

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
CARL OTTO LENZ  
vom 31. Mai 1989 \*

*Herr Präsident,  
meine Herren Richter!*

A — Sachverhalt

1. In dem von einem dänischen Schiedsgericht zur Auslegung von Tarifverträgen anhängig gemachten Vorabentscheidungsverfahren geht es um Auslegung und Anwendung des Grundsatzes gleichen Entgelts für Männer und Frauen, so wie er in Artikel 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG<sup>1</sup> Ausdruck gefunden hat.
2. Die an den Gerichtshof gerichteten Fragen sind relevant in einem Rechtsstreit zwischen der Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, der dänischen Gewerkschaft der kaufmännischen und Büroangestellten (im folgenden: Klägerin), und der Dansk Arbejdsgiverforening, dem dänischen Arbeitgeberverband für Danfoss A/S (im folgenden: Beklagte), um eine diskriminierungsfreie Lohnfestsetzung.
3. Die streitige Lohnfestsetzung beruht auf dem landesweiten Tarifvertrag vom 9. März 1983 zwischen dem dänischen Arbeitgeberverband und der Klägerin. Danach ist ein für alle Arbeitnehmer ohne Unterscheidung nach dem Geschlecht gleicher Mindestlohn vereinbart. Nach Artikel 9 des Tarifvertrags können Zulagen für Tüchtigkeit, Selbständigkeit und Verantwortlichkeit gezahlt werden. Dabei beruht die Lohnfestsetzung im Einzelfall auf individueller Vereinbarung.
4. Dem vorliegenden Rechtsstreit ging bereits ein schiedsgerichtliches Verfahren voraus. Die Klägerin hatte für zwei Frauen aus unterschiedlichen Gruppen des Arbeitsplatzklassifizierungssystems auf gleichen Lohn geklagt. Der Durchschnittslohn für Männer lag in den Gruppen über dem Durchschnittslohn für Frauen. Die Klägerin unterlag, da nach Auffassung des Gerichts eine rechtswidrige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nur angenommen werden könne, wenn die Klägerinnen des Vorverfahrens nachwiesen, daß die konkrete Lohnfestsetzung zu einer Benachteiligung der Frauen tendiere und daß dies nicht in einem zufälligen Ausschlag der individuellen Lohnfestsetzung aufgrund sachlicher und zulässiger Richtlinien erklärt werden könne.
5. Das arbeitsrechtliche Schiedsgericht richtet folgende Fragen an den Gerichtshof:
6. «1 a) Trägt in dem Fall, daß ein männlicher und ein weiblicher Arbeitnehmer die

\* Originalsprache: Deutsch.

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

gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichten, der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die Beweislast dafür, daß eine unterschiedliche Entlohnung der beiden Arbeitnehmer auf geschlechtsspezifische Faktoren zurückzuführen ist?

7. 1 b) Verstößt es gegen die Richtlinie über gleiches Entgelt, wenn männlichen Arbeitnehmern, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit wie weibliche Arbeitnehmer verrichten, allein unter Hinweis auf subjektive Kriterien — z. B. die Flexibilität des Mitarbeiters — ein höheres Entgelt gezahlt wird?

8. 2 a) Verbietet es die Richtlinie, Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichten, über den Grundlohn der Branche hinaus besondere Zulagen für das Dienstalter, eine besondere Ausbildung u. a. zu zahlen?

9. 2 b) Inwieweit kann ein Unternehmen, falls die Frage 2 a bejaht wird, eine Lohn-differenzierung zwischen den einzelnen Mitarbeitern vornehmen, ohne die Richtlinie zu übertreten?

10. 2 c) Verbietet es die Richtlinie, Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts, die die gleiche oder eine gleichwertige Arbeit verrichten, unter Hinweis auf eine unterschiedliche Berufsausbildung unterschiedlich zu entlohnen?

11. 3 a) Kann ein Arbeitnehmer oder eine Gewerkschaft durch den Nachweis, daß ein Unternehmen, das eine größere Zahl von Arbeitnehmern (z. B. mindestens 100) mit der gleichen oder einer gleichwertigen Arbeit beschäftigt, Frauen im Durchschnitt niedriger entlohnt als Männer, feststellen, daß hierdurch gegen die Richtlinie verstoßen wird?

12. 3 b) Hat eine Bejahung der Frage 3 a zur Folge, daß die beiden Arbeitnehmergruppen (Männer und Frauen) durchschnittlich das gleiche Entgelt erhalten müssen?

