

# EU-Antidiskriminierungsrecht: Definition der Schlüsselbegriffe

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.  
Europa Institute der Universitäten Basel (Schweiz)  
und Leiden (Niederlande)

ERA Webinar zum EU-Antidiskriminierungsrecht  
16. November 2020



Organisiert im Rahmen des Programms „Rechte, Gleichstellung und Unionsbürgerschaft 2014–2020“ der Europäischen Kommission.

– Prof. Dr. Christa TOBLER, LL.M.  
christa.tobler@unibas.ch r.c.tobler@law.leidenuniv.nl

Universities of Basel (Switzerland) and Leiden (The Netherlands)  
<http://www.europa.unibas.ch> <http://www.europainstituut.leidenuniv.nl>

ERA\_2019.ppt

## Vorab: Hinweis zum Material

### EuGH-Rechtsprechung; Tafeln zum EU-Recht

- EuGH-Rechtsprechung:
  - Vortrag verweist auf Rechtsprechung zur Diskriminierung wegen des Geschlechts *und* aus anderen Gründen.
  - Grund: grundsätzlich die gleichen Konzepte in unterschiedlichen Rechtsbereichen.
- Tafeln (“Charts”):
  - Der Vortrag enthält Verweise auf Tafeln.
  - Diese entstammen:  
Christa Tobler & Jacques Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, 5th, post-Brexit edition, Budapest: HVG-Orac 2020; [www.eur-charts.eu](http://www.eur-charts.eu)

ERA\_2019.ppt

## Vorab: Vorgehen in der Praxis

### Analyse von Diskriminierungsfällen

- Erster Schritt immer:  
Ermittlung des **relevanten Rechts**  
(Diskriminierungsgrund, Anwendungsbereich) – dazu  
sogleich.
- Dann Schritt für Schritt Analyse betr.:
  - **Diskriminierungsform**
  - Mögliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung:
    - unterschiedlich nach Diskriminierungsgrund und Diskriminierungsform.
    - Enthält, unter anderem, **positive Maßnahmen**
  - Im Fall einer Diskriminierung: Sanktionen – hier nicht  
besprochen.

## Relevantes Recht auf EU-Ebene

### EU-Antidiskriminierungsrecht

- **Mehrere Ebenen** innerhalb des Unionsrechts:
  - Grundrechtecharta (GRC) bzw. allgemeine Grundsätze.
  - AEUV: Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV.
  - Diverse Richtlinien mit unterschiedlicher materieller Reichweite;  
siehe **Tafel 10/8** (vgl. auch **Tafel 10/9**, zum Thema  
Mehrfachdiskriminierung).
- Relevanz und Verhältnis:
  - *Bauer und Broßonn* (2018): Richtlinie für vertikale und GRC für  
horizontale Fälle.
  - *Egenberger* (2018): Art. 21 GRC ist horizontal unmittelbar  
wirksam (Drittwirkung).
  - *Popławski* (2019): Vorrang des EU-Rechts allein reicht für  
Einzelne nicht.

## Formen der Diskriminierung (1)

### Entwicklung: unmittelbare/mittelbare Diskriminierung

- Ursprünglich:
  - Der EuGH interpretierte die Diskriminierungsverbote des EWG-Vertrags in einheitlichem Sinne: Verbot einer ungleichen Behandlung ausdrücklich wegen des erwähnten Kriteriums.
  - Entspricht (teilweise) dem heutigen Begriff der unmittelbaren Diskriminierung.
- Später via die EuGH-Rechtsprechung zusätzlich indirekte (mittelbare) Diskriminierung, welche formal gestützt auf ein anderes Kriterium erfolgt.

Siehe **Tafel 10/10**

## Formen der Diskriminierung (2)

### Sekundärgesetzgebung der EU

- Mit der Zeit **Erwähnung** der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung im Sekundärrecht.
- Erste **gesetzliche Definition** der indirekten Diskriminierung in der sog. Beweislastrichtlinie (1980).
- Ab 2000 eine neue Generation von Richtlinien; Erwähnung von 4 Formen der Diskriminierung, 3 Definitionen:
  - Unmittelbare Diskriminierung
  - Mittelbare Diskriminierung
  - Belästigung (neuer Begriff im EU Recht)
  - Anweisung zur Diskriminierung (keine gesetzliche Definition).

