# Die Gleichstellung von Mann und Frau im Recht der Europäischen Union

*Astrid Epiney / Sarah Theuerkauf*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**
***Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf*, Die Gleichstellung von Mann und Frau im Recht der Europäischen Union, in: Claudia Kaufmann/Sabine Steiger-Sackmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, Basel 2009, S. 501-536. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.**

I. Einleitung
II. Das Recht der Gleichbehandlung von Mann und Frau in der Europäischen Union
  1. Primärrechtliche Regeln
    a) Gleichbehandlung von Mann und Frau als allgemeiner Rechtsgrundsatz
    b) Der Grundsatz der Entgeltgleichheit (Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV)
      aa) Persönlicher Anwendungsbereich
      bb) Begriff des Entgelts
      cc) Gleiche oder gleichwertige Arbeit
      dd) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
      ee) Urheber der Diskriminierung
      ff) Rechtfertigung
      gg) Rechtsfolgen
    c) Sonstige primärrechtliche Normen
      aa) Art. 2 EGV
      bb) Art. 3 Abs. 2 EGV
      cc) Art. 13 EGV
      dd) Art. 137 Abs. 1 lit. i i.V.m. Abs. 2 lit. b EGV
      ee) Art. 141 Abs. 3 EGV
    d) Gleichheit von Frauen und Männern in Grundrechtecharta und Verfassungsentwurf
  2. Überblick über das gemeinschaftliche Sekundärrecht
  3. Zur Zulässigkeit positiver Massnahmen (Art. 141 Abs. 4 EGV)
  4. Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz
III. Exkurs: Gleichstellung von Mann und Frau im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

**Ausgewählte Literatur zum EU-Gleichstellungsrecht**

**Aufsätze**

*Gunnar Beck*, The state of EC anti-sex discrimination law and the judgement in Cadman, or how the legal can become the political, ELR 2007, 549 ff.; *Fiona Beveridge*, Building against the past: the impact of mainstreaming on EU gender law and policy, ELRev. 2007, 193 ff.; *Cathryn Costello/Gareth Davies*, The case law of the Court of Justice in the field of sex equality since 2000, CMLRev. 2006, 1567 ff.; *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH zum allgemeinen Verwaltungs-, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2000, 36 (40 ff.); *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2001, 524 (533 ff.), NVwZ 2002, 1429 (1439 ff.), NVwZ 2004, 555 (565 ff.), NVwZ 2004, 1067 (1077 ff.); NVwZ 2006, 407 (419 f.); NVwZ 2006, 1244 (1253 f.); NVwZ 2007, 1012 (1023 ff.); *Annick Masselot*, The State of Gender Equality in the European Union, ELJ 2007, 152 ff.; *Nicole Mathé / Christa Tobler*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, 127 ff.; *Nicole Mathé*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, Schweizeri-

sches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 2005, 79 ff.; *Peter Hänni / Markus Gredig*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2005/2006, 2006, 111 ff.; *Peter Hänni / Lucie Mazenauer*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, 41 ff.; *Dagmar Schiek*, Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law: Towards a Multidimensional Conception of Equality Law, MJ 2005, 427 ff.

**Monographien / Kommentare**

*Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, Baden-Baden 2003; *Astrid Epiney / Ira von Danckelmann* (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, Zürich u.a. 2004; *Maximilian Fuchs* (Hg.), Europäisches Sozialrecht, Nomos Kommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005; *Maximilian Fuchs/Franz Marhold*, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Wien 2006; *Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling* (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, Rehburg-Loccum 2004; *Sebastian Krebber*, Art. 141 EGV, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Auflage, München 2007; *Astrid Epiney / Sarah Theuerkauf*, Chapter 229, TEC, Article 141 on Employment Equality between Men and Women, in: H. Smit, P. Herzog, C. Campbell, G. Zagel (eds.), "Smit and Herzog on The Law of the European Union", Newark / San Francisco 2005; *Dagmar Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007.

## I. Einleitung

Bei der Ausarbeitung des Gleichstellungsgesetzes hat sich der schweizerische Gesetzgeber in vielerlei Hinsicht von **gemeinschaftsrechtlichen Konzepten inspirieren** lassen.[1] Sogar in Bereichen, in denen eine Anlehnung an das europäische Gemeinschaftsrecht nicht explizit vorgesehen war, sind zahlreiche Parallelen zwischen europäischem und schweizerischem Recht zu entdecken. Auch die Rechtsprechung hat sich verschiedentlich an gemeinschaftsrechtlichen Aspekten orientiert.[2] Allerdings werden die Konzepte des EU-Rechts nicht durchgehend als solche übernommen; vielmehr sind in verschiedenen Bereichen Nuancen feststellbar.[3]

Vor diesem Hintergrund ist es unumgänglich, im Rahmen einer Analyse und Kommentierung des schweizerischen Gleichstellungsgesetzes auch die entspre-

---

1 So verwies insbesondere der Bundesrat in seiner Botschaft immer wieder auf einzelne Richtlinien (insbesondere Richtlinie 75/117/EWG über die Lohngleichheit, ABl. 1975 L 45, 19, und Richtlinie 76/207/EWG über die 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, 40) und auf die Rechtsprechung des EuGH. Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, BBl 1993 I 1246, 1287; s. auch *Kathrin Klett*, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und männern in der Schweiz und der EU / L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 133 (136 f.).

2 Dazu *Kathrin Klett*, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, 2004, 133 ff. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts umfassend *Margrith Bigler-Eggenberger*, Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Mann und Frau, 2003; *Margrith Bigler-Eggenberger*, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit, AJP 2001, 1269 ff.

3 S. zur Thematik etwa die Überlegungen bei *Astrid Epiney/Michael Duttwiler*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl. 2004, 37 ff.; vgl. auch die vorstehenden Kommentierungen des Gleichstellungsgesetzes.

chenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zu erörtern, und zwar nicht nur punktuell[4], sondern auch in einem grösseren Zusammenhang: Denn Auslegung und Tragweite gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen können nicht isoliert betrachtet werden, erschliessen sie sich doch häufig erst in ihrem Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlichen Regelungssystematik. Weiter ist das europäische Gemeinschaftsrecht auch deshalb von grossem Interesse, weil hier die (Verfassungs-) Traditionen der verschiedenen Mitgliedstaaten „zusammenfliessen" und zu einem eigenen, den Spezifizitäten der Union und der Gemeinschaft Rechnung tragendem System verwoben werden. Schliesslich spielt das in der EU geltende Recht auch deshalb eine wichtige Rolle, weil sich das schweizerische Recht im Falle eines Beitritts daran auszurichten hätte.

Allerdings kann es im Folgenden nicht um eine Gesamtdarstellung des Gleichstellungsrechts in der Europäischen Union gehen; vielmehr wird der Akzent auf die konzeptionell besonders bedeutenden Fragen – die eben auch für die Schweiz von besonderer Bedeutung sind – gelegt, während weite Bereiche des häufig eher technischen gemeinschaftlichen Sekundärrechts nur überblicksartig erwähnt werden. Der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) wird besondere Aufmerksamkeit geschenkt, hat sie doch ganz entscheidend zur Präzisierung und häufig auch Erweiterung der Tragweite der primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben beigetragen, wobei auch hier aber nur die grossen Linien aufgezeigt werden können, so dass nur vereinzelt auch explizit auf einzelne Urteile eingegangen wird.[5]

Der Beitrag schliesst mit einem Exkurs zum UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, das bereits heute für die Schweiz unmittelbare Bindungswirkung entfaltet.

## II. Das Recht der Gleichbehandlung von Mann und Frau in der Europäischen Union

Die Grundlagen des in der Europäischen Union geltenden Rechts der Gleichbehandlung von Mann und Frau sind im **EG-Vertrag,** der sog. ersten Säule[6] der Union, zu finden; nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon – der die Säulenarchitektur aufheben wird – werden sie im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union figurieren; dieser Vertrag wird aber keine ins Gewicht fallenden inhaltlichen Modifikationen in diesem Gebiet mit sich bringen. Charak-

---

4 Hierzu die Kommentierungen der einzelnen Artikel des Gleichstellungsgesetzes.

5 Vgl. spezifisch zur Rechtsprechung in den letzten Jahren *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2001, 524 (533 ff.), NVwZ 2002, 1429 (1439 ff.), NVwZ 2004, 555 (565 ff.), NVwZ 2004, 1067 (1077 ff.); NVwZ 2006, 407 (419 f.); NVwZ 2006, 1244 (1253 f.); NVwZ 2007, 1012 (1023 ff.).

6 Die zweite Säule besteht aus der Gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik, die dritte aus der Polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit in Strafsachen. Zur Drei-Säulen-Struktur der Europäischen Union vgl. *Thomas Oppermann*, Europarecht, 3. Auflage 2005, § 4; *Albert Bleckmann*, Europarecht, 6. Auflage 1997, Rn. 50; *Armin von Bogdandy / Martin Nettesheim*, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, NJW 1995, 2324; *Johannes Christian Wichard*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 1 EGV, Rz. 16 ff.

teristisch für das EG-Recht ist die Zweistufigkeit seiner Regelungen:[7] Einerseits ergeben sich gewisse Grundsätze schon aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht, andererseits erweisen sich aber weitere Präzisierungen und Ausgestaltungen durch gemeinschaftliches **Sekundärrecht**, insbesondere in der Form von Richtlinien, als notwendig. Von der Möglichkeit, sekundärrechtliche Konkretisierungen vorzunehmen, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich des Gleichstellungsrechts auch durchaus Gebrauch gemacht. Zahlreiche Richtlinien flankieren inzwischen den primärrechtlichen Grundsatz der Entgeltgleichheit und dehnen den Grundsatz der Gleichbehandlung auf diverse Bereiche des Arbeitslebens und der sozialen Sicherheit aus (vgl. dazu noch II.2.). So besteht heute in der Europäischen Union auf der Grundlage der einschlägigen primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben, deren Tragweite durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert werden / wurden, ein umfassendes EG-Antidiskriminierungsrecht.[8]
Aufgrund dieser Strukturen des Gemeinschaftsrechts bietet es sich an, bei der folgenden Darstellung an die Rechtsquellen anzuknüpfen und zunächst das Primär- und dann das Sekundärrecht im Bereich der Gleichstellung von Männern und Frauen zu untersuchen (II. 1. und 2.). Nach der Erörterung der Problematik sog. „positiver Massnahmen“ (II.3.) werden abschliessend die wesentlichen Grundsätze der Rechtsdurchsetzung behandelt (II.4.).

## 1. Primärrechtliche Regeln

Der Bereich des Arbeitslebens ist der einzige Sektor des EG-Vertrages, in dem bereits seit Beginn der europäischen Integration eine (sektorielle) Gleichbehandlung von Mann und Frau gewährleistet wird. Auf die Initiative von Frankreich[9] wurde 1957 **Art. 119** und damit das **Prinzip der Entgeltgleichheit** zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern in den EWG-Vertrag aufgenommen.[10] Das Anliegen Frankreichs liess sich allerdings auf rein wirtschaftliche Interessen zurückzuführen:[11] In der französischen Nachkriegsverfassung war nämlich bereits das Prinzip der Gleichheit von Mann und Frau enthalten und das Tarifvertragsgesetz von 1950 verpflichtete die Tarifparteien dazu, das Prinzip der Entgeltgleichheit in alle tariflichen Vereinbarungen aufzunehmen; zudem legte es fest, dass der gesetzliche Mindestlohn für weibliche und männliche Arbeitnehmer gleich hoch sein müsse.[12] Aufgrund dieser Ausgangslage fürchtete die französische Wirtschaft Wettbewerbsnachteile durch – im Vergleich zu anderen Mitgliedstaaten – höhere

---

7 Zu den Rechtsquellen des Gemeinschaftsrechts und ihrer Hierarchie vgl. statt vieler *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 249 EGV, Rz. 6 ff.

8 Ähnlich etwa *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Vorbem. zu Art. 141 EG, Rz. 2.

9 Ein weiterer Anstoss ergab sich durch die Konvention 100 (UNTS, Vol. 165, 303) der International Labour Organisation (ILO), die zur Zeit der Unterzeichnung des EWG-Vertrags bereits von Belgien, Frankreich, Italien und Deutschland ratifiziert worden war.

10 Vgl. hierzu *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 3.

11 Vgl. *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 3.

12 Vgl. dazu ausführlich *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 31 f.

Lohnkosten.[13] Die sozialpolitische Dimension des Prinzips der Entgeltgleichheit trat somit zunächst hinter wettbewerbspolitischen Zielen zurück. Der Grundsatz gewann jedoch schnell über seinen vormals wirtschaflichten Kontext hinaus an Bedeutung. Der EuGH, der immer die **Dualität** der beiden Ziele des Art. 119 betont hatte, bestätigte schliesslich im Urteil *Sievers und Schrage*[14] (2000) erstmals den **Vorrang des sozialen Ziels** der Bestimmung vor dem wirtschaftlichen Zweck.

Eine bedeutende Erweiterung erfuhr der Anwendungsbereich des Art. 119 EGV (von nun an **Art. 141 EGV**) 1999 mit Inkrafttreten des **Amsterdamer Vertrages**. Zudem wurde durch die Aufnahme des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in die Aufgaben und Ziele der Gemeinschaft (Art. 2 und 3 EGV) sowie in Art. 137 Abs. 1 EGV dessen Bedeutung als **Gemeinschaftsgrundrecht** bestätigt, wie es zuvor bereits in der Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt war.[15] Dies manifestiert sich auch in Art. 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union,[16] die mit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon rechtliche Verbindlichkeit erlangen wird.

Im Einzelnen finden sich im gemeinschaftlichen Primärrecht – d.h. den Gründungsverträgen und den Rechtsakten bzw. Rechtsnormen auf gleicher Stufe – verschiedene Normen, die sich spezifisch mit der Gleichstellung von Mann und Frau befassen, wobei Geltungsbereich und Tragweite aber sehr unterschiedlich ausfallen.