13. 4 a) Führt die etwaige Feststellung, daß ein Unterschied in der Entlohnung einer Arbeit darauf zurückzuführen ist, daß die beiden Arbeitnehmer unter verschiedene Tarifverträge fallen, dazu, daß die Richtlinie keine Anwendung findet?

14. 4 b) Spielt es bei der Beurteilung dieser Frage eine Rolle, ob zudem auf den beiden Tarifvertragsgebieten ganz oder ganz überwiegend jeweils männliche bzw. weibliche Arbeitnehmer beschäftigt werden?

15. Hinsichtlich der dem Rechtsstreit vorausgehenden Ereignisse, dem näheren Sachverhalt sowie dem Vorbringen der Beteiligten wird auf den Sitzungsbericht verwiesen.

## B — Stellungnahme

### I — Ordnungsgemäße Befassung des Gerichtshofes

16. Zweifel an der ordnungsgemäßen Befassung des Gerichtshofes könnten sich daraus ergeben, daß die Gerichtsqualität des ersuchenden Schiedsgerichtes im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag in Frage gestellt werden kann.

17. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung einige Kriterien aufgestellt, denen ein vorlegendes Gericht genügen muß. Der gemeinschaftsrechtliche Gerichts begriff setzt danach eine unabhängige Instanz voraus, die zur Streitentscheidung berufen ist. Das Gericht muß auf gesetzlicher Grundlage als ständige Einrichtung konzipiert sein. Es muß sich um eine obligatorische Gerichtsbarkeit handeln, die unter Anwendung von Rechtsnormen zur Entscheidung eines streitigen Verfahrens berufen ist<sup>2</sup>.

18. Die Merkmale sind dahin gehend konkretisiert worden, daß ein Gericht unter Zustimmung der öffentlichen Gewalt seine Aufgaben wahrnehmen muß<sup>3</sup>. Der Gerichtshof hat einen Streitsachenausschuß als Gericht qualifiziert, dessen in einem streitigen Verfahren getroffene Entscheidungen faktisch als endgültig hingenommen werden, so daß es auf einem Gebiet, das die Anwendung des Gemeinschaftsrechts betrifft, in der Praxis keinen effektiven Rechtsbehelf zu den ordentlichen Gerichten gibt<sup>4</sup>.

2 — Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 61/65, Vaassen-Göbbels/Vorstand des Beambtenfonds voor het Mijinbedrijf, Slg. 1966, 584.

3 — Vgl. das Urteil vom 6. Oktober 1981 in der Rechtssache 246/80, C. Broekmeulen/Huisarts Registratie Commissie, Slg. 1981, 2311, und das Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 102/81, „Nordsee“ Deutsche Hochseefischerei GmbH/Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG und Reederei F. Busse Hochseefischerei Nordstern AG und Co. KG, Slg. 1982, 1095.

4 — Vgl. die Rechtssache 246/80, a. a. O.

19. Das vorliegende Schiedsgericht ist eine unabhängige Instanz, die zur Entscheidung von Streitigkeiten über die Auslegung von Tarifverträgen berufen ist. Es wird regelmäßig letztinstanzlich nach für die jeweilige Branche ausgehandelten Verfahrensvorschriften tätig. Gemäß Artikel 22 des Gesetzes über die Arbeitsgerichtsbarkeit vom 13. Juni 1973 sind in Ermangelung einer Vereinbarung über das zur Schlichtung einer Auslegungstreitigkeit vorgesehene Verfahren die Vorschriften eines „Musterverfahrens“ anwendbar, die ihrerseits auf ein Übereinkommen zwischen Arbeitgebervereinigung und allgemeiner Arbeitnehmervereinigung beruhen. Das Schlichtungsverfahren muß in jedem Fall bestimmten Mindestanforderungen genügen, von denen die Parteien nicht abweichen dürfen.

20. Auch wenn die Errichtung des Gerichts sowie das zu beachtende Verfahren nicht bis ins Detail durch Gesetz geregelt werden, so bildet Artikel 22 des Gesetzes über die Arbeitsgerichtsbarkeit doch den zwingenden gesetzlichen Rahmen. Der dänische Gesetzgeber hat die Schiedsgerichte und ihre Tätigkeit dadurch definitiv in seinen gesetzgeberischen Willen aufgenommen.

