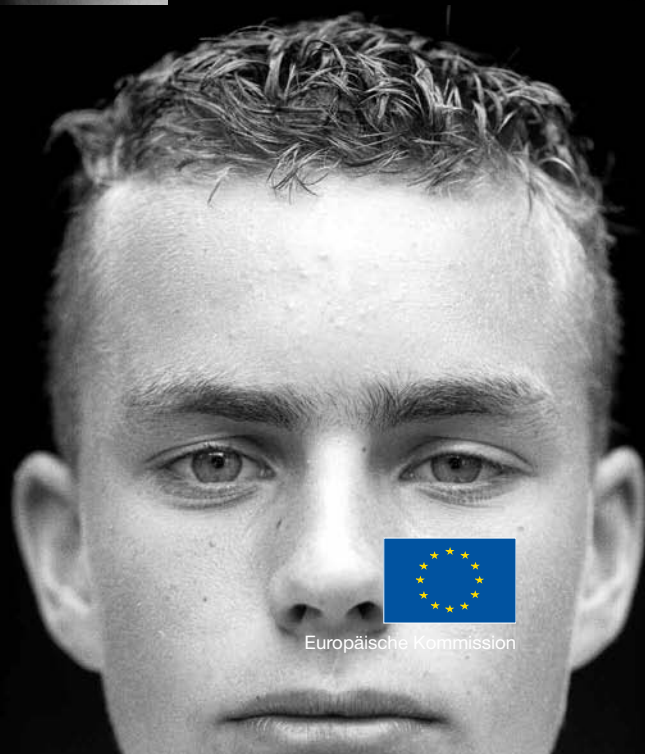
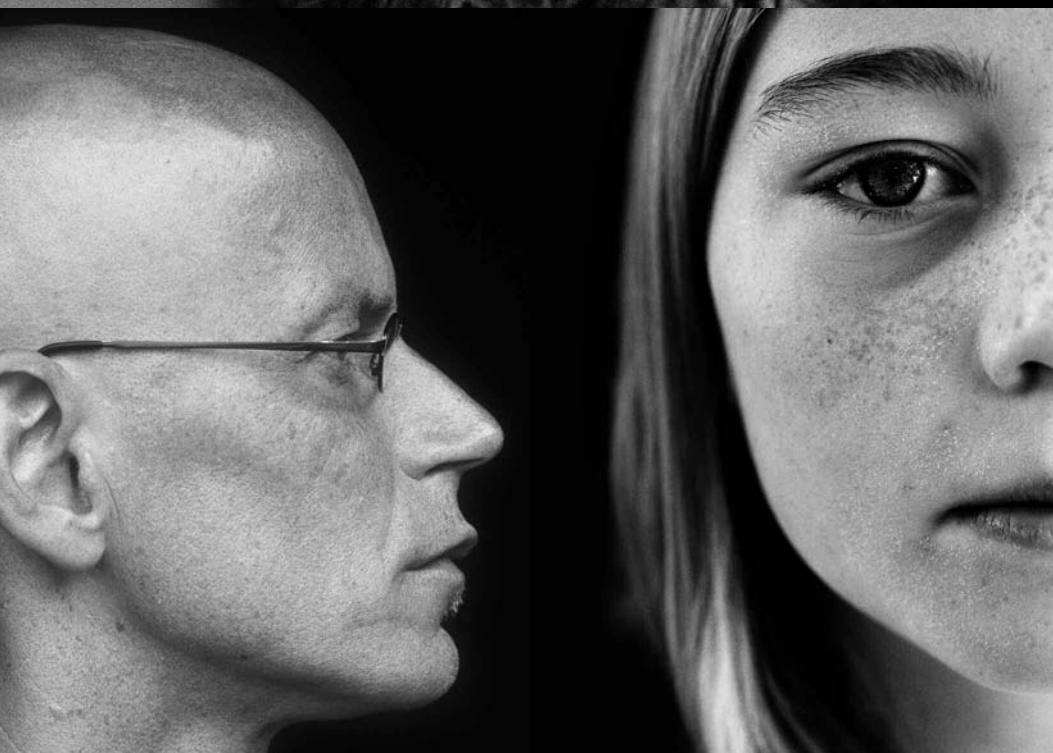




Die Bemessung von Diskriminierung

Datenerhebung und EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung



Europäische Kommission

Die Bemessung von Diskriminierung Datenerhebung und EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung

Timo Makkonen

Europäisches Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts

Europäische Kommission

Generaldirektion Beschäftigung, Soziales
und Chancengleichheit

Referat G.2

Manuskript abgeschlossen im November 2006

Der Inhalt dieser Veröffentlichung spiegelt nicht unbedingt die Meinung oder Haltung der Generaldirektion „Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit“ der Europäischen Kommission wider. Weder die Europäische Kommission noch irgendeine in deren Namen handelnde Person ist verantwortlich für die eventuell mögliche Nutzung der Information aus dieser Veröffentlichung.