### a) Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau

Das primäre Gemeinschaftsrecht besteht nicht nur aus geschriebenen, sondern auch aus ungeschriebenen Rechtsquellen. Eine herausragende Bedeutung kommt dabei den in Art. 288 Abs. 2 EGV erwähnten **allgemeinen Rechtsgrundsätzen** zu.[17] Dabei handelt es sich um Grundsätze und Regeln, die Bestandteil des Rechts der oder einzelner Mitgliedstaaten sind, auf Problemstellungen Antwort geben, die in strukturell paralleler Weise auch in der Gemeinschaft auftreten, und die der Struktur und dem Charakter der Gemeinschaft angemessen sind.[18] Der Gerichtshof gewinnt die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Wege einer sog. „wertenden Rechtsvergleichung“, bei der als Anknüpfungspunkt neben dem geschriebenen Gemeinschaftsrecht auch die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und ergänzend die internationalen Verträge – insbesondere die Europäische Menschen-

---

13 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 141 EGV, Rz. 1.

14 EuGH, verb. Rs. C-270/97 u. C-271/97, *Sievers und Schrage*, Slg. 2000, I-929, Rz. 57.

15 Vgl. unten II.1.a).

16 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Vorbem. zu Art. 141 EG, Rz. 15 f. Zu dieser in unserem Zusammenhang noch unten II.1.d).

17 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 107.

18 Hierzu etwa *Michael Akehurst*, The application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities, BYIL 1981, 29. Vgl. auch *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 105 ff.; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 107, m.w.N.

rechtskonvention (EMRK) – deren Vertragspartner die Mitgliedstaaten sind, herangezogen werden (vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EUV).[19]

In ständiger Rechtsprechung – teilweise mit ausdrücklichem Hinweis auf die Europäische Sozialcharta und die Konvention Nr. 111 der ILO – erkennt der EuGH über den von Art. 141 EGV erfassten Entgeltbereich hinaus auch das Prinzip der **Gleichbehandlung von Mann und Frau** als Gemeinschaftsgrundrecht[20] und damit als allgemeinen Rechtsgrundsatz an.[21] Diese Rechtsprechung wurde im Schrifttum dogmatisch untermauert und begründet.[22]

In Bezug auf den **Umfang** des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Gleichbehandlung von Mann und Frau sind drei Aspekte anzumerken:[23]

- Erstens ist seine materielle Reichweite auf den **Anwendungsbereich des EG-Vertrages** beschränkt, denn nur so wird der Kompetenzverteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten Rechnung getragen. Speziell für die Sozial- und Gleichstellungspolitik kann der Anwendungsbereich des Vertrages auf der Grundlage der Regelungen der Art. 136 ff. EGV bestimmt werden.[24]
- Zweitens ist die Tragweite dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf den **Anspruch auf rechtliche Gleichbehandlung** beschränkt. Damit erlaubt er es zwar, direkte und indirekte Diskriminierungen abzuwehren; ein **Anspruch auf Massnahmen zur Verwirklichung tatsächlicher Gleichstellung** kann aus diesem Grundsatz jedoch nicht abgeleitet werden.
- Drittens bindet der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in erster Linie die **gemeinschaftlichen Organe**; für die **Mitgliedstaaten** ist er nur verbindlich, wenn sie Gemeinschaftsrecht umsetzen oder vollziehen.[25] Dies ist auch gerade vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass sich Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV an die Mitgliedstaaten richten und damit die Gemeinschaft durch diese nicht gebunden ist.[26] **Bedienstete der Gemein-**

---

19 Vgl. dazu ausführlich *Dirk Ehlers*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 14, Rz. 6 ff.

20 Zur Entwicklung der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH sehr instruktiv *Ulrich Haltern*, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., 2007, 491 ff.

21 EuGH, Rs. 20/71, *Sabbatini-Bertoni*, Slg. 1972, 345, Rz. 3; EuGH, Rs. 21/74, *Airola*, Slg. 1975, 211, Rz. 9/12; EuGH, Rs. 149/77, *Defrenne III*, Slg. 1978, 1365, Rz. 26/29; EuGH, verb. Rs. 75/82 und 117/82, *Razzouk*, Slg. 1984, 1509, Rz. 17; EuGH, Rs. C-13/94, *Cornwall County Council*, Slg. 1996, I-2143, Rz. 19; EuGH, verb. Rs. C-270/97 u. C-271/97, *Sievers und Schrage*, Slg. 2000, I-929, Rz. 56; EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69, Rz. 23; EuGH, Rs. C-25/02, *Rinke*, Slg. 2003, I-8349, Rz. 25.

22 Dabei wurde auf andere Gleichheitsgebote im Gemeinschaftsrecht, die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, verschiedene internationale Abkommen sowie Art. 23 der Grundrechtscharta hingewiesen; vgl. die umfassenden Belege bei *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 107 f.; *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 116 ff.

23 Eine ausführliche Untersuchung findet sich bei *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 108 f.

24 Im Ergebnis ähnlich *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 121 ff.

25 Zu den Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte ausführlich *Dirk Ehlers*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 14, Rz. 32 ff.; *Dieter H. Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 ff.

26 Der EuGH lehnt in ständiger Rechtsprechung die Anwendung des Art. 141 EGV auf Gemeinschaftsbedienstete ab, vgl. nur EuGH, Rs. 20/71, *Sabbatini-Bertoni*, Slg. 1972, 345, Rz. 3 ff.; EuGH, Rs. 257/78, *Devred*, Slg. 1979, 3767, Rz. 9/12.

**schaft** können sich daher nicht auf Art. 141 EGV stützen, sondern müssen den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung geltend machen.[27]

### b) Der Grundsatz der Entgeltgleichheit (Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV)

Der **Grundsatz der Lohngleichheit** ist – wie bereits erwähnt – unmittelbar im EG-Vertrag verankert und daher (nur) für die Mitgliedstaaten verbindlich. Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV, die das **„Herzstück“** des europäischen Gleichbehandlungsrechts bilden, lauten wie folgt:

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

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

Ursprünglich im Interesse der Garantie unverfälschter Wettbewerbsbedingungen in den Vertrag eingeführt,[28] hat sich die Regelung – insbesondere unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EuGH – zu einem **unmittelbar anwendbaren subjektiven Recht**[29] des Einzelnen entwickelt und stellt mittlerweile zweifellos die bedeutendste Vorschrift des Kapitels über die Sozialpolitik dar.[30] Damit einher geht naturgemäss eine entsprechende Einschränkung des Gestaltungsspielraums der nationalen Gesetzgeber.

**Adressaten** des Entgeltgleichheitsgebots sind zunächst die Mitgliedstaaten, denen damit eine besonders aktive Rolle zukommt.[31] Im Rahmen der unmittelbaren Wirkung verpflichtet die Bestimmung jedoch nicht nur den **Staat**, sondern auch **private Arbeitgeber**. Im Fall *Defrenne II* stellte der EuGH fest:

„Das Verbot der diskriminierenden Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern ist wegen seines Charakters nicht nur für staatliche Stellen verbindlich, sondern erstreckt

---

27 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 109 f.

28 Zur Entstehungsgeschichte des Art. 141 EGV (ex Art. 119 EWGV) s.o. II.1., am Anfang.

29 Dies bedeutet, dass Einzelne sich direkt vor innerstaatlichen Gerichten auf Art. 141 Abs. 1 EG berufen können. Die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung wurde erstmals im Urteil EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1976, 455, Rz. 4/6, angenommen. In diesem Fall hatte die belgische Fluggesellschaft *Sabena* für weibliche Stewardessen ein niedrigeres Gehalt als für ihre männlichen Kollegen vorgesehen. Der EuGH stellte neben der unmittelbaren Wirkung der Vorschrift auch deren Drittwirkung fest, so dass auch private Arbeitgeber sie gegen sich gelten lassen müssen. Dazu noch die Bemerkungen sogleich im Text sowie II.1.b)aa). Mittlerweile ist die unmittelbare Wirkung für alle Normschichten des Art. 141 Abs. 1 EGV anerkannt; vgl. ausführlich *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 4 ff.; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 50.

30 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 49 f. Gleichwohl sind auch damit (noch) nicht alle Lohnungleichbehandlungen beseitigt; hierfür sind vielmehr weitere Maßnahmen notwendig, vgl. zur Bekämpfung des geschlechtsspezifischen Lohngefälles in der Union KOM (2007) 242 endg.

31 *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 15.

sich auch auf alle Tarifverträge, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regeln, und auf alle Verträge zwischen Privatpersonen."[32]

Damit kommt Art. 141 Abs. 1 EGV direkte **horizontale und vertikale Wirkung** zu.[33] Der EuGH begründete diese Auslegung des Art. 141 EGV in erster Linie damit, dass diese Vorschrift auch einem sozialen Zweck diene; die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau in Bezug auf das Gehalt könne aber nur – neben der unmittelbaren Anwendbarkeit – über eine (auch) horizontale Wirkung erreicht werden

Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.[34] In der hier verwendeten Reihenfolge können sie auch als **Prüfungsschema** für Verstösse gegen den Grundsatz der Entgeltgleichheit herangezogen werden.

### aa) Persönlicher Anwendungsbereich

**Begünstigte** des Grundsatzes der Entgeltgleichheit aus Art. 141 Abs. 1 EGV sind alle **Arbeitnehmer**, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.[35] Der Begriff des Arbeitnehmers ist dabei derselbe wie der im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV:[36] Arbeitnehmer ist demnach jede Person, die während eines bestimmten Zeitraumes für eine andere unter deren Leitung Arbeitsleistungen gegen Entgelt erbringt.[37] Art. 141 Abs. 1 erfasst auch öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (einschliesslich den eigentlichen hoheitlichen Bereich wie die Polizei[38] und das Militär[39]).[40]

Der **Leistungsempfänger** muss nicht zwingend selbst Arbeitnehmer gewesen sein und ein Entgelt erhalten haben. Vielmehr kann sich auch ein Dritter auf Art. 141 Abs. 1 EGV berufen, wenn sein Leistungsanspruch – wie zum Beispiel bei Hinterbliebenenrenten[41] – seinen Ursprung im Arbeitsverhältnis hat.

---

32 EuGH, Rs. 43/75, *Defrenne II*, Slg. 1976, 455, Rz. 4/6.

33 Zur horizontalen Wirkung zwischen Privaten vgl. *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 9 ff.

34 Vgl. ausführlich zu den tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 141 Abs. 1, 2 EGV m.w.N. *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 52 ff.

35 Voraussetzung ist allein, dass ihre Arbeits- oder Dienstverhältnisse der nationalen Gesetzgebung unterliegen, vgl. *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 55.

36 *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 26; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 17.

37 EuGH, Rs. 66/85, *Lawrie-Blum*, Slg. 1986, 2121, Rz. 17; EuGH, Rs. 197/86, *Brown*, Slg. 1988, 3205, Rz. 21; EuGH, Rs. C-256/01, *Allonby*, Slg. 2004, I-873.

38 EuGH, Rs. 22/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651.

39 EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69.

40 EuGH, Rs. C-1/95, *Gerster*, Slg. 1997, I-5253, Rz. 18 f. Vgl. auch *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 14.

41 EuGH, Rs. 109/91, *Ten Oever*, Slg. 1993, I-4879, Rz. 12 ff.; EuGH, Rs. C-117/01, *K.B.*, Slg. 2004, I-541.

Umgekehrt muss auch der **Anspruchsverpflichtete** nicht unbedingt Arbeitgeber sein; bedient sich der Arbeitgeber zur Verwaltung und Auszahlung eines Entgeltbestandteils Dritter (zum Beispiel eines Treuhänders), so sind auch diese an Art. 141 Abs. 1 EGV gebunden.[42]

### bb) Begriff des Entgelts

Der Begriff des Entgelts wird in Art. 141 Abs. 2 definiert. Demnach sind unter Entgelt

„die üblichen Grund- oder Mindestlöhne und -gehälter sowie alle sonstigen Vergütungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer unmittelbar oder mittelbar in bar oder in Sachleistungen zahlt."

Der Terminus „alle sonstige Vergütungen" spricht bereits für eine weite Auslegung des Entgelt-Begriffs. Dies entspricht auch der Auffassung des EuGH, der die Definition konkretisiert und weiter ausgedehnt hat. Danach umfasst der Begriff des Entgelts alle **gegenwärtigen** oder **künftigen** Leistungen, die aufgrund des Arbeitsverhältnisses gewährt werden.[43] Darunter können auch Leistungen fallen, die erst **nach Beendigung** des Arbeitsverhältnisses gezahlt werden.[44] Weiter differenziert Art. 141 nicht danach, ob das Entgelt als Gegenleistung für Akkord- oder Zeitarbeit gewährt wird.
Beispielsweise fallen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Einzelnen folgende Leistungen unter den Begriff des Entgelts: Die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall[45], Leistungen während oder bei Antritt des Mutterschaftsurlaubs[46], Betriebsrenten[47], Rentenzahlungen im Rahmen des französischen Beamtenpensionssystems[48], Witwenrenten[49], vergünstigte Bahnreisen[50], Erleichterungen bei Krediten[51], Abfindungen und Übergangsgeld[52], Entschädigungen wegen sozial ungerechtfertigter Entlassung[53], Aufwandsentschädigungen während Betriebs- oder Personalratsschulungen[54], Leistungen im Falle der Arbeitslosigkeit[55], Weih-

---

42 EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889, Rz. 29; EuGH, Rs. C-128/93, *Fisscher*, Slg. 1994, I-4583, Rz. 30 f. Vgl. auch *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 19.

43 EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; EuGH, Rs. C-33/89, *Kowalska*, Slg. 1990, I-2591.

44 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 16.

45 EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-66/96, *Høj Pedersen u.a.*, Slg. 1998, I-7327; EuGH, Rs. C-191/03, *McKenna*, EuZW 2005, 627.

46 EuGH, Rs. C-342/93, *Gillespie*, Slg. 1996, I-475; EuGH, Rs. C-218/98, *Abdoulaye*, Slg. 1999, I-5723.

47 EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; EuGH, Rs. C-246/96, *Magorrian*, Slg. 1997, I-7153.

48 EuGH, Rs. C-366/99, *Griesmar*, Slg. 2001, I-9383.

49 EuGH, Rs. C-117/01, *K.B.*, Slg. 2004, I-541; EuGH, Rs. 109/91, *Ten Oever*, Slg. 1993, I-4879.

50 EuGH, Rs. 12/81, *Garland*, Slg. 1982, 359.

51 Obiter dictum in EuGH, Rs. 69/80, *Worringham*, Slg. 1981, 767 ff.

52 EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; EuGH, Rs. C-33/89, *Kowalska*, Slg. 1990, I-2591.

53 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623.