21. Die Zusammensetzung des Schiedsgerichts erfolgt regelmäßig ad hoc, so daß Zweifel an seiner Eigenschaft als ständige Einrichtung entstehen. Hier darf man jedoch nicht auf seine konkrete Errichtung im Zusammenhang mit einem bestimmten Rechtsstreit abstellen, sondern man muß vielmehr davon ausgehen, daß diese arbeitsrechtlichen Schiedsgerichte ganz generell für die Entscheidung eines bestimmten Typs von Rechtsstreitigkeiten zuständig sind. Die gesetzlich vorgesehene Zuständigkeit, kraft deren die Errichtung und Anrufung der Schiedsgerichte vorgesehen ist, institutionalisiert dieses Modell der arbeitsrechtlichen

Schiedsgerichte. Daher genügt ein solches Schiedsgericht auch dem Merkmal einer ständigen Einrichtung.

22. Die Schiedsgerichte sind auch als obligatorische Gerichtsbarkeit zu betrachten, da sie allein für Streitigkeiten über die Auslegung von Tarifverträgen berufen sind. Wie die Kommission unwidersprochen dargelegt hat, kann ein unter Mißachtung dieser Aufteilung angerufenes Arbeitsgericht mit Bezug auf die schiedsgerichtliche Zuständigkeit seine Zuständigkeit verneinen.

23. Schließlich muß die Streitentscheidung durch das Gericht unter Anwendung von Rechtsnormen erfolgen und nicht etwa allein nach Billigkeitsgesichtspunkten getroffen werden. Die in dem Verfahren vor dem arbeitsrechtlichen Schiedsgericht auszulegenden und anzuwendenden Normen sind diejenigen des Tarifvertrages. Die anwendbaren Rechtsnormen müssen nicht notwendig Gesetzesnormen sein, auch Tarifverträge sind geeignet, verbindliches Recht zu schaffen. Das gilt zunächst selbstverständlich für die vertragschließenden Parteien und deren Mitglieder. Darüber hinaus können Tarifverträge, je nach der Ausgestaltung des Arbeitsrechts des jeweiligen Mitgliedstaats, etwa durch Allgemeinverbindlichkeitserklärung, auch Rechtsbindungen und Anspruchspositionen für Dritte begründen.

24. Darauf, daß auch der Gemeinschaftsgesetzgeber davon ausgegangen ist, daß der Grundsatz des gleichen Entgelts wirksam und rechtsverbindlich durch Tarifverträge umgesetzt werden kann, deuten beispielsweise die Artikel 4 der Richtlinie 75/117 und die Artikel 3, 4 und 5 der Richtlinie

76/207<sup>5</sup> hin. Auch der Gerichtshof geht in seinen Urteilen in den Rechtssachen 143/83 und 165/82 davon aus, daß durch Tarifverträge eine rechtsverbindliche Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen kann. Da somit die Entscheidungen der arbeitsrechtlichen Schiedsgerichte unter Anwendung von Rechtsnormen getroffen werden, erfüllen die Schiedsgerichte sämtliche Merkmale eines „Gerichts“ im Sinne des Artikels 177 EWG-Vertrag. Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß die Schiedssprüche eine endgültige Entscheidung herbeiführen, da sie regelmäßig mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbar sind.

## II — Zur Beantwortung der Vorabentscheidungsfragen

25. Die Beantwortung der Frage nach der Beweislast in einem Rechtsstreit um eine auf dem Geschlecht beruhende diskriminierende Entlohnung setzt einige klarstellende Vorüberlegungen voraus.

26. Grundsätzlich sind die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung zu unterscheiden. Für den Nachweis des jeweiligen Diskriminierungstatbestandes gelten unterschiedliche Anforderungen. Eine *direkte Diskriminierung* liegt dann vor, wenn für eine gleiche bzw. gleichwertige Arbeit aus geschlechtsbezogenen Gründen ein ungleiches Entgelt gezahlt wird. Dieser Grundsatz der Entgeltgleichheit folgt im übrigen schon

5 — Richtlinie 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. 1976, L 39, S. 40.

aus dem unmittelbar anwendbaren Artikel 119 EWG-Vertrag<sup>6</sup>, zu dessen Durchführung die insoweit ebenso unmittelbar anwendbare Richtlinie 75/117/EWG erlassen worden ist.

27. Eine wegen diskriminierender Behandlung klagende Partei trägt in einem solchen Fall die Beweislast für das Vorliegen einer gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit, für die einem Mann und einer Frau im selben Betrieb unterschiedlicher Lohn gezahlt wird. In den Fällen unmittelbarer Diskriminierung ist eine konkrete Gegenüberstellung der Entlohnung zweier Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts vorzunehmen. Der Nachweis einer geschlechtsbezogenen ungleichen Entlohnung ist auch nur einem einzigen Fall ist dann schon ausreichend, um die gerichtliche Feststellung einer unzulässigen Lohndiskriminierung treffen zu können.