Der Text dieses Berichts wurde verfasst von Herrn Timo Makkonen 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 der:

human european consultancy

Hooghiemstraplein 155

3514 AZ Utrecht

Niederlande

Tel +31 30 634 14 22

Fax +31 30 635 21 39

office@humanconsultancy.com

www.humanconsultancy.com

The Migration Policy Group

Rue Belliard 205, Box 1

1040 Brüssel

Belgien

Tel +32 2 230 5930

Fax +32 2 280 0925

info@migpolgroup.com

www.migpolgroup.com

Diese Publikation wurde von der Europäischen Kommission im Rahmen des Aktionsprogramms der Europäischen Gemeinschaft zur Bekämpfung von Diskriminierungen (2001-2006) in Auftrag gegeben. Dieses Programm wurde eingeführt zur wirksamen Umsetzung der neuen EU-Gesetzgebung im Bereich der Antidiskriminierung. Insbesondere richtet sich das Sechsjahresprogramm an alle Akteure in der EU-25, der EFTA und den EU-Kandidatenländern, die an der Entwicklung sachdienlicher und wirksamer Rechtsvorschriften und Politikmaßnahmen zur Diskriminierungsbekämpfung mitwirken können.

Das Aktionsprogramm hat drei Hauptziele, die wie folgt lauten:

1. Förderung eines besseren Verständnisses der Diskriminierungsproblematik
2. Entwicklung der Fähigkeit, wirksam gegen Diskriminierungen vorzugehen
3. Förderung der grundlegenden Werte für die Bekämpfung von Diskriminierungen

Für weitere Informationen siehe:

http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legln_de.htm

Falls Sie am Bezug des elektronischen Informationsbriefes „Esmail“ der Generaldirektion „Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit“ der Europäischen Kommission interessiert sind, schicken Sie bitte eine E-Mail an empl-esmail@cec.eu.int. Der Informationsbrief erscheint regelmäßig in Deutsch, Englisch und Französisch.

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

Gebührenfreie Telefonnummer(*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(*) Einige Mobilfunkanbieter ermöglichen keinen Zugang zu 00 800-Nummern oder können für diese Anrufe Gebühren berechnen.

Zahlreiche weitere Informationen zur Europäischen Union sind im Internet verfügbar.
Zugänglich sind diese über den Europa-Server (<http://europa.eu>).

Bibliografische Daten befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2007

ISBN 92-79-03116-3

© Europäische Gemeinschaften, 2007

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

© Fotos und Gestaltung: Ruben Timman / www.nowords.nl

Printed in Italy

GEDRUCKT AUF CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER

Inhaltsverzeichnis

	Zusammenfassung	5
I	Einführung in die Datenerhebung	11
1	Einleitung	12
1.1	Nutzen und Risiken der Datenerhebung im Zusammenhang mit Antidiskriminierungsrecht	12
1.2	Datenerhebung: Ansätze und Methoden	13
1.3	Inhalt dieses Berichts	15
II	Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichbehandlung und der Datenbedarf	17
2	Der rechtliche Rahmen	18
2.1	EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung	18
2.2	Die internationale Menschenrechtsgesetzgebung	21
2.3	Die Rolle der Datenerhebung in anderen aussagekräftigen Zusammenhängen	24
2.4	Schlussfolgerungen	25
III	Die Rolle von Daten bei der Sicherstellung der Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichstellung	27
3	Die Rolle von Daten beim Diskriminierungsbeweis	28
3.1	Nachweisquellen, Beweislast und die Nutzung von Statistiken bei Einzelverfahren	28
3.2	Unmittelbare Diskriminierung	31
3.3	Mittelbare Diskriminierung	33
3.4	Untersuchungen durch Fachstellen	38
3.5	Schlussfolgerungen	40
4	Die Rolle von Daten bei der Überwachung von betrieblicher Praxis und der Erbringung von Dienstleistungen	41
4.1	Diversitätsmonitoring	41
4.2	Schlussfolgerungen	42
5	Die Rolle von Daten bei der Bemessung von Diskriminierung im Allgemeinen	42
5.1	Offizielle soziale, wirtschaftliche und demografische Statistiken	43
5.2	Daten zu Beschwerden	44
5.3	Erhebungen	45
5.4	Stichprobenprüfung	46
5.5	Schlussfolgerungen	47
IV	Risiken, Einschränkungen und Herausforderungen bei der Datenerhebung	49
6	Der Missbrauch von Daten in der Vergangenheit und Gegenwart	50
7	Schutz des Rechtes auf den Schutz des Privatlebens und des Rechtes auf Datenschutz	52
7.1	Hintergrund	52
7.2	Aufzeigen möglicher Problemgebiete	53
7.3	Datenschutz	54
7.3.1	Die EU-Datenschutzrichtlinie	54
7.3.2	Die Konvention Nr. 108	62
7.3.3	Einzelstaatliche Rechtsvorschriften im Bereich des Datenschutzes in den EU-Mitgliedstaaten	64
7.4	Schutz des Privatlebens	65
7.4.1	Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention	65
7.4.2	Artikel 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr)	69
7.4.3	Artikel 7 und 8 der Grundrechtecharta der Europäischen Union	70
7.5	Schlussfolgerungen	71
8	Definitionen und Klassifizierung	72
8.1	Rasse	73
8.2	Ethnische Herkunft	75
8.3	Religion und Weltanschauung	78
8.4	Behinderung	79
8.5	Alter	80
8.6	Sexuelle Orientierung	80
8.7	Schlussfolgerungen	80
V	Allgemeine Schlussfolgerungen	83
	Bibliografie	87
	Anhang I Diversitätsmonitoring	95
	Anhang II Überblick über die Monitoring-Praktiken in den EU-Mitgliedstaaten	99
	Anhang III Die Erhebung von Daten durch Volkszählungen in den EU-Mitgliedstaaten	107