54 EuGH, Rs. C-360/90, *Bötel*, Slg. 1992, I-3589; EuGH, Rs. C-457/93, *Lewark*, Slg. 1996, I-243; EuGH, Rs. C-278/93, *Freers*, Slg. 1996, I-1165.

nachtsgratifikationen[56] und Zulagen, die aus sonstigen Motiven (z.B. Anreiz für die Erhöhung der Produktivität, Ausgleich für Gesundheitsgefährdungen) gezahlt werden[57].

Generell ist der Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis entscheidend: Die Leistungen müssen ihren **Rechtsgrund** (*causa*) in einem konkreten Arbeitsverhältnis haben und dem Arbeitgeber zumindest mittelbar zuzurechnen sein.[58]

Bei **gesetzlich geregelten Leistungsverpflichtungen** des Arbeitgebers – insbesondere Leistungen aus Altersversorgungssystemen und Hinterbliebenenrenten – war die Rechtsprechung des EuGH lange nicht ganz klar.[59] Schliesslich bejahte er ausdrücklich, dass auch gesetzlich geregelte Leistungen ihre Grundlage im Arbeitsverhältnis finden können.[60] In welchem Umfang die Leistungen durch einseitiges freiwilliges Gewähren des Arbeitgebers oder durch den Arbeitsvertrag, einen Kollektivvertrag oder ein Gesetz geregelt sind, spielt damit keine Rolle.[61]

Vergütungen, die ihrer Natur nach Leistungen der „staatlichen" Systeme sozialer Sicherheit sind, also unmittelbar durch das Gesetz geregelt werden und zwingend für allgemein umschriebene Gruppen von Arbeitnehmern gelten, fallen dagegen nach wie vor nicht unter den Entgeltbegriff.[62] Hier hat der Arbeitgeber kaum mehr Einfluss auf das Versorgungssystem; vielmehr sind sozialpolitische Vorgaben massgeblich.[63] Die Abgrenzung zwischen Leistungen, zu denen der Arbeitgeber gesetzlich verpflichtet ist, die aber gleichwohl Bestandteil des Entgelts sind, und denjenigen, die ausschliesslich auf gesetzlicher Grundlage erfolgen, bleibt damit im Einzelfall schwierig.[64]

Art. 141 Abs. 1 und 2 EGV umfassen ausschliesslich den Grundsatz des **gleichen Entgelts**; sie bilden keine Grundlage für die Gleichheit der übrigen Arbeitsbedingungen. Hier kommen aber regelmässig die Vorschriften der Gleichbehandlungsrichtlinien zum Tragen.[65]

### cc) Gleiche oder gleichwertige Arbeit

---

55 EuGH, Rs. C-173/91, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 1993, I-673.

56 EuGH, *Lewen*, Slg. 1999, I-7243; EuGH, Rs. 281/97, *Krüger*, Slg. 1999, I-5127.

57 EuGH, *Lewen*, Slg. 1999, I-7243; EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhofer*, Slg. 2001, I-4961.

58 *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 34.

59 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 17.

60 EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; EuGH, Rs. C-110/91, *Moroni*, Slg. 1993, I-6591; EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-366/99, *Griesmar*, Slg. 2001, I-9383.

61 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623, Rz. 29.

62 Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 80/70, *Defrenne I*, Slg. 1971, 445.

63 Zu den Abgrenzungskriterien ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 59 f.

64 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 58 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 34 f.; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 29 ff.; *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 25 ff.

65 Vgl. dazu noch II.2. S. auch EuGH, Rs. C-313/02, *Wippel*, Slg. 2004, I-9483.

Die Feststellung einer Ungleichbehandlung beginnt mit der Bildung von Vergleichsgruppen, was seinen Bezugspunkt in den Begriffen der **„gleichen oder gleichwertigen Arbeit“** in Art. 141 Abs. 1 EGV findet.[66]
Seit dem Amsterdamer Vertrag hält Art. 141 EGV – in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH – fest, dass ein Anspruch auf gleiches Entgelt nicht nur bei gleicher, sondern auch bei gleichwertiger Arbeit besteht. Der Vertrag enthält jedoch keine Definitionen, was unter Gleichwertigkeit zu verstehen ist. Zwangsläufig ist daher der Beurteilung, ob die Arbeit als gleich oder gleichwertig zu betrachten ist, ein Wertungselement inhärent.[67] Der Begriff der Gleichwertigkeit der Arbeit ist ein gemeinschaftsrechtlicher; nur so kann gewährleistet werden, dass in allen Mitgliedstaaten eine vergleichbare Auslegung und Anwendung des Grundsatzes der Lohngleichheit erfolgt.[68] Die konkrete Entscheidung bei Klagen Einzelner obliegt allerdings den nationalen Gerichten, wobei der Rechtsprechung des EuGH allgemeine Bewertungskriterien und Anwendungsvoraussetzungen zu entnehmen sind.[69] Die Kommission hat zudem ein umfangreiches, aber nicht rechtsverbindliches Klassifikationsschema[70] entwickelt, das Anhaltspunkte für die Feststellung der Gleichwertigkeit der Arbeit enthält.
Ausgehend von der Rechtsprechung des Gerichtshofs lassen sich insbesondere folgende Vorgaben formulieren:

- Die Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Arbeit hängt weder von der subjektiven Einschätzung des Arbeitgebers noch von der des Arbeitnehmers ab. Vielmehr sind **objektive Umstände**, wie die Art der Arbeit, Arbeitsbedingungen, Verantwortung oder Anforderungen an die Ausbildung, entscheidend.[71] Der Gerichtshof hat gleiche bzw. gleichwertige Arbeit dann angenommen, wenn Arbeitnehmer unter Zugrundelegung einer Gesamtheit von Faktoren als in einer vergleichbaren Situation befindlich angesehen werden können.[72] Diese Formel ist jedoch eine Tautologie; bei der Entscheidung im Einzelfall kann sie nicht weiterhelfen.
- Es ist jedenfalls nicht erforderlich, dass die miteinander verglichenen Tätigkeiten exakt **gleicher Natur** sind oder **denselben Bereich** betreffen. Beispielsweise hat der Gerichtshof die Arbeit von Logopäden – einem vorwiegend von Frauen ausgeübten Beruf -, Psychologen und im Krankenhaus tätigen Apothekern als gleichwertig erachtet, weshalb ein unterschiedliches Gehalt gegen Art. 141 EG verstiess.[73]

---

66 *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 38.

67 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 64 ff.

68 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 66.

69 Vgl. EuGH, Rs. C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen*, Slg. 2000, I-2189, 48.

70 KOM (94) 6 endg. und KOM (96) 336 v. 17.07.1996.

71 EuGH, Rs. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Slg. 1995, I-1275; EuGH, Rs. C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, Slg. 1999, I-2865.

72 EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhofer*, Slg. 2001, I-4961; EuGH, Rs. C-400/93, *Royal Copenhagen*, Slg. 1995, I-1275; EuGH, Rs. C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse*, Slg. 1999, I-2865.

73 EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535. Vgl. auch EuGH, Rs. C-320/00, *Lawrenceu*, Slg. 2002, I-7325 zur Vergleichbarkeit der Tätigkeit von Reinigungs- und Kantinenpersonal und zur Gartenpflege bzw. Müllabfuhr beschäftigten Arbeitnehmern.

- Des Weiteren ist es nicht notwendig, dass die entsprechenden Vergleichspersonen die in Rede stehende Tätigkeit **gleichzeitig** ausüben; auch die Arbeit und Entlohnung eines Stellenvorgängers kann für den durchzuführenden Vergleich herangezogen werden.[74]
- Der Grundsatz der Entgeltgleichheit gilt erst recht auch für **höherwertige Arbeit**, die nicht schlechter bezahlt werden darf, als eine „minderwertigere" Arbeit.[75]

Trotz dieser Anhaltspunkte bleibt den nationalen Gerichten noch ein **erheblicher Spielraum**, so dass in den Mitgliedstaaten mitunter das Schutzniveau variiert.

### dd) Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Art. 141 EG verbietet Diskriminierungen **aufgrund des Geschlechts**, wobei es ausreichend ist, dass nur bestimmte Angehörige eines Geschlechts betroffen sind.[76] Diskriminierungen, die auf anderen Merkmalen als dem Geschlecht basieren, fallen nicht unter die Vorschrift.[77] Eine irgendwie geartete **Benachteiligungsabsicht** ist nicht erforderlich; vielmehr entscheidet die Wirkung einer Massnahme, wie sie sich aus der objektiven Sachlage ergibt.[78]

Grundsätzlich lassen sich **zwei Arten von Diskriminierungen** unterscheiden:

Zunächst sind **direkte (auch formelle oder unmittelbare) Diskriminierungen** verboten. Davon sind alle Massnahmen erfasst, die direkt auf das Geschlecht als Unterscheidungskriterium abstellen.[79] Unmittelbare Diskriminierungen sind leicht nachzuweisen und (mittlerweile) eher selten.[80] Allerdings ist hervorzuheben, dass der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon ausgeht, dass an **Schwangerschaft** oder **Mutterschaft** anknüpfende Massnahmen unmittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts darstellen.[81]

Darüber hinaus sind aber auch **indirekte (bzw. materielle oder mittelbare) Diskriminierungen** verboten. Hierunter sind Massnahmen zu verstehen, die zwar auf ein anderes Kriterium als die Geschlechtszugehörigkeit abstellen, jedoch einen

---

74 EuGH, Rs. 129/79, *Macarthys*, Slg. 1980, 1275; EuGH, Rs. C-200/91, *Coloroll Pension*, Slg. 1994, I-4389.

75 EuGH, Rs. 157/86, *Murphy*, Slg. 1988, 673.

76 Zum Beispiel nur Schwangere oder nur verheiratete Frauen; vgl. etwa EuGH, Rs. C-7/93, *Beune*, Slg. 1994, I-4471. Zur Gleichbehandlung „schwangerschaftsbedingter Krankheiten" mit sonstigen Krankheiten in Bezug auf die Lohnfortzahlung EuGH, Rs. C-191/03, *McKenna*, EuZW 2005, 627.

77 Vgl. den Fall EuGH, Rs. C-249/96, *Grant*, Slg. 1998, I-621, wo Personen, die in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung lebten, gegenüber heterosexuellen Paaren benachteiligt wurden. Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lag darin jedoch nicht, da die Regelung für alle homosexuellen Paare galt. Vgl. aber auch EuGH, Rs. C-117/01, *K.B.*, Slg. 2004, I-541. Eine Benachteiligung im Gefolge einer Geschlechtsumwandlung wird jedenfalls vom Diskriminierungsverbot erfasst, da derartige Massnahmen letztlich (auch) auf das Geschelcht als Unterscheidungsmerkmal abstellen, vgl. im Zusammenhang mit der RL 76/207 EuGH, Rs. C-13/94, *P/S*, Slg. 1996, I-2143, Rz. 20 f.

78 Vgl. EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1620, Rz. 35.

79 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 48.

80 Vgl. aber EuGH, Rs. C-187/98, *Kommission ./. Griechenland*, Slg. 1999, I-7713. Hier erhielten weibliche Arbeitnehmerinnen Familienzulagen, die später bei der Festsetzung der Höhe der rentenfähigen Bezüge berücksichtigt wurden, nur unter bestimmten Voraussetzungen, die für männliche Arbeitnehmer nicht galten.

81 Vgl. EuGH, Rs. C-333/97, *Lewen*, Slg. 1999, I-7243.

Anknüpfungspunkt wählen, der im Wesentlichen und typischerweise bei einem Geschlecht gegeben ist, so dass die entsprechende Massnahme eine ähnliche Wirkung wie eine direkte Diskriminierung hat.[82] Dies ist dann der Fall, wenn eine Regelung, die geschlechtsunspezifisch formuliert ist, erheblich mehr Angehörige des einen Geschlechts betrifft und nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt[83] werden kann. Diese Definition entspricht auch der in Art. 2 Abs. 2 der Beweislastrichtlinie[84].

Um die tatsächlichen Auswirkungen einer Regelung zu ermitteln, darf nicht auf die absoluten Zahlen der jeweils betroffenen Arbeitnehmer eines Geschlechts abgestellt werden; vielmehr muss die **Zahl der Betroffenen eines jeden Geschlechts** jeweils in Relation zu der Gesamtheit der Arbeitnehmer dieses Geschlechts gesetzt und innerhalb jeder Gruppe der prozentuale Anteil der Betroffenen ermittelt werden.[85] Die verwendeten statistischen Daten müssen selbstredend aussagekräftig sein.[86] Der EuGH hat bisher jedoch noch keine konkreten Aussagen dazu getroffen, wie hoch der Prozentsatz der von einer Regelung betroffenen Frauen oder Männer sein muss. Er verlangt jedenfalls den Nachweis einer statistisch signifikant stärkeren Auswirkung auf ein Geschlecht.[87] Dies impliziert, dass sich der diskriminierende Charakter einer Regelung im Laufe der Zeit verändern kann.[88]

Dieser Rückgriff des Gerichtshofs auf Statistiken wurde teilweise vehement kritisiert.[89] Der Charakter des Art. 141 Abs. 1 EGV als Individualrecht wird damit zwar nicht verneint, wie dies teilweise vertreten wird,[90] gewisse Unzulänglichkeiten der Methode sind aber nicht von der Hand zu weisen.[91] Insgesamt erscheint es daher sachgerechter zu verlangen, dass der Rückgriff auf die jeweiligen Kriterien die **Gefahr** mit sich bringt, dass besonders Personen eines Geschlechts benachtei-

---

82 EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. 237/85, *Rummler*, Slg. 1986, 2101; EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199; EuGH, Rs. 171/88, *Rinner-Kühn*, Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-249/97, *Gruber*, Slg. 1999, I-5127; EuGH, Rs. C-196/02, *Nikoloudi*, Slg. 2005, I-1789. In der Literatur vgl. *Stefan Rating*, Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, 1994, *passim*; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 42 ff.; *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 44 ff.; *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 50 ff.

