

DEFINITIONEN DER SCHLÜSSELBEGRIFFE

Paul Epstein Q.C.
pje@cloisters.com

Unmittelbare Diskriminierung

Definition

1. 2006/54/EG, Art. 2: „eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“
2. Ihre Bedeutung ergibt sich auch aus Gerichtsverfahren über die Bedeutung der Definition für „unmittelbare Diskriminierung“ in anderen Richtlinien zur Diskriminierung, z. B. in 2000/43/EG und 2000/78/EG.

Weniger günstige Behandlung / Nachteil

3. Wenn eine Person eine weniger günstige Behandlung erfährt, ist das normalerweise mit einem Nachteil für sie verbunden.
4. Ob ein Nachteil entstanden ist, wird von den nationalen Gerichten entschieden.
5. Jedoch ist es nicht notwendig, dass der Nachteil schwer wiegt – in *Chez Razpredelenie Bulgaria Ad gegen Komisia Za Zashtita Ot Diskriminatsia*, Rechtsache C-83/14 („CHEZ RB“) wurde die bulgarische Gesetzgebung, derzufolge eine ungünstige Behandlung unmittelbar oder mittelbar „Rechte oder Interessen“ schädigen muss, für unvereinbar mit der Richtlinie 2000/43/EG erklärt.

6. In Großbritannien haben die Gerichte entschieden, dass es ausreicht, wenn eine vernünftige Person in der Situation des Klägers die Behandlung für nachteilig hält.

„Aufgrund des Geschlechts“

7. Die Mehrheit der verschiedenen Sprachfassungen verwenden diese Formulierung statt „aufgrund seines Geschlechts“.
8. Aber welche besondere Formulierung auch in den einzelnen Sprachfassungen verwendet wird, so ist es aus Urteilen des EuGH, wie etwa dem oben erwähnten *CHEZ RB*, klar, dass die Richtlinie 2006/54/EG nicht erfordert, dass die Behandlung aufgrund des Geschlechts des Klägers erfolgt. Die Behandlung des Klägers kann aufgrund des Geschlechts einer anderen Person erfolgen. Das heißt, dass eine assoziative unmittelbare Diskriminierung, wie in *Coleman gegen Attridge Law*, *Rechtsache C-303/06*, untersagt ist.
9. „Geschlecht“ schließt die Geschlechtsumwandlung ein – Siehe die Präambel Abs. 3 zur Richtlinie 2006/54/EG. *„Der Gerichtshof hat festgestellt, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund des natürlichen Geschlechts einer Person beschränkt werden kann. Angesichts seiner Zielsetzung und der Art der Rechte, die damit geschützt werden sollen, gilt er auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsumwandlung.“*
10. Gleiches Entgelt – die Richtlinie untersagt auch die Geschlechterdiskriminierung in Bezug auf das Entgelt. Abs. 8 der Präambel sieht vor: *„Der Grundsatz des gleichen Entgelts für gleiche oder gleichwertige Arbeit, gemäß Artikel 141 des Vertrags, der vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung bestätigt wurde, ist ein wichtiger Aspekt des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und ein wesentlicher und unverzichtbarer Bestandteil sowohl des gemeinschaftlichen Besitzstands als auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Bereich der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Daber sollten weitere Bestimmungen zu seiner Verwirklichung festgelegt werden.“*

11. Schwangerschaft – Die Richtlinie 2006/54/EG erfasst auch die Schwangerschaft. Abs. 23 der Präambel sieht vor: „Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich klar, dass die Schlechterstellung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Eine solche Behandlung sollte daher von der vorliegenden Richtlinie ausdrücklich erfasst werden.“

