

# **Gleichbehandlung – Zielsetzung, Begriffe, Konzepte**

*Michaela Windisch-Graetz*

- 1. Einleitung**
- 2. Konzepte und Abhilfemaßnahmen des Gleichbehandlungsrechts**
  - 2.1. Unmittelbare Diskriminierung
  - 2.2. Mittelbare Diskriminierung
  - 2.3. Positive Maßnahmen (affirmative actions)
  - 2.4. Zumutbare Maßnahmen (reasonable accommodations)
- 3. Abgrenzung der Konzepte und Maßnahmen**
  - 3.1. Mittelbare Diskriminierung und reasonable accommodation
  - 3.2. Positive Maßnahmen und reasonable accommodations
- 4. Ausblick**

## 1. Einleitung

Ziel des Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrechts ist es, Gleichheit im Zusammenhang mit dem Arbeitsleben zu verwirklichen. Welche Maßnahmen der Erreichung dieses Zieles dienen können und sollen, hängt vom zugrundeliegenden Gleichheitsverständnis ab. Ein Modell formaler Gleichheit verlangt, jede Person in einer vergleichbaren Lage unter Ausblendung eines Diskriminierungsmerkmals gleich zu behandeln. Dieses Modell fokussiert auf Gleichheit als individuelle Gerechtigkeit<sup>1</sup> und hat das einzelne Individuum, nicht dagegen eine Gruppe von Menschen, die bestimmte Merkmale teilen, im Blick. Bestimmte persönliche Merkmale müssen bei Entscheidungen außer Acht gelassen werden. Modelle materieller Gleichheit anerkennen dagegen, dass die Ausgangspositionen für Personen, die bestimmte Merkmale aufweisen, nicht dieselben sind, und dass daher eine formal gleiche Behandlung dieser Personen nicht zur gleichen Teilhabe am Arbeitsleben führt. Materielle Gleichheitskonzepte verlangen daher mehr als bloß Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Sie beziehen soziale, wirtschaftliche und politische Strukturen in die Betrachtung mit ein, um darin liegende Diskriminierungspotenziale aufzudecken. Innerhalb materieller Gleichheitskonzepte kann man zwischen Gleichheit als Chancengleichheit (equality of opportunity) und Gleichheit im Ergebnis (equality of results) unterscheiden.<sup>2</sup> Gleichheit als Chancengleichheit will die Ausgangspositionen für BewerberInnen und AN angleichen. Adäquate Konzepte zur Zielerreichung sind etwa spezielle Schulungs- und Fördermaßnahmen für benachteiligte Gruppen. Gleichheit im Ergebnis blickt dagegen auf die Folgen von Praktiken für die durch bestimmte Merkmale konstituierte Gruppe und verlangt, dass die verschiedenen Gruppen angemessen und damit letztlich proportional am Arbeitsleben beteiligt werden.<sup>3</sup> Gleichheit im Ergebnis verlangt spezifische Maßnahmen zur Beseitigung von Benachteiligung wie etwa Vorzugs- und Quotenregelungen. Schließlich wird ein viertes Gleichheitskonzept genannt, nämlich Gleichheit als Diversität.<sup>4</sup> Dieses Konzept verlangt jedenfalls ein Abgehen von den wenigen Großgruppen, die bisher durch das Gleichbehandlungsrecht geschützt sind, und Diskriminierungsverbote sowie Fördermaßnahmen je nach den individuellen Bedürfnissen der Betroffenen.

