach der Gleichwertigkeit einzugehen.

20. Die für die Zwecke dieser Rechtssache vorgenommene Unterstellung, daß die Arbeit der beiden betreffenden Gruppen „gleichwertig" sei, ist eher dahin zu verstehen, daß 40 Arbeitsstunden der Hebammen mit 40 Arbeitsstunden des Ingenieurs gleichwertig sind, als z. B. dahin, daß 34 Stunden der einen Tätigkeit mit 40 Stunden der anderen gleichwertig sind. Nur auf dieser Grundlage kann sich die Frage stellen, ob die kürzere Arbeitswoche der Hebammen zu berücksichtigen ist. (Es sollte deshalb nicht berücksichtigt werden, daß der Tarifvertrag die unterschiedlich langen Arbeitswochen als „gleichwertig" anzuerkennen scheint.)

11 — Randnrn. 10 und 12 des Urteils.
12 — Nrn. 6 und 7 der Schlußanträge.

Die Bedeutung des tarifvertraglichen Rahmens

21. In der mündlichen Verhandlung hat der Ombudsmann vorgetragen, daß Tarifverträge in Schweden als gemeinschaftsrechtsimmun betrachtet würden, was wohl bedeuten soll, daß man sich gegen eine Klage wegen ungleichen Entgelts mit dem Vorbringen verteidigen kann, daß das Gehalt tarifvertraglich vereinbart sei. Eine solche Auffassung ist offenkundig nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Der Gerichtshof hat nämlich klargestellt, daß der Grundsatz des gleichen Entgelts für männliche und weibliche Arbeitnehmer gilt, wenn die Entgeltbestandteile in Kollektivverhandlungen oder in Verhandlungen auf lokaler Ebene festgesetzt werden, daß das nationale Gericht aber diesen Umstand bei der Beurteilung der Frage berücksichtigen kann, 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 [13].

Die Zulage für ungünstige Arbeitszeit

Die Bedeutung von „Entgelt"

22. Ich möchte zuerst darauf hinweisen, daß die Zulage eindeutig Entgelt im Sinne von Artikel 119 ist und daß daher eine Diskriminierung vorläge, wenn z. B. einer Gruppe, die überwiegend aus männlichen Arbeitnehmern besteht, deren Arbeit mit der der Hebammen gleichwertig ist, die Zulage nicht zugestanden würde, wenn sie ungünstige Arbeitszeiten hätten. Dies hilft jedoch bei der Frage, mit der der Gerichtshof nun befaßt ist, nicht weiter: Ist die Zulage zu berücksichtigen, um dem Grundsatz des gleichen Entgelts im vorliegenden Fall Wirkung zu verleihen?

23. Angesichts dessen schlage ich vor, auf eine Reihe von Argumenten des Bezirkstags nicht einzugehen, mit denen dargelegt werden soll, daß die Zulage für ungünstige Arbeitszeit für den Vergleich als Bestandteil der monatlichen Grundgehälter der Hebammen anzusehen ist, da sie „Entgelt" darstellt.

Die Bedeutung der Aussage im Urteil Barber

24. Im Urteil Barber [14] heißt es:

„... möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts für

13 — Siehe z. B. Urteil des Gerichtshofes vom 31. Mai 1995 in der Rechtssache C-400/93 Royal Copenhagen, Slg. 1995, I-1275, Randnr. 47).

14 — Urteil vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88 (Barber, Slg. 1990, I-1889).

jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts oder lediglich nach Maßgabe einer Gesamtbewertung der den Arbeitnehmern gezahlten Vergütungen gewährleistet sein muß.

...

Was die Methode für die Prüfung der Frage angeht, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet worden ist, so ist festzustellen, daß diese gerichtliche Kontrolle schwierig und die praktische Wirksamkeit von Artikel 119 dementsprechend gemindert wäre, wenn die staatlichen Gerichte verpflichtet wären, die Gesamtheit der verschiedenartigen den männlichen oder den weiblichen Arbeitnehmern im Einzelfall gewährten Vergütungen zu bewerten und miteinander zu vergleichen. Eine echte Durchschaubarkeit, die eine wirksame Kontrolle erlaubt, ist folglich nur gewährleistet, wenn der Grundsatz des gleichen Entgelts für jeden einzelnen Bestandteil des den männlichen oder den weiblichen Arbeitnehmern gezahlten Entgelts gilt." [15]

25. Der Ombudsmann und die Kommission berufen sich für ihre Auffassung, daß Gleichheit in bezug auf das monatliche Grundgehalt ohne Berücksichtigung der Zulage für ungünstige Arbeitszeit gewährleistet sein müsse, hauptsächlich auf diese Aussage.

