



# Auf der Suche nach einem Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten



Europäische Kommission

Diese Veröffentlichung wird unterstützt durch das Programm der EU für Beschäftigung und soziale Solidarität – Progress (2007-2013). Dieses Programm wird von der Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit der Europäischen Kommission verwaltet. Es wurde zu dem Zweck geschaffen, einen finanziellen Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der Europäischen Union in den Bereichen Beschäftigung und Soziales – wie in der sozialpolitischen Agenda ausgeführt – und somit zum Erreichen der einschlägigen Vorgaben der Lissabon-Strategie in diesen Bereichen zu leisten.

Dieses auf sieben Jahre angelegte Programm richtet sich an alle maßgeblichen Akteure in den 27 EU-Mitgliedstaaten, der EFTA, dem EWR sowie den Beitritts- und Kandidatenländern, die an der Gestaltung geeigneter und effektiver Rechtsvorschriften und Strategien im Bereich Beschäftigung und Soziales mitwirken können.

Mit Progress wird das Ziel verfolgt, den EU-Beitrag zur Unterstützung des Engagements und der Bemühungen der Mitgliedstaaten zu stärken. Daher dient Progress folgenden Zwecken:

- Analyse und Strategieberatung in Progress-Politikfeldern;
- Überwachung der Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften und Strategien in Progress-Politikfeldern und Berichterstattung hierüber;
- Förderung des Strategietransfers, des Lernens voneinander und der gegenseitigen Unterstützung auf der Ebene der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit den Zielen und Prioritäten der EU sowie
- Weitergabe der Ansichten von Akteuren und breiter Öffentlichkeit.

**Weitere Informationen unter:  
<http://ec.europa.eu/progress>**

# Auf der Suche nach einem Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten

Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung

Emmanuelle Bribosia<sup>1</sup> und Isabelle Rorive<sup>2</sup>

**Europäische Kommission**

Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit

Referat G2

Manuskript abgeschlossen im Februar 2010

---

<sup>1</sup> Professorin für Rechtswissenschaften an der Université Libre de Bruxelles (ULB), Leiterin der rechtswissenschaftlichen Abteilung des Institut d'Études Européennes der ULB, Mitglied des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts.

<sup>2</sup> Professorin an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der ULB, Mitglied des Centre Perelman de Philosophie du Droit der ULB, Mitglied des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts.

Dieser Bericht wurde für die Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit der Europäischen Kommission zu eigenen Zwecken erstellt und von ihr finanziert. Er gibt nicht unbedingt die offizielle Haltung der Europäischen Kommission wieder.

Der Text dieses Bericht wurde verfasst von Emmanuelle Bribosia und Isabelle Rorive, im Auftrag des **Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung** (aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Behinderung, Religion oder Weltanschauung und sexueller Orientierung) unter der Leitung von:

**Human European Consultancy**

Maliestraat 7  
3581 SH Utrecht  
Nederland  
Tel. +31 306341422  
Fax +31 306352139  
office@humanconsultancy.com  
www.humanconsultancy.com

**The Migration Policy Group**

Rue Belliard 205, Box 1  
1040 Brussels  
Belgique/België  
Tel. +32 22305930  
Fax +32 22800925  
info@migpolgroup.com  
www.migpolgroup.com

Weitere Informationen zu Veröffentlichungen des Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich Nichtdiskriminierung finden Sie hier:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=615&langId=de&moreDocuments=yes>

© Fotos und Gestaltung: Ruben Timman / [www.nowords.nl](http://www.nowords.nl)

Für die Benutzung oder den Nachdruck von Fotos, die nicht dem Copyright der Europäischen Union unterstellt sind, muss eine Genehmigung direkt bei dem/den Inhaber(n) des Copyrights eingeholt werden.

***Europe Direct soll Ihnen helfen, Antworten auf Ihre  
Fragen zur Europäischen Union zu finden***

Gebührenfreie einheitliche Telefonnummer (\*):

**00 800 6 7 8 9 10 11**

(\*) Einige Mobilfunkanbieter gewähren keinen Zugang zu 00 800-Nummern oder berechnen eine Gebühr.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind verfügbar über Internet, Server Europa (<http://europa.eu>).

Katalogisierungsdaten und eine Inhaltsangabe befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union, 2010

ISBN 978-92-79-15825-4

doi:10.2767/33312

© Europäische Union, 2010

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

*Printed in Luxembourg*

GEDRUCKT AUF ELEMENTAR CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER (ECF)

# Inhalt

<b>Zusammenfassung</b>	<b>5</b>
<b>Einleitung</b>	<b>13</b>
<b>I Ein allgemeiner Ansatz zu den Konflikten zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und konkurrierenden Grundrechten</b>	<b>17</b>
1 Inflationäre Entwicklung von Konflikten zwischen Grundrechten	18
2 Auf der Suche nach einer Typologie	19
3 Auf der Suche nach einer Methodologie	25
3.1 Die Frage der echten und falschen Konflikte	25
3.2 Das Argument einer hierarchischen Reihenfolge	26
3.3 Einige eigene Leitlinien als Ergänzung der rechtlichen Argumentation	29
<b>II Sonderfälle von Konflikten zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten</b>	<b>35</b>
1 Das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Grundsatz der Gleichbehandlung	36
1.1 Das Privatleben als Wahrung einer „Intimsphäre des Individuums“ und eines „sozialen Privatlebens“	37
1.2 Die Privatsphäre als Recht auf den Schutz persönlicher Daten	41
1.2.1 Schutz personenbezogener Daten, Rückgriff auf Statistiken und positive Maßnahmen	42
1.2.2 Schutz personenbezogener Daten, Personen mit einer Behinderung und angemessene Anpassungen	45
1.3 Die Privatsphäre als Recht auf Eigenständigkeit	47
1.3.1 Das Recht auf Selbstbestimmung und ethnische Statistiken	48
1.3.2 Das Recht auf persönliche Autonomie und Privatleben im Sinne von Nicht-Berufsleben	50
2 Ausnahmen des direkten Diskriminierungsverbots und Rechtskonflikte	51
2.1 Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen	52
2.2 Spezifische Ausnahme für Kirchen und Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht	58
2.2.1 Begünstigte der Ausnahme	59
2.2.2 Eingrenzung der Ausnahme	61
2.2.3 Einschränkungen der Ausnahme	64
2.2.3.1 Einhaltung von Grundrechten und -freiheiten	64
2.2.3.2 Verbot der Diskriminierung aus einem anderen Grund	66
3 Verweigerung aus Gewissensgründen und Gleichbehandlungsgrundsatz	67
3.1 Verweigerung aus Gewissensgründen	67
3.2 Die Verweigerung aus Gewissensgründen im Widerspruch zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung	69
3.3 Verweigerung aus Gewissensgründen und angemessene Vorkehrungen	75
3.4 Verbindung mit der mittelbaren Diskriminierung	78
<b>Schlussfolgerung</b>	<b>83</b>
<b>Rechtsprechung</b>	<b>85</b>
<b>Rechtsprechung und offizielle Schriftstücke</b>	<b>92</b>
<b>Bibliografie</b>	<b>96</b>

Erwin | 1963

# Zusammenfassung

Der vorliegende Bericht befasst sich mit den scharfen Konflikten zwischen bestimmten Grundrechten und dem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung, das durch die Bestimmungen der Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (Richtlinie 2000/43/EG) sowie der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (Richtlinie 2000/78/EG) garantiert wird. Diese Konflikte betreffen vor allem das Recht auf Achtung des Privatlebens, die Vereinigungsfreiheit und die Religionsfreiheit. Die verschiedenen Konfliktthesen werden insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie einiger Rechtsvorschriften und Praktiken der Mitgliedstaaten beleuchtet. Durch eine bessere Kenntnis der in der Europäischen Union vertretenen Ansätze zu diesem Thema kann den nationalen Behörden ein Leitfaden zur Verfügung gestellt und es ihnen ermöglicht werden, sich untereinander über bewährte Methoden auszutauschen. Dies gestaltet sich mitunter insofern schwierig, als von den EU-Behörden die Entwicklung von Leitlinien und einer kohärenten Methodik verlangt wird, die zudem zu einer einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts beitragen sollen.

In **Kapitel I** des Berichts wird kurz daran erinnert, dass die von der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden „EMRK“) vorgesehenen Grundrechte und andere von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifizierte Instrumente des Völkerrechts sowie Rechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, deren Einhaltung vom Gerichtshof der Europäischen Union sichergestellt wird. Durch die Grundrechtecharta, die mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 verbindlich geworden ist, stehen weitere Maßnahmen zur Gewährleistung der Menschenrechte in der Europäischen Union zur Verfügung. Die EU-Mitgliedstaaten müssen alle europäischen Richtlinien zur Bekämpfung der Diskriminierung umsetzen, ohne dass dadurch die anderen in den verschiedenen Rechtsinstrumenten enthaltenen Grundrechte eingeschränkt werden. Im Allgemeinen ist der Europäische Gerichtshof der Auffassung, dass die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinien verpflichtet sind, die für sie im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte gelten, und dass es ihnen obliegt, die Spannungen zwischen konkurrierenden Grundrechten bestmöglich auszugleichen.

Die möglichen Spannungen zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten und -freiheiten stellen eine der Konfliktthesen zwischen Grundrechten dar. Wie die wachsende Zahl an Lehrmeinungen zu diesem Thema belegt, wird dieser Problematik heutzutage in der Praxis eine große Bedeutung beigemessen. Um den für die Beilegung von Konflikten zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Grundrechten zuständigen nationalen Entscheidungsträgern (Gesetzgeber oder Richter) einige Analysewerkzeuge an die Hand zu geben, werden in **Kapitel II** des Berichts einige allgemeine theoretische Fragen behandelt: 1. Gibt es eine sinnvolle oder angemessene Typologie zur Erfassung der zwischen Grundrechten bestehenden Konflikte? 2. Unterscheiden sich die Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Grundrechten von den Konflikten zwischen den anderen Grundrechten? 3. Wo sind in dieser Debatte Konflikte zwischen Diskriminierungsgründen, die selbst innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes auftreten, sowie die Spannungen, denen die verschiedenen Facetten des Rechts auf Gleichbehandlung ausgesetzt sind, einzuordnen? 4. Durch welche Methoden können diese Konflikte gelöst werden, und inwiefern unterscheiden sich diese Methoden im Hinblick auf die betroffene zuständige Stelle (Gesetzgeber oder Richter)?

Was die Frage der Typologie anbetrifft, so erscheint die unlängst von Lorenzo Zucca vorgeschlagene Nomenklatur der Konflikte zwischen Grundrechten besonders geeignet und erhellend. Die These von Zucca stützt sich auf zwei Feststellungen: Einerseits bestehen die Konflikte im Bereich der Grundrechte



entweder zwischen zwei Rechten oder Freiheiten (zwischenrechtliche Konflikte) oder innerhalb ein und desselben Rechts bzw. ein und derselben Freiheit (*innerrechtliche* Konflikte); andererseits treten diese Konflikte entweder *extern* (die sich aus dem Schutz der Grundrechte ergebenden Ansprüche ergeben einen Konflikt zwischen zwei Personen) oder *intern* auf (die sich aus dem Schutz der Grundrechte ergebenden Ansprüche ergeben einen Konflikt für eine einzige Person).

Wendet man die von Zucca vorgeschlagene Typologie auf Konflikte zwischen Grundrechten an, die mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung einhergehen, wird klar, dass diese Konflikte über die klassische Hypothese einer Konfrontation zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und einem anderen Grundrecht, wobei die beiden Rechte von zwei verschiedenen Rechteinhabern geltend gemacht wurden, weit hinausgehen. Durch Anwendung der Typologie kann man zudem feststellen, dass sich die Problematik in Abhängigkeit davon unterscheidet, ob es sich um einen internen oder um einen externen Konflikt handelt. Bei einem internen Konflikt muss die Person, die den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Anspruch nimmt, teilweise auf ein anderes Grundrecht verzichten. Wenn dieser Verzicht in Kenntnis der Ursache und gegen bestimmte Garantien erfolgt, lässt sich der Konflikt relativ problemlos lösen. Bei einem externen Konflikt besteht das Dilemma darin, dass der Konflikt nur dadurch zu lösen ist, dass man ein Recht ganz oder teilweise zugunsten des anderen Rechts opfert und dadurch das Grundrecht einer Person gegenüber dem Grundrecht einer anderen Person bevorzugt behandelt wird.

Einige Konflikte können sowohl als innerrechtliche als auch als zwischenrechtliche Konflikte eingestuft werden, ohne sich grundlegend voneinander zu unterscheiden. So kann eine Rechtsstreitigkeit, bei der das Recht auf Gleichbehandlung mit der Religionsfreiheit kollidiert, zuweilen als ein Konflikt ausgelegt werden, der sich innerhalb des Rechts auf Gleichbehandlung äußert und den Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung impliziert. Wird diese Streitigkeit hingegen als zwischenrechtlicher Konflikt ausgelegt, so werden die Spannungen in den Vordergrund gestellt, die zwischen verschiedenen Diskriminierungsgründen und insbesondere der religiösen Überzeugung einerseits und dem Geschlecht und der sexuellen Ausrichtung andererseits bestehen. Das Modell eines externen innerrechtlichen Konflikts zeigt zudem inhärente Spannungen bezüglich unterschiedlicher Auffassungen des Begriffs der Gleichbehandlung selbst auf, das heißt Spannungen zwischen der formalen und der substanziellen Gleichbehandlung. Wie sich anhand der Entwicklung von Programmen für positive Maßnahmen zeigt, wird eine Einflussnahme auf den Grundsatz der formalen Gleichbehandlung im Hinblick auf die Verwirklichung der substanziellen Gleichbehandlung heutzutage als notwendig erachtet, wobei eher auf Personengruppen als auf einzelne Personen abgestellt wird. Allerdings ist es wichtig, dass nicht alle bei der Umsetzung des Grundsatzes der substanziellen Gleichbehandlung auftretenden Hindernisse als Rechtskonflikte aufgefasst werden.

Neben der Vorstellung einer für die Feststellung von Konflikten zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und anderen Grundrechten geeigneten Typologie befasst sich der vorliegende Bericht zudem mit der Entwicklung methodologischer Leitlinien für die rechtliche Argumentation bei der Lösung dieser Konflikte. In diesem Zusammenhang geht es insbesondere um den dem deutschen Verfassungsrecht entnommenen Begriff der „praktischen Konkordanz“, den Begriff des Rechtsmissbrauchs, den Unterschied zwischen der Substanz und der Peripherie der Grundrechte, den Einfluss der Rechte Dritter sowie die Bedeutung der Qualität des gewählten Verfahrenswegs. Vor der Entwicklung solcher methodologischer Leitlinien wird jedoch zunächst untersucht, ob das Recht auf Gleichbehandlung Vorrang vor den anderen Menschenrechten hat. Der Bericht geht bei der Hypothese eines zwischenrechtlichen Konflikts von der Nichtanwendbarkeit des Arguments einer hierarchischen Reihenfolge aus. Gemäß dem Grundsatz der Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte ist es grundsätzlich zulässig, dass *a priori* keine hierarchische Reihenfolge der einzelnen Rechte vorhanden ist, es sei denn, das Völkerrecht sieht bestimmte Prioritätskriterien vor. Auch wenn es unbestritten ist,



dass der EU-Gesetzgeber durch die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in verschiedenen Richtlinien damit rechnen konnte, dass durch diesen Grundsatz die Ausübung anderer Grundrechte innerhalb bestimmter Grenzen eingeschränkt wird, kann man daraus nicht schließen, dass der Gesetzgeber damit beabsichtigt hat, dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung einen vorrangigen Charakter zuzuweisen. Tatsächlich fällt insoweit, als der EU-Gesetzgeber nicht für die Entwicklung der Gesamtheit der Grundrechte zuständig ist, diese Entscheidung nicht in seinen Kompetenzbereich.

Das Argument einer hierarchischen Reihenfolge kann auch bei der Hypothese eines innerrechtlichen Konflikts von Bedeutung sein. Bezüglich des Rechts auf Gleichbehandlung betrifft der Konflikt hier verschiedene Diskriminierungsgründe: klassischerweise eine Diskriminierung aus Gründen der religiösen Überzeugung einerseits und eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Ausrichtung andererseits. In diesem Zusammenhang verdeutlicht der Bericht, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu den betreffenden Unterscheidungsmerkmalen im Großen und Ganzen nicht in der Lage ist, die Frage zu beantworten. Der EU-Gesetzgeber hat seinerseits verschiedene Möglichkeiten zur Lösung von Konflikten zwischen verschiedenen Diskriminierungsgründen entwickelt. So ist in Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich festgelegt, dass die Ausnahmen zum Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung, die die Mitgliedstaaten in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, vorsehen können, keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aus einem anderen Grund rechtfertigt (beispielsweise aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung).

Es scheint, als ob im Zusammenhang mit dieser Art von Konflikt – der die Forderung nach Gleichbehandlung betrifft – die Zuständigkeit der Europäischen Union Vorrang hat, da ihr durch den Vertrag von Rom bestimmte Kompetenzen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zugewiesen wurden, die durch den Vertrag von Amsterdam auf die Diskriminierung aufgrund der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung, einer Behinderung oder des Alters ausgeweitet wurden. Auch wenn die Frage einer eventuellen Hierarchie zwischen den Diskriminierungsgründen (z. B. zwischen der Diskriminierung aufgrund der Religion und der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung) knifflig ist, so ist sie heutzutage doch von entscheidender Bedeutung. Wird vorneweg keine Zuständigkeit festgelegt, so obliegt es in erster Linie dem Richter, Konflikte von Fall zu Fall zu lösen, ohne dass ihm eine Methode zur Verfügung steht, die ein Mindestmaß an Kohärenz und Gleichförmigkeit bei der Umsetzung des europäischen Rechts gewährleisten würde.

In **Kapitel II** des vorliegenden Berichts werden die wichtigsten Spannungen beschrieben, die zwischen den Forderungen der Richtlinien zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf einerseits und den Grundrechten andererseits auftreten können. Insbesondere werden die Konfliktthesen zwischen 1. dem Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung, 2. den Rechten auf Religions- und Vereinigungsfreiheit und auf freie Meinungsäußerung im Zusammenhang mit wesentlichen beruflichen Anforderungen und religiös oder philosophisch geprägten Organisationen, 3. dem Recht auf Verweigerung aus religiösen oder philosophischen Gründen und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung oder des Geschlechts behandelt.

- Potenzielle Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und dem Recht auf Achtung des Privatlebens (Kapitel II.1)

Die Interferenzen zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und dem Recht auf Achtung des Privatlebens sind in Wirklichkeit unterschiedlichster Art, denn das Recht auf Achtung des Privatlebens

ist nach der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein immer umfassenderer Begriff, der mit dem Diskriminierungsverbot in mehrdeutiger Beziehung steht. Ursache dieser Komplexität sind insbesondere die verschiedenen sich ergänzenden Rechtsvorschriften zur Achtung des Privatlebens, die vor allem die Wahrung der „Intimsphäre des Individuums“ vorsehen und auf das Recht auf ein „soziales Privatleben“ bzw. das „Recht jedes Einzelnen, Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen und fortzuentwickeln“ sowie auf das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten und schließlich auf ein Recht auf Selbstbestimmung ausgeweitet sind. Jeder dieser Aspekte des Schutzes des Privatlebens kann mit dem Diskriminierungsverbot interferieren, sei es durch Einschränkung des Geltungsbereichs dieses Verbots durch Ausschluss von Bereichen aus Privat- und Familienleben, sei es durch Garantien im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, sei es durch die Bekämpfung von Diskriminierungen durch das Verbot der Preisgabe bestimmter Teile des Privatlebens.

Die Frage der Anwendung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf private Angelegenheiten – ganz gleich, ob es sich beispielsweise um die Einstellung von Hausangestellten, eine Stelle in einem Familienbetrieb oder um die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen in einem privaten Rahmen handelt – stellt einen ersten Fall dar, der in diesem Bericht behandelt wird. Hier können Spannungen zwischen dem Diskriminierungsverbot und den Ausprägungen „Intimsphäre des Individuums“ und „soziales Privatleben“ des Rechts auf Privat- und Familienleben auftreten.

Das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten, die zweite Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens, die mit dem Diskriminierungsverbot interferieren kann, wird in diesem Bericht ebenfalls untersucht. Ausgehend von der bekannten Tatsache, dass eine Bekämpfung von Diskriminierungen nur möglich ist, wenn man die einzelnen Situationen durch den Zugriff auf bestimmte personenbezogene Daten miteinander vergleichen kann, ist sofort erkennbar, dass Spannungen zwischen dieser Ausprägung des Rechts auf Achtung des Privatlebens und der Bekämpfung von Diskriminierungen unvermeidlich sind. Diese Art von Interferenz ist in den ersten Jahrzehnten des europäischen Aufbauwerks unbemerkt geblieben, da nur die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und des Geschlechts durch das Gemeinschaftsrecht verboten war. Doch obgleich es sich bei Angaben zum Geschlecht und zur Staatsangehörigkeit, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen, um personenbezogene Daten handelt, gelten diese Angaben nicht als „sensible Daten“ im Sinne der Richtlinie 95/46/EG und des Übereinkommens Nr. 108 des Europarates. Der Großteil der durch den Vertrag von Amsterdam in Artikel 13 EG (später Artikel 19 AEUV) eingeführten Diskriminierungsgründe wird anders behandelt. Angesichts der offensichtlichen Verflechtung der Bekämpfung von Diskriminierungen mit dem Schutz personenbezogener Daten muss die Tatsache überraschen, dass sich die Richtlinien aus dem Jahr 2000 und die hierzu geführten Verhandlungen nicht zu dem Zusammenhang zwischen diesen neuen Rechtsvorschriften und der Behandlung personenbezogener Daten äußern. Wenn man genauer hinsieht, sind die Spannungen zwischen den Anforderungen der Nichtdiskriminierung wegen bestimmter Gründe und des Schutzes personenbezogener Daten offensichtlich, und zwar eher aufgrund ihres ergänzenden Charakters als aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Konflikte. In diesem Zusammenhang untersucht der Bericht die Verbindungen zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und der Verwendung statistischer Daten, wenn es darum geht, einen Nachweis der Diskriminierung oder der Einführung positiver Maßnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen zu erbringen. Des Weiteren befasst sich der vorliegende Bericht mit der Lage behinderter Menschen, die in bestimmten Situationen auf ihr „Recht auf Geheimhaltung“ sensibler Daten, nämlich Daten bezüglich ihres Gesundheitszustands bzw. ihrer Behinderung, verzichten müssen, um angemessene Vorkehrungen in Anspruch nehmen zu können.

Schließlich kann das Recht auf Achtung des Privatlebens auch in seiner dritten Ausprägung, dem Recht auf Selbstbestimmung, in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf Nichtdiskriminierung stehen. Dies ist dann der Fall, wenn durch das Recht auf Nichtdiskriminierung eine substantielle Gleichbehandlung erreicht

werden soll und dabei auf bestimmte Methoden wie beispielsweise positive Maßnahmen und statistische Daten zurückgegriffen wird, mit denen auf eine nicht zulässige Ungleichbehandlung aufmerksam gemacht werden soll. In diesem Fall verschiebt sich der Fokus von der einzelnen Person auf die Gruppe, so dass sich die heikle Frage der Zuordnung der einzelnen Personen auf die Gruppen stellt. Wenn man bedenkt, dass bereits die Zuordnung einer Person zum männlichen oder weiblichen Geschlecht oder zu einer bestimmten Altersstufe im Sinne des Rechts auf Selbstbestimmung umstritten ist, so scheint die Zuordnung einer Person zu einer bestimmten ethnischen Gruppe in diesem Zusammenhang noch heikler zu sein. Auch diese Problematik ist Thema dieses Berichts. Darüber hinaus befasst sich der Bericht mit der Hypothese, dass durch das Recht auf Achtung des Privatlebens in seiner Ausprägung als Recht auf Selbstbestimmung bestimmte Entscheidungen eines Individuums geschützt werden, die dem außerberuflichen Bereich angehören.

- Potenzielle Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Rechten auf Religions- und Vereinigungsfreiheit und auf freie Meinungsäußerung im Zusammenhang mit wesentlichen beruflichen Anforderungen und religiös oder philosophisch geprägten Organisationen (Kapitel II.2)

Die Logik der wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderung tritt zwar in der Konstellation eines Rechtskonflikts nicht systematisch in Erscheinung, doch in diesem Bericht werden einige Fälle beschrieben, in denen sie zum Tragen kommt, was zu zwischen- und innerrechtlichen Konflikten führt. Darüber hinaus ist ein besonderer Konflikt zu beobachten, wenn das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Religion oder Weltanschauung in ein Spannungsverhältnis mit der Religionsfreiheit gerät, wobei die Religionsfreiheit als das Recht der Kirchen und religiösen oder philosophischen Vereinigungen zu verstehen ist, sich ohne Einmischung des Staates zu organisieren. Um auf diese Art von Konflikt zugeschnittene Leitlinien bereitzustellen, hat der europäische Gesetzgeber eine spezielle Ausnahme zum Verbot der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion oder Weltanschauung vorgesehen (Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG). Gemäß dieser Ausnahme sind Kirchen sowie öffentliche und private Vereinigungen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht („religiös oder philosophisch geprägte Organisationen“), unter bestimmten Bedingungen zu einer unmittelbar auf die Religion oder Weltanschauung gegründeten Ungleichbehandlung von Personen berechtigt, die sie beispielsweise einstellen möchten. Der Bericht befasst sich mit den *Nutznießern dieser Ausnahme sowie ihren Umrissen und Grenzen und berücksichtigt dabei* die Situation eines (externen zwischenrechtlichen) Rechtskonflikts, die dieser Ausnahme zugrunde liegt, sowie die aus den internationalen und europäischen Menschenrechten sowie bestimmten nationalen Rechten gewonnenen Erkenntnisse.

- Potenzielle Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und dem Recht auf Verweigerung aus Gewissensgründen (Kapitel II.3)

Die Richtlinie 2000/78/EG stellt in einem gewissen Maße eine implizite Übertragung der Verweigerung aus religiösen Gründen in den Bereich der Beschäftigung und beruflichen Bildung dar. Diese europäische Vorschrift verlangt von den Mitgliedstaaten den Schutz vor Diskriminierung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung und gibt damit Verweigerern aus Gewissensgründen ein neues juristisches Werkzeug an die Hand. Es gibt Fälle, in denen die Verweigerung aus Gewissensgründen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung kollidieren kann. Die nationale Rechtsprechung der EU-Mitgliedstaaten bietet unterschiedliche Darstellungen der Konflikte zwischen dem Recht auf Verweigerung aus religiösen Gründen einerseits und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung oder dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen andererseits. Diese Konflikte werden in der Regel aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (und nicht aus dem der Religionsfreiheit) betrachtet. Diese Konflikte weisen jedoch im Vergleich zu den anderen in diesem Bericht behandelten externen innerrechtlichen Konflikten insofern eine Besonderheit auf, als die von

dem Konflikt betroffenen Parteien keine Inhaber von aus dem Recht auf Nichtdiskriminierung aufgrund verschiedener Diskriminierungsgründe abgeleiteten subjektiven Rechten sind. Tatsächlich stehen bei diesen Rechtsstreitigkeiten Antragsteller, die sich aufgrund ihrer religiösen Überzeugungen diskriminiert fühlen, Personen gegenüber, die sich im Namen des Allgemeininteresses auf Gleichstellungsfragen (im Hinblick auf das Geschlecht oder die sexuelle Ausrichtung) berufen.

Verschiedene Fälle aus dem Bereich der Verweigerung aus Gewissensgründen veranschaulichen, wie sehr diese Frage im Grunde genommen mit derjenigen der angemessenen Vorkehrung im Bereich der Religion verknüpft werden kann. Obwohl man weiß, dass die Richtlinie 2000/78/EG angemessene Vorkehrungen ausdrücklich nur für Personen vorgesehen hat, die an einer Behinderung leiden (Artikel 5), hat dieser Begriff nach dem Vorbild des vom obersten kanadischen Gericht seit 1985 beschrittenen Wegs auch in bestimmten Fällen der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion eine Rolle gespielt. Um zu beurteilen, ob eine mittelbare Diskriminierung gerechtfertigt ist, müssen die Richter mitunter im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung untersuchen, ob das legitime Ziel, das der unterschiedlichen Behandlung zugrunde liegt, nicht auch durch Maßnahmen erreicht werden könnte, die den Grundsatz der Gleichbehandlung oder die Religionsfreiheit weniger beeinträchtigen.



Bennie | 2000

Martijn | 1971

# Einleitung

Die von der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden „EMRK“) vorgesehenen Grundrechte und andere von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifizierte Instrumente des Völkerrechts sowie Rechte, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, gehören zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, deren Einhaltung vom Gerichtshof der Europäischen Union sichergestellt wird<sup>3</sup>. Durch die Grundrechtecharta, die mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 verbindlich geworden ist, stehen weitere Maßnahmen zur Gewährleistung der Menschenrechte in der Europäischen Union zur Verfügung. Die EU-Mitgliedstaaten müssen alle Richtlinien zur Bekämpfung der Diskriminierung umsetzen, ohne dass dadurch die Anwendbarkeit der anderen in den verschiedenen Instrumenten enthaltenen Grundrechte eingeschränkt wird. Diese Forderung gilt ganz offensichtlich für die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft<sup>4</sup> (im Folgenden als „Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse“ oder „Richtlinie 2000/43/EG“ bezeichnet) sowie für die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>5</sup> (im Folgenden als „Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf“ oder „Richtlinie 2000/78/EG“ bezeichnet). In den Präambeln der Richtlinien wird hierauf ausdrücklich hingewiesen<sup>6</sup>.

Im Allgemeinen ist der Europäische Gerichtshof der Auffassung, dass die Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinien verpflichtet sind, die für sie im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte gelten, und dass es ihnen obliegt, die Spannungen zwischen konkurrierenden Grundrechten bestmöglich auszugleichen<sup>7</sup>. Es versteht sich von selbst, dass bei diesem Drahtseilakt eine bessere Kenntnis der in der Europäischen Union vertretenen Ansätze zu diesem Thema den nationalen Behörden einen Leitfaden zur Verfügung stellen und es ihnen ermöglichen würde, sich untereinander über bewährte Methoden auszutauschen. Wie wir feststellen müssen, gestaltet sich dies mitunter dann als schwierig, wenn von den EU-Behörden die Entwicklung von Leitlinien und einer kohärenten Methodik gefordert wird, die zudem zu einer einheitlichen Anwendung des europäischen Rechts beitragen.

Dieser Bericht ist eine gute Gelegenheit, die scharfen Konflikte zwischen den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung<sup>8</sup> und anderen Grundsätzen zu identifizieren, die sich aus den Bestimmungen der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und der Richtlinie

<sup>3</sup> Artikel 6(2) EU.

<sup>4</sup> ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22.

<sup>5</sup> ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16.

<sup>6</sup> Siehe Erwägungsgründe (2) und (4) der Präambel der Richtlinie 2000/43/EG sowie (1) und (5) der Präambel der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>7</sup> Siehe insbesondere EuGH, *Tietosuoja ja valtuutus*, 16. Dezember 2008, Rechtssache C-73/07, Randnummern 50-62; EuGH, *Promusicae*, 28. Januar 2008, Rechtssache C-275/06, Randnummern 61-70; EuGH, *Lindqvist*, 20. November 2003, Rechtssache C-101/01, Randnummern 79-90; EuGH, *Parlament gegen Rat*, 27. Juni 2006, Rechtssache C-540/03, Randnummern 70-76.

<sup>8</sup> Die Ausdrücke „Grundsatz der Gleichbehandlung“ und „Grundsatz der Nichtdiskriminierung“ werden in diesem Bericht im Sinne der europäischen Richtlinien und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union gleichbedeutend verwendet.



zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf ergeben<sup>9</sup>. Diese Konflikte betreffen vor allem das Recht auf Achtung des Privatlebens, die Vereinigungsfreiheit und die Religionsfreiheit<sup>10</sup>.

Die verschiedenen Konflikthypothesen werden insbesondere vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte sowie einiger Rechtsvorschriften und Praktiken der Mitgliedstaaten beleuchtet. Zahlreiche Beispiele für solche Rechtsvorschriften und Praktiken wurden nationalen Berichten sowie der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*<sup>11</sup> entnommen, die vom Europäischen Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Diskriminierung (aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft, des Alters, einer Behinderung, der Religion oder Weltanschauung oder der sexuellen Ausrichtung) verfasst wurden<sup>12</sup>.

Die möglichen Spannungen zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten und -freiheiten stellen eine der Konflikthypothesen zwischen Grundrechten dar. Wie die wachsende Zahl an Lehrmeinungen zu diesem Thema belegt, wird dieser Problematik heutzutage in der Praxis eine große Bedeutung beigemessen<sup>13</sup>. Um dem mit der Beilegung eines Konflikts zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Grundrechten beauftragten nationalen Entscheidungsträger (Gesetzgeber oder Richter) einige Analysewerkzeuge an die Hand zu geben, werden zunächst einige allgemeine theoretische Fragen behandelt: 1. Gibt es eine nützliche oder angemessene Typologie zur Erfassung der zwischen Grundrechten bestehenden Konflikte? 2. Unterscheiden sich die Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Grundrechten von den Konflikten zwischen den anderen Grundrechten? 3. Wo befinden sich in dieser Debatte Konflikte zwischen Diskriminierungsgründen, die selbst innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes auftreten, sowie die Spannungen, denen die verschiedenen Facetten des Rechts auf Gleichbehandlung ausgesetzt sind? 4. Durch welche Methoden können diese Konflikte gelöst werden, und inwiefern unterscheiden sich diese Methoden im Hinblick auf die betroffene zuständige Stelle (Gesetzgeber oder Richter)? (Kapitel II)

Anschließend werden die wichtigsten Spannungen beschrieben, die zwischen den Forderungen der Richtlinien zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf einerseits und den Grundrechten andererseits auftreten können. Dabei befassen wir uns zunächst mit den potenziellen Konflikten zwischen dem Recht auf Achtung des Privatlebens und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Kapitel II.1). Diese Konflikte können in verschiedenen Situationen auftreten, und zwar insbesondere dann, wenn das Diskriminierungsverbot bei vollkommen privaten Angelegenheiten zur Anwendung kommt, sei es, dass es sich um die Einstellung von Hausangestellten oder um die Erbringung von Dienstleistungen in einem privaten

<sup>9</sup> Die Konflikte mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund des Geschlechts werden insofern berücksichtigt, als sie in diesem Zusammenhang aufschlussreich sind.

<sup>10</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass die Aufstachelung zum Hass (sei es aus rassistischen, religiösen, homophoben oder sonstigen Gründen), die bei der Beseitigung der Spannungen zwischen dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz und der Redefreiheit im Hinblick auf die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG zu berücksichtigen wären, in diesem Bericht nicht behandelt wird. Zu dieser interessanten Frage siehe insbesondere N. BAMFORTH, M. MALIK und C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, London, Sweet und Maxwell, 2008, Kapitel 8, S. 505-516 ff.; ECRI, *Combating Racism while Respecting Freedom of Expression*, Proceedings of the Expert Seminar held in Strasbourg on 16-17 November 2006, 2007.

<sup>11</sup> Aus dem Abschnitt der Zeitschrift mit dem Titel „Neueste Entwicklungen in den EU-Mitgliedstaaten“.

<sup>12</sup> Dieses Netz wurde im Rahmen des Aktionsprogramms der Gemeinschaft gegen die Diskriminierung (2001-2006) gegründet. Es wird heute vom Gemeinschaftsprogramm für Beschäftigung und soziale Solidarität Progress (2007-2013) unterstützt und von der *Human European Consultancy* und der *Migration Policy Group* gemeinsam verwaltet. Die Veröffentlichungen des Netzes stehen auf der folgenden Webseite zur Verfügung: <http://www.non-discrimination.net>.

<sup>13</sup> Siehe insbesondere L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, O.U.P., 2007; E. BREMS (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008.

Rahmen handelt oder die Anwendung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes mit der Erfassung und Verarbeitung von sensiblen personenbezogenen Daten verbunden ist. Anschließend befassen wir uns mit den potenziellen Konflikten zwischen dem Recht auf Religions- und Vereinigungsfreiheit und freie Meinungsäußerung im Zusammenhang mit wesentlichen beruflichen Anforderungen und religiös oder philosophisch geprägten Organisationen. Tatsächlich handelt es sich hierbei um die einzige Konflikthypothese, die in der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich thematisiert wird (Kapitel II.2). Abschließend werden einige Beispiele für Konflikte zwischen dem Recht auf Verweigerung aus religiösen oder philosophischen Gründen und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung oder des Geschlechts aufgezeigt. Anhand dieser Spezialfälle können sowohl Konflikte zwischen dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz und der Religionsfreiheit als auch Spannungen innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst veranschaulicht werden. Diese Fälle führen uns zu einer weiteren Untersuchung des Begriffs der angemessenen Vorkehrung aus religiösen Gründen in Verbindung mit der mittelbaren Diskriminierung (Kapitel II.3).