Die Gründe für das Anliegen des europäischen und österreichischen Gesetzgebers, Gleichheit insb im Zusammenhang mit dem Arbeitsleben herzustellen, sind vielfältig. Vorrangig sind zwei zu nennen: Es geht einerseits in einem menschen-

- 
- 1 *Rebhahn in Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2005) Einleitung Rz 31; § 2 Rz 7.
  - 2 *Fredman, Discrimination Law*<sup>2</sup> (2011) 14 ff; *Holzleithner, Recht. Macht. Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung* (2002) 10 f.
  - 3 *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG Einleitung Rz 31; § 2 Rz 10 ff.
  - 4 *Rebhahn in Rebhahn*, GIBG Einleitung Rz 32, unter bspw Berufung auf *McCrudden, The New Concept of Equality: Legal approaches in the European Community* (ILO 2003) 15.

rechtlichen Verständnis darum, die Würde und Autonomie jedes Menschen zu wahren und zu fördern, und andererseits darum, die Ressourcen von AN optimal einzusetzen, um der europäischen Gesamtwirtschaft bestmöglich dienen zu können.<sup>5</sup> Diskriminierungen führen dazu, dass Personen nicht ihren Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechend eingesetzt werden, womit für die Wirtschaft wichtiges Potenzial zulasten der Allgemeinheit ungenützt bleibt.

Das europäische und österreichische Recht sieht verschiedene Maßnahmen zur Herstellung von Gleichheit in der Arbeitswelt vor. Dabei wurde das zur Verfügung stehende Instrumentarium im Lauf der Jahrzehnte entwickelt und verfeinert. Der vorliegende Beitrag gibt zunächst einen Überblick über die aktuell geregelten Mechanismen zur Herstellung von Gleichheit und deren Entwicklung und fragt nach der Geeignetheit derselben im Zusammenhang mit neuen Herausforderungen des Gleichbehandlungsrechts durch die zunehmende kulturelle Diversifizierung der Belegschaften in der Arbeitswelt. Dabei steht insb die ethnische und religiöse Vielfalt im Blickpunkt. Beispiele aus der Judikatur – aus Österreich, Europa, USA und Kanada – zeigen das Konfliktpotenzial auf, das sich daraus ergeben kann, dass AN aus anderen Kulturen – insb aufgrund ihrer religiösen Zugehörigkeit – andere Bedürfnisse haben können als AN der Mehrheitsgesellschaft, um in einem materiellen Verständnis gleichberechtigt am Arbeitsleben teilhaben zu können. Das Bedürfnis, religiöse Kleidung – insb ein islamisches Kopftuch – während der Arbeitszeit tragen zu wollen, ist aus der Judikatur hinlänglich bekannt.<sup>6</sup> Ebenso die Überlegung, ob die Sonn- und Feiertagsordnung des österreichischen Gesetzgebers (Karfreitag)<sup>7</sup> aufgrund der Religion diskriminiert.<sup>8</sup> Muss der AG bei der Arbeitszeiteinteilung darauf achten, AN mosaikischen Glaubens oder Siebenten-Tags-Adventisten nicht für Tätigkeiten am Freitag nach Sonnenuntergang oder am Samstag einzuteilen? Hat ein AG bei der Arbeitsorganisation Reinheitsvorschriften von AN zu berücksichtigen, sodass er muslimische AN nicht in Bereichen beschäftigen darf, wo diese mit Schweinefleisch oder Alkohol zu tun hätten? Sind womöglich die Arbeitsplätze so zu trennen, dass Männer und Frauen nicht miteinander arbeiten müssen? Oder, um ein Beispiel zu nennen, das nicht auf den Islam Bezug nimmt, darf ein AG einem evangelikalen Christen die Weisung erteilen, am Arbeitsplatz nicht zu missionieren, was aber für diesen religiöse Pflicht ist?

5 *Fredman*, Discrimination Law<sup>2</sup> 36.

6 EuGH 13.7.2016, C-188/15, *Bougnouli*, ECLI:EU:C:2016:553; 14.3.2017, C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2017:203.

7 OGH 24.3.2017, 9 ObA 75/16v, ÖJZ 2017/95, 695 (*Brenn*); 27.2.2019, 9 ObA 11/19m, DRdA-infas 2019/70, 124 (*Tinhof*); EuGH 22.1.2019, C-193/17, *Cresco*, ECLI:EU:C:2019:43.