15 — Randnrn. 31 und 34 des Urteils.

26. Nach Ansicht des Ombudsmanns würde es gegen den Grundsatz der Transparenz verstoßen, wenn das nationale Gericht eine komplizierte Analyse der den Arbeitnehmern gewährten Zulagen vornehmen müßte. Die Hebammen arbeiteten zu ungünstigen Zeiten und erhielten dafür eine Zulage; der Ingenieur arbeite nicht zu ungünstigen Zeiten und erhalte daher keine Zulage. Gesunder Menschenverstand und logisches Denken stützten die Auffassung, daß in einen gerechten Vergleich nur die monatlichen Grundgehälter einzubeziehen seien.

27. Die Kommission ist der Ansicht, daß die Zulage nur mit der Zulage verglichen werden könne, auf die der Ingenieur Anspruch gehabt hätte, wenn er die gleichen Arbeitszeiten wie die Hebammen gehabt hätte, und daß folglich richtigerweise nur die monatlichen Grundgehälter zu vergleichen seien.

28. Der Bezirkstag vertritt dagegen die Auffassung, daß die Aussage des Gerichtshofes im Urteil Barber für den vorliegenden Fall ohne Bedeutung sei. Im Urteil Barber sei es im wesentlichen um Transparenz gegangen und um Entgelt, auf das sowohl Männer als auch Frauen Anspruch gehabt hätten, wenn auch in verschiedenem Alter. Der Gerichtshof habe nämlich entschieden, daß der Umstand, daß Herr Barber, der im Alter von 52 Jahren entlassen worden sei, Anspruch auf eine höhere Abfindung gehabt habe als eine im selben Alter entlassene Frau, nicht die Diskriminierung beseitige, die darin liege, daß eine Frau seines Alters zudem Anspruch auf eine Sofortrente gehabt hätte, er aber nur eine Rentenanwartschaft besessen

habe. Dagegen hätten im vorliegenden Fall die Hebammen, die im Drei-Schichten-Dienst arbeiteten, einen Anspruch auf die Zulage für ungünstige Arbeitszeit, der dem Ingenieur, der eine normale Arbeitswoche habe, nicht zustehe.

29. Die finnische Regierung verweist gleichfalls auf das Urteil Barber. Sie trägt vor, daß es in einem Fall, in dem die zwei betroffenen Arbeitnehmer (der eine, der die Diskriminierung geltend mache, und der andere, der als Vergleichsperson diene) die gleiche oder ähnliche Arbeit unter denselben Bedingungen und mit ähnlichen Arbeitszeiten leisteten, leicht sei, jeden Bestandteil ihrer Bezüge auf der Grundlage der im Urteil Barber gemachten Aussage zu vergleichen. Der Grundsatz des gleichen Entgelts müsse jedoch auch dann gewährleistet sein, wenn die Arbeit nicht gleich, aber gleichwertig sei. Je verschiedener die Tätigkeiten seien, desto schwieriger sei es aber, nicht nur die verschiedenen Entgeltbestandteile zu vergleichen, sondern auch die Gleichwertigkeit der Arbeit zu beurteilen. Wenn man die Gleichwertigkeit zweier Tätigkeiten anhand des Kriteriums bejahe, wie anspruchsvoll oder schwierig sie seien, so sei es unmöglich die diesem Kriterium zugrunde liegenden Gesichtspunkte beim Vergleich der Entgelte außer acht zu lassen. Seien also die Arbeitsbedingungen (wie die Verpflichtung, zu ungünstigen Zeiten zu arbeiten) bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit der beiden Tätigkeiten berücksichtigt worden, so müsse Entgelt, das zum Ausgleich für diese Bedingungen gezahlt werde, in den Arbeitsentgeltvergleich einbezogen werden. Daher sei die Entscheidung, welche Entgeltbestandteile miteinander zu vergleichen seien, um die Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes sicherzustellen, Fall für Fall zu treffen.