## Fundstellen für die Definitionen

### Gesetzgebung

- Heute **gesetzliche Definitionen** in den meisten Richtlinien; keine ausdrückliche Unterscheidung / Definition in:
  - Richtlinie 79/7 (gesetzliche Sozialversicherung, Geschlecht).
  - Art. 157 AEUV (Lohngleichheit, Geschlecht), z.B. *Praxair* (2019).
  - Art. 21 und 23 GRC.
- EuGH scheint überall dieselben Definitionen zu verwenden; *MB* (2018) in Bezug auf Richtlinie 79/7; *Praxair* (2019) in Bezug auf Art. 157 AEUV.
- [Zum Vergleich: keine Definition im Vertragsrecht über den Binnenmarkt.]

## Unmittelbare Diskriminierung (1)

### Auf den ersten Blick ein einfacher Begriff ...

- **Gerichtliche Definition** in *Dekker* (1990) zur Frage, ob die Verweigerung einer Einstellung als direkte Diskriminierung wegen des Geschlechts angesehen werden kann:

“Die Antwort hängt davon ab, ob es sich beim wesentlichen Grund für die Verweigerung der Einstellung um einen Grund handelt, der unterschiedslos für Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts oder aber ausschließlich für eines der beiden Geschlechter gilt.”
- Im Fall *Dekker*:
  - Schwangerschaft letztlich als Grund der Nichteinstellung.
  - Laut EuGH direkte Diskriminierung, weil nur Frauen schwanger werden können.

## Unmittelbare Diskriminierung (2)

### Gesetzliche Definition

- Z.B. Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/113:  
“wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde”.
- (Vorbehalt einer gesetzl. Rechtfertigung; vgl. **Tafel 10/13.**)
- Scheint einfach – Fokus auf der Verwendung des verbotenen Kriteriums. Aber: neuere Rechtspraxis hierzu ist nicht gar so einfach ... (dazu später).

## Unmittelbare Diskriminierung (3)

### Einige Beispiele (1)

- Ein historisches Beispiel nach Elizabeth von Arnim (aus dem Roman “Elizabeth and her German garden”, 1875):
  - Betrifft die Entlohnung von Tagelöhnern und -löhnerinnen auf dem Gut des Ehemanns der Autorin.
  - “[The men] get a mark and a half to two marks a day and as many potatoes as they can eat. The women get less, not because they work less, but because they are women and must not be encouraged.”
- In der Rechtsprechung des EuGH heute eher selten:
  - Ethnische Diskriminierung: spezielle Fälle wie *Feryn* (2008) und *ACCEPT* (2013) bezüglich öffentlicher Äußerungen.
  - Häufig im Fall der Altersdiskriminierung: z.B. *Mangold* (2005), *Kücükdeveci* (2010), *Prigge* (2011).

## Unmittelbare Diskriminierung (4)

### Beispiele (2): *Feryn*

- Direktor eines belgischen Unternehmens für Sicherheitsinstallationen sagt öffentlich, dass er keine Ausländer bzw. Marokkaner anstelle (sog. *speech act*). Es klagt eine Interessensvereinigung.
- EuGH:
  - Hier liegt hier eine unmittelbare Diskriminierung vor (sog. *speech act*), “da solche Äußerungen bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten können, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern”.
  - Der Befund einer solchen Diskriminierung setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist.

## Unmittelbare Diskriminierung (5)

### Beispiele (3): *Prigge (2011)*

- Die deutsche Lufthansa entlässt Piloten bei Erreichung des Alters von 60 Jahren (Automatismus; Tarifvertrag). Es klagen drei betroffene Piloten.
- EuGH:
  - Es handelt sich um eine Ungleichbehandlung direkt wegen des Alters: “Ein solcher Pilot befindet sich in einer Situation, die derjenigen eines Piloten vergleichbar ist, der jünger ist als er und für dieselbe Luftfahrtgesellschaft die gleiche Tätigkeit ausübt und/oder demselben Tarifvertrag unterliegt. Der erstgenannte Pilot, dessen Arbeitsvertrag automatisch endet, wenn er das 60. Lebensjahr vollendet, erfährt wegen seines Alters eine weniger günstige Behandlung als der zweitgenannte.”
  - Laut EuGH gibt es dafür keine Rechtfertigung (siehe sogleich).