8 Vgl dazu *Mazal*, Gleichbehandlung: Diskriminierung oder positive Maßnahme: Überlegungen zum „Karfreitagsproblem“, ZAS 2016, 272. Vgl dazu auch *Dullinger*, Konfessionsgebundener Karfreitag-Feiertag diskriminierend, ZAS 2019, 183; *Burger-Ehrnhofner*, Topthema: Streitfall Karfreitag – EuGH zwingt zum Handeln, ASoK 2019, 82; *Erlner*, Diskriminierende Wirkung des „persönlichen Feiertags“ für Kirchgänger? *ecolex* 2019, 350; *Hopf*, Diskriminierung wegen Religion am Arbeitsplatz, ZAS 2018/2a, 112.

Generalanwältin *Kokott* hält in ihren Schlussanträgen in der Rs *Achbita*<sup>9</sup> fest, dass diese Rechtsprobleme stellvertretend für die grundlegendere Frage stehen, wie viel Anderssein und Vielfalt eine offene und pluralistische europäische Gesellschaft in ihrer Mitte dulden muss, und wie viel Anpassung sie umgekehrt von bestimmten Minderheiten verlangen darf.<sup>10</sup> Das führt unmittelbar zu der Frage, wie viel Anpassung der AG bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen schuldet. Man kann diese Frage umfassend aus sozial- und rechtsphilosophischer Sicht diskutieren, das ist allerdings nicht das Ziel einer primär rechtsdogmatischen Untersuchung. Hier soll vielmehr aus rechtsdogmatischer Sicht untersucht werden, welche Rechte und Pflichten diesbezüglich das Gleichbehandlungsrecht für die betroffenen AG und AN vorsieht.<sup>11</sup>

## 2. Konzepte und Abhilfemaßnahmen des Gleichbehandlungsrechts

### 2.1. Unmittelbare Diskriminierung

Ausgangspunkt für das Wahrnehmen und Bekämpfen unmittelbarer Diskriminierung von AN waren die im 19. und 20. Jahrhundert weit verbreiteten unterschiedlichen Arbeitsbedingungen für Männer und Frauen. So wurden um 1840 in der Hainburger Tabakfabrik Männern 17 Kreuzer und Frauen 15 Kreuzer für die Arbeitsstunde bezahlt.<sup>12</sup> In verschiedenen Bundesländern waren Zölibatsklauseln für Lehrerinnen normiert. Das Schauspielergesetz enthielt bis zum Jahr 2011<sup>13</sup> die Regelung, dass eine Schauspielerin, die sich während der Vertragsdauer verheiratet, auf Verlangen ihres Ehemannes binnen zwei Monaten nach Eheschließung den Vertrag unter Einhaltung einer vierwöchigen Kündigungsfrist lösen kann.<sup>14</sup>

Unmittelbar an das Geschlecht eines AN anknüpfende Löhne für gleiche Arbeit waren in Deutschland und Österreich bis nach dem 2. Weltkrieg allgemein akzeptiert. Im Zuge der Verhandlungen zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft wurde die in Deutschland bestehende Lohnungleichheit zwischen Männern und Frauen ein wichtiger Diskussionspunkt. Da zu diesem Zeitpunkt in Frankreich Lohngleichheit für Männer und Frauen bereits gesetzlich normiert war, fürchteten französische Unternehmen die Konkurrenz deutscher Unternehmen, da diese durch die Bezahlung niedrigerer Löhne an Frauen Wett-

---

9 EuGH 14.3.2017, C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2017:203.

10 GA *Kokott* in den Schlussanträgen vom 31.5.2016 zu C-157/15, *Achbita*, ECLI:EU:C:2016:382 Rz 3.

11 Nicht behandelt wird, welche Pflichten den AG unabhängig von einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung etwa aufgrund der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht oder von § 16 ABGB und einer mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte treffen können, vgl dazu *Dullinger*, Aktuelle Entwicklungen zum geschützten Merkmal „ethnische Zugehörigkeit“ in diesem Band 85 ff.