## Teil I

# Ein allgemeiner Ansatz zu den Konflikten zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und konkurrierenden Grundrechten

# 1 Inflationäre Entwicklung von Konflikten zwischen Grundrechten

Auch wenn die Frage der zwischen den Grundrechten bestehenden Konflikte nicht neu ist, so ist das Interesse daran in den letzten Jahren wieder neu entflammt. Grund hierfür ist vor allem die Tatsache, dass immer mehr Konflikte dieser Art vor ein nationales, europäisches oder internationales Gericht gebracht werden. Die Gründe für diesen Anstieg sind vielfältig<sup>14</sup>. Erstens hat sich der Katalog der rechtlich geschützten Grundrechte immer weiter vergrößert. Dies geschah nicht nur durch die Verabschiedung neuer Bestimmungen in diesem Bereich, sondern vor allem auch durch die extensive Auslegung bereits vorhandener Vorschriften. Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (Recht auf Achtung des Privatlebens) ist hier ein besonders deutliches Beispiel. Zweitens hat die durch die Anerkennung einer horizontalen Wirkung der Menschenrechte, d. h. deren Anwendung auf die Beziehungen zwischen Einzelnen (einzelne Personen, Gruppen, Organisationen oder Unternehmen) und nicht mehr nur ausschließlich zwischen dem Staat und den Bürgern, die Zahl der Konflikthanlässe vervielfacht. Die staatlichen Stellen müssen die Menschenrechte jetzt nicht mehr nur dadurch schützen, dass sie auf Gesetze verzichten, die gegen sie verstoßen, sondern sie müssen auch für den Schutz der Grundrechte in den Beziehungen zwischen Einzelnen sorgen. Diese positive Verpflichtung setzt die Verabschiedung von gesetzgeberischen, verwaltungsmäßigen, gerichtlichen und materiellen Maßnahmen voraus, durch die Personen vor der Verletzung ihrer Grundrechte durch andere Personen geschützt werden. Sie bringt notwendigerweise eine wachsende Zahl der Rechtsmittelverfahren aufgrund der Verletzung individueller Freiheiten und somit eine inflationäre Entwicklung der Konflikte zwischen Grundrechten mit sich. Folgt man schließlich den Ausführungen von Sébastien Van Drooghenbroeck, kommt man nicht umhin zu denken, dass der Anstieg der Zahl der Konflikte zwischen Grundrechten durch eine Veränderung des „rhetorischen“ Registers der politischen Macht zu erklären ist<sup>15</sup>. Ab dem Moment, in dem die klassischen Werte (wie z. B. das Allgemeininteresse sowie die öffentliche Ordnung und Sicherheit), in deren Namen die Rechte und Freiheiten eingeschränkt wurden, an Bedeutung verlieren, erscheint es angebracht, sie aus dem diskursiven Register der Grundrechte zu entfernen, um den Richter oder die öffentliche Meinung zu überzeugen. So erfolgt beispielsweise die Bekämpfung des Terrorismus heutzutage eher aus Gründen der Verteidigung des Lebens und der Unversehrtheit von Personen als aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Man darf zudem nicht vergessen, dass die steigende Anzahl an Konflikten zwischen Grundrechten mitunter aus ideologischen Gründen noch weiter aufgebläht wird. Die zunehmende Macht der Religion im Bereich der Politik trägt zweifellos zu diesem Phänomen bei<sup>16</sup>, vor allem, wenn man an die Fragen der Bioethik, des freiwilligen Schwangerschaftsabbruchs, der gleichgeschlechtlichen Ehe oder der Adoption durch homosexuelle Paare denkt.

<sup>14</sup> Siehe insbesondere E. BREMS, „Introduction“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., 2008, S. 2; S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, in J.-L. Renchon (Hrsg.), *Les droits de la personnalité*, Actes du Xe colloque de l'Association 'Famille et Droit', Louvain-la-Neuve, 30. November 2007, Brüssel, Bruylant, 2009, S. 299 ff., Nr. 11-13.

<sup>15</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, *Les droits de la personnalité*, op. cit., S. 299 f., Nr. 13.

<sup>16</sup> L. ZUCCA, „Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 22. Für allgemeine Ausführungen zu diesem Thema siehe *Cardozo Law Review*, Bd. 30, vom Juni 2009 mit den Beiträgen des Symposiums „Constitutionalism and Secularism in an Age of Religious Revival: The Challenge of Global and Local Fundamentalism“.

## 2 Auf der Suche nach einer Typologie

Die von Lorenzo Zucca vorgeschlagene Nomenklatur der Konflikte zwischen Grundrechten<sup>17</sup> erscheint uns insbesondere unter einem didaktischen Gesichtspunkt als nützlich: Wenn man sie auf Konflikte zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und anderen Grundrechten überträgt, erlaubt sie nicht nur die Unterscheidung von Konflikten zwischen Rechten und Konflikten zwischen Diskriminierungsgründen, sondern deckt auch bestimmte dem Recht auf Gleichbehandlung selbst innewohnende Spannungen auf. Die These von Zucca stützt sich auf zwei Feststellungen: Einerseits bestehen die Konflikte im Bereich der Grundrechte entweder zwischen zwei Rechten oder Freiheiten (zwischenrechtliche Konflikte) oder innerhalb ein und desselben Rechts bzw. ein und derselben Freiheit (*innerrechtliche* Konflikte); andererseits treten diese Konflikte entweder *extern* (die sich aus dem Schutz der Grundrechte ergebenden Ansprüche ergeben einen Konflikt zwischen zwei Personen) oder *intern* (die sich aus dem Schutz der Grundrechte ergebenden Ansprüche ergeben einen Konflikt für eine einzige Person) auf.

*Übertragung der Nomenklatur von L. Zucca: Recht auf Gleichbehandlung vs. andere Grundrechte*<sup>18</sup>

Konflikt	Zwischenrechtlich	Innerrechtlich
<b>Intern</b>	Beispiel: Gleichbehandlung vs. Privatleben (Programm mit positiven Maßnahmen und ethnische Herkunft; angemessene Vorkehrungen und Behinderung <sup>19</sup> )	Gleichbehandlung vs. Gleichbehandlung (angemessene Vorkehrungen und Behinderung <sup>20</sup> ; angemessene Vorkehrungen aus religiösen Gründen <sup>21</sup> )
<b>Extern</b>	Beispiel: Gleichbehandlung vs. Religionsfreiheit (Rekrutierung in einer religiös oder philosophisch geprägten Organisation <sup>22</sup> ) Beispiel: Gleichbehandlung vs. Privatleben (Einstellung von Hausangestellten <sup>23</sup> ); materieller Geltungsbereich des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung <sup>24</sup>	Gleichbehandlung vs. Gleichbehandlung (gleichgeschlechtliche Ehe und verweigernder Standesbeamter; Beamter, der sich weigert, einer Person des anderen Geschlechts die Hand zu geben <sup>25</sup> )

Ein *externer zwischenrechtlicher Konflikt* betrifft die klassische Hypothese, bei der zwei Personen ihre Anträge auf unterschiedliche Grundrechte stützen. Beispielsweise kann der Grundsatz der

<sup>17</sup> L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, op. cit., S. 64-66.

<sup>18</sup> Interessant ist, dass L. Zucca diese Typologie in einem späteren Beitrag leicht abgewandelt und den Schwerpunkt auf verfassungsrechtliche Dilemmas gelegt hat, die Bestandteil von „Gesamtkonflikten“ sind, mit normativen Inkohärenzen einhergehen und in einem gewissen Maße nicht beschließbar sind. Diesen stehen „partielle Konflikte“ gegenüber, die beigelegt werden können, ohne dass das normative Wesen eines Grundrechts infrage gestellt wird („Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 26).

<sup>19</sup> Diese Beispiele werden in Kapitel II.1 näher erläutert.

<sup>20</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.1 näher erläutert.

<sup>21</sup> Diese Beispiele werden in Kapitel II.1 näher erläutert.

<sup>22</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.2 näher erläutert.

<sup>23</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.1 näher erläutert.

<sup>24</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.1 näher erläutert.

<sup>25</sup> Diese Beispiele werden in Kapitel II.3 näher erläutert.

Nichtdiskriminierung dem Recht auf Achtung des Privatlebens entgegenstehen. Die Ausweitung des Diskriminierungsverbots auf „Privatangelegenheiten“ wie beispielsweise die Rekrutierung von Hausangestellten oder die Vermietung eines Zimmers in der eigenen Wohnung interferiert mit der Intimsphäre des Leistungsempfängers, die gemäß den Grundrechten einen der geschützten Bereiche des Privatlebens darstellt.

Ein *interner zwischenrechtlicher Konflikt* liegt vor, wenn ein und derselben Person aufgrund zweier unterschiedlicher Grundrechte widersprüchliche Ansprüche zustehen. In diesem Fall kann der Nichtdiskriminierungsgrundsatz wiederum dem Recht auf Achtung des Privatlebens entgegenstehen, wenn z. B. die Anwendung dieses Grundsatzes mit der Verarbeitung sensibler Daten zur Rasse oder ethnischen Herkunft, zu religiösen Überzeugungen, zu einer Behinderung oder zur sexuellen Ausrichtung einhergeht. Hat ein Arbeitnehmer, der ein Programm mit positiven Maßnahmen in Anspruch nehmen möchte, die Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft vorbehalten sind, eine andere Wahl, als seine Herkunft anzugeben, auch wenn dies möglicherweise mit einer Missachtung seines Privatlebens verbunden ist? Wie kann ein Arbeitnehmer, der an einer Behinderung leidet, angemessene Vorkehrungen einfordern, ohne seinem Arbeitgeber die Art der Behinderung mitzuteilen?

Ein *externer innerrechtlicher Konflikt* liegt vor, wenn zwei Personen aufgrund desselben Rechts oder derselben Freiheit unterschiedliche Ansprüche haben. Ein Beispiel im Hinblick auf das Recht auf Gleichbehandlung wäre der Fall, dass ein Vertrag eines Standesbeamten nicht verlängert wird, weil sich dieser aus religiösen Gründen weigert, gleichgeschlechtliche Ehen zu schließen, auch wenn diese gemäß der nationalen Gesetzgebung zulässig sind. In dieser Hypothese kann sich der Standesbeamte als Opfer einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund seines religiösen Glaubens fühlen. Andererseits kann auch sein eigenes Verhalten gegenüber homosexuellen Personen als diskriminierend angesehen werden. Ein anderes Beispiel ist die Nichteinstellung einer Person, die sich aus religiösen Gründen weigert, Personen des anderen Geschlechts die Hand zu geben. Auch in diesem Fall kann sich die betreffende Person als Opfer einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund ihrer Überzeugungen fühlen, während ihr eigenes Verhalten im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen fragwürdig ist.

Ein *interner innerrechtlicher Konflikt* liegt schließlich vor, wenn ein und derselben Person aufgrund ein und desselben Grundrechts unterschiedliche Ansprüche zustehen. Die genannten Beispielfälle zu dieser Art von Konflikt scheinen zwar äußerst selten vorzukommen, doch es gibt tatsächlich ein Beispiel aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, nämlich die Rechtssache *Kosteski*<sup>26</sup>. Hierbei ging es um die Frage angemessener Vorkehrungen aus religiösen Gründen im Bereich der Beschäftigung. Herr *Kosteski*, der sich ohne Erlaubnis seines Arbeitgebers von seinem Arbeitsplatz entfernt hatte, hat seine Abwesenheit mit seiner Teilnahme am Bayram-Festival begründet, einer religiösen Feierlichkeit der Muslime, die gemäß der Verfassung und den rechtlichen Bestimmungen für mazedonische Bürger muslimischen Glaubens einen öffentlichen Feiertag darstellt. Da er sich trotzdem Disziplinarmaßnahmen unterziehen musste, machte er vor dem Menschenrechtsgerichtshof in Straßburg sowohl eine Verletzung seiner Religionsfreiheit als auch sein Recht auf Nichtdiskriminierung wegen seines religiösen Glaubens geltend<sup>27</sup>. Auch wenn der Gerichtshof äußerst vorsichtig bleibt, weicht er nicht vollständig von der Vorstellung ab, dass Artikel 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention

<sup>26</sup> EGMR, *Kosteski gegen die ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien*, 13. April 2006 (Req. 55170/00). Dieses Beispiel stammt aus dem Beitrag von S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, *Les droits de la personnalité*, op. cit., S. 299 f., Nr. 9.

<sup>27</sup> Herr *Kosteski* machte vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung von Artikel 14 des EMRK (Grundsatz der Nichtdiskriminierung) in Verbindung mit Artikel 9 des EMRK (Religionsfreiheit) geltend. Zur Erinnerung: Bei Artikel 14 des EMRK handelt es sich um eine nicht unabhängige Bestimmung in dem Sinne, dass sie im Rahmen der durch die Konvention garantierten Rechte und Freiheiten einen Schutz vor Diskriminierung garantiert.



(Recht auf Religionsfreiheit) einen Urlaubsanspruch zur Teilnahme an einer religiösen Feierlichkeit begründet. Der Gerichtshof hat allerdings festgestellt, dass die Prüfung der Begründetheit eines solchen Anspruchs dem Beweis der Aufrichtigkeit des religiösen Glaubens der Person, die diesen Anspruch geltend macht, untergeordnet sein kann. Doch eine derartige Forderung beeinträchtigt die von der Konvention garantierte Religionsfreiheit: Praktisch bedeutet das, dass Herr Kostaschi sein Recht auf Gleichbehandlung ungeachtet der Religion nicht wirklich einfordern kann, ohne dafür einen anderen Aspekt seiner Religionsfreiheit opfern zu müssen<sup>28</sup>.

Wendet man die von Zucca vorgeschlagene Typologie auf Konflikte zwischen Grundrechten an, die mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung einhergehen, so kann man deutlich erkennen, dass diese Konflikte über die klassische Hypothese einer Konfrontation zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und einem anderen Grundrecht, wobei die beiden Rechte von zwei verschiedenen Rechteinhabern geltend gemacht wurden, weit hinausgehen. Durch Anwendung der Typologie kann man zudem feststellen, dass sich die Problematik wahrscheinlich in Abhängigkeit davon unterscheidet, ob es sich um einen *internen* oder *externen* Konflikt handelt. Bei einem internen Konflikt muss die Person, die den Grundsatz der Nichtdiskriminierung in Anspruch nimmt, teilweise auf ein anderes Grundrecht verzichten. Wenn dieser Verzicht in Kenntnis der Ursache und gegen bestimmte Garantien erfolgt<sup>29</sup>, lässt sich der Konflikt relativ problemlos lösen. Bei einem externen Konflikt besteht das Dilemma darin, dass der Konflikt nur dadurch zu lösen ist, dass man ein Recht ganz oder teilweise zugunsten des anderen Rechts opfert und dadurch das Grundrecht einer Person gegenüber dem Grundrecht einer anderen Person bevorzugt behandelt wird.

Einige Konflikte können sowohl als innerrechtliche als auch als zwischenrechtliche Konflikte eingestuft werden, ohne sich grundlegend voneinander zu unterscheiden. So kann eine Streitigkeit, bei der das Recht auf Gleichbehandlung mit der Religionsfreiheit kollidiert, zuweilen als ein Konflikt ausgelegt werden, der sich innerhalb des Rechts auf Gleichbehandlung äußert und den auf die Religion oder Weltanschauung begründeten Grundsatz der Nichtdiskriminierung impliziert. Wird diese Streitigkeit hingegen als zwischenrechtlicher Konflikt ausgelegt, so werden die Spannungen in den Vordergrund gestellt, die zwischen verschiedenen Diskriminierungsgründen und insbesondere der religiösen Überzeugung einerseits und dem Geschlecht und der sexuellen Ausrichtung andererseits bestehen. Das Modell eines externen innerrechtlichen Konflikts zeigt zudem inhärente Spannungen bezüglich unterschiedlicher Auffassungen des Begriffs der Gleichbehandlung selbst auf, d. h. Spannungen zwischen der formalen und der substanziellen Gleichbehandlung. Wie sich anhand der Entwicklung von Programmen für positive Maßnahmen zeigt, wird eine Einflussnahme auf den Grundsatz der formalen Gleichbehandlung im Hinblick auf die Verwirklichung der substanziellen Gleichbehandlung heutzutage als notwendig erachtet, wobei eher auf Personengruppen als auf einzelne Personen abgestellt wird. Allerdings ist es wichtig, dass nicht alle bei der Umsetzung des Grundsatzes der substanziellen Gleichbehandlung auftretenden Hindernisse als Rechtskonflikte aufgefasst werden.

<sup>28</sup> Auch wenn hier zwei Ausprägungen der Religionsfreiheit (nicht zwei Aspekte des Rechts auf Gleichbehandlung) miteinander in Konflikt treten, scheint dieser Fall in diesem Zusammenhang relevant zu sein, da er sich mit der Frage der angemessenen Vorkehrungen befasst, die für das Recht auf Gleichbehandlung eine zentrale Rolle spielt.

<sup>29</sup> Siehe zu diesem Thema O. DE SCHUTTER und J. RINGELHEIM, „La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange“, in H. Dumont, F. Ost und S. Van Drooghenbroeck (Hrsg.), *La responsabilité: face cachée des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005, S. 443-481. Siehe auch PH. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Brüssel, Bruylant, 2001.

Die Schwierigkeit, Beispiele für einen *internen innerrechtlichen Konflikt* zu finden, zeigt uns schließlich, dass sich eine Mehrfach- oder intersektionelle Diskriminierung<sup>30</sup> nicht in Konflikten zwischen verschiedenen Aspekten des Rechts auf Gleichbehandlung niederschlägt. Im Gegenteil: Es geht hier darum, eine kumulative bzw. interaktive Dimension zwischen mehreren Gründen, aus denen eine Person diskriminiert wird, zu berücksichtigen, und nicht darum, diese Gründe antinomisch zu analysieren.

<sup>30</sup> Zum Beispiel kann sich eine aus Schwarzafrika stammende Frau, die sich im Rahmen der Einstellung als Diskriminierungsopfer fühlt, auf die Antidiskriminierungsbestimmungen bezüglich der Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, aber auch aufgrund der Rasse berufen (Mehrfachdiskriminierung). Sie kann auch geltend machen, dass die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihrem Fall nicht auf die Tatsache, dass sie eine Frau und dunkelhäutig ist, zurückzuführen ist, sondern darauf, dass sie eine dunkelhäutige Frau ist (intersektionelle Diskriminierung). M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, London, Equality and Diversity Forum, 2008, S. 5, verfügbar auf der Webseite des Equality and Diversity Forum unter der folgenden Adresse: [http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rigts-report\\_web.pdf](http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rigts-report_web.pdf). Siehe auch DANISH INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS, *Lutte contre les discriminations multiples: pratiques, politiques et lois*, Europäische Kommission, 2007.



Gea | 1978

## 3 Auf der Suche nach einer Methodologie

### 3.1 Die Frage der echten und falschen Konflikte

In ihrem Modell zur Behandlung von Fragen im Zusammenhang mit konkurrierenden Rechten empfiehlt Eva Brems als ersten Schritt die Ausklammerung falscher Konflikte<sup>31</sup>. In diesem Zusammenhang stellt sie fest, dass der Konflikt zwischen Grundrechten in einigen Hypothesen kein wesentliches Merkmal des betreffenden Falls darstellt, sondern das Ergebnis eines bestimmten Ansatzes ist<sup>32</sup>. Tatsächlich kann der Konflikt in diesem Fall dadurch ausgeklammert werden, dass eine Lösung gefunden wird, durch die beide Rechte gleichermaßen geschützt werden. In seiner Untersuchung zu verfassungsrechtlichen Dilemmas schränkt Lorenzo Zucca diese Kategorie drastisch ein, indem er feststellt, dass die meisten Konflikte zwischen Grundrechten – sofern sie nicht trügerisch sind – problemlos gelöst werden können, wenn eine Forderung aufgrund rationaler Betrachtung Vorrang vor der anderen Forderung hat<sup>33</sup>. Im Rahmen ihrer Analyse der Methode des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Lösung von Konflikten zwischen Grundrechten haben Olivier De Schutter und die Richterin Françoise Tulkens zunächst zwischen reellen und imaginären Konflikten unterschieden und sich dabei auf die besondere Rechtsordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle berufen<sup>34</sup>.

Auch wenn es uns unerlässlich erscheint, eine künstliche Aufblähung der Problematik der Konflikte zwischen Grundrechten zu vermeiden und Situationen unberücksichtigt zu lassen, die davon nicht betroffen sind<sup>35</sup>, erscheinen die von diesen Autoren vorgeschlagenen Ansätze wenig operationalisierbar zu sein, wenn es darum geht, zu einer Lösung der Konflikte zwischen dem Grundsatz des Rechts auf Gleichbehandlung und den anderen hier behandelten Grundrechten beizutragen. Einerseits ist die Unterscheidung zwischen einem echten und einem falschen Konflikt schwierig umzusetzen, da sie im Grunde genommen vom Referenzkontext abhängt. Mit anderen Worten: Das Ergebnis ist abhängig von der betreffenden Rechtsordnung und kann unterschiedlich ausfallen, je nachdem, ob es sich bei der mit der Lösung des Konflikts beauftragten Stelle um einen nationalen Richter, den Gerichtshof der Europäischen Union oder den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte handelt. Die Analyse eines Gerichts wird zweifellos von den ihm zugewiesenen Aufgaben und Kompetenzen sowie dem Wortlaut und der Auslegung des anwendbaren Rechts in der betreffenden Rechtsordnung beeinflusst. Andererseits scheint dieser erste Schritt, in dem falsche Konflikte ausgeklammert werden und eine Situation damit als Rechtskonflikt eingestuft wird, oftmals damit einherzugehen, dass bereits vorher geeignete Lösungen erörtert werden. Tatsächlich führt dieser Prozess häufig zu einer späteren rechtlichen Argumentation.

<sup>31</sup> E. BREMS, „Introduction“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 4.

<sup>32</sup> So schränkt eine gesetzliche Bestimmung, die auf die Wahrung des Rechts, innerhalb einer angemessenen Frist verurteilt zu werden, abzielt, und Verfahrensfristen nur zum Nachteil des Angeklagten und nicht zum Nachteil des Staatsanwalts vorsieht, das Recht des Angeklagten auf Waffengleichheit ein. Die Forderung einer angemessenen Frist und die Achtung der Waffengleichheit stellen zwei Aspekte eines fairen Verfahrens dar, die gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht zugunsten des jeweils anderen Aspekts aufgegeben werden dürfen. Siehe E. BREMS, „Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, *Human Rights Quarterly*, 2005, S. 294-326.

<sup>33</sup> L. ZUCCA, „Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 28.

<sup>34</sup> „Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 174.

<sup>35</sup> Siehe die Ausführungen im vorherigen Kapitel (Kapitel II.2).

Aus der Frage der Identifikation echter Konflikte zwischen Grundrechten ergibt sich auch die Frage der Abgrenzung von Konflikten zwischen einem Grundrecht und einem „einfachen“ Interesse. Herkömmlicherweise wird im Schrifttum auf die besonderen Merkmale eines Grundrechts gegenüber einem „einfachen“ Interesse hingewiesen<sup>36</sup>. Im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention steht die Beilegung eines Konflikts zwischen einem Grundrecht und einem öffentlichen Interesse im Mittelpunkt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Die Beilegung eines Konflikts folgt einem Ansatz, dem zufolge dem betreffenden Grundrecht *in abstracto* eine privilegierte Position zugewiesen wird (*priority-to-rights principle*)<sup>37</sup> und die bekannte Technik der Verhältnismäßigkeit zur Anwendung kommt, oftmals verbunden mit der Beurteilung, ob die Einflussnahme auf das betreffende Grundrecht oder die betreffende Freiheit „in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich“ ist. Die Rechtssache „Belgischer Sprachenfall“, bei der der Gerichtshof seine ersten Ansätze zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung entwickelt hat, ist in dieser Hinsicht örtlich begrenzt. Der Europäische Gerichtshof stellte diesbezüglich fest, dass die Konvention ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem allgemeinen Interesse der Gemeinschaft und der Achtung der Menschenrechte vorsieht, wobei den Menschenrechten ein besonderer Wert zugesprochen wird<sup>38</sup>. Durch diese *Priority-to-rights*-Vorgehensweise können jedoch keine Konflikte zwischen Grundrechten gelöst werden, die *a priori* gleich behandelt wurden<sup>39</sup>.

### 3.2 Das Argument einer hierarchischen Reihenfolge

Im Hinblick auf die Hypothese eines zwischenrechtlichen Konflikts muss man sich die Frage stellen, ob das Recht auf Gleichbehandlung nicht Vorrang vor den anderen Grundrechten haben müsste. Oder anders ausgedrückt: Hat der Grundsatz der Nichtdiskriminierung Vorrang vor anderen Rechten und Freiheiten? Im Allgemeinen ist die Frage einer eventuellen Hierarchie zwischen den Menschenrechten und der Definition von diesbezüglichen Klassifizierungskriterien intensiv diskutiert worden<sup>40</sup>. Gemäß dem Grundsatz der Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte<sup>41</sup> ist es grundsätzlich zulässig, dass *a priori* keine hierarchische Reihenfolge der einzelnen Rechte vorhanden ist, es sei

<sup>36</sup> Siehe zum Beispiel F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brüssel, Bruylant, 1990, S. 214, Nr. 151; L. ZUCCA, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, op. cit., S. 49-51; M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., S. 5-6. Im Zusammenhang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention siehe O. DE SCHUTTER und F. TULKENS, „Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 175-178.

<sup>37</sup> S. GREER, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, S. 203-213, insbesondere 208.

<sup>38</sup> Rechtssache „Belgischer Sprachenfall“ gegen Belgien, 23. Juli 1968 (Beschw. Nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Serie A, Nr. 6, § 5.

<sup>39</sup> L. CARILOU, „The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 261.

<sup>40</sup> Siehe zum Beispiel E. BRIBOSIA und L. HENNEBEL (Hrsg.), *Classer les droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2004; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Brüssel, Bruylant, Coll. „Droit et Justice“ Nr. 82, 2008, 2. Ausg., S. 84 f. Siehe auch die Verweise in E. BRIBOSIA, „Classification des droits de l'homme“, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials und F. Sudre (Hrsg.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2008, S. 159-164.

<sup>41</sup> Siehe insbesondere die Erklärung und das Aktionsprogramm von Wien, die am 25. Juni 1993 von der Weltkonferenz über Menschenrechte verabschiedet wurden, § 5 (Generalversammlung, Vereinte Nationen, A/CONF.157/23); die Resolution 60/251, am 15. März 2006 von der Nationalversammlung der Vereinten Nationen verabschiedet (A/RES/60/251).

denn, das Völkerrecht sieht bestimmte Prioritätskriterien vor<sup>42</sup>. Auch wenn es unbestritten ist, dass der Gesetzgeber der Europäischen Union durch die Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in verschiedenen Richtlinien dafür sorgen konnte, dass durch diesen Grundsatz die Ausübung anderer Grundrechte innerhalb bestimmter Grenzen eingeschränkt wird, kann man daraus nicht schließen, dass der Gesetzgeber damit beabsichtigt hat, dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung einen vorrangigen Charakter zuzuweisen. Tatsächlich fällt insoweit, als der EU-Gesetzgeber nicht für die Entwicklung der Gesamtheit der Grundrechte zuständig ist, diese Entscheidung nicht in seinen Kompetenzbereich.

Einige Autoren konnten für den Vorrang des Rechts auf Gleichbehandlung plädieren, mit der Begründung, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung die eigene Bedeutung der einzelnen Menschenrechte definiert und damit in gewisser Hinsicht deren Fundament darstellt<sup>43</sup>. Dieser Ansatz ermöglicht es insbesondere, die Unvereinbarkeit zwischen einer religiösen Satzung, die Frauen diskriminiert, und dem Recht auf Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts aus der Kategorie der Konflikte zwischen Grundrechten auszuklammern<sup>44</sup>. Mit anderen Worten: Wenn eine religiöse Satzung diskriminierend ist, hat der Gläubiger keinen Anspruch auf den Schutz, der ihm aufgrund der Religionsfreiheit zustehen würde, da der Grundsatz der Nichtdiskriminierung einen der Eckpfeiler aller Grundrechte darstellt.

Auch wenn eine solche Vorgehensweise verlockend erscheint, scheint sie in absoluten Begriffen nur schwer vertretbar zu sein<sup>45</sup>. Grundsätzlich ist sie mit einer ideologischen Voreingenommenheit verbunden, die der Gleichbehandlung Vorrang vor der Freiheit einräumt und den Kern einer unlösbaren philosophischen Debatte bildet, die weit davon entfernt ist, auf politische und rechtliche Einstimmigkeit zu stoßen<sup>46</sup>. Auf operationeller Ebene scheint sie nicht in der Lage zu sein, die Gesamtheit der Konflikte, die zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten (neben der Religionsfreiheit) bestehen können, zufriedenstellend zu lösen, da allein schon der Begriff der Gleichbehandlung vielschichtig ist und heute die formale und substanzielle Gleichbehandlung, die Chancengleichheit und die Ergebnisgleichheit umfasst.

Das Argument einer hierarchischen Reihenfolge kann auch bei der Hypothese eines innerrechtlichen Konflikts von Bedeutung sein. Bezüglich des Rechts auf Gleichbehandlung betrifft der Konflikt

<sup>42</sup> Beispielsweise im System des EMRK die Tatsache, dass einige wenige der von der Konvention vorgesehenen Rechte absolut sind, während andere Rechte Ausnahmen unterliegen, obwohl eine Prüfung der Rechtsprechung ergibt, dass die absoluten Rechte nicht immer einer gewissen Relativität entbehren [siehe zum Folterverbot (Art. 3 EMRK): EGMR (Große Kammer), *Jalloh gegen Deutschland*, 11. Juli 2006 (Beschw. Nr. 54810/00), §§ 77-83 und die übereinstimmende Meinung des Richters Nicolas Bratza; zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Strafrecht (Art. 7 EMRK): EGMR, *S.W. gegen Vereinigtes Königreich*, 22. November 1995 (Beschw. Nr. 20166/92), §§ 36 und 44, EGMR, *C.R. gegen Vereinigtes Königreich*, 22. November 1995 (Beschw. Nr. 20190/92), §§ 34 und 42, EGMR].

<sup>43</sup> A. STUART, „Back to Basics: Without Distinction – A Defining Principle?“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 101-130. Siehe auch, wenn auch im engeren Kontext der Diskriminierung aufgrund der Rasse, der Rassentrennung und der Apartheid, D. SHELTON, „Mise en balance des droits: vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l’homme“, in E. Bribosia und L. Hennebel (Hrsg.), *Classer les droits de l’homme*, op. cit., S. 157-158.

<sup>44</sup> A. STUART, „Back to Basics: Without Distinction – A Defining Principle?“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 102.

<sup>45</sup> Siehe insbesondere F. BENOÎT-ROHMER, „L’égalité dans la typologie des droits de l’homme“, in E. Bribosia und L. Hennebel (Hrsg.), *Classer les droits de l’homme*, op. cit., S. 135-152.

<sup>46</sup> Siehe hinsichtlich einer Rechtssache betreffend die Berufung einer Studentin, die von einer türkischen Universität ausgeschlossen wurde, weil sie das islamische Kopftuch trug, die Gegenstellungnahme der Richterin Tulkens, in der sie erklärt: „In einer demokratischen Gesellschaft muss meiner Überzeugung nach danach gestrebt werden, die Grundsätze des Laizismus, der Gleichheit und der Freiheit in Einklang miteinander zu bringen – und nicht, sie einander gegenüberzustellen.“ [EMGR (Große Kammer), *Leyla Sahin gegen die Türkei*, 10. November 2005 (Beschw. Nr. 44774/98), § 4].



hier verschiedene Diskriminierungsgründe<sup>47</sup>: klassischerweise eine auf die religiöse Überzeugung begründete Diskriminierung einerseits und eine auf dem Geschlecht und die sexuelle Ausrichtung gestützte unterschiedliche Behandlung andererseits. Es ist bekannt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seiner Rechtsprechung im Laufe der Zeit verschiedene Unterscheidungsmerkmale entwickelt hat<sup>48</sup>, zu denen insbesondere das Geschlecht<sup>49</sup>, die Rasse und ethnische Herkunft<sup>50</sup>, die religiöse Überzeugung<sup>51</sup>, die sexuelle Ausrichtung<sup>52</sup>, die Staatsangehörigkeit<sup>53</sup> und die nichteheliche Geburt<sup>54</sup> gehören. Nach Auffassung des Gerichtshofs kann eine auf diesen Kriterien beruhende Ungleichbehandlung nur durch sehr gute oder schwerwiegende Gründe oder zwingende Erwägungen gerechtfertigt werden<sup>55</sup>. Diese Rechtsprechung, die sich auf eine Nichtdiskriminierungsklausel mit einer offenen Liste verbotener Unterscheidungsgründe (Artikel 14 EMRK) stützt, spricht sich für eine gewisse Hierarchisierung innerhalb des Grundsatzes der Gleichbehandlung aus. Sie ermöglicht jedoch nicht die Lösung zahlreicher Konflikte aus dem Geltungsbereich der europäischen Richtlinien, da die durch den Vertrag von Amsterdam in Artikel 13 EG (später Artikel 19 AEUV) eingeführten Diskriminierungsgründe, abgesehen vom Alter<sup>56</sup> und der Behinderung<sup>57</sup>, heute mithilfe von verdächtigen Kriterien beurteilt werden. Dies würde nicht gelten, wenn diese verdächtigen Kriterien selbst hierarchisiert wären, was jedoch, außer in einem gewissen Maße

<sup>47</sup> Für umfassendere Darlegungen zu Konflikten zwischen Diskriminierungsgründen siehe M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., S. 13 f.

<sup>48</sup> Für eine kritische Darstellung dieser Rechtsprechung siehe D. MARTIN, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Brüssel, Bruylant, 2006, S. 272-284, Nr. 398-418.

<sup>49</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Abdulaziz, Cabales und Bakandali gegen das Vereinigte Königreich*, 28. Juni 1985 (Beschw. Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81), § 78.

<sup>50</sup> Siehe insbesondere die unten zitierten Urteile (Fußnote 55). Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist jedoch nicht von Inkohärenzen ausgenommen: Siehe beispielsweise EGMR, *Oršuš gegen Kroatien*, 17. Juli 2008 (Beschw. Nr. 15766/03; am 1. Dezember an die Große Kammer zurückverwiesene Rechtssache), bei der die Erste Kammer des Gerichtshofs nur eine Ungleichbehandlung aufgrund sprachlicher Kompetenzen (nichtverdächtiges Unterscheidungskriterium) in Betracht gezogen hat und eine Untersuchung der Rechtssache aus dem Blickwinkel einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Rasse abgelehnt hat.

<sup>51</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Hoffmann gegen Österreich*, 23. Juni 1993 (Beschw. Nr. 12875/87), § 36.

<sup>52</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta gegen Portugal*, 21. Dezember 1999 (Beschw. Nr. 33290/96), § 36.

<sup>53</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Gaygusuz gegen Österreich*, 16. September 1996 (Beschw. Nr. 17371/90), § 42.

<sup>54</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Inze gegen Österreich*, 28. Oktober 1987 (Beschw. Nr. 8695/79), § 41.

<sup>55</sup> Es sei betont, dass nach Auffassung des Gerichtshofs keine Ungleichbehandlung, die ausschließlich oder in einem deutlichen Umfang aufgrund der ethnischen Herkunft einer Person stattfindet, in objektiver Weise gerechtfertigt werden kann [EGMR, *Timichev gegen Russland*, 13. Dezember 2005 (Beschw. Nrn. 55762/00 und 55974/00), § 58; EGMR (Große Kammer) *gegen die Tschechische Republik*, 13. November 2007 (Beschw. Nr. 57325/00), § 176; EGMR, *Sampanis gegen Griechenland*, 5. Juni 2008 (Beschw. Nr. 32526/05), § 69].

<sup>56</sup> Siehe auch die wichtigen Debatten der Rechtsprechung, die nach dem Urteil *Mangold* zur Existenz eines allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes zur Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters geführt wurden. Eine Zusammenfassung dieser Debatten findet sich in den Schlussanträgen der Generalstaatsanwältin Sharpston vor dem Urteil des EuGH, *Bartsch*, 22. Mai 2008, Rechtssache C-427/06, sowie im Artikel von E. BRIBOSIA, „La lutte contre les discriminations dans l'Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée“, in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten/Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart, S. Sottiaux und S. Van Drooghenbroeck (Hrsg.), Brüssel, Brügger, La Charte, Die Keure, 2008, S. 31-62.

<sup>57</sup> In seinem Urteil *Glor gegen die Schweiz* vom 30. April 2009 (Beschw. Nr. 13444/04) hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darauf verzichtet, die Behinderung als verdächtiges Kriterium zu qualifizieren. Dabei hat er eine strenge Verhältnismäßigkeitskontrolle durchgeführt und nur einen Ermessensspielraum vorgesehen, der deutlich geringer ist als der der Schweiz, um eine Gesetzgebung zu rechtfertigen, für die sich herausstellen kann, dass sie der Notwendigkeit widerspricht, gegen die Diskriminierung von behinderten Personen zu kämpfen und ihre vollständige Teilnahme und Integration in die Gesellschaft zu fördern (§ 84).

hinsichtlich der Diskriminierung aufgrund der Rasse<sup>58</sup>, unserer Ansicht nach aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht hervorgeht.

Dennoch hat der Gesetzgeber der Europäischen Union einige Möglichkeiten zur Lösung von Konflikten zwischen verschiedenen Diskriminierungsgründen genannt. So ist in Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich festgelegt, dass die Ausnahmen zum Verbot der unmittelbaren, auf die Religion oder Weltanschauungen gegründeten Diskriminierung, die die Mitgliedstaaten in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, vorsehen können, keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aus einem anderen Grund rechtfertigt (beispielsweise aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Ausrichtung)<sup>59</sup>.

### 3.3 Einige eigene Leitlinien als Ergänzung der rechtlichen Argumentation

Mitunter werden bestimmte Konflikte bereits im Vorfeld vom Gesetzgeber entschärft, doch offensichtlich werden Fälle der Kollision des Rechts auf Gleichbehandlung mit einem anderen Grundrecht auch sehr oft an einen Richter übergeben, der darüber zu urteilen hat. Auch wenn die Lösung eines solchen Konflikts unweigerlich je nach zuständigem Gericht (nationales Gericht, Gerichtshof der Europäischen Union oder Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) unterschiedlich angegangen wird und in diesem Stadium keine Methode als ideal bezeichnet werden kann, so gibt es unserer Ansicht nach doch einige Elemente, die der rechtlichen Argumentation als Leitfaden dienen können.