## Unmittelbare Diskriminierung (6)

### Einige Beispiele (4): *Prigge* (2011) – Rechtfertigung

- Theoretisch sind drei Rechtfertigungsgründe möglich.
- Keiner verfängt im vorliegenden Fall:
  - Weder Art. 2 Abs. 5 (öffentliche Sicherheit, hier Flugsicherheit): Verbot der Tätigkeit ist nicht notwendig (allenfalls Beschränkung der Ausübung würde genügen).
  - Noch Art. 4 Abs. 1 (Merkmal, das im Zusammenhang mit einem der in Art. 1 der Richtlinie 2000/78 genannten Diskriminierungsgründe steht, und eine „wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderung darstellt): unverhältnismässige Altersgrenze.
  - Noch Art. 6 Abs. 1 (legitimes Ziel, insbesondere rechtmässige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen, plus angemessenes und erforderliches Mittel): nur sozialpolitische Ziele, was hier nicht der Fall ist.

Siehe **Tafel 10/13**

## Mittelbare Diskriminierung (1)

### Für weniger offensichtliche Fälle

- Leitentscheide *Sotgiu* (1974), *Bilka* (1986), *O'Flynn* (1996).
- Gesetzliche Definition, z.B. Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/113: “wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich”.

Vgl. hierzu **Tafel 10/10**, **Tafel 10/11**

## Mittelbare Diskriminierung (2)

### Beispiele

- EuGH-Rechtsprechung, Leitentscheidung *O'Flynn* (1996):
  - Regelung im Vereinigten Königreich (VK), wonach bedürftige Personen vom Staat einen finanziellen Beitrag zu den Kosten der Beerdigung eines Verwandten erhalten können.
  - Bedingung: Die Beerdigung muss im VK erfolgen – Nachteile für Wanderarbeitskräfte.
  - Keine Rechtfertigung.
- Teilzeitarbeit, z.B. *Bilka* (1986), *Villar Láz* (2019):
  - Oft hauptsächlich Frauen – kann diskriminierend wirken.
  - Bemerkung: heute gibt es hierzu auch die spezifische Richtlinie 97/81, welche Diskriminierung direkt wegen Teilzeitarbeit verbietet.

## Mittelbare Diskriminierung (3)

### Beispiele

- Dienstalter, z.B. *Cadman* (2006):
  - Kann zu einer besonderen Benachteiligung von Frauen führen.
  - EuGH: Da der Rückgriff auf das Dienstaltes "in der Regel zur Erreichung des legitimen Zieles geeignet ist, die Berufserfahrung zu hono-ri-eren, die den Arbeitnehmer befähigt, seine Arbeit besser zu verrich-ten, hat der Arbeitgeber nicht besonders darzulegen, dass der Rückgriff auf dieses Kriterium zur Erreichung des genannten Zieles in Bezug auf einen bestimmten Arbeitsplatz geeignet ist, es sei denn, der Arbeitnehmer liefert Anhaltspunkte, die geeignet sind, ernstliche Zweifel in dieser Hinsicht aufkommen zu lassen."
- Aus eigener Anschauung:
  - Konferenz der Europäischen Kommission über Diskriminierung in Lissabon in 2005.
  - Besuch des berühmten Castelo do Saõ Jorge, wo Personen aus Lissabon keinen Eintritt zu zahlen brauchten.



## Abgrenzung (1)

### Verschiebung der Trennlinie durch die Praxis

- *Nikoloudi* (2005):
  - Teilzeitarbeitskräfte konnten nur dann planmäßiges Personal werden, wenn sie vorher während mindestens 2 Jahren vollzeitlich gearbeitet hatten.
  - Nach der Allg. Personalordnung war die Beschäftigung als teilzeitschäftige Raumpflegerinnen Frauen vorbehalten.
- Geschlecht– unmittelbar oder mittelbar? EuGH:
  - Der Ausschluss einer Eingliederung in das planmäßige Personal durch eine anscheinend geschlechtsneutrale Bezugnahme auf eine Gruppe von Arbeitnehmern, die aufgrund einer nationalen Regelung ausschließlich aus Frauen besteht, stellt eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.
  - Falls doch auch Männer so arbeiten: mittelbare Diskriminierung.

## Abgrenzung (2)

### Verschiebung der Trennlinie (Forsetzung)

- Beispiel *Maruko* (2008):
  - Der überlebende Partner einer eingetragenen, gleichgeschlechtlichen Partnerschaft erhält keine Witwerrente, weil er mit seinem Partner nicht verheiratet war.
  - In Deutschland können nur gegengeschlechtliche Paare heiraten.
- Mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung?
- EuGH: *unmittelbare* Diskriminierung – ohne genaue Erklärung.
- Gleicher Ansatz z.B. in *Römer* (2011).
- Erklärung in *Hay* (2013) – siehe sogleich.