12 *Floßmann*, Frauenrechtsgeschichte: Ein Leitfaden für den Rechtsunterricht<sup>2</sup> (2006) 101.

13 Inkrafttreten des TAG mit 1.1.2011.

14 § 31 Abs 1 SchauspG.

bewerbsvorteile gegenüber französischen Unternehmen hätten. Diese wettbewerbspolitischen Überlegungen führten zu der Regelung gleichen Lohns für gleiche Arbeit bereits im Gründungsvertrag von Rom im Jahr 1957.<sup>15</sup>

In Österreich hat der Gesetzgeber erstmals mit dem GIBG 1979<sup>16</sup> ein Verbot aufgrund des Geschlechtes diskriminierender Löhne normiert: „Bei der Festsetzung des Entgelts darf niemand aufgrund des Geschlechtes diskriminiert werden. Diskriminierung ist jede benachteiligende Differenzierung, die ohne sachliche Rechtfertigung vorgenommen wird.“<sup>17</sup> Auslöser für diese Regelung waren internationale Bemühungen wie die UN-Dekade von 1976 bis 1985 – die letztlich in der Verabschiedung der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) im Jahr 1980 gegipfelt haben – sowie die ILO-Übereinkommen 100<sup>18</sup> und 111<sup>19</sup>, die Österreich ratifiziert hatte, und die auch in Österreich einen „Prozess des Umdenkens und Überdenkens überkommener Strukturen eingeleitet“<sup>20</sup> haben. Die Materialien halten fest, dass „Erfahrungen der Praxis gezeigt hätten, dass mitunter das weiblichen AN gezahlte Entgelt auch bei gleicher Arbeit immer noch unter dem der männlichen Beschäftigten liegt, und dass noch immer KV Lohngruppen enthalten, die Unterscheidungen nach dem Geschlecht treffen“.<sup>21</sup>

Seit dem Beitritt Österreichs zur EU laufen das österreichische GIBG und die maßgebliche EU-Gesetzgebung weitgehend synchron. Nunmehr liegt gem § 5 GIBG eine unmittelbare Diskriminierung vor, „wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“ Entsprechende Regelungen für die im Jahr 2004 hinzugekommenen Diskriminierungsgründe enthalten § 19 Abs 1 GIBG und § 7b BEinstG. Das Verbot unmittelbarer Diskriminierung ist primär individualistisch ausgerichtet,<sup>22</sup> als Ausgleich verlangt das G die formale Gleichstellung mit der Vergleichsperson,<sup>23</sup> die das Diskriminierungsmerkmal nicht trägt.

Rechtsdogmatisch wirft diese Regelung insb zwei Fragen auf: Erstens jene nach zulässigen Ausnahmen vom Verbot unmittelbarer Diskriminierung bzw die Frage, wann die zu vergleichenden Personen in einer „vergleichbaren“ Lage sind. Zweitens die Frage nach einer geeigneten Vergleichsperson, insb die Frage nach

15 Art 119 EWG-Vertrag, heute Art 157 AEUV.

16 BGBl 1979/108.

17 § 2 GIBG 1979.

18 ILO-Übereinkommen 100/1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit („equal value“).

19 ILO-Übereinkommen 111/1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.

20 IA 138/A BlgNR 14. GP 13; AB 1203 BlgNR 14. GP 1.

21 IA 138/A BlgNR 14. GP 13; AB 1203 BlgNR 14. GP 1.

22 *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 2 Rz 7.

23 Zur Diskussion über die Feststellung einer geeigneten Vergleichsperson vgl *Rebhahn* in *Rebhahn*, GIBG § 5 Rz 3.

der in der aktuellen Fassung vorgesehenen hypothetischen Vergleichsperson, im Vergleich zu der benachteiligt „würde“.