Auf der Suche nach einer geeigneten Methode zur Erfassung der Konflikte zwischen Grundrechten stellt Sébastien Van Drooghenbroeck fest, dass dem Begriff *praktische Konkordanz* in den letzten Jahren in der Lehrmeinung eine wachsende Bedeutung zugekommen ist: „Der komplexe Begriff der ‚praktischen Konkordanz‘, der aus der deutschen verfassungsrechtlichen Lehrmeinung übernommen wurde, betont die Tatsache, dass dann, wenn zwei Grundrechte miteinander in Konflikt stehen, keines dieser Grundrechte *a priori* zugunsten des anderen Grundrechts geopfert werden kann. Die beiden konkurrierenden Rechte müssen gegenseitige Zugeständnisse machen: Die jeweiligen Ansprüche müssen gesenkt werden, um den zwischen den Rechten bestehenden Konflikt zu beseitigen oder zumindest so gut wie möglich zu ‚mildern‘ oder ‚zurückzudrängen‘“<sup>60</sup>. Der Status dieses Ansatzes darf jedoch nicht überbewertet werden: Es handelt sich hierbei vor allem um einen „regulativen Horizont“ für die Auslegungstätigkeit derjenigen Person, die einem Konflikt zwischen Grundrechten ausgesetzt ist. Diese ist aufgefordert, von ihrer Erfindungsgabe und Phantasie Gebrauch zu machen<sup>61</sup>. Außerdem darf nicht vergessen werden, dass der von dem Verfassungsrechtler Konrad Hesse geprägte Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwendet wurde,

<sup>58</sup> Man kann tatsächlich feststellen, dass man nach Auffassung des Gerichtshofs in keinem Fall die Möglichkeit zulassen kann, auf das Recht zu verzichten, kein Gegenstand einer Diskriminierung aufgrund der Rasse zu sein. Der Gerichtshof begründet dies damit, dass ein solcher Verzicht mit einem wichtigen öffentlichen Interesse kollidieren würde [D.H. gegen die Tschechische Republik (Große Kammer), 13. November 2007 (Beschw. Nr. 57325/00), § 204; Sampanis gegen Griechenland, 5. Juni 2008 (Beschw. Nr. 32526/05) § 95; hinsichtlich der Religionsfreiheit lässt der Gerichtshof hingegen vertragliche Abweichungen zu (siehe Kapitel II.3)].

<sup>59</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.2 näher erläutert.

<sup>60</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, *Les droits de la personnalité*, op. cit., S. 299 f., Nr. 26. Für Beispiele zur Anwendung dieses Grundsatzes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte siehe ebenda, Nr. 28-33.

<sup>61</sup> *Ibidem*, Nr. 27.

um auf sich aus dem deutschen Grundgesetz ergebende Konflikte zu reagieren, die daraus resultieren, dass einige Grundfreiheiten<sup>62</sup> aus historischen Gründen absolut ausgedrückt sind<sup>63</sup>.

Sobald der Grundsatz der „praktischen Konkordanz“ als „regulatorischer Horizont“, d. h. als allgemeine Verhaltensrichtlinie für den Richter, betrachtet wird, muss noch die Entscheidungstechnik festgelegt werden, die in diesem Horizont umgesetzt werden soll. Überlegungen zu diesem Thema basieren in der Regel auf der Europäischen Menschenrechtskonvention. In diesem Zusammenhang wird mitunter die Meinung vertreten, dass die *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, die klassischerweise bei der Regelung von Konflikten zwischen einem Grundrecht und einem öffentlichen Interesse verwendet wird, auch bei Konflikten zwischen Grundrechten angewendet werden kann, vorausgesetzt, dass sie an den „regulatorischen Horizont“ des Grundsatzes der „praktischen Konkordanz“ angepasst wird, dessen Ziel es ist zu vermeiden, dass ein Grundrecht zugunsten eines anderen Grundrechts geopfert wird<sup>64</sup>. Andere wiederum denken, dass diese Prüfung nur in einem Rahmen durchführbar ist, der die Umsetzung des *Priority-to-rights*-Grundsatzes zulässt<sup>65</sup>. Sie betonen das Bild des *Gleichgewichts bzw. der Balance zwischen den vorliegenden Interessen* und kommen zu folgendem Schluss: „*Balancing [...] raises more questions than it provides answers*“<sup>66</sup>. Die weitere Erörterung dieser Kontroverse würde den Rahmen dieses Berichts sprengen. Wichtiger als eine umfassende Entscheidungstechnik, die nach Ansicht der nationalen Richter unmöglich zu finden ist, erscheint es uns, Hilfsmittel und Kriterien bereitzustellen, die den Richter bei seiner Tätigkeit unterstützen können. Zu diesem Zweck ist es interessant, die im Schrifttum hervorgehobenen Elemente aufzugreifen und zu erweitern, um mit Konflikten zwischen Grundrechten im Allgemeinen umzugehen und um ihre Relevanz für die Lösung von Konflikten zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und einem anderen Grundrecht oder einer anderen Grundfreiheit zu beurteilen.

Erstens kann der Begriff des Rechtsmissbrauchs, der aus der Rechtsprechung zahlreicher Zivilrechtssysteme des 19. und 20. Jahrhunderts entstehen konnte, dazu beitragen, dass einige Hypothesen zu Rechtskonflikten entschärft werden. Damals ging es darum, insbesondere im Code Napoléon von 1804, dem absoluten Eigentumsrecht seinen sakralen Charakter zu nehmen, um dessen Ausübung einzuschränken, wenn der Rechteinhaber von seinem Recht in der Absicht Gebrauch machte, einer anderen Person zu schaden, oder wenn der mit der Ausübung dieses Rechts verbundene Vorteil gegenüber der damit einhergehenden Benachteiligung unverhältnismäßig oder minimal war<sup>67</sup>. Der Begriff des Rechtsmissbrauchs wurde, wenn auch in großen Teilen überarbeitet, in die Europäische Menschenrechtskonvention (Artikel 17) aufgenommen und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs mehrere Male zur Abgrenzung der Ausübung der Meinungsfreiheit im Zusammenhang mit rassistischen oder hasserfüllten Äußerungen verwendet. Darüber hinaus könnte dieser Begriff auch bei der Einschränkung öffentlicher religiöser Kundgebungen nützlich sein, die beispielsweise gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen oder Homosexuellen verstoßen.

<sup>62</sup> Zum Beispiel die Religionsfreiheit (Art. 4 §§ 1-2 Grundgesetz) oder die Freiheit der Kunst und Wissenschaft (Art. 5 § 3 Grundgesetz).

<sup>63</sup> T. MARAUHN und N. RUPPEL, „Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse’s Notion of ‚Praktische Konkordanz‘ and the German Federal Constitutional Court“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 274-276.

<sup>64</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflicts entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, *Les droits de la personnalité*, op. cit., S. 299 f., Nr. 35.

<sup>65</sup> O. DE SCHUTTER und F. TULKENS, „Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 188-191.

<sup>66</sup> *Ibidem*, S. 197.

<sup>67</sup> Siehe hierzu M. GALENKAMP, „Towards a Socialisation of Fundamental Rights“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 158-160.

Zweitens betont Eva Brems, dass es wichtig ist, zwischen der Substanz und der Peripherie der konkurrierenden Rechte zu unterscheiden, um einem Recht, dessen Substanz durch den Konflikt beschädigt wird, Vorrang vor einem Recht zu geben, bei dem lediglich die Peripherie betroffen ist<sup>68</sup>. Dieses Kriterium führt uns unweigerlich zur Beurteilung der Schwere der Interferenz zwischen den Rechten, die durch die Ausübung der Rechte verursacht wurde. Der Zweck dieses Kriteriums, dass ein Recht nicht zugunsten eines anderen Rechts geopfert wird, führt uns erneut zur Umsetzung des Grundsatzes der „praktischen Konkordanz“.

Drittens veranlasst das Infragestellen anderer Rechte innerhalb des Konflikts aufgrund der indirekten Implikation Dritter Eva Brems zu der Empfehlung, der Ausübung der Grundfreiheit einen Mindestschutz zu gewähren, der indirekt auch die Rechte Dritter betrifft<sup>69</sup>. Dieselbe Argumentation gilt für den Fall, dass ein wichtiges Allgemeininteresse für den Vorrang eines der konkurrierenden Rechte spricht.

Viertens beschäftigt sich Eva Brems mit der Frage, ob man davon ausgehen kann, dass sich die direkte Einflussnahme einer staatlichen Stelle (Verbot der Wahrung der Rechte und Freiheiten) als schwerwiegender herausstellt als deren Zurückhaltung (Pflicht zum Schutz der Rechte und Freiheiten), insofern, als der erste Fall im Rahmen eines Konflikts zwischen Grundrechten viel kritischer zu beurteilen ist als der zweite Fall. Im gleichen Zusammenhang hat Marjolein van den Brink festgestellt, dass bei einem internen Konflikt bezüglich des Rechts auf Gleichbehandlung, bei dem das Verbot einer unmittelbaren Diskriminierung dem Verbot einer mittelbaren Diskriminierung gegenübersteht, dem Verbot der unmittelbaren Diskriminierung Vorrang gegeben werden sollte<sup>70</sup>. Diese *A-priori*-Hierarchisierung von unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierungen, die auf der klassischen Prämisse beruht, dass eine unmittelbare Diskriminierung sozial schwerwiegender ist als eine mittelbare Diskriminierung, muss unserer Ansicht nach im Hinblick auf Studien, die zeigen, wie sich Akteure aus Wirtschaft und Gesellschaft auf antidiskriminierende Maßnahmen einstellen und wie wesentlich das Konzept der mittelbaren oder strukturellen Diskriminierung für die Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ist, relativiert werden<sup>71</sup>. Außerdem verweist Marjolein van den Brink auf den Fall von Verweigerern aus Gewissensgründen in den Niederlanden, bei dem es um einen Konflikt zwischen der mittelbaren Diskriminierung aufgrund ihrer religiösen Überzeugungen auf der einen Seite und der unmittelbaren Diskriminierung von homosexuell orientierten Personen, die heiraten möchten, auf der anderen Seite geht, und spricht sich für eine Lösung des Konflikts zugunsten der homosexuellen Personen aus<sup>72</sup>. Diese Argumentation erscheint uns insoweit von sehr begrenzter Tragweite zu sein, als der Verweigerer aus Gewissensgründen sich als Opfer hätte fühlen können, und zwar nicht als Opfer einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund seiner religiösen Überzeugung, sondern als Opfer von Mobbing aus demselben Grund. In diesem Fall hätte dem Richter kein Argument in Bezug auf die Hierarchie bei der Beilegung des Konflikts geholfen.

<sup>68</sup> E. BREMS, „Introduction“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 5.

<sup>69</sup> Ibidem.

<sup>70</sup> M. VAN DEN BRINK, „If there is anyone, who has an objection to this marriage ...: Religious objections to conducting marriages of same-sex couples in the Netherlands“, Beitrag zum Seminar *Religion in the public sphere*, Universität Utrecht, 8. Mai 2008, zitiert von E. Brems im Rahmen des *Séminaire juridique sur la mise en œuvre du droit communautaire en matière d'égalité des chances et de lutte contre les discriminations*, Europäische Union, Human European Consultancy, Migration Policy Group & Universität Utrecht, 9. Oktober 2009. Zum Thema „Verweigerer aus Gewissensgründen“ siehe Kapitel II.3.

<sup>71</sup> Siehe zum Beispiel P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten mit dem Ziel der Bemessung des Ausmaßes und der Auswirkung von Diskriminierung in den Vereinigten Staaten, Kanada, Australien, im Vereinigten Königreich und den Niederlanden*, Bericht für die Europäische Kommission, GD Beschäftigung und soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Luxemburg, 2004, insbesondere S. 86-89.

<sup>72</sup> Dieses Beispiel wird in Kapitel II.3 näher erläutert.

Fünftens erscheint uns der Verfahrensweg nach den Ausführungen von Richterin Françoise Tulkens, Olivier De Schutter<sup>73</sup> und Sébastien Van Drooghenbroeck<sup>74</sup> als ein fruchtbarer Weg, der den Subjektivismus reduziert, der den Lösungen zur Unterscheidung von Konflikten zwischen Grundrechten innewohnt. Dieser prozessbezogene Ansatz deckt mehrere Dimensionen ab. Erstens geht es bei der Lösung eines Konflikts *in concreto* darum, die Qualität des von der beteiligten „Autorität“ (öffentliche Behörde, Arbeitgeber, Schulbehörde, Legislative, Einrichtung zur Förderung der Gleichbehandlung, nationaler Richter usw.) durchgeführten Entscheidungsprozesses zu prüfen<sup>75</sup>, mit dem Ziel, die konkurrierenden Rechte unter Beachtung einer „Diskussionsethik“ so gut wie möglich in Einklang zu bringen<sup>76</sup>. Zweitens obliegt es dem mit der Streitsache betrauten Richter zu beurteilen, in welchem Maße er das am besten geeignete *Forum* für eine Grundsatzentscheidung zum betreffenden Konflikt darstellt. Für den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte oder den Gerichtshof der Europäischen Union kann dies bedeuten, dass sie mit dem nationalen Beurteilungsspielraum konfrontiert sind, während dies für den nationalen Richter implizieren kann, dass er sich zwar mit der Rechtssache *in casu* befasst und so gut wie möglich von einem Rechtsvergleich Gebrauch macht, die Verantwortung an den Gesetzgeber zurückgibt und eine Debatte in demokratisch gewählten Gremien auslöst. Dieser letzte Ansatz kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn sich die Umwandlung des Hintergrunds, vor dem ein Konflikt wiederholt auftritt, als notwendig erweist.

<sup>73</sup> O. DE SCHUTTER und F. TULKENS, „Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, op. cit., S. 207-213.

<sup>74</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, *Les droits de la personnalité*, op. cit., S. 299 f., Nr. 61-69.

<sup>75</sup> Dies hängt von der jeweiligen Ebene ab: So muss ein nationaler Richter z. B. die Qualität eines Prozesses untersuchen, der von einer öffentlichen Behörde oder einem Arbeitgeber geführt wurde, um einen Konflikt zwischen zwei konkurrierenden Werten zu lösen; der Gerichtshof der Europäischen Union oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sind ihrerseits auch an der Qualität des Prozesses vor dem nationalen Richter interessiert usw.

<sup>76</sup> J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Übersetzung aus dem Deutschen von M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992.



Berdien | 1984



## Teil II

# Sonderfälle von Konflikten zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung und anderen Grundrechten

# 1 Das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Grundsatz der Gleichbehandlung

Das Recht auf Achtung des Privatlebens, das insbesondere in Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, in Artikel 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sowie in den Verfassungen der Mitgliedstaaten kodifiziert ist, stellt eines der Grundrechte dar, mit denen der in den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG enthaltene Grundsatz der Gleichbehandlung interagieren kann.

Die Interferenzen sind in Wirklichkeit vielfältig, denn das Recht auf Achtung des Privatlebens ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein immer umfassenderer Begriff<sup>77</sup>, der mit dem Diskriminierungsverbot in mehrdeutigen Beziehungen steht. Um es mit den Worten von Olivier De Schutter zu sagen: Die Frage der Beziehungen zwischen Nichtdiskriminierung und Privatleben ist tatsächlich von einer fürchterlichen Komplexität<sup>78</sup>.

Ursache dieser Schwierigkeit sind insbesondere die verschiedenen sich ergänzenden Rechtsvorschriften zur Achtung des Privatlebens, die vor allem die Wahrung der „Intimsphäre des Individuums“<sup>79</sup> vorsehen und auf das Recht auf ein „soziales Privatleben“ bzw. das „Recht jedes Einzelnen, Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen und fortzuentwickeln“<sup>80</sup> sowie auf das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten<sup>81</sup> und schließlich auf ein Recht auf Selbstbestimmung<sup>82</sup> ausgeweitet sind. Jeder dieser Aspekte des Schutzes des Privatlebens kann mit dem Diskriminierungsverbot interferieren, sei es durch Einschränkung des Geltungsbereichs dieses Verbots durch Ausschluss von Bereichen aus Privat- und Familienleben, sei es durch eine garantierte Vorgehensweise bei der Behandlung personenbezogener Daten, sei es durch die Bekämpfung von Diskriminierungen durch das Verbot der Angaben bestimmter privater Daten.

<sup>77</sup> F. SUDRE (Hrsg.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005, 336 Seiten (insbesondere, F. SUDRE, „Rapport introductif. La ‚construction‘ par le juge européen du droit au respect de la vie privée“, S. 11-33); F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, op. cit.

<sup>78</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brüssel, P.I.E. Peter Lang, 2001, S. 33 f.

<sup>79</sup> Dies ist das „Recht auf Intimsphäre im Privatleben“, der wichtigste Aspekt zum Privatleben, wie ursprünglich in der Europäischen Menschenrechtskonvention festgelegt (F. SUDRE, „Rapport introductif. La ‚construction‘ par le juge européen du droit au respect de la vie privée“, op. cit., S. 13).

<sup>80</sup> EGMR, *Niemietz gegen Deutschland*, 16. Dezember 1992 (Beschw. Nr. 13710/88), kommentiert F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE und M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 4. Auflage, S. 463-469.

<sup>81</sup> Diese Ausprägung des Rechts auf Privatleben stammt aus Artikel 8 der EMRK und wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen des Urteils *Rotaru gegen Rumänien* (Große Kammer), 4. Mai 2000 (Beschw. Nr. 28341/95) erwähnt. Siehe hierzu O. DE SCHUTTER, „Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, S. 137-183.

<sup>82</sup> Dieser Begriff wird am Anfang des Urteils des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im Fall *Pretty gegen Vereinigtes Königreich* vom 29. April 2002 (Beschw. Nr. 2346/02) aufgeführt, in: F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE und M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., S. 452-463.

## 1.1 Das Privatleben als Wahrung einer „Intimsphäre des Individuums“ und eines „sozialen Privatlebens“

Der erste Fall, in dem es zu Spannungen zwischen den Anforderungen des Rechts auf Privat- und Familienleben und dem sich aus dem EU-Recht ergebenden Diskriminierungsverbot kommen kann, betrifft die Anwendung dieses Verbots auf private Angelegenheiten, sei es die Einstellung von Hausangestellten, die Anstellung in einem Familienbetrieb oder die Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen in einem privaten Rahmen. Diese Hypothesen, die alle eine Interferenz mit dem Privatleben implizieren, sind auf zahlreiche praktische Fälle anwendbar (*externe zwischenrechtliche Konflikte*). Kann beispielsweise eine Familie, die Dienstpersonal einstellen möchte, das sich um eine ältere Frau kümmern soll, sich weigern, diese Stelle an einen Mann zu vergeben? Darf man in einer Kleinanzeige zur Einstellung einer Tagesmutter angeben, dass diese dieselbe ethnische Herkunft oder dieselbe religiöse Überzeugung haben muss wie die Familie und die Kinder, um die sie sich kümmern wird? Kann sich ein Arbeitgeber in einem Familienbetrieb bei der Einstellung von Mitarbeitern auf sein Recht auf Achtung des Privatlebens berufen, ohne die im Recht der Europäischen Union vorgesehenen Bestimmungen zum Grundsatz auf Gleichbehandlung zu beachten?

Bevor man diese Fragen beantworten kann, muss man zunächst untersuchen, ob der materielle Geltungsbereich des vom EU-Recht vorgesehenen Diskriminierungsverbots im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens möglicherweise beschränkt ist.

Diese Untersuchung stand im Mittelpunkt einer Vertragsverletzungsklage gegen das Vereinigte Königreich, die aufgrund der nicht fristgerechten Umsetzung der Richtlinie 76/207/EWG im Hinblick auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Beschäftigung und Beruf geführt wurde<sup>83</sup>. Einer der Beschwerdepunkte der Kommission betraf den Ausschluss von Beschäftigungsverhältnissen in einem privaten Haushalt (*private household*) und von Unternehmen mit weniger als fünf Mitarbeitern im Geltungsbereich des *Sex Discrimination Act* von 1975 [Section 6(3)]. Das Vereinigte Königreich beabsichtigte, diese Ausnahme in den in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG genannten Begriff der entscheidenden beruflichen Anforderung aufzunehmen<sup>84</sup>. Bei dieser Gelegenheit hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Ausnahme betreffend eine Anstellung in einem Privathaushalt darauf abzielt, den Grundsatz der Gleichbehandlung mit dem Grundsatz der Achtung des Privatlebens in Einklang zu bringen, und diese Abstimmung Bestandteil der Elemente ist, die bei der Festlegung des Geltungsbereichs der in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme berücksichtigt werden müssen<sup>85</sup>. Allerdings hat der Gerichtshof die Ausnahme als zu umfassend beurteilt, da das Geschlecht aufgrund der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeit nicht bei allen Beschäftigungsverhältnissen in einem privaten Haushalt eine unabdingbare Voraussetzung darstellt<sup>86</sup>. Dasselbe gilt für alle kleinen Unternehmen mit weniger als fünf Mitarbeitern, da in keiner Weise bewiesen werden kann, dass das Geschlecht des Arbeitnehmers in allen Unternehmen dieser Größe eine unabdingbare Voraussetzung darstellt<sup>87</sup>.

Aus dieser Entscheidung können mehrere Schlüsse gezogen werden. Erstens reicht die Berufung auf das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nicht aus, um Hausangestellte aus dem materiellen Geltungsbereich der Richtlinie auszuschließen. Zweitens hat der Gerichtshof festgestellt,

<sup>83</sup> Richtlinie 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. L 39 vom 14.2.1976, S. 40-42). EuGH, *Kommission gegen das Vereinigte Königreich*, 8. November 1983, Rechtssache 165/82.

<sup>84</sup> *Ibidem*, Punkt 12.

<sup>85</sup> *Ibidem*, Punkt 13.

<sup>86</sup> *Ibidem*, Punkt 14.

<sup>87</sup> *Ibidem*, Punkt 15.

dass Betrachtungen zum Privatleben gleichwohl über den Weg einer Ausnahme berücksichtigt werden können, die dann zur Anwendung kommt, wenn das Geschlecht eine unabdingbare Voraussetzung einer beruflichen Tätigkeit darstellt, sei es aufgrund des Wesens der Tätigkeit oder aufgrund der Bedingungen ihrer Ausübung. Schließlich lehnt die Entscheidung eine Ausnahme, wie sie im englischen Recht vorgesehen ist, mit der Begründung ab, dass sie zu umfassend und folglich im Vergleich zur engen Auslegung, die man in Bezug auf die Ausnahme vornehmen muss, unverhältnismäßig ist.

Weder die Richtlinie 2000/43/EG noch die Richtlinie 2000/78/EG schließen Hausangestellte grundsätzlich aus ihrem materiellen Geltungsbereich aus, da Diskriminierungen bezüglich der „Bedingungen [...] für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit, unabhängig von Tätigkeitsfeld und beruflicher Position“<sup>88</sup> verboten sind. Außerdem hatte die Richtlinie 2000/43/EG in diesem Zusammenhang einen bedeutenden Einfluss auf das Recht des Vereinigten Königreichs. Ursprünglich sah der *Race Relations Act* von 1976 ähnliche Ausnahmen zum Diskriminierungsverbot bezüglich kleiner Unternehmen mit maximal fünf Mitarbeitern und Beschäftigungsverhältnissen in Privathaushalten vor. Diese Ausnahmen, die mit einer bestimmten Rechtsauffassung zum Privatleben begründet werden konnten, wurden abgeschafft, um den Vorgaben der Richtlinie 2000/43/EG Folge zu leisten. Lediglich eine einzige, engere Ausnahme wurde beibehalten. Diese besagt, dass die Rasse eine wesentliche berufliche Anforderung darstellen kann, wenn die Aufgabe des Arbeitnehmers darin besteht, für Mitglieder derselben Rassengruppe Dienstleistungen zu erbringen, die das Wohlbefinden dieser Personen fördern, und diese Dienstleistung am besten von einer Person dieser Gruppe erbracht wird<sup>89</sup>. Wir kommen also wieder auf die Möglichkeit zurück, dem Verbot jeglicher unmittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft zu entgehen, wenn die Rasse oder ethnische Herkunft unter Berücksichtigung der Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeit als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung gilt, sofern der Zweck legitim und diese Anforderung verhältnismäßig ist<sup>90</sup>. Die Berücksichtigung des privaten oder häuslichen Charakters der Beschäftigung kommt als eines der Elemente ins Spiel, die die Bedingungen der Ausübung der betreffenden Tätigkeit bilden, ohne dass daraus eine einfache Ausnahme des Geltungsbereichs der Richtlinie abgeleitet wird.

Aus diesem Blickwinkel betrachtet ist die Konformität des materiellen Geltungsbereichs des irischen *Employment Equality Act* 1998-2007 mit den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG fragwürdig. Dort ist ausdrücklich festgelegt, dass das Diskriminierungsverbot nicht für die Erbringung persönlicher Dienstleistungen in einem privaten Haushalt gilt, d. h. für Dienstleistungen, die in der Wohnung einer Person erbracht werden, einschließlich, jedoch nicht beschränkt auf Dienstleistungen, die aufgrund ihrer Art an Eltern statt („*in loco parentis*“) erbracht werden oder die darin bestehen, sich um in der betreffenden Wohnung lebende Personen zu kümmern<sup>91</sup>.

Bezüglich des Diskriminierungsverbots beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und deren Bereitstellung legt die Richtlinie 2000/43/EG, die sich als Erstes mit diesem wichtigen Thema befasst hat, ausdrücklich fest, dass nur diejenigen Güter und Dienstleistungen darunter fallen, die „der Öffentlichkeit

<sup>88</sup> Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG.

<sup>89</sup> Section 5(2) (d) des *Race Relations Act* von 1976. Siehe N. BAMFORTH, M. MALIK und C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., S. 857; M. BELL, „Direct Discrimination“, in D. Schieck, L. Waddington und M. Bell, *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon, Hart publishing, 2007, S. 286.

<sup>90</sup> Artikel 4 der Richtlinie 2000/43/EG. Siehe zu diesem Thema Kapitel II.2.1.

<sup>91</sup> Section 2 (1) des *Employment Equality Act* 1998-2007 (eigene Übersetzung). O. O'FARRELL, „European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field“, *Ireland Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, Abschnitt 3.2.1.

zur Verfügung stehen<sup>92</sup>. Wahrscheinlich unter dem Einfluss wichtiger Debatten, die in Deutschland im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG zum Ausgleich zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Privatleben geführt wurden<sup>93</sup>, wurde diese Bestimmung durch die Richtlinie 2004/113/EG verschärft<sup>94</sup>. Diese Richtlinie erweitert den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts auf „alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehender Person zur Verfügung stehen, und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, und *die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens* und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen *angeboten werden*“<sup>95</sup>. Der aktuell diskutierte Richtlinienentwurf vom 2. Juli 2008<sup>96</sup> enthält folgende Bestimmung: „Was den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen angeht, sind nur berufliche oder gewerbliche Tätigkeiten betroffen. Anders ausgedrückt, Transaktionen zwischen Privatpersonen, die als solche handeln, fallen nicht unter die Richtlinie: Die Vermietung eines Zimmers in einem Privathaus muss nicht auf die gleiche Weise behandelt werden wie die Vermietung von Hotelzimmern“<sup>97</sup>.

Diese unterschiedlichen Bestimmungen zum ausdrücklichen Ausschluss von Transaktionen zwischen Privatpersonen aus dem Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots hinsichtlich des Angebots von Gütern und Dienstleistungen führt zu mehrdeutigen Betrachtungsweisen der im Bereich der Beschäftigung vorherrschenden Situation. Bedeutet dies *a contrario*, dass in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung Hausangestellte als solche nicht vom Geltungsbereich der europäischen Richtlinien ausgeschlossen sind, außer im Zusammenhang mit wesentlichen beruflichen Anforderungen? Muss man im Gegenteil daraus schließen, dass Arbeitnehmer, aus dem gleichen Grund wie Transaktionen zwischen Privatpersonen, von Amts wegen vom Geltungsbereich des Diskriminierungsverbots im Hinblick auf die Achtung des Privatlebens ausgeschlossen sind? Die vorbereitenden Arbeiten für die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG bieten in dieser Hinsicht keine Klärung.

Die Begründung zum Protokoll Nr. 12 des EMRK scheint das Gleichgewicht zugunsten der zweiten Interpretation zu verschieben. Zur Festlegung der positiven Verpflichtungen, die Staaten im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot im Bereich der Beziehungen zwischen Einzelnen auferlegt werden können, präzisiert das Protokoll, dass diese allenfalls die Beziehungen in dem normalerweise vom Gesetz geregelten öffentlichen Bereich betreffen würden, für den der Staat eine gewisse Verantwortung trägt (zum Beispiel: die willkürliche Verweigerung des Zugangs zu Beschäftigung, zu Restaurants oder zu Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit von Einzelnen zur Verfügung gestellt werden können, wie beispielsweise Dienstleistungen im Gesundheitswesen oder die Wasser- und Stromversorgung usw.). Außerdem ist Folgendes zu beachten: „Rein private Angelegenheiten sind natürlich nicht betroffen. Die Regelung solcher Angelegenheiten könnte ebenfalls mit dem Recht jedes Einzelnen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seiner Korrespondenz gemäß Artikel 8 der Konvention interferieren. Diese Option

<sup>92</sup> Diese Bestimmung wird verstärkt durch Absatz 4 der Richtlinie 2000/43/EG, der Folgendes besagt: „Ferner ist es wichtig, dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt“.

<sup>93</sup> M. BELL, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 292.

<sup>94</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37-43.

<sup>95</sup> Hervorhebung von uns.

<sup>96</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, 2. Juli 2008, KOM(2008) 426 endg.

<sup>97</sup> Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe d zum Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum: „Buchstabe d gilt für Einzelne nur insoweit, als sie ihre berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausüben.“

Gabriël | 1989

Marloes | 1993



wurde vom deutschen Gesetzgeber aufgegriffen, mit dem Ziel, Nichtdiskriminierung und Privatleben in Einklang zu bringen. So ist in § 19 (5) des deutschen Gleichbehandlungsgesetzes aus dem Jahr 2006 zur Umsetzung antidiskriminierender Richtlinien Folgendes festgelegt: „Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird [...]“<sup>98</sup>. Eine klarstellende Auslegung seitens des Gerichtshofs der Europäischen Union wäre hier sicherlich sehr willkommen.

## 1.2 Die Privatsphäre als Recht auf den Schutz persönlicher Daten

Den zweiten Aspekt des Rechts auf Achtung der Privatsphäre, der mit dem Diskriminierungsverbot in Wechselwirkung stehen kann, ist der Schutz persönlicher Daten. Dieses Recht wurde zunächst im Übereinkommen Nr. 108 des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981<sup>99</sup> und anschließend durch die Europäische Union in der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr festgeschrieben<sup>100</sup>. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte erkannte dieses Recht später als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens an (Artikel 8 der EMRK)<sup>101</sup>, und schließlich wurde das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten in Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausdrücklich festgeschrieben. Für mögliche Konflikte gibt es zahlreiche Beispiele. Darf ein Arbeitgeber, der eine proaktive Haltung anstrebt, um so dem Vorwurf der Diskriminierung gegenüber Personen ausländischer Herkunft zu entgehen, unternehmensbezogene Statistiken insbesondere zur ethnischen Herkunft seiner Angestellten führen, ohne das Recht auf die Achtung der Privatsphäre dieser Personen zu verletzen? Impliziert das Ergreifen positiver Maßnahmen zugunsten von Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Religion nicht von selbst die Erhebung und Verarbeitung von Daten zu den Eigenschaften der Personen, auf die sich diese Maßnahmen beziehen? Wie lassen sich diese Erfordernisse mit dem Schutz personenbezogener Daten vereinbaren? Kann schließlich ein Angestellter unter Berufung auf das Recht auf Achtung der Privatsphäre seinem Arbeitgeber gegenüber die Angabe bestimmter medizinischer Daten oder die Durchführung einer ärztlichen Einstellungsuntersuchung verweigern? Sieht man sich in bestimmten Fällen nicht gezwungen, seine Behinderung offenzulegen, wenn man möchte, dass der Arbeitgeber diesen Umstand berücksichtigt und gegebenenfalls die erforderlichen angemessenen Anpassungen der Arbeitszeiten oder des gewünschten Arbeitsplatzes vornimmt?

Ausgehend von der allgemeinen Feststellung, dass zur Bekämpfung von Diskriminierung der Vergleich individueller Situationen anhand des Zugangs zu bestimmten personenbezogenen Daten möglich sein

<sup>98</sup> M. BELL, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 292 (eigene Übersetzung).

<sup>99</sup> In Kraft getreten am 1. Oktober 1985. In Artikel 2 dieses Übereinkommens werden personenbezogene Daten als „jede Information über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person“ definiert [Urteil des EGMR (Große Kammer), *Amann gegen Schweiz*, 16. Februar 2000 (Beschw. Nr. 27798/95), § 65].

<sup>100</sup> ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31. Dabei sind die Grenzen des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 95/46/EG zu berücksichtigen, die sich ausschließlich auf die Erfassung und Verarbeitung von Daten im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts bezieht und insbesondere nicht auf die folgenden Arten der Verarbeitung anwendbar ist: 1. betreffend „die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates (einschließlich seines wirtschaftlichen Wohls, wenn die Verarbeitung die Sicherheit des Staates berührt) und die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich“, 2. Verarbeitung, „die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird“ (Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie). Für eine detaillierte Darstellung des Systems zum Schutz vertraulicher Daten in der Europäischen Union siehe A. CAMMILLERI-SUBRENAT und C. LEVALLOIS-BARTH, *Sensitive Data Protection in the European Union*, Brüssel, Bruylant, 2007.

<sup>101</sup> EGMR, *Rotaru gegen Rumänien*, 4. Mai 2000 (Beschw. Nr. 28341/95), § 43 („öffentliche Informationen können in den Bereich der Privatsphäre fallen, wenn diese von den Behörden auf systematische Weise erhoben und aufbewahrt werden“).

muss, ergibt sich unmittelbar, dass Spannungen zwischen diesem Aspekt des Rechts auf Achtung der Privatsphäre und dem Kampf gegen Diskriminierung unvermeidlich sind<sup>102</sup>. Diese Art der Wechselwirkung blieb in den ersten Jahrzehnten der europäischen Einigung unbeachtet, da durch das Gemeinschaftsrecht ausschließlich die Diskriminierung aufgrund der Nationalität oder des Geschlechts verboten war. Bei den Informationen zu Geschlecht und Nationalität von Personen handelt es sich nun zwar sicherlich um personenbezogene Daten, da sie sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen, aber es handelt sich nicht um „sensible“ Daten im Sinne der Richtlinie 95/46/EG und des Übereinkommens Nr. 108 des Europarates. Anders sieht es bei der Mehrzahl der Diskriminierungsgründe aus, die mit dem Vertrag von Amsterdam in Artikel 13 EG (nunmehr Artikel 19 AEUV) aufgenommen wurden und die als „sensible Daten“ unter das mit der Richtlinie 95/46/EG eingeführte erweiterte Schutzsystem fallen. Dieses System gilt für die Verarbeitung „personenbezogene[r] Daten, aus denen *die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen* oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von *Daten über Gesundheit oder Sexualleben*“ (Artikel 8 Absatz 1)<sup>103</sup>. In Anbetracht der offensichtlichen Verflechtung der Bekämpfung von Diskriminierung aus Gründen wie Rasse, Religion oder sexueller Ausrichtung einerseits und dem Schutz personenbezogener Daten andererseits kann das Schweigen der Richtlinien aus dem Jahr 2000 und der entsprechenden Verhandlungen im Hinblick auf die Beziehungen zwischen diesem neuen Regelwerk und der Verarbeitung personenbezogener Daten überraschend wirken<sup>104</sup>. Bei genauer Betrachtung könnten sich die Spannungen zwischen den Erfordernissen der Nichtdiskriminierung aufgrund bestimmter Umstände und dem Schutz personenbezogener Daten jedoch als oberflächlich herausstellen, da sie sich vielmehr ergänzen, statt miteinander in Konflikt zu stehen.

### 1.2.1 Schutz personenbezogener Daten, Rückgriff auf Statistiken und positive Maßnahmen

Die wirksame Bekämpfung von Diskriminierung macht in vielen Fällen den Rückgriff auf Statistiken erforderlich, um einen Beweisansatz für die Diskriminierung oder die Einführung positiver Maßnahmen zugunsten benachteiligter Gruppen beibringen zu können. Die Verwendung solcher Statistiken (beispielsweise bei Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Überzeugungen) kann mit den Erfordernissen der Privatsphäre im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten in Widerspruch treten<sup>105</sup>. Nun haben die Richtlinien aus dem Jahr 2000 den Rückgriff auf Statistiken als Beweismittel für Diskriminierung nicht verbindlich festgeschrieben, aber die Verwendung solcher Daten könnte sich als unumgänglich herausstellen, wenn die Mitgliedstaaten zu der Ansicht gelangen, dass unter bestimmten Bedingungen eine indirekte Diskriminierung vorliegt,

<sup>102</sup> J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies: Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Brüssel, Bruylant, 2009, S. 7.

<sup>103</sup> Unsere Hervorhebung. Nicht erwähnt werden Alter oder Geschlecht von Personen, die nicht als „sensible“ und unter Verweis auf den Schutz des Privatlebens geschützte Daten gelten. Es ist jedoch dienlich, mit Olivier De Schutter festzustellen, dass Geschlecht und Alter unter den Begriff der „Privatsphäre“ fallen, wie er aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte folgt: als jede Art der Verarbeitung personenbezogener Daten, d. h. von Daten, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen. Eine Verletzung des Rechts auf Achtung der Privatsphäre liegt in diesem Sinne dann vor, wenn die Verarbeitung nicht zu einem legitimen Zweck oder außerhalb eines ausreichend klaren rechtlichen Rahmens erfolgt oder im Verhältnis zu dem verfolgten legitimen Zweck eine unverhältnismäßige Einmischung in das Privatleben darstellt (*Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 34).

<sup>104</sup> Zu dieser Beziehung und möglichen Präzisierungen siehe O. DE SCHUTTER, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, Vol. 57, Nr. 1, S. 22-33.