Rivka | 1989

Zusammenfassung

Mit der Verabschiedung und der einzelstaatlichen Umsetzung von zwei EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung, der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung, wurde der Schutz vor ungleicher Behandlung überall in der EU deutlich verstärkt. Ein wesentliches Merkmal der beiden Richtlinien ist, dass ihr Schwerpunkt nicht nur auf einem einzelnen Vorurteil und dessen Folgen liegt, sondern auch auf institutionellen und gesellschaftlichen Mustern und Verfahren. Wichtig sind dabei sogenannte Gruppenergebnisse, sowohl um Diskriminierung aufzuzeigen, als auch um herauszufinden, ob sich Gegenmaßnahmen als wirksam erwiesen haben. Dadurch wird ein Zugang zu statistischen Daten wichtig. Außerdem ist entscheidend, dass diese Daten so genutzt werden können, wie es für diese Zwecke relevant ist.

Dieser Bericht verfolgt zweierlei Ziele: Erstens sollen Wege aufgezeigt werden, wie statistische und andere Daten die Umsetzung von Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit Gleichbehandlung unterstützen können, und zweitens soll untersucht werden, wie die Erhebung dieser Daten in internationalen bzw. europäischen Rechtsvorschriften, insbesondere im Datenschutzgesetz, geregelt ist. Dieser Bericht betrachtet auch, inwiefern die EU-Mitgliedstaaten derzeit Datenerhebung betreiben und ob bei Gerichtsverfahren auch statistische Daten genutzt werden.

Dieser Bericht befasst sich mit den Motiven für Diskriminierungen, die die beiden oben genannten EU-Richtlinien abdecken: Rasse oder ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Einige der länderspezifischen Informationen in diesem Bericht wurden anhand eines ausführlichen Fragebogens, der an alle 25 Mitglieder des Netzwerks der Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung versandt wurde, ermittelt.

Der Informationsbedarf: eine Bestandsaufnahme

Eine von der Europäischen Kommission im Jahre 2004 durchgeführte Umfrage hat ergeben, dass 93% der Befragten – größtenteils Experten auf dem Gebiet des Kampfes gegen die Diskriminierung – der Ansicht waren, dass für die Entwicklung wirksamer politischer Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung die Erhebung von Daten 'wichtig' oder 'sehr wichtig' sei. Diese nahezu einstimmige Anerkennung des Bedarfs an Datenerhebung zeigt, welche vielfältige und absolut entscheidende Rolle statistische Daten in diesem Zusammenhang spielen können.