In Judikatur und Literatur heißt es regelmäßig, dass unmittelbare Diskriminierungen nur aus den Gründen gerechtfertigt werden können, die der Gesetzgeber selbst vorsieht.<sup>24</sup> In § 5 GIBG sucht man solche Gründe vergeblich. In einer Zusammenschau mit § 9 Abs 1 GIBG, der die geschlechtsneutrale Stellenausschreibung regelt, ist jedoch abzuleiten, dass nach dem Geschlecht differenziert werden darf, wenn dieses eine unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit ist. Diese Unverzichtbarkeit kann sich aus biologischen Merkmalen ergeben, wie sie etwa bei OpernsängerInnen argumentiert wird, oder aus Schutzinteressen von Dritten: Für Aufsichtspersonal in Haftanstalten oder Security-MitarbeiterInnen am Flughafen darf das Geschlecht ein Auswahlkriterium sein. Auch mit Grundrechten wie der Freiheit der Kunst kann argumentiert werden: So darf nach hM eine RegisseurIn SchauspielerInnen nach dem Geschlecht auswählen.<sup>25</sup> Nach den anderen Diskriminierungsgründen darf gem § 20 GIBG differenziert werden, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Dennoch ergibt sich manchmal ein weiterer Differenzierungsbedarf. So hat ein in der Rs *Hlozek*<sup>26</sup> verfahrensgegenständlicher Sozialplan für Männer (55 Jahre) und Frauen (50 Jahre) ein unterschiedliches Anfallsalter für Übergangsgelder vorgesehen. Als Begründung für die Differenzierung nach dem Geschlecht wurde das statistisch unterschiedliche Arbeitslosigkeitsrisiko für Männer und Frauen in bestimmten Alterskohorten angegeben. Das unterschiedliche Arbeitslosigkeitsrisiko hängt seinerseits mit dem in Österreich immer noch geltenden unterschiedlichen gesetzlichen Pensionsalter für Männer und Frauen zusammen. Der EuGH hat die unmittelbar nach dem Geschlecht differenzierende Regelung des Sozialplans für zulässig erachtet. Dabei ist der EuGH im Prüfschema nicht auf die Rechtfertigungsebene gegangen, sondern hat bereits auf der vorgelagerten Ebene entschieden, dass Männer und Frauen aufgrund ihres unterschiedlichen Arbeitslosigkeitsrisikos in „keiner vergleichbaren Situation“ sind. Es mangelt daher von vornherein an einem wesentlichen Tatbestandselement für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung. Das Urteil berührt die grundlegende Frage, welche Situationen vergleichbar sind. Die Entscheidung erfordert einen Wertungs-

---

24 *Barnard*, EU Employment Law (2012) 287; EuGH 18.11.2010, C-356/09, *Kleist*, ECLI:EU:C:2010:703 Rz 41.

25 *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*<sup>3</sup> (2018) § 9 GIBG Rz 8.

26 EuGH 9.12.2004, C-19/02, *Hlozek*, ECLI:EU:C:2004:779.

akt, der bei allzu großzügiger Auslegung des G zu schon überwunden geglaubten Diskriminierungen führen könnte. Das Tatbestandsmerkmal ist daher jedenfalls eng auszulegen.

Mit dem GIBG 2004 wurde in Umsetzung der RL 2002/73/EG, 2000/43/EG und 2000/78/EG die Definition der unmittelbaren Diskriminierung dahingehend geändert, dass die sich für diskriminiert erachtende Person keine konkrete bevorzugte Vergleichsperson mehr nennen muss. Es ist zwar nach wie vor notwendig, die Diskriminierung gegenüber einer Vergleichsperson festzustellen, neu ist jedoch, dass diese Vergleichsperson lediglich eine hypothetische sein muss („erfahren würde“).<sup>27</sup> Relevant ist diese Änderung etwa für den Fall von Einpersonenerwerbungen, oder wenn nur eine Person das Anforderungsprofil einer Stelle erfüllt.<sup>28</sup> Allerdings trifft den Kl immer noch die Beweislast, glaubhaft zu machen, dass sich eine hypothetische Vergleichsperson in einer vergleichbaren Situation befunden hätte.<sup>29</sup>