Vergleichsperson

12. Dieser Begriff beinhaltet, wie der Kläger im Vergleich zu einer Vergleichsperson „behandelt wird, behandelt wurde oder behandelt würde“.
13. Gegenwärtige Vergleichsperson – Die Vergleichsperson kann eine Person sein, die gegenwärtig auf eine bestimmte Art und Weise behandelt wird. Die Umstände dieser hypothetischen Vergleichsperson und des Klägers müssen in jeglicher wesentlicher Hinsicht gleich sein, außer in Bezug auf die geschützte Verhaltensweise.
14. Wenn zum Beispiel eine Polizistin sich wegen unmittelbarer Geschlechtsdiskriminierung beschwert, weil sie nicht befördert wurde, und sich mit einem Polizisten vergleicht, der befördert wurde, dann kann das Gericht erwarten, dass erhebliche Übereinstimmungen in Bezug auf beider Qualifikation, Erfahrung und Fähigkeiten bestehen. Natürlich kann es sein, dass der Betreffende keine geeignete Vergleichsperson ist.
15. Vergangene Vergleichsperson – Die Vergleichsperson kann eine Person sein, die in der Vergangenheit auf eine bestimmte Art und Weise behandelt wurde: *Macarthy's Ltd gegen Smith, Rechtssache 129/79*. Der EuGH befand, dass eine Beschwerdeführerin eine Beschwerde hinsichtlich gleichen Entgelts einreichen kann, wenn sie weniger Geld erhält als ein Mann, der die gleiche Arbeit macht und vor ihr eingestellt wurde.
16. Hypothetische Vergleichsperson – Oder die Vergleichsperson ist eine hypothetische Vergleichsperson („behandelt würde“). Die Parteien verwirren einander – und das Gericht – häufig, wenn der Kläger sich auf eine

hypothetische Vergleichsperson stützt. In diesen Fällen kann die wirksamste Frage einfach die nach dem Grund sein, aus dem der Kläger auf eine bestimmte Art und Weise behandelt wurde.

17. Vergleichsperson in Bezug auf Mutterschaft/Schwangerschaft – ein Vergleich zwischen einer schwangeren Frau und einem kranken Mann ist nicht zulässig. Der grundsätzliche Ansatz bei unmittelbarer Diskriminierung ist die ähnliche Behandlung ähnlicher Fälle und die unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Fälle. Schwangerschaft ist eine Situation, zu der es keinen Vergleich gibt.
18. In *Webb (Kläger) gegen EMO Air Cargo (UK) Ltd (Beklagte)*, *Rechtssache Nr. C-32/93* befand der EuGH, dass die Entlassung einer Frau aufgrund von Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt. Da Schwangerschaft auf keine Weise mit einem Krankheitszustand vergleichbar ist und noch weniger mit Arbeitsausfall aus nicht-medizinischen Gründen, ist es unzweifelhaft, dass eine Frau, die sich aufgrund von Schwangerschaft nicht in der Lage sieht, eine Aufgabe zu erfüllen, für die sie eingestellt wurde, nicht mit einem Mann vergleichbar ist, der aus medizinischen oder anderen Gründen ähnlich arbeitsunfähig ist.

Kausalzusammenhang

19. Das Geschlecht muss nicht der alleinige oder überwiegende Grund für den Nachteil sein. Es ist nicht notwendig, dass es ein Teil der Behandlung ist.

Grund usw. für die Behandlung

20. Aber welcher Kausalzusammenhang ist erforderlich?
21. Die Formulierung der Definition („aufgrund von“) macht klar, dass die Begründung eine sachliche Frage ist. Was war, wenn man es sachlich betrachtet, der Grund für die Behandlung?

22. In *CHEZ RB* sagt das EuGH, dass das nationale Gericht hinsichtlich unmittelbarer Diskriminierung die Frage zu beantworten hatte, ob die „Maßnahme wie die streitige Praxis eine unmittelbare Diskriminierung im Sinne dieser Bestimmung darstellt, wenn sich erweist, dass diese Maßnahme aus Gründen eingeführt und/oder beibehalten wurde, die mit der ethnischen Herkunft des überwiegenden Teils der Bewohner des betroffenen Stadtteils zusammenhängen.“
23. Der „Grund“ für die Behandlung unterscheidet sich vom Motiv oder von der Absicht der Handlung. Eine Person kann sogar aus der besten Absicht heraus diskriminieren.
24. Bei der Suche nach dem Grund bedarf es der Überprüfung der (bewussten oder unbewussten) Motivation des vorgeblichen Diskriminierers. War das verbotene Motiv für ihn ausschlaggebend? Eine Möglichkeit, das Problem zu untersuchen, ist sich die Frage zu stellen, ob der vorgebliche Diskriminierer ohne den verbotenen Grund genauso gehandelt hätte. Diese Analyse kann für das Gericht schwierig sein.
25. Ein inhärent diskriminierendes Motiv – Wenn der Grund für die Behandlung in der Handlung selbst inhärent ist, muss das Gericht die Denkweise des vorgeblichen Diskriminierers nicht analysieren. Dieses Verfahren beinhaltet keine Analyse des „ohne den [geschützten Grund]“ („*but for*“). Stattdessen kann die Behandlung automatisch eine unmittelbare Diskriminierung darstellen.
26. Ein Beispiel ist die Diskriminierung einer Frau aufgrund ihrer Schwangerschaft (*Webb*)
27. Oberflächlich kann es zu Komplikationen kommen, wenn die angebliche Behandlung nicht ausdrücklich diskriminierend ist. Aber wenn sie notwendigerweise diskriminierend ist, gibt keinen Grund, die Motivation des vorgeblichen Diskriminierers zu untersuchen.
28. Dafür gibt es verschiedene Beispiele im Fallrecht des EuGH:

- i. Vorschriften in Verbindung mit dem Recht auf eine Altersrente, die sich *nur* zugunsten oder zuungunsten von Personen eines bestimmten Alters auswirken, bedeuten eine unmittelbare Altersdiskriminierung (*Ingeniørforeningerne i Danmark* C-499/08, Abs. 23 und 24)
 - ii. Unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts besteht, wenn eine für Ehepaare erbrachte Leistung einem gleichgeschlechtlichen Ehepaar verweigert wird, das eine eheähnliche eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen ist und keinen Zugang zur Institution der Ehe hat (*Maruko* C-267/06, Abs. 72, und *Römer* C-147/08, Abs. 52).
29. Stereotypisierung – Selbst wenn Stereotypisierung einige Mitglieder einer Gruppe genau beschreibt, die eine bestimmte Eigenschaft miteinander teilen (z. B. Rasse bzw. Nationalität), bedeutet die ungünstige Behandlung unmittelbare Diskriminierung, wenn der Beklagte gegenüber einem bestimmten Kläger einen Stereotyp anwendet, statt dessen besondere Eigenschaften zu berücksichtigen.

Person

30. „Person“ steht für eine natürliche Person.
31. Die Definition kann auch eine juristische Person einschließen. Im Kontext der Richtlinie 2000/43/EG sieht die Präambel Abs. 16 vor: *„Es ist wichtig, alle natürlichen Personen gegen Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu schützen. Die Mitgliedstaaten sollten auch, soweit es angemessen ist und im Einklang mit ihren nationalen Gepflogenheiten und Verfahren steht, den Schutz juristischer Personen vorsehen, wenn diese aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft ihrer Mitglieder Diskriminierungen erleiden.“*

32. Siehe auch das Gutachten von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache *CHEZ RB*, einer Rassismusklage, worin er sich auf diesen Absatz in der Präambel bezieht und fortfährt (Abs. 65): „Sogar juristische Personen können gegebenenfalls in den Genuss des Diskriminierungsschutzes kommen.“

Rechtfertigung

33. Die grundlegende Position besteht darin, dass es für unmittelbare Diskriminierung keine Rechtfertigung gibt (*Dekker (Kläger) gegen Stichting Vormingscentrum Voor Jonge Volwassen (VJV-Centrum) Plus (Beklagte) Rechtssache C-177/88*, Abs. 24 und 25).
34. Jedoch ist unter sehr begrenzten Umständen eine echte Verteidigung wegen beruflicher Anforderungen möglich (das gilt sowohl für unmittelbare als auch für mittelbare Diskriminierung).
35. Die Definition befindet sich in Art. 14 Absatz 2: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, 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.“

Mittelbare Diskriminierung

Definition

36. 2006/54/EG, Art. 2: „mittelbare Diskriminierung“ eine Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts 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“

37. Wo unmittelbare Diskriminierung die formale Gleichheit im Auge hat, geht es bei mittelbarer Diskriminierung um gleichartige Ergebnisse.

Vorschriften, Kriterien oder Verfahren

38. Diese drei Begriffe sind Alternativen und nicht kumulativ. Wenn einer davon zutrifft, bestehen „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“. „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ umfassen Arbeitsvorschriften und Bestimmungen in Tarifverträgen.
39. Eine Behandlung kann auch dann im Sinne von „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ ausgelegt werden, wenn keine Anforderung bzw. kein Zustand vorliegt.
40. Obwohl es bei mittelbarer Diskriminierung um Gruppennachteile geht, können hier grundsätzlich „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ vorliegen, selbst wenn die Behandlung nur einer Person gilt.
41. Wenn der Kläger eine betreffende Vorschrift, ein betreffendes Verfahren oder ein betreffendes Kriterium aufzeigen kann, spielt es keine Rolle, wenn der Beklagte eine andere Vorschrift, ein anderes Verfahren oder ein anderes Kriterium aufzeigen kann, das keine mittelbare Diskriminierung beinhaltet.