28. Anders verhält es sich in den Fällen *mittelbarer Diskriminierung*. Sie liegt vor, wenn die Ungleichbehandlung auf neutralen Kriterien bzw. Verfahren beruht, die typischerweise von den Angehörigen eines Geschlechts verwirklicht werden, und dadurch eine nachteilige Wirkung für die betroffene Personengruppe erzeugt. Die positive Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung ist aber an die Voraussetzung geknüpft, daß die nachteilige Wirkung nicht durch zwingende Gründe oder Umstände gerechtfertigt ist, die in keinem Zusammenhang mit dem Geschlecht der betroffenen Person stehen<sup>7</sup>.

6 — Vgl. das Urteil vom 31. März 1981 in der Rechtssache 96/80, Jenkins/Kingsgate, Slg. 1981, 911, und das Urteil vom 27. März 1980 in der Rechtssache 129/79, Macarthy's Ltd/Wendy Smith, Slg. 1980, 1275.

7 — Vgl. zum Begriff der mittelbaren Diskriminierung Artikel 5 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates zur Beweislast im Bereich des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern, ABl. 1988, C 176, S. 5.

29. In der Gewährung eines geringeren Stundenlohns für Teilzeitbeschäftigte als für Vollzeitbeschäftigte kann z. B. dann eine mittelbare Diskriminierung liegen, wenn die Gruppe der Teilzeitbeschäftigten ausschließlich oder überwiegend aus Frauen besteht und keine objektiv gerechtfertigten wirtschaftlichen Gründe für die Lohndifferenzierung bestehen, wie etwa einen Anreiz für Vollzeitarbeit zu geben<sup>8</sup>.

30. In Fällen mittelbarer Diskriminierung ist die Beweissituation für die eine diskriminierende Behandlung behauptende Klägerin erheblich erschwert, weil sie beweisen muß, daß ein neutrales Kriterium, das gleichermaßen auf Männer und Frauen angewendet wird, faktisch in der überwiegenden Mehrheit der Fälle von Frauen verwirklicht und sie dadurch als Geschlechtsgruppe benachteiligt werden. Indem der beklagte Arbeitgeber wirtschaftliche Gründe, die außerhalb des Geschlechts liegen, für die Differenzierung anführt und beweist, kann er sich von dem Vorwurf der Diskriminierung entlasten.

31. Ob es sich im vorliegenden Fall um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierungen handelt, ist nicht ganz eindeutig. Durch die Modalitäten der Lohnpraxis wird der konkrete Vergleich der Entlohnung eines männlichen und eines weiblichen Arbeitnehmers bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ebenso wie eine Gegenüberstellung der Ent-

8 — Vgl. die Rechtssache 96/80, a. a. O. und das Urteil vom 13. Mai 1986 in der Rechtssache 170/84, Bilka Kaufhaus GmbH/Karin Weber von Hartz, Slg. 1986, 1607.

lohnung der Geschlechtsgruppen erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht.

32. Die Festsetzung des effektiv zu zahlenden Lohns für den einzelnen Arbeitnehmer errechnet sich durch den diskriminierungsfrei im Tarifvertrag festgelegten Mindestlohn plus individueller Zulagen, für die in Artikel 9 des Tarifvertrags abstrakte Kriterien aufgestellt sind. Die genaue Höhe der für jede der persönlichen Merkmale gewährten Zulage ist jedoch nicht erkennbar. Selbst der betroffene Arbeitnehmer erhält keine Aufschlüsselung der Zusammensetzung seines Lohns.