## 2.2. Mittelbare Diskriminierung

Ein Konzept, das lediglich unmittelbare Diskriminierungen in den Fokus nimmt, ist zwar geeignet, formale Gleichheit herzustellen, nicht aber materielle Gleichheit, die eine gleichmäßige Betroffenheit Angehöriger verschiedener Gruppen durch bestimmte Maßnahmen anstrebt. Ein Verbot unmittelbarer Diskriminierung hilft nur jenen Personen, die die Stereotypen der Mehrheit erfüllen können, ist aber nicht geeignet, zugrunde liegende strukturelle Benachteiligungen bestimmter Gruppen in der Gesellschaft zu beseitigen oder auszugleichen.<sup>30</sup> Darauf zielt dagegen das Konzept der mittelbaren Diskriminierung.

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung findet sich im Gleichbehandlungs- und Antidiskriminierungsrecht zum ersten Mal in der Gleichbehandlungs-RL 76/207/EWG<sup>31</sup> aus dem Jahr 1976. Art 2 Abs 2 der RL lautet: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung (...) beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.“ Heute präzisiert § 5 Abs 2 GIBG 2004: „Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder

27 Windisch-Graetz in ZellKomm<sup>3</sup> § 5 GIBG Rz 2.

28 OGH 29.1.2013, 9 Oba 154/12f, Arb 13.093.

29 Rebhahn in Rebhahn, GIBG § 5 Rz 3 ff.

30 Fredman, *Discrimination Law*<sup>2</sup> 177; Barnard, *EU Employment Law* 291.

31 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 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, ABl 1976 L 39, 40.

Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.“

Die Entwicklung des Verständnisses mittelbarer Diskriminierung in Gleichbehandlungsfragen beginnt beim EuGH mit einem holprigen Fehlstart: In *Defrenne II*<sup>32</sup> – und damit noch vor der Erlassung der RL 76/207/EWG – unterscheidet der EuGH zwischen „unmittelbaren, offenen“ und „mittelbaren, versteckten“ Diskriminierungen, allerdings weist er diesen eine aus heutiger Sicht überraschende Bedeutung zu. Der Gerichtshof versteht unter unmittelbaren, offenen Diskriminierungen solche, „die sich schon an Hand der in der Vorschrift verwendeten Merkmale gleiche Arbeit und gleiches Entgelt allein feststellen lassen“, und unter mittelbaren, versteckten Diskriminierungen solche, „die nur nach Maßgabe eingehenderer gemeinschaftsrechtlicher oder innerstaatlicher Durchführungsvorschriften festgestellt werden können“.<sup>33</sup> Zur Beseitigung Letzterer verneint der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit des Art 119 EWG-V, was verständlich ist, wenn der EuGH von einer notwendigen Ausführungsgesetzgebung ausgeht. Da es im gegenständlichen Fall allerdings um eine Klage auf Entgelt Differenz unmittelbar auf der Grundlage unterschiedlicher Lohn tabellen für Männer und Frauen ging, war das Vorliegen unmittelbarer Diskriminierung unstrittig und somit auf Formen mittelbarer Diskriminierung nicht weiter einzugehen.