- In Rechtsfällen können statistische Belege eine entscheidende Rolle spielen. Häufig haben Einzelkläger Bedarf an statistischen Belegen zur Unterstützung ihrer Beschwerde, insbesondere in Fällen, in denen es um mittelbare Diskriminierung geht. Beide Richtlinien erkennen dies an. Daher schreiben sie vor: „(...) in diesen einzelstaatlichen Vorschriften kann insbesondere vorgesehen sein, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.“
- Statistische Daten können bei der Ermittlung des Bedarfs an und der Planung von positiven Maßnahmen eine wichtige Rolle spielen. Beide Richtlinien ermöglichen positive Maßnahmen durch die Fortführung oder Einführung von Fördermaßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden.
- Für die Überwachung der Umsetzung der Gleichbehandlungsrechtsvorschriften können Behörden, Unternehmen und andere Organisationen statistische Daten erheben.
- Statistiken sind erforderlich zur Bewertung der Wirksamkeit von bestehenden Antidiskriminierungsgesetzen und -maßnahmen sowie zur Orientierung der künftigen Politik- und Rechtsentwicklung.
- Für Sensibilisierungsbemühungen können statistische und sonstige wissenschaftliche Erkenntnisse und Belege sehr förderlich sein. Darüber hinaus bieten sie eine überzeugende Grundlage für eine faktenbasierte landesweite Diskussion über Diskriminierung.
- Die wichtigsten internationalen Menschenrechtskonventionen, die alle EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet haben, sind direkt oder indirekt auf die Erhebung von Daten über Diskriminierung angewiesen. Mehrere Konventionen fordern die Vertragsstaaten dazu auf, den Institutionen der internationalen Abkommen regel-

mäßige Länderberichte über die Menschenrechtssituation vorzulegen. Die umfassende Einhaltung dieser Anforderungen erfordert auch das Zusammenstellen von statistischen Daten.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass die EU-Mitgliedstaaten gemäß Artikel 13 der Gleichheitsrichtlinie ohne Unterschied der Rasse eine Stelle oder mehrere Stellen für die Förderung der Gleichbehandlung benennen müssen, zu deren Zuständigkeit auch die Durchführung von unabhängigen Untersuchungen zum Thema Diskriminierung und die Veröffentlichung unabhängiger Berichte und die Vorlage von Empfehlungen zu allen Aspekten, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen, gehören. Die Erhebung von statistischen Daten ist für die erfolgreiche Einhaltung dieser Anforderungen von Nutzen, wenn nicht sogar unabdingbar.

Die Rolle von Daten bei der Sicherstellung der Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichstellung

In diesem Bericht sollen drei Bereiche, in denen statistische Daten zur Sicherstellung der Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichstellung eingesetzt werden spezieller untersucht werden: Gerichtsverfahren, in denen in einzelnen Fällen statistische Beweise als Beleg für ein Vorliegen bzw. Nichtvorliegen von Diskriminierung verwendet werden können; die interne Überwachung von Arbeitsplätzen, bei der aus Statistiken hervorgeht, wie sich die Belegschaft zusammensetzt, um auf eine mögliche Unterrepräsentation hinzuweisen, die möglicherweise auf Diskriminierung zurückzuführen ist; und schließlich die Analyse von Ursachen, Ausmaß und Auswirkungen von Diskriminierung in der Gesellschaft im Allgemeinen.

Es ist allgemein bekannt, dass moderne Formen der Diskriminierung häufig subtil und verdeckt sind, was bedeutet, dass diese auch weniger leicht nachzuweisen sind. Ein direkter Nachweis von Diskriminierung ist selten und wenn er existiert, ist es sogar noch seltener, dass diese Diskriminierung bestätigt wird. Ein weiteres Problem ist, dass in Fällen von Diskriminierung das faktengestützte Beweismaterial bzw. wichtige Teile davon normalerweise im Besitz des Beklagten und nicht des Klägers sind. Die geteilte Beweislast, die beide Richtlinien vorschreiben, mildert bis zu einem gewissen Grad diese Herausforderungen. Bei Diskriminierungsbeschwerden können Statistiken ein eindeutiger oder sogar entscheidender Beweis sein. In europäischen Rechtssystemen werden sie regelmäßig zugelassen. Aus Analysen hat sich ergeben, dass statistische Daten sowohl im Zusammenhang mit unmittelbarer als auch mit mittelbarer Diskriminierung relevant sein können.