Offensichtlich neutral

42. Das Entscheidende an einer Klage wegen mittelbarer Diskriminierung ist, dass Vorschrift, Kriterium oder Verfahren augenscheinlich neutral sind. Mit anderen Worten diskriminieren sie nicht unmittelbar.

43. Als Beispiel können Kriterien bei der Polizeieinstellung bezüglich Größe oder Kraft, die Vorschrift, dass Mitarbeiter in rotierenden Schichten arbeiten oder das Verfahren, dass bei einer bestimmten Dienstzeit sich das Entgelt erhöht.

Auswahl der Gruppe

44. Bei der mittelbaren Diskriminierung geht es darum, ob die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einer Person oder Gruppe zum Nachteil gereichen. Für die Analyse ist es entscheidend, die Gruppe angemessen auszuwählen. Die Auswahl ist Sache des nationalen Gerichts. Die britischen Gerichte gehen davon aus, dass es normalerweise nur eine richtige Gruppenauswahl gibt und dass diese Auswahl eine Frage der Logik ist.
45. Zum Beispiel kann das nationale Gericht in der Rechtssache *CHEZ RB* eine mögliche Gruppe auswählen, die den gesamten zu berücksichtigenden bulgarischen Bezirk umfasst. Aber diese Gruppe ist unangemessen. Wenn nur dieser Bezirk analysiert wird, gelten 100 % der Roma und 100 % der Nicht-Roma als benachteiligt. Wenn jedoch alle anderen Bezirke berücksichtigt werden, für die *CHEZ RB* gilt, lauten die Zahlen hinsichtlich des erlittenen Nachteils sehr wahrscheinlich ganz anders - insgesamt kann in Bulgarien ein erheblicher Teil der Roma benachteiligt sein, verglichen mit einem viel kleineren Anteil von Nicht-Roma.

Besonderer Nachteil

46. Nachteil heißt das gleiche wie „unmittelbare Diskriminierung“.
47. Statistische Daten sind nicht erforderlich. Für diejenigen, auf die bestimmte Vorschriften, Kriterien und Verfahren angewandt werden, gilt als Maßstab der „besondere Nachteil“.
48. In der Rechtssache *Seymour-Smith C-167/97*, in der es darum geht, ob die Voraussetzung einer zweijährigen Beschäftigungszeit für bestimmte gesetzliche Rechte in Großbritannien Geschlechterdiskriminierung darstellt, erklärt das Gericht in Abs. 60, dass entscheidend sei, „*ob sich aus den verfügbaren*

statistischen Daten ergibt, dass ein erheblich niedrigerer Prozentsatz weiblicher als männlicher Arbeitnehmer die nach der streitigen Vorschrift erforderliche Voraussetzung der zweijährigen Beschäftigung erfüllen kann“. Dieser Maßstab, der auf statistischen Daten beruht, erschwert Klägern eine erfolgreiche Klage als der derzeitige Maßstab.

49. Der Kläger muss auch einen Nachteil erleiden, obwohl die Definition das nicht ausdrücklich sagt.
50. In der Rechtssache *CHEZ RB* befand das EuGH, dass assoziative mittelbare Diskriminierung unter den Geltungsbereich des Gesetzes fällt.
51. Erfordert jedoch die Definition der „mittelbaren Diskriminierung“, dass es einen Kausalzusammenhang zwischen dem erlittenen Nachteil und der der Gruppe gemeinsamen Eigenschaft gibt?
52. Hier ein hypothetisches Beispiel: Nehmen wir an, dass britische Beamtinnen in für die Beförderung erforderlichen schriftlichen Examen erheblich schlechter abschneiden als ihre männlichen Kollegen (eine Durchfallquote von 60 %, verglichen mit 30 %). Nehmen wir weiter an, dass eine enttäuschte Beamtin, die ihr Beförderungsexamen nicht bestanden hat, eine Klage wegen mittelbarer Diskriminierung einbringt. Laut „Vorschrift, Kriterium oder Verfahren“ ist das Bestehen des Examins die Voraussetzung für die Beförderung. Ist es notwendig, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Tatsache, dass sie eine Frau ist, und der Chance des Nichtbestehens vorliegt, damit ihre Klage Erfolg hat? Oder erlegen die statistischen Daten alleine dem Arbeitgeber die Last auf, die Berechtigung [des Examins] zu beweisen?
53. Es gibt diesbezüglich keine Rechtssache, die dem EuGH vorgelegen hat und die Formulierung der Definition erfordert anscheinend keinen Kausalzusammenhang, aber es wäre nicht überraschend, wenn ein Fall diesen Punkt testen würde.