Mit der Rs *Jenkins*<sup>34</sup> begann der EuGH, seine Judikatur zur mittelbaren Diskriminierung in Entgeltfragen zu entwickeln. Fraglich war, ob die Lohnpolitik eines Unternehmens, für Teilzeitarbeit einen um 10 % niedrigeren Stundenlohn festzusetzen als für Vollzeitarbeit, mit Art 119 EWG-V vereinbar ist. Aufschlussreich ist die Ausgangslage des Falles: Das britische Unternehmen hatte zunächst Frauen und Männern unterschiedliche Löhne gezahlt, nicht aber nach der Wochenarbeitszeit differenziert. Die britischen Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen (Equal Pay Act 1970 und Sex Discrimination Act 1975) traten am 29.12.1975 in Kraft. Daraufhin verhandelte das Unternehmen mit der Gewerkschaft ein neues Lohnschema, das nicht mehr unmittelbar an das Geschlecht anknüpfte, nunmehr aber nach der Wochenarbeitszeit differenzierende Löhne vorsah. Der Generalanwalt setzte sich in seinen Schlussanträgen mit Studien auseinander, die belegten, dass in der ganzen Gemeinschaft 90 % aller Teilzeitarbeitskräfte Frauen sind.<sup>35</sup> Im Verfahren wird sowohl mit britischer als auch überraschenderweise mit US-amerikanischer Judikatur argumentiert. Durch den kurz zuvor erfolgten Beitritt Großbritanniens im Jahr 1973 zur EWG und der Tatsache, dass das vorliegende Gericht ein britisches

---

32 EuGH 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56.

33 EuGH 8.4.1976, C-43/75, *Defrenne II*, ECLI:EU:C:1976:56 Rz 16/20.

34 EuGH 31.3.1981, C-96/80, *Jenkins*, ECLI:EU:C:1981:80.

35 GA Warner in den Schlussanträgen vom 20.1.1981 zu C-96/80, *Jenkins*, Slg 1981, 930.



war, wurde somit dem Common Law und dessen Dogmatik eine Tür im Bereich des gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsrechts geöffnet. Generalanwalt Warner schloss sich der Argumentation des US Supreme Court in der Rs *Griggs/Duke Power Company* (1971) an: Wenn nachgewiesen werde, dass eine bestimmte Bedingung für den Bezug des gleichen Entgelts für die gleiche Arbeit, wie die Leistung einer Mindestzahl von Arbeitsstunden pro Woche, unverhältnismäßig nachteilige Auswirkungen auf die AN eines Geschlechts habe, widerspreche die Anwendung einer solchen Bedingung dem Grundsatz des gleichen Entgelts, es sei denn, es werde nachgewiesen, dass sie „offenkundig im Zusammenhang mit der betreffenden Arbeitsleistung“ steht.<sup>36</sup>

Der EuGH hält im Urteil *Jenkins* fest: Stellt sich heraus, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz der weiblichen AN als der männlichen AN die Mindestzahl der Wochenarbeitsstunden leistet, die die Voraussetzung für den Anspruch auf den Stundenlohn zum vollen Satz ist, so steht das ungleiche Entgelt dann Art 119 EWG-V entgegen, wenn die Lohnpolitik des betreffenden Unternehmens nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. Der EuGH hält weiter fest, dass solche Ansprüche unmittelbar auf Art 119 EWG-V gestützt werden könnten, sofern das Gericht eine Diskriminierung feststellen kann, ohne dass es einer weiteren Ausführungsgesetzgebung bedürfe.<sup>37</sup> Aufgrund der speziellen Ausgangslage des Falles – der AG hat sein Lohnschema gezielt verändert, um dem Verbot unterschiedlicher Männer- und Frauenlöhne zu entsprechen und dennoch die Lohnsumme der Frauen niedrig zu halten – stellt der EuGH in der Rs *Jenkins* auf die Intention des AG ab. Ein unterschiedliches Entgelt für Vollzeit-AN und Teilzeit-AN stelle nur dann eine durch Art 119 EWG-Vertrag verbotene Diskriminierung dar, wenn es in Wirklichkeit nur ein indirektes Mittel dafür sei, das Lohnniveau der Teilzeit-AN aus dem Grund zu senken, dass diese AN-Gruppe ausschließlich oder überwiegend aus weiblichen Personen besteht. In der Rs *Bilka*<sup>38</sup> geht der EuGH vom Verschuldens-erfordernis auf AG-Seite ab. Außerdem präzisiert der EuGH auf der Rechtfertigungsebene: Der Unternehmer könne eine Ungleichbehandlung dadurch rechtfertigen, dass die „gewählten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.“