## Abgrenzung (3)

### Erläuterung in der Rechtssache *Hay* (2013)

- Sachverhalt:
  - Ein Arbeitgeber in Frankreich verweigert einem Partner einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft (PACS) Vergünstigungen aus Anlass der Eheschließung mit der Begründung, dass er nicht verheiratet sei.
  - Der PACS steht sowohl gleichgeschlechtlichen als auch verschiedengeschlechtlichen Paaren offen.
  - Gleichgeschlechtliche Paare konnten aber damals nicht heiraten.
- Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Ausrichtung? Argument: kann nicht direkt sein, wenn eine Partnerschaftsform beiden Geschlechtern offensteht.
- EuGH:  
*Unmittelbare* Diskriminierung (die daher nur aufgrund eines gesetzlichen Grundes gerechtfertigt werden kann).

## Abgrenzung (4)

### Erläuterung in *Hay* (2013) - Fortsetzung

- EuGH:
  - „Dass der PACS [...] nicht homosexuellen Paaren vorbehalten ist, ist unerheblich und ändert insbesondere nichts am Wesen der Diskriminierung dieser Paare, denen – anders als heterosexuellen Paaren – zum für das Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt die Schließung einer Ehe rechtlich nicht möglich war.“
  - „Eine unterschiedliche Behandlung, die darauf beruht, dass Arbeitnehmer verheiratet sind, und nicht ausdrücklich auf ihrer sexuellen Ausrichtung, stellt dennoch eine unmittelbare Diskriminierung dar, da homosexuelle Arbeitnehmer die notwendige Voraussetzung nicht erfüllen können, um die beanspruchte Vergünstigung zu erhalten, weil die Ehe Personen unterschiedlichen Geschlechts vorbehalten ist.“
- Folge: klarerweise Verschiebung der Trennlinie!

## Abgrenzung (5)

### Später auch *Nikolova* (2015)

- Sachverhalt: Anbringen von Elektrizitätszählern zu hoch zum Ablesen in Stadtbezirken, die überwiegend von Roma bewohnt sind. Es klagt eine nicht-Roma-Person, die ein Geschäft in einem Roma-Viertel führt.
- EuGH:
  - *Unmittelbare* Diskriminierung, wenn der Grund für die unterschiedliche Behandlung die ethnische Zugehörigkeit ist. Zu beachten hierbei: Stereotypen und Vorurteile.
  - Sonst mittelbare Diskriminierung, wobei eine objektive Rechtfertigung nicht stigmatisieren darf.

Siehe insgesamt auch *Tafel 10/12*

## Vergleichbarkeit

### Aristotelischer Ansatz in beiden Fällen?

- Allgemeine Definition des EuGH als Hintergrund, z.B. in *Kommission gegen Ungarn* (2011), Erw. 50:  
“Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Diskriminierung nur dadurch entstehen, dass unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Situationen angewandt werden oder dass dieselbe Vorschrift auf unterschiedliche Situationen angewandt wird [...].”
- Gesetzlichen Definitionen von Diskriminierung:
  - Erfordernis der Vergleichbarkeit gilt klar für die unmittelbare Diskriminierung; siehe Wortlaut der Definition.
  - Auch für die mittelbare Diskriminierung?
    - In der Wissenschaft umstritten, da nicht in der Definition erwähnt.
    - Meines Erachtens auch hier relevant, siehe z.B. *Wipfel* (2004). Vgl. auch *Kenny* (2013), im Zusammenhang mit Lohn.

## Belästigung (1)

### Ein neues Element

- Z.B. Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2004/113:  
“wenn unerwünschte geschlechtsbezogene Verhaltensweisen gegenüber einer Person erfolgen, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird”.
- Zu beachten:
  - Hier klar kein aristotelischer Ansatz.
  - Hintergrund: die Arbeit von Catherine MacKinnon in den USA ab den 1970er Jahren.

Vgl. wieder **Tafel 10/10**

## Belästigung (2)

### Zusätzlich: sexuelle Belästigung

- Z.B. Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 2004/113:  
“jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert und das bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.”
- Betonung hier auf Verhalten “sexueller Natur”.