33. Das Problem der Qualifizierung einer möglichen Diskriminierung besteht darin, daß es sich bei einer nach Geschlechtern unterschiedenen Zulagengewährung um einen Fall der direkten Diskriminierung handelte. Würde z. B. einem männlichen Arbeitnehmer gegenüber einer Arbeitnehmerin automatisch eine höhere Zulage für Flexibilität gewährt, so wäre dieser Sachverhalt als eine *direkte Diskriminierung* mit den daraus folgenden Konsequenzen für die Beweissituation zu betrachten. Die konkrete Gegenüberstellung zweier Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts würde in einem solchen Fall schon zum Vorwurf der Diskriminierung ausreichen, wobei es gerade nicht zur Darlegungs- und Beweislast der Klägerin zählt, die Abwesenheit eines zufälligen Ausschlags der individuellen Lohnfestsetzung aufgrund sachlicher und zulässiger Kriterien zu behaupten. Gerade die Möglichkeit eines zufälligen Ausschlags zu Lasten der Arbeitnehmerin deutet auf eine Geschlechtsdiskriminierung hin. Es ist Aufgabe des beklagten Arbeitgebers, eine sachliche vom Geschlecht unabhängige Rechtfertigung für die unterschiedliche Höhe des Lohns beizubringen, wenn er sich dem Vorwurf der Diskriminierung entziehen will.

34. Gesetzten Fall, die einzelnen Zulagekriterien würden in objektiv gleicher Weise männlichen und weiblichen Arbeitnehmern zugebilligt, nur wären durch eines oder mehrere dieser Merkmale erheblich mehr Frauen betroffen, stellt sich das Problem der *mittelbaren Diskriminierung*. Gleiches gilt für das System der Arbeitsplatzqualifizierung, das für die Lohnfestsetzung maßgeblich ist. Die Kennzeichnung der Arbeitsplätze nach besonderen Eigenschaften ist unproblematisch, solange nicht durch das Abstellen auf eine bestimmte Eigenschaft signifikant mehr Angehörige eines Geschlechts betroffen werden. Dabei ist eine solche Betroffenheit allein noch keine Diskriminierung<sup>9</sup>, sondern erst eine *wegen* des Geschlechts vorgenommene Differenzierung und damit Entlohnung, die nicht aus objektiven ökonomischen Gründen gerechtfertigt ist. Die Behauptung einer indirekten Diskriminierung setzt beweisrechtlich notwendig vergleichende Studien bezüglich der Auswirkungen der angegriffenen Lohnpraxis auf die beiden Geschlechtsgruppen voraus.

35. Die mangelnde Transparenz der streitigen Lohnpraxis kann im vorliegenden Fall nicht zu Lasten der eine potentielle Diskriminierung erfahrenden Arbeitnehmerinnen gehen. Gerade das Unvermögen, einen detaillierten Vergleich der Entlohnung anzustellen, muß es genügen lassen, eine in absoluten Zahlen ausgedrückte geringere Entlohnung der Frauen gegenüber den Männern darzulegen und zu beweisen. Die Beweisanforderungen können nicht schärfer sein, als es die objektive Erreichbarkeit des Beweises zuläßt, da ansonsten der Gleichbe-

<sup>9</sup> — Vgl. das Urteil vom 1. Juli 1986 in der Rechtssache 237/85, Gisela Rummeler/Dato-Druck, Slg. 1986, 2101.

handlungsgrundsatz schon auf verfahrensrechtlicher Ebene leerliefe.

36. Nach Artikel 6 der Richtlinie 75/117 ist es ausdrücklich Aufgabe der Mitgliedstaaten, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts in ihren Rechtssystemen zu gewährleisten. Von dem Bemühen, dem Gleichbehandlungsgrundsatz Effektivität zu verleihen, ist auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Artikels 119 bzw. des Artikels 1 der Richtlinie 75/117 getragen. Auf dieser Linie liegt auch das Urteil in der Rechtssache 14/83, das im Unterschied zum vorliegenden Fall zur Auslegung der Richtlinie 76/207 ergangen ist. Zur Durchsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung entschied der Gerichtshof, sei es „Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraumes, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden“<sup>10</sup>.

37. Zur schlüssigen Darlegung jedweder Lohndiskriminierung muß es unter den gegebenen Umständen im vorliegenden Fall ausreichen, daß das Lohnniveau für männliche und weibliche Arbeitnehmer bei gleicher bzw. gleichwertiger Arbeit signifikant differiert. Der Bewertung einer Arbeit als gleich bzw. gleichwertig kann ein praktiziertes Arbeitsplatzqualifizierungssystem als Grundlage dienen. Für den Fall einer unmittelbaren Diskriminierung bedeutet das auch kein

Abweichen von der herkömmlichen Beweislastverteilung, zumal es nicht Aufgabe des Klägers ist, die Abwesenheit anderer als auf dem Geschlecht beruhender Unterscheidungskriterien zu beweisen. Verkannt werden darf gleichwohl nicht, daß Ausgangspunkt für die Feststellung einer unmittelbaren Diskriminierung stets der konkrete Vergleich ist.