30. Ich teile die Ansicht der finnischen Regierung, daß es nicht möglich ist, eine feste Regel aufzustellen, nach der verschiedene Entgeltbestandteile beim Entgeltvergleich zu berücksichtigen sind oder nicht. Allerdings meine ich im Gegensatz zur finnischen Regierung, die geltend macht, daß die Regel je nach den Gesichtspunkten, die sich aus der Beurteilung der Gleichwertigkeit ergäben, variiere, daß es eher von der fraglichen Entgeltstruktur abhängen wird, inwiefern die Entgelte als gleich anzusehen sind.

31. Im allgemeinen wird die gesonderte Betrachtung jedes einzelnen Entgeltbestandteils beim Entgeltvergleich die einzige geeignete Lösung sein, um Gleichheit zu gewährleisten. Darüber hinaus ist dies der einzige Weg, Transparenz herzustellen und eine wirksame gerichtliche Überprüfung sicherzustellen. Wie der Gerichtshof in der Rechtssache Danfoss [16] erklärt und in der Rechtssache Barber [17] wiederholt hat, würde ein Mangel an Transparenz jede Nachprüfung seitens der nationalen Gerichte unmöglich machen. Deshalb bin ich ganz allgemein der Ansicht, daß der Grundsatz des gleichen Entgelts in Übereinstimmung mit der Aussage des Gerichtshofes im Urteil Barber für jeden einzelnen Bestandteil des Entgelts gelten sollte, das Männern und Frauen gezahlt wird.

32. Sind allerdings die Entgeltstrukturen aus historischen oder sonstigen Gründen vielschichtig, so daß einzelne Bestandteile

16 — Urteil in der Rechtssache 109/88 (Handels- og Kontorfunktionaerernes Forbund i Danmark/Dansk Arbejdsgiverforening [für Danfoss A/S], Slg. 1989, 3199, Randnr. 12).

17 — Randnr. 34 des Urteils (zitiert in Nr. 24).

oder die Grundlagen für ihre Gewährung schwer oder überhaupt nicht zu entwirren sind, mag es sowohl unrealistisch als auch nutzlos sein, einzelne Bestandteile des Entgeltpakets gesondert zu betrachten. Außerdem könnte dies zur Diskriminierung des anderen Geschlechts führen. In solchen Fällen mag eine pauschale Beurteilung bis zu einer Umgestaltung des Systems die einzig vertretbare — oder auch nur mögliche — Vorgehensweise sein. Es waren zweifellos solche Umstände, an die der Gerichtshof dachte, als er in der Rechtssache Royal Copenhagen [18] erklärte, daß manche Entgeltsysteme so strukturiert seien, daß nur eine umfassende Beurteilung der Frage, ob ein Verstoß gegen Artikel 119 vorliege, in Betracht komme [19].

33. Das bedeutet jedoch nicht, daß ein Bestandteil in dem Gesamtpaket notwendigerweise einen anderen aufwiegen kann. So hat es der Gerichtshof in der Rechtssache Barber, in der Männer, denen gekündigt worden war, ab dem 55. Lebensjahr einen Anspruch auf eine Sofortrente hatten, wogegen dies bei Frauen, die entlassen worden waren, bereits ab dem 50. Lebensjahr der Fall war, verständlicherweise als nicht sachdienlich angesehen, durch die Berücksichtigung von etwaigen Unterschieden bei den Abfindungszahlungen nach einem Ausgleich für eine Diskriminierung bei den Rentenansprüchen zu suchen.

