

# Lehren aus dem Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für die anderen Diskriminierungsgründe und umgekehrt

Prof. Dr. Christa Tobler, LL.M.

Europa-Institute der Universitäten Leiden (Niederlande) and  
Basel (Schweiz)

**Aktuelle Überlegungen zum EU-Gleichstellungs- und  
Antidiskriminierungsrecht**

Seminar für Hochschullehrer und Dozenten der Rechtswissenschaften

ERA, Trier, 20. September 2011

# Hintergrund und Kontext (1)

## **EU-Recht: zum Teil ein „case law“-System**

- Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat hinsichtlich der maßgeblichen Auslegung des EU-Rechts eine Monopolstellung. Sein wichtigstes (wenngleich nicht einziges) Instrument ist die Vorabentscheidung.
- Fragestellung Nr. 1:  
Da das Gleichstellungsrecht viel älter ist als die anderen Rechtsbereiche, hatte der EuGH in diesem Bereich im Laufe der Jahre über zahlreiche Fragen zu entscheiden. Dies führt zu der Frage, wie relevant diese Rechtsprechung für die jüngere Gesetzgebung zu anderen Diskriminierungsarten ist.
- Fragestellung Nr. 2:  
In Bereichen außerhalb der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts können neue Problemstellungen entstehen. Dies führt zu der Frage, wie relevant diese Rechtsprechung für die Gesetzgebung zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist.

# Hintergrund und Kontext (2)

## Verschiedene „Geschwindigkeiten“ im Bereich der Diskriminierung

- Diskriminierung aufgrund des Geschlechts - der älteste soziale Diskriminierungsgrund:
  - Vertragsrecht:  
Von Anbeginn an gab es eine materiell-rechtliche Bestimmung auf Vertragsebene, nämlich Art. 119 EWG-Vertrag (bzw. nach Amsterdam Art. 141 EG-Vertrag mit weitergehendem Inhalt; nach Lissabon: Art. 157 AEUV).
  - Sekundärrecht:  
Seit 1975, mit verschiedenen Abänderungen und Ergänzungen – *siehe nächste Folie*.
- Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der sexuellen Ausrichtung, der Religion oder Weltanschauung, wegen Behinderung oder Alters:
  - Keine materiell-rechtlichen Regelungen in den Verträgen.
  - Nur Sekundärrecht:
    - Rassenrichtlinie 2000/43.
    - Beschäftigungsrichtlinie 2000/78 [eine neue Richtlinie wird z.Z. diskutiert].

# Hintergrund und Kontext (3)

## **Geltendes Sekundärrecht zur Diskriminierung wegen des Geschlechts**

- Richtlinie 79/7: Gesetzliche Sozialversicherung
- Neufassungsrichtlinie (2006/54, Teil des Ansatzes zur besseren Rechtsetzung); ersetzt vier ältere Richtlinien:
  - Richtlinie 75/117: Lohngleichheit
  - Richtlinie 76/207, geänderte Fassung: Beschäftigung
  - Richtlinie 86/378, geänderte Fassung: Betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit
  - Richtlinie 97/80: Beweislast
- Richtlinie 2004/113/EG: Güter und Dienstleistungen
- Richtlinie 2010/41: selbständige Erwerbstätigkeit (ersetzt eine frühere Richtlinie).
- Plus: eine Reihe weiterer, verwandter Richtlinien (z.B. Mutterschaft und Beschäftigung, Elternurlaub, Teilzeitbeschäftigung).

# Hintergrund und Kontext (4)

## Bestehende Rechtsprechung des EuGH

- Zum Vergleich dazu 2003 (Zeitpunkt meines Vortrags zu einem ähnlichen Thema): keine Rechtsprechung zu Themen außerhalb des Bereichs der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.
- Seither zahlreiche Urteile zu den meisten anderen Diskriminierungsgründen:
  - Zahlreiche Urteile zur Gleichstellung der Geschlechter, beginnend mit *Defrenne I* (1971), immer noch zunehmend.
  - Immer mehr Rechtssachen zur Diskriminierung aufgrund des Alters, beginnend mit *Mangold* (2005).
  - Zwei Urteile zur Behinderung: *Chacón Navas* (2006), *Coleman* (2008).
  - Zwei Urteile zur sexuellen Ausrichtung: *Maruko* (2008) *Römer* (2011).
  - Ein Urteil zur rassistischen bzw. ethnischen Herkunft: *Feryn* (2008).
  - [Keine Urteile zur Religion oder Weltanschauung nach der Richtlinie 2000/78 – im Unterschied zu EU-Bediensteten: *Prais* (1976)].

