



# Definitionen und Schlüsselbegriffe

Prof. Dr. Marc De Vos

## Zweck und Beschränkungen

- Nichtdiskriminierung im EU-Recht (Arbeitsrecht): allgemeine Konzepte
- Didaktisches und einleitendes Konzept
- Ausgeschlossen:
  - Persönlicher Anwendungsbereich
  - Beweislast und Rechtsmittel
  - Besondere Regelungen: Alter (partim), Behinderung, Religion

## Aufbau

- Tatbestandsmerkmale verbotener Diskriminierung
- Unmittelbare, mittelbare, positive Diskriminierung und Belästigung
- Rechtfertigungsgrundsätze

## Kurze Wiederholung der Grundsätze

## Bewährte Grundsätze

- Diskriminierung ist „*die Anwendung unterschiedlicher Vorschriften auf vergleichbare Situationen oder die Anwendung derselben Vorschrift auf unterschiedliche Situationen*“: **unterschiedliche oder identische Behandlung**
- Unmittelbar oder mittelbar auf dem Schutzmerkmal basierend: **Kausalität**
- **Unmittelbare** Diskriminierung: der Einzelne und das Merkmal
- **Mittelbare** Diskriminierung: die Gruppe und die Auswirkungen

## Ein allgemeiner Grundsatz des EU-Rechts

- Geschlecht, Alter ...
- Horizontal und vertikal
- Nicht: Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Gesundheit (*Chacon Navas C-13/05*)
- Nur: innerhalb des Anwendungsbereichs des EU-Rechts (*Bartsch C-427/06*)

## Warnung

- Keine umfassende Theorie bzw. umfassendes Konzept für den Begriff „Diskriminierung“
- Organische Entwicklung, oftmals durch die Rechtsprechung bestimmt
- Noch in Entwicklung befindlich
- Zusammenspiel von EuGH und nationalen Gerichten

## Tatbestandsmerkmale verbotener Diskriminierung

## Geschützte Merkmale

- Nationalität
  - Geschlecht
  - Sexuelle Orientierung
  - Rasse oder ethnische Herkunft
  - Religion oder Weltanschauung
  - Behinderung
  - Alter
- 
- “Diskriminierungen, insbesondere...” Charta der Grundrechte der EU
- 

## Tatbestandsmerkmale

- Behandlung
  
  - Kausaler Zusammenhang mit dem Schutzmerkmal
  
  - Vergleich
-

## Behandlung

- Handlung oder Unterlassung
- Individuell oder kollektiv
- *Weniger günstige* Behandlung:
  - Unterschiedlich + negativ
  - Ausmaß der Unterschiedlichkeit irrelevant
  - Punktueller und globaler Ansatz zugleich

## Behandlung

- Handlung/Unterlassung vs. Absicht oder bloße Äußerungen
- *Feryn C-54/07 (2008)*: öffentliche Äußerung, die offenkundig Auswirkungen auf die geschützte Gruppe haben wird
- EuGH:
  - Fokus auf Ziel und Wirksamkeit
  - Stellt unmittelbare Diskriminierung dar, auch ohne Opfer
  - Vermutung für eine Diskriminierung des potenziellen Opfers

## Kausalität

- Kausaler Zusammenhang mit dem Schutzmerkmal
- Objektive Kausalität:
  - **Motivation** oder Absicht ist nicht entscheidend
  - **Externer Ursprung** wird erfasst: z. B. Kunden, der Markt, der Chef
  - Falsche **Wahrnehmung** wird erfasst
  - Schutz **durch Assoziierung** ist möglich

## Kausalität

- Primäre Kausalität (notwendig oder entscheidend) vs. sekundäre Kausalität: einer der mitentscheidenden Faktoren
- Bedeutung des Beweislastsystems:  
**Vermutung einer Kausalität/Diskriminierung**

## Vergleich

- Vergleich = formale Gleichheit
- Beschäftigung: im selben Unternehmen, ausgenommen in Fällen einer einzigen Quelle (Tarifvertrag)
- Mit einer objektiv vergleichbaren (oder nicht vergleichbaren) Person oder Gruppe von Personen, ungeachtet des Schutzmerkmals: die „*Vergleichsperson*“
- Vergleich **bezogen auf die konkrete Fragestellung**, z. B. „gleiche Arbeit“ bei gleichem Entgelt

## Vergleich

- Gegenwärtig und real
- Vergangen und real
- Potenziell  
(Vergangenheit/Gegenwart/Zukunft)

☞ *faktischer Wegfall der Vergleichsperson,  
aber im Sinne der Beweisbarkeit*





## Unmittelbare, mittelbare und positive Diskriminierung

### Unmittelbare Diskriminierung

- „wenn eine Person aufgrund... eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person **in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat** oder **erfahren würde**“
- Kausalität = *a priori* würde eine andere Person eine andere Behandlung erfahren
  - ☞ faktischer Wegfall der Vergleichsperson, aber im Sinne der Beweisbarkeit