Ist ein Opfer notwendig?

54. In der Rechtssache *Centrum Voor Gelijkheid Van Kansen En Voor Racismebestrijding (Kläger) gegen FIRMA FERYN NV (Beklagte) C-54/07* äußerte sich ein Direktor eines Unternehmens für Garagentüren öffentlich in rassendiskriminierender Weise, indem er sagte, dass sein Unternehmen keine „Menschen fremder Herkunft“ einstellen werde. Die Gleichbehandlungsstelle in Belgien brachte eine Klage ein, obwohl kein einzelner Kläger eine Klage einbrachte.
55. Der EuGH befand in Abs. 21 bis 28, dass die öffentlichen Äußerungen selbst ohne eine identifizierbare beschwerte Person eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellungspolitik darstellten.
56. In einem Fall unmittelbarer Diskriminierung ist kein Opfer notwendig, und es gibt meiner Ansicht nach keinen Grund, warum es in einem Fall mittelbarer Diskriminierung notwendig sein sollte.

Rechtfertigung

57. Das Problem, ob es ein rechtmäßiges Ziel gibt und ob die Mittel zu seiner Erreichung angemessen und notwendig sind, ist auch als „Rechtfertigung“ bekannt.
58. In der Rechtssache *CHEZ RB* erklärt der EuGH, dass der „Begriff der sachlichen Rechtfertigung [...] eng auszulegen ist“.
59. Eine der führenden Rechtssachen ist der Fall *Bilka-Kaufhaus GmbH gegen [Karin] Weber von Hartz C-170/84*, ein Fall von Geschlechterdiskriminierung, der den Ausschluss von Teilzeitarbeitern aus einer betrieblichen Altersversorgung beinhaltet. Das EuGH befand, dass die Tatsache, dass die Maßnahmen wesentlich mehr Frauen als Männer treffen, nicht ausreicht, um Diskriminierung nachzuweisen, wenn das nationale Gericht befindet, dass die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und zur Erreichung dieses Zieles geeignet und erforderlich sind.

Rechtmäßiges Ziel

60. Das rechtmäßige Ziel ist unabhängig von den Mitteln zu seiner Erreichung. Ein rechtmäßiges Ziel ist eines, das das Gericht als rechtmäßig anerkennt. Wie in der Rechtssache *Bilka* gesagt, das Ziel muss „einem wirklichen Bedürfnis“ dienen.
61. Einige Ziele sind nicht rechtmäßig. Es gibt keine Definition des Begriffs „rechtmäßiges Ziel“ in der EU-Gesetzgebung, obwohl es Fallrecht dazu gibt.
62. Der EuGH befand, dass für Gesetze einbringende Mitgliedstaaten die Kosten alleine niemals ein rechtmäßiges Ziel sein können. Daher ist es nicht rechtmäßig, wenn Mitgliedstaaten die Verringerung von Altersvorsorgeverpflichtungen durch die Verringerung der Zahlungen an Frauen erreichen wollen.
63. Die britischen Gerichte haben das Ziel von Kosten zuzüglich andere Ziele (auch als „*cost plus*“ bezeichnet) als rechtmäßig anerkannt. Ob dieses Ziel in anderen Mitgliedstaaten als rechtmäßig anerkannt wird, ist nicht bekannt.
64. Rückwirkend rechtmäßiges Ziel – Die EuGH-Fälle geben keinen Hinweis, dass das verfolgte Ziel dasjenige sein muss, woran diejenigen gedacht haben, die die Maßnahme ursprünglich trafen.
65. Das nationale Gericht legte dem EuGH genau diese Fragen in der Rechtssache *Petersen gegen Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe und andere* C-341/08 vor. Die in Abs. 42 gegebene Antwort lautet, dass das nationale Gericht die Aufgabe hat, „festzustellen, aus welchem Grund die betreffende Maßnahme *aufrechterhalten* wurde und somit das mit ihr verfolgte Ziel zu ermitteln“.
66. Daher kann es eine rückwirkende Begründung geben.