83 Zur Rechtfertigung sogleich II. 1. ff).

84 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14 v. 20.1.1998, 6.

85 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623.

86 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623; EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535; EuGH, Rs. C-266/98, *Jorgensen*, Slg. 2000, I-2447.

87 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623.

88 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 78.

89 Vgl. nur *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 46. Weitere Nachweise bei *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 79.

90 Vgl. *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage 2005, § 18, Rz. 46.

91 Vgl. ausführlich die Argumentation bei *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 79 ff.

ligt werden; auch die Definition der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2006/54[92] dürfte diese Sicht zugrunde legen, stellt die in Art. 2 Abs. 1 lit. b) RL 2006/54 enthaltene Definition doch darauf ab, ob Angehörige eines bestimmten Geschlechts benachteiligt werden können.

Die Figur der mittelbaren Diskriminierung ist insbesondere in Bezug auf **Teilzeitarbeitende** relevant geworden.[93] So ist nach Auffassung des EuGH etwa der Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung, sofern davon wesentlich mehr Frauen als Männer betroffen seien, grundsätzlich nicht mit Art. 141 EGV vereinbar, es sei denn, die Massnahme beruhe auf objektiven Faktoren.[94] Auch eine niedrigere Bezahlung von Teilzeitarbeitskräften stelle, soweit diese vorwiegend aus Frauen bestehen, grundsätzlich eine durch Art. 141 EGV verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.[95] Weiter sei eine Vergütungsregelung, wonach Überstunden von Teilzeitangestellten im Ergebnis bis zur Erreichung einer Gesamtarbeitszeit, die 100 % entspricht, schlechter vergütet werden als Überstunden von Vollzeitangestellten, da der niedrigere Satz der Vergütung von Überstunden in jedem Fall bei Überschreiten der individuellen Arbeitszeit zur Anwendung kommt, grundsätzlich nicht mit Art. 141 EGV vereinbar.[96] Die Implikationen dieses zuletzt genannten Urteils dürften kaum zu überschätzen sein, führt es doch letztlich dazu, dass die gerade im Schulbereich gängige Besoldungsmethode, die von Teilzeitbeschäftigten im Ergebnis eine Art „Sonderopfer“ verlangt, unzulässig sein dürfte, mit erheblichen Kostenfolgen für die öffentliche Hand. Dies ändert aber nichts daran, dass die (insgesamt recht knappe) Argumentation des EuGH im Ergebnis überzeugend ist, ist doch kein Grund ersichtlich, warum eine vollzeitbeschäftigte Person für die gleiche Arbeit mehr verdienen soll als eine teilzeitbeschäftigte, die aufgrund von (mitunter regelmässigen) Überstunden auf dieselbe Stundenzahl kommt. Der EuGH stellt insofern überzeugend und anknüpfend an seine bisherige Rechtsprechung[97] auf die Gleichbehandlung bei gleicher Zahl geleisteter Arbeitsstunden ab, ohne dass es auf die individuelle „Regelarbeitszeit“ ankommt.

### ee) Urheber der Diskriminierung

Wie alle Gleichheitsgebote kann Art. 141 EG nur gegenüber **einem Urheber** geltend gemacht werden, so dass die ungleiche Entlöhnung in zwei verschiedenen Betrieben nicht am Massstab des Art. 141 EG gemessen werden kann.[98] Beruht

---

92 RL 2006/54 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 33. Bereits der neu gefasste Art. 2 Abs. 2 RL 76/207 ging in diese Richtung.

93 Vgl. EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. C-343/92, *Roks*, Slg. 1994, I-571; EuGH, Rs. 96/80, *Jenkins*, Slg. 1981, 911; EuGH, Rs. C-77/02, *Steinicke*, Slg. 2003, I-9027; EuGH, Rs. C-4/02 und C-5/02, *Schönheit und Becker*, Slg. 2003, I-12575; EuGH, Rs. C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, Slg. 2004, I-5861.

94 EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. C-343/92, *Roks*, Slg. 1994, I-571.

95 EuGH, Rs. 96/80, *Jenkins*, Slg. 1981, 911.

96 EuGH, Rs. C-300/06, *Voss*, EuZW 2008, 60.

97 EuGH, verb. Rs. 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, wonach keine Ungleichbehandlung vorliege, wenn ein Überstundenzuschlag erst bei Überschreiten der tarifvertraglich festgelegten Regelarbeitszeit gezahlt wird. S. auch EuGH, Rs. C-285/02, *Elsner-Lakeberg*, Slg. 2004, I-5861.

98 Vgl. EuGH, Rs. C-320/00, *Lawrence*, Slg. 2000, I-7325; EuGH, Rs. 129/79, *Macarthys*, Slg. 1980, 1275.

allerdings die Ungleichbehandlung auf einer **gesetzlichen oder tariflichen Bestimmung**, ist Art. 141 EG anwendbar, weil es um Bestimmungen desselben Urhebers geht.[99]

### ff) Rechtfertigung

Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts im Entgeltbereich können gerechtfertigt werden. In Bezug auf unmittelbare Diskriminierungen ist eine Rechtfertigungsmöglichkeit erst in der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs anerkannt worden,[100] während der EuGH bei mittelbaren Diskriminierungen die Rechtfertigung seit jeher als eine ihrer drei Voraussetzungen nennt.[101] Von grösserer Bedeutung in der Praxis ist die **Rechtfertigung bei mittelbaren Diskriminierungen**.

Grundsätzlich kann die Ungleichbehandlung nur durch **objektive, sachliche Gründe gerechtfertigt** sein. Ausserdem muss die Massnahme den Anforderungen des **Verhältnismässigkeitsprinzips** entsprechen.[102]

Bei den objektiven Gründen ist folgende Unterscheidung von Bedeutung:

- Betreffend **Massnahmen der Mitgliedstaaten** fordert der Gerichtshof, dass **legitime Ziele der Sozialpolitik** vorliegen müssen; hierunter fallen zum Beispiel die Erleichterung geringfügiger Beschäftigung[103], der Schutz kleinerer und mittlerer Unternehmen[104], die Förderung von Einstellungen[105], das Eindämmen illegaler Beschäftigungsformen[106] oder die Garantie eines existenzsichernden Mindesteinkommens[107].
- Bei **unternehmerischen Massnahmen** verlangt der EuGH, dass ein **wirkliches Bedürfnis des Arbeitgebers** vorliegen müsse.[108] Akzeptiert wurden bislang beispielsweise die Lage auf dem Arbeitsmarkt (z.B. Mangel bestimmter Fachkräfte), die einen Arbeitgeber dazu veranlasst, das Entgelt für eine bestimmte Tätigkeit zu erhöhen, um Bewerbern einen Anreiz zu bieten,[109] oder die Notwendigkeit der Erfüllung spezifischer Aufgaben, die etwa ein Abstellen auf Anpassungsfähigkeit an Arbeitszeiten und -orte, Berufsausbildung oder die Anzahl der Berufsjahre des Arbeitnehmers rechtfertigen.[110]

Jedenfalls genügen allgemeine Behauptungen des Vorliegens solcher Gründe nicht; vielmehr wird eine substantiierte Darlegung verlangt.[111]

---

99 Dazu ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 62 f.

100 EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhofer*, Slg. 2001, I-4961; vgl. auch schon EuGH, Rs. C-218/98, *Abdoulaye*, Slg. 1999, I-5723.

101 Vgl. oben II. 1. dd).

102 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 86.

103 EuGH, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625.

104 EuGH, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185.

105 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623; EuGH, Rs. C-187/00, *Kutz-Bauer*, Slg. 2003, I-2741.

106 EuGH, Rs. C-317/93, *Nolte*, Slg. 1995, I-4625.

107 EuGH, Rs. C-226/91, *Molenbroek*, Slg. 1992, I-5943; EuGH, Rs. 30/85, *Teuling*, Slg. 1987, 2497; EuGH, Rs. C-229/89, *Kommission ./. Belgien*, Slg. 1992, I-5943.

108 EuGH, Rs. 170/84, *Bilka*, Slg. 1986, 1607.

109 EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535.

110 EuGH, Rs. 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199.

111 EuGH, Rs. C-167/97, *Seymour-Smith*, Slg. 1999, I-623.

Zum Vorliegen eines objektiven Grundes muss noch die **Mittel-Zweck-Relation** geprüft werden, d.h. ob die unterschiedliche Behandlung zur Erreichung des angestrebten Ziels **geeignet** und **erforderlich** ist. Auch dies ist substantiiert darzulegen.[112] Ob auch eine **Angemessenheitsprüfung –** wie dies in der deutschen Grundrechtsdogmatik vertreten wird – durchzuführen ist, lässt sich aus der Rechtsprechung nicht eindeutig ableiten;[113] jedenfalls spielt dieser Aspekt bei der Prüfung der Rechtfertigung auf Gemeinschaftsebene eine zu vernachlässigende Rolle.

### gg) Rechtsfolgen

Ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 141 Abs. 1 EGV führt grundsätzlich dazu, dass die diskriminierende Massnahme mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar und deshalb nicht anzuwenden ist.[114] Art. 141 EGV gibt jedoch keine Auskunft über die genauen **Rechtsfolgen** im Falle der Verletzung des Grundsatzes der Entgeltgleichheit. Denkbar ist sowohl eine Anpassung nach oben als auch nach unten.[115] Zumindest einer rückwirkenden Anpassung nach unten wird in der Regel jedoch das Vertrauens- und Bestandsschutzprinzip entgegenstehen. Allerdings hindert Art. 141 EGV einen Arbeitgeber nicht daran, für die Zukunft mit allen betroffenen Arbeitnehmern ein niedrigeres Entgelt zu vereinbaren.[116]
Grundsätzlich hat die Partei, die sich auf eine rechtswidrige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beruft, das Vorliegen der hierfür massgeblichen Umstände darzulegen. Allerdings hat der EuGH im Hinblick auf die effektive Wahrung der Möglichkeit der tatsächlichen Berufung auf Art. 141 EGV **Beweiserleichterungen** entwickelt:[117] Sobald der Anschein einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt – also eine direkte Anknüpfung an das Geschlecht gegeben ist oder von einer bestimmten Massnahme wesentlich mehr Angehörige eines Geschlechts betroffen sind – verlagert sich die **Beweislast** auf die Gegenpartei, die das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen – also insbesondere, dass die Massnahme durch anderen Gründen als den des Geschlechts beruht – zu beweisen hat. Diese Rechtsprechung wurde durch den Erlass der **Beweislastrichtlinie**[118] bestätigt, und Art. 19 RL 2006/54 nimmt ihn ebenfalls auf.

---

112 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 99.

113 Zur Diskussion vgl. *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 101.

114 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 155.

115 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Art. 141 EG, Rz. 156 f.

116 Der EuGH hat zudem die zeitliche Wirkung seiner Urteile in einigen Fällen unter Hinweis auf Erwägungen der Rechtssicherheit begrenzt, vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-262/88, *Barber*, Slg. 1990, I-1889; in weiteren Urteilen hat der Gerichtshof die Tragweite dieser Entscheidungen präzisiert, vgl. EuGH, Rs. C-110/91, *Moroni*, Slg. 1993, I- 6591; EuGH, Rs. C-200/91, *Coloroll Pension*, Slg. 1994, I-4389; EuGH, Rs. C-128/93, *Fisscher*, Slg. 1994, I-4583.

117 EuGH, Rs. C-127/92, *Enderby*, Slg. 1993, I-5535; EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhofer*, Slg. 2001, I-4961.

118 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14 v. 20.1.1998, 6.

### c) Sonstige primärrechtliche Normen

Neben dem Prinzip der Entgeltgleichheit des Art. 141 Abs. 1 EGV enthält der EG-Vertrag noch weitere, das Gleichstellungsrecht betreffende Regeln, deren konkrete Tragweite aber beträchtlich variiert.
Während Art. 141 Abs. 4 EGV noch im Abschnitt über sog. „Positive Massnahmen“ (II.3.) behandelt wird und daher hier ausgeklammert werden soll, werden die übrigen primärrechtlichen Normen im Folgenden kurz erläutert.

#### aa) Art. 2 EGV

Nach Art. 2 EGV ist es Aufgabe der Gemeinschaft, u.a. auch die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Der Förderungsauftrag beschränkt sich dabei nicht nur auf das Arbeitsleben.[119] Ebenso wie bei den anderen in Art. 2 EGV genannten Aufgaben handelt es sich hier jedoch lediglich um eine allgemeine **Umschreibung der Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft**, aus der weder Kompetenzen für den Erlass von Sekundärrecht noch Vorgaben für die Ausgestaltung mitgliedstaatlichen Rechts oder gar subjektive Rechte Einzelner abgeleitet werden können.[120] Die Vertragsziele können allerdings als **Richtschnur** für die Auslegung anderer Normen des Primär- und Sekundärrechts dienen.[121]

#### bb) Art. 3 Abs. 2 EGV

Art. 3 Abs. 2 EGV unterstreicht das in Art. 2 EGV verankerte Ziel der Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, indem er bestimmt, dass die Gemeinschaft bei allen in Art. 3 Abs. 1 EGV genannten Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern. Die Förderung der Gleichstellung ist damit als **Querschnittsaufgabe** verbindlich für alle Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft festgelegt, was ihr einen relativ hohen Stellenwert einräumt.[122]
Allerdings können aus Art. 3 Abs. 2 EGV ebenso wenig Rechte Einzelner abgeleitet werden wie aus Art. 2 EGV. Stattdessen handelt es sich um eine zwar rechtlich verbindliche, aber aus normativer Sicht äusserst unbestimmte Zielvorgabe, die dem Gemeinschaftsgesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum einräumt. Die Pflicht zur Förderung der Gleichstellung muss daher auch prozess- und nicht er-

---

119 *Jörg Ukrow*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 2. Auflage 2002, Art. 2 EGV, Rz. 18.

120 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 42.

121 Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. 31/74, *Galli*, Slg. 1975, 47, Rz. 14; EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461, Rz. 125; EuGH, Rs. 299/86, *Drexl*, Slg. 1988, 1213, Rz. 24.