## Beispiele

- Alter:
  - in der Personalpolitik
  - in Tarifverträgen
  - bei Einzel- oder Massentlassungen
  - Bedeutung von Rechtfertigungen
- Rasse/ethnische Herkunft und Religion:
  - Unmittelbare Diskriminierung ist weniger weit verbreitet

## Mittelbare Diskriminierung

- „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen [mit dem Schutzmerkmal] in besonderer Weise benachteiligen können“
- Formale Neutralität
- „Diskriminierende“ Konsequenzen, die hinreichend unverhältnismäßig sind (Vermutung)
- Vergleichbare Situation

## Mittelbare Diskriminierung

- **Statistische Analyse:**
  - **Unverhältnismäßig hohe** Prozentsätze: „eine erheblich höhere Zahl“
  - Statistische Auswirkungen sind **auf der Ebene, auf der die betreffende Maßnahme/Regelung erlassen wurde** zu beurteilen (*Allonby, Voss*), *nicht* auf der Ebene ihrer Anwendung
  - Schwierigkeit, Bezugsgruppen zu bilden und Daten zu erhalten, die **statistisch relevant sind und einen hinreichend langen Zeitraum erfassen**

## Mittelbare Diskriminierung

- **Potenzielle Auswirkungen:** „*Personen [mit dem Schutzmerkmal] in besonderer Weise benachteiligen können*“
- ***Intrinsische Wahrscheinlichkeit und theoretische Wirkung*** – unklar, wie „besonders“ die Benachteiligung sein muss

## Beispiele

- Betriebszugehörigkeit oder Erfahrung → Alter
- Arbeiter/Angestellte → Rasse, ethnische Herkunft
- Arbeitszeitorganisation → Religion
- Kleiderordnung → Religion
- Sprachkenntnisse → Rasse, ethnische Herkunft
- Einstellungskriterien (Erfahrung, Berufsabschlüsse usw.) → Rasse, ethnische Herkunft

## Unmittelbar/mittelbar kann eine Grauzone sein

- Schwangerschaft -  
Geschlechtsumwandlung - Sexuelle Ausrichtung

→ *Wenn ein „neutrales“ Kriterium insofern von dem Schutzmerkmal untrennbar ist, dass nur geschützte Personen betroffen sein können: unmittelbare Diskriminierung*

## Das Kopftuch und Religion/Weltanschauung

- 'Religion/Weltanschauung' umfasst das Bekenntnis zum Glauben in der Öffentlichkeit
- Tragen eines Kopftuchs = Bekenntnis zur Religion...aber
- *G4S Secure Solutions (C-157/15)*: indirekt WENN
  - eine interne Regel eines privaten Arbeitgebers das offene Tragen jedes sichtbaren Zeichens politischer, philosophischer oder religiöser Überzeugung am Arbeitsplatz verbietet.
  - wenn diese Regel ohne Unterschied auf alle Religions- und Weltanschauungsbekenntnisse angewandt wird.

25

## Dienstzeit und Alter

- Dienstzeit= indirekte Altersdiskriminierung
- **Tyrolean Airways C-132/11** „(...) Ungleichbehandlung in Abhängigkeit vom Einstellungsdatum bei dem betreffenden Arbeitgeber (...) beruht (...) weder unmittelbar noch mittelbar auf dem Alter (...). Die Bestimmung beruht daher auf einem Kriterium, das weder untrennbar mit dem Alter der Arbeitnehmer VERBUNDEN ist noch mittelbar daran anknüpft, auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass (...)“ der Zeitpunkt der Umstufung je nach Alter verschieden ist.

## „Positive“ Diskriminierung

- Positive Maßnahmen vs. positive Diskriminierung
- Die Richtlinien gestatten:
  - Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran,
  - zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund des Schutzmerkmals
  - verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.

## „Positive“ Diskriminierung

- Formale Gleichstellung = die Norm / positive Diskriminierung = die Ausnahme
- **Objektiver Charakter**: muss sich eindeutig und objektiv gegen Benachteiligungen von Gruppen wenden
- **Legitimität**: reales und manifestes Ungleichgewicht zum Nachteil einer Gruppe
- **Angemessen und erforderlich**: Verhältnismäßigkeit
- keine automatischen Quoten

## Der Schlüssel: die Verhältnismäßigkeit

- **Rechtmäßiges Ziel:**
  - Kann sich mit dem Diskriminierungsgrund ändern, ist jedoch in Bezug auf das Geschlecht kodifiziert
  - Objektive Inhalte
  - Diversität per se ist fragwürdig
- **Wirksam:**
  - Nachgewiesenes und wesentliches Ungleichgewicht – Wie ausgeprägt? Wo? Schrittweise Verringerung oder nur vorübergehend?
  - Wie wirksam? Negative Wirkungen?
- **Erforderlich:**
  - Alternativen? Kosten/Nutzen? Eng begrenzt?

## Altersdiskriminierung vs. Markt: Art. 6 RL 2000/78

- „Ungeachtet (...) [stellen] Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung [dar], sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“

## Wie konsequent ist der EuGH? „Positive“ Altersdiskriminierung

- Wie wirksam ist wirksam?
- Wie erforderlich ist erforderlich?