Die für diesen Bericht vom *Europäischen Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung* durchgeführte Untersuchung zeigt jedoch, dass es nur in einigen EU-Mitgliedstaaten eine solide Tradition der Anwendung statistischer Belege bei Gerichtsverfahren in Fällen von Diskriminierung aufgrund der in diesem Bericht behandelten Gründe gibt. Diese Länder sind das Vereinigte Königreich, Irland und die Niederlande, während es in den übrigen EU-Ländern kaum Erfahrung in dieser Hinsicht gibt. Die Nutzung von statistischen Belegen umfasst vielmehr einige komplexe Themenbereiche wie zum Beispiel die Erstellung von Vergleichsgruppen und die Berechnung des relativen Nachteils, der das Kernstück der Beschwerden von mittelbarer Diskriminierung bildet. Dass statistische Belege nicht ausreichend genutzt werden, scheint jedoch nicht an diesen Herausforderungen zu liegen, sondern vielmehr ein direktes Ergebnis davon zu sein, dass Daten auf diesem Gebiet nur unzureichend vorhanden sind. Nur wenige Länder haben bei der Datenerhebung durch das Zusammenstellen offizieller Statistiken (wie zum Beispiel Volkszählungen oder nach einzelnen Gleichberechtigungsgründen unterteilte nationale Erhebungsdaten), bei der Überprüfung von Arbeitsplätzen und der Forschung (wie etwa die Befragung von Opfern und Diskriminierungsuntersuchung) einen systematischen Ansatz verfolgt. Mitunter kann es theoretisch möglich sein, Daten, die in einem einzelnen Fall benötigt werden, durch Ad-hoc-Tests oder durch Beobachtung (*Monitoring*) zu erheben. In der Praxis ist dies jedoch häufig nicht machbar aufgrund des finanziellen Aufwands und des Bedarfs an Fachwissen, der den einzelnen Klägern bei der Anwendung dieser Methoden entsteht. Einige Länder haben versucht, sich diesem Problem zu widmen, indem sie Fachstellen benannt haben, die befugt sind, Untersuchungen durchzuführen und Kläger beim Sammeln von Beweisen zu unterstützen.

Auch im Rahmen der quantitativen Arbeitsplatzbeobachtung können statistische Daten eingesetzt werden. Beobachtung ist sehr wahrscheinlich die wirksamste Maßnahme, die eine Regierungseinrichtung, ein Unternehmen oder jede andere Organisation ergreifen kann, um sicherzustellen, dass sie den Rechtsvorschriften

im Bereich der Gleichbehandlung entspricht. Quantitative Beobachtung nennt man den Prozess, bei dem eine Organisation Daten über die Zusammensetzung ihrer Belegschaft, etwa im Hinblick auf Alter und ethnische Herkunft, sammelt, um ein mögliches Ungleichgewicht bei der Struktur der Belegschaft aufzuzeigen. Diese Beobachtung hat viele Vorteile, und die Erfahrungen in den Ländern, die eine Beobachtungspflicht eingeführt haben, waren überwiegend positiv. Es haben jedoch nur wenige EU-Länder eine Beobachtungspflicht eingeführt, und selbst in diesen Ländern hat diese Pflicht hinsichtlich der betroffenen Organisationen und der Diskriminierungsgründe nur eine begrenzte Reichweite.

Daten spielen nicht nur eine potentiell entscheidende Rolle in Rechtsfällen und bei der Beobachtung der üblichen Praxis am Arbeitsplatz, sie sind in Allgemeinen auch unentbehrlich für die Untersuchung von Ursachen, Ausmaß und Folgen von Diskriminierung. Daten, die in diesem Zusammenhang nützlich sind, können aus verschiedenen Quellen wie zum Beispiel offiziellen Statistiken, Angaben zu Klagen (wie etwa Daten aus der Justiz) und aus Untersuchungen zusammengestellt werden. Diese Art von Daten liefert wichtige gesellschaftliche Informationen darüber, wie Gleichbehandlungs-Rechtsvorschriften in der Praxis eingehalten werden, und welche Auswirkung sie auf die Situation von diskriminierungsgefährdeten Gruppen haben. Viele, wenn nicht sogar die meisten Mitgliedstaaten verfügen in dieser Hinsicht über einige Informationen. In der Regel erheben und veröffentlichen sie Daten über die Anzahl der Diskriminierungsbeschwerden, die bei der Polizei oder einer anderen zuständigen Stelle eingehen, und führen gelegentlich Untersuchungen bei Opfern und/oder Meinungsumfragen durch. Die Erhebung von Daten für diese Zwecke ist jedoch insbesondere im Hinblick auf die behandelten Motive für Diskriminierungen und die für die Datenerhebung angewendeten Methoden weniger umfassend.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Erhebung von Daten in allen drei untersuchten Zusammenhängen ein sehr unzureichend verwendetes Instrument bei der Verwirklichung und Förderung der Gleichbehandlung ist.

Datenschutz und das Recht auf den Schutz des Privatlebens

Ein Argument gegen die Erhebung von Daten zu den Gleichberechtigungsgründen ist häufig, dass die Erhebung dieser personenbezogenen und größtenteils auch sensiblen Daten von Datenschutzgesetzen und Vorschriften zum Schutz des Privatlebens verboten ist. Um die Stichhaltigkeit dieses Arguments zu überprüfen, analysiert der Bericht einschlägige internationale und europäische und in einem gewissen Umfang auch einige einzelstaatliche Gesetzesnormen.