34. Was bedeutet dies nun für den vorliegenden Fall? Es sei daran erinnert [20], daß eine Arbeitnehmerin einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts bei gleicher Arbeit glaubhaft macht, indem sie darlegt, daß sie erstens zu einer Gruppe gehört, die überwiegend aus weiblichen Arbeitnehmern besteht, die eine Arbeit verrichten, die gleichwertig mit der ist, die von einer überwiegend aus männlichen Arbeitnehmern bestehenden Gruppe verrichtet wird, und daß zweitens die erste Gruppe geringere Bezüge erhält als die Vergleichsgruppe. Dem Arbeitgeber steht es dann aber offen, diese Annahme zu entkräften, indem er nachweist, daß der Unterschied beim Entgelt auf objektiv gerechtfertigten Umständen beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

35. Im vorliegenden Fall ist es möglich, das Grundgehalt der Hebammen von der Zulage zu trennen und es somit mit dem der Vergleichsperson zu vergleichen. Meiner Ansicht nach ist es der richtige Ansatz für diesen und ähnliche Fälle, anzuerkennen, daß die Gruppe, die ein geringeres Grundgehalt erhält, hier also die Hebammen, geringer entlohnt wird, so daß die zweite oben dargestellte Frage, nämlich ob die beiden Gruppen ungleiches Entgelt erhalten, zu bejahen ist. Ich möchte hinzufügen, daß dieser Ansatz im vorliegenden und in ähnlichen Fällen eine größere Transparenz gewährleistet. Der Umstand, daß die Zulage von Monat zu Monat je nach der Zeit und dem Tag der maßgeblichen Schichten schwankt, würde es

18 — Zitiert in Fußnote 13, Randnr. 43 des Urteils.

19 — Randnr. 18 des Urteils.

20 — Siehe oben, Nr. 16.

schwierig machen, einen vernünftigen Vergleich zwischen der aus Gehalt und Zulage zusammen bestehenden Gesamtvergütung der Hebammen auf der einen Seite und dem Grundgehalt der Vergleichsperson auf der anderen Seite vorzunehmen.

36. Demzufolge bin ich der Auffassung, daß Arbeitnehmer wie im vorliegenden Fall die Hebammen einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts glaubhaft machen können. Ich denke jedoch nicht, daß darin notwendigerweise schon die Lösung für die Sache liegt. Wie oben dargelegt hat nämlich der Arbeitgeber, wenn ein Arbeitnehmer einen Fall ungleichen Entgelts glaubhaft gemacht hat, die Möglichkeit, im dritten Schritt nachzuweisen, daß der Unterschied beim Entgelt auf objektiv gerechtfertigten Umständen beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Gelingt ihm dieser Nachweis einer solchen Rechtfertigung, so kann kein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts festgestellt werden.

37. Der von mir vorgeschlagene Ansatz entspricht auch dem Urteil in der Rechtssache Royal Copenhagen [21], in der der Gerichtshof gefragt wurde, welche Bedeutung bei der Prüfung der Frage, ob der Grundsatz des gleichen Entgelts beachtet ist, u. a. dem Umstand zukommt, daß hinsichtlich bezahlter Pausen und der Freiheit der individuellen Arbeitsorganisation sowie der mit der Arbeit verbundenen Belästigungen [22], zu denen Lärm, Hitze und einseitige, repetitive oder monotone Arbeit [23] gehörten, Unterschiede zwischen der Arbeit der beiden Gruppen bestehen. (Der Fall betraf Maschinenarbeiter und Keramikmaler, die in einer Keramikfabrik arbeiteten.) Der Gerichtshof entschied, daß das nationale Gericht feststellen müsse, ob unter Berücksichtigung tatsächlicher Umstände betreffend die Bedingungen, unter denen die Arbeiten verrichtet werden, diese als gleichwertig anzusehen sind oder ob diese Umstände als objektive Faktoren angesehen werden können, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben und mögliche Unterschiede beim Entgelt rechtfertigen können [24].

38. Im vorliegenden Fall erscheint es zweifelhaft, ob sich der Arbeitgeber auf die Zulage für ungünstige Arbeitszeit berufen kann, um die Ungleichheit beim Grundgehalt zu rechtfertigen, denn die Zulage soll wohl als Ausgleich für die Unannehmlichkeit und die Störung des Familien- und Soziallebens sowie des Schlafrhythmus dienen, die durch die verschiedenen Schichten, die Anspruch auf die Zulage verleihen, bedingt sind. Der Bezirkstag hat in seinen schriftlichen Erklärungen vorgetragen, daß das für Krankenschwestern und Hebammen ausgehandelte Gehaltsniveau unter Berücksichtigung dessen festgesetzt worden sei, daß in diesen Bereichen im Schichtdienst gearbeitet werde und die betroffenen Arbeitnehmer deshalb eine Zulage für ungünstige Arbeitszeit erhielten. Wenn dem so gewesen sein sollte, so würde dies gegen eine Ausgleichswirkung der Zulage sprechen. Besteht jedoch eine solche Wirkung tatsächlich nicht, mag der Be-

21 — Zitiert in Fußnote 13.