122 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 43.

gebnisorientiert verstanden werden.[123] Ein justiziabler Verstoss gegen diese Pflicht ist damit allenfalls in Ausnahmefällen denkbar.[124]

### cc) Art. 13 EGV

In Art. 13 EGV wird seit dem Amsterdamer Vertrag die Regelungskompetenz des Rates zur Vermeidung und Unterbindung der genannten Diskriminierungen (darunter auch Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts) begründet. Dazu zählt auch der Erlass von Fördermassnahmen zur Herstellung einer auch faktisch wahrnehmbaren Chancengleichheit.[125]
Die Regelung ermöglicht es der Gemeinschaft, über den Bereich der Beschäftigung hinaus **umfassende Vorgaben zur Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts** zu erlassen – allerdings nur in Bereichen, in denen die Gemeinschaft auch sonst materiell über eine Zuständigkeit verfügt.[126]
Art. 13 EGV ist nicht unmittelbar anwendbar; Einzelne können sich damit nur auf auf dieser Grundlage erlassenes Sekundärrecht bzw. nationale Umsetzungsvorschriften unmittelbar berufen.[127]
Auf der Grundlage von Art. 13 EGV wurden inzwischen drei **Richtlinien** erlassen, nämlich

- die **Richtlinie 2000/78/EG**[128] zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ,
- die **Richtlinie 2000/43/EG**[129] zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft[130]
- sowie die **Richtlinie 2004/113/EG**[131] zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.[132]

---

123 *Jörg Ukrow*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 2. Auflage 2002, Art. 3 EGV, Rz. 27.

124 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 43; *Matthias Ruffert*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 3 EGV, Rz. 25.

125 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 13 EGV, Rz. 4; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 45.

126 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 13 EGV, Rz. 6; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 45; *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 13 EGV, Rz. 4.

127 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 13 EGV, Rz. 4; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 44; *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 13 EGV, Rz. 1.

128 Richtlinie 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 v. 2.12.2000, 16.

129 Richtlinie 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 v. 19.7.2000, 22.

130 Zu den Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG vertiefend *Nikolaus Högenauer*, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, 2002; *Kay Hailbronner*, Die Antidiskriminierungsrichtlinien der EU, ZAR 2001, 254 ff.; *Astrid Epiney*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 32. Auflage 20072, Art. 13 EGV, Rz. 10 f.

Die drei Richtlinien entfalteten nachhaltige Auswirkungen auf nationale Antidiskriminierungsvorschriften. Für die Zukunft ist zu erwarten, dass sich die Konzeptionen des EG-Rechts noch weiter im nationalen Recht durchsetzen und etablieren.[133]

### dd) Art. 137 Abs. 1 lit. i i.V.m. Abs. 2 lit. b EGV

Art. 137 EGV ist die bedeutendste **Ermächtigungsgrundlage** zum Erlass von Richtlinien im Kapitel über die Sozialpolitik.[134] Nach Art. 137 Abs. 1 lit. i EG unterstützt und ergänzt die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und bei der Gleichbehandlung am Arbeitsplatz. Art. 137 Abs. 2 lit. b bestimmt, dass der Rat in diesem Bereich durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen kann. Eine Notwendigkeit dieser Regelung ist allerdings neben der Vorschrift des Art. 141 Abs. 3 EGV nicht erkennbar.[135]

### ee) Art. 141 Abs. 3 EGV

Art. 141 Abs. 3 EGV ermächtigt den Rat, **Massnahmen** zur Gewährleistung der Anwendung des **Grundsatzes der Chancengleichheit** und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen einschliesslich des Grundsatzes der Entgeltgleichheit gemäss des Verfahrens des Art. 251 EGV zu beschliessen. Art. 141 Abs. 3 EGV kann damit Grundlage für den Erlass von Massnahmen in den verschiedensten Bereichen sein; Voraussetzung ist lediglich ein Einfluss auf die Gleichheit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen.[136]
Im Gegensatz zu Art. 13 EGV ist Art. 141 Abs. 3 EGV auf den Bereich des Arbeitslebens beschränkt und damit lex specialis.[137]
Das Verhältnis zwischen Art. 137 Abs. 1 lit. i i.V.m. Art. 137 Abs. 2 lit. b EGV und Art. 141 Abs. 3 EGV ist unklar. Die beiden Normen sind weitgehend parallel formuliert, unterscheiden sich aber hinsichtlich der Rechtsaktform und dem vorgesehenen Verfahren. Ein Grund für die Existenz von zwei sprachlich und sachlich nicht aufeinander abgestimmten Ermächtigungsgrundlagen im Vertrag ist

---

131 Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 v. 21.12.2004, 37.

132 Zur Richtlinie 2004/113/EG vgl. auch *Nicole Mathé*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 79 (81 f.); *Eugenia Caracciolo di Torella*, The Principle of Gender Equality, the Goods and Services Directive and Insurance: A Conceptual Analysis, MJ 2006, 339 ff.; *Christa Tobler*, Die EG-Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter in Bezug auf den Zugang zu und die Versorgung mit Waren und Dienstleistungen, AJP 2006, 1440 ff.

133 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Vorbem. zu Art. 141 EG, Rz. 13 f.

134 *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 137 EGV, Rz. 1.

135 Dazu sogleich II.1.c)ee).

136 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 45 f.

137 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 13 EGV, Rz. 7.

nicht ersichtlich.[138] Dennoch hat die Überarbeitung durch den Vertrag von Nizza hier keine Änderungen ergeben; gleiches gilt für den Vertrag von Lissabon. Für eine Abgrenzung der Anwendungsbereiche beider Vorschriften fehlen damit nach wie vor jegliche Vorgaben.[139]
Vor dem Hintergrund des Sinns und Zwecks des Art. 141 Abs. 3 EGV, dem Gemeinschaftsgesetzgeber allgemein zu ermöglichen, für den Bereich von Arbeit und Beschäftigung den Grundsatz der Gleichstellung durch den Erlass entsprechender Massnahmen zu verwirklichen, dürfte es jedoch sachgerecht sein, diesen umfassend auszulegen, so dass er letztlich die in Art. 137 Abs. 1 lit. i EGV erwähnten Aspekte umfasst.[140]

### d) Gleichheit von Frauen und Männern in Grundrechtecharta und im Vertrag von Lissabon

Die Europäische Charta der Grundrechte[141], die bislang allerdings noch nicht rechtsverbindlich ist, was sich aber mit dem Vertrag von Lissabon ändern wird, normiert in Art. 21 ein umfassendes Verbot der Diskriminierung wegen einer Vielzahl von Kriterien, darunter auch das Geschlecht. Zudem gebietet Art. 23 die Gleichbehandlung von Männern und Frauen, was der Beibehaltung oder der Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht nicht entgegenstehen soll (Art. 23 Abs. 2). Dadurch wird deutlich, dass die Gleichbehandlung von Männern und Frauen ein oberstes Rechtsprinzip der Gemeinschaft darstellt und gleichzeitig auch Grundrecht der Gemeinschaftsbürger ist.[142] Jedenfalls wird dem in Art. 21 Grundrechtecharta formulierten Rechtsgleichheitsgrundsatz insofern eine beschränkte Tragweite zukommen, als – im Ansatz wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze – sie grundsätzlich lediglich für die Union verbindlich ist, während die Mitgliedstaaten sich nur bei Umsetzung und Durchführung des Unionsrechts an sie halten müssen (Art. II-111 Verfassung).
Der Lissabonner Vertrag übernimmt die bestehenden Bestimmungen über die Sozialpolitik und die Gleichstellung im Wesentlichen (Art. 153, 157 AEUV).[143]

## 2. Überblick über das gemeinschaftliche Sekundärrecht

Die EG hat in verschiedenen sog. **Gleichbehandlungsrichtlinien** sowohl den Grundsatz des gleichen Entgelts konkretisiert als auch den Grundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau für zahlreiche andere Bereiche verwirklicht.

---

138 *Rudolf Geiger*, EUV / EGV, 4. Auflage 2004, Art. 137 EGV, Rz. 12; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 97.

139 *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 2. Auflage 2002, Art. 141 EGV, Rz. 97.

140 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 47 f.

141 ABl. C 364 v. 7.12.2001, 1.

142 *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Vorbem. zu Art. 141, Rz. 15.

143 Zum Grundsatz der Gleichstellung von Frauen und Männern im Verfassungsvertrag vgl. auch *Nicole Mathé*, Gleichstellungsrecht zwischen Frauen und Männern in der EU, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, 79 (80).

Diese gesetzgeberische Tätigkeit der Gemeinschaft ist insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich Art. 141 Abs. 1 EGV (ehemals Art. 119 EGV) auf den Entgeltbereich beschränkt und der allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Mann und Frau keine Drittwirkung zwischen Privaten entfaltet.[144]
Im Bereich der Gleichbehandlung hat die Gemeinschaft in erster Linie auf dem Weg der Richtliniengesetzgebung verbindliche Vorgaben für die Mitgliedstaaten geschaffen. Nach Art. 249 EGV sind **Richtlinien** für die Mitgliedstaaten hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich; diesen obliegt sodann eine Umsetzungspflicht, d.h., sie müssen im nationalen Recht Regelungen erlassen, die den in der einschlägigen Richtlinie enthaltenen Vorgaben entsprechen. Ggf. bestehende Rechte Einzelner ergeben sich daher erst aufgrund des einschlägigen nationalen Rechts. Unter besonderen Umständen können aber Richtlinienbestimmungen unmittelbar wirksam sein.[145]

### a) RL 2006/54

Das Sekundärrecht im Bereich der Gleichstellung wurde durch die RL **2006/54 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen**[146] auf eine neue Grundlage gestellt, wobei an die bisherigen Regelungen in der Ausprägung, die sie in der Rechtsprechung erfahren haben, angeknüpft wird. Die RL 2006/54 – die bis zum 15. August 2008 umzusetzen ist – führt insgesamt vier Richtlinien – RL 75/117/EWG[147], die RL 76/207/EWG[148], die RL 97/80[149] und die RL 86/378/EWG[150] – in einem Rechtsakt zusammen und vereinfacht, verbessert und modernisiert insgesamt die sekundärrechtlichen Gleichstellungsregeln.[151]

---

144 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (67 f.).

145 Dazu vertiefend *Marcel Haag*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 7. Aufl., 2006, § 6, Rz. 32 ff.; s. auch *Thomas Oppermann*, Europarecht, 3. Auflage 2005, § 6, Rz. 92.

146 ABl. L 2006/204, 23.

147 Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen vom 10.2.1975, ABl. L 45 v. 19.2.1975, 19 („Entgeltrichtlinie"). Wegen des sich weitgehend mit Art. 141 EGV überschneidenden Regelungsgehalts kam dieser Richtlinie in der (gerichtlichen) Praxis nur wenig Bedeutung zu. Vgl. *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (68).

148 Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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 vom 9.2.1976, ABl. L 39 v. 14.2.1976, 40. Zu dieser Richtlinie ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 118 ff.

149 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14 v. 20.1.1998, 6. Zur dieser Richtlinie ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 159 ff.

150 Richtlinie 86/378/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit vom

Die neue Richtlinie regelt umfassend die Gleichstellung in Bezug auf Arbeits- und Beschäftigungsfragen und enthält insbesondere Vorgaben über den Zugang zur Beschäftigung (einschliesslich des beruflichen Aufstiegs und der Berufsbildung), die Arbeitsbedingungen sowie die betrieblichen System der sozialen Sicherheit. Weiter werden auch Beweisfragen und sonstige Verfahrensbestimmungen, die die Effektivität der gewährleisteten Rechte sicherstellen sollen, erfasst. Ihr Anwendungsbereich erstreckt sich auf alle beruflichen Tätigkeiten, unabhängig davon, ob es sich um abhängige oder selbständige Beschäftigungen, privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Dienst- oder Arbeitsverhältnisse handelt.[152] Inhaltlich knüpft die RL 2006/54 damit – wie erwähnt – weitgehend an die bisherigen Richtlinien an, so dass die diesbezügliche Rechtsprechung auch in Zukunft relevant bleiben wird.[153]

Im Einzelnen ist noch auf folgende Aspekte der Richtlinie hinzuweisen, dies auch in Anknüpfung an die Rechtsprechung des EuGH zur RL 76/207, die – wie erwähnt – grösstenteils auch unter der neuen Rechtslage relevant bleiben wird:

- Für den **Anwendungsbereich der Richtlinie** (mit Bezug auf die RL 76/207) ist die Rechtssache C-13/94[154] von Bedeutung. Die Klägerin des Ausgangsverfahrens hatte sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen und war daraufhin von der Bildungseinrichtung, bei der sie als Geschäftsführerin tätig war, entlassen worden. Darin sah sie einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG. Dies war insofern problematisch, als die Ungleichbehandlung hier nicht aufgrund der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Geschlecht, sondern erst aufgrund der Geschlechtsumwandlung erfolgt war. Nach Ansicht des Gerichtshofs fällt jedoch auch diese Fallgestaltung in den Anwendungsbereich der Richtlinie, da auch das Abstellen auf die Geschlechtsumwandlung letztlich dazu führe, dass die Klägerin im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vorher angehört hatte, anders behandelt werde. Zudem sei Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheits-

---

24.7.1986, ABl. L 225 v. 12.8.1986, 40. Zur Richtlinie ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 190 ff.; *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Richtlinie 86/378/EWG. Vgl. auch EuGH, Rs. C-356/03, *Mayer*, Slg. 2005, I-295.

151 Bericht der Kommission zur Gleichstellung von Frauen und Männern vom 7.2.2007, KOM (2007) 49 endg.

152 Zum sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 76/207 vgl. EuGH, Rs. 19/81, *Burton*, Slg. 1982, 554; EuGH, Rs. 151/84, *Roberts*, Slg. 1986, 703; EuGH, Rs. 152/84, *Marshall*, Slg. 1986, 723. S. aber auch die Begrenzung in EuGH, Rs. C-186/01, *Dory*, Slg. 2003, I-2479, wo der EuGH feststellte, dass eine Benachteiligung, die Männern aufgrund des obligatorischen Wehrdienstes beim Einstieg ins Berufsleben entsteht, nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie (hier noch die RL 76/207) erfasst sei.