Das Recht auf Schutz des Privatlebens wird von mehreren internationalen Menschenrechtsabkommen garantiert. Im europäischen Zusammenhang sind die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte IPbPR (IPbPR) am wichtigsten.

In Artikel 8 (1) der EMRK heißt es: „Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens“, wozu auch das Recht auf den Schutz der Informationen bezüglich des Privatlebens gehört. Das Erheben, Speichern, Verwenden und die Offenlegung von personenbezogenen Daten fallen in den Bereich von Artikel 8. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten ohne die Zustimmung oder die Kenntnis der erfassten Person verstößt wahrscheinlich gegen die in Artikel 8 vorgesehenen Rechte, insbesondere dann, wenn die Daten so geartet sind, dass sie die betroffene Person negativ darstellen oder zum Ergebnis haben könnten, dass die Entscheidungsfreiheit der betroffenen Person eingeschränkt wird. Das Recht auf den Schutz des Privatlebens ist nicht absolut: Ein Verstoß dagegen kann nach Artikel 8 (2) gerechtfertigt sein. Um nicht gegen Artikel 8 zu verstoßen, muss ein Eingriff (i) im Gesetz vorgesehen sein, (ii) ein legitimes Ziel verfolgen und (iii) eine Maßnahme darstellen, die in einer demokratischen Gesellschaft für dieses Ziel notwendig ist. Dadurch, dass es in allen EU-Mitgliedstaaten Datenschutzgesetze gibt, und dass die Bekämpfung von Diskriminierung ein „legitimes Ziel“ ist, hängt die Frage, ob Aktivitäten zur Erhebung von Daten mit Artikel 8 übereinstimmen, davon ab, ob diese Aktivitäten als notwendig betrachtet werden können, um in einer demokratischen Gesellschaft das besagte Ziel zu erreichen. Der Bericht kommt zu der Schlussfolgerung, dass die Erhebung von Daten bezüglich der Gleichberechtigungsgründe grundsätzlich kein Verstoß gegen Artikel 8 darstellt, solange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt wird. Dies erfordert zum Beispiel, dass um Daten zu erhalten grundsätzlich die Mittel verwendet werden sollen, die am wenigsten einschneidend sind.

In Artikel 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) heißt es, dass niemand willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben ausgesetzt werden darf, und dass jedermann Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen hat. Um Artikel 17 zu entsprechen, muss ein Eingriff in das Privatleben deshalb auf ein Gesetz gestützt sein, das seinerseits den Bestimmungen, den Absichten und den Zielsetzungen des Vertrages entsprechen muss, und es muss unter den jeweiligen Umständen vernünftig sein. Alle EU-Mitgliedstaaten haben Rechtsvorschriften im Bereich Datenschutz verabschiedet und Behörden eingerichtet, die die Einhaltung dieser Rechtsvorschriften und dadurch – zumindest dem Anschein nach – den von Artikel 17 geforderten rechtlichen Schutz überwachen. Darüber hinaus erfüllt das Erheben von Daten zum Zwecke der Bekämpfung von Diskriminierung vermutlich das Kriterium der Vernünftigkeit und entspricht den Zielen und Absichten des IPbPR. Folglich schließt der Bericht, dass aus Artikel 17 des IPbPR keine großen Hindernisse für die Erhebung von Daten hervorgehen, vorausgesetzt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird bei allen Vorgängen, bei denen es um die Verarbeitung personenbezogener Daten geht, eingehalten.

Während die Abkommen, die das Recht auf Schutz des Privatlebens regeln, die Erhebung personenbezogener Daten eher relativ allgemein behandeln, bieten die Dokumente zum Thema Datenschutz in dieser Hinsicht eine genauere Orientierung. Ein wesentliches Instrument in diesem Bereich ist die EU-Datenschutzrichtlinie. Mit ihren 34 operativen Bestimmungen und 72 Erwägungsgründen ist die Richtlinie ein besonders komplexes Gesetz. Der Bericht widmet sich mit seiner Analyse insbesondere zwei Kernbereichen der Richtlinie: Zunächst den Bedingungen, zu denen die Erhebung und sonstige Verarbeitung sensibler Daten erlaubt sind, und zweitens den qualitativen Grundsätzen, die bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eingehalten werden müssen.