# Noch einmal: die Fragestellung

## Gleiche Elemente – gleiche Auslegung?

- Den verschiedenen Gesetzestexten liegen einige gemeinsame Merkmale zugrunde (z.B. beim Anwendungsbereich wie z.B. „Arbeitsentgelt“, den verbotenen Diskriminierungsarten, den Beweislastregelungen).
- Lässt sich die Rechtsprechung auf andere Bereiche übertragen?
  - In gewissem Maße ja, besonders hinsichtlich der allgemeinen Rechtskonzepte.
  - Aber Achtung:
    - In gewissen Punkten unterscheiden sich die Gesetzestexte (z.B. Anwendungsbereich, Ausnahmeregelungen).
    - Angesichts der Entwicklungen im Bereich des Gleichbehandlungsrechts spiegeln einige „alte“ Urteile selbst in diesem Bereich eine überholte Rechtslage wider.
    - Jeder Diskriminierungsgrund hat seine Besonderheiten! Daher sind besondere Merkmale zu berücksichtigen.
- Nachfolgend: eine Auswahl interessanter Beispiele.

# Veranschaulichende Beispiele

## Ausgangspunkt: klassische Analyse von Diskriminierungsfällen

- Elemente der klassischen Analyse:
  - Anwendungsbereich:  
Was wird durch den Gesetzestext abgedeckt? Oder anders ausgedrückt:  
Welcher EU-Text ist gegebenenfalls auf die Rechtssache anwendbar?
  - Rechte:  
Welche Rechte gewähren diese Gesetzestexte den Menschen? Und vor allem:  
Was bedeutet „Diskriminierung aufgrund ...“ (z.B. der Religion)?
  - Ausnahmen:  
Welche Grenzen sehen die Gesetzestexte für diese Rechte vor?
  - Durchsetzung:  
Welchen EU-Regelungen (sowohl nach spezifischem Diskriminierungsrecht  
als auch nach allgemeinem EU-Recht) gehorcht die Durchsetzung sowohl  
in verfahrensrechtlicher Hinsicht als auch in Bezug auf die materiell-  
rechtlichen Rechtsmittel?
- Beispiele folgen dieser Reihenfolge.

# Beispiele: Anwendungsbereich (1)

## Am einfachsten: parallele Auslegung im Anwendungsbereich

- Ausgangspunkt:  
Die Richtlinien sehen unterschiedliche Anwendungsbereiche vor, verwenden aber dieselben Konzepte/Begriffe.
- Grundsatz:  
Parallele Auslegung derselben Konzepte, manchmal sogar unter ausdrücklicher Bezugnahme; Anwendbarkeit der allgemeinen Grundsätze der weiten bzw. engen Auslegung.
- Beispiel: *Maruko* (2008) zum „Arbeitsentgelt“.
  - Sachverhalt: Dem überlebenden Partner aus einer eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnerschaft in Deutschland wird die Hinterbliebenenrente verweigert, weil er nicht verheiratet ist.
  - Einschlägiges EU-Recht ist die Richtlinie 2000/78.
  - Rechtsfrage: Richtlinie deckt das Arbeitsentgelt ab, Sozialversicherungsleistungen aber ausdrücklich nicht (Art. 3 und Erwägungsgrund 13 in der Präambel). Ist die in Frage stehende Rente Arbeitsentgelt oder eine Sozialversicherungsleistung?



# Beispiele: Anwendungsbereich (2)

## Parallele Auslegung: *Maruko* (Fortsetzung)

- Richtlinie:  
Gemäß Erwägungsgrund 13 findet die Richtlinie „weder Anwendung auf die Sozialversicherungs- und Sozialschutzsysteme, deren Leistungen nicht einem Arbeitsentgelt in dem Sinne gleichgestellt werden, der diesem Begriff für die Anwendung des Artikels 141 des EG-Vertrags gegeben wurde“.
- Hintergrund:  
Das Urteil in der Rechtssache *Barber* aus dem Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, demzufolge Betriebsrenten Arbeitsentgelt sind.
- EuGH in *Maruko* (und später auch in *Römer*):  
Die in Frage stehende Rente ist Arbeitsentgelt im Sinne von Artikel 141 EGV und damit auch im Sinne von Art. 3 der Richtlinie 2000/78.
- Folge:  
Die Richtlinie ist einschlägig. Der Fall hat das „Nadelöhr“ des Anwendungsbereichs durchschritten und befasst sich im Weiteren mit der Frage, ob Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung vorliegt.