22 — Randnr. 39 des Urteils.

23 — Siehe Frage 4 i in Randnr. 10 des Urteils.

24 — Randnr. 42 des Urteils.

zirkstag in der Lage sein, die auf der Ungleichheit des Grundgehalts beruhende Annahme eines Verstoßes gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts zu entkräften. Es ist Sache des nationalen Gerichts, festzustellen, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmaß der Zulage eine solche Ausgleichsfunktion zukommt.

39. Folglich bin ich der Ansicht, daß in Fällen, in denen die Entgeltstruktur es grundsätzlich erlaubt, einzelne Elemente herauszulösen und zu vergleichen, dies auch getan werden muß, wobei dem Arbeitgeber der Nachweis unbenommen bleibt, daß eine auf dieser Grundlage bestehende Ungleichheit nicht auf dem Geschlecht beruht. Ist hingegen die Entgeltstruktur weniger durchschaubar, so ist nur eine pauschale Beurteilung möglich. Ob in einem bestimmten Fall ein Vergleich Punkt für Punkt vorgenommen werden kann oder ob allein eine pauschale Beurteilung möglich ist, hat das nationale Gericht zu entscheiden.

40. In letzterem Fall bedeutet die bloße Tatsache, daß die Struktur (unterstellt) nicht transparent ist, daß es dem Arbeitgeber obliegt, den Gegenbeweis zu der behaupteten Diskriminierung zu erbringen. Diese Schlußfolgerung ergibt sich aus dem Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Danfoss [25], in dem entschieden wurde, 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 eine Arbeitnehmerin auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, daß das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer. Ich halte diesen Grundsatz auch für anwendbar, wenn ein Arbeitnehmer eine Diskriminierung aufgrund eines nicht durchschaubaren Systems von Zulagen oder anderen Entgeltbestandteilen behauptet, und zwar auch dann, wenn ein Unterschied beim durchschnittlichen Entgelt nicht nachgewiesen werden kann.

Die Auswirkung der Arbeitszeitverkürzung

41. Das nationale Gericht möchte außerdem wissen, ob die verkürzte Arbeitszeit, die für die Hebammen, die im Drei-Schichten-Dienst arbeiten, bei der Gehaltszahlung als Vollzeitarbeitswoche gilt, beim Entgeltvergleich zu berücksichtigen ist. Eine solche Berücksichtigung würde natürlich bewirken, daß das monatliche Grundgehalt der Hebammen für den Vergleich mit einer Vergleichsperson, die eine normale 40-Stunden-Woche arbeitet, mit 40/34,33 multipliziert und somit rechnerisch erhöht würde. Dieselbe Auswirkung ergäbe sich aus einem Vergleich nicht des monatlichen Grundgehalts, sondern des tatsächlichen Stundenlohns.

42. Der Bezirkstag macht geltend, daß der Entgeltvergleich auf der Grundlage des tatsächlichen Stundenlohns vorgenommen werden müsse. Wenn, wie der Gerichtshof

25 — Zitiert in Fußnote 16. Siehe auch Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1988 in der Rechtssache 318/86 (Kommission/Frankreich, Slg. 1988, 3559).

in der Rechtssache Garland[26] entschieden habe, die Gewährung einer unentgeltlichen Personenbeförderung durch einen Arbeitgeber „Entgelt" im Sinne des Artikels 119 darstelle, so müsse logischerweise auch die Gewährung einer Arbeitszeitverkürzung als solches gelten. Dementsprechend müsse der Gegenwert der Arbeitszeitverkürzung für den Vergleich quantifiziert und in das monatliche Lohnpaket eingerechnet werden. Ich bin jedoch der Ansicht, daß Fälle wie die Rechtssache Garland nicht auf den hier vorliegenden passen. In jener Rechtssache ging es darum, ob die Reisevergünstigung Entgelt darstellte, was bedeutet hätte, daß es eindeutig diskriminierend gewesen wäre, sie Männern, nicht aber Frauen zu gewähren; hier dagegen geht es offenkundig um etwas anderes.