In Artikel 8 der Richtlinie sind die Kriterien beschrieben, nach denen die Verarbeitung sensibler Daten erlaubt ist. Mit dem Begriff „sensible Daten“ (oder „besonderen Kategorien personenbezogener Daten“, wie es in der Sprache der Richtlinie heißt) sind personenbezogene Daten gemeint, aus denen Angaben über Rasse oder ethnische Herkunft, politische Ansichten, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gewerkschaftsmitgliedschaft und Gesundheit oder Sexualleben einer Person hervorgehen. Artikel 7 enthält die etwas weniger strengen Kriterien, die für die Verarbeitung personenbezogener Daten gelten, die nicht als sensibel betrachtet werden (wie zum Beispiel das Alter einer Person). Artikel 8 (1) enthält ein *prima facie*-Verbot der Verarbeitung sensibler Daten, wobei Ausnahmen in Artikel 8 (2) festgelegt sind. Dieser nennt mehrere Bedingungen, von denen eine oder mehrere erfüllt werden müssen, damit die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten nicht gesetzeswidrig ist. Vor allem sieht Artikel 8 (2) jedoch vor, dass sensible Daten nur mit Zustimmung der betroffenen Person verarbeitet werden können, es sei denn, die Gesetze des Mitgliedstaates schreiben etwas anderes vor. Sensible Daten können auch verarbeitet werden, wenn sie für die Begründung, die Wahrnehmung oder die Verteidigung von Rechtsansprüchen notwendig sind. Weitere Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot der Verarbeitung sensibler Daten können von innerstaatlichem Recht oder durch eine Entscheidung der nationalen Überwachungsbehörde bestimmt werden, vorausgesetzt, es sind „geeignete Garantien“ vorgesehen.

In Artikel 6 werden die fünf qualitativen Grundsätze dargelegt, die bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten eingehalten werden müssen. Diese Grundsätze erfordern, dass personenbezogene Daten (i) nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden; (ii) für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben werden; (iii) den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen; (iv) sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind, und (v) nicht länger als notwendig in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht. Der Bericht kommt zu der Schlussfolgerung, dass mit diesen Grundsätzen alle, die Datenerhebungen durchführen, grundsätzlich der sekundären (anonymen) und nicht der primären (nicht-anonymen) Datenerhebung Vorrang geben sollten. Es gesetzt werden sollte eher auf Stichproben als auf umfassende Erhebungen, auf freiwillige und nicht auf Pflichterhebungen, sofern dies die Ziele der Operation nicht beeinträchtigt.

Alle EU-Länder haben die EU-Datenschutzrichtlinie in ihren nationalen Gesetze umgesetzt. Dies bedeutet, dass ihre Datenschutzgesetze strukturell und inhaltlich viele Gemeinsamkeiten haben. Gewisse Abweichungen ergeben sich jedoch deshalb, weil viele Bestimmungen der Richtlinien Raum für die Auslegung lassen. Eine Prüfung der allgemein geltenden Datenschutzgesetze in den einzelnen Ländern macht jedoch insbesondere deutlich,

dass die meisten EU-Mitgliedstaaten die Verarbeitung sensibler Daten mit dem Einverständnis der betroffenen Person nicht ausgeschlossen haben. Diese Option ist in der EU-Datenschutzrichtlinie vorgesehen. Einige Länder haben die Geltung dieser Regel jedoch eingeschränkt und fordern zum Beispiel, dass zusätzliche Kriterien erfüllt werden.

Dieser Bericht verweist auf die frühere sowie auf die aktuelle Situation, als Bevölkerungsdaten verwendet wurden oder deren Verwendung versucht oder geplant wurde, um Personen oder Bevölkerungsgruppen auf gesetzeswidrige oder missbräuchliche Verwendungszwecke anzusprechen. Er untersucht außerdem, ob diese Beispiele dafür geeignet sind, von der Erhebung von Daten über Gleichstellungsgründe Abstand zu nehmen. In dieser Hinsicht kommt der Bericht zu der Schlussfolgerung, dass sicherlich ein Bedarf besteht, insbesondere durch eine genaue Beobachtung der Datenschutzvorschriften die Missbrauchsmöglichkeit zu minimieren, die Erhebung von Daten im Zusammenhang mit Gleichberechtigungsgründen jedoch keine glaubwürdige zusätzliche Bedrohung darzustellen scheint, sofern die notwendigen Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden.

Definitionen und Klassifizierung

Die Erhebung von Daten, ob durch die Überwachung von Arbeitsplätzen, Volkszählungen, Untersuchungen oder Beobachtungen, erfordert eine vorherige Entscheidungsfindung bezüglich der verwendeten relevanten Kategorien. Die Aufteilung in Kategorien und die Grundsätze, nach denen sich Menschen in verschiedene Gruppen aufteilen lassen, gehören erwiesenermaßen zu den schwierigsten Problemen bei der Erhebung von Daten in Bezug auf die Gründe für Gleichberechtigung, insbesondere bei der Volkszugehörigkeit. Eine Folge dieser Schwierigkeiten ist, dass sich in vielen Ländern die Fragen nach der Volkszugehörigkeit von einer Volkszählung zur nächsten geändert haben.