<sup>105</sup> *Ibidem*; M. DE VOS, *Mehr als formale Gleichstellung. Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG*, Europäische Kommission, 2007; E. DUBOUT, „Vers une protection de l'égalité collective par la Cour européenne des droits de l'homme“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, S. 851-884.



wenn eine augenscheinlich neutrale Maßnahme oder Vorgehensweise unverhältnismäßige Folgen für eine Gruppe von Personen nach sich zieht, die unter den Schutz gegen Diskriminierung fallen<sup>106</sup>. Was die Verabschiedung positiver Maßnahmen betrifft, die auf eine völlige Gleichstellung in der Praxis abzielen, wird den Staaten durch die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG ein großer Ermessensspielraum mit der Möglichkeit eingeräumt, „spezifische Maßnahmen beizubehalten oder einzuführen, mit denen Benachteiligungen wegen [verbotener Diskriminierungsgründe] verhindert oder ausgeglichen werden“<sup>107</sup>. Entscheidet sich ein Staat dafür, bestimmten Personen aus Gründen wie beispielsweise ihrer ethnischen Herkunft eine bevorzugte Behandlung zu gewähren, müssen die Daten, die die Zuordnung der Personen zu den entsprechenden Kategorien erlauben, gemäß den für die Privatsphäre geltenden Erfordernissen erfasst und verarbeitet werden.

Viele Autoren zitieren das europäische Paradox der wirksamen Bekämpfung von Diskriminierung und der Produktion von Statistiken zu sensiblen personenbezogenen Daten, ein Paradox, dessen Auflösung so nötig wie möglich ist<sup>108</sup>. Tatsächlich besteht kaum ein Widerspruch oder Konflikt zwischen den Erfordernissen des Schutzes personenbezogener Daten einerseits und der Verarbeitung von Daten andererseits, die durch eine proaktive Politik zur Bekämpfung von Diskriminierung erforderlich wird<sup>109</sup>.

Zunächst ist anzuführen, dass der Rückgriff auf Statistiken zur Bewertung der Wirksamkeit gesetzlicher Regelungen oder öffentlicher oder privater Maßnahmen zugunsten bestimmter, gegen Diskriminierung geschützter Gruppen unter Gewährleistung bestimmter Garantien, die sich aus den Erfordernissen des Schutzes personenbezogener Daten in Europa ergeben, durchaus möglich ist. In diesem Zusammenhang muss an die Definition personenbezogener Daten als „jede Information über eine bestimmte oder bestimmbar natürliche Person“ erinnert werden. Das bedeutet, dass Daten, die zu statistischen Zwecken erfasst werden, nicht mehr unter den Schutzbereich der Richtlinie 95/46/EG oder des Übereinkommens Nr. 108 fallen, sobald es sich um anonyme oder „anonymisierte“ Daten handelt. Für den Fall, dass sich Daten auf bestimmte oder bestimmbar Personen beziehen und ursprünglich für „festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke“ erhoben wurden, sieht die Richtlinie 95/46/EG vor, dass „[d]ie Weiterverarbeitung von Daten zu historischen, statistischen oder wissenschaftlichen Zwecken [...] im Allgemeinen nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen [ist], sofern die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vorsehen“<sup>110</sup>. Was sensible Daten betrifft, setzt die Verarbeitung zu historischen, statistischen oder wissenschaftlichen Zwecken außerdem voraus, dass die betroffenen Personen ihre Einwilligung erteilen oder dass die Verarbeitung „durch ein wichtiges öffentliches Interesse gerechtfertigt ist“<sup>111</sup>. Die Gewährleistung und Förderung von Gleichbehandlung oder die Möglichkeit der wissenschaftlichen Forschung und der Aufstellung amtlicher Statistiken können ohne Weiteres in diese Kategorie eingeordnet werden. Unter Verweis auf ein „wichtiges öffentliches Interesse“ hat das Vereinigte Königreich in seinen Datenschutzgesetzen anerkannt, dass die Überwachung von Arbeitsplätzen, insbesondere zum Zweck eines „ethnischen Monitorings“, eine zulässige Form der Verarbeitung sensibler Daten darstellt<sup>112</sup>. Daneben muss für die Datenverarbeitung der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt werden; insbesondere dürfen ausschließlich genaue, aussagekräftige und relevante Daten verwendet werden, die den verfolgten

<sup>106</sup> O. DE SCHUTTER, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *op. cit.*, S. 22.

<sup>107</sup> Artikel 5 der Richtlinie 2000/43/EG; Artikel 7 der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>108</sup> P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, *op. cit.*, S. 86.

<sup>109</sup> O. DE SCHUTTER, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *op. cit.*, S. 25; J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, *op. cit.*; T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung. Datenerhebung und EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung*, Europäische Kommission, 2006, S. 49-82.

<sup>110</sup> Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>111</sup> Dies folgt aus der Verknüpfung der Artikel 6 und 8 der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>112</sup> T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung*, *op. cit.*, S. 61.

Zwecken nicht unverhältnismäßig gegenüberstehen<sup>113</sup>. Wie Timo Makkonen erläutert, bedeutet diese Verhältnismäßigkeit, dass bevorzugt Sekundärdaten und erst in zweiter Linie Primärdaten zu erheben sind, die Erhebung vorrangig anonym erfolgen sollte und Stichprobenuntersuchungen gegenüber groß angelegten Erhebungen sowie der freiwilligen Teilnahme gegenüber Pflichterhebungen der Vorzug zu geben ist<sup>114</sup>. Darüber hinaus müssen für diese verschiedenen Fallbeispiele die Grundsätze der Empfehlung Nr. R (97) 18 des Ministerkomitees des Europarates über den Schutz personenbezogener Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden, berücksichtigt werden<sup>115</sup>.

Die Erfordernisse des Datenschutzes stellen grundsätzlich auch kein Hindernis für die Möglichkeit dar, dass mutmaßliche Opfer von Diskriminierung statistische Daten vorlegen, um so vor Gericht eine Verschiebung der Beweislast zu erreichen<sup>116</sup>. In Staaten, in denen diese Beweisart zulässig ist, führt dies häufig dazu, dass Arbeitgebern die Durchführung eines Monitorings der Folgen von Entscheidungen über die Zusammensetzung der Belegschaft eingeräumt werden muss. Wie bereits erwähnt wurde, ist ein solches Monitoring entsprechend der Richtlinie 95/46/EG nicht ausgeschlossen. Man könnte sich dafür auf bestimmte Ausnahmen von dem Verbot der Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten berufen – wenn eine solche Verarbeitung für die Einhaltung von arbeitsrechtlichen Verpflichtungen im Beschäftigungssektor und in- oder auch außerhalb dieses Bereichs für die Verteidigung eines Rechts vor Gericht und damit beispielsweise für die Vorwegnahme von Klagen wegen Diskriminierung bei der Einstellung oder Beförderung erforderlich ist<sup>117</sup>. Wenn es also darum geht, personenbezogene Daten zu erheben, um den Mitgliedern von Minderheiten bestimmte Vorteile zu übertragen oder im Rahmen positiver Maßnahmen eine bestimmte Behandlung zu gewähren, folgen aus den Garantien im Rahmen des Schutzes personenbezogener Daten keine unumgänglichen Hindernisse. In diesem Fallbeispiel ist es in erster Linie die Ausnahme, die unter der Voraussetzung der freien, ausdrücklichen und fallspezifischen Zustimmung der von der Erhebung betroffenen Person nach vorheriger Aufklärung die Verarbeitung sensibler Daten zulässt<sup>118</sup>.

Die jüngste Debatte in den Niederlanden um die Einrichtung einer Datenbank zur ethnischen Herkunft bestimmter Jugendlicher westindischer und karibischer Herkunft, die als „Risikogruppen“ betrachtet werden, zeigt auf, wie empfindlich das Gleichgewicht zwischen den Ausnahmen von dem Verbot der Verarbeitung sensibler Daten und der Gefahr einer Verschiebung in Richtung Diskriminierung ist<sup>119</sup>. Die niederländische Gesetzgebung räumt in der Datenschutzregelung zwar ausdrücklich die Möglichkeit ein, sensible Daten – *in casu* im Zusammenhang mit der ethnischen Herkunft – zu erheben, sofern diese dem Zweck der Umsetzung positiver Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung dienen, der diese Gruppen ausgesetzt sind, aber die missbräuchliche Ausnutzung dieser Ausnahmen kann zu

<sup>113</sup> Für eine systematische und detaillierte Darstellung dieser Garantien siehe T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung*, *op. cit.*, S. 55-57.

<sup>114</sup> *Ibidem*, S. 62.

<sup>115</sup> Angenommen vom Ministerkomitee am 30. September 1997 auf der 602. Sitzung der Ministerstellvertreter. Für eine Zusammenfassung dieser Grundsätze siehe O. DE SCHUTTER, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *op. cit.*, S. 27-28.

<sup>116</sup> O. DE SCHUTTER, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *op. cit.*, S. 28-29.

<sup>117</sup> Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe e der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>118</sup> Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 95/46/EG.

<sup>119</sup> Für Einzelheiten zu dieser Debatte siehe Justice Initiative, *Legal Opinion in the case of Reference Index of Antillean ‚verwijsindex Antillianen‘*, März 2008, verfügbar auf der Webseite <http://www.yudikorsou.com/download/OSJI%20VIA%20Legal%20Opinion.pdf>. Siehe auch K. GROENENDIJK, „Noot onder ABR 3 september 2008 (VIA)“, in T.E. van Dijk et al. (Hrsg.), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag, Sdu, 2009, S. 407-415; R. HOLTMAAT, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, S. 12; J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, *op. cit.*, S. 49-50.

Diskriminierung aufgrund der Rassenzugehörigkeit oder der ethnischen Herkunft führen. Obwohl sich Privatsphäre und Bekämpfung von Diskriminierung *a priori* zu widersprechen scheinen, lässt sich mit der engen Auslegung der Erfordernisse der Privatsphäre das Abgleiten in Richtung Diskriminierung verhindern.

### 1.2.2 Schutz personenbezogener Daten, Personen mit einer Behinderung und angemessene Anpassungen

Das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Behinderung steht in einem besonderen Verhältnis zu dem Recht auf den Schutz personenbezogener Daten. In der Arbeitswelt ist es in den allermeisten Fällen wünschenswert, zur Verhinderung von Diskriminierung aufgrund einer Behinderung diese dem Arbeitgeber nicht mitzuteilen, sofern die Behinderung nicht sichtbar ist. Dies wird im Übrigen meist durch Hinzuziehen eines Betriebsarztes sichergestellt, der auch dem Arbeitgeber gegenüber der ärztlichen Schweigepflicht unterliegt<sup>120</sup>. In diesem ersten Fall stehen die Erfordernisse im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten in keinem Widerspruch zu den Erfordernissen der Bekämpfung von Diskriminierung, sondern tragen im Gegenteil zur Wirksamkeit dieser Bekämpfung bei.

Eine Person mit einer Behinderung kann sich in bestimmten Situationen jedoch möglicherweise dazu gezwungen sehen, auf ihr Recht auf die Geheimhaltung sensibler Daten, wie Informationen zum Gesundheitszustand oder einer Behinderung, zu verzichten<sup>121</sup>. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen die betreffende Person in der Lage ist, die Tätigkeit auszuüben, sofern Anpassungen der Arbeitszeit oder der Arbeitsumgebung erfolgen, die für den Arbeitgeber keinen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen und die der Betriebsarzt, ausgehend von einer medizinischen Eignungsuntersuchung, empfehlen kann. Vielleicht muss an dieser Stelle auf die Pflicht des Arbeitgebers hingewiesen werden, „angemessene Vorkehrungen“ zugunsten behinderter Personen zu treffen, wie Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG ausdrücklich vorsieht. Diese Bestimmung legt fest, dass „der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten“. Damit ein Arbeitgeber eine solche Verpflichtung erfüllen kann, ist es unumgänglich, dass der Arbeitnehmer mit Behinderung auf den Schutz seines Rechts auf Privatsphäre verzichtet und den Arbeitgeber von der Behinderung in Kenntnis setzt (interner zwischenrechtlicher Konflikt).

Olivier De Schutter fasst die Spannung, die in diesem Kontext zwischen dem Schutz der Privatsphäre und dem Grundsatz der Gleichbehandlung entsteht, treffend zusammen: „Die Privatsphäre erlaubt es dem Arbeitnehmer, die Offenlegung von Informationen zu seiner Gesundheit zu verweigern, die zur Bewertung seiner Eignung für die betreffende Tätigkeit nicht direkt erforderlich sind. Wenn er die Stelle jedoch unter zufriedenstellenden Bedingungen antreten will, muss er die Behinderung angeben, auch dann, wenn bei einer nicht sichtbaren Behinderung der vertrauliche Umgang mit dieser Information möglich gewesen wäre“<sup>122</sup>. In diesem Fall ist die Logik des Schutzes der Privatsphäre, die die Beseitigung

<sup>120</sup> Zu diesem Thema siehe die Tiefenstudie von O. DE SCHUTTER, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities: Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, Europäische Kommission, 2004, online unter der folgenden Adresse verfügbar: [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/policy/aneval/mon\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/mon_en.htm).

<sup>121</sup> Zum Schutz von Daten zur Gesundheit gemäß Artikel 8 der EMRK siehe EGMR, *I. gegen Finnland*, 17. Juli 2008 (Beschw. Nr. 20511/03), § 38.

<sup>122</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, S. 38-42.

Hans | 1955

von unterscheidenden Eigenschaften oder Ungleichheiten erlaubt, kaum ausreichend, um eine tatsächliche Gleichbehandlung zu erreichen. Diese impliziert hier vielmehr den differenzierten Umgang mit unterschiedlichen Situationen und damit die Offenlegung genau dieser Unterschiede.

### 1.3 Die Privatsphäre als Recht auf Eigenständigkeit

Aus der Entwicklung der internationalen Menschenrechtsgesetzgebung folgt, dass das Recht auf Achtung der Privatsphäre außerdem als Recht auf Selbstbestimmung oder Eigenständigkeit der Personen zu verstehen ist<sup>123</sup>. In diesem Sinne „lässt sich das Recht auf Privatsphäre [...] als antitotalitäre Klausel auffassen, mit der gewährleistet wird, dass die Personen frei über das Leben entscheiden können, das sie führen möchten, sowie darüber, wie sie ihre Persönlichkeit und Identität entwickeln, und im Rahmen der praktischen Möglichkeiten sogar über die Art, wie sie von anderen wahrgenommen werden“<sup>124</sup>. Was nun das Recht auf Nichtdiskriminierung betrifft, zielt dieses grundsätzlich darauf ab, bestimmte Unterscheidungen auf der Grundlage von Kriterien für widerrechtlich zu erklären, die als irrelevant erachtet werden, wie Rasse oder ethnische Herkunft, Religion oder Überzeugungen, Alter, eine Behinderung oder die sexuelle Ausrichtung, um nur die in den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG genannten Gründe anzuführen. Wenn aber das Ziel darin bestehen soll, unter Rückgriff auf positive Maßnahmen oder Statistiken als Nachweis von Diskriminierung eine tatsächliche Gleichbehandlung zu erreichen, verschiebt sich das Augenmerk von der Einzelperson auf die Gruppe, und es stellt sich die heikle Frage nach der Einordnung von Personen in diese Gruppen. Diskriminierungsgründe lassen sich offensichtlich nicht pauschalisieren. Während es schwer vorstellbar ist, dass unter Berufung auf das Recht auf Selbstbestimmung die Zugehörigkeit einer Person zur Gruppe der Männer oder Frauen oder einer bestimmten Altersgruppe bestritten wird, gestaltet sich die Vereinbarkeit des Rechts auf Selbstbestimmung mit der Zuordnung einer Person zu einer Ethnie oder Rasse offensichtlich schwieriger<sup>125</sup>.

<sup>123</sup> Siehe insbesondere EGMR, *Tysac gegen Polen*, 20. März 2007 (Beschw. Nr. 5410/03), § 107: „Der Begriff der ‚Privatsphäre‘ ist breit angelegt und umfasst insbesondere Aspekte der körperlichen und sozialen Identität einer Person, wie das *Recht auf Eigenständigkeit*, das Recht auf persönliche Entwicklung und das Recht, Beziehungen zu anderen Menschen und der Außenwelt aufzubauen und zu pflegen (...)“ (unsere Hervorhebung).

<sup>124</sup> Unsere Übersetzung: „Privacy [...] may be seen as an anti-totalitarian clause, ensuring that individuals will freely determine which lives they will pursue, how they will develop their personality and identity, and even, in so far as reasonably practicable, how they will be perceived by others“ (J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies*, op. cit., S. 53).

<sup>125</sup> Andere verbotene Diskriminierungsgründe wie Religion, Überzeugungen, Behinderungen oder sexuelle Ausrichtung legen ebenfalls die Frage nach dem Recht auf Selbstbestimmung nahe (zum Thema dieser Klassifizierungen zu statistischen Zwecken siehe P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, op. cit., S. 71-84; T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung*, op. cit., S. 79-80). Die „ethnisch-rassischen“ Kategorien sind jedoch der emblematischste Ausdruck der Spannung, die zwischen den Erfordernissen der Bekämpfung von Diskriminierung einerseits und dem Recht auf Achtung der Privatsphäre in seiner Dimension des Rechts auf Selbstbestimmung andererseits entstehen kann.



### 1.3.1 Das Recht auf Selbstbestimmung und ethnische Statistiken

Zur Beantwortung der Frage nach den sogenannten „ethnischen Kategorien“ wurde schon viel Papier bedruckt, und die Bildung dieser Kategorien ist Gegenstand lebhafter Debatten<sup>126</sup>. Hier soll es nicht darum gehen, einen eigenen Beitrag zu dieser wichtigen Diskussion zu leisten, sondern vielmehr darum, diese Frage in den Rahmen des Gleichgewichts zwischen dem Grundsatz der Gleichbehandlung und anderen Grundrechten einzubetten. Wenn ein Staat zur Entwicklung von Antidiskriminierungsmaßnahmen Daten zur ethnischen oder rassischen Herkunft der Bevölkerung oder bestimmter Bevölkerungsgruppen erheben möchte, müssen zu diesem Zweck nicht nur die Kategorien definiert werden, in die die Personen eingeordnet werden sollen<sup>127</sup>, sondern außerdem die Kriterien festgelegt werden, anhand deren die Einordnung als solche vorgenommen wird. In diesem zuletzt genannten Schritt sind die potenziellen Spannungen zwischen der Einordnung von Personen im Hinblick auf die Bekämpfung von Diskriminierung und dem Recht auf Eigenständigkeit als Bestandteil des Rechts auf Achtung der Privatsphäre angesiedelt (je nach Situation *interner oder externer zwischenrechtlicher Konflikt*). Was die Statistik betrifft, werden üblicherweise vier Methoden unterschieden<sup>128</sup>: 1. Selbsteinschätzung; 2. Einordnung durch einen Dritten anhand sichtbarer Eigenschaften; 3. Anerkennung durch die Gruppe; 4. Rückgriff auf objektive Kriterien, die die Einordnung anhand kombinierter indirekter Variablen erlauben, wie Nationalität, Herkunftsland der Eltern oder Großeltern oder Sprache<sup>129</sup>. Am häufigsten wird auf die Methode der Selbsteinschätzung (oder Selbstidentifizierung) zurückgegriffen, da sie eine Reihe von Vorteilen bietet; insbesondere wird sie dem Recht auf Achtung der Privatsphäre als Recht auf Eigenständigkeit und Schutz personenbezogener Daten am besten gerecht<sup>130</sup>. Die internationale Menschenrechtsgesetzgebung räumt dem Prinzip der Selbsteinschätzung den Vorzug ein<sup>131</sup>. So soll der allgemeinen Empfehlung VIII des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung zufolge die Einordnung von Personen in eine oder mehrere ethnische oder rassische Gruppen „auf der Grundlage der Selbsteinschätzung der betreffenden Personen erfolgen, sofern ein anderes Vorgehen

<sup>126</sup> Zu diesem Thema siehe insbesondere P. SIMON, „Ethnic“ statistics and data protection in the Council of Europe countries – Study Report, Straßburg, Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI), 2007; J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., S. 53-82; P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, op. cit., S. 51-70.

<sup>127</sup> Rasse und ethnische Zugehörigkeit sind soziale Konstrukte, und daher versteht sich von selbst, dass sich kein einheitliches Kategorienmodell aufstellen lässt und dass solche Kategorien je nach Geschichte des Landes, der Art der diskriminierten Gruppen und den Empfindlichkeiten der betroffenen Gesellschaft notwendigerweise veränderlich sind. Siehe M. BULMER und J. SOLOMONS, „Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies“, *Ethnic and Racial Studies*, 1998, Vol. 21, Nr. 5, S. 822; O. DE SCHUTTER und J. RINGELHEIM, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., S. 53-58 und die zitierten Verweise.

<sup>128</sup> P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, op. cit., S. 36 ff.

<sup>129</sup> Diese letzte Methode wird insbesondere in den Niederlanden im Rahmen politischer Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung bevorzugt (siehe J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., S. 68-73). Zu den schwierigen Wechselwirkungen mit dem Recht auf Achtung der Privatsphäre im Hinblick auf den Aspekt des Schutzes personenbezogener Daten bei Anwendung dieser Methode vgl. oben Kapitel II.1.2.

<sup>130</sup> Es sei festgehalten, dass in den USA die Ausdehnung von *Affirmative Actions* auf religiöse Gruppen, wie sie seit Beginn der sechziger Jahre praktiziert wurde, aufgrund der Unmöglichkeit, Religion auf anderem Wege als durch Selbsteinschätzung zu erfassen, wieder aufgegeben wurde, denn man war der Ansicht, dass die Forderung gegenüber Angestellten, ihre religiöse Zugehörigkeit anzugeben, mit der Achtung der Privatsphäre unvereinbar sei (P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, op. cit., S. 38).

<sup>131</sup> T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung*, op. cit., S. 77-78.

nicht gerechtfertigt ist<sup>132</sup>. Dasselbe folgt auch aus Artikel 3 Absatz 1 des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten, worin festgelegt ist, dass „[j]ede Person, die einer nationalen Minderheit angehört, [...] das Recht [hat], frei zu entscheiden, ob sie als solche behandelt werden möchte oder nicht“. Diese Bestimmung schreibt keinesfalls ein Recht auf die willkürliche Wahl einer Minderheit fest, der eine Person angehören möchte, sondern räumt vielmehr einer Person, die anhand objektiver Kriterien einer Minderheit zugeordnet werden kann, die Möglichkeit ein, ihre Zugehörigkeit zu dieser Gruppe offenzulegen und zu wählen, ob sie als Mitglied dieser Gruppe angesehen werden möchte oder nicht<sup>133</sup>. Die Weigerung, Fragen zur Erhebung von Aspekten der Ethnizität zu beantworten, kann daher nicht geahndet werden<sup>134</sup>.

Die Selbsteinschätzung ist zwar die favorisierte Methode der internationalen Menschenrechtsgesetzgebung, aber sie stellt keine Elemente zur Verfügung, anhand deren bestimmt werden könnte, in welchen Fällen der Rückgriff auf andere Verfahren, beispielsweise auf die Methode der Einordnung durch Dritte, dennoch zulässig oder sogar angeraten sein kann. Darüber hinaus werden keine Anhaltspunkte für den Umgang mit möglichen schwierigen Fällen gegeben, die aus der alleinigen Anwendung der Selbsteinschätzung folgen können<sup>135</sup>. Tatsächlich ist das Verfahren der Selbsteinschätzung selbst nicht frei von methodischen Schwierigkeiten. So müssen beispielsweise geeignete Kategorien definiert werden, denn andernfalls besteht die Gefahr, dass sich bestimmte Personen in keiner der Kategorien wiederfinden, ihnen die Einordnung schwerfällt oder sie es schlicht ablehnen, sich mit bestimmten Kategorien zu identifizieren, denen Vorurteile entgegengebracht werden, so wie im Fall der Roma. Die Möglichkeit, bei Erhebungen Mehrfachzugehörigkeiten anzugeben, wie beispielsweise für multirassische Amerikaner in den USA, oder die Aufnahme einer Kategorie „andere“ für Identitätskategorien, die in der Klassifikation fehlen, unterstützen das Recht auf Selbstbestimmung. Darüber hinaus kann das System der Selbsteinordnung im Zusammenhang mit positiven Maßnahmen nur funktionieren, wenn die Personen im Hinblick auf ihre rassische oder ethnische Zugehörigkeit nicht „schummeln“. Diese Bedingung ist zwar in den meisten Fällen erfüllt, aber die Gefahr des Missbrauchs bleibt trotzdem bestehen, wie sich am Fall *Malone* in den USA ablesen lässt: Die beiden weißen, italienischstämmigen Brüder Malone gaben im Bewerbungsformular der Bostoner Feuerwehr an, „schwarz“ zu sein. Durch diese Täuschung erreichten sie ihre Einstellung im Rahmen des für Schwarze reservierten Kontingents, obwohl das Ergebnis der Einstellungsprüfung eine Beschäftigung als Weiße nicht zuließ. Nach der Aufdeckung des Betrugs wurde der Fall in Suffolk County im Bundesstaat Massachusetts vor Gericht gebracht und das Beschäftigungsverhältnis gerichtlich aufgehoben<sup>136</sup>. Die Justiz sah sich hier der heiklen Problematik einer mutmaßlich betrügerischen Einordnung dieser beider Personen in eine Rassenkategorie gegenüber, auch wenn es keine objektive oder rechtlich begründbare Definition von Rasse gibt. Um die Erklärung der Malones anfechten zu können, griff das Gericht auf drei ergänzende Methoden zur Feststellung der rassischen Zugehörigkeit zurück: Ihre Selbsteinschätzung wurde „1. einer visuellen Prüfung ihres Aussehens gegenübergestellt, 2. Dokumenten, welche ihre Herkunft erwähnen, wie die Geburtsurkunde, 3. dem, wie sie und ihre Familie in ihrem sozialen Umfeld bezüglich der Rasse

<sup>132</sup> Wie T. Makkonen in seiner bereits erwähnten Studie feststellt, ist „das Prinzip der Selbstidentifizierung auch von ECRI und der Erklärung und dem Aktionsplan von Durban und von einigen nationalen Rechtsprechungen aufgenommen worden“ (*Die Bemessung von Diskriminierung*, op. cit., S. 77).

<sup>133</sup> Siehe beratender Ausschuss für das Rahmenabkommen, „Opinion on Cyprus“ (Stellungnahme zu Zypern), 6. April 2001, ACFC/OP/1(2002)004, § 18; siehe auch „Opinion on Azerbaijan“ (Stellungnahme zu Aserbaidschan), 22. Mai 2003, ACFC/OP/1(2004)001, § 22.

<sup>134</sup> Beratender Ausschuss für das Rahmenabkommen, „Opinion on Poland“ (Stellungnahme zu Polen), 27. November 2003, ACFC/INF/OP/1(2004)005, § 24.

<sup>135</sup> T. MAKKONEN, *Die Bemessung von Diskriminierung*, op. cit., S. 77.

<sup>136</sup> *Malone gegen Harley*, Nr. 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County), Massachusetts, 25. Juli 1989.

wahrgenommen wurden<sup>137</sup>. Dieses Beispiel zeigt, dass das Verfahren der Selbsteinschätzung zwar dem Recht auf Achtung der Privatsphäre am besten zu entsprechen scheint, aber trotz allem bestimmte Nachteile und Grenzen in sich trägt. Die Selbsteinschätzung ist also mit Umsicht anzuwenden<sup>138</sup>.

### 1.3.2 Das Recht auf persönliche Autonomie und Privatleben im Sinne von Nicht-Berufsleben

In der Arbeitswelt schützt das Recht auf Schutz des Privatlebens als Recht auf persönliche Autonomie bestimmte Entscheidungen des Einzelnen<sup>139</sup>. „Unter diesem zweiten Gesichtspunkt betrachtet, steht Privatleben nicht im Widerspruch zum öffentlichen Leben, sondern zum Berufsleben. Schutz des Privatlebens bedeutet hier, dass, wenn keine Relevanz für die im beruflichen Rahmen zu treffende Entscheidung gegeben ist, bestimmte Tatsachen, auch wenn sie bekannt sind oder die betreffende Person niemals die Absicht hatte, sie vertraulich zu behandeln, sich nicht nachteilig für diese Person auswirken dürfen“<sup>140</sup>. Aus dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen, die im Zusammenhang mit persönlichen Entscheidungen des Einzelnen stehen (Religion, Weltanschauung oder sexuelle Orientierung), der Richtlinie 2000/78/EG ergibt sich, dass Verhaltensweisen, die sich aus diesen Entscheidungen ergeben und die Ausübung der beruflichen Pflichten nicht beeinträchtigen, im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses nicht sanktioniert werden dürfen. So kann beispielsweise ein Angestellter eines gutgehenden Unternehmens nicht entlassen werden, weil er an einem *Gay-Pride*-Marsch teilgenommen und dadurch seine sexuelle Orientierung offen gezeigt hat. Eine Bewerberin für eine Stelle in einem Kaufhaus darf nicht von vornherein abgelehnt werden, weil sie ihrer religiösen Überzeugung durch das Tragen eines Kopftuchs Ausdruck verleiht. Bei diesen beiden Beispielen impliziert das Diskriminierungsverbot der Richtlinie 2000/78/EG, dass diese Elemente (sexuelle Orientierung, enthüllt durch die Teilnahme am *Gay-Pride*-Marsch, und moslemischer Glaube, ausgedrückt durch das Tragen eines Kopftuchs), die Bestandteil des Privatlebens sind – im Sinne des Nicht-Berufslebens –, bei einer Entscheidung zur Anstellung oder Entlassung eines Mitarbeiters nicht berücksichtigt werden dürfen. Dieser Grundsatz zum Schutz des Privatlebens wurde im weiteren Sinne durch die Entscheidung des französischen Kassationshofs vom 22. Januar 1992 im Fall *Rossard* bestätigt, in dem es um die Entlassung einer Angestellten ging, die ein Auto einer anderen als der von ihrem Unternehmen vertriebenen Marke gekauft hatte: „Eine Entlassung aus einem Grund, der seinen Ursprung im Privatleben des Beschäftigten hat, ist nur dann zulässig, wenn das Verhalten des Beschäftigten unter Berücksichtigung der Art seiner Aufgaben und den Unternehmenszweck eine spezifische

<sup>137</sup> P. SIMON, *Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten*, op. cit., S. 45, Fußnote 13.

<sup>138</sup> Die französische Debatte über die Statistiken zur Verschiedenartigkeit, die im Herbst 2007 ihren Höhepunkt erreichte, ist ein gutes Beispiel für die heikle Beziehung zwischen den Zielen der Bekämpfung von Diskriminierung, der Auffassung von Gleichheit in Frankreich und den dem Recht auf Achtung der Privatsphäre innewohnenden Erfordernissen. Für eine Geschichte der Entwicklung dieser Debatte in Frankreich siehe P. SIMON, „The Controversy on Ethnic Statistics in France“, in J. RINGELHEIM und O. DE SCHUTTER, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, op. cit., S. 79-81. Siehe auch J. RINGELHEIM, „Le recueil de données personnelles au service de la lutte contre les discriminations: une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée“, in S. VAN DROOGHENBROECK, S. SOTTIAUX und Ch. BAYART (Hrsg.), *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, Brüssel, éd. La Charte, 2008, S. 63-100.

<sup>139</sup> Zum Schutz des Privatlebens im Rahmen des Berufslebens siehe J. MOULY: „Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne“, in: F. SUDRE (Hrsg.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., S. 279-303.

<sup>140</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 42



Beeinträchtigung für das Unternehmen darstellt<sup>141</sup>. Man sieht also, dass die Richtlinie 2000/78/EG nur bestimmte Bereiche des Privatlebens schützt, indem sie das Diskriminierungsverbot auf bestimmte Diskriminierungsgründe beschränkt. Für alle anderen Fälle gilt das Recht auf Schutz des Privatlebens in Form des Rechts auf persönliche Autonomie oder Schutz des persönlichen Lebens, definiert als jenes, das keine Auswirkungen auf den beruflichen Bereich hat. In diesem Kontext stehen Privatleben und Nichtdiskriminierung nicht im Widerspruch zueinander, sondern arbeiten vielmehr Hand in Hand, um die Bekämpfung der Diskriminierung wirksamer zu gestalten. Es ist dennoch wahrscheinlich, dass es bei Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, erneut zu Spannungen kommen wird, da für sie im Namen der Religions- oder Meinungsfreiheit eine Ausnahme vom Diskriminierungsverbot vorgesehen wurde. Diese Ausnahme kann, wie man sehen wird, zu Konflikten mit dem Recht auf Schutz des Privatlebens der Personen führen, die dort arbeiten oder arbeiten möchten<sup>142</sup>.

## 2 Ausnahmen des direkten Diskriminierungsverbots und Rechtskonflikte

Die Konflikte oder Spannungen zwischen verschiedenen Grundrechten wie der Vereinigungsfreiheit, der Meinungsfreiheit, der Religionsfreiheit, dem Recht auf Schutz des Privatlebens einerseits und dem Verbot von Diskriminierungen, die direkt auf Geschlecht, religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen oder sexueller Orientierung beruhen, andererseits (externe zwischenrechtliche Konflikte) gibt es schon lange, sie stammen aus der Zeit vor der Verabschiedung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG. So möchten beispielsweise bestimmte Organisationen im Namen ihrer Vereinigungsfreiheit lieber eine Frau als einen Mann für eine Anlaufstelle für misshandelte Frauen einstellen. Übrigens kann auch die Meinungsfreiheit eines Arztes in Bezug auf Themen wie zum Beispiel Schwangerschaftsabbruch im Konflikt zur Religionsfreiheit eines katholischen Krankenhauses stehen, das von seinem Personal eine loyale Einstellung fordert<sup>143</sup>. Und es gibt zahlreiche Fälle von Lehrern, die von katholischen Schulen aufgrund von Scheidung oder erneuter Heirat nach einer Scheidung entlassen wurden, was als Angriff auf das „Ethos“ der Schule gewertet wird und einen Konflikt zwischen der Religionsfreiheit der Schule einerseits und der Gewissensfreiheit des Lehrers, seinem Recht, nicht aufgrund seiner Weltanschauung diskriminiert zu werden, sowie seinem Recht auf Schutz des Privatlebens andererseits darstellt.

Die Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten Bestimmungen zum Umgang mit solchen Spannungen zwischen dem Verbot der direkten Diskriminierung und den verschiedenen Rechten und Freiheiten. Insbesondere tragen sie der Wahrung dieser Freiheiten (Religionsfreiheit, Vereinigungsfreiheit und Meinungsfreiheit) Rechnung, indem sie Ausnahmen zum Verbot der direkten Diskriminierung festlegen.

<sup>141</sup> Französisches Kassationsgericht (Sozialgericht), 22. Januar 1992, Amtsblatt Nr. 30. Ebenso hat das französische Kassationsgericht entschieden, dass die Entlassung wegen schwerwiegenden Verschuldens eines Notariatsgehilfen, dessen Arbeitgeber aus der Presse erfahren hatte, dass er wegen Beihilfe zum illegalen Aufenthalt eines Ausländers verurteilt worden war, keine tatsächliche und ernsthafte Grundlage hatte, da der dem Angestellten zur Last gelegte Tatbestand sein Privatleben betraf und „kein Verschulden im arbeitsrechtlichen Sinne darstellen konnte“ [Französisches Kassationsgericht (Sozialgericht), 16. Dezember 1997, Amtsblatt Nr. 441].

<sup>142</sup> Siehe unten, Kapitel II.2.2.

<sup>143</sup> Siehe Europäische Menschenrechtskommission, *Rommelfanger gegen Deutschland*, Entscheidung vom 6. September 1989 (Antrag Nr. 12242/96), D.R., 62, S. 151 ff.

Unsere Ausführungen betreffen hier die für den Bereich der Beschäftigung vorgesehenen Ausnahmen, nämlich einerseits die wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen und andererseits die Sonderausnahmeregelung für Kirchen und andere Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht. Das Ausmaß dieser Ausnahmen ist nicht immer ganz klar. In jedem Fall müssen diese im Licht der Instrumente zum Schutz der Grundrechte ausgelegt werden.

## 2.1 Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen

Die Antidiskriminierungsrichtlinien enthalten alle eine spezifische Ausnahme für den Bereich der Beschäftigung. Aufgrund dieser Ausnahme kann direkte Diskriminierung unter bestimmten Bedingungen zulässig sein, wenn aufgrund der Art oder der Umstände der Berufstätigkeit Geschlecht, Rasse oder ethnische Zugehörigkeit, Religion oder Weltanschauung, Alter, Behinderung oder sexuelle Orientierung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen<sup>144</sup>. Das anschaulichste Beispiel in dieser Hinsicht ist das des Kinoregisseurs, der einen Schauspieler dunkler Hautfarbe für die Rolle des Nelson Mandela engagieren darf. Die dieser Ausnahme zugrunde liegende Logik besteht darin, eine Verletzung des Verbots der unterschiedlichen Behandlung aufgrund von Rasse (Hautfarbe) in Fällen zuzulassen, in denen dieser Verstoß gegen die formelle Gleichbehandlung in Bezug auf die Art und die Bedingungen der Ausübung der fraglichen Tätigkeit gerechtfertigt ist. In einem solchen Fall wäre eine Person, die nicht die fragliche Eigenschaft (schwarze Haut) aufweist, zwar in der Lage, die berufliche Aufgabe (die Rolle Nelson Mandelas zu spielen) zu erfüllen, aber ihre Glaubwürdigkeit wäre zwangsläufig gemindert.

Da es sich um eine Ausnahme des Verbots der direkten Diskriminierung handelt, muss die wesentliche berufliche Anforderung eine besondere Eigenschaft darstellen und restriktiv ausgelegt werden<sup>145</sup>. Die Richtlinien sehen vor, dass das Unterscheidungskriterium (Geschlecht, Rasse, Religion o. ä.) wesentlich und entscheidend sein muss, was die Art oder die Umstände der beruflichen Aktivität angeht, dass das verfolgte Ziel legitim sein muss und dass die Anforderung in angemessenem Verhältnis zu diesem Grundsatz steht. Diese Vorschrift lockert in der Realität die klassischen Anforderungen, die die Einschränkungen bei der Ausübung eines Grundrechts begrenzen.