# Beispiele: Anwendungsbereich (3)

## Verbindungen auch zum Wirtschaftsrecht

- Das Beispiel „Güter und Dienstleistungen“:  
Teilweise ausdrücklicher Bezug auf einschlägige andere Rechtsbereiche (hier: EU-Wirtschaftsrecht).
  - Die Richtlinien 2000/43 und 2004/113 betreffen (erstere u.a.) den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.
  - Richtlinie 2004/113:
    - Erwägungsgrund 11 in der Präambel: „Unter Gütern sollten Güter im Sinne der den freien Warenverkehr betreffenden Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verstanden werden. Unter Dienstleistungen sollten Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 dieses Vertrags verstanden werden.“ Die einschlägigen Bestimmungen sind Bestandteil des Binnenmarktrechts der EU (Wirtschaftsrecht).
    - In der Rechtsprechung bisher kein Thema (z.B. *Test-Achats* (2011)).
  - Richtlinie 2000/43:  
... enthält keine Entsprechung – es wäre logisch, dass das Gericht in einem einschlägigen Fall denselben Ansatz vertreten würde. (In *Feryn* (2008) ging es nicht um Güter und Dienstleistungen.)

# Beispiele: Rechte (1)

## Rechtsverbindliche Begriffsbestimmung der verschiedenen Formen von Diskriminierung

- Die jüngste Generation von Rechtsakten:
  - Erwähnt vier Formen der Diskriminierung und bietet rechtsverbindliche Begriffsbestimmungen für drei von ihnen (unmittelbare Diskriminierung, mittelbare Diskriminierung, Belästigung; keine Definition der Anweisung zur Diskriminierung).
  - In den verschiedenen Richtlinien gelten im wesentlichen dieselben Begriffsbestimmungen.
  - Zu beachten: Die mittelbare Diskriminierung ist nicht genau gleich definiert wie in älteren Entscheiden zur Gleichstellung der Geschlechter (*Bilka* (1986))!
- Richtlinie 79/7 (soziale Sicherheit):
  - Enthält keine rechtsverbindlichen Begriffsbestimmungen zur unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung (und keine Erwähnung der Belästigung).
  - Dennoch wäre es logisch, wenn das Gericht künftigen Rechtssachen die neuen Begriffsbestimmungen zugrunde legen würde (analoge Anwendung zwecks größerer Einheitlichkeit; in der Rechtssache *Jonkman* (2007) stellten diese Fragen sich nicht).

# Beispiele: Rechte (2)

## Abgrenzung unmittelbare - mittelbare Diskriminierung

- Ältere Rechtssachen aus dem Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts:
  - Z.B. *Schnorbus* (2000): Es „können nur solche Vorschriften, die nicht gleichermaßen für Frauen und Männer gelten, als eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betrachtet werden“.
  - Sonderfall Schwangerschaft: bezieht sich *per definitionem* auf Frauen; Verwendung dieses Kriteriums impliziert unmittelbare Diskriminierung; *Dekker* (1990).
- Jüngere Rechtssachen lassen einen neuen Ansatz erkennen (siehe *Schaubilder*):
  - Geschlecht: *Nikoloudi* (2005); sexuelle Ausrichtung: *Maruko* (2008).
  - Danach liegt eine unmittelbare Diskriminierung vor, wenn die Gruppe der Benachteiligten *per definitionem* nur aus einer Sorte Personen besteht (z.B.: Frauen, Homosexuelle), selbst wenn das betreffende Kriterium an sich auf den ersten Blick neutral erscheint.
- Dürfte auch in anderen Zusammenhängen anwendbar sein.

# Beispiele: Rechte (3)

## „Aufgrund ... ” – schwierigere Fragen

- Die Bedeutung der verschiedenen Gründe ist offensichtlich unterschiedlich; einige erstaunliche Rechtssachen werfen allgemeinere Fragen auf.
- Z.B.: Rechtssachen zur Geschlechtsumwandlung *P. v S.* (1996), *KB* (2004), *Richards* (2006):
  - „aufgrund des Geschlechts“ impliziert „aufgrund einer Geschlechtsumwandlung“; der Vergleich hat zwischen der Person nach der Geschlechtsumwandlung und einer Person desselben Geschlechts stattzufinden.
  - Ist dieser Ansatz der Vergleichsgruppe auf andere Gründe übertragbar? Schwer vorstellbar ...
- Z.B.: *Coleman* (2008):
  - „aufgrund einer Behinderung“ impliziert eine Behinderung nicht nur der fraglichen Arbeitnehmerin selbst, sondern auch ihres Sohnes, den sie pflegt (Diskriminierung durch Assoziierung).
  - Und wieder: Ist der Ansatz auf andere Bereiche übertragbar? Ich meine ja.

# Beispiele: Ausnahmen (1)

## Welche Ausnahmen sind zulässig?

- Teils dieselben, teils andere Gründe (siehe *Schaubild*).
- *Test-Achats* (2011) wirft die Frage auf, welche Ausnahmen angesichts der Anforderungen des EU-Verfassungsrechts annehmbar sind:
  - Gesetzlicher Kontext, Sachverhalt, Fragen und Urteil sind bereits aus dem Vortrag von Eugenia Caracciolo di Torella bekannt.
  - Manche akademische Kommentatoren glauben, dass durch dieses Urteil alle möglichen Ausnahmen in allen möglichen Zusammenhängen in Frage stehen ...
  - Diese Rechtssache wirft außerdem die Frage der Bedeutung für die Diskriminierung aufgrund des Alters vor dem Hintergrund des in der Diskussion befindlichen Richtlinienentwurfs auf.
    - Argument der Versicherungsindustrie: Die entsprechende Bestimmung in der neuen Richtlinie kann so formuliert werden, dass *Test-Achats* keine Folgen im Bereich der Diskriminierung wegen Alters hat ...
    - Aber: Was geschieht, wenn das Gericht selbst zur Frage der Vergleichbarkeit entscheidet, wie in der Luftverkehrssache *Sturgeon* (2009) mit erstaunlichem Ergebnis geschehen?

# Beispiele: Ausnahmen (2)

## Gleiche oder andere Auslegung? .....

- Sonderthema im Rahmen der Richtlinie 2000/78, *Age Concern England* (2009):
  - Betrifft Altersdiskriminierung, insbesondere die Frage, ob einzelstaatliche Regelungen zur Rentenaltersgrenze, die die Entlassung zwecks Pensionierung eines 65-jährigen oder älteren Arbeitnehmers zulassen, nach der Richtlinie 2000/78 zulässig sind.
  - Gibt es einen Unterschied zwischen objektiver Rechtfertigung für direkte Altersdiskriminierung und für mittelbare Diskriminierung (Art. 6 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 Buchst. b)? Gemäß dem *Age Concern England* ist das Kriterium im erstgenannten Artikel strenger, denn er enthält das Wort „angemessen“.
  - Anders der EuGH: Die Funktion der beiden Bestimmungen ist zwar unterschiedlich. Aber: obwohl sie sich im Wortlaut unterscheiden, muss die objektive Rechtfertigung in beiden Fällen angemessen sein.
- Befund:  
Es geht um die Idee, nicht unbedingt um den Wortlaut ...

# Beispiele: Positive Maßnahmen

## Ausnahme oder keine Ausnahme?

- Entwicklung der Gleichstellungsrechtsprechung:
  - Die erste Rechtssache *Kalanke* (1995):  
Art. 2 Abs. 4 der (alten) Richtlinie 76/207 stellt eine Ausnahme dar und ist infolgedessen eng auszulegen.
  - Anders *Lommers* (2002):  
Es geht immer noch um Ausnahmen, aber nicht mehr um enge Auslegung. Stattdessen wird die Verhältnismäßigkeit stärker betont.
- Entwicklung im Bereich der Rechtsetzung:  
Weitere Fassung von Art. 157 Abs. 4 AEUV, sollte sich auf die Auslegung auswirken (z.B. *Norwegische Quoten* (2003); allerdings hatte der EFTA-Gerichtshof den Grundsatz der Homogenität zwischen EWR-Recht und EU-Recht zu beachten).
- M.E. sollte die ältere Rechtsprechung nicht unbesehen auf andere Diskriminierungsarten übertragen werden.



# Beispiele: Durchsetzung (1)

## Ein umfassender Ansatz

- Rechtsdurchsetzung als wichtiges Anliegen der jüngsten Richtliniengeneration:
  - Die in den Richtlinien enthaltenen speziellen Durchsetzungsregelungen sind im wesentlichen eine Kodifizierung der EuGH-Rechtsprechung im Bereich des Geschlechtergleichstellungsrechts, insbesondere zu Art. 6 der alten Richtlinie 76/207.
  - Die speziellen Regelungen müssen vor dem Hintergrund der geltenden allgemeinen Elemente des EU-Rechts gesehen werden (z.B. unmittelbare Wirkung, Staatshaftung).
- Zwei Beispiele:
  - *Feryn* (2008) betr. die Kodifizierung der Beweislastregeln.
  - *Jonkman* (2007) betr. allgemeinere Belange des Rechtsschutzes, insbesondere das Recht auf ein wirksames Rechtsmittel.

# Beispiele: Durchsetzung (2)

## *Feryn (2008)*

- Arbeitgeber erklärt öffentlich, dass er keine Ausländer (in diesem Fall Marokkaner) einstellt; Rechtsfragen zur Beweislast.
- EuGH zu Art. 8 der Richtlinie 2000/43:
  - „Öffentliche Äußerungen, durch die ein Arbeitgeber kundtut, dass er im Rahmen seiner Einstellungspolitik keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde, reichen aus, um eine Vermutung im Sinne des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 für das Vorliegen einer unmittelbar diskriminierenden Einstellungspolitik zu begründen.“
  - „Es obliegt dann diesem Arbeitgeber, zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat. Er kann dies dadurch tun, dass er nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspricht. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die gerügten Tatsachen glaubhaft sind, und zu beurteilen, ob die Beweise zur Stützung des Vorbringens des Arbeitgebers, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt habe, ausreichend sind.“
- Auf ältere Rechtsprechung zur Gleichstellung der Geschlechter braucht hier nicht zurückgegriffen zu werden.

# Beispiele: Durchsetzung (3)

## *Jonkman (2007)*

- Fortsetzung der Rechtssache *Defrenne* aus den 1970er Jahren.
- Es geht um das belgische Rentensystem für Stewardessen, das dem EuGH zufolge die Diskriminierung fortsetzt, statt sie abzustellen.
- Wichtige Aussagen des EuGH:
  - Grundsatz der ernsthaften Zusammenarbeit:  
Nach dem Grundsatz der in Art. 10 EGV (nach Lissabon: Art. 4 Abs. 3 EUV) verfassten Zusammenarbeit in gutem Glauben obliegt es den Mitgliedsstaaten, den rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das EU-Recht die Gültigkeit zu entziehen.
  - Anpassung der Gesetze:  
Infolge eines EuGH-Urteils, das aufzeigt, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften nicht mit dem EU-Recht vereinbar sind, obliegt es den Behörden des betreffenden Mitgliedsstaats, allgemeine oder besondere Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind zu gewährleisten, dass der Staat das EU-Recht einhält.
  - (Anmerkung: eine Angleichung nach unten ist möglich!)

# Beispiele: Durchsetzung (4)

## ***Jonkman* Fortsetzung**

- (Wichtige Aussagen - Fortsetzung)
  - Angleichung nach oben:  
Solange keine Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gleichstellung eingeführt sind, kann die Einhaltung des Gleichstellungsgrundsatzes nur gewährleistet werden, indem Personen aus der benachteiligten Kategorie dieselben Vorteile gewährt werden wie Personen aus der begünstigten Kategorie. Das einzelstaatliche Gericht muss jede diskriminierende Bestimmung im einzelstaatlichen Recht aufheben, ohne die vorherige Außerkraftsetzung durch den Gesetzgeber abwarten zu müssen, und Mitglieder der benachteiligten Gruppe in den Genuss derselben Regelungen bringen, wie die Mitglieder der anderen Gruppe sie genießen.
  - Schadenersatz:  
Der Mitgliedsstaat muss Einzelpersonen durch Übertretung des EU-Rechts entstandene Verluste und Schäden ersetzen.
- Alle diese Vorgaben sind allgemeingültig, gelten also auch für andere Arten von Diskriminierung.

# Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

## ... Fragen und Diskussion

### Information zu den *Schaubildern*:

- Die in diesem Vortrag erwähnten *Schaubilder* entstammen: Christa Tobler/Jacques Beglinger, *Essential EU Law in Charts*, 2<sup>nd</sup> Lisbon edition, Budapest: HVG-Orac 2010. (Diese Publikation ist Teil des Projekts *EU Law in Charts*. Weitere Informationen unter [www.eur-charts.eu](http://www.eur-charts.eu)).
- Auf der erwähnten Website (genauer: unter [http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2011/08/EUR-Charts\\_Test-Achats\\_V13\\_2011.pdf](http://www.eur-charts.eu/wp-content/uploads/2011/08/EUR-Charts_Test-Achats_V13_2011.pdf)) ist eine Reihe von Schaubildern zur Rechtssache *Test-Achats* zum kostenlosen Herunterladen verfügbar.