43. Der Ombudsmann nimmt Bezug auf einige Rechtssachen, auf die sich der Bezirkstag offenbar in einem früheren Verfahrensstadium vor dem nationalen Gericht berufen hat[27]. Diese Rechtssachen legen nahe, daß die Frage, ob gleiches Entgelt vorliegt, anhand des Entgelts pro tatsächlich gearbeitete Wochenstunde zu beurteilen ist. Der Ombudsmann macht geltend, daß die zitierten Rechtssachen, die sämtlich behauptete Diskriminierungen im Verhältnis zwischen Vollzeit- und Teilzeitarbeitnehmern beträfen, für den vorliegenden Fall, in dem ein Vergleich der Stundensätze unbillig wäre, nicht maßgeblich seien. Der Grund dafür sei, daß eine Hebamme, die eine normale 40-Stunden-Woche arbeite, die gleichen Bezüge erhalten würde wie eine Hebamme, die eine 34-Stunden-Woche leiste. Eine Arbeitszeitverkürzung könne grundsätzlich ein objektiver Gesichtspunkt sein, der ein unterschiedliches Entgelt rechtfertige; vorliegend sei dies aber nicht der Fall.

44. Meiner Ansicht nach muß die allgemeine Regel lauten, daß die Anzahl der Stunden, die zwei Arbeitnehmer, deren Entgelt miteinander verglichen wird, geleistet haben, üblicherweise zu berücksichtigen ist und daß ein Unterschied einen Unterschied beim Entgelt rechtfertigt, so daß, um Extrembeispiele zu nennen, es offensichtlich nicht diskriminierend wäre, einem Mann, der Vollzeit arbeitet, doppelt so viel zu zahlen wie einer Frau, die die gleiche Tätigkeit halbtags ausübt, oder aber einem Mann, der Überstunden leistet, mehr zu zahlen, als einer Frau, die dies nicht tut. Die Rechtssachen, auf die der Ombudsmann Bezug nimmt und die diesen Vorschlag eindeutig stützen, scheinen aber im übrigen für die dem Gerichtshof vorliegende Problematik nicht maßgeblich zu sein, da sie im allgemeinen die Frage unterschiedlicher Sätze von Entgelt oder Sachbezügen betreffen, die Teilzeit- oder Vollzeitbeschäftigten gewährt werden. Im vorliegenden Fall läßt sich aber meiner Meinung nach nicht ernsthaft geltend machen, daß die Hebammen, die von ihrem Arbeitgeber eindeutig als Vollzeitbeschäftigte behandelt werden, nicht als solche anzusehen sind. Die dem Gerichtshof vorliegenden Unterlagen legen nahe — und deshalb sollte man davon auch ausgehen —, daß die

26 — Urteil des Gerichtshofes vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81 (Garland/British Rail, Slg. 1982, 359).

27 — Siehe Urteil vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89 (Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnrn. 19 und 20), Urteil in der Rechtssache C-107/84 (Bilka, zitiert in Fußnote 9, Randnr. 27) und Urteil vom 15. Dezember 1994 in den Rechtssachen C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93, C-78/93 (Helmig u. a., Slg. 1994, I-5727, Randnrn. 26 und 27).

Arbeitszeitverkürzung einen Ausgleich für die Arbeit im Drei-Schichten-Dienst bietet; meiner Ansicht nach sollte sie demgemäß nicht in den Entgeltvergleich einbezogen werden. Der richtige Ansatz ist also, das Grundgehalt der Hebammen mit dem der Vergleichsperson zu vergleichen, ohne es in dem Bemühen, der Arbeitszeitverkürzung Rechnung zu tragen, anzupassen.