153 Vgl. zum Sekundärrecht etwa von der Groeben/Schwarze-*Rust*, Rn. 64 ff., 195 ff., 280 ff., 497, 567 ff.; *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung, S. 117 ff.; s. auch *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (67 f.). Eine Übersicht über das Sekundärrecht im Bereich der Gleichstellung findet sich auch unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/gender_equality/ legislation/legalacts_de.html.

154 EuGH, Rs. C-13/94, *P/S und Cornwall Country Council*, Slg. 1996, I-2143. Vgl. zur Problematik der Geschlechtsumwandlung auch EuGH, Rs. C-117/01, *K.B.*, Slg. 2004, I-541.

satzes.[155] Eine unterschiedliche Behandlung wegen des neuen Geschlechts im Anschluss an eine Geschlechtsumwandlung entfalte letztlich dieselben Auswirkungen für die betroffene Person wie ein direkter Rückgriff auf das Geschlecht, so dass es angesichts des Sinns und Zwecks der Richtlinie, jede Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts zu verbieten, zwingend erscheine, auch diese Konstellation in ihren Anwendungsbereich einzubeziehen.

- Art. 2 Abs. 1 lit. a), b) 2006/54 definieren die **Termini der direkten und indirekten Diskriminierung**. Damit wird im Wesentlichen die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert, wobei bei der indirekten Diskriminierung jedoch – im Verhältnis zur Rechtsprechung – stärker auf das Element einer „Diskriminierungsgefahr", denn auf statistische Elemente abgestellt werden dürfe.[156]
- Zentral ist das in Art. 14 RL 2006/54 formulierte **Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts** in Bezug auf den Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung, zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen. Dieses Diskriminierungsverbot ist insbesondere[157] in Bezug auf Massnahmen, die direkt oder indirekt an die Schwangerschaft anknüpfen, relevant geworden.[158] Der EuGH hält hierzu in ständiger Rechtsprechung fest,

---

155 Zu Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie ferner EuGH, Rs. C-342/01, *Merino Gomez*, Slg. 2004, I-2605.

156 S.o. II.1.b)dd).

157 S. aber auch etwa EuGH, Rs. C-294/04, *Herrero*, EuZW 2006, 542: Es verstosse gegen den in der RL 76/207 verankerten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Berufsleben, wenn einer Arbeitnehmerin im Mutterschaftsurlaub im Hinblick auf die Bedingungen für den Zugang zur Beamtenlaufbahn nicht dieselben Rechte zuerkannt werden wie die, die den übrigen (erfolgreichen) Bewerbern desselben Einstellungsverfahrens zuerkannt werden, indem der Dienstantritt dieser Arbeitnehmerin auf das Ende des Mutterschaftsurlaubs verschoben wird, ohne dass die Dauer dieses Urlaubs für die Berechnung des Dienstalters berücksichtigt wird. Denn jegliche Benachteiligung im Zusammenhang mit dem Mutterschaftsurlaub sei verboten, was auch dann gelte, wenn während des Urlaubs ein neues Arbeitsverhältnis begründet wird. Andererseits stellt der EuGH in Rs. C-17/05, *Cadman*, EuZW 2006, 693, in der es um die Vereinbarkeit eines Entgeltsystems, das entscheidend auf das Dienstalter als Kriterium für die Höhe des Entgelts abstellt, ging, folgendes fest: Zwar stelle ein solches System eine (materielle) Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts dar; jedoch sei diese durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt, da das Abstellen auf die Anciennität die Berufserfahrung honorieren wolle. Da der Rückgriff auf das Kriterium des Dienstalters in aller Regel geeignet sei, dieses Ziel zu erreichen, habe der Arbeitgeber nicht besonders darzulegen, dass durch den Rückgriff auf dieses Kriterium in Bezug auf einen bestimmten Arbeitnehmer dieses Ziels erreicht werden kann. Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn der Arbeitnehmer Anhaltspunkte dafür liefert, die ernstliche Zweifel daran aufkommen lassen, dass im konkreten Fall das Dienstalter ein taugliches Kriterium zur Honorierung der Berufserfahrung darstellt. Stellt man diese Feststellungen in einen Zusammenhang mit dem Urteil in der Rs. C-294/04, so müssten aber jedenfalls die Mutterschaftsurlaube für die Anciennität berücksichtigt werden (was im konkreten Fall aber nicht zu entscheiden war, so dass der EuGH hierzu keine Stellung nahm). Weiter ist zu bemerken, dass das Urteil davon ausgeht, dass immer dann, wenn ein Entgeltsystem „auf den ersten Blick" geeignet ist, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, dem (potentiell diskriminierten) Arbeitnehmer die Beweislast obliegt, wobei er – im Einklang mit Art. 19 RL 2006/54 – wohl nur den Anschein darlegen muss, dass das System in Bezug auf ihn nicht zur Erreichung des Ziels geeignet ist.

158 Vgl. die umfangreiche Rechtsprechung (in Bezug auf die RL 76/207), z.B. EuGH, Rs. C-177/88, *Dekker*, Slg. 1990, I-3941; EuGH, Rs. C-421/92, *Habermann-Beltermann*, Slg. 1994, I-1657; EuGH, Rs. C-32/93, *Webb*, Slg. 1994, I-3657; EuGH, Rs. 400/95, *Larsson*, Slg. 1997, I-2757; EuGH, Rs. C-394/96, *Brown*, Slg. 1998, I-4185; EuGH, Rs. C-136/95, *CNAVTS*, Slg. 1998, I-2011. Im Einzelnen zur Rechtsprechung *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 132 ff. S. aber auch EuGH, Rs. C-186/01, *Dory*, Slg. 2003, I-2479 zur Frage, ob die Wehrpflicht für

dass die Verweigerung der Einstellung oder eine Entlassung sowie die Nichterneuerung eines befristeten Arbeitsvertrages wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht komme und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.

- **Ausnahmen** vom Grundsatz des Verbots von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts lässt Art. 14 Abs. 2 RL 2006/54 zu: Demnach stellt eine Ungleichbehandlung wegen eines **geschlechtsbezogenen Merkmals** keine Diskriminierung dar, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der **Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit** oder der **Bedingungen ihrer Ausübung** eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Auch in dieser Hinsicht übernimmt die Richtlinie die Rechtsprechung des EuGH, die daher nach wie vor massgeblich bleibt.[159] Ein klares Beispiel für Tätigkeiten, bei denen das Geschlecht eine notwendige Voraussetzung für eine Anstellung ist, sind Models oder Schauspieler, die eine bestimmte männliche oder weibliche Rolle zu spielen haben. Hingegen seien diese Voraussetzungen in Bezug auf ein Verbot der Beschäftigung von Frauen im untertägigen Berbau – die mit der durchschnittlichen körperlichen Konstitution von Frauen begründet wurde – nicht gegeben.[160]

  In der Rechtsprechung der letzten Jahre finden sich zudem Fälle, in denen Frauen von bestimmten Diensten in der Armee ausgeschlossen waren.[161] Nicht von der Ausnahmebestimmung gedeckt war beispielsweise der generelle Ausschluss von Frauen vom bewaffneten Dienst in der Armee.[162] Angenommen wurde die spezifische Art der Tätigkeit dagegen in Bezug auf die Einstellung in eine Elitetruppe der *Royal Marines*.[163] Dabei kann dieser zuletzt genannte Ansatz des EuGH jedoch schon deshalb in Frage gestellt werden, als es auch bei den Anforderungen um diese spezifischen Tätigkeiten letztlich um durchaus formulierbare allgemeine Anforderungen geht, die möglicherweise in der Regel durch Angehörige eines Geschlechts leichter erfüllt werden können als durch Angehörige des anderen Geschlechts, was aber nicht daran gehindert hätte, diese Anforderungen zu formulieren und nicht (direkt) auf das Geschlecht abzustellen.

- Art. 15 RL 2006/54 sieht vor, dass Frauen nach **Ablauf des Mutterschaftsurlaubs** Anspruch auf Rückkehr an ihren früheren oder einen gleichwertigen Arbeitsplatz haben. Daneben haben sie ein Recht auf alle Verbesserungen, die ihnen während ihre Abwesenheit zugute gekommen wären.[164]

---

Männer gegen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie verstosse. Vgl. dazu auch *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, 1067 (1077 f.).

159 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (75).

160 EuGH, Rs. C-203/03, *Kommission/Österreich*, Slg. 2005, I-935.

161 Vgl. EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69; EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403.

162 EuGH, Rs. C-285/98, *Kreil*, Slg. 2000, I-69.

163 EuGH, Rs. C-273/97, *Sirdar*, Slg. 1999, I-7403.

164 Vgl. dazu EuGH, Rs. C-32/93, *Webb*, Slg. 1994, I-3657; EuGH, Rs. 184/83, *Hoffmann*, Slg. 1984, 3047. S. auch EuGH, Rs. C-147/02, *Alabaster*, Slg. 2004, I-3101.

- Schliesslich ist auf Art. 17 RL 2006/54 (**effektiver Rechtsschutz** im Falle der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes), Art. 18 RL 2006/54 (**Schadenseratz oder Entschädigung** im Falle von Diskriminierungen) und Art. 19 RL 2006/54 (**Beweislast**) hinzuweisen. In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt wird im Wesentlichen die bis 1997 entwickelte Rechtsprechung, die ihrerseits bereits in der RL 97/80[165] Niederschlag gefunden hatte, in dieser Frage kodifiziert. Danach ist eine Umkehr der Beweislast vorgesehen: Der Arbeitnehmer muss nur noch das Vorliegen einer Diskriminierung glaubhaft machen. Der Arbeitgeber muss daraufhin beweisen, dass keine Diskriminierung vorliegt, bzw. Rechtfertigungsgründe geltend machen und deren Vorliegen beweisen.[166]

### b) Weitere Richtlinien

Weiter ist noch auf folgende Richtlinien aus dem Bereich des Gleichstellungsrechts sind besonders hinzuweisen:

- Die **Richtlinie 79/7/EWG**[167] bezweckt die Verwirklichung der Gleichbehandlung in den **gesetzlichen Systemen der sozialen Sicherheit**. Der Anwendungsbereich der Richtlinie war bereits mehrmals Gegenstand der Rechtsprechung des EuGH.[168]
- Die **Richtlinie 86/613/EWG**[169] des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit – auch in der Landwirtschaft – ausüben, sowie über den Mutterschutz soll den Grundsatz der Gleichbehandlung auch im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit sicherstellen und die rechtliche Stellung des mithelfenden Ehegatten verbessern.

---

165 Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14 v. 20.1.1998.

166 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (70).

167 Richtlinie des Rates zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit vom 19.12.1979, ABl. L 6 v. 10.1.1979, 24. Zur Richtlinie ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 181 ff.

168 Vgl. EuGH, Rs. C-228/94, *Atkins*, Slg. 1996, I-3633; EuGH, Rs. C-139/95, *Balestra*, Slg. 1997, I-549; EuGH, Rs. C-77/95, *Züchner*, Slg. 1996, I-5689; EuGH, Rs. 377/96, *De Vriendt u.a.*, Slg. 1998, I-2105; EuGH, Rs. C-117/01, *K.B.*, Slg. 2004, I-541; EuGH, Rs. C-423/04, *Richards*, EuZW 2006, 343. Vgl. auch *Karl-Jürgen Bieback*, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 4. Auflage 2005, Richtlinie 79/7/EWG; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (68 f.).

169 Richtlinie 86/613/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit - auch in der Landwirtschaft - ausüben, sowie über den Mutterschutz vom 11.12.1986, ABl. L 359 v. 19.12.1986, 56.

- Die **Richtlinie 92/85/EWG**[170] betrifft den Schutz von schwangeren und stillenden Arbeitnehmerinnen. Sie sieht neben einigen gesundheitlichen Schutzmassnahmen und den Rechten der betroffenen Frauen am Arbeitsplatz insbesondere die Einrichtung eines mindestens 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs sowie einen Kündigungsschutz vor.[171] Der Kündigungsschutz bezieht sich auch auf Massnahmen zur Vorbereitung einer Kündigung.[172]
- In der **Richtlinie 96/34/EG über das Rahmenabkommen zwischen den Sozialpartnern über den Elternurlaub**[173] – die auf ein Rahmenabkommen zwischen den Arbeitgeberdachverbänden und dem Gewerkschaftsdachverband zurückgeht (vgl. Art. 4 Abkommen über die Sozialpolitik) – ist ein individueller Anspruch für Männer und Frauen auf drei Monate Erziehungsurlaub anlässlich der Geburt oder Adoption eines Kindes vorgesehen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und muss bis zum achten Lebensjahr des Kindes eingelöst werden. In Ausnahmeregelungen werden die arbeitsorganisatorischen Besonderheiten kleiner Unternehmen berücksichtigt. Schliesslich soll in Fällen höherer Gewalt und dringenden familiären Erfordernissen die zwingende Anwesenheit des Arbeitnehmers in der Familie ermöglicht werden. Nicht geregelt sind allerdings die finanzielle Unterstützung und die Ansprüche auf Leistungen der sozialen Sicherheit während des Elternurlaubs.

## 3. Zur Zulässigkeit positiver Massnahmen (Art. 141 Abs. 4 EGV)

Auch in der Europäischen Union werden neben der rechtlichen Gleichstellung Massnahmen diskutiert, die darüber hinaus durch gezielte **Förderungsmassnahmen** unterschiedlicher Art die **faktische Gleichstellung** von Mann und Frau fördern wollen.[174]
Im Zentrum der rechtlichen Diskussion – sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur[175] – stand auf gemeinschaftlicher Ebene bislang die Vereinbarkeit sog. **„positiver Massnahmen“** der Mitgliedstaaten mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts.[176] Unter positiven Massnahmen werden dabei Massnahmen

---

170 Richtlinie 92/85/EWG des Rates v. 19.10.1992 über die Durchführung von Massnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. L 348 v. 28.11.1992, 1. Zur Richtlinie ausführlich *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 166 ff.