38. Unterstellt, die Zulagekriterien würden für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleich angewendet, stellt sich die Frage nach einer mittelbaren Diskriminierung. Zur Beurteilung der Beweissituation in diesem Fall ist von der Hypothese auszugehen, daß eine direkte Diskriminierung nicht gegeben ist. Die Kläger müßten dann gemäß der allgemeinen Beweislastverteilung beweisen, daß von einem oder mehreren der Zulagekriterien unverhältnismäßig häufig Angehörige eines Geschlechts erfaßt würden und dadurch eine geschlechtsbezogene Benachteiligung bewirkt würde. Eine vergleichende Betrachtung bereichsabdeckender Personengruppen ist daher unumgänglich. Die Schwierigkeit des Falles besteht hier darin, daß selbst bei einer tatsächlichen mittelbaren Diskriminierung die Klägerinnen wegen der mangelnden Transparenz des Entlohnungssystems keine Handhabe hätten, den erforderlichen Beweis anzutreten.

39. Nur für diese Fallkonstellation ist die Fragestellung relevant, ob der Nachweis eines Richtlinienverstößes dadurch erbracht werden könne, daß bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit Frauen im Durchschnitt niedriger entlohnt würden als Männer (Frage 3 a). Angesichts des faktischen Unvermögens für die Klägerinnen, das erforderliche Beweismaterial beizubringen, sollte hier im Sinne der Effektivität des Grundsatzes

10 — Urteil vom 10. April 1984 in der Rechtssache 14/83, Sabine von Colson und Elisabeth Kamann/Land Nordrhein-Westfalen, Slg. 1984, 1891.

zes gleichen Entgelts eine Beweisregelung dergestalt eingeräumt werden, daß mit dem Nachweis eines geringeren Durchschnittslohns für eine nach funktionalen Kriterien abgegrenzte Arbeitnehmergruppe die Vermutung einer Diskriminierung aufgestellt werden kann. Dieses Vorgehen bedeutet keine Beweislastumkehr, sondern stellt lediglich eine an den faktischen Gegebenheiten orientierte Anforderung an den Beweis dar. Die Arbeitgeberseite ist dann gehalten, die Bewertung der niedrigeren Entlohnung als Diskriminierung zu widerlegen, indem sie die Lohnzahlungen für die relevante Gruppe aufschlüsselt und für etwaige unterschiedliche Entlohnung objektive geschlechtsunabhängige Gründe darlegt.

40. Wie die Arbeitnehmer auszuwählen sind, aus deren Löhnen sich die gegenüberzustellenden Durchschnittslöhne errechnen, richtet sich nach den Gegebenheiten im jeweiligen Unternehmen oder Betrieb. Erforderlich ist, daß es sich um repräsentative Gruppen handelt, deren Arbeitsbedingungen möglichst gleich sein sollten. Eine absolute Zahl für die Mindestgröße einer Vergleichsgruppe kann hier nicht aufgestellt werden. Die Ausgangsbasis ist selbstverständlich eine gleiche bzw. gleichwertige Arbeit, so daß möglicherweise die Arbeitnehmer einer Abteilung oder einer Fertigungsstufe Vergleichsgruppen bilden können. Verfügt ein Unternehmen über ein Arbeitsplatzklassifizierungssystem wie im Ausgangsverfahren, so bietet sich der Vergleich der Durchschnittslöhne der weiblichen und männlichen Arbeitnehmer einer Kategorie an. Im Einzelfall ist es Sache des innerstaatlichen Gerichts festzustellen, ob die Vergleichsgruppen repräsentativ sind oder nicht.

41. Die beschriebene Beweisregelung würde auch dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Beweislast im Bereich des gleichen Entgelts und der Gleichbehandlung von Frauen und Männern<sup>11</sup> nicht vorgreifen, da weder eine Beweislastumkehr erfolgt, noch auch nur eine generelle Vermutung für das Vorliegen einer Diskriminierung aufgestellt wird. Vielmehr bleibt es grundsätzlich bei der herkömmlichen Beweislastverteilung, wobei allerdings dem Arbeitgeber die Beweislast für Tatsachen aufgebürdet wird, die ausschließlich in seinem Einflußbereich erreichbar sind.