Die Logik der wesentlichen beruflichen Anforderungen zeigt sich nicht immer in Form widersprüchlicher Rechte. So stellt die Anwerbung eines Schauspielers für die Rolle des Nelson Mandela aufgrund seiner Hautfarbe keinen Konflikt zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und einem anderen Grundrecht dar. Es geht lediglich darum, die Konturen des Verbots der direkten Diskriminierung zu bestimmen, indem bestimmte Abweichungen von diesem Prinzip erlaubt werden. Unserer Ansicht nach verhält es sich ebenso bei den Fällen, die dem Gerichtshof der Europäischen Union vorgelegt wurden und bei denen es um Situationen geht, in denen das Geschlecht als wesentliche berufliche Anforderung

<sup>144</sup> Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 76/207/EWG, überarbeitet in Artikel 14 Absatz 2 der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zu Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Überarbeitung) (ABl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23-36); Artikel 4 der Richtlinie 2000/43/EG und Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78/EG.

<sup>145</sup> Es ist zu bemerken, dass es Kontroversen hinsichtlich der Konturen der formellen Verpflichtungen des Staates bei der Anwendung dieser Ausnahme gibt. Die Umsetzung dieser Ausnahme im Bereich der Geschlechtergleichheit zeigt eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Situationen. Für Beispiele einzelstaatlicher Ansätze siehe M. Bell, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 275-278

für die Ausübung von Funktionen im Polizeikorps in Nordirland, in der deutschen Armee oder bei den *Royal Marines* im Vereinigten Königreich betrachtet wurde<sup>146</sup>.

Andere Fälle zeigen jedoch, dass inner- oder zwischenrechtliche Konflikte entstehen können, wenn der Begriff der wesentlichen beruflichen Anforderung herangezogen wird.

In unseren Ausführungen zur Unterscheidung zwischen dem Schutz des Privatlebens und der Gleichbehandlung<sup>147</sup> haben wir gesehen, dass die Ausnahme in Bezug auf wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen den Vektor bildete, über den Überlegungen zum Privatleben berücksichtigt werden konnten, um den materiellen Anwendungsbereich des Verbots der direkten Diskriminierung in der Arbeitswelt zu umgrenzen. Diese Spannungen zwischen dem Diskriminierungsverbot und dem Recht auf Schutz des Privatlebens scheint das Recht der Europäischen Union gelöst zu haben, indem es dem Diskriminierungsverbot den Vorrang gibt, das gegenüber den Anforderungen des Schutzes des Privatlebens nur dann ausgesetzt wird, wenn Letztere den strengen Bedingungen der Ausnahme für die „wesentlichen beruflichen Anforderungen“ entsprechen. Es reicht nicht aus, dass der Arbeitgeber sich auf sein Recht auf Schutz des Privatlebens *in abstracto* beruft, er muss nachweisen, dass aufgrund der Art und des Kontextes der Tätigkeit, für die eine Person eingestellt wird, deren Geschlecht, ethnische Herkunft oder Religion als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen betrachtet werden können, „sofern es sich um einen legitimen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“.

Der Fall eines Verbands zum Schutz der Rechte der Homosexuellen, der eine Person mit derselben sexuellen Orientierung für eine verantwortungsvolle Position einstellen möchte, ist ein weiteres typisches Beispiel für potenzielle Rechtskonflikte infolge dieser Ausnahme. Eine solche Situation stellt einen Konflikt zwischen dem Recht auf Vereinigungsfreiheit der einstellenden Organisation, dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung der Bewerber und schließlich dem Recht auf Schutz des privaten Lebens der Bewerber dar, in Anbetracht der Schwierigkeit, ihre sexuelle Orientierung zu prüfen, ohne in ihr Privatleben einzudringen<sup>148</sup>. Dieser Fall wurde ausdrücklich bei den Vorarbeiten zum früheren schwedischen Gesetz zum Verbot von Diskriminierungen in der Arbeitswelt aufgrund der sexuellen Orientierung [*Prohibition of Discrimination in Working Life because of Sexual Orientation Act* (1999:144)]<sup>149</sup> berücksichtigt, das festlegt, dass die sexuelle Orientierung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung für eine „leitende Funktion“ in einer Organisation, die im Bereich der Homosexuellenrechte tätig ist, sein kann<sup>150</sup>. In Deutschland hingegen hat das Bundesarbeitsgericht 1998 entschieden, dass die Position des Gleichstellungsbeauftragten, der auf Landesebene für Fragen der Chancengleichheit zuständig ist, nicht rechtsgültig allein Frauen vorbehalten sein kann. Das deutsche Gericht hat bei dieser Gelegenheit seinen Standpunkt dargelegt, dass im Sinne des deutschen Rechts das Geschlecht nur dann eine unverzichtbare Voraussetzung zur Ausübung des Berufs ist, wenn ein Vertreter des anderen Geschlechts nicht in der Lage wäre, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, und diese Unfähigkeit auf Gründen beruht, die den Werten des Grundgesetzes hinsichtlich


<sup>146</sup> EuGH, *Johnston*, 15. Mai 1986, Rechtssache 222/84, Randnrn. 29-40; EuGH, *Kreil*, 11. Januar 2000, Rechtssache C-285/98, Randnrn. 20-29; EuGH, *Sirdar*, 26. Oktober 1999, Rechtssache C-273/97, Randnrn. 21-32.

<sup>147</sup> Siehe oben, Kapitel II.1.

<sup>148</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 67.

<sup>149</sup> Es ist zu bemerken, dass diese Gesetzgebung durch den *Discrimination Act* vom 5. Juni 2008, SFS 2008:567, veröffentlicht am 25. Juni 2008 und in Kraft getreten am 1. Januar 2009, abgelöst wurde.

<sup>150</sup> M. Bell, „Direct Discrimination“, op. cit., S. 279.

A black and white close-up portrait of a woman with dark, curly hair. She is looking directly at the camera with a neutral expression. She is wearing a dark, high-necked garment. The background is dark and out of focus.

Natasja | 1970

der Gleichheit der Geschlechter entsprechen<sup>151</sup>. Übrigens konnte im vorliegenden Fall die Regierung des betreffenden Bundeslandes die Unfähigkeit eines männlichen Bewerbers, die Aufgaben eines Gleichstellungsbeauftragten zu erfüllen, nicht nachweisen.

Eine weitere Konfliktsituation ergibt sich häufig zwischen der Religionsfreiheit in ihrer kollektiven Form einerseits und dem Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung oder des Geschlechts andererseits (externer zwischenrechtlicher Konflikt). Interessant ist, wie das britische Recht solche Konflikte angeht: Der Gesetzgeber hat eingegriffen, um solche Konflikte bereits im Vorfeld zu lösen, indem er eine spezifische Ausnahmeregelung für berufliche Tätigkeiten für eine religiöse Organisation („where the employment is for purposes of an organised religion“) aufgestellt hat, die die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts<sup>152</sup> oder der sexuellen Orientierung unter bestimmten, genau umrissenen Bedingungen zulässt. Wir gehen hier auf das Beispiel der spezifischen Ausnahme in den *Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* von 2003 ein: „(a) wenn die berufliche Tätigkeit für die Zwecke einer organisierten Religion erfolgt; (b) wenn der Arbeitgeber eine Anforderung hinsichtlich der sexuellen Orientierung stellt – um den Lehren der Religion zu entsprechen oder, aufgrund der Art der Beschäftigung und den Umständen, unter denen sie ausgeübt wird, um einen Konflikt mit den religiösen Überzeugungen zu vermeiden, die bei einer großen Anzahl der Gläubigen tief verankert sind“ [Abschnitt 7(3)]<sup>153</sup>. Die Konformität dieser Vorschriften, die – in einer begrenzten Anzahl Fälle<sup>154</sup> – der Religionsfreiheit die Priorität vor dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einräumt, wurde von Verbänden zum Schutz der Rechte der Homosexuellen und mehreren Gewerkschaften infrage gestellt, die das Problem vor den *High Court* in London gebracht haben. Unter der Voraussetzung der strengen Auslegung wurde diese Ausnahme dennoch im Fall *R (Amicu – MSF and others) vs. Secretary of State for Trade and Industry and Christian Action Research Education and others* als konform mit der Richtlinie 2000/78/EG (Artikel 4 Absatz 1) und der Europäischen Menschenrechtskonvention (Artikel 8 und 14) betrachtet<sup>155</sup>. In diesem Fall befand der Richter Richards,

<sup>151</sup> Bundesarbeitsgericht (BAG), 12. November 1998, Anonym, NZA 1999, S. 371 (zitiert von M. Bell in „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 287). Siehe auch den Fall *Vancouver Rape Relief society gegen Nixon* in Kanada, entschieden durch den Obersten Gerichtshof von British Columbia ([2003] BCSC, 1936). Der Gerichtshof war der Ansicht, dass ein feministischer Idealverein zur Unterstützung von Frauen, die Opfer von männlicher Gewalt waren, sich keiner auf dem Geschlecht basierenden Diskriminierung schuldig gemacht hatte, weil er abgelehnt hatte, eine Transsexuelle (ein zur Frau operierter Mann) einzustellen, mit dem Argument, diese Person habe nicht die Erfahrung gemacht, „seit ihrer Geburt unterdrückt“ gewesen zu sein aufgrund der Tatsache der Geburt und des Aufwachsens als Frau, eine Erfahrung, die als notwendig erachtet wurde, um Opfer männlicher Gewalt richtig zu beraten und zu versorgen. Frau Nixons Antrag auf ein Berufungsverfahren am Berufungsgericht von British Columbia wurde abgelehnt, ebenso der Antrag auf Genehmigung einer Eingabe vor dem Obersten Gericht (Kimberly Nixon gegen Vancouver Rape Relief Society (B.C.I., 31633, 1. Februar 2007).

<sup>152</sup> Siehe Abschnitt 19(1) des *Sex Discrimination Act* von 1975: „(1) Nothing in this Part applies to employment for purposes of an organised religion where the employment is limited to one sex so as to comply with the doctrines of the religion or avoid offending the religious susceptibilities of a significant number of its followers“.

<sup>153</sup> Unsere Übersetzung: „This paragraph applies where – (a) the employment is for purposes of an organised religion; [and] (b) the employer applies a requirement related to sexual orientation – so as to comply with the doctrines of the religion, or because of the nature of the employment and the context in which it is carried out, so as to avoid conflicting with the strongly held religious convictions of a significant number of the religion's followers“.

<sup>154</sup> Um diese Vorschrift zu verteidigen, hat die Regierung dargelegt, dass ihr Ziel darin bestand, die Gerichte vor Rechtsstreitigkeiten zu bewahren, die sie in theologische Kontroversen über den Status der Homosexualität in dieser oder jeder religiösen Lehre verwickeln würden. Aus diesem Grund kam es der Regierung selbst zu, das schwierige Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Beschäftigung der Homosexuellen und dem Recht der religiösen Vereinigungen auf Religionsfreiheit herzustellen (§ 90). Genauere Angaben zur Art der Beschäftigung sind ebenfalls in den Ausführungen zum Regierungsstandpunkt enthalten: „When drafting Regulation 7(3) we had in mind a very narrow range of employment: ministers of religion, plus a small number of posts outside the clergy, including those who exist to promote and represent religion“ (§ 91).

<sup>155</sup> [2004] IRLR 430.

dass diese Ausnahme eine Wiederherstellung der Ausgewogenheit zwischen den konkurrierenden Gesetzen seitens des Gesetzgebers darstellt. Er unterstrich einerseits, dass der Gesetzgeber vorsätzlich so gehandelt habe, um die gerichtlich zu klärenden Fragen in diesem sensiblen Bereich zu begrenzen, und andererseits, dass diese Maßnahme ein legitimes Ziel verfolgte und das dadurch hergestellte Gleichgewicht angemessen sei<sup>156</sup>.

Schwieriger zu entscheiden sind Rechtskonflikte in Fällen, wo zum Beispiel eine Homosexuellen-Bar oder ein asiatisches Restaurant bei der Einstellung eines Kellners seine sexuelle Orientierung bzw. ethnische Herkunft berücksichtigen möchte. Wie O. De Schutter unterstreicht, verfolgt keine dieser Organisationen ein ideologisches Ziel wie den Schutz von Homosexuellen oder den Schutz der Rechte von Menschen asiatischer Herkunft, was die Berufung auf die spezifische Ausnahme für Organisation, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht (Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG), rechtfertigen würde<sup>157</sup>. Dennoch könnte die „Gay“-Bar unter Berufung auf den Begriff des privaten Soziallebens den Anspruch der Mitglieder einer Minderheit, sich unter ihresgleichen aufhalten zu wollen, geltend machen, und das asiatische Restaurant die Rentabilität seines Unternehmens, die durch die „Authentizität“ seiner Kellner gesteigert werden könnte<sup>158</sup>. Die Frage, ob die sexuelle Orientierung oder die ethnische Herkunft des Bewerbers für die Stelle eines Kellners als wesentliche berufliche Anforderungen im Sinne der europäischen Richtlinien betrachtet werden können, muss unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gelöst werden. Wenn es auch schwierig ist, sich endgültig zu dieser Frage zu äußern, da es keine diesbezügliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gibt, kann man doch vorbringen, dass im Fall des asiatischen Restaurants das wirtschaftliche Ziel der Rentabilität weniger Gewicht hat als das Verbot der Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft. Darüber hinaus scheint es schwierig, die Notwendigkeit und Angemessenheit der Auswahl von Kellnern aufgrund ihrer ethnischen Herkunft hinsichtlich dieses Ziels der Wirtschaftlichkeit zu rechtfertigen. So sieht zum Beispiel im Vereinigten Königreich eine spezifische Ausnahmeregelung des *Race Relations Act* von 1976 vor, dass Hautfarbe und Nationalität als wesentliche berufliche Anforderungen gelten können, wenn „die Beschäftigung das Arbeiten in einem Bereich beinhaltet, in dem Speisen oder Getränke (kostenlos oder nicht) angeboten und von Mitgliedern der Bevölkerung oder Teilen der Bevölkerung konsumiert werden, in einer bestimmten Umgebung, die die Anforderung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten ethnischen Gruppe aus Gründen der Authentizität rechtfertigt“<sup>159</sup>. Das Fehlen eines jeglichen Hinweises auf die Verhältnismäßigkeit im Text dieser spezifischen Ausnahme führt zu Kompatibilitätsproblemen mit der Richtlinie 2000/43/EG, zumindest was die Hautfarbe betrifft. Die Ausgewogenheit der Interessen ist im Falle der Homosexuellen-Bar komplexer, denn hier gibt es einen echten Rechtskonflikt zwischen dem Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung einerseits und der Vereinigungsfreiheit oder dem Recht auf Schutz des Privatlebens in seiner sozialen Dimension andererseits. Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich in dieser Situation aus der Unmöglichkeit, die sexuelle Orientierung der zukünftigen Kellner zu überprüfen, ohne ihr Recht auf Privatleben zu verletzen, diesmal in seiner Dimension als Wahrung der Intimsphäre einer Person.

Dies ist schließlich eine etwas spezielle Art eines innerrechtlichen Konflikts innerhalb des Gleichheitsprinzips, auf das D. Schieck, L. Waddington und M. Bell eingehen, indem sie auf die Spannungen zwischen formeller und substanzieller Gleichheit hinweisen, die aus der mehr oder weniger weit gefassten Auslegung der wesentlichen beruflichen Anforderungen entstehen. Das

<sup>156</sup> *Ebenda*, §§ 123-124.

<sup>157</sup> Siehe *unten*, Kapitel II.2.2.

<sup>158</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, *op. cit.*, S. 67.

<sup>159</sup> Unsere Übersetzung: „the job involves working in a place where food or drink is (for payment or not) provided to and consumed by members of the public or a section of the public in a particular setting for which, in that job, a person of that racial group is required for reasons of authenticity“ (M. Bell, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 278).



Beispiel eines Stellenangebots, in dem bevorzugt Bewerber maghrebinischer Herkunft gesucht werden, weil die Tätigkeit hauptsächlich darin besteht, mit Jugendlichen maghrebinischer Herkunft zu arbeiten und dies das gegenseitige Vertrauen erleichtern würde, zeigt diese Spannungen auf. Der Gleichbehandlungsausschuss der Niederlande (*Commissie Gelijke Behandeling* – CGB)<sup>160</sup> war der Ansicht, ein solches Stellenangebot stelle eine direkte Diskriminierung dar, da die Liste der wesentlichen beruflichen Anforderungen keine Ausnahme vorsieht, die es gestattet, Angehörige einer Zielgruppe anzustellen, um Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft Hilfeleistungen anzubieten<sup>161</sup>. Der gleiche Rechtsstreit hätte anders ausgehen können, wenn er im Vereinigten Königreich stattgefunden hätte. Tatsächlich sieht der *Race Relations Act* von 1976 [Abschnitt 5 (2) (d)] einen Sonderfall vor, in dem die Rasse oder ethnische Herkunft eine wesentliche berufliche Anforderung darstellt, nämlich dann, wenn „der Inhaber einer Stelle für Mitglieder einer ethnischen Gruppe persönliche Leistungen zur Verbesserung ihres Wohlergehens erbringt und diese Leistungen am besten von Angehörigen derselben Ethnie erbracht werden können“<sup>162</sup>. Im Hinblick auf die Auslegung dieser Ausnahme seitens der englischen Richter, dass ein direkter Kontakt zwischen dem Erbringer und dem Empfänger der Leistungen<sup>163</sup> sowie die Kenntnis der Sprache und/oder der kulturellen oder religiösen Gewohnheiten des Leistungsempfängers erforderlich sind, scheint es wahrscheinlich, dass die Einstellung eines Bewerbers maghrebinischer Herkunft für die Arbeit mit maghrebinischen Jugendlichen nach englischem Recht als zulässig beurteilt worden wäre. Hier zeigt sich eine Spannung zwischen einerseits der restriktiven Auslegung der wesentlichen beruflichen Anforderungen durch den Gleichbehandlungsausschuss der Niederlande, der darin nur einen Verstoß gegen die formelle Gleichbehandlung sieht, und der großzügigeren Auslegung im englischen Recht andererseits. Letzteres scheint eine substantielle Konzeption der Gleichheit zu berücksichtigen, welche eine großzügigere Auslegung der Ausnahme zugunsten einer benachteiligten Bevölkerungsgruppe rechtfertigt. Es besteht dennoch das Risiko, den symmetrischen Charakter des Schutzes gegen Diskriminierung infrage zu stellen, der vorsieht, dass die Nichteinstellung einer Person niederländischer oder englischer Abstammung für die Arbeit mit maghrebinischen Jugendlichen als diskriminierend zu betrachten ist.

Ebenfalls auf den Bereich der Beschäftigung bezogen stellt sich die Frage, ob eine weiter reichende Ausnahme des Verbots der direkten Diskriminierung aufgrund eines der vorgegebenen Kriterien existiert, das auf der Wahrung bestimmter Rechte oder Grundfreiheiten beruht. Eine solche Hypothese findet ihre ausdrückliche Grundlage, was die in der Richtlinie 2000/78/EG behandelten Gründe – Alter, sexuelle Orientierung, Religion oder Weltanschauung und Behinderung – angeht, im Artikel 2 Absatz 5, wo es heißt: „[d]ie gegenwärtige Richtlinie berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind“. Was Diskriminierungen aufgrund der Ethnie angeht, wurde keine gleichwertige Bestimmung in den

<sup>160</sup> Es handelt sich um die 1994 in den Niederlanden gegründete Organisation zur Förderung der Gleichbehandlung. Für eine Übersicht über ihre Funktionen und ihre quasi-gerichtliche Kompetenz siehe I. RORIVE, „A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Discrimination and Racism“, *New Institutions for Human Rights Protection*, K. Boyle (Hrsg.), Oxford, O.U.P., 2009, S. 138-173, spec. S. 149-150.

<sup>161</sup> Stellungnahme Nr. 1997-51, verfügbar in niederländischer Sprache auf der Webseite der CGB: <http://www.cgb.nl>. Es ist zu bemerken, dass im selben Fall die CGB der Ansicht war, dass die Bevorzugung eines Bewerbers männlichen Geschlechts für die Betreuung maghrebinischer Jugendlicher hingegen als wesentliche berufliche Anforderung vertretbar sei, im Hinblick auf die speziellen Probleme männlicher maghrebinischer Jugendlicher, zu denen der zukünftige Betreuer eine echte Vertrauensbeziehung aufzubauen in der Lage sein müsse (zitiert von M. BELL, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 288).

<sup>162</sup> Unsere Übersetzung: „the holder of the job provides persons of that racial group with personal services promoting their welfare, and those services can most effectively be provided by a person of that racial group“.

<sup>163</sup> Siehe die genannten und kommentierten Beispiele in M. BELL, „Direct Discrimination“, *op. cit.*, S. 286.

Textkörper der Richtlinie 2000/43/EG aufgenommen, aber Erwägung 4 der Präambel – „Es ist wichtig, dass diese Grundrechte und Grundfreiheiten, einschließlich der Vereinigungsfreiheit, geachtet werden. [...]“ – zeugt von einem ähnlichen Ansatz. In jedem Fall ist diese Ausnahme in der Verpflichtung der Mitgliedstaaten verankert, die Richtlinien unter Wahrung der Grundrechte umzusetzen.

## 2.2 Spezifische Ausnahme für Kirchen und Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht

Ein besonderer Konflikt zeigt sich, wenn das Verbot der Diskriminierung aufgrund von Religion oder Weltanschauung zu Spannungen mit der Religionsfreiheit führt, verstanden als Recht der Kirchen oder der religiösen oder philosophischen Organisationen auf Zusammenschluss ohne Einmischung seitens des Staates<sup>164</sup>. Der europäische Gesetzgeber hat eine spezifische Ausnahme zum Verbot der direkt auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruhenden Diskriminierung vorgesehen, um Leitlinien für diese Art von Konflikten vorzugeben. Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG sieht vor, dass, unter Einhaltung bestimmter Bedingungen, die unterschiedliche Behandlung aufgrund von Religion oder Weltanschauung gestattet werden kann, und zwar „in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“<sup>165</sup>. Mangels einer diesbezüglichen Rechtsprechung des Gerichtshofs ist die Ermittlung der genauen Reichweite dieser besonders unklaren Bestimmung keine leichte Aufgabe für den Auslegenden. Tatsächlich ist ihr Text nicht frei von Schwierigkeiten. Die spezifische Ausnahme, die im ersten Absatz von Artikel 4 Absatz 2 vorgesehen ist, wird als Möglichkeit für die Mitgliedstaaten dargestellt, die anscheinend die Befugnis haben, sie nach Belieben für die Umsetzung in einzelstaatliches Recht zu nutzen oder nicht. Im Übrigen stellt sich durch die Bezugnahme auf die *Beibehaltung* einer solchen Ausnahme in der einzelstaatlichen Gesetzgebung oder zur Festschreibung bestehender Praktiken die Frage des Handlungsspielraums, den die Staaten bei der Einführung einer solchen Ausnahme haben, wo sie sich doch weder aus positivem Recht noch aus zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie bestehenden Praktiken herleitet. Dennoch gesteht der zweite Absatz den Organisationen das Recht zu, „von den für sie arbeitenden Personen [zu] verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten“. Diese Aussage ist schwierig mit derjenigen in Einklang zu bringen, die die Ausnahme als eine den Staaten freistehende Wahlmöglichkeit darstellt. Tatsächlich können die Staaten bei der Umsetzung der Richtlinie nicht ihre Verpflichtung außer Acht lassen, die Religionsfreiheit der Kirchen und die Glaubensfreiheit der religiös oder philosophisch geprägten Organisationen zu respektieren, da diese Freiheiten hier in ihrer kollektiven Dimension

<sup>164</sup> In diesem Zusammenhang sollte man die Bezugnahme in Erwägung 24 der Präambel zur Richtlinie 2000/78/EG auf die Erklärung Nr. 11 hinsichtlich des Status der Kirchen und nichtkonfessionellen Organisationen im Anhang der Schlussakte des Vertrags von Amsterdam im Gedächtnis behalten. Die Union erkennt dort ausdrücklich an, „dass sie den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, achtet und ihn nicht beeinträchtigt, und dass dies in gleicher Weise für den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften gilt“.

<sup>165</sup> Der Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG lautet wie folgt: „Die Mitgliedstaaten können in Bezug auf berufliche Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht, Bestimmungen in ihren zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie geltenden Rechtsvorschriften beibehalten oder in künftigen Rechtsvorschriften Bestimmungen vorsehen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieser Richtlinie bestehende einzelstaatliche Gepflogenheiten widerspiegeln und wonach eine Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person keine Diskriminierung darstellt, wenn die Religion oder die Weltanschauung dieser Person nach der Art dieser Tätigkeiten oder der Umstände ihrer Ausübung eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt. Eine solche Ungleichbehandlung muss die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund.“



zu verstehen sind. Diese Mehrdeutigkeiten zeigen sich übrigens auch in der sehr unterschiedlichen Umsetzung dieser Ausnahme durch die verschiedenen Mitgliedstaaten<sup>166</sup>. Sowohl zu vage formulierte Ausnahmen als auch das Nichtvorhandensein von Ausnahmen können zu Problemen hinsichtlich der Grundrechte und Grundfreiheiten führen. Eine zu weit gefasste Ausnahme untergräbt das Verbot der Diskriminierung der Richtlinie 2000/78/EG, das Nichtvorhandensein der Ausnahme steht zwar nicht direkt im Widerspruch zur Richtlinie, kann aber eine Verletzung der Religionsfreiheit darstellen<sup>167</sup>.

Die Frage nach den Begünstigten der Ausnahme sowie deren Umrisse und Grenzen werden unter Berücksichtigung der Rechtskonfliktsituation (externer zwischenrechtlicher Konflikt), die dieser Ausnahme zugrunde liegt, behandelt – nebst den Lehren, die aus den internationalen und europäischen Menschenrechten sowie aus bestimmten einzelstaatlichen Gesetzen gezogen wurden.

## 2.2.1 Begünstigte der Ausnahme

Die Ausnahme gilt speziell für „Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“. Diese Formulierung wurde bei den Verhandlungen über die Richtlinie geändert und auf die Begünstigten ausgedehnt. Im ursprünglich von der Kommission eingereichten Vorschlag für die Richtlinie ging es um „öffentliche oder private Organisationen, die *in den Bereichen der Religion oder des Glaubens* im Hinblick auf Erziehung, Berichterstattung und Meinungsäußerung *unmittelbar und überwiegend eine bestimmte weltanschauliche Tendenz verfolgen, und innerhalb dieser Organisationen hinsichtlich spezieller beruflicher Tätigkeiten, die unmittelbar und überwiegend diesem Zweck dienen*“<sup>168</sup>. Unter dem Druck von Kirchen und Religionsgemeinschaften hat die Europäische Kommission ihren ursprünglichen Vorschlag geändert, um die sozialen Aktivitäten der religiösen Organisationen erfassen zu können<sup>169</sup>.

Die Definition dessen, was unter „Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht“ zu verstehen ist, führt fast zwangsläufig wieder zu der heiklen Frage der Definition der Begriffe „Religion“ und „Weltanschauung“. Die Richtlinie 2000/78/EG sagt nichts darüber aus, und es muss angemerkt werden, dass dies auch für die einzelstaatlichen Umsetzungsregelungen gilt. Gemäß dem Urteil *Chacon Navas* des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in Bezug auf den Begriff der Behinderung muss eine autonome Auslegung auf europäischer Ebene herausgearbeitet werden<sup>170</sup>. Wendet man sich den Lehren der internationalen Instrumente zum Schutz der Grundrechte und insbesondere der EMRK zu, wird eine besonders weite Auslegung des Begriffs der Religion zur Definition der Anwendbarkeit der in Artikel 9 der EMRK garantierten Religionsfreiheit deutlich<sup>171</sup>. Der Ansatz des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte gestattet keine Herleitung einer beliebigen

<sup>166</sup> L. VICKERS, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Europäische Kommission, 2006, S. 56-61.

<sup>167</sup> Siehe die von L. Vickers zitierten Beispiele in: *Religion et convictions*, op. cit., S. 59. Es ist jedoch zu bemerken, dass in den meisten Mitgliedstaaten, die eine solche Ausnahme nicht ausdrücklich eingebunden oder in anderer Form eingebunden haben, andere Garantien der Religionsfreiheit gegeben sind, die manchmal einfach die Mitglieder des „Klerus“ vom Anwendungsbereich des Arbeitsrechts und des Nichtdiskriminierungsrechts ausnehmen.

<sup>168</sup> Unsere Hervorhebung.

<sup>169</sup> Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Schaffung der allgemeinen Rahmenbedingungen zugunsten der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, 10. Oktober 2000, KOM(2000) 652 endg.

<sup>170</sup> EuGH, *Chacon Navas*, 11. Juli 2006, Rechtssache C-13/06.

<sup>171</sup> J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2006, S. 70-74; L. VICKERS, *Religion et convictions*, op. cit., S. 29.

Definition der Religion: Die einzige ausdrückliche Anforderung, die bislang formuliert wurde, ist die, dass es sich um eine „hinreichend bestimmbare Konfession“ handeln muss<sup>172</sup>.

Was Organisationen betrifft, deren Ethos auf der Weltanschauung beruht, erweist sich die Abgrenzung der von der Ausnahme Begünstigten als noch schwieriger. Welche Weltanschauungen können einbezogen werden? Handelt es sich ausschließlich um religiöse Überzeugungen, oder kann der Begriff auch auf andere Überzeugungen, einschließlich politischer oder gewerkschaftlicher Überzeugungen, sowie auf das Fehlen von Überzeugungen ausgedehnt werden? Die Richtlinie 2000/78/EG liefert diesbezüglich keine ausdrücklichen Hinweise. Wenn Lucy Vickers zufolge gesagt werden kann, dass nicht alle Weltanschauungen durch die Richtlinie geschützt sind und dass „[z]um Beispiel der Glaube an die Überlegenheit einer Fußballmannschaft über eine andere damit nicht abgedeckt wird“, bleibt die Abgrenzung weiterhin dahingestellt<sup>173</sup>. Die meisten Umsetzungsvorschriften sagen auch hierzu nichts aus<sup>174</sup>. Einige Staaten schließen politische Überzeugungen und weniger häufig auch gewerkschaftliche Überzeugungen ausdrücklich ein, z. B. einen verbotenen Diskriminierungsgrund, wodurch impliziert wird, dass diese Überzeugungen nach ihrer Ansicht nicht von den in der Richtlinie genannten „Weltanschauungen“ umfasst sind. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass die geschützten Weltanschauungen gemäß Artikel 9 der EMRK religiöse oder philosophische Weltanschauungen umfassen, ohne prinzipielle politische Meinungen einzubeziehen. Um Anspruch auf Schutz zu haben, muss es sich bei den Weltanschauungen um „Sichtweisen, die ein gewisses Maß an Gewicht, Seriosität, Kohärenz und Wichtigkeit erreicht haben“ handeln<sup>175</sup>. Die Anwendung dieser Anforderungen hat den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte veranlasst, Überzeugungen wie Pazifismus, Veganismus oder Atheismus im Sinne von Artikel 9 der Konvention in den Begriff der „philosophischen Überzeugungen“ einzubeziehen<sup>176</sup>. Die Einbeziehung des Pazifismus zeigt beispielsweise, inwiefern die Grenze zwischen philosophischen und politischen Überzeugungen schwer zu ziehen sein kann.

Kann der Begriff der Weltanschauung dahin gehend ausgedehnt werden, dass die „Unternehmenskultur“ oder das Image des Unternehmens folglich eine Einstellung, ja sogar eine Kündigung auf der Grundlage der Zustimmung oder Nichtzustimmung zu dieser Kultur gestattet? Der Fall „Club“ in Belgien ist bezeichnend für die Schwierigkeiten der Eingrenzung dieser Ausnahme und für die Spannungen, die sich aus dem Widerspruch zwischen dem Verbot der Diskriminierung aufgrund von Religion oder Überzeugungen und der unternehmerischen Freiheit ergeben können. In dieser Angelegenheit ging es darum, dass das Unternehmen „Club“, eine Buch- und Schreibwarenhandlung für die „breite Öffentlichkeit“, sein „offenes, ansprechbares, sachliches, familiäres und neutrales“ Image zur Rechtfertigung des Erfordernisses im Rahmen seiner Arbeitsvorschriften vorbrachte, eine Uniform mit den Marken des Unternehmens zu tragen und auf Symbole oder Kleidungsstücke zu verzichten, die diesem Image schaden könnten. Aufgrund einer in mancher Hinsicht kritisierbaren Argumentation stellten die Arbeitsgerichte keine Verletzung der Religionsfreiheit oder des Diskriminierungsverbots fest, ohne dass jedoch die spezifische Ausnahme zugunsten von „Tendenz“-Unternehmen in diesem Fall angeführt wurde<sup>177</sup>.

<sup>172</sup> EKMR, X gegen RU, 4. Oktober 1977 (Az. 7291/75), D.R. 11, S. 55.

<sup>173</sup> L. VICKERS, *Religion et convictions*, op. cit., S. 29.

<sup>174</sup> *Ebenda*.

<sup>175</sup> EGMR, *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25. Februar 1982 (Az. 7511/76 und 7743/76), § 36.

<sup>176</sup> F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENNOIRE und M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., S. 547-548.

<sup>177</sup> Arbeitsgericht Brüssel (4. Kammer), *E.F. gegen s.a. Club*, 15. Januar 2008, Register-Nr. 48.695, *Journal des tribunaux du travail*, 2008, S. 140. Vgl. ebenso Kommentar in der *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, Nr. 6-7, S. 87.

Präzisierungen des Gerichtshofs der Europäischen Union bezüglich der Möglichkeit zur Einbeziehung der „Unternehmenskultur“ in den Begriff der Weltanschauung sind erforderlich. Nach dem heutigen Erkenntnisstand sind wir ebenso wie Olivier De Schutter der Ansicht, dass dies zu weit ginge und dass „[die] Einrede des Artikels 4 Absatz 2 keine diskriminierende Behandlung aufgrund der Weltanschauung [...] rechtfertigen kann, nur weil ein Stellenbewerber [...] der ‚Unternehmenskultur‘ nicht vollständig zustimmt oder kein Engagement gegenüber dem ‚Projekt‘ zeigt, für das er sich einsetzen soll“. Das heißt mit anderen Worten auch, dass es nicht ausreicht, dass die Weltanschauung bestimmter Arbeitnehmer der Aktivität des Unternehmens entgegensteht, damit dieses eine Ausnahme zugunsten der Tendenzunternehmen geltend machen kann<sup>178</sup>. Diese Fallbeispiele fallen außerdem nicht in die Kategorie der Rechtskonflikte, es sei denn, man betrachtet die unternehmerische Freiheit als Grundrecht, mit dem das Diskriminierungsverbot kollidiert. Eine solche Überlegung kann unserer Ansicht nach nicht weiter verfolgt werden, da das gesamte Nichtdiskriminierungsrecht auf dem Gebiet der Beschäftigung in Konfliktsituationen zwischen dem Verbot der Diskriminierung von Arbeitnehmern und der Unternehmensfreiheit von Arbeitgebern umgewandelt werden würde.

### 2.2.2 Eingrenzung der Ausnahme

Im Unterschied zu der in Artikel 4 Absatz 1 vorgesehenen Ausnahme erfordert die zugunsten von Kirchen und Tendenzunternehmen vorgesehene Ausnahme es nicht, dass die berufliche Anforderung von ihrer Natur oder ihrem Kontext her maßgebend für den auszuübenden Beruf ist, sondern nur, dass sie im Hinblick auf das Ethos der Organisation wesentlich, legitim und gerechtfertigt ist. Wenn die auf diese Ausnahme zu übertragende praktische Wirksamkeit impliziert, dass diese gestattet, über das hinauszugehen, was aufgrund der klassischen Ausnahme „wesentliche berufliche Anforderung“ gestattet ist, ist ihr Anwendungsbereich nicht leicht einzugrenzen.

Ein erstes nützliches Kriterium besteht in der Notwendigkeit, dass die Religion (oder die Weltanschauung) eine *wesentliche berufliche* Anforderung darstellt, was einen hinreichend engen Zusammenhang mit der betreffenden Beschäftigung erfordert. Da sie nicht in der Lage war, einen solchen Nachweis zu erbringen, hat eine humanitäre christliche Organisation in Dänemark (die Armee des christlichen Kreuzes) die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 8 000 EUR an einen Arbeitnehmer akzeptiert, dessen Beschäftigung als Reinigungskraft aufgrund dessen gekündigt wurde, dass er nicht Mitglied der nationalen lutherischen Kirche war. Damit wurde impliziert anerkannt, dass Reinigungskräfte nicht in den Genuss einer Freistellung nach Artikel 4 der Richtlinie 2000/78/EG kommen konnten<sup>179</sup>. Ebenfalls unter Berücksichtigung des Zusammenhangs mit der Natur der Beschäftigung wurde im spanischen Recht eine Unterscheidung zwischen der „ideologischen“ Arbeit für religiöse Organisationen (einschließlich der Verbreitung der Ideologie der Institution) und den neutralen Tätigkeiten unter Beachtung des Ethos der Organisation getroffen<sup>180</sup>. Diese Bezugnahme auf die Natur der Beschäftigung findet sich auch in der Argumentation des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache *Dahlab c. Suisse* zur Abweisung der Klage einer Lehrerin einer staatlichen Grundschule wieder, die aufgrund ihrer Weigerung, ihr Kopftuch abzulegen, entlassen worden war. Hierbei hat der Europäische Gerichtshof die Position des Schweizerischen Bundesgerichts insbesondere im Hinblick darauf unterstützt, dass „das Gericht die Natur selbst der Tätigkeit als Lehrer an einer staatlichen Schule berücksichtigt hat, der Vertreter der

<sup>178</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 75-76.