67. Jedoch ist das Gericht berechtigt, mit besonderer Sorgfalt darauf zu achten, ob die vorgeblichen Ziele zum Zeitpunkt der Entscheidung vom Entscheidungsträger bedacht wurden oder nicht.

Geeignet und erforderlich

68. Diese beiden Kriterien müssen getrennt behandelt werden. Gelegentlich werden sie zusammen als „Verhältnismäßigkeit“ bezeichnet.
69. Vorschriften, Kriterien und Verfahren können „geeignet“ sein, wenn sie für die Erreichung des Ziels in Frage kommen.
70. Zudem müssen die Vorschriften, Kriterien und Verfahren „erforderlich“ sein. Das heißt, sie müssen in zumutbarem Umfang erforderlich und nicht absolut erforderlich sein. Jedoch dürfen die Vorschriften, Kriterien und Verfahren nicht weiter gehen als notwendig.
71. Die Schwere der Wirkung auf die Mitarbeiter, gegen die diskriminiert wird, muss bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der insbesondere gewählten Maßnahme gegen die Bedeutung der rechtmäßigen Ziele abgewogen werden (*Fuchs und Köhler gegen Land Hessen C-159/10 und C-160/10*).
72. Es gibt viele EuGH-Fälle, die diese Analyse veranschaulichen. Einer davon ist *Küçükdeveci gegen Swedex GmbH & Co KG C-555/07*.
- i. Es handelte sich um einen Fall der Altersdiskriminierung, wobei es um ein Gesetz ging, dass die Kündigungsfrist, die den Mitarbeitern gemäß ihrer Dienstzeit zustand, berechnete, aber jegliche Dienstzeit unbeachtet ließ, die unter dem Alter von 25 Jahren abgeleistet wurde.
 - ii. Das Ziel der Erleichterung der Einstellung junger Menschen, die leichter den Verlust ihres Arbeitsplatzes verkraften konnten, durch die Erhöhung der Flexibilität des Personalmanagements war rechtmäßig.

- iii. Das Gesetz war jedoch nicht „geeignet“ für dieses Ziel, weil es für alle Mitarbeiter galt, die vor dem Alter von 25 Jahren in die Firma eintraten, unabhängig davon, wie alt sie bei ihrer Entlassung waren.
- iv. Auch war es für das Ziel der Verstärkung des Schutzes der Arbeiter gemäß ihrer Dienstzeit nicht „geeignet“.

Mittelbare Diskriminierung nach Art des Falles *Enderby*

- 73. In *Pamela Mary Enderby gegen Frenchay Health Authority und Secretary of State for Health C-127/92* erweiterte der EuGH den Begriff der mittelbaren Diskriminierung.
- 74. Frau Enderby war als Logopädin beim National Health Service beschäftigt. Die Logopäden waren hauptsächlich Frauen. Sie brachte vor, dass sie ein niedrigeres Entgelt erhielt als klinische Psychologen und Apotheker, die in unterschiedlichem Maße hauptsächlich männlich waren. Es wurde angenommen, dass die ausgeübte Tätigkeit gleichwertig war.
- 75. Frau Enderby brachte nicht vor, dass es sich um unmittelbare Diskriminierung handelte. Gleichmaßen brachte sie nicht vor, dass es bestimmte Hürden gab (d. h. Vorschriften, Kriterien oder Verfahren), die sie daran hinderten, Zugang zu den beiden anderen Berufen zu erlangen. Die verschiedenen Berufe unterlagen unterschiedlichen Tarifverträgen mit unterschiedlichen Entgeltstrukturen.
- 76. Der EuGH befand in Abs. 16 Folgendes: *„Wenn das Entgelt für die Logopädenstellen jedoch erheblich niedriger ist als das für Apothekerstellen und wenn die erstgenannten fast ausschließlich mit Frauen, die letztgenannten aber hauptsächlich mit Männern besetzt sind, so liegt dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts jedenfalls dann vor, wenn die beiden Tätigkeiten gleichwertig sind und die statistischen Angaben über diese Lage aussagekräftig sind.“*