42. Dem Arbeitgeber steht es im allgemeinen frei und nach § 9 des Tarifvertrags vom 9. März 1983 ist es auch ausdrücklich vorgesehen, Zulagen aufgrund bestimmter individueller Merkmale des Arbeitnehmers zu gewähren. Die Zulagengewährung muß jedoch objektivierbar und die angewendeten Kriterien müssen zulässig sein. Ein pauschaler Hinweis auf das Vorliegen subjektiver Lohnerhöhungskriterien ist im Einzelfall nicht genügend, um eine unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen (Frage 1 b), da die Lohnfestsetzung dann weder objektivierbar noch nachvollziehbar ist.

43. Generell sind sowohl Flexibilität, wie Dienstalter als auch Berufsausbildung zulässige Zulagekriterien, soweit sie geschlechtsneutral gewährt werden und objektiv im Zusammenhang mit der ausübenden Tätigkeit stehen. Ihre sachliche Rechtfertigung

11 — ABl. 1988, C 176, S. 5.

folgt aus dem wirtschaftlichen Wert der jeweiligen persönlichen Eigenschaft für die zu erbringende Arbeit (Frage 2 a, b und c).

44. Da im Ausgangsrechtsstreit ausschließlich der Tarifvertrag vom 9. März 1983 sowohl für weibliche als auch für männliche Arbeitnehmer anwendbar ist, bedarf es einer Beantwortung der Fragen 4 a und b nicht, denn es ist nicht Aufgabe des Gerichtshofes, im Vorabentscheidungsverfahren abstrakte Rechtsfragen zu begutachten, die keine Entscheidungserheblichkeit für den Ausgangsrechtsstreit haben. Da das vorlegende Gericht jedoch ein weites Ermessen bei der Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der Vorabentscheidungsfragen hat und aus dem Vorabentscheidungsersuchen selbst nicht eindeutig hervorgeht, daß es für das zu erlassende Urteil nicht auf die Beantwortung der Fragen 4 a und b ankommen kann, seien hilfsweise noch folgende Überlegungen zur Beantwortung der Fragen unter 4 angestellt:

45. Generell ist davon auszugehen, daß die Grundsätze der Entgeltgleichheit (Artikel 119 EWG-Vertrag, Richtlinie 75/117/EWG) und der Gleichbehandlung (Richtlinie 76/207/EWG) auch für die Tarifvertragsparteien verbindlich sind. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, dies im Rahmen ihrer Gesetzgebung sicherzustellen. Das folgt schon aus dem Wortlaut der Richtlinien selbst (vgl. Artikel 4 Richtlinie 75/117/EWG und die Artikel 3, 4 und 5 Richtlinie 76/207/EWG) und wird durch die Urteile des Gerichtshofes in den Rechts-sachen 165/82, 143/83 und 312/86 bestätigt. Die Tarifvertragsparteien können daher nicht autonom von den Anforderungen des Grundsatzes der Entgeltgleichheit abweichen. Das gilt sowohl im Bereich eines Tarifvertrages als auch für den Fall, daß in einem Unternehmen verschiedene Tarifverträge Anwendung finden.

46. Allerdings ist zu beachten, daß häufig nach Branchen getrennte Tarifverträge ausgehandelt und abgeschlossen werden. Das sachliche Unterscheidungskriterium wäre dann bei unterschiedlicher Entlohnung die jeweilige Branchenzugehörigkeit. Das kann dann zulässig sein, wenn innerhalb des jeweiligen Anwendungsbereichs eines Tarifvertrages keine unterschiedliche Behandlung nach dem Geschlecht der Arbeitnehmer erfolgt. Die diskriminierungsfreie Ausgestaltung des einzelnen Tarifvertrages, und zwar sowohl im Hinblick auf unmittelbare als auch auf mittelbare Diskriminierungen, ist Voraussetzung. Bei verschiedener Branchenzugehörigkeit der Arbeitnehmer kann es im übrigen auch schon an dem Merkmal der gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit fehlen.

47. Der Umstand allein, daß von einem Tarifvertrag überwiegend weibliche oder männliche Arbeitnehmer erfaßt werden, läßt an sich noch nicht auf einen Diskriminierungstatbestand schließen. In dieser Allgemeinheit kann jedoch nicht sinnvoll über die Zulässigkeit von nach Arbeitnehmergruppen getrennten Tarifverträgen geantwortet werden. Die Frage beurteilt sich im übrigen auch zunächst nach innerstaatlichem Arbeitsrecht. Seitens des Gemeinschaftsrechts ist es geboten, daß der Grundsatz gleichen Entgelts auch in der konkreten Ausgestaltung des Arbeitslebens durch Tarifverträge Beachtung findet.