45. Die Kommission ist der Auffassung, daß die Arbeitszeitverkürzung eine Arbeitsbedingung im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie [28] sei. Diese Auffassung scheint mir richtig zu sein; siehe z. B. die Rechtssache Stoeckel [29], in der anerkannt wurde, daß ein ununterbrochener Schichtbetrieb mit Nachtarbeit eine Arbeitsbedingung im genannten Sinn ist.

46. Die Kommission fügt hinzu, daß die Tatsache, daß die Arbeitszeitverkürzung finanzielle Auswirkungen haben könne, kein hinreichender Grund dafür sei, sie in den Geltungsbereich der Vorschriften über das gleiche Entgelt einzubeziehen [30]. Obwohl dies richtig ist, bedeutet es nur, daß Artikel 119 nicht dahin ausgelegt werden kann, daß er über die Gleichheit des Entgelts hinaus auch die Gleichheit sonstiger Arbeitsbedingungen gebietet [31]; es bedeutet nicht, daß Arbeitsbedingungen unter keinen Umständen für die allgemeine Frage der Gleichheit des Entgelts erheblich sein können.

47. Insbesondere ist aus dem Urteil Royal Copenhagen [32] ersichtlich, daß Arbeitsbedingungen sowohl für die Frage erheblich sein können, ob Arbeit gleichwertig ist, als auch für die, ob es eine objektive Rechtfertigung für eine Ungleichheit beim Entgelt für gleichwertige Arbeit gibt [33].

48. Wie bei der Zulage für ungünstige Arbeitszeit steht es dementsprechend dem Arbeitgeber grundsätzlich offen, gegebenenfalls nachzuweisen, daß die Arbeitszeitverkürzung nicht als Ausgleich für die vom Drei-Schichten-Dienst ausgehende Unannehmlichkeit und Störung anzusehen ist, sondern daß der daraus resultierende Unterschied im Stundenlohn auf objektiv gerechtfertigten Gesichtspunkten beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

28 — Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. L 39, S. 40).

29 — Urteil des Gerichtshofes vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-345/89 (Stoeckel, Slg. 1991, I-4047).

30 — Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77 (Defrenne, Slg. 1978, 1365, Randnr. 21).

31 — Siehe Randnr. 24 des Urteils Defrenne.

32 — Zitiert in Fußnote 13.

33 — Siehe Randnr. 42 des Urteils und oben, Nr. 39.

Ergebnis

49. Nach alledem sollten die vom Arbetsdomstol vorgelegten Fragen meiner Ansicht nach wie folgt beantwortet werden:

1. Bestehen die Bezüge aus mehreren Bestandteilen, z. B. Grundgehalt und Zulage für ungünstige Arbeitszeit, so muß beim Vergleich der Entgelte im Hinblick auf ihre Gleichheit grundsätzlich jeder Bestandteil für sich betrachtet werden. Ergibt ein solcher Vergleich dem ersten Anschein nach einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts, so wird dieser Anschein beseitigt, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß der Unterschied beim Entgelt auf objektiv gerechtfertigten Gesichtspunkten beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

2. Wenn es schwierig oder unmöglich ist, verschiedene Gehaltsbestandteile zu unterscheiden, so ist beim Entgeltvergleich eine pauschale Beurteilung vorzunehmen. In diesem Fall bedeutet die bloße Tatsache, daß die Struktur nicht durchschaubar ist, daß dem Arbeitgeber der Gegenbeweis zu der behaupteten Diskriminierung obliegt.

3. Arbeitet der die Diskriminierung geltend machende Arbeitnehmer weniger Wochenstunden als die Vergleichsperson, werden diese Stunden vom Arbeitgeber aber als eine gleichwertige Arbeitswoche behandelt, so besteht der richtige Ansatz im Hinblick auf den Grundsatz des gleichen Entgelts darin, das Grundgehalt der beiden Arbeitnehmer zu vergleichen, ohne das Gehalt des ersten in dem Bemühen, der Arbeitszeitverkürzung Rechnung zu tragen, anzupassen. Ergibt ein solcher Vergleich dem ersten Anschein nach einen Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts, so wird dieser Anschein beseitigt, wenn der Arbeitgeber nachweist, daß der Unterschied beim Entgelt auf objektiv gerechtfertigten Gesichtspunkten beruht, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.