Vgl. wieder **Tafel 10/10**

## Belästigung (3)

### Beispiele (1): *Coleman* (2008)

- Fragestellung erstmals in *Coleman* (2008), betr. Behinderung.
  - “Freiwillige” Entlassung einer Arbeitnehmerin im VK letztlich wegen der schweren Behinderung ihres Sohnes.
  - Frage der Diskriminierung durch Assoziierung, inkl. Aspekt der Belästigung (beleidigende Aussagen gegen die Klägerin).
  - EuGH: “Wird nachgewiesen, dass ein unerwünschtes Verhalten, das eine Belästigung darstellt und dem ein Arbeitnehmer ausgesetzt ist, der selbst nicht behindert ist, im Zusammenhang mit der Behinderung seines Kindes steht, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, deren es bedarf, so verstößt ein solches Verhalten gegen das Verbot der Belästigung [...]”

## Belästigung (4)

### Beispiele (2):

- Vgl. ergänzend das EU-Beamtenrecht, wo u.a. *Mobbing* ausdrücklich verboten wird; Art. 12a Abs. 3 des Statuts: „Als ‚Mobbing‘ wird ungebührliches Verhalten bezeichnet, das über einen längeren Zeitraum, wiederholt oder systematisch in Verhaltensweisen, mündlichen oder schriftlichen Äußerungen, Handlungen oder Gesten zum Ausdruck kommt, die vorsätzlich begangen werden und die Persönlichkeit, die Würde oder die physische oder psychische Integrität einer Person angreifen“.
- Z.B. Rs. F-52/05 *Q gegen Kommission*:
  - Vorwürfe u.a. der Isolierung von anderen Büros, Vermeidung von Gesprächen, keine Aufgabenzuweisung, verleumderische Gerüchte.
  - EuGH: erfordert keine böswillige Absicht.

## Kurz: Positive Maßnahmen

### Kontext: gleiche und unterschiedliche Behandlung

- Ausgangspunkt im EU-Recht: Gleichbehandlung von Männern und Frauen.
- Eine unterschiedliche Behandlung ist u.U. zulässig; siehe **Tafel 10/13**. Darunter positive Maßnahmen; z.B. Art. 6 der Richtlinie 2004/113:  
"Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen geschlechtsspezifische Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen."
- In der Praxis: Vorzugsbehandlung einer Gruppe (in der Regel Frauen).

## Abweichung oder eine Form von Gleichheit?

### Eine komplexe Diskussion

- Der EuGH neigt dazu, positive Maßnahmen als Ausnahmen zu behandeln.
- Akademisches Argument (z.B. von mir):
  - Sollte als die "andere" Seite der Gleichheit betrachtet werden ("das, was nicht vergleichbar ist, anders behandeln").
  - Viel debattiert / umstritten: Nützlichkeit solcher Maßnahmen.
- Komplizierte Rechtsprechung des EuGH: Gleiche Qualifikationen, keine automatische Bevorzugung, Verhältnismäßigkeit ... siehe **Tafel 10/13**.

## Beispiel

### **Abrahamsson (2020)**

- Sachverhalt: Die Universität Göteborg möchte Frauen als Professorinnen einstellen, wenn sie für die Stelle ausreichend qualifiziert sind (also nicht bestqualifiziert). Dies ist nach schwedischem Recht zulässig.
- Akzeptabler Ansatz für positive Maßnahmen? CJEU:
  - Erwägt die Bestimmungen im Vertrag und dem damaligen Sekundärrecht.
  - Befund:
    - Idee der materiellen und nicht nur der formalen Gleichheit.
    - Hier: Die Bewertung der Qualifikationen der Kandidierenden basiert nicht auf klaren und eindeutigen Kriterien; sie erfolgt auch automatisch.
    - Nicht erlaubt.

## ... zu sehen vor dem Hintergrund des Völkerrechts (CEDAW)!

Z.B. Christa Tobler, 'Going Global in Sex Equality Law. The Case of Gender Representation Rules for Company Boards'

in: Mario Monti/Prinz Nikolaus von und zu Liechtenstein/Bo Vesterdorf/Jay Westbrook/Luzius Wildhaber (eds), *Economic Law and Justice in Times of Globalisation / Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung. Festschrift for Carl Baudenbacher*, Baden-Baden: Nomos/Bern: Stämpfli/Wien: Verlag Österreich 2007, 891-916.

# Zum Schluss

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

**Kontakt:**

[r.c.tobler@law.leidenuniv.nl](mailto:r.c.tobler@law.leidenuniv.nl) oder  
[christa.tobler@law.leidenuniv.nl](mailto:christa.tobler@law.leidenuniv.nl)