<sup>179</sup> *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2006, Nr. 3, S. 64.

<sup>180</sup> Das Verfassungsgericht war der Auffassung, dass die Kündigung einer Pflegerin durch ein privates katholisches Krankenhaus aufgrund dessen, dass diese das Ethos des Krankenhauses nicht respektierte, nicht legal sei, da es sich um eine neutrale Beschäftigung in Bezug auf die Ideologie des Krankenhauses handelte (Urteil des Verfassungsgerichts vom 12. Juni 1996, 106/1996 (Az. 3507/93)).

Rosanne | 1987

Stephen | 1989



*schulischen Autorität und des Staates ist, wodurch der Schutz des legitimen Ziels, nämlich die Neutralität des öffentlichen Schulwesens, und die Freiheit zur Religionsausübung abgewogen werden*<sup>181</sup>.

Die meisten Fälle sind jedoch komplexer und betreffen Tätigkeiten, deren Natur nicht immer in einem offensichtlichen Zusammenhang mit dem Ethos der Organisation steht, z. B. Ärzte in einem katholischen Krankenhaus, Sozialarbeiter einer karitativen Einrichtung, die einer Kirche unterstellt ist, Französischlehrer an einer muslimischen Schule. Kann das Bild, das die Organisation mittels den aus ihr bestehenden Personen von sich selbst vermittelt, bei diesen Berufen die Verweigerung des Engagements oder eine Kündigung aufgrund der Religion oder Weltanschauung rechtfertigen, unabhängig vom Inhalt der Tätigkeit, die der Betroffene ausübt oder ausgeübt hat? Verschiedene Textbetrachtungen könnten dafür sprechen. Beispielsweise die Anführung des *Kontextes*, in dem die Tätigkeiten ausgeführt werden, der Wegfall der ausdrücklichen Anforderung der Proportionalität in Absatz 2 und schließlich die Anerkennung, mit etwas zweideutigem Wortlaut, eines *Rechts* der Kirchen und Tendenzorganisationen, von den für sie arbeitenden Personen zu verlangen, dass sie sich loyal und aufrichtig im Sinne des Ethos der Organisation verhalten. Wie O. De Schutter feststellt, „erfolgt in diesem letzten Abschnitt von Artikel 4 Absatz 2 keine Betonung des Inhalts der erbrachten Tätigkeit und des Zusammenhangs, der zwischen dem Inhalt der Tätigkeit einerseits und der Religion oder der Weltanschauung des die Tätigkeit Ausübenden oder möglicherweise Ausübenden andererseits bestehen sollte“<sup>182</sup>.

Der Fall im Zusammenhang mit einer Sozialarbeiterstelle bei einer Unterorganisation der evangelischen Kirche in Deutschland, in Bezug auf den das Gericht und das Arbeitsgericht Hamburg diametral entgegengesetzte Standpunkte vertreten hatten, zeugt von dieser schwierigen Abwägung zwischen der Religionsfreiheit religiöser Organisationen einerseits und dem Diskriminierungsverbot aufgrund der Religion andererseits<sup>183</sup>. Im vorliegenden Fall handelte es sich um einen Aufruf durch eine Unterorganisation der evangelischen Kirche in Deutschland zur Einreichung von Bewerbungen für eine Sozialarbeiterstelle, die im Rahmen des von der Europäischen Kommission finanzierten Programms „EQUAL“ die Arbeit mit Zuwanderern beinhalten sollte. Der Arbeitgeber bekundete der betreffenden Bewerberin telefonisch sein Interesse an ihrer Bewerbung und fragte sie außerdem nach ihrer Religionszugehörigkeit. Auf die Antwort der Bewerberin, sie sei nichtpraktizierende Muslimin, wurde ihr die Frage gestellt, ob sie zu einem Religionswechsel bereit sei. Sie teilte ihre Ablehnung mit, davon ausgehend, dass dies für die betreffende Tätigkeit keinesfalls erforderlich sei. Anschließend wurde ihr schriftlich mitgeteilt, dass ihre Bewerbung abgelehnt worden sei. Die enttäuschte Bewerberin brachte ihren Fall vor das Arbeitsgericht Hamburg<sup>184</sup>, das ihr Recht gab. Die der Entscheidung des Arbeitsgerichts zugrunde liegende Argumentation ist interessant, da sie die Grenzen festlegt, innerhalb deren die Ausnahme zugunsten der Kirchen angeführt werden kann, durch das deutsche Gleichbehandlungsgesetz (Artikel 9). Dieser Rechtsprechung zufolge kann die Ausnahme keine Ungleichbehandlung unabhängig von der Art der jeweiligen Arbeit begründen, wenn die Ausnahme die Autonomie der Kirchen schützt. Im vorliegenden Fall gibt es keinen stichhaltigen Grund, warum die Aufgaben einer Sozialarbeiterin, die Zuwanderern helfen soll, nur von einem christlichen Bewerber erfüllt werden können. Diese Entscheidung war umso bemerkenswerter, wie M. Mahlmann feststellt, als sie von der durch die deutschen Gerichte seit langem begründete Rechtsprechung abrückte, die den Kirchen mehr Autonomie zugesteht, indem sie ihnen gestattet, selbst zu bestimmen, welche Positionen von Mitgliedern einer bestimmten Religion besetzt werden müssen<sup>185</sup>. So hatte das Bundesverfassungsgericht in dem bereits

<sup>181</sup> EGMR, *Lucia Dahlab c. Suisse*, Entscheidung vom 15. Februar 2001 (Az. 42393/98), unsere Hervorhebung.

<sup>182</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 75.

<sup>183</sup> *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, Nr. 6-7, S. 109.

<sup>184</sup> Entscheidung vom 27. Mai 2008, 20 Ca 105/07.

<sup>185</sup> M. MAHLMANN, „Flash-Report – Religious Discrimination“, April 2009, online über die Webseite des European Network of Legal experts in the Non-discrimination Field unter folgender Adresse verfügbar: <http://www.non-discrimination.net>.

länger zurückliegenden Fall *Rommelfanger*<sup>186</sup>, unterstützt von der Europäischen Kommission für Menschenrechte<sup>187</sup>, entschieden, dass die Kündigung eines Arztes durch ein katholisches Krankenhaus wegen seiner Stellungnahmen in den Medien zugunsten der Abtreibung mit der Autonomie in Einklang stehe, die Kirchen und religiösen Organisationen in Deutschland verfassungsmäßig gewährt wird, ohne die Verletzung des Rechts des Arztes auf freie Meinungsäußerung zu implizieren. Bei dem Fall in Hamburg, bei dem es um die Ablehnung der Einstellung einer nichtchristlichen Sozialarbeiterin ging, kam es jedoch zu einer wichtigen Wende. In der Entscheidung zum Einspruch der religiösen Organisation hatte das Arbeitsgericht das erstinstanzliche Urteil mit der Begründung aufgehoben, die Bewerberin sei für die betreffende Position nicht qualifiziert gewesen und könne sich infolgedessen nicht über eine Diskriminierung bei der Einstellung beklagen<sup>188</sup>. Neben der Tatsache, dass dieses Gericht – in sehr anfechtbarer Weise – das Vorliegen eines diskriminierenden Verhaltens, das sich aus den Äußerungen gegenüber der Bewerberin während des Telefongesprächs ergab, nicht untersucht hatte, wurde besonders die Weigerung des Arbeitsgerichts bedauert, ein Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH einzuleiten, um die Auslegung des Artikels 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG zu klären. Diese letzte Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg war noch während der Ausfertigung dieser Studie Gegenstand einer Klage vor einem Gericht höherer Instanz in Deutschland.

### 2.2.3 Einschränkungen der Ausnahme

Der europäische Gesetzgeber hat Leitlinien bezüglich der Inanspruchnahme dieser Ausnahme durch Kirchen und religiös oder philosophisch geprägte Organisationen erlassen. Gemäß Artikel 4 Absatz 2 muss eine auf religiösen oder anderweitigen Überzeugungen begründete abweichende Behandlung „die verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten und rechtfertigt keine Diskriminierung aus einem anderen Grund“. Daraus ergibt sich also die Forderung nach der Einhaltung der übrigen Grundrechte und -freiheiten (der verfassungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätze der Mitgliedstaaten sowie der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts), insbesondere des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung auf der Grundlage weiterer geschützter Unterscheidungskriterien.

#### 2.2.3.1 Einhaltung von Grundrechten und -freiheiten

Die Bezugnahme auf die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beinhaltet auch das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit, das in Absatz 1 des Artikels 4 im Hinblick auf wesentliche berufliche Anforderungen ausdrücklich gefordert wird, jedoch in Absatz 2 keine ausdrückliche Erwähnung mehr findet.

Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit ist Grundlage der Argumentation der Kommission zur Gleichbehandlung der Niederlande (CGB) im Falle der Verweigerung der Einstellung einer muslimischen Frau als Lehrkraft für die arabische Sprache durch eine muslimische Schule, da diese sich weigerte, ein Kopftuch zu tragen. In der Stellungnahme Nr. 2005-222 vom 15. November 2005 hat die CGB in diesem Fall der Diskriminierung aus religiösen Gründen geprüft, ob die Voraussetzungen zur Anwendung einer

<sup>186</sup> Vgl. unterschiedliche Urteile des Arbeitsgerichts Essen, des Berufungsgerichts Düsseldorf, des Bundesarbeitsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts, die zur Anrufung der Europäischen Kommission für Menschenrechte geführt haben (EKMR, *Rommelfanger c. Allemagne*, 6. September 1989 (Az. 12242/96), D.R. 62, S. 151). Für einen neueren Ansatz in Bezug auf die Frage seitens des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte siehe Fall *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20. Oktober 2009 (Az. 39128/05).

<sup>187</sup> *Ebenda*.

<sup>188</sup> M. MAHLMANN, „Flash-Report – Religious Discrimination“, April 2009, *op. cit.*



Ausnahme im Bildungsbereich gegeben sind<sup>189</sup>. Die CGB fordert, dass es sich um eine zur Umsetzung der Grundprinzipien der Institution notwendige und verhältnismäßige Bedingung handelt; im vorliegenden Fall konnte die muslimische Schule jedoch nicht hinreichend begründen, dass das Tragen des Kopftuches eine notwendige Bedingung zur Einhaltung oder Umsetzung der religiösen Grundprinzipien der Schule darstellt. Die Schule hatte bereits zuvor Lehrerinnen nichtmuslimischen Glaubens eingestellt, die kein Kopftuch trugen. Zudem war das Tragen eines Kopftuches für Lehrerinnen und Schülerinnen außerhalb der Schule nicht verpflichtend. Diese Tatsache stellte für die Kommission ein hinreichendes Indiz für die Tatsache dar, dass diese Kleidungs Vorschrift zur Umsetzung der Grundprinzipien dieser schulischen Einrichtung nicht ausschlaggebend war. Es wurden zudem keine Beweise vorgelegt, aus denen hervorging, dass es sich beim Tragen eines Kopftuches um ein wesentliches Kriterium für die ordnungsgemäße Ausübung der Lehrtätigkeit in der arabischen Sprache handelt<sup>190</sup>.

Zudem beinhaltet die Achtung der Menschenrechte auch das Recht auf Achtung der Privatsphäre. Dadurch sollen kirchliche Einrichtungen daran gehindert werden, die Privatsphäre für Zwecke, die für die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit nicht entscheidend sind, als Grund für die Nichteinstellung oder Entlassung von Mitarbeitern<sup>191</sup> heranzuziehen. Diese Einschränkungen durch Achtung der Privatsphäre waren bei der Urteilsfindung im Fall der Entlassung einer Lehrerin aus einer katholischen Einrichtung aus Gründen der Schwangerschaft, der Wiederverheiratung nach einer Scheidung<sup>192</sup> oder der Verweigerung der Einstellung einer Person aufgrund ihrer homosexuellen Orientierung<sup>193</sup> entscheidend. Eine ähnliche Hypothese wurde im Fall *Painsecq gegen Association Fraternité Saint Pie X*<sup>194</sup> an das französische Kassationsgericht weitergeleitet<sup>194</sup>. Beim Aufruf zur Begründung des Urteils zur Stattgabe der Entlassung eines von einer Vereinigung traditioneller Christen beschäftigten Sakristans, nachdem seine Homosexualität und seine HIV-Infektion durch eine Indiskretion bekannt geworden waren, wurde das Urteil vom Kassationsgericht revidiert. Nach Ansicht des Kassationsgerichts wurden die Bestimmungen des französischen Arbeitsgesetzes vom Berufungsgericht nicht richtig ausgelegt, da es „die Sittlichkeit des Arbeitnehmers infrage gestellt hat, ohne zu hinterfragen, ob der Mitarbeiter innerhalb des Unternehmens ein Problem verursacht hat“<sup>195</sup>. In diesem Fall stützt sich das Diskriminierungsverbot auf den Schutz der Privatsphäre und wirkt sich einschränkend auf die Entscheidungsmöglichkeiten von Kirchen und sonstigen religiös oder philosophisch geprägten Organisationen aus. Dieser durch das Recht auf Privatsphäre gewährte Schutz vor der Erfassung von Informationen seitens des Arbeitgebers, die sich nicht zur Beurteilung der beruflichen Eignung eines Bewerbers eignen, ist auch von religiös oder philosophisch geprägten Organisationen<sup>196</sup> einzuhalten. Letztere sind jedoch gemäß Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe d) auf der Grundlage angemessener Garantien berechtigt, bestimmte „vertrauliche“ Daten zu religiösen, politischen oder sonstigen Überzeugungen oder Gewerkschaftszugehörigkeiten zu erfassen. Diese Differenzierung rechtfertigt

<sup>189</sup> Artikel 5 (2) (c) des niederländischen Gleichbehandlungsgesetzes von 1994.

<sup>190</sup> *Revue du droit relatif à la non-discrimination*, Nr. 3, April 2006, S. 86.

<sup>191</sup> Siehe Kapitel III.1.3.

<sup>192</sup> Siehe insbesondere Französisches Kassationsgericht (Vollversammlung), 19. Mai 1978, S. 541, concl. R. Schmelck, note Ph. Ardant ; J.C.P., 1979, II, S. 19009, rapp. Sauvageot, note R. Lindon. Siehe auch Belgisches Verwaltungsgericht (4. Kammer), 20. Dezember 1985, Van Peteghem, Nr. 25995, kommentiert in O. DE SCHUTTER und S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brüssel, Bruylant, 1999, S. 287-305.

<sup>193</sup> Für ein ähnliches Beispiel aus Lettland zu einem ehemaligen lutherischen Pfarrer, der seine Stelle verlor, nachdem er sich öffentlich zu seiner Homosexualität bekannt hatte, siehe *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, Nr. 2, S. 70 und *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, Nr. 5, S. 94.

<sup>194</sup> Französisches Kassationsgericht (soz.), 17. April 1991, *Droit Social*, Juni 1991, S. 489.

<sup>195</sup> Ibidem.

<sup>196</sup> O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 72-73.



unserer Ansicht nach jedoch nicht, die Entscheidung über Einstellungen und Entlassungen in solchen Organisationen auf Kriterien wie Wiederverheiratung nach Scheidung oder sexuelle Orientierung zu stützen. Im letzteren Fall liegt ein Konflikt mit der in der Richtlinie 2000/78/EG aufgeführten Leitlinie vor, gemäß der die Ausnahme vom Gleichheitsgrundsatz „keine Diskriminierung aus einem anderen Grund“ rechtfertigt.

### 2.2.3.2 Verbot der Diskriminierung aus einem anderen Grund

Die Ausnahmeregelung für Kirchen und religiös oder philosophisch geprägte Organisationen ist besonders im Zusammenhang mit möglichen Widersprüchen zwischen bestimmten religiösen Dogmen und dem Diskriminierungsverbot auf der Grundlage von Geschlecht und sexueller Orientierung<sup>197</sup> von Bedeutung. In den Niederlanden ist diese Beschränkung im Gleichbehandlungsgesetz vom 2. März 1994 enthalten, das Kirchen und sonstigen Organisationen, deren Grundlagen auf Glauben oder Überzeugung beruhen, untersagt, vom Prinzip der Gleichbehandlung ausschließlich auf der Grundlage „politischer Überzeugung, Rasse, Geschlecht, Staatsangehörigkeit, sexueller Orientierung oder Familienstand“ abzuweichen (Artikel 5 Absatz 2). Aus den parlamentarischen Arbeiten geht hervor, dass „allein die Tatsache“ der Homosexualität einer Person nicht Grund für ihre Nichteinstellung oder Entlassung sein kann. Werden jedoch „weitere Umstände“ in Betracht gezogen, kann die rechtliche Situation anders aussehen. Betrachten wir das Beispiel eines homosexuellen Sozialkundelehrers an einer kirchlichen Schule, der mit einem gleichgeschlechtlichen Partner zusammenlebt. Hier könnte man befürchten, dass er im Unterricht zum Thema Ehe einen der Lehrmeinung der Schule zuwiderlaufenden Standpunkt vertritt<sup>198</sup>.

In diesem Zusammenhang ist ein vor einem finnischen Verwaltungsgericht verhandelter Fall erwähnenswert. In Finnland wurde bei der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG keine spezielle Ausnahmeregelung entsprechend Artikel 4 Absatz 2 eingeführt: Im Antidiskriminierungsgesetz ist lediglich eine einzige Vorschrift hinsichtlich der wesentlichen beruflichen Anforderungen (aus Artikel 4 Absatz 1 dieser Leitlinie) enthalten. In einem auch in den Medien viel diskutierten Fall hatte die evangelisch-lutherische Kirche einer Frau, die ihre gleichgeschlechtliche Beziehung offen lebte und diese auch offiziell eintragen wollte, die Ernennung zur Hilfsgeistlichen verweigert. Das Verwaltungsgericht Vaasa erklärte die Entscheidung der Kirche für ungültig, da es sich hierbei um eine Diskriminierung handele, die „aus sonstigen personenbezogenen Beweggründen“ getroffen wurde. T. Makkonen stellt heraus, dass das Gericht die Vorschrift des Antidiskriminierungsgesetzes zu wesentlichen beruflichen Anforderungen<sup>199</sup> in diese Entscheidung nicht einbezogen hat.

Betrachten wir in diesem Zusammenhang den Fall *Reaney gegen Hereford Diocesan Board of Finance*, einen ganz ähnlichen Fall, der vor ein englisches Arbeitsgericht gebracht wurde<sup>200</sup>. Der für eine Diözese in der Church of England zuständige Bischof verweigerte einem homosexuellen Bewerber, ihn als jungen Geistlichen in der Diözese einzustellen, da er befürchtete, dass dieser während seiner Beschäftigungszeit sich nicht, wie in der Church of England vorgeschrieben, jeder sexuellen Beziehung enthalten würde. Der gesetzliche Rahmen ist im Vereinigten Königreich jedoch ein anderer als in

<sup>197</sup> Siehe zu diesem Thema M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., S. 17-30.

<sup>198</sup> Siehe die Referenzen von R. HOLTMAAT, European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2007, S. 64-65.

<sup>199</sup> Verwaltungsgericht Vaasa, 27. August 2004, Nr. 04/0253/3. *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, Nr. 1, S. 52-53.

<sup>200</sup> [2007] Employment Tribunal Nr. 1602844/2006. Für nähere Einzelheiten und Diskussionen zu dieser Rechtssache siehe N. BAMFORTH, M. MALIK und C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., S. 713-714.

Finnland, da der englische Gesetzgeber im *Employment Equality Act* von 2003 [Abschnitt 7 (3)]<sup>201</sup> ausdrücklich eine Ausnahme bezüglich der sexuellen Orientierung vorgesehen hat. Das Arbeitsgericht vertrat die Auffassung, dass diese Ausnahmeregelung zwar auf die ausgeschriebene Stelle anzuwenden war, da es sich hierbei um eine repräsentative Funktion in der Church of England handelte und somit gemäß den Grundsätzen der sexuellen Enthaltensamkeit außerhalb der Ehe, die für homosexuelle und heterosexuelle Beziehungen gleichermaßen Bestand hat, den Ausschluss eines in einer homosexuellen Beziehung befindlichen Bewerbers ermöglichte. Das Gericht gab jedoch der Klage des zurückgewiesenen Bewerbers statt, da dieser sich seit mehreren Monaten nicht mehr in einer Beziehung befand und zusicherte, während der Zeit seines Beschäftigungsverhältnisses mit der Church of England<sup>202</sup> keine neue gleichgeschlechtliche Beziehung einzugehen. Diese Entscheidung zeigt, dass eine auf der Grundlage religiöser Eigenbestimmungen und Vorschriften abweichende Entscheidung auch eine Einbeziehung weiterer Beweggründe mit einschließt, da bei strenger Auslegung von Artikel 2 Absatz 1 eine Unterscheidung anhand eines Kriteriums nur dann möglich ist, wenn es sich hierbei um eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung handelt<sup>203</sup>.

### 3 Verweigerung aus Gewissensgründen und Gleichbehandlungsgrundsatz

#### 3.1 Verweigerung aus Gewissensgründen

Mit der Verweigerung aus Gewissensgründen wird die Weigerung bezeichnet, bestimmten Verpflichtungen und Aufgaben auf der Grundlage religiöser oder philosophischer Überzeugungen nachzukommen. Für den Verweigerer aus Gewissensgründen geht es also um Handlungen, die er aufgrund der sich aus seiner Religion oder seinen persönlichen Überzeugungen ergebenden Zwänge nicht ausführen darf.

In Europa kommt es im Wesentlichen in den drei folgenden Situationen zu einer Verweigerung aus Gewissensgründen: 1. die Verweigerung des Dienstes in der Armee oder an der Waffe; 2. die Weigerung, eine offizielle Lebenspartnerschaft einzugehen, ob zwischen verschiedengeschlechtlichen Partnern aufgrund der vorherigen Scheidung eines zukünftigen Partners oder in einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Personen (der häufigere Fall); 3. im Bereich der Gesundheitsfürsorge die Weigerung, sich an einer medizinisch kontrollierten Empfängnisverhütung, einer künstlichen Befruchtung, einem geplanten Schwangerschaftsabbruch oder an im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften praktizierter Sterbehilfe zu beteiligen.

<sup>201</sup> Siehe unsere Ausführungen in diesem Kapitel (entsprechender Text in den Fußnoten 155 bis 159).

<sup>202</sup> M. MALIK, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, op. cit., S. 25-30.

<sup>203</sup> VICKERS, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, op. cit., S. 64. Der Fall der Auswahlpolitik von Studenten für die theologische Fakultät einer calvinistischen ungarischen Universität, bei dem es um den Ausschluss von Studenten geht, die homosexuell sind oder einen homosexuellen Lebensstil befürworten, der von einer Organisation zum Schutze von Schwulen und Lesben bis vor das höchste ungarische Gericht gebracht wurde, zeigt außerdem, dass sich im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit und der Schwierigkeit der Festlegung von Ausnahmen zum Gleichbehandlungsgrundsatz komplexe Rechtskonflikte ergeben können. Für detaillierte Ausführungen zu dieser Rechtssache siehe *Revue du droit relatif à la non-discrimination*, 2005, Nr. 1, S. 60, und *Revue du droit européen relatif à la non-discrimination*, 2005, Nr. 2, S. 66-67.

In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist das Recht auf Verweigerung aus Gewissensgründen oft in einem Konkordat mit dem Heiligen Stuhl niedergelegt, nach dessen Ratifizierung es den Status eines Vertrags nach internationalem Recht hat. In anderen Staaten ist das Recht auf Verweigerung aus Gewissensgründen Bestandteil des Verfassungsrechts oder der nationalen Gesetzgebung<sup>204</sup>. Bei diesem Recht handelt es sich also in jedem Fall um eine Form der von der europäischen Menschenrechtskonvention begründeten religiösen Freiheit, für die jedoch kein absoluter Schutz besteht (Artikel 9 Absatz 2). Der Fall *Pichon und Sajous*<sup>205</sup> ist nach zwei Apothekern der einzigen Apotheke einer kleinen Gemeinde in Südwestfrankreich benannt, die sich unter Berufung auf ihre religiösen Überzeugungen weigerten, drei Frauen, die entsprechende Rezepte vorlegten, ärztlich verschriebene Empfängnisverhütungsmittel zu verkaufen. In ihrer strafrechtlichen Verurteilung durch die französischen Gerichte sahen sie einen Verstoß gegen ihr Recht auf religiöse Freiheit und reichten eine entsprechende Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein. Diese Instanz verwies darauf, dass „Artikel 9 der Konvention nicht unter allen Umständen zu einem von (persönlichen) Überzeugungen gesteuerten Verhalten in der Öffentlichkeit berechtigt“. Das Gericht wies die Klage zurück, „da es sich um ein legal erhältliches, jedoch verschreibungs- und apothekenpflichtiges Produkt handelt, so dass die Kläger nicht berechtigt waren, den Verkauf des Produkts zu verweigern und damit anderen Personen ihre religiösen Überzeugungen aufzuerlegen, da die Ausübung religiöser Überzeugungen zudem auf verschiedene Weise außerhalb des beruflichen Bereichs erfolgen kann“<sup>206</sup>. Aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte geht deutlich hervor, dass eine Verweigerung aus Gewissensgründen aufgrund religiöser Überzeugungen nicht zur Einschränkung der Rechte und Freiheiten anderer Personen führen darf.

Die Richtlinie 2000/78/EG stellt in einem gewissen Maß eine implizite Übertragung der Verweigerung aus Gewissensgründen aufgrund religiöser Überzeugungen auf den Bereich der Beschäftigung und beruflichen Bildung dar. Diese europäische Vorschrift verlangt von den Mitgliedstaaten die Sicherstellung des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund der Religion oder Weltanschauung und gibt damit Verweigerern aus Gewissensgründen ein neues juristisches Werkzeug an die Hand. So kann ein in einer Klinik beschäftigter Arzt, der aufgrund seiner Weigerung, sich an der Durchführung eines gesetzlich zulässigen Schwangerschaftsabbruchs zu beteiligen, entlassen wurde, als Opfer einer indirekten Diskriminierung klagen und von seinem Arbeitgeber fordern, die Gesetzmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der Kündigung zu begründen. Manchen Verfassern zufolge wird durch die Richtlinie 2000/78/EG neben einer Verweigerung aus religiösen Überzeugungen auch eine Verweigerung aus ideologischen Überzeugungen festgelegt. Olivier De Schutter zufolge ermöglicht die Richtlinie „durch das Verbot von Diskriminierung auf der Grundlage von Überzeugungen gewissermaßen ein ‚Recht auf Verweigerung aus ideologischen Überzeugungen‘ des Arbeitnehmers, die sein Arbeitgeber nicht zu dessen Nachteil auslegen kann. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich der Arbeitnehmer weigert, sich an einem Projekt zu beteiligen, das zu schweren Umweltschäden führt oder die Rechte Dritter stark einschränkt: Das Unternehmen darf einem Mitarbeiter den Gebrauch dieses Rechts nicht untersagen, wenn es selbst Aktivitäten aus ideologischer Überzeugung durchführt oder sich

<sup>204</sup> Siehe die nationalen Beispiele aus der Opinion Nr. 4-2005 des Netzes der Europäischen Union aus unabhängigen Fachleuten im Bereich der Grundrechte, *The Right to Conscientious Objection and the Conclusion by EU Member States of Concordats with the Holy See*, 14. Dezember 2005, S. 6-14, verfügbar auf der Webseite der Europäischen Kommission: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/doc/avis/2005\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2005_4_en.pdf).

<sup>205</sup> EGMR, D.H., *Pichon und Sajous gegen Frankreich*, Urteil vom 2. Oktober 2001 (Beschw. Nr. 49853/99).

<sup>206</sup> *Ibidem*, S. 5, der in französischer Sprache auf der Webseite des Europäischen Gerichtshofs veröffentlichten Entscheidung: [http://www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_FR](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_FR).

zumindest als ein Unternehmen mit ethischen Grundüberzeugungen präsentiert<sup>207</sup>. Diese Behauptung erscheint übertrieben und erfordert eine weitere Differenzierung, da sie fast einem absoluten Recht auf Verweigerung aus Gewissensgründen gleichkommt. Wir werden beim Versuch der genauen Definition der Begriffe der Verweigerung aus Gewissensgründen, der indirekten Diskriminierung und der angemessenen Vorkehrung erkennen, dass nicht jede Verweigerung aus Gewissensgründen im beruflichen Bereich zulässig ist. Für den Richter geht es in einem solchen Fall letztendlich darum, die Verhältnismäßigkeit zu wahren, hierbei sind die Art der Arbeit, die vertraglichen Arbeitsregelungen (einschließlich der heiklen Frage nach dem Verzicht auf Grundrechte) sowie die Belastung des Arbeitgebers, aber auch die Auswirkungen auf die Rechte und Freiheiten anderer Personen, die durch die Verweigerung aus Gewissensgründen entstehen, zu berücksichtigen.

In einem weiter gefassten Kontext ist die Bedeutung der Entwicklungen, die die religiöse Freiheit im Laufe der letzten zehn Jahre genommen hat, wie sie M. Malik herausstellt, sehr aufschlussreich<sup>208</sup>. Die Forderung nach garantierter religiöser Freiheit ist in den liberalen Demokratien untrennbar mit der Vorstellung von religiöser Toleranz verbunden, die in Verbindung mit der Vereinigungsfreiheit und dem Recht auf freie Meinungsäußerung den Menschen ermöglichen muss, im privaten Bereich im Einklang mit ihren Überzeugungen zu leben. Bei der Übertragung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aus religiösen oder philosophischen Motiven ist die Entwicklung eines neuen Standards für den staatlichen und halbstaatlichen Sektor erforderlich: Ein Verbot der direkten Diskriminierung auf der Grundlage individueller religiöser Überzeugungen im sozialen und beruflichen Bereich ist dringend erforderlich, ebenso die Verpflichtung, bestehende Verfahrensweisen in bestimmten Bereichen zu ändern, wenn diese mit indirekten oder strukturellen Diskriminierungen einhergehen. Das Prinzip der Nichtdiskriminierung wird oft durch eine Politik der Förderung von kultureller Vielfalt und Multikulturalität unterstützt, um eine Arbeitsumgebung zu schaffen, die auch religiöse Minderheiten einbezieht (bzw. nicht ausschließt).

### 3.2 Die Verweigerung aus Gewissensgründen im Widerspruch zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Es gibt Fälle, in denen die Verweigerung aus Gewissensgründen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung kollidieren kann. Die nationale Rechtsprechung der EU-Mitgliedstaaten bietet unterschiedliche Darstellungen der Konflikte zwischen dem Recht auf Verweigerung aus Gewissensgründen religiöser Natur einerseits und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung oder dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen andererseits. Diese Konflikte werden in der Regel aus dem Blickwinkel des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung (und nicht aus dem der Religionsfreiheit) betrachtet. Diese Konflikte weisen jedoch im Vergleich zu den anderen in diesem Bericht behandelten *externen innerrechtlichen Konflikten* insofern eine Besonderheit auf, als die von dem Konflikt betroffenen Parteien keine Inhaber von aus dem Recht auf Nichtdiskriminierung aufgrund verschiedener Diskriminierungsgründe abgeleiteten subjektiven Rechten sind. Tatsächlich stehen bei diesen Rechtsstreitigkeiten Antragsteller, die sich aufgrund ihrer religiösen Überzeugungen diskriminiert fühlen, Personen gegenüber, die sich im Namen des Allgemeininteresses auf Gleichstellungsfragen (im Hinblick auf das Geschlecht oder die sexuelle Ausrichtung) berufen.

<sup>207</sup> *Discriminations et marché du travail*, op. cit., S. 76. Hinsichtlich Unternehmen, deren Ethos auf Überzeugungen beruht, verweist Olivier De Schutter auf Organisationen im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2000/78/EG. Siehe zu diesem Thema die Ausführungen in Kapitel II.2.

<sup>208</sup> N. BAMFORTH, M. MALIK UND C. O'CONNOR, *Discrimination Law: Theory and Context*, op. cit., S. 866-870.

Brandon | 1993

In den Niederlanden wurde die Kommission zur Gleichbehandlung (CGB) mehrmals von Standesbeamten oder Standesbeamtenanwärtinnen angerufen, die sich aus religiösen Gründen weigerten, die Zeremonie für Eheschließungen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern abzuhalten<sup>209</sup>, und deren Vertrag aus diesem Grund nicht erneuert oder deren Beschäftigungsverhältnis aus diesem Grund nicht geschlossen wurde. Die Kommission zur Gleichbehandlung vertrat zunächst die Auffassung, dass diese Standesbeamten Opfer einer Diskriminierung aufgrund ihrer religiösen Überzeugung wurden. In zwei Stellungnahmen aus den Jahren 2002 und 2005<sup>210</sup> vertrat die Instanz die Auffassung, dass die Stadtverwaltungen „pragmatische Lösungen“ finden sollten, indem sie die Arbeitszeiten so einteilen, dass Eheschließungen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern von jenen Beamten durchgeführt werden, die diesbezüglich keine Gewissensvorbehalte haben, und gleichzeitig diejenigen, die diese Form der Eheschließung aus Gewissensgründen verweigern, weiter beschäftigt werden. Die Kommission begründete ihre Stellungnahme auf den Vorarbeiten zum niederländischen Gesetz der generellen Nichtdiskriminierung<sup>211</sup>, in dem die Berücksichtigung der Verweigerung aus Gewissensgründen im weitestmöglichen Umfang empfohlen wird<sup>212</sup>.

In einem weiteren Schritt ist die CGB in Bezug auf diese Rechtsprechung zu der Auffassung gelangt, dass die Verpflichtung eines Standesbeamtenanwärters zur Schließung von Ehen zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern objektiv gerechtfertigt ist<sup>213</sup>. Der niederländischen Kommission zufolge verfolgte die Stadtverwaltung mit ihrer Entscheidung zur Nichteinstellung das rechtmäßige Ziel, die Diskriminierung von Homosexuellen zu bekämpfen, deren Rechte auf dem Spiel standen. Nach Auffassung der Kommission ist die Erlaubnis für Standesbeamte durch die Stadtverwaltung, gleichgeschlechtliche Paare anders zu behandeln als verschiedengeschlechtliche, „schwierig zu rechtfertigen“. Nach Rikki Holtmaat<sup>214</sup> hat die Kommission zur Gleichbehandlung in dieser politischen Angelegenheit am 7. März 2008 eine Grundsatzentscheidung getroffen und sich daher von den zuvor ihrerseits befürworteten pragmatischen Lösungen entfernt, indem sie den Schwerpunkt auf den „Vorbildcharakter“, den eine öffentliche Einrichtung im Kampf gegen Diskriminierungen wahrnehmen sollte, legte. In diesem Zusammenhang mussten die religiösen Überzeugungen des Beamten gegenüber einem breiteren öffentlichen Interesse in den Hintergrund treten.

Diese Auffassung wird bei Weitem nicht von allen Niederländern geteilt, zumal die niederländische Regierung sowohl die Rechte gleichgeschlechtlicher Paare als auch die Rechte der Standesbeamten, die persönliche Gewissensvorbehalte gegen die Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare haben,

<sup>209</sup> In Europa waren die Niederlande Pioniere bei der Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe: Das Gesetz vom 21. Dezember 2000, durch das die gleichgeschlechtliche Ehe ermöglicht wurde, trat am 1. April 2001 in Kraft. Zuvor wurde durch das Gesetz vom 5. Juli 1997, das am 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist, homosexuellen Paaren die Möglichkeit gegeben, ihre Lebensgemeinschaft offiziell eintragen zu lassen.

<sup>210</sup> Stellungnahme Nr. 2002-25, Absatz 5.8, und Stellungnahme Nr. 2005-26, in niederländischer Sprache verfügbar auf der CGB-Webseite: <http://www.cgb.nl>.

<sup>211</sup> *Algemeene wet gelijke behandeling (AWGB)*, 2. März 1994 (in Kraft getreten am 1. September 1994).

<sup>212</sup> An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass dieser Ansatz sich im Einklang mit früheren Stellungnahmen der CGB befindet (Stellungnahme Nr. 1997-46 zu einem Zeugen Jehovas, der eine Bluttransfusion ablehnte; Stellungnahme Nr. 2000-13 bezüglich der Nichtzulassung einer Studentin zu einem ausbildungsorientierten Praktikum, die sich weigerte, sich an einem geplanten Schwangerschaftsabbruch oder an Sterbehilfe zu beteiligen).

<sup>213</sup> Stellungnahme Nr. 2008-40, in niederländischer Sprache verfügbar auf der CGB-Webseite: <http://www.cgb.nl>, kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6/7, S. 119-120.

<sup>214</sup> European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field, *Netherlands Report on Measures to Combat Discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, 2008, Abschnitt 0.3.



wahren möchte<sup>215</sup>. Im Sinne dieser Politik sollen gemäß einer von den niederländischen Bürgermeistern unterzeichneten Vereinbarung gleichgeschlechtliche Eheschließungen unter pragmatischer Berücksichtigung diesbezüglicher Verweigerungen aus Gewissensgründen bei jeder Stadtverwaltung möglich sein<sup>216</sup>. Diese politische Linie findet sich in einem Urteil eines Gerichts in erster Instanz aus dem Jahr 2003 wieder, in der die Entlassung eines Standesbeamten unter vergleichbaren Umständen für gesetzeswidrig erklärt wurde. Es bleibt abzuwarten, ob durch die Stellungnahme der Kommission für Gleichbehandlung im März 2008 eine Wende in der Rechtsprechung eingeleitet wird.