77. Es befand in Abs. 17: „*Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob es diese statistischen Angaben berücksichtigen kann, d. h. ob sie sich auf eine ausreichende Zahl von Personen beziehen, ob sie nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln und ob sie generell gesehen als aussagekräftig erscheinen.*”
78. Insofern scheint *Enderby* festzulegen, dass die statistischen Angaben alleine aussagekräftig genug sind, um eine offensichtlich unwiderlegliche Annahme der augenscheinlichen Geschlechterdiskriminierung zu schaffen. Es ist eine schwierige Frage, ob die Annahme unwiderleglich ist.
79. Wenn es unwiderleglich ist, dass statistisch aussagekräftige Beweise dafür vorhanden sind, dass eine Gruppe aus Geschlechtsgründen benachteiligt wird, muss der Arbeitgeber die Behandlung rechtfertigen. Es reicht dann nicht aus zu zeigen, dass die Vereinbarungen sich ohne das Eintreten einer unmittelbaren Geschlechterdiskriminierung ergeben haben. Das Gericht vertritt de facto die Ansicht, dass irgendwo ein Element der mittelbaren Geschlechterdiskriminierung vorliegt.

Unmittelbare/mittelbare Diskriminierung – sonstige Probleme

80. Diskriminierung ist entweder unmittelbar oder mittelbar, aber nicht beides.
81. Der Grund dafür, dass die Einordnung von Bedeutung ist, liegt darin, dass es verschiedene juristische Elemente in den beiden verschiedenen Formen der Diskriminierung gibt. Insbesondere kann es keine Rechtfertigung für unmittelbare Diskriminierung geben, wenn es keine Rechtfertigung für mittelbare Diskriminierung gibt.
82. Es kann gelegentlich sehr schwierig sein, herauszufinden, ob die Klage sich auf unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung bezieht. Das lässt sich aus der Rechtsgeschichte des Falles *CHEZ RB* ablesen.
- i. Die nationale Gleichbehandlungsstelle, die KZD, entschied im April 2010, dass es sich bei den Grundsätzen um mittelbare Diskriminierung aufgrund der Nationalität handelte.

- ii. Nachdem diese Entscheidung aufgehoben worden war, entschied die KZD im Mai 2012, dass CHEZ RB unmittelbar gegen die Klägerin, Frau Nikolova, die keine Roma war, aufgrund ihrer „persönlichen Lage“, d. h. aufgrund des Sitzes ihres Geschäfts diskriminiert hatte.
 - iii. Das vorliegende Gericht war – bizarrerweise meiner Auffassung nach – der Ansicht, dass Frau Nikolova dadurch, dass sie sich mit ihrer Beschwerde der Bevölkerung mit Roma-Herkunft, die in dem fraglichen Stadtteil lebe und wie sie die mit der streitigen Praxis verbundenen Unannehmlichkeiten erleide, selbst zugerechnet habe, sich selbst als Roma definiert habe (siehe Urteil, Abs. 48).
 - iv. Generalanwältin Kokott schloss in Abs. 87: „[E]s scheinen mir im vorliegenden Fall keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine unmittelbare Diskriminierung vorzuliegen.“
 - v. Im Gegensatz dazu enthält das Urteil des EuGH in seinen Leitlinien für das nationale Gericht in Abs. 80 bis 91 eindeutige Hinweise darauf, dass er die Maßnahme bezüglich der Stromzähler als unmittelbare Diskriminierung ansieht.
83. Intersektionelle Diskriminierung – Dieser Begriff bezeichnet normalerweise eine Situation, in der zwei oder mehr Formen verbotener Diskriminierung sich auf eine Weise überschneiden, dass die Einflüsse der verschiedenen Gründe nicht getrennt voneinander betrachtet werden können (Siehe die Definition im Artikel „Multiple Discrimination In EU Law“ http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/multiplerediscriminationfinal7september2009_en.pdf, Seite 3)
84. Ein Beispiel ist eine Klägerin, die aussagt, dass sie in einer bestimmten ungünstigen Weise behandelt wurde, weil sie sowohl eine Frau als auch afrikanischer Herkunft ist.