Offen diskutiert und bis heute nicht endgültig gelöst sind die Fragen, wie die Vergleichsgruppen zwischen den bevorzugten und benachteiligten Gruppen von AN gebildet werden sollen und wie die Benachteiligung einer Gruppe gemessen werden soll. Schon der europäische Gesetzgeber hat verschiedene Formulierungen verwendet und damit verschiedene Methoden zur Feststellung von Benachteiligung denkbar gemacht:

36 GA Warner in den Schlussanträgen vom 20.1.1981 zu C-96/80, *Jenkins*, Slg 1981, 936.

37 EuGH 31.3.1981, C-96/80, *Jenkins*, ECLI:EU:C:1981:80 Rz 13.

38 EuGH 13.5.1986, C-170/84, *Bilka*, ECLI:EU:C:1986:204.

Den Ausgangspunkt bildet Art 2 Abs 2 Beweislast-RL 97/80/EG<sup>39</sup>, die erstmalig eine Definition mittelbarer Diskriminierung formuliert hat. Danach lag eine mittelbare Diskriminierung vor, „... wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen...“. Die Bezugnahme auf bestimmte Anteile an betroffenen Personen legte den Nachweis der Betroffenheit auf der Grundlage statistischer Untersuchungen nahe.<sup>40</sup> Die Formulierung in den derzeit in Geltung stehenden RL ist demgegenüber flexibler formuliert: „... dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, ...“. Die Neuformulierung führt dazu, dass nunmehr keine aktuelle Benachteiligung nachgewiesen werden muss, sondern dass das Potenzial einer Maßnahme, eine Gruppe zu benachteiligen, ausreicht. Außerdem bringt die Neuformulierung mit sich, dass die Bezugnahme auf statistische Beweise nicht unbedingt notwendig ist. Das Abgehen von statistischen Beweisen ist durchaus bewusst erfolgt: Gerade in sensiblen Bereichen wie Rasse und ethnische Herkunft wird in den Mitgliedstaaten häufig auf die Sammlung von statistischem Material verzichtet.<sup>41</sup>

In der Rs *Seymour-Smith*<sup>42</sup> wurden von den Verfahrensparteien vier verschiedene Ansätze vorgeschlagen:

- Der erste Ansatz vertritt eine numerisch festgelegte Regel nach US-amerikanischen Regulativen, die von einer potenziellen Benachteiligung ausgeht, wenn eine Gruppe weniger als 80 % Berücksichtigung findet als jene mit der höchsten Rate.
- Der zweite Ansatz ist ein „impressionistischer“, wie *Barnard* ihn bezeichnet: Die Benachteiligung wird angenommen, wenn der Unterschied zwischen den Gruppen „beträchtlich“ ist – also eine Daumenregel aus dem Bauch heraus ohne festgelegte Zahl.
- Der dritte Ansatz stellt nicht auf aktuell feststellbare Unterschiede ab, sondern auf das Risiko, das einer Maßnahme innewohnt, eine bestimmte Personen-Gruppe zu benachteiligen. Dieser Zugang ermöglicht es dem Rechtsanwender, auf allgemein anerkanntes Wissen zurückzugreifen und auch auf die sozialen Verhältnisse außerhalb des Unternehmens abzustellen. Dieser Zugang wird durch die aktuelle Formulierung der RL gestützt.<sup>43</sup>
- Der vierte Ansatz setzt auf „statistisch signifikante Unterschiede“ zwischen den Gruppen.

---

39 RL 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl 1998 L 14, 6.

40 Dazu *Barnard*, EU Employment Law 279.

41 *Barnard*, EU Employment Law 280.

42 EuGH 9.2.1999, C-167/97, *Seymour-Smith und Perez*, ECLI:EU:C:1999:60.

43 *Barnard*, EU Employment Law 283.