Im Vereinigten Königreich führte ein gleichgearteter Fall zu einem wichtigen Urteil des Arbeitsberufungsgerichts vom 19. Dezember 2008<sup>217</sup>. Die Standesbeamtin Ladele, die seit 1992 im Londoner Bezirk Islington beschäftigt war, verweigerte nach Inkrafttreten der Gesetzgebung zu Partnerschaften aus dem Jahr 2004<sup>218</sup> die Erledigung aller Pflichten im Zusammenhang mit eingetragenen Lebensgemeinschaften<sup>219</sup>, da diese sich im Widerspruch zu ihrem christlichen Glauben befänden, weil jede gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft dem Gesetz Gottes widerspreche und einer Sünde gleichkomme. Nachdem die Beamtin mehrmals erfolglos zur Erledigung zumindest einiger der mit der Eintragung von Lebensgemeinschaften verbundenen Pflichten aufgefordert worden war, leitete der Stadtverwaltungsrat ein Disziplinarverfahren gegen die Beamtin ein und drohte ihr mit einer Kündigung. Das Arbeitsgericht führte in erster Instanz eine Diskriminierung mit direktem Bezug zu den religiösen Überzeugungen von Frau Ladele, Mobbing am Arbeitsplatz sowie eine indirekte Diskriminierung an<sup>220</sup>. Die Forderung der Stadtverwaltung an alle ihre Standesbeamten einschließlich der Klägerin, gleichgeschlechtliche Partnerschaften einzutragen, kann nach Auffassung des Gerichts nur mit dem Schutz der Rechte Homosexueller begründet werden, da diese Aufgabe auch von denjenigen Standesbeamten durchgeführt werden kann, die diesbezüglich keine Überzeugungsvorbehalte geltend machen. Wenn das von der öffentlichen Behörde verfolgte Ziel also rechtmäßig ist (Förderung der Rechte Homosexueller), so stellt die Absolutheit seiner Umsetzung eine Verletzung der Rechte der Klägerin dar. Dieses Urteil wurde in der Berufung vollständig widerrufen. Das Arbeitsgericht kam zu der Schlussfolgerung, dass direkte Diskriminierung oder Mobbing nicht stattgefunden haben. Die gegen die Klägerin eingeleiteten disziplinarischen Maßnahmen richteten sich nicht gegen ihre religiösen Überzeugungen, sondern gegen ihre Weigerung, Aufgaben auszuführen, die in ihren Aufgabenbereich als Standesbeamtin fallen<sup>221</sup>. Allgemein würden alle Personen, die vertraglich zur Eintragung von Lebensgemeinschaften verpflichtet sind und sich dieser Pflicht verweigern, ungeachtet ihrer Begründung in gleicher Weise behandelt<sup>222</sup>. Das

<sup>215</sup> In einer Empfehlung zu seiner Stellungnahme Nr. 2008-40 hat die CGB die Regierung aufgefordert, Standesbeamten nicht die Genehmigung zu erteilen, die Eheschließung zwischen homosexuellen Personen zu verweigern (*Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Trowens? Geen bezwaar!*, Empfehlung Nr. 2008-04 CET, in niederländischer Sprache auf der Webseite der CGB verfügbar: <http://www.cgb.nl>).

<sup>216</sup> Gericht erster Instanz zu Leeuwarden, 24. Juni 2003, LJN AH8543 (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6/7, S. 120).

<sup>217</sup> *London Borough Islington gegen Ladele* [2008] UKEAT 0453\_08\_1912, verfügbar unter folgender Adresse: [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453\\_08\\_1912.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453_08_1912.html) und kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 8/7, S. 79-80.

<sup>218</sup> *Civil Partnership Act*, 2004.

<sup>219</sup> Die Lebensgemeinschaft ermöglicht homosexuellen Partnern die Schließung einer Vereinbarung, durch die sie die gleichen Rechte wie bei einer Eheschließung erhalten.

<sup>220</sup> Arbeitsgericht London-Mitte, Ladele gegen London Borough Islington, Rechtssache 2203694/2007 (nicht veröffentlicht).

<sup>221</sup> Siehe hierzu auch *McClintock gegen Department of Constitutional Affairs* [2008] IRLR 29, unter folgender Adresse abrufbar: [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223\\_07\\_3110.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223_07_3110.html). Diese Rechtssache betrifft einen Friedensrichter, der sich geweigert hat, in Instanzen tätig zu werden, in denen er möglicherweise veranlasst wäre, Kinder homosexuellen Paaren zuzuweisen.

<sup>222</sup> *London Borough Islington gegen Ladele* [2008] UKEAT 0453/08/RN, 10. Dezember 2008, Absätze 52-55.



Arbeitsgericht betonte, dass diese Lösung die einzig gangbare sei, da eine auf religiösen Überzeugungen beruhende Diskriminierung in dem durch die Richtlinie 2000/78/EG vorgegebenen Rahmen nicht zu rechtfertigen sei. Die in der ersten Instanz bestätigte Auffassung käme einer Verpflichtung der Arbeitgeber gleich, jeder Forderung ihrer Arbeitnehmer aus grundlegenden religiösen Überzeugungen (Anpassung der Arbeitszeiten, Gebetszeiten, Kleiderordnung usw.)<sup>223</sup> ungeachtet der Art der Überzeugungen stattzugeben<sup>224</sup>. In diesem Zusammenhang führt das Gericht das Beispiel eines Standesbeamten in den USA an, der aufgrund seiner engen Verbindung zu einer christlichen Kirche, die den Standpunkt der Überlegenheit der weißen „Rasse“ vertritt, sich unter Berufung auf diese Überzeugung weigern könnte, Mischehen anzuerkennen. Diese Instanz kommt ebenfalls zu dem Schluss, dass keine indirekte Diskriminierung vorliegt, da die Forderung an alle Standesbeamten, Zeremonien für gleichgeschlechtliche Partnerschaften durchzuführen, eine Maßnahme zur Umsetzung des Prinzips der Gleichbehandlung darstellt, zu der öffentliche Behörden gesetzlich verpflichtet sind. Das verfolgte Ziel war rechtmäßig, und auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit wurde nach Auffassung des Gerichts eingehalten:

„Whether the council may have been entitled to avoid bringing this matter to a head by not designating the claimant, in our view they were not obliged to do so. We think they were entitled not to agree to make an exception for the claimant. They were not required to connive in what they perceived to be unacceptable discriminatory behaviour by relieving the claimant of these duties. They were entitled to adopt as an objective an unambiguous commitment to the non-discriminatory provision of services by all staff who in the normal course of events, would be required to carry out those services. It would necessarily undermine that objective to make an exception for the claimant. Accordingly, their refusal to accommodate the religious belief of the claimant did not in our judgment involve unlawful indirect discrimination“<sup>225</sup>.

Diese Position scheint nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich der Meinungsfreiheit von Beamten zu stehen, wie sie insbesondere im Urteil der Großen Kammer im Fall *Vogt* aus dem Jahr 1995<sup>226</sup> deutlich wird. Dieses Urteil betrifft die disziplinarische Abberufung einer Lehrerin an einer Bundeslehranstalt in Niedersachsen, die mit ihrem Engagement in der kommunistischen Partei begründet wurde, aufgrund dessen sie der in der Verfassung festgelegten „Verpflichtung von Beamten zu politischer Loyalität“ nicht hätte nachkommen können. Das „Gericht weist darauf hin, dass das Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst bewusst aus der Konvention ausgespart wurde“ und „dass die Weigerung zur Ernennung eines Beamten nicht anhand einer auf der Konvention begründeten Klage vollzogen werden darf“ und daraus nicht schlussgefolgert werden kann, dass ein Beamter seine Abberufung nicht anfechten kann, wenn hierdurch eines seiner verfassungsmäßigen Rechte eingeschränkt wird<sup>227</sup>. Das Gericht verurteilt Deutschland zu einer Geldstrafe wegen Missachtung des Rechts auf Meinungsfreiheit der Klägerin und erachtet die der Klägerin auferlegten Sanktionen als unverhältnismäßig. Die Entscheidung gründet auf folgenden Aspekten: 1. Beamte können auf der Grundlage ihres Status zur Zurückhaltung verpflichtet werden<sup>228</sup>; 2. der Lehrerin wurden keinerlei Vorwürfe bezüglich der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit gemacht<sup>229</sup>; 3. „kein anderer Mitgliedstaat des Europarates hat seinen Bediensteten eine derart strenge Loyalitätsverpflichtung auferlegt und [...] auch deutschlandweit wird diese Verpflichtung nicht einheitlich ausgelegt“<sup>230</sup>; 4. die von Frau Vogt in ihrer

<sup>223</sup> *Ibidem*, Absatz 72. Siehe in diesem Sinne auch A. McCOLGAN, „Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace“, *Industrial Law Journal*, 2009, Vol. 38, Nr. 1, S. 11-14.

<sup>224</sup> *London Borough Islington gegen Ladele* [2008] UKEAT 0453/08/RN, 10. Dezember 2008, Absatz 106.

<sup>225</sup> *Ibidem*, Absatz 117.

<sup>226</sup> EGMR (Große Kammer), *Vogt gegen Deutschland*, 2. September 1995 (Beschw. Nr. 17851/91).

<sup>227</sup> *Ibidem*, Absatz 43.

<sup>228</sup> *Ibidem*, Absatz 53.

<sup>229</sup> *Ibidem*, Absatz 54.

<sup>230</sup> *Ibidem*, Absatz 59.

Funktion als Beamtin ausgeübten Tätigkeiten stellten keinerlei Sicherheitsrisiko dar, und ihr Engagement in der kommunistischen Partei zielte vom Wesen her nicht darauf ab, ihre Verpflichtung zur politischen Loyalität zu verletzen, nämlich „nach den schrecklichen Erfahrungen mit dem nationalsozialistischen System“ eine „Demokratie aufzubauen, die imstande ist, sich selbst zu verteidigen“<sup>231</sup>.

Die Situation christlich orientierter Standesbeamten, die sich weigern, an Eintragungen gleichgeschlechtlicher Partnerschaften mitzuwirken, könnte vergleichbar sein mit der von Moslems, die sich weigern, einer Person des anderen Geschlechts die Hand zu geben. Die rechtliche Lage gestaltet sich im letztgenannten Fall jedoch insofern anders, als es sich beim Händereichen, sofern es in den Rang einer beruflichen Pflicht erhoben wird, eher um einen Brauch des Zusammenlebens innerhalb der westlichen Welt als um eine gesetzliche oder rechtliche Pflicht handelt.

In den Niederlanden wurden bereits mehrere Fälle dieser Art verhandelt. Die Kommission zur Gleichbehandlung (CGB) veröffentlichte am 27. März 2006 eine erste Stellungnahme bezüglich einer Frau muslimischen Glaubens, die sich nicht an einer Schule zu einer Ausbildung zur Ausübung einer Lehrtätigkeit einschreiben durfte, da sie angegeben hatte, unter keinen Umständen einem Mann die Hand geben zu wollen<sup>232</sup>. Die CGB kam zu dem Schluss, dass eine indirekte Diskriminierung gegen die Klägerin aufgrund ihrer religiösen Überzeugungen vorlag. Nach Auffassung der Kommission konnte diese Ungleichbehandlung nicht mit der Bildungspolitik der Schule begründet werden, der zufolge alle Schüler die allgemeinen Normen und Werte der niederländischen Gesellschaft anzuerkennen haben. Ein derartiges Vorgehen würde zum Ausschluss von Schülern kultureller Minderheiten führen, da es sich beim Händereichen nur um eine der vielen Möglichkeiten der Kommunikation und der Respekterweisung gegenüber einem Gesprächspartner handelt. Hinsichtlich der Frage, ob die Weigerung des Händereichens gegenüber Männern (jedoch nicht gegenüber Frauen) eine Verletzung des Prinzips der Gleichstellung der Geschlechter darstellt, gab die Kommission an, dass dieses Prinzip dann gewahrt bleiben könne, wenn die Klägerin das Händereichen gegenüber allen Personen ablehnt. In einem weiteren Rechtsstreit zwischen einer muslimischen Lehrerin, die das Händereichen gegenüber Männern verweigerte, und ihrem Arbeitgeber, einer öffentlichen Schule, wurde jedoch eine andere Position bezogen. Sowohl in der ersten Instanz als auch im Berufungsstadium<sup>233</sup> entschieden die zuständigen Gerichte, dass die Ablehnung rechters war, da die Schule berechtigt ist, von ihren Lehrkräften ein Verhalten zu fordern, das den Regeln der niederländischen Gesellschaft entspricht. Dieser Forderung kam insbesondere an einer Schule, deren Schüler mehrheitlich ethnischen Minderheiten angehörten, eine besondere Bedeutung zu, da die Schüler auf die Tatsache vorbereitet sein sollten, dass das Händereichen eine wesentliche Verhaltensregel bei der Begrüßung und der Respekterweisung gegenüber anderen Personen darstellt.

In einem weiteren Fall wurde die Nichteinstellung eines muslimischen Bewerbers als Bürgerbeauftragter im Sozialdienstbereich der Stadt Rotterdam aufgrund seiner<sup>234</sup> Weigerung, Frauen die Hand zu reichen, behandelt. Obwohl die CGB, in Übereinstimmung mit ihrer früheren Stellungnahme, eine

<sup>231</sup> *Ibidem*, Absätze 51-60.

<sup>232</sup> Stellungnahme Nr. 2005-51, in niederländischer Sprache verfügbar auf der CGB-Webseite: <http://www.cgb.nl>, kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2006, Nr. 4, S. 80.

<sup>233</sup> Gericht erster Instanz zu Utrecht, 30. August 2007, und Zentraler Berufungsrat (*Centrale Raad van Beroep*, obere Verwaltungsgerichtsbarkeit), 11. Mai 2009. Die Urteile wurden von Rikki Holtmaat im Rahmen des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Diskriminierung übermittelt, Bericht vom 26. Juni 2009: Der Bericht „Dismissal of female teacher lawful“ ist auf folgender Webseite abrufbar: <http://www.non-discrimination.net>.

<sup>234</sup> Ein weiterer entscheidender Aspekt war das Tragen einer Dschellaba (traditionelles weites afrikanisches Gewand) seitens des Bewerbers. Das CGB urteilte, dass das Verbot dieser Kleidung durch die Sozialdienstabteilung der Stadt Rotterdam eine direkte Diskriminierung aufgrund der Religion des Bewerbers darstellte und damit unzulässig war. Siehe auch die Verweise zu dieser Rechtssache im folgenden Vermerk.

indirekte Diskriminierung des Klägers aufgrund seiner religiösen Überzeugungen als vorliegend angesehen hatte<sup>235</sup>, urteilte das Rotterdamer Gericht in erster Instanz im August 2008 zugunsten der Stadtverwaltung<sup>236</sup>. Das Gericht erachtete es als seine Pflicht, Frauen vor diskriminierenden Verhaltensweisen von Beamten zu schützen, und führte aus, dass das Pflegen guter Beziehungen zwischen örtlichen Behörden und Bürgern zu den Kernaufgaben eines Bürgerbeauftragten gehört. Das Gericht folgte der Argumentation, die eine Ungleichbehandlung in diesem Fall rechtfertigte. Es urteilte, dass die Stadt Rotterdam ein legitimes Interesse daran habe, „die Regeln der Etikette und Bräuche im Hinblick auf die in den Niederlanden üblichen Begrüßungsformeln in ihren Institutionen einzuhalten“.

### 3.3 Verweigerung aus Gewissensgründen und angemessene Vorkehrungen

Diese nationale Rechtsprechung, die mehr oder weniger explizit die Verweigerung aus Gewissensgründen regelt, veranschaulicht das Ausmaß, in dem diese Frage grundsätzlich mit angemessenen Vorkehrungen im Bereich der Religion verknüpft ist. Es ist bekannt, dass, auch wenn in der Richtlinie 2000/78/EG angemessene Vorkehrungen ausdrücklich nur für Menschen mit Behinderung (Artikel 5) vorgesehen sind, dieser Begriff, ausgehend von der Bewegung, die durch den Obersten Gerichtshof von Kanada 1985 geprägt wurde<sup>237</sup>, in bestimmten Annahmen der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Religion immer wieder auftauchte<sup>238</sup>. In der Tat sind die Gerichte zur Bewertung des gerechtfertigten Charakters einer mittelbaren Diskriminierung manchmal geneigt, anlässlich der Prüfung der Verhältnismäßigkeit zu untersuchen, ob das rechtmäßige Ziel, das der unterschiedlichen Behandlung zugrunde liegt, nicht durch Maßnahmen erreichbar wäre, die den Grundsatz der Gleichheit oder der Religionsfreiheit weniger stark beeinträchtigen.

So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in seinem berühmten Urteil in der Rechtssache *Thlimmenos* ausgeführt, dass „der Anspruch auf den Genuss der durch Konvention garantierten Rechte ohne Diskriminierung verletzt wird, wenn Staaten ohne objektive und begründete Rechtfertigung zulassen, Menschen anders zu behandeln, deren Zustand bedeutende Unterschiede aufweist“<sup>239</sup>. Weiter legte der EGMR seine Auffassung dar, dass Griechenland zwar ein legitimes Interesse habe, bestimmte straffällig gewordene Personen von Berufen wie dem eines beeideten Wirtschaftsprüfers auszuschließen, aber dass „eine Verurteilung wegen Wehrdienstverweigerung aus religiösen oder weltanschaulichen

<sup>235</sup> Stellungnahme Nr. 2006-202 vom 5. Oktober 2006, in niederländischer Sprache verfügbar auf der CGB-Webseite: <http://www.cgb.nl>, kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2007, Nr. 5, S. 101-102.

<sup>236</sup> Gericht erster Instanz zu Rotterdam, 6. August 2008, LJN BD9643, kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2009, Nr. 8, S. 64-65.

<sup>237</sup> Ontario Human Rights Commission (O'Malley) gegen Simpsons-Sears [1985] 2 R.C.S. 536 (als Rechtssache O'Malley bezeichnet).

<sup>238</sup> Siehe diesbezüglich E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM und I. RORIVE, „Aménager la diversité: le droit de l'égalité face à la pluralité religieuse“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, S. 319-373; E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM und I. RORIVE, „L'aménagement raisonnable pour motif religieux: un concept issu d'Amérique du Nord en voie d'intégration en Belgique et en Europe“, *Actualités du droit de la non-discrimination*, CH. BAYART, S. SOTTIAUX und S. VAN DROOGHENBROECK (Hrsg.), La Charte, Die Keure, Brüssel, Brügge, 2009, S. 354-390.

<sup>239</sup> EGMR (Große Kammer), *Thlimmenos gegen Griechenland*, Entscheidung vom 6. April 2000 (Beschw. Nr. 34369/97), § 44. Der Gerichtshof löst sich hier von dem Ansatz, den er in der Entscheidung in der Rechtssache *Valsamis gegen Griechenland* vom 18. Dezember 1996 gewählt hatte (Beschw. Nr. 31787/93), in der er die Meinung vertreten hatte, dass die verpflichtende Teilnahme eines Schülers an einer Schülerparade zum Eintritt Griechenlands in den Krieg mit Italien nicht gegen die Religionsfreiheit seines Vaters, der den Zeugen Jehovas angehörte und der sich aus religiösen Gründen gegen eine solche Beteiligung ausgesprochen hatte, verstieß. Siehe zum Thema Behinderung auch EGMR, *Glor gegen Schweiz*, 30. April 2009 (Beschw. Nr. 13444/04), §§ 94-96.

Gründen weder Unehrlichkeit noch moralische Verwerflichkeit impliziert, die geeignet wären, die Fähigkeit des Verurteilten zur Ausübung dieses Berufes in Frage zu stellen<sup>240</sup>. Der Ausschluss des Antragstellers mit der Begründung, dass er nicht über die geforderte Befähigung verfüge, zeuge von einer ungerechtfertigten diskriminierenden Behandlung aufgrund seiner religiösen Überzeugungen. Durch „Verabschiedung der einschlägigen Gesetzgebung ohne Vorsehen angemessener Ausnahmen von der Regel, nach der strafrechtlich verurteilte Personen vom Beruf eines beeideten Wirtschaftsprüfers ausgeschlossen werden“ verstößt der griechische Staat gegen das Recht des Antragstellers, in der Ausübung seines Rechts auf Religionsfreiheit nicht diskriminiert zu werden<sup>241</sup>.

Eben im Hinblick auf angemessene Vorkehrungen hat die niederländische Kommission für Gleichbehandlung argumentiert, als sie die Meinung äußerte, dass die Kommunen nach „praktischen Lösungen“ suchen müssen, um die Arbeitszeiten von Standesbeamten so auszugestalten, dass zugleich die Zeremonie zur Registrierung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften und die Beschäftigung von Personen, die gegen solche Verbindungen sind, gewährleistet sei<sup>242</sup>. Sie ist in derselben Weise vorgegangen, um die Weigerung, einer Person des anderen Geschlechts die Hand zu geben, mit dem Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen zu vereinbaren, indem sie verschlug, dass überhaupt keine Hand gegeben wird<sup>243</sup>. Dieser Ansatz wurde auch im Vereinigten Königreich in der Rechtssache *Ladele*<sup>244</sup> entwickelt. Das englische Arbeitsberufungsgericht unterstrich dabei, dass es sich in der Tat nicht um eine durch eine unterschiedliche Behandlung begründete Klage handle, die direkt auf der Religion der Antragstellerin beruhe, sondern um eine Klage, die auf die Weigerung der Verwaltungsbehörde von Islington zurückzuführen sei, die Arbeitszeiten dieser Beamtin in Bezug auf die mit ihrem Glauben verbundenen Grundsätze zu organisieren. Vor dem Hintergrund einiger Entscheidungen der Kontrollinstanzen der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>245</sup> hatte das englische Berufungsgericht die Meinung vertreten, dass die mittelbare Unterscheidung, die der Antragstellerin widerfahren war, nicht gegen ihr Recht auf Religionsfreiheit verstoßen habe.

Diese Rechtsprechung steht in Einklang mit älteren Entscheidungen des spanischen Verfassungsgerichtshofs. 1985 hatte dieser in einer Rechtssache betreffend einen Siebenten-Tags-Adventisten entschieden, der den Sabbath zu respektieren wünschte, dass der Einwand des religiösen Gewissens seiner Natur nach nicht dazu geeignet sei, einseitig einen bestehenden Arbeitsvertrag abzuändern<sup>246</sup>. Diese Position des spanischen Verfassungsgerichtshofs spiegelt eine von einem Teil der Lehre wegen ihres

<sup>240</sup> Ibidem, § 47.

<sup>241</sup> Ibidem, § 48.

<sup>242</sup> Stellungnahmen Nr. 2002-25 und 2005-26, oben zitiert.

<sup>243</sup> Stellungnahmen Nr. 2006-51 und 2006-202, oben zitiert.

<sup>244</sup> *London Borough Islington gegen Ladele* [2008] UKEAT 0453/08/1912, § 52, oben zitiert.

<sup>245</sup> EMRK, *Ahmad gegen Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 12. März 1981 (Beschw. Nr. 8160/78), D.R. 22, S. 27: EMRK, *Stedman gegen Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 9. April 1997 (Beschw. Nr. 29107/75), D.R. 22, S. 27: Ausgestaltung der Arbeitszeiten eines Angestellten; EGMR, *Kalaç gegen Türkei*, 1. Juli 1997 (Beschw. Nr. 20704/92): engere Religionsfreiheit einer Person für einen Mitarbeiter im Öffentlichen Dienst.

<sup>246</sup> ATC 19/1985, Urteil vom 13. Februar 1985.

Formalismus kritisierte<sup>247</sup> Rechtsprechung der Straßburger Instanzen zum Schutz der Menschenrechte wider, nach der Einschränkungen der Religionsfreiheit, die sich aus der Ausübung eines Arbeitsvertrags ergeben, keinen Verstoß gegen diese Freiheit darstellen, da der Arbeitnehmer immer die Möglichkeit hat, diesen Vertrag aufzulösen (*contracting out approach*)<sup>248</sup>. Im Jahr 2000 hatte derselbe spanische Verfassungsgerichtshof darüber hinaus betont, dass die Stellung von Beamten von der des medizinischen Personals abweicht und dass Erstere über einen weniger großen Spielraum verfügen, wenn es sich darum handelt zu bewerten, wann sie einen Gewissensgrund vorbringen können, um sich Pflichten zu entziehen, die mit ihren Aufgaben verbunden sind<sup>249</sup>. Für Standesbeamte in den Niederlanden und in Großbritannien, die Verweigerer aus Gewissensgründen sind, wird eben diese besondere Rolle der Behörden bei der Umsetzung und der Einhaltung des Grundsatzes der Gleichbehandlung heute herausgestellt, um ihnen angemessene Vorkehrungen bei ihren Aufgaben zu verweigern.

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Anschluss an das Urteil in der Rechtssache *Thlimmenos* veranschaulicht, dass das Recht auf Verweigerung aus religiösen Gewissensgründen und die damit einhergehende Pflicht, eine Regel oder Praxis zur Berücksichtigung besonderer religiöser Überzeugungen auszugestalten, weit davon entfernt sind, unbegrenzt zu

<sup>247</sup> Siehe insbesondere J. VELAERS und M.-C. FOLETS, „L’appréhension du fait religieux par le droit. – À propos des minorités religieuses“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1997, S. 273-307, S. 292-293 ; C. EVANS, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2001, S. 130-131 ; P. CUMPER, „The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century“, in R. O’Dair und A. Lewis (Hrsg.), *Law and Religion*, Oxford, O.U.P., 2001, S. 311-328 ; T. J. GUNN, „Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights“, in J. D. van der Vyver und J. Witte, Jr (Hrsg.), *Religious Human Rights in Global Perspective – Legal Perspectives* (Bd. 2), Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, S. 305-330, S. 312. Siehe auch *Stephen Copesey c. WWWB Devon Claeys Ltd* [2005] EWCA CIV 932, §§ 31-35 *per* Lord Justice Mummery, §§ 44-66 *per* Lord Justice Rix, § 91 *per* Lord Justice Neuberger.

<sup>248</sup> EMRK, *Ahmad gegen Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 12. März 1981 (Beschw. Nr. 8160/78), D.R. 22, S. 39 (Lehrer an einer öffentlichen Grundschule, der eine Änderung seiner Arbeitszeiten beantragte, um am Freitagsgebet in der Moschee teilnehmen zu können). Siehe auch EKMR, *Konttinen gegen Finnland*, 3. Dezember 1996 (Beschw. Nr. 24949/94), D.R. 87-B, S. 68; EKMR, *Stedman gegen Vereinigtes Königreich*, 9. April 1997 (Beschw. Nr. 29107/95), D.R. 89-B, S. 104; eine Darlegung dieser Entscheidungen siehe E. BRIBOSIA, J. RINGELHEIM und I. RORIVE, „Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2009, S. 349-358.

<sup>249</sup> ATC 135/2000, Urteil vom 8. Juni 2000. Für die Verweigerung von Beamten aus Gewissensgründen siehe auch die Entwicklung in Finnland, die in der Stellungnahme Nr. 4-2005 des EU-Netzwerks unabhängiger Grundrechtsexperten zitiert wird, S. 11.

sein<sup>250</sup>. In gleicher Weise bleiben die nationalen Instanzen sehr reserviert<sup>251</sup>, auch wenn bestimmte Entscheidungen unter bestimmten Umständen ein Recht auf angemessene Vorkehrungen aus religiösen Gründen einräumen<sup>252</sup>. Es scheint uns wichtig, hier hervorzuheben, wie stark die Anwendung der Logik angemessener Vorkehrungen auf die religiöse Diskriminierung die Fälle von Verweigerung aus Gewissensgründen vermehrt, die ursprünglich auf die Verweigerung des Wehrdienstes, die Zeremonie bestimmter ziviler Lebensgemeinschaften und die Beteiligung an medizinischen Handlungen in Verbindung mit der Zeugung, der Schwangerschaftsunterbrechung oder der Sterbehilfe begrenzt war.

### 3.4 Verbindung mit der mittelbaren Diskriminierung

Es ist bemerkenswert festzustellen, wie in der großen Mehrheit der berichteten nationalen Rechtssachen die Verweigerer aus Gewissensgründen oder die Personen, die angemessene Vorkehrungen aus religiösen Gründen forderten, ihren Antrag mit der Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung ihnen gegenüber und nicht mit der Verletzung ihres Rechts auf Religionsfreiheit begründeten. Die nationalen Instanzen müssen daher bei der Kontrolle der Rechtfertigung der mittelbaren religiösen Diskriminierung andere Dimensionen des Grundsatzes der Gleichbehandlung berücksichtigen, indem

<sup>250</sup> Diese Rechtsprechung betrifft in erster Linie Einschränkungen im Hinblick auf das Tragen religiöser Symbole: EMRK, Kostas gegen Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien, 13. April 2006 (Beschw. Nr. 55170/00): Missbräuchliche Nutzung des Rechts für Moslems, Urlaub für bestimmte religiöse Feste zu nehmen; EGMR, El Morsli gegen Frankreich, Entscheidung vom 4. März 2008 (Beschw. Nr. 15585/06): Weigerung der französischen Konsularbehörden in Marrakesch, die Identitätskontrolle von Frau El Morsli einer weiblichen Beamten anzuvertrauen; EMRK, Singh gegen Frankreich, Entscheidung vom 13. November 2008 (Beschw. Nr. 24479/07): Weigerung der ministeriellen Behörden, einen Führerschein ohne Bereitstellung eines Identitätsfotos zu verlängern, das den Inhaber ohne Kopfbedeckung zeigt; EMRK, Dogru gegen Frankreich und Kervanci gegen Frankreich, 4. Dezember 2008 (Beschw. Nr. 27058/05 und 31645/04), § 75: Weigerung der Schulbehörden, zwei Schülern das Tragen einer Mütze statt eines Kopftuchs während des Sportunterrichts zu erlauben; und die sechs letzten Entscheidungen des Gerichtshofes vom 30. Juni 2009 zum Ausschluss von moslemischen Schülern oder Sikhs aus ihrer Schule in Frankreich in Anwendung des Gesetzes von 2004 über das Verbot von auffälligen religiösen Symbolen in der Schule, während diese eine alternative Lösung vorgeschlagen hatten, um weiterhin die Schule besuchen zu können: Aktas gegen Frankreich (Beschw. Nr. 43563/08); Ghazal gegen Frankreich (Beschw. Nr. 29134/08); Bayrak gegen Frankreich (Beschw. Nr. 14308/08); Gamaledin gegen Frankreich (Beschw. Nr. 18527/08); Jasvir Singh gegen Frankreich (Beschw. Nr. 25463/08); Ranjit Singh gegen Frankreich (Beschw. Nr. 27561/08).

<sup>251</sup> Siehe beispielsweise in den Niederlanden: Entscheidung vom 13. Juli 2009 des kantonalen Gerichts von 's-Hertogenbosch (Weigerung mit der Begründung der Anforderungen der öffentlichen Gesundheit, die Uniform einer moslemischen Krankenschwester anzupassen, die dreiviertellange Ärmel anstatt kurzer Ärmel tragen wollte), vorgetragen von Rikki Holmaat im Rahmen des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts, News Report vom 3. September 2009: „Muslim nurse dismissed because of not meeting clothing requirements“, verfügbar auf der Webseite des Netzes: <http://www.non-discrimination.net>; im Vereinigten Königreich: Entscheidung vom 19. Oktober 2006 des Arbeitsgerichtes (1801450/06) in der Rechtssache *Azmi gegen Kirklees Metropolitan Council* (Entlassung einer moslemischen Lehrerin wegen Tragens eines Vollschleiers während des Englischunterrichts für Kinder mit nichtenglischer Muttersprache), berichtet in *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2007, Nr. 5, S. 112; im Vereinigten Königreich: 2006 vom House of Lords angenommene Entscheidung in der berühmten Rechtssache *R. (auf Antrag von Begum) gegen Headteacher, Governors of Denbigh High School* [2007] 1 AC 100.

<sup>252</sup> Siehe beispielsweise in Portugal: Entscheidung des zentralen Verwaltungsberufungsgerichtshofes vom Februar 2007, *Rechtsanwaltsvereinigung gegen Antragsteller* (Forderung im Namen der Beachtung der Religionsfreiheit, dass die Vereinigung der Rechtsanwälte ein Prüfungsdatum für die Antragstellerin festlegt, das nicht auf einen Feiertag „ihrer Kirche“ fällt), berichtet in *Revue de droit européen relatif à la non-discrimination*, 2008, Nr. 6/7, S. 126; in den Niederlanden: Avis Nr. 2009-15 der CGB vom 13. März 2009, verfügbar auf Niederländisch auf der Webseite der CGB (die Forderung nach Tragen eines Badeanzugs, der die Knie nicht bedeckt, im Namen der Aufrechterhaltung einer guten Atmosphäre in einem öffentlichen Schwimmbad, beeinträchtigt unverhältnismäßig die Rechte von Personen, die aus religiösen Gründen einen Burkini tragen möchten).



sie den Schutz, der bezüglich religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen gewährt werden muss, zusammen mit dem Schutz zum Ausdruck bringen, der auf die Umsetzung dieses Grundsatzes unabhängig von der sexuellen Orientierung oder dem Geschlecht der Personen abzielt. Es geht eigentlich nicht darum, einen Konflikt zwischen einer Grundfreiheit (der Religionsfreiheit), die unabhängig vom Grundsatz der Gleichheit entstanden ist, und eben diesem beizulegen, sondern die nationalen Gerichte und Einrichtungen zur Förderung der Gleichbehandlung sind ganz allgemein aufgerufen, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung selbst inhärenten Spannungen aufzulösen, wenn dieser als verbotene Diskriminierungskriterien das Geschlecht, die Religion oder die Überzeugungen sowie die sexuelle Orientierung umfasst.

Wie bereits Frances Raday hervorhob, gründet die große Mehrheit der Religionen und traditionellen Kulturen auf Normen und sozialen Praktiken, die sich in einem patriarchalischen Umfeld in einer Zeit entwickelt haben, in der den individuellen Menschenrechten oder allgemein den Rechten der Frau auf Gleichheit oder den Freiheiten anderer im Besonderen kein systematischer Schutz gewährt wurde<sup>253</sup>. Es ist daher nicht erstaunlich, dass es noch heute eine komplexe Aufgabe ist, gleichzeitig den Grundsatz der Gleichbehandlung unabhängig von Geschlecht, religiösen Überzeugungen und sexueller Orientierung umzusetzen.

Die nationalen Entscheidungen veranschaulichen zur Genüge, dass die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit das bevorzugte juristische Werkzeug ist, um diese Art von Konflikten anzugehen, wobei diese Kontrolle über die Einschätzung wirkt, ob die mittelbare Diskriminierung zu rechtfertigen ist oder nicht. Diesbezüglich legt die Rechtsprechung der Menschenrechtskommission nahe, dass das wesentliche Kriterium zur Bestimmung, ob eine Vorkehrung aus religiösen Gründen akzeptabel ist, im Kern darin besteht festzustellen, ob andere Personen aufgrund der Gewährung dieser Vorkehrungen diskriminiert oder negative Folgen bei der Wahrnehmung ihrer Grundrechte erleiden können. So wurden in der Rechtssache *Kenneth Riley*<sup>254</sup> zwei Beamte der königlichen kanadischen berittenen Polizei im Ruhestand, die Mitglieder einer Vereinigung mit dem Ziel der Förderung der Traditionen dieser Polizei waren und sich über das einem Sikh-Polizisten eingeräumte Sonderrecht zum Tragen eines Turbans anstatt des traditionellen „Stetson“ beschwert hatten, von der Menschenrechtskommission mit der Begründung abgewiesen, dass dieses Sonderrecht bei der Uniform sie in keiner Weise in ihren Grundrechten beeinträchtigte. Dieses Kriterium war bereits durch den Obersten Gerichtshof von Kanada geprägt worden, insbesondere in einer Sache, in der die Leitung eines Krankenhauses in Ontario sich über den Widerstand der Eltern, die den Zeugen Jehovas angehören, gegen eine Bluttransfusion für ihr Kind hinwegsetzte, obwohl diese medizinische Behandlung für das Überleben des Kindes notwendig war. Für den Gerichtshof erwies sich die Ausübung des Rechts auf Religionsfreiheit hier als nicht vereinbar mit der Beachtung des (absoluten) Rechts auf Leben des Kindes und musste also folglich eingeschränkt werden<sup>255</sup>.

Was spezieller die Beilegung von Konflikten zwischen religiösen Interessen und den Menschenrechten der Frau betrifft, bietet ein Bericht der Vereinten Nationen viel Material in diesem Sinne. Darin wird klar und kompromisslos „der Vorrang der imperativen universellen Grundsätze vor jedem Brauch und jeder Tradition, ob religiösen Ursprungs oder nicht, nämlich der Respekt der Person und ihres unabdingbaren Rechts, über sich selbst zu verfügen, sowie die vollständige Gleichheit zwischen Männern und Frauen“

<sup>253</sup> „Culture, Religion, and Gender“, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, Bd. 4, S. 663-715, S. 664-665. Siehe auch vom selben Verfasser, „Secular Constitutionalism Vindicated“, *Cardozo Law Review*, 2009, Bd. 30, S. 2769-2798.

<sup>254</sup> Menschenrechtskommission, *Kenneth Riley u. a. gegen Kanada*, 21. März 2002, Communication Nr. 1048/2002.

<sup>255</sup> *R gegen Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S., S. 315.



bestätigt<sup>256</sup>. In einer 2005 angenommenen EntschlieÙung bestätigt der Europarat ebenfalls, dass „die Religionsfreiheit nicht als Vorwand zur Rechtfertigung von Verletzungen der Rechte von Frauen akzeptiert wird, ganz gleich, ob sie offen, subtil, legal oder illegal, mit oder ohne theoretische Zustimmung der Opfer – der Frauen – geschehen“<sup>257</sup>. Ein ähnlicher Ansatz muss unserer Meinung nach Vorrang haben, wenn es um Konflikte zwischen den religiösen Interessen und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Homosexuellen geht. Das Anführen der Religionsfreiheit oder der Meinungsfreiheit zur Begründung einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund der sexuellen Orientierung stellt einen Missbrauch des Rechts im Sinne von Artikel 17 der Europäischen Menschenrechtskonvention dar<sup>258</sup>.