171 Vgl. zu Art. 10 der Richtlinie 92/85/EWG EuGH, Rs. C-109/00, *Tele Danmark*, Slg. 2001, I-6993; EuGH, Rs. C-438/99, *Melgar*, Slg. 2001, I-6915; EuGH, Rs. C-116/06, *Lexetius*, Urt. v. 20.9.2007 (Modifikation des Zeitraums des bewilligten Erziehungsurlaubs im Gefolge einer Schwangerschaft und dem daraus entstehenden Anspruch auf Mutterschaftsurlaub).

172 EuGH, Rs. C-460/06, *Paquay*, Urt. v. 11.10.2007.

173 Richtlinie 96/34/EG des Rates vom 3. Juni 1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub, ABl. L 145 v. 19.6.1996, 4. Vgl. dazu auch EuGH, Rs. C-342/01, *Merino Gomez*, Slg. 2004, I-2605; EuGH, Rs. C-519/03, *Kommission ./. Luxemburg*, Slg. 2005, I-3067.

174 Zu den Bestrebungen und der Zulässigkeit derartiger Massnahmen auf Unionsebene schon *Astrid Epiney*, Möglichkeiten und Grenzen „positiver Diskriminierung“ im europäischen Gemeinschaftsrecht, FS Bernhard Schnyder, 1995, 205 ff.

175 Vgl. ausführlich m.w.N. zur Problematik *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 197 ff.

176 Vgl. EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539; EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875; EuGH, Rs. C-476/99, *Lommers*, Slg. 2002, I-2891. Vgl.

verstanden, die im Interesse der Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung der Geschlechter dem benachteiligten Geschlecht (in der Regel Frauen) im Vergleich zum anderen Geschlecht (in der Regel Männern) zusätzliche oder weitergehende Rechte einräumen. Sie zeichnen sich durch zwei Merkmale aus: Erstens wird in Anknüpfung an das Geschlecht eine Person im Vergleich zu einer anderen Person unterschiedlich behandelt, um zweitens die tatsächliche Situation des benachteiligten Geschlechts zu verbessern.[177]

**Rechtlicher Rahmen** für die Zulässigkeit solcher Massnahmen ist nun allein **Art. 141 Abs. 4** EGV, wobei die bisherige Rechtsprechung – die sich im Wesentlichen auf eine zwar etwas anders formulierte, aber in eine ähnliche Richtung gehende Bestimmung der RL 76/207 stützte – aber durchaus zur Auslegung dieser Bestimmung herangezogen werden kann. Art. 141 Abs. 4 EGV lautet wie folgt:

*(4) Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschliessen.*

Der **Anwendungsbereich** der Norm beschränkt sich nicht auf den Entgeltbereich, sondern betrifft das „Arbeitsleben" insgesamt.[178]

Art. 141 Abs. 4 EG stellt folgende **Anforderungen** an die Zulässigkeit positiver Massnahmen:

- Erstens müssen die Massnahmen explizit einem der **drei** genannten **Ziele** dienen, also der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder der Verhinderung oder dem Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn. Insofern gilt also ein *numerus clausus*, auch wenn die Ziele relativ weit formuliert sind.[179] Eine grundsätzliche Beschränkung auf bestimmte Kategorien von Fördermassnahmen besteht nicht, womit insbesondere die gelegentlich – auch aufgrund missverständlicher Formulierungen des EuGH[180] – vertretene (im Übrigen problematische) Unterscheidung zwischen „Ergebnisgleichheit" und „Chancengleichheit" irrelevant ist.[181]
- Zweitens muss es sich bei den Massnahmen um „**spezifische Vergünstigungen**" handeln, d.h. die Massnahmen müssen direkt an eine konkrete benachtei-

---

dazu auch *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2001, 524 (535 f.) und NVwZ 2004, 555 (565 f.).

177 Vgl. dazu *Kathrin Arioli*, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, 1992, 139 f., 203 ff.

178 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Gleichstellung in der EU: Grundlagen, Meilensteine und neuere Entwicklungen, in: Astrid Epiney / Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU – L'égalité entre femmes et hommes en Suisse et dans l'UE, 2004, 53 (79 f.).

179 Ausführlich zu dieser Voraussetzung *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 203 ff.; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 87 ff.

180 Vgl. EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; klargestellt in EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363.

181 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 204 ff.

ligende Situation anknüpfen. Generalklauselartige Formulierungen sind damit unzulässig.[182]

- Zudem ist der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** einzuhalten.[183]
  Absolute Bevorzugungsregeln (d.h. Klauseln, die einer gleich qualifizierten Bewerberin absoluten Vorrang vor einem männlichen Bewerber einräumen, ohne die individuelle Situation aller Bewerber zu berücksichtigen) entsprechen dabei nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht den Vorgaben des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.[184] Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit impliziert weiter die Beschränkung der Massnahme in dem Sinne, dass sie nur soweit und solange greifen darf, wie die tatsächlichen Nachteile bestehen.

## 4. Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz

Grundsätzlich obliegt es den **Mitgliedstaaten**, das Gemeinschaftsrecht zu vollziehen und anzuwenden. Der dem Einzelnen gewährte Rechtsschutz muss jedoch **effektiv** sein.[185] Zudem muss eine **einheitliche und effektive Anwendung** und die tatsächliche Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sichergestellt werden, sollen die mit dem Gemeinschaftsrecht verfolgten Ziele nicht leer laufen.[186] Vor diesem Hintergrund ist auch die Rolle des **Europäischen Gerichtshofs** zu sehen: Ihm obliegt die letztverbindliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts.

Der EG-Vertrag kennt eine Reihe von Verfahren vor dem EuGH.[187] Im vorliegenden Zusammenhang spielt das sog. **Vorabentscheidungsverfahren** (Art. 234 EGV) eine zentrale Rolle. Dieses ermöglicht es mit einer Streitfrage befassten nationalen Gerichten, dem EuGH Fragen über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts vorzulegen. Letztinstanzliche nationale Gerichte sind gar zu einer Vorlage verpflichtet, sofern sich eine gemeinschaftsrechtliche Frage stellt und diese für die Entscheidung des Streitfalles eine Rolle spielt. Der EuGH beantwortet diese Fragen, und das nationale Gericht entscheidet auf dieser Grundlage den Rechtsstreit, wobei das Urteil des EuGH verbindlich ist. Es handelt sich also hier nicht um ein Rechtsbehelfsverfahren in dem Sinn, dass der EuGH als letzte Instanz für die Entscheidung einer Streitfrage zuständig wäre, sondern um ein **objektives Zwischenverfahren** im Rahmen des staatlichen Verfahrens, das von dem staatlichen Gericht in Gang gesetzt wird. Gegenstand der Vorlage können alle die Auslegung des Gemeinschaftsrechts berührende Fragen sein, so dass letztlich eine umfassende Prüfung der Vereinbarkeit nationaler Vorschriften oder Verhaltensweisen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ermög-

---

182 *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 204 f.

183 *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess / Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EGV und EUV, 3. Auflage 2007, Art. 141 EGV, Rz. 83 ff.; *Astrid Epiney / Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003, 207 ff.

184 EuGH, Rs. C-450/93, *Kalanke*, Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95, *Marschall*, Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-407/98, *Abrahamsson*, Slg. 2000, I-5539; EuGH, Rs. C-158/97, *Badeck*, Slg. 2000, I-1875.

185 Vgl. EuGH, Rs. C-185/97, *Coote*, Slg. 1998, I-5199; EuGH, Rs. C-326/96, *Levez*, Slg. 1998, I-7835.

186 Vgl. ausführlich hierzu im Zusammenhang mit dem Gleichstellungsrecht *Astrid Epiney*, Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an das nationale Privatrecht am Beispiel der Vorgaben für die effektive Durchsetzung des Rechts der Gleichstellung von Mann und Frau, FS Pierre Tercier, 2008, 229 ff..

187 Dazu vertiefend *Astrid Epiney*, in: Roland Bieber/Astrid Epiney/Marcel Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 7. Aufl., 2006, § 9.

licht wird. Insgesamt hat sich dieses Verfahren als sehr effektiv erwiesen und vermag in zahlreichen Bereichen eine einheitliche und effektive Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu sichern.

Der Gerichtshof hat das Erfordernis der effektiven Anwendung des Gemeinschaftsrechts mit der Formel zusammengefasst, dass das nationale Recht dann nicht herangezogen werden darf, wenn es die Verwirklichung der Gemeinschaftsregelung praktisch unmöglich macht oder wenn es im Vergleich zu den Verfahren, in denen über gleichartige, rein nationale Sachverhalte entschieden wird, zu Diskriminierungen führt.[188] Diese Formel hat die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Rückforderung zu Unrecht gezahlter Gemeinschaftsbeihilfen entwickelt; sie gilt aber auch dann, wenn innerstaatliche Stellen unmittelbar aus dem Gemeinschaftsrecht fliessende Rechte zu verwirklichen haben. Darüber hinaus bildet sie einen Rahmen für die Entwicklung von Grundsätzen, nach denen sich der mitgliedstaatliche Vollzug dann richten soll, wenn das mitgliedstaatliche Recht nur eine unzulängliche Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts erlaubt. Leitmotiv ist in jedem Fall, dass die mitgliedstaatliche Autonomie immer nur soweit gehen darf, als die effektive Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht unterlaufen wird.

Vor diesem Hintergrund muss das gerichtliche Verfahren so ausgestaltet sein, dass die Kläger und Klägerinnen die ihnen zustehenden Ansprüche grundsätzlich geltend machen können und hieran nicht durch Verfahrensvorschriften irgendwelcher Art *de facto* gehindert werden. Vor diesem Hintergrund sind z.B. gewisse Regelungen über die Beweiskraft bestimmter Urkunden oder aber die Beweislast ausser Anwendung zu lassen, da sie einem effektiven Rechtsschutz entgegenstehen.[189]

Diese Grundsätze finden auch im Zusammenhang mit der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes, z.B. bei der Frage der Anwendbarkeit nationaler Ausschlussfristen[190] oder des Rechts auf vorläufigen Rechtsschutz[191], Anwendung. Daher ist etwa die dem englischen Recht zu entnehmende Beschränkung der Rügemöglichkeit (nur) solcher Diskriminierungen, die während des Arbeitsverhältnisses auftreten, zumindest nicht in jedem Fall anwendbar.[192]

---

188 S. nur EuGH, Rs. 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, S. 2633, Rz. 22 f.; EuGH, Rs. 210/87, *Padovani*, Slg. 1988, S. 6177, Rz. 22; EuGH, Rs. C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591, Rz. 24; EuGH, Rs. C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*, Slg. 1998, I-4951, Rz. 19.

189 Vgl. aus der Rechtsprechung EuGH, Rs. 222/84, *Johnston*, Slg. 1986, 1651; EuGH, Rs. C-381/99, *Brunnhofer*, Slg. 2001, I-4961; EuGH, Rs. C-17/05, *Cadman*, EuZW 2006, 693.

190 EuGH, Rs. C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*,, Slg. 1998, I-4951.

191 EuGH, Rs. C-213/89, *Factortame*, Slg. 1990, I-2433.

192 EuGH, Rs. C-185/97, *Coote*, Slg. 1998, I-5199. S. nunmehr Art. 17 Abs. 1 RL 2006/54. Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Bezug auf einen effektiven Rechtsschutz auch EuGH, Rs. C-326/96, *Levez*, Slg. 1998, I-7835; EuGH, Rs. C-208/90, *Emmott*, Slg. 1991, I-4269; EuGH, Rs. C-338/91, *Steenhorst-Neerings*, Slg. 1993, I-5475; EuGH, Rs. C-246/96, *Magorrian and Cunningham*, Slg. 1997, I-7173; EuGH, Rs. C-78/98, *Preston*, Slg. 2000, I-3201.

## Exkurs:
## Gleichstellung von Mann und Frau im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau

**Ausgewählte Literatur zur Gleichstellung von Mann und Frau im Völkerrecht**

*Doris König*, Der Schutz von Frauenrechten im Rahmen der Vereinten Nationen, Streit 1996, 159; *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, Rehburg-Loccum 2004, 21; *Hanna Beate Schöpp-Schilling*, Aufgaben und Arbeitsmethoden der UN-Menschenrechtsausschüsse am Beispiel des CEDAW-Ausschusses, in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, Rehburg-Loccum 2004, 37; *Christina Hausammann / Erika Schläppi*, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, 32; *Jost Delbrück*, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: FS Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin / New York 1981, 247; *Regula Kägi-Diener*, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbeondere in der Quotenfrage, AJP 2006, 1451; *Marita Körner*, Völkerrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im CEDAW, ZRP 2005, 223; *Eckart Klein* (Hrsg.), 20 Jahre Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW), Potsdam 2000.

Auch auf völkerrechtlicher Ebene wird die Gleichstellung von Mann und Frau durch eine Vielzahl verschiedener Regelungen gewährleistet.[193]
So ist das Recht auf Gleichberechtigung von Frauen und Männern bereits in der Präambel der **Charta der Vereinten Nationen** aufgeführt. Weitere Diskriminierungsverbote finden sich in Art. 1 Nr. 3, Art. 13 Abs. 1 lit. b und Art. 55 lit. c der UN-Charta. Auch die **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte** vom 10.12.1948 enthält Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote.[194]
Darüber hinaus garantiert der **internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte**[195] (IPbpR) von 1966 in Art. 3 das Recht von Männern und Frauen, alle im Pakt garantierten Rechte gleichberechtigt wahrzunehmen. Gewährleistet wird damit nur ein akzessorisches Recht: Wenn eines der durch den Pakt garantierten Rechte tangiert ist, muss die Gleichbehandlung von Mann und Frau garantiert werden.[196] Auch die **Europäische Menschenrechtskonvention**[197] (EMRK) formuliert in Art. 14 ein derartiges akzessorisches Recht auf Gleichbehandlung, das nur für die Ausübung und Wahrnehmung der in der Konvention gewährleisteten Rechte Anwendung findet.

---

193 Vgl. zur Ebene der UNO *Doris König*, Der Schutz von Frauenrechten im Rahmen der Vereinten Nationen, Streit 1996, 159 ff.

194 *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 21 (21).