Keine der beiden Richtlinien enthält eine Definition der Begriffe „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Behinderung“, „Religion“, „Weltanschauung“, „Alter“ oder „sexuelle Orientierung“. Der Bericht weist darauf hin, dass dies nicht bedeutet, dass die Staaten frei sind, diese Begriffe so zu definieren und zum Zwecke der Datenerhebung verwendeten Kategorien so festzulegen, wie es ihnen angemessen erscheint. Sie sind verpflichtet, die Kategorien auf der Grundlage von Kriterien zu konstruieren, die auf objektiven Faktoren beruhen, und bei der Anwendung dieser Kriterien müssen sie konsequent sein. Dies gilt besonders, wenn die Datenerhebung mit der Verteilung von Rechten, Pflichten, Ressourcen oder Belastungen verbunden ist, wie dies z. B. bei Volkszählungen häufig der Fall ist.

Der Menschenrechtsaspekt der Datenerhebung legt einen Schwerpunkt auf das Recht des Einzelnen, die Kontrolle über sensible Daten bezüglich seiner Person zu behalten. Nach internationalen Menschenrechtsbestimmungen darf niemand gezwungen werden, seine ethnische Herkunft oder Religion preis zu geben, und dieser Grundsatz kann auch für andere sensible Daten gelten. Hinsichtlich der ethnischen Herkunft unterstützen internationale Menschenrechtsbestimmungen den Grundsatz der Selbstbestimmung, d. h., dass grundsätzlich jeder Einzelne darüber entscheiden darf, mit welcher ethnischen Gruppe er identifiziert werden soll.

Schlussfolgerungen

Der Bericht kommt zu dem Schluss, dass es eine beträchtliche und überzeugende Nachfrage nach der Erhebung von Daten in Bezug auf die Gründe für Gleichberechtigung gibt. Diese Nachfrage ist gegenwärtig nicht gedeckt, und es scheint, dass sie in der politischen Kultur und der Rechtskultur der Mitgliedstaaten auch nicht vollständig nachvollzogen wurde. Der häufig entstandene Eindruck, dass internationale und europäische Rechtsvorschriften zum Schutz des Privatlebens und zum Datenschutz die Erhebung personenbezogener Daten zu den Gleichstellungsgründen verbieten, hat sich als falsch erwiesen. Die einschlägigen Gesetze geben lediglich den gesetzlichen Rahmen und die qualitativen Kriterien vor, die erfüllt werden müssen, wenn Daten erhoben oder in anderer Weise verarbeitet werden. Daher erkennt der Bericht die Notwendigkeit an, sich im Bereich Datenerhebung zu engagieren, um in der Praxis auf die Verwirklichung der Gleichbehandlung hinzuarbeiten.

Steven | 1977

Teil I

Einführung in die Datenerhebung

1 Einleitung

Der Schwerpunkt von Antidiskriminierungsvorschriften liegt nicht nur auf einem einzelnen Vorurteil, sondern eher auf institutionellen und gesellschaftlichen Mustern und Verfahren. Ein Schwerpunkt wird auf Gruppenergebnisse gelegt, sowohl um Diskriminierung aufzuzeigen, als auch um herauszufinden, ob sich Gegenmaßnahmen als wirksam erwiesen haben. Dadurch wird ein Zugang zu allgemein gültigen Daten wichtig. Außerdem ist entscheidend, dass diese Daten so genutzt werden können, wie es für diese Zwecke relevant ist. Das Ziel dieser Studie besteht in der Untersuchung der Rolle von Daten beim Nachweis von Diskriminierung, in der Entwicklung positiver Aktionsstrategien, in der Beobachtung von Arbeitsplatzpraktiken sowie in der Bewertung der Wirksamkeit der Antirassismus-Richtlinien und der Richtlinie zur Gleichstellung im Bereich Beschäftigung der EU bei der Bekämpfung von Diskriminierung. Sie soll die Schwierigkeiten bei der Erhebung von Daten und der Auslegung in diesem Zusammenhang betrachten und hierfür anhand der Praxis der EU-Mitgliedstaaten und ggf. anderer einschlägiger Rechtsprechungen mögliche Lösungen aufzeigen.

1.1 Nutzen und Risiken der Datenerhebung im Zusammenhang mit Antidiskriminierungsrecht

Bei einer kürzlich von der Europäischen Kommission durchgeführten