## Gerichtshof

- „Angesichts des weiten Ermessensspielraums (...) **erscheint es nicht unvernünftig**, wenn (die Sozialpartner) der Auffassung sind, dass eine Maßnahme (wie die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei Erreichen des Renteneintrittsalters) **zur Erreichung der vorgenannten Ziele angemessen sein kann.**“





## Spezifische Diskriminierung

## Anweisung zur Diskriminierung = Diskriminierung

- Anweisung zur Diskriminierung **aufgrund von XX** wird mit Diskriminierung aufgrund von XX gleichgesetzt.
- Sowohl die die Anweisung erteilende Person als auch die der Anweisung nachkommende Person können beteiligt sein.

## Belästigung = Diskriminierung

- **Unerwünschte Verhaltensweisen** (non-verbal, verbal, physisch) - bezwecken oder bewirken, dass die **Würde** der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes **Umfeld** geschaffen wird.
- **Belästigung**: unerwünschte **Verhaltensweisen einer Person, die IM ZUSAMMENHANG mit XX stehen**
- **Sexuelle Belästigung**: unerwünschtes **Verhalten sexueller Natur**

## Belästigung = Diskriminierung

- Jede weniger günstige Behandlung aufgrund:
  - der Zurückweisung einer Belästigung durch die betreffende Person
  - der Duldung einer Belästigung durch die betreffende Person



# Rechtfertigungen: die Grundsätze

## Kontext

- Im Falle einer Klage wegen mutmaßlicher verbotener Diskriminierung kann der Beklagte:
  - das Vorliegen einer Vermutung bestreiten
  - die Vermutung durch einen objektiven Grund widerlegen
  - die Diskriminierung einräumen, aber versuchen, sie zu rechtfertigen

## Grundsätze

- Unmittelbare Diskriminierung kann nicht gerechtfertigt sein, sofern sie nicht ausdrücklich zulässig ist (geschlossenes System)
- Mittelbare Diskriminierung kann gerechtfertigt sein (offenes System)

## Unmittelbare Diskriminierung

- Grundsatz: keine Rechtfertigung möglich, sofern sie nicht gesetzlich gestattet ist
- Nach den Richtlinien aus dem Jahr 2000 sind gestattet:
  - **Alter**: rechtmäßiges Ziel mit Verhältnismäßigkeit, z. B. rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung
  - **Religion und Weltanschauung**: die Kirche und *Tendenzbetriebe*
  - Wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art der bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt**
  - RL Geschlechtergleichstellung: Ausnahme wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für MS optional

## Unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts: wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung

- Ziel muss rechtmäßig sein (d. h. nicht diskriminierend): *nicht der Diskriminierungsgrund per se aber daran anknüpfendes Merkmal* (Wolf C-229/08; Prigge C-447/09): ≠ Kirchen und Tendenzbetriebe vis-à-vis Religion
- **Objektiv** durch die Art/den Kontext der Beschäftigung vorgegeben und **nicht subjektiv**, beispielsweise durch Kundenwünsche (Micropole C-188/15)
- Anforderung muss angemessen sein – nicht über das erforderliche Maß hinausgehen
- Bleibt eine Ausnahme und muss nach Lage des Einzelfalls geprüft werden

## Mittelbare Diskriminierung

- Allgemeine Rechtfertigung:
  - Die neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren „*sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich*“

## Mittelbare Diskriminierung

- **Rechtmäßiges Ziel:** ein wirkliches Bedürfnis für das Unternehmen oder ein akzeptables politisches Ziel - insbesondere nicht diskriminierend: dem Wesen nach OK
- **Maßnahme ist wirksam** bezogen auf das Ziel
- **Maßnahme ist angemessen und erforderlich:** keine weniger diskriminierenden Alternativen zur Erreichung des Ziels
- Nach Lage des Einzelfalls – **keine Verallgemeinerungen und Stereotypen**
- **Kosten allein können keine Rechtfertigung sein:** Rechtsprechung in Geschlechterfragen

## Beispiele

- Betriebszugehörigkeit oder Erfahrung ☞ Alter
- Arbeiter/Angestellte ☞ Rasse, ethnische Herkunft
- Arbeitszeitorganisation ☞ Religion
- Kleiderordnung ☞ Religion
- Sprachkenntnisse ☞ Rasse, ethnische Herkunft
- Einstellungskriterien (Erfahrung, Berufsabschlüsse usw.) ☞ Rasse, ethnische Herkunft



## Fazit

## Fazit

- Toolbox mit relativ ausgereiften Konzepten
- Tragweite und Anwendung der Konzepte lassen viel Auslegungsspielraum auf MS-Ebene
- Ein kontinuierlicher Prozess
- Die Politik ist über die Nichtdiskriminierung hinausgegangen: Mainstreaming und positive Maßnahmen
- Recht mehr und mehr in 'Identity politics' involviert

## Kontaktinformationen

Prof. Dr. Marc De Vos

Universität Gent

[marc.devos@ugent.be](mailto:marc.devos@ugent.be)



@devosmarc