#### *Kosten*

48. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens hat das Verfahren vor dem Gerichtshof den Charakter eines Zwischenstreits. Es ist

deshalb Sache des vorlegenden Gerichts, über die Kosten zu entscheiden. Die Auslagen der Regierungen Dänemarks, des Vereinigten Königreichs, Portugals und Italiens sowie der Kommission sind nicht erstattungsfähig.

### C — Schlußantrag

49. Aufgrund der vorhergehenden Ausführungen schlage ich folgende Beantwortung der Fragen des Vorabentscheidungsersuchens vor:

50. „1 a) Wenn für eine gleiche bzw. gleichwertige Arbeit aus geschlechtsbezogenen Gründen ein ungleiches Entgelt gezahlt wird (unmittelbare Diskriminierung), trägt der Arbeitnehmer die Beweislast für das Vorliegen einer gleichen bzw. gleichwertigen Arbeit und eines ungleichen Entgelts für einen weiblichen und einen männlichen Arbeitnehmer im selben Betrieb oder Unternehmen. Der Arbeitgeber kann sich von dem Vorwurf einer Geschlechtsdiskriminierung entlasten, wenn er nachweist, daß die ungleiche Entlohnung auf neutralen, nicht an das Geschlecht gebundenen Kriterien beruht.

51. Wenn eine Ungleichbehandlung auf neutralen Kriterien beruht, die typischerweise von den Angehörigen eines Geschlechts verwirklicht werden, die dadurch eine Benachteiligung erfahren (mittelbare Diskriminierung), trägt der Arbeitnehmer die Beweislast dafür, daß von der auf neutralen Kriterien beruhenden Differenzierung der Entlohnung vorwiegend oder ausschließlich Arbeitnehmer eines Geschlechts erfaßt und dadurch benachteiligt werden. Der Arbeitgeber kann sich von dem Vorwurf der Geschlechtsdiskriminierung entlasten, indem er den Gegenbeweis führt, daß die Differenzierung auf objektiven, wirtschaftlich begründeten Überlegungen beruht, die nicht an das Geschlecht des Arbeitnehmers geknüpft sind.

52. Für den Fall, daß die zum Nachweis der indirekten Diskriminierung erforderlichen Tatsachen für die Arbeitnehmer unerreichbar sind, greift eine Beweisregelung in der Form ein, daß bei Nachweis eines niedrigeren Durchschnittslohns für weibliche Arbeitnehmer innerhalb einer repräsentativen Arbeitnehmergruppe eine Diskriminierung vermutet wird.

53. 1 b, 2 a, b und c) Es verstößt gegen den Grundsatz der Entgeltgleichheit, so wie es aus Artikel 119 EWG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG folgt, wenn einem männlichen Arbeitnehmer bei gleicher/gleichwertiger Arbeit gegenüber einer weiblichen Arbeitnehmerin allein unter Hinweis auf subjektive Kriterien ein höherer Lohn gezahlt wird. Dem Grundsatz widerspricht es nicht, Zulagen für individuelle Eigenschaften zu gewähren, wie Dienstalter, Berufsausbildung oder

Flexibilität, soweit die Kriterien objektiv gerechtfertigt sind, im Zusammenhang mit der zu verrichtenden Tätigkeit stehen und diskriminierungsfrei angewendet werden.

54. 3 a, b) Mit dem Nachweis eines niedrigeren Durchschnittslohnes für Frauen innerhalb einer repräsentativen Arbeitnehmergruppe kann die Vermutung einer Diskriminierung begründet werden. Wie sich eine Gruppe zusammensetzt, die repräsentativ ist, richtet sich nach den tatsächlichen Gegebenheiten im Unternehmen oder Betrieb und ist vom innerstaatlichen Gericht zu beurteilen. Daraus folgt jedoch nicht, daß die Durchschnittslöhne für Frauen und Männer immer gleich sein müssen, da Abweichungen auf geschlechtsunabhängigen Kriterien beruhen können.

55. 4 a) Auch die Tarifvertragsparteien sind an den Grundsatz des gleichen Entgelts gebunden. Die Tarifvertragsparteien dürfen auch nicht durch Tarifvertrag von dem Grundsatz abweichen.

56. 4 b) Die Tatsache, daß ein Tarifvertrag überwiegend männliche bzw. weibliche Arbeitnehmer erfaßt, verstößt allein nicht gegen das Diskriminierungsverbot. Für eine abschließende Beurteilung ist jedoch die konkrete Ausgestaltung maßgeblich.