195 SR 0 103.1.

196 Art. 3 des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0 103.2, enthält eine entsprechende Bestimmung.

197 SR 0.101.

Art. 7 lit. a IPbpR statuiert darüber hinaus die Gewährleistung des **gleichen Entgelts** für Mann und Frau. Art. 25 IPbpR sieht vor, dass jeder Staatsbürger die Möglichkeit hat, u.a. ohne Rücksicht auf das Geschlecht an der **Gestaltung öffentlicher Angelegenheiten** teilzunehmen, wozu insbesondere das Wahlrecht gehört, und unter gleichen Gesichtspunkten **Zugang zu öffentlichen Ämtern** hat. Neben diesen akzessorischen und spezifischen Gleichheitsgarantien stipuliert Art. 26 IPbpR aber auch noch ein **allgemeines Verbot der Diskriminierung**. Diese Bestimmung kommt immer dann zum Zuge, wenn eine der Spezialbestimmungen nicht greift; ihre Reichweite dürfte derjenigen von Art. 8 Abs. 1 BV entsprechen, so dass hier auf völkerrechtlicher Ebene ein allgemeiner Gleichheitssatz gilt. Allerdings hat der Bundesrat hier einen Vorbehalt in dem Sinne angebracht, dass das Diskriminierungsverbot auf die im Pakt selbst garantierten Rechte beschränkt werden müsste, dies mit der Begründung, Art. 191 BV verbiete die Nichtanwendung von gleichheitsdurchbrechenden Bundeserlassen, von denen es einige gibt.[198]
Jedenfalls beschränkt sich die Tragweite der einschlägigen Bestimmungen der Menschenrechtsverträge auf die Regelung verschiedener Facetten der rechtlichen Gleichstellung; zur Herstellung der faktischen Gleichbehandlung von Mann und Frau tragen sie daher nur wenig bei.[199]

Dieses Defizit sollte dann auch durch das **Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau** (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*, CEDAW), das sich spezifisch mit der Gleichbehandlung von Mann und Frau befasst, beseitigt werden.[200] Die CEDAW-Konvention wurde am 18.12.1979 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen und ist völkerrechtlich seit dem 3.9.1981 in Kraft. Mittlerweile haben 182 Staaten das CEDAW-Übereinkommen ratifiziert.[201] In der Schweiz ist das Abkommen am 26.4.1997 in Kraft getreten.[202]

---

198 Vgl. zur Zulässigkeit dieses Vorbehalts *Christina Hausammann / Erika Schläppi*, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, 32 (44 f.).

199 Vgl. zusammenfassend zur Garantie der Gleichbehandlung im Völker- und Europarecht, *Giorgio Malinverni*, Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, 11; sehr instruktiv auch die Botschaft zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl. 1995 IV, 904.

200 Zur Entstehungsgeschichte der Konvention ausführlich *Jost Delbrück*, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: FS Hans-Jürgen Schlochauer, 1981, 247 (252 ff.).

201 Der Stand der Ratifizierungen ist unter http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/states.htm abrufbar.

202 SR 0.108. Die Schweiz hat auch schon zwei Berichte zur Anwendung der Konvention vorgelegt, vgl. http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=CEDAW/C/CHE/1-2&Lang=F). Der Bericht wurde an der 28. Sitzung (die vom 3-31. Januar 2003) besprochen. Vgl. die Stellungnahme unter http://www.ebg.admin.ch/themen/00007/00070/index.html?lang=fr&download=NHzLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1ae2IZn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDdH98gWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-- ). Im Bericht wird zu den einzelnen Artikeln der Konvention dargelegt, wie die rechtliche Situation und die eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung von Frau und Mann ausgestaltet sind. Der revidierte Art. 8 Bundesverfassung wird eingehend besprochen und auf die daraus folgenden gesetzlichen Instrumente und deren Auswirkungen auf die Gleichstellung hingewiesen. Der Bericht bezieht u.a. auch Stellung zur familiären und

Sein Inhalt umfasst zwei grosse Bereiche: Einerseits geht es darum, allen möglichen Formen der (rechtlichen) Diskriminierung von Frauen entgegenzutreten; andererseits wird aber auch darüber hinaus die faktische Gleichstellung der Frau angestrebt.

Im vorliegenden Zusammenhang sind insbesondere folgende Aspekte des Abkommens von Bedeutung:[203]

- Art. 1 formuliert die Definition von Diskriminierung der Frau: Danach fällt jede durch das Geschlecht begründete Unterscheidung darunter, womit auch unabsichtliche und **mittelbare Diskriminierungen** erfasst werden. Zudem wird das Diskriminierungsverbot damit denkbar weit gefasst; es erstreckt sich auf alle Lebensbereiche, mögen sie privater oder öffentlicher Natur sein.
- Art. 2 soll allgemein die **rechtliche Gleichstellung** von Mann und Frau sicherstellen. Er verpflichtet die Vertragsstaaten, eine „Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau" zu verfolgen; diese umfasst insbesondere die Verpflichtung, die nationalen Rechtsordnungen entsprechend anzupassen und den Grundsatz der Gleichberechtigung in die Verfassung oder sonstige geeignete Vorschriften aufzunehmen. Das Übereinkommen stipuliert also nicht selbst einen unmittelbar anwendbaren Anspruch auf Gleichbehandlung, sondern nur eine entsprechende Verpflichtung der Vertragsstaaten.
  Art. 10 spezifiziert diesen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung für den Bereich der Bildung; gefordert wird insbesondere der gleiche Zugang zu Bildungseinrichtungen und Stipendien. Art. 11 verpflichtet die Vertragsstaaten, die Gleichstellung der Frau im Berufsleben zu gewährleisten, worunter insbesondere die Garantie des gleichen Entgelts bei gleichem Lohn, das Recht auf gleiche Chancen bei der Einstellung und das Recht der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit fallen. Art. 12 fordert die Gleichstellung im Gesundheitswesen, und Art. 13 in sonstigen Bereichen des wirtschaftlichen und sozialen Lebens.

---

professionellen Situation der Frau und es wird eingeräumt, dass die rechtliche Gleichstellung noch nicht komplett erreicht worden ist.

[203] Das Abkommen besteht aus 30 Artikeln und (ausser der Präambel) sechs Teilen: Teil I (Art. 1-6) enthält generelle Regelungen; Teil II (Art. 7-9) behandelt die politischen Rechte der Frau; in Teil III (Art. 10-14) geht es um die soziale und wirtschaftliche Gleichstellung; Teil IV (Art. 15-16) ist zivilrechtlichen Fragen gewidmet; Teil V (Art. 17-22) legt das Kontroll- und Durchsetzungsverfahren fest und Teil VI (Art. 23-30) enthält eine Reihe von Schlussbestimmungen. Ausführlich zum Abkommen insbesondere *Marita Körner*, Völkerrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im CEDAW, ZRP 2005, 223 ff.; *Jost Delbrück*, Die Konvention der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau von 1979 im Kontext der Bemühungen um einen völkerrechtlichen Schutz der Menschenrechte, in: FS Hans-Jürgen Schlochauer, 1981, 247 ff.; *Christina Hausammann / Erika Schläppi*, Menschenrechte und Frauenrechte: Das UNO-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und seine Bedeutung für die Schweiz, AJP 1995, 32 ff.; *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 21 ff.; *Hanna Beate Schöpp-Schilling*, Aufgaben und Arbeitsmethoden der UN-Menschenrechtsausschüsse am Beispiel des CEDAW-Ausschusses, in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 37 (40 ff.).

- In Art. 3 nun kommt zu dem in Art. 2 erwähnten Aspekt der rechtlichen Gleichstellung derjenige der **faktischen Gleichstellung**:[204] Die Vertragsstaaten werden verpflichtet, auf allen Gebieten geeignete Massnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichstellung der Frau zu ergreifen. Allerdings werden diese Massnahmen nicht näher spezifiziert, so dass ein Verstoss gegen diese Bestimmung nur schwer nachzuweisen sein dürfte. Ergänzend dazu werden die Vertragsstaaten durch Art. 5 verpflichtet, mit geeigneten Massnahmen Vorurteile zu bekämpfen und die herkömmliche Rollenverteilung zu beseitigen. Gefordert wird eine gemeinsame Verantwortung von Mann und Frau in der Familie, so dass nicht nur die Stellung der Frau, sondern – letztlich damit einhergehend – auch diejenige des Mannes verändert werden soll. Art. 11 Abs. 2 verlangt darüber hinaus spezielle Schutzmassnahmen für Schwangere und Mütter, insbesondere im Erwerbsleben.
- Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Gleichbehandlung erlaubt Art. 4. Zugelassen sind zeitweilige **„Sondermassnahmen“** zur Förderung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau. Soll dieser Bestimmung ein eigener Sinngehalt zukommen, müssen darunter auch und gerade gleichheitsdurchbrechende Massnahmen fallen,[205] so dass etwa Quoten verschiedener Ausgestaltung von dieser Bestimmung – unter dem Vorbehalt ihrer Verhältnismässigkeit – gedeckt sein können.[206]

Obwohl die im Abkommen unternommenen Schritte allseits sehr begrüsst wurden, war das CEDAW-Abkommen einiger Kritik ausgesetzt. Insbesondere wurde der Verpflichtungscharakter und die Justiziabilität der enthaltenen Verpflichtungen wiederholt angezweifelt und verschiedene andere Defizite aufgedeckt.[207] Inzwischen hat sich die Diskussion insoweit fortentwickelt, als der rechtsverbindliche Charakter der Verpflichtungen der Konvention und ihre Justiziabilität allgemein anerkannt sind.[208] Die CEDAW-Konvention steht heute gleichberechtigt neben den jetzt sechs weiteren UN-Menschenrechtsinstrumenten und weist eine sehr hohe Ratifikationsrate auf,[209] so dass sie zurecht als „Magna Charta“ der Menschenrechte von Frauen bezeichnet werden kann.[210]

---

204 Zur diesbezüglichen Bedeutung der Konvention umfassend *Regula Kägi-Diener*, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbeondere in der Quotenfrage, AJP 2006, 1451 ff.

205 Hierzu *Astrid Epiney / Nora Refaeil*, Chancengleichheit: ein teilbarer Begriff?, AJP 1996, 179 (185 f.).

206 Umstritten ist allerdings, ob eine Pflicht zu solchen Massnahmen besteht, hierzu *Kathrin Arioli*, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben unter besonderer Berücksichtigung der Verfassungsmässigkeit von Quotenregelungen, 1992, 185.

207 *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 21 (28). Vgl. auch die Kommentierung in der Vorauflage von *Astrid Epiney / Nora Refaeil*, Internationaler Vergleich, in: Margrith Bigler-Eggenberger / Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1997, Rz. 140 ff.

208 *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 21 (29).

209 Vgl. Fn. 201.

210 *Doris König*, Die Diskriminierungsverbote im Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau (CEDAW), in: Doris König / Joachim

Zusätzlich zur CEDAW-Konvention wurde am 6.10.1999 von der Generalversammlung der UNO ein **Fakultativprotokoll**[211] angenommen, das nach den erforderlichen 10 Ratifizierungen am 22.12.2000 völkerrechtlich in Kraft treten konnte.[212] Von der Schweiz wurde es bislang allerdings nicht ratifiziert, jedoch am 15. Februar unterzeichnet.

Das Zusatzprotokoll führt zwei neue Durchsetzungsverfahren zur Überwachung der Einhaltung des Abkommens ein. Zunächst wird ein Überwachungsausschuss[213] zur Entgegennahme und Prüfung von Mitteilungen von Einzelnen oder Gruppen, die Opfer einer Diskriminierung im Sinne des Übereinkommens geworden sind, ermächtigt (Art. 1). Damit erhält jedes Individuum die Möglichkeit, nach Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges (Art. 4) eine Beschwerde an den Ausschuss für die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau zu richten (Art. 2).[214] Die Tatsache, dass damit nun auch Opfer Eingaben machen können, stellt einen wesentlichen Fortschritt im Vergleich zum ursprünglichen Abkommen dar.

Darüber hinaus sieht das Protokoll in Art. 8 und 9 ein besonderes Untersuchungsverfahren vor: Dem Ausschuss soll es erlaubt sein, von sich aus aktiv zu werden, wenn er zuverlässige Hinweise auf schwere oder systematische Verletzungen der in dem Übereinkommen niedergelegten Rechte durch einen Vertragsstaat erhält. Diese Ermächtigung des Ausschusses kann allerdings von den Vertragsstaaten mittels einer entsprechenden Erklärung aufgehoben werden (Art. 10).

Vorbehalte dürfen zum Fakultativprotokoll nicht formuliert werden (Art. 17).

Insgesamt lässt sich festhalten, dass Frauenrechte heute als integraler Bestandteil des Internationalen Menschenrechtsschutzes anerkannt sind. Ihre Bedeutung darf auch in Zukunft nicht unterschätzt werden; allerdings hängt ihre Effektivität entscheidend von der Ergreifung geeigneter Umsetzungsmassnahmen in den Vertragsstaaten ab, insbesondere soweit die Verwirklichung faktischer Gleichstellung betroffen ist.

---

Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 21 (21).

211 Eine deutsche Übersetzung des Protokolls ist im Internet abrufbar unter http://www.bmgf.gv.at/cms/site/attachments/3/9/7/CH0282/CMS1094455111533/cedawfakultativ1.pdf. Zum Inhalt des Protokolls vgl. *Hanna Beate Schöpp-Schilling*, Aufgaben und Arbeitsmethoden der UN-Menschenrechtsausschüsse am Beispiel des CEDAW-Ausschusses, in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 37 (43 f.).

212 Bisher haben insgesamt 78 Staaten das Protokoll ratifiziert. Der Stand der Ratifikationen ist im Internet unter http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/sigop.htm abrufbar.

213 Zum CEDAW-Ausschuss und seinen Arbeitsmethoden vgl. auch *Hanna Beate Schöpp-Schilling*, Aufgaben und Arbeitsmethoden der UN-Menschenrechtsausschüsse am Beispiel des CEDAW-Ausschusses, in: Doris König / Joachim Lange / Ursula Rust / Hanna Beate Schöpp-Schilling (Hrsg.), Gleiches Recht – gleiche Realität?, 2004, 37 (49 ff.).

214 Vgl. zum Beschwerdeverfahren auch *Marita Körner*, Völkerrechtlicher Schutz vor Diskriminierung im CEDAW, ZRP 2005, 223.