Bleibt zu bestimmen, was bei der Manifestation religiöser Praktiken den Grundsatz der Gleichheit von Mann und Frau verletzen könnte oder nicht. In dieser Hinsicht zeigen die vielfältigen Bedeutungen, die das Tragen des islamischen Kopftuchs<sup>259</sup> hat, wie heikel die Lösung dieser Frage sein kann. Dies mag dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gefallen oder nicht, der entschieden vertreten hat, dass dieses „Symbol den Frauen durch eine religiöse Vorschrift aufgezwungen scheint, die nur schwer mit dem Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter vereinbar ist“<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> Bericht von Abdelfattah Amor, Sonderberichterstatter über Religions- und Weltanschauungsfreiheit gemäß der Resolution 2001/41 der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen, *Droits civils et politiques et, notamment: Intolérance religieuse – Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions*, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5. April 2002, online verfügbar: [http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2_fr.pdf). Siehe auch den Bericht von Asma Jahangir, Sonderberichterstatterin über Religions- und Weltanschauungsfreiheit gemäß der Resolution 6/37 der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen, *Promotion and Protection of All Human Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, A/HRC/10/8, 6. Januar 2009, §§ 25-28, online verfügbar: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/101/04/PDF/G0910104.pdf?OpenElement>.

<sup>257</sup> *Frauen und Religion in Europa*, EntschlieÙung 1464 der parlamentarischen Versammlung des Europarats, 4. Oktober 2005, § 5, verfügbar online: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1464.htm>.

<sup>258</sup> Siehe in diesem Sinn die oben zitierte Meinung Nr. 4-2005 des EU-Netzwerks unabhängiger Grundrechtsexperten.

<sup>259</sup> C. EVANS, „The ‚Islamic Scarf‘ in the European Court of Human Rights“, *The Melbourne Journal of International Law*, 2006, Bd. 7, S. 52-73, S. 52.

<sup>260</sup> Siehe insbesondere EGMR (GroÙe Kammer), *Leyla Sahin gegen Türkei*, 10. November 2005 (Beschw. Nr. 44774/98), § 111; contra: Richterin Tulkens in ihrer abweichenden Meinung. Zu diesem Thema siehe E. BRIBOSIA und I. RORIVE, „Le voile à l’école: une Europe divisée“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2004, S. 951-983; I. RORIVE, „Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer“, *Cardozo Law Review*, 2009, Bd. 30, S. 2669-2698, besonders S. 2683-2684.



Joel | 1984

## Schlussfolgerung

Bei ihrem verstärkten Engagement im Kampf gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Religion, Weltanschauung, sexueller Ausrichtung, Alter oder Behinderung durch die Verabschiedung der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG hatte die Europäische Union vermutlich nicht das ganze Ausmaß potenzieller Spannungen oder Konflikte mit anderen Grundrechten im Blick, die durch die Verfolgung des Ziels der Gleichbehandlung entstehen könnten. Nahezu ein Jahrzehnt ist seit der Verabschiedung dieser Richtlinien vergangen, und es lässt sich feststellen, dass nicht alle Konfliktthesen vorab durch den europäischen Gesetzgeber entschärft werden können und so Eingang in die Praxis finden. Die schwierige und delikate Suche nach einem Gleichgewicht zwischen diesen unterschiedlichen Grundrechten obliegt momentan vor allem den Mitgliedstaaten (Gesetzgebern oder Richtern) unter der Oberaufsicht des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Aus dem Vorgenannten lassen sich mehrere Schlüsse ziehen.

Erstens sind die internen Konflikte einer Einzelperson am einfachsten zu lösen. In diesen Fällen verzichtet zumeist eine Person teilweise auf ein Grundrecht, wie z. B. die Achtung ihres Privatlebens, um uneingeschränkt von der Gleichbehandlung profitieren zu können. Wenn dieser Verzicht in Kenntnis der Ursache und gegen bestimmte Garantien erfolgt, lässt sich der Konflikt relativ problemlos lösen. Dieselbe Logik wird im Übrigen von der Richtlinie 95/46/EG im Bereich des Schutzes „sensibler“ Personendaten wie Rasse oder ethnische Herkunft verfolgt. Wenn für einen effektiven Kampf gegen Diskriminierungen aus diesen Motiven die Erfassung und die Verarbeitung dieser Daten erforderlich sind, ist eine entsprechende Genehmigung mit strengen Auflagen verbunden.

Wenn sich zweitens mehrere Personen oder Organisationen in einem Konflikt gegenüberstehen (externe Konflikte), aus dem sich bereits im Vorfeld Unvereinbarkeiten ergeben, können Spannungen zwischen der Gleichbehandlungsforderung und konkurrierenden Grundrechten (zwischenrechtlicher Konflikt), im Bereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes (formale und substanzielle Gleichbehandlung) oder zwischen unterschiedlichen Kriterien für eine rechtswidrige Diskriminierung (innerrechtliche Konflikte) auftreten.

Im Zusammenhang mit der letztgenannten Konfliktart (im Rahmen der Gleichbehandlungsforderung) hat die Zuständigkeit der Europäischen Union Vorrang. Es ist bekannt, dass die Europäische Union über keine allgemeine Kompetenz zur Regelung aller in der Grundrechtecharta verankerten Rechte und Freiheiten verfügt. Infolgedessen könnte sie, selbst wenn das möglich wäre, nicht für sich in Anspruch nehmen, alle potenziellen zwischenrechtlichen Konflikte zu antizipieren und vorab beizulegen, ohne eine Überschreitung ihrer Befugnisse zu riskieren. Die Union kann zwar durch die Reglementierung des Diskriminierungsverbots bestimmte Leitlinien aufstellen, wenn das Diskriminierungsverbot dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens oder der Vereinigungsfreiheit entgegensteht, jedoch finden sich in erster Linie die Mitgliedstaaten zusammen, um ein optimales Gleichgewicht zwischen diesen Rechten und dem Gleichbehandlungsgrundsatz herzustellen.

Was jedoch die Bekämpfung von Diskriminierungen angeht, wurden der Europäischen Union seit dem Vertrag von Rom entsprechende Kompetenzen übertragen, die mit dem Vertrag von Amsterdam erweitert wurden. Folglich trägt der europäische Gesetzgeber in diesem Bereich eine besondere Verantwortung, zwischenrechtliche Konflikte zwischen verschiedenen Aspekten des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu entschärfen, wo sich dies als hilfreich oder sogar notwendig erweist.

Im Hinblick auf die heikle Frage einer eventuellen Hierarchie zwischen den Motiven (beispielsweise zwischen Diskriminierungen aufgrund von Religion, Geschlecht oder sexueller Ausrichtung) lässt sich leicht ermessen, wie entscheidend Überlegungen und eine eingehende Debatte zu diesem Thema sein können. Wird diese Verantwortung im Vorfeld nicht wahrgenommen, werden derartige Konflikte weiterhin in erster Linie von Fall zu Fall durch den jeweiligen Richter entschieden, ohne dass sich dieser nach einer „gebrauchsfertigen“ und einheitliche Methode richten könnte. Aus den Beispielen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Gerichtshofs der Europäischen Union werden die Gefahren einer Hierarchisierung der Motive ersichtlich. Die Gelegenheit zu Verhandlungen über den Richtlinienvorschlag mit dem Ziel, den Anwendungsbereich des Verbots von Diskriminierungen aufgrund von Alter, Behinderung, Religion, Weltanschauung oder sexueller Ausrichtung über die Beschäftigung hinaus auszuweiten, könnte zu einer Vertiefung des Nachdenkens über die Kohärenz des europäischen Rechts auf Nichtdiskriminierung genutzt werden, um eine Entschärfung möglicher interner Konflikte mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu erreichen.

# Rechtsprechung

## Vereinte Nationen

EKMR, *Kenneth Riley et al. gegen Kanada*, 21. März 2002, Mitteilung Nr. 1048/2002

## Europarat

### Urteile und Entscheidungen

EGMR, *Rechtssache „Belgischer Sprachenfall“ gegen Belgien*, 23. Juli 1968 (Beschw.-Nr. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64)

EKMR, *X gegen RU*, Entscheidung vom 4. Oktober 1977 (Beschw.-Nr. E 7291/75)

EKMR, *Ahmad gegen Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 12. März 1981 (Beschw.-Nr. 8160/78)

EGMR, *Campbell und Cosans gegen Vereinigtes Königreich*, 25. Februar 1982 (Beschw.-Nr. 7511/76 und 7743/76)

EGMR, *Abdulaziz, Cabales und Bakandali gegen Vereinigtes Königreich*, 28. Juni 1985 (Beschw.-Nr. 9214/80; 9473/81; 9474/81)

EGMR, *Inze gegen Österreich*, 28. Oktober 1987 (Beschw.-Nr. 8695/79)

EKMR, *Rommelfanger gegen Deutschland*, Entscheidung vom 6. September 1989 (Beschw.-Nr. 12242/96)

EGMR, *Niemietz gegen Deutschland*, 16. Dezember 1992 (Beschw.-Nr. 13710/88)

EGMR, *Hoffmann gegen Österreich*, 23. Juni 1993 (Beschw.-Nr. 12875/87)

EGMR (Große Kammer), *Jersild gegen Dänemark*, 23. September 1994 (Beschw.-Nr. 15890/89)

EGMR (Große Kammer), *Vogt gegen Deutschland*, 2. September 1995 (Beschw.-Nr. 17851/91)

EGMR, *S.W. gegen Vereinigtes Königreich*, 22. November 1995 (Beschw.-Nr. 20166/92)

EGMR, *C.R. gegen Vereinigtes Königreich*, 22. November 1995 (Beschw.-Nr. 20190/92)

EGMR, *Gaygusuz gegen Österreich*, 16. September 1996 (Beschw.-Nr. 17371/90)

EKMR, *Konttinen gegen Finnland*, 3. Dezember 1996 (Beschw.-Nr. 24949/94)

EGMR, *Valsamis gegen Griechenland*, 18. Dezember 1996 (Beschw.-Nr. 31787/93)

EKMR, *Stedman gegen Vereinigtes Königreich*, Entscheidung vom 9. April 1997 (Beschw.-Nr. 29107/75)



Bastiaan | 1992

Brandon | 1981



- EGMR, *Kalaç gegen Türkei*, 1. Juli 1997 (Beschw.-Nr. 20704/92)
- EGMR, *Salgueiro da Silva Mouta gegen Portugal*, 21. Dezember 1999 (Beschw.-Nr. 33290/96)
- EGMR (Große Kammer), *Thlimmenos gegen Griechenland*, 6. April 2000 (Beschw.-Nr. 34369/97)
- EGMR, *Rotaru gegen Rumänien* (Große Kammer), 4. Mai 2000 (Beschw.-Nr. 28341/95)
- EGMR, *Lucia Dahlab gegen die Schweiz*, Entscheidung vom 15. Februar 2001 (Beschw.-Nr. 42393/98)
- EGMR, *Pichon und Sajous gegen Frankreich*, Entscheidung vom 2. Oktober 2001 (Beschw.-Nr. 49853/99)
- EGMR, *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, 29. April 2002 (Beschw.-Nr. 2346/02)
- EGMR (Große Kammer), *Leyla Sahin gegen Türkei*, 10. November 2005 (Beschw.-Nr. 44774/98)
- EGMR, *Timichev gegen Russland*, 13. Dezember 2005 (Beschw.-Nr. 55762/00 und 55974/00)
- EGMR, *Kosteski gegen die Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien*, 13. April 2006 (Beschw.-Nr. 55170/00).
- EGMR (Große Kammer), *Jalloh gegen Deutschland*, 11. Juli 2006 (Beschw.-Nr. 54810/99)
- EGMR, *Tysac gegen Polen*, 20. März 2007 (Beschw.-Nr. 5410/03)
- EGMR (Große Kammer), *D.H. gegen Tschechische Republik*, 13. November 2007 (Beschw.-Nr. 57325/00)
- EGMR, *El Morsli gegen Frankreich*, Entscheidung vom 4. März 2008 (Beschw.-Nr. 15585/06)
- EGMR, *Sampanis gegen Griechenland*, 5. Juni 2008 (Beschw.-Nr. 32526/05)
- EGMR, *Oršuš gegen Kroatien*, 17. Juli 2008 (Beschw.-Nr. 15766/03)
- EGMR, *I. gegen Finnland*, 17. Juli 2008 (Beschw.-Nr. 20511/03)
- EGMR, *Mann Singh gegen Frankreich*, Entscheidung vom 13. November 2008 (Beschw.-Nr. 24479/07)
- EGMR, *Dogru gegen Frankreich* und *Kervanci gegen Frankreich*, 4. Dezember 2008 (Beschw.-Nr. 27058/05 und 31645/04)
- EGMR, *Glor gegen die Schweiz*, 30. April 2009 (Beschw.-Nr. 13444/04)
- EGMR, Entscheidungen vom 30. Juni 2009: *Aktas gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 43563/08), *Ghazal gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 29134/08), *Bayrak gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 14308/08), *Gamaleddyn gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 18527/08), *Jasvir Singh gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 25463/08), *Ranjit Singh gegen Frankreich* (Beschw.-Nr. 27561/08)
- EGMR, *Lombardi Vallauri gegen Italien*, 20. Oktober 2009 (Beschw.-Nr. 39128/05)

## Stellungnahmen

Beratender Ausschuss für das Rahmenabkommen, „Stellungnahme über Zypern“, 6. April 2001, ACFC/OP/1(2002)004

Beratender Ausschuss für das Rahmenabkommen, „Stellungnahme über Aserbaidshan“, 22. Mai 2003, ACFC/OP/1(2004)004

Beratender Ausschuss für das Rahmenabkommen, „Stellungnahme über Polen“, 27. November 2003, ACFC/OP/1(2004)005

## Europäische Union

EuGH, *Kommission gegen das Vereinigte Königreich*, 8. November 1983, Rechtssache 165/82

EuGH, *Johnston*, 15. Mai 1986, Rechtssache 222/84

EuGH, *Sirdar*, 26. Oktober 1999, Rechtssache C-273/97

EuGH, *Kreil*, 11. Januar 2000, Rechtssache C-285/98

EuGH, *Lindqvist*, 20. November 2003, Rechtssache C-101/01

EuGH, *Chacon Navas*, 11. Juli 2006, Rechtssache C-13/06

EuGH, *Parlament gegen Rat*, 27. Juni 2006, Rechtssache C-540/03

EuGH, *Tietosuoja ja valtuutus*, 16. Dezember 2008, Rechtssache C-73/07

EuGH, *Bartsch*, 22. Mai 2008, Rechtssache C-427/06

EuGH, *Promusicae*, 28. Januar 2008, Rechtssache C-275/06

## Deutschland

Bundesarbeitsgericht (BAG), 12. November 1998, unbekannt, NZA 1999, S. 371

Arbeitsgericht Hamburg, 27. Mai 2008, 20 Ca 105/07 (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6-7, S. 109)

## Belgien

Staatsrat (4. Kammer), 20. Dezember 1985, *Van Peteghem*, Nr. 25995

Arbeitsgericht Brüssel (4. Kammer), *E.F. c. s.a. Club*, 15. Januar 2008, R.G. Nr. 48.695, *Journal des tribunaux du travail*, 2008, S. 140 (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6-7, S. 87)

## Kanada

*Vancouver Rape Relief society gegen Nixon* [2003] BCSC, 1936 (Oberster Gerichtshof von British Columbia)

*Menschenrechtskommission von Ontario (O'Malley) gegen Simpsons-Sears* [1985] 2 R.C.S. 536 (Oberster Gerichtshof von Kanada)

*R gegen Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* [1995] 1 R.C.S. 315 (Oberster Gerichtshof von Kanada)

*Kimberly Nixon gegen Vancouver Rape Relief Society*, 1. Februar 2007, (B.C.), 31633 (Oberster Gerichtshof von Kanada)

## Spanien

Verfassungsgericht, Urteil vom 13. Februar 1985, ATC 19/1985

Verfassungsgericht, Urteil vom 12. Juni 1996, ATC 106/1996

Verfassungsgericht, Urteil vom 8. Juni 2000, ATC 135/2000

## Finnland

Verwaltungsgericht von Vaasa, 27. August 2004, Nr. 04/0253/3

## Frankreich

Französisches Kassationsgericht (Vollversammlung), 19. Mai 1978, *Dalloz*, 1978, S. 541

Französisches Kassationsgericht (soz.), 17. April 1991 (*Painsecq gegen Association Fraternité Saint Pie X*), *Droit Social*, Juni 1991, S. 489

Französisches Kassationsgericht (soz.), 22. Januar 1992, *Bulletin*, Nr. 30

Französisches Kassationsgericht (soz.), 16. Dezember 1997, *Bulletin*, Nr. 441

## USA

*Malone gegen Harley*, Nr. 88-339 (Sup. Jud. Ct. Suffolk County), 25. Juli 1989 (Gericht von Massachusetts)

## Niederlande

Gericht erster Instanz zu Leeuwarden, 24. Juni 2003, LJN AH8543 (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6/7, S. 120)

Gericht erster Instanz zu Utrecht, 30. August 2007 (Die Entscheidung wurde von Rikki Holtmaat im Rahmen des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Diskriminierung übermittelt, Bericht vom 26. Juni 2009: Der Bericht „Dismissal of female teacher lawful“ ist auf folgender Webseite abrufbar: <http://www.non-discrimination.net>.)

Gericht erster Instanz zu Rotterdam, 6. August 2008, LJN BD9643 (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2009, Nr. 8, S. 64-65)

Zentraler Berufungsrat (*Centrale Raad van Beroep*), 11. Mai 2009 (Die Entscheidung wurde von Rikki Holtmaat im Rahmen des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Diskriminierung übermittelt, Bericht vom 26. Juni 2009: Der Bericht „Dismissal of female teacher lawful“ ist auf folgender Webseite abrufbar: <http://www.non-discrimination.net>.)

Kantonalgericht von 's-Hertogenbosch, 13. Juli 2009 (Die Entscheidung wurde von Rikki Holtmaat im Rahmen des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Diskriminierung kommentiert, Bericht vom 3. September 2009: Der Bericht „Muslim nurse dismissed because of not meeting clothing requirements“ ist auf folgender Webseite abrufbar: <http://www.non-discrimination.net>.)

Gleichbehandlungsausschuss der Niederlande (*Commissie voor Gelijke Behandeling* – CGB):

- Stellungnahme Nr. 1997-46
- Stellungnahme Nr. 1997-51
- Stellungnahme Nr. 2002-25
- Stellungnahme Nr. 2005-26
- Stellungnahme Nr. 2006-51 (kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2006, Nr. 4, S. 80)
- Stellungnahme Nr. 2006-202 (kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2007, Nr. 5, S. 101-102)
- Stellungnahme Nr. 2008-40 (kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6/7, S. 119-120)
- Empfehlung Nr. 2008-04 zur Stellungnahme Nr. 2008-40 (Advies Commissie Gelijke Behandeling inzake gewetensbezwaarde ambtenaren van de burgerlijke stand. Trowens? Geen bezwaar)
- Stellungnahme Nr. 2009-15

Diese Stellungnahmen und die Empfehlung sind auf Niederländisch auf der Webseite des CGB verfügbar: <http://www.cgb.nl>.

## Portugal

Zentrales Verwaltungsgericht für Berufungen, Februar 2007, *Bar Association gegen Bewerber* (Entscheidung kommentiert in der *Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht*, 2008, Nr. 6/7, S. 126)

## Vereinigtes Königreich

*R (Amicus-MSF and others) v. Secretary of State for Trade and Industry and Christian Action Research Education and others* [2004] IRLR 430 (High Court, London)

*Stephen Copsey gegen WWWB Devon Claeys Ltd* [2005] EWCA CIV 932

*Azmi gegen Metropolitan Council von Kirklees* [2006] Employment Tribunal No. 1801450/2006 (Entscheidung kommentiert in der Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, 2007, Nr. 5, S. 112)

*Reaney v. Hereford Diocesan Board of Finance* [2007] Employment Tribunal No. 1602844/2006

*R. (on the application of Begum) v. Headteacher, Governors of Denbigh High School* [2007] 1 AC 100 (House of Lords)

*Ladele v. London Borough Islington* [2007] Employment Tribunal No. 2203694/2007

*London Borough Islington v. Ladele* [2008] UKEAT 0453\_08\_1912, verfügbar unter folgender Adresse: [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453\\_08\\_1912.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2008/0453_08_1912.html) (Entscheidung kommentiert in der Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, 2009, Nr. 8, S. 79-80)

*McClintock v. Department of Constitutional Affairs* [2008] IRLR 29, unter folgender Adresse abrufbar: [http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223\\_07\\_3110.html](http://www.bailii.org/uk/cases/UKEAT/2007/0223_07_3110.html)



# Rechtsprechung und offizielle Schriftstücke

## Vereinte Nationen

Internationales Abkommen über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, verabschiedet und eröffnet mit der Unterschrift und der Ratifizierung durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen in ihrer Resolution 2106 A(XX) vom 21. Dezember 1965, in Kraft getreten am 4. Januar 1969

Generalversammlung der Vereinten Nationen, Weltkonferenz über Menschenrechte, *Erklärung und Aktionsprogramm von Wien*, 25. Juni 1993 (A/CONF.157/23)

Generalversammlung der Vereinten Nationen, Resolution 60/251, 15. März 2006 (A/RES/60/251)

*Zivile und politische Rechte, darunter: Intolérance religieuse – Etude sur la liberté de religion ou de conviction et la condition de la femme au regard de la religion et des traditions*, Bericht von Abdelfattah Amor, Sonderberichterstatter über Religions- und Weltanschauungsfreiheit gemäß Resolution 2001/42 der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen, E/CN.4/2002/73/Add.2, 5. April 2002, online abrufbar unter: [http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2\\_fr.pdf](http://www2.ohchr.org/english/issues/religion/docs/E.CN.4.2002.73.Add.2_fr.pdf)

*Promotion and Protection of All Human Rights, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development*, Bericht von Asma Jahangir, Sonderberichterstatterin über Religions- und Weltanschauungsfreiheit gemäß Resolution 6/37 der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen, A/HRC/10/8, 6. Januar 2009, §§ 25-28, online abrufbar unter: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/101/04/PDF/G0910104.pdf?OpenElement>

## Europarat

Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4. November 1950, S.T.E. Nr. 5

Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981, S.T.E. Nr. 108

Empfehlung Nr. R(97) 18 des Ministerkomitees des Europarates über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden, verabschiedet am 30. September 1997 auf der 602. Versammlung der Ministervertreter durch das Ministerkomitee

Protokoll Nr. 12 zur Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 4. November 2000, STCE Nr. 177

Resolution 1464 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, *Frauen und Religion in Europa*, 4. Oktober 2005, online abrufbar unter: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1464.htm>

## Europäische Union

Richtlinie 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. L 39 vom 14.2.1976, S. 40-42)

Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31-50

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des *Gleichbehandlungsgrundsatzes* ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180 vom 19.7.2000, S. 22-26

Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303 vom 2.12.2000, S. 16-22

Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373 vom 21.12.2004, S. 37-43

Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeit und Beschäftigungsfragen (Überarbeitung), ABl. L 204 vom 26.7.2006, S. 23-36

Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, 2. Juli 2008, KOM(2008) 426 endg.

## Irland

*Employment Equality Act* (1998-2007)

## Niederlande

Gleichbehandlungsgesetz (*Algemene Wet Behandeling*, AWGB), 2. März 1994, in Kraft getreten am 1. September 1994

Gesetz vom 5. Juli 1997 über die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft, in Kraft getreten am 1. Januar 1998

Gesetz vom 21. Dezember 2000 zur Ermöglichung der Heirat von Personen desselben Geschlechts, in Kraft getreten am 1. April 2001

Lydia | 1963

## Vereinigtes Königreich

*Sex Discrimination Act, 1975*

*Race Relations Act, 1976*

*Civil Partnership Act, 2004*

## Schweden

*Discrimination Act* vom 5. Juni 2008, SFS 2008:567, veröffentlicht am 25. Juni 2006, in Kraft getreten am 1. Januar 2009

# Bibliografie

## Lehrmeinung

N. Bamforth, M. Malik und C. O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context*, London, Sweet und Maxwell, 2008

M. Bell, „Direct Discrimination“, in D. Schieck, L. Waddington und M. Bell (Hrsg.), *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International*, Oxford und Portland, Oregon, Hart publishing, 2007, S. 185-322

F. Benoît-Rohmer, „L’égalité dans la typologie des droits de l’homme“, in E. Bribosia und L. Hennebel (Hrsg.), *Classer les droits de l’homme*, Brüssel, Bruylant, S. 135-152

E. Brems, „Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, *Human Rights Quarterly*, 2005, S. 294-326

E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008

E. Brems, „Introduction“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 1-16

E. Bribosia und L. Hennebel (Hrsg.), *Classer les droits de l’homme*, Brüssel, Bruylant, 2004

E. Bribosia und I. Rorive, „Le voile à l’école: une Europe divisée“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2004, S. 951-983

E. Bribosia, „Classification des droits de l’homme“, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, S. Rials und F. Sudre (Hrsg.), *Dictionnaire des droits de l’homme*, Paris, P.U.F., 2008, S. 159-164

E. Bribosia, „La lutte contre les discriminations dans l’Union européenne: une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée“, in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten. Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, C. Bayart, S. Sottiaux und S. Van Drooghenbroeck (Hrsg.), Brüssel, Brügge, La Charte, Die Keure, 2008, S. 31-62

E. Bribosia, J. Ringelheim und I. Rorive, „Aménager la diversité: le droit de l’égalité face à la pluralité religieuse“, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2009, S. 319-373

E. Bribosia, J. Ringelheim und I. Rorive, „L’aménagement raisonnable pour motif religieux: un concept issu d’Amérique du Nord en voie d’intégration en Belgique et en Europe“, *Actualités du droit de la non-discrimination*, Ch. Bayart, S. Sottiaux und S. Van Drooghenbroeck (Hrsg.), La Charte, Die Keure, Brüssel, Brugge, 2009, S. 354-390

M. Bulmer und J. Solomos, „Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies“, *Ethnic and Racial Studies*, 1998, Bd. 21, Nr. 5, S. 822

A. Cammilleri-Subrenat und C. Levallois-Barth, *Sensitive Data Protection in the European Union*, Brüssel, Bruylant, 2007

L. Cariolou, „The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 249-272

P. Cumper, „The Public Manifestation of Religion or Belief: Challenges for a Multi-Faith Society in the Twenty-First Century“, in R. O'Dair und A. Lewis (Hrsg.), *Law and Religion*, Oxford, O.U.P., 2001

Danish Institute for Human Rights, *Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung: Praktiken, Politikstrategien und Rechtsvorschriften*, Europäische Kommission, 2007, auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar (auf der Webseite der Europäischen Kommission: [ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2026&langId=de](http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2026&langId=de))

O. De Schutter und S. Van Drooghenbroeck, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brüssel, Bruylant, 1999

O. De Schutter, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, Brüssel, P.I.E. Peter Lang, 2001

O. De Schutter, „Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, S. 137-183

O. De Schutter, *Pre-Employment Inquiries and Medical Examinations as Barriers to the Employment of Persons with Disabilities: Reconciling the Principle of Equal Treatment and Health and Safety Regulations under European Union Law*, Europäische Kommission, 2004, auf der Webseite der Europäischen Kommission verfügbar: [http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/fundamental\\_rights/policy/aneval/mon\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/policy/aneval/mon_en.htm)

O. De Schutter und J. Ringelheim, „La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange“, in H. Dumont, F. Ost und S. Van Drooghenbroeck (Hrsg.), *La responsabilité: face cachée des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005, S. 443-481

O. De Schutter, „Three Models of Equality and European Anti-Discrimination Law“, *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2006, Bd. 57, Nr. 1, S. 1-56

O. De Schutter und F. Tulkens, „Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 169-216

O. De Schutter und J. Ringelheim, *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-Discrimination Policies: Reconciling the Promotion of Equality with Privacy Rights*, Brüssel, Bruylant, 2009

M. De Vos, *Mehr als formale Gleichstellung. Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG*, Europäische Kommission, 2007, auf Englisch, Französisch und Deutsch verfügbar (auf der Webseite der Migration Policy Group: [http://www.migpolgroup.org/publications\\_detail.php?id=160](http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=160))

E. Dubout, „Vers une protection de l'égalité collective par la Cour européenne des droits de l'homme“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2006, S. 851-884



European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), *Combating Racism while Respecting Freedom of Expression*, Proceedings of the Expert Seminar held in Strasbourg on 16-17 November 2006, 2007, auf der Webseite des Europarates verfügbar: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/22-Freedom\\_of\\_expression\\_Seminar\\_2006/NSBR2006\\_proceedings\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/22-Freedom_of_expression_Seminar_2006/NSBR2006_proceedings_en.pdf)

C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford, O.U.P., 2001

C. Evans, „The ‚Islamic Scarf‘ in the European Court of Human Rights“, *The Melbourne Journal of International Law*, 2006, Bd. 7, S. 52-73

Ph. Frumer, *La renonciation aux droits et libertés: la Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Brüssel, Bruylant, 2001

M. Galenkamp, „Towards a Socialisation of Fundamental Rights“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 149-165

S. Greer, *The European Convention on Human Rights. Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006

K. Groenendijk, „Noot onder ABRS 3 september 2008 (VIA)“, in T. E. Van Dijk a.o. (Hrsg.), *Uitsprakenbundel Wet bescherming persoonsgegevens*, Den Haag, Sdu, 2009, S. 407-415

T. J. Gunn, „Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights“, in J. D. van der Vyver und J. Witte, Jr (Hrsg.), *Religious Human Rights in Global Perspective – Legal Perspectives (Bd. 2)*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1996, S. 305-330

J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Übersetzung aus dem Deutschen von M. Hunyadi, Paris, Cerf, 1992

Justice initiative, *Legal Opinion in the case of Reference Index of Antilleans ‚verwijsindex Antillianen‘*, März 2008, auf folgender Webseite verfügbar: <http://www.yudikorsou.com/download/OSJI%20VIA%20Legal%20Opinion.pdf>

M. Levinet, *Théorie générale des droits et libertés*, Brüssel, Bruylant, Coll. „Droit et Justice“ Nr. 82, 2008, 2. Ausg.

T. Makkonen, *Quantifier les discriminations. Collecte de données et droit européen sur l'égalité*, Europäische Kommission, 2006, auf Englisch, Französisch und Deutsch verfügbar (auf der Webseite der Migration Policy Group: [http://www.migpolgroup.org/publications\\_detail.php?id=162](http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=162))

M. Malik, *From Conflict to Cohesion: Competing Interests in Equality Law and Policy*, London, Equality and Diversity Forum, 2008, auf der Webseite des Equality and Diversity Forum verfügbar: [http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rights-report\\_web.pdf](http://www.edf.org.uk/blog/wp-content/uploads/2009/02/competing-rights-report_web.pdf)

T. Marauhn und N. Ruppel, „Balancing Conflicting Human Rights: Konrad Hesse's Notion of ‚Praktische Konkordanz‘ and the German Federal Constitutional Court“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 273-296

D. Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Etude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Brüssel, Bruylant, 2006

A. McColgan, „Class wars? Religion and (In)equality in the Workplace“, *Industrial Law Journal*, 2009, Bd. 38, Nr. 1, S. 1-29.

J. Mouly, „Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne“, in F. Sudre (Hrsg.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005, S. 279-303

L. Potvin-Solis, „La liaison entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans les jurisprudences européennes“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, S. 967-1005

F. Raday, „Culture, Religion, and Gender“, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, Bd. 4, S. 663-715

F. Raday, „Secular Constitutionalism Vindicated“, *Cardozo Law Review*, 2009, Bd. 30, S. 2769-2798

Réseau de l'Union européenne d'experts indépendants en matière de droits fondamentaux, opinion Nr. 4-2005, *The Right to Conscientious Objection and the Conclusion by EU Member States of Concordats with the Holy See*, 14. Dezember 2005, auf der Seite der Europäischen Kommission verfügbar: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/cfr\\_cdf/doc/avis/2005\\_4\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/cfr_cdf/doc/avis/2005_4_en.pdf)

F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brüssel, Bruylant, 1990

J. Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2006

J. Ringelheim, „Le recueil de données personnelles au service de la lutte contre les discriminations: une tension nécessaire entre non-discrimination et vie privée“, in S. Van Drooghenbroeck, S. Sottiaux und Ch. Bayart (Hrsg.), *Les lois fédérales du 10 mai 2007 luttant contre les discriminations*, Brüssel, Hrsg. La Charte, 2008, S. 63-100

I. Rorive, „A Comparative and European Examination of National Institutions in the Field of Discrimination and Racism“, K. Boyle (Hrsg.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, O.U.P., 2009, S. 138-173

I. Rorive, „Religious Symbols in the Public Space: In Search of a European answer“, *Cardozo Law Review*, 2009, Bd. 30, S. 2669-2698

D. Schieck, L. Waddington und M. Bell, *Non-Discrimination Law. Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart publishing, 2007

D. Shelton, „Mise en balance des droits: vers une hiérarchie des normes en droit international des droits de l'homme“, in E. Bribosia und L. Hennebel (Hrsg.), *Classer les droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2004, S. 153-194

P. Simon, *Etude comparative de la collecte de données visant à mesurer l'étendue et l'impact de la discrimination aux Etats-Unis, Canada, Australie, Grande-Bretagne et Pays-Bas*, Bericht für die Europäische Kommission, GD Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit, Luxemburg, 2004

P. Simon, *'Ethnic' statistics and data protection in the Council of Europe countries – Study Report*, Strasbourg, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), 2007, auf der Seite des Europarates verfügbar: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/Themes/Ethnic\\_statistics\\_and\\_data\\_protection.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/Themes/Ethnic_statistics_and_data_protection.pdf)

P. Simon, „The Controversy on Ethnic Statistics in France“, in O. De Schutter und J. Ringelheim (Hrsg.), *Ethnic Monitoring. The Processing of Racial and Ethnic Data in Anti-discrimination Policies*, Brüssel, Bruylant, 2009

A. Stuart, „Back to Basics: Without Distinction – A Defining Principle?“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 101-130

F. Sudre (Hrsg.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005

F. Sudre, „Rapport introductif. La ‚construction‘ par le juge européen du droit au respect de la vie privée“, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brüssel, Bruylant, 2005, S. 11-33

F. Sudre, J.-P. Marguenaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire und M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 4. Ausg.

Symposium, „Constitutionalism and Secularism in an Age of Religious Revival: The Challenge of Global and Local Fundamentalism“, *Cardozo Law Review*, Juni 2009, S. 2331-3012

S. Van Drooghenbroeck, „Conflits entre droit fondamentaux, pondération des intérêts: fausses pistes (?) et vrais problèmes“, in J.-L. Renchon (Hrsg.), *Les droits de la personnalité*, Actes du Xe colloque de l'Association ‚Famille et Droit‘, Louvain-la-Neuve, 30. November 2007, Brüssel, Bruylant, 2009, S. 299 ff.

J. Velaers und M.-C. Foblets, „L'appréhension du fait religieux par le droit – À propos des minorités religieuses“, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1997, S. 273-307

L. Vickers, *Religion et convictions: discrimination dans l'emploi – Le droit de l'Union européenne*, Europäische Kommission, 2006, auf Englisch, Französisch und Deutsch verfügbar (auf der Webseite der Migration Policy Group: [http://www.migpolgroup.org/publications\\_detail.php?id=163](http://www.migpolgroup.org/publications_detail.php?id=163))

L. Zucca, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, O.U.P., 2007

L. Zucca, „Conflicts of Fundamental Rights as Constitutional Dilemmas“, in E. Brems (Hrsg.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen-Oxford-Portland, Intersentia, 2008, S. 19-38





Europäische Kommission

**Auf der Suche nach einem Gleichgewicht zwischen dem Recht auf Gleichbehandlung  
und anderen Grundrechten**

Luxemburg: Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union

2010 — 100 S. — 21 x 29,7 cm

ISBN 978-92-79-15825-4

doi:10.2767/33312

Die vorliegende Veröffentlichung stellt die wesentlichen Konflikte zwischen bestimmten Grundrechten und dem Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung dar.

Die Autoren haben versucht, eine Typologie und Verfahren zu entwickeln, um die rechtliche Argumentation des Gesetzgebers bzw. des nationalen Gerichts in einen Rahmen zu fassen, der bzw. das mit einem zwischenrechtlichen Konflikt zwischen dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und den Grundrechten befasst ist.

Im vorliegenden Bericht werden einige Beispiele für Konflikte zwischen dem Recht auf Verweigerung aus religiösen oder philosophischen Gründen und dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung oder des Geschlechts aufgezeigt. Anhand dieser Spezialfälle können ebenfalls zwischenrechtliche Konflikte innerhalb des Gleichbehandlungsgrundsatzes selbst veranschaulicht werden.

Die Druckausgabe dieser Veröffentlichung ist in Englisch, Französisch und Deutsch erhältlich.





## **WO ERHALTE ICH EU-VERÖFFENTLICHUNGEN?**

### **Kostenlose Veröffentlichungen:**

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- bei den Vertretungen und Delegationen der Europäischen Union.  
Die entsprechenden Kontaktdaten finden sich unter <http://ec.europa.eu/> oder können per Fax unter der Nummer +352 2929-42758 angefragt werden.

### **Kostenpflichtige Veröffentlichungen:**

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>).

### **Kostenpflichtige Abonnements (wie z. B. das Amtsblatt der Europäischen Union oder die Sammlungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union):**

- über eine Vertriebsstelle des Amts für Veröffentlichungen der Europäischen Union ([http://publications.europa.eu/eu\\_bookshop/index\\_de.htm](http://publications.europa.eu/eu_bookshop/index_de.htm)).

**2010**  
**Europäisches Jahr**  
**zur Bekämpfung von**  
**Armut und**  
**sozialer Ausgrenzung**

Falls Sie an den Veröffentlichungen der Generaldirektion Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit interessiert sind, können Sie sie unter folgender Adresse herunterladen oder kostenfrei abonnieren:

***<http://ec.europa.eu/social/publications>***

Unter der folgenden Adresse können Sie sich auch gerne für den kostenlosen E-Newsletter der Europäischen Kommission Social Europe anmelden:

***<http://ec.europa.eu/social/e-newsletter>***

**<http://ec.europa.eu/social>**



■ Amt für Veröffentlichungen

ISBN 978-92-79-15825-4



9 789279 158254