85. Diesbezüglich sind zurzeit einige Fälle vor dem EuGH anhängig.

Belästigung

86. Es gibt zwei Arten verbotener Belästigung.

87. Die erste, die auf das Geschlecht bezogene Belästigung, wird in der Richtlinie 2006/54/EG, Art. 2 wie folgt definiert: „unerwünschte auf das Geschlecht einer Person bezogene Verhaltensweisen, die bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“.

88. Diese Definition hat drei Hauptelemente: (1) unerwünschtes Verhalten, (2) mit dem angegebenen Zweck bzw. der angegebenen Wirkung und (3) bezogen auf das Geschlecht.

89. Unerwünschtes Verhalten bezieht sich auf Verhalten, das unwillkommen ist. Wie die britischen Leitlinien erläutern, heißt das nicht, dass der Kläger immer klar machen muss, dass ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Art der Sprache nicht akzeptabel ist. Zum Beispiel kann es Fälle geben, in denen es völlig klar ist, dass beleidigende Bemerkungen über Personen von diesen Personen nicht gewünscht werden (Erläuterungen der britischen Industrie- und Handelskammer zu Vorschriften hinsichtlich Religion und Weltanschauung).

90. Ein einziger Vorfall kann ausreichen, wenn er schwerwiegend genug ist.

91. Das Verhalten muss sich auf das Geschlecht einer Person „beziehen“. Der Maßstab ist breiter gefasst als der Maßstab bei „aufgrund von“. Jedoch ist unerwünschtes Verhalten, das sich nicht auf das Geschlecht bezieht, wie beleidigend es auch immer sein mag, von der Richtlinie 2006/54/EG nicht untersagt, weil die Richtlinie die Gleichbehandlung der Geschlechter betrifft.

92. Es kann von einem Mann gegen einen Mann oder von einer Frau gegen eine Frau oder von einer Frau gegen einen Mann oder umgekehrt ausgeübt werden.
93. Geschlechtsumwandlung – da die Geschlechtsumwandlung sich im Geltungsbereich der Richtlinie 2006/54/EG befindet (siehe oben) ist die Belästigung wegen einer Geschlechtsumwandlung untersagt.
94. Entwürdigung – Dieser Punkt ist eine Tatsachenfrage, die von den nationalen Gerichten zu entscheiden ist. Der Punkt kann sachliche und subjektive Elemente enthalten, z. B. folgende: (1) Hat der Kläger sich subjektiv entwürdigt gefühlt, und (2) welches Verhalten war es, sachlich betrachtet, wovon eine vernünftige Person in der Lage des Klägers sich entwürdigt gefühlt hätte.
95. Ein nationales Gericht kann befinden, dass das Gesagte bzw. Getane, das trivial oder vorübergehend war, insbesondere wenn es hätte klar gewesen sein sollen, dass keine absichtliche Beleidigung vorlag, nicht entwürdigend ist.
96. Ein von Anfeindungen usw. gekennzeichnetes Umfeld – Wiederum eine Tatsachenfrage, die von den nationalen Gerichten zu entscheiden ist. Jedoch ist das betreffende Umfeld wahrscheinlich einem Zustand gleichzusetzen.
97. Zweck oder Wirkung – „Zweck“ erfordert eine Untersuchung der Denkweise des vorgeblichen Belästigers“.
98. „Wirkung“ erfordert die Betrachtung der tatsächlichen Wirkung und erfordert nicht die Untersuchung der Denkweise oder Absicht des vorgeblichen Belästigers. Jedoch kann es dem Gericht erlaubt sein, den Kontext des Verhaltens zu kritisch zu hinterfragen und dadurch zum Zweck des vorgeblichen Belästigers zu gelangen.
99. Vergleichsperson - Bitte beachten, dass kein Bedarf an einer Vergleichsperson besteht. Es ist lediglich erforderlich, dass das Verhalten sich auf das Geschlecht „bezieht“.

100. Rechtfertigung – Für Belästigung gibt es keine Rechtfertigung.

Sexuelle Belästigung

101. Die zweite Form der Belästigung, sexuelle Belästigung, wird in der Richtlinie 2006/54/EG, Art. 2 wie folgt definiert: „jede Form von unerwünschtem Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler 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 und Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“.
102. Dazu gehört unerwünschtes Verhalten sexueller Natur.
103. Ansonsten sind die Elemente die gleichen wie bei auf das Geschlecht bezogener Belästigung.

Paul Epstein QC, 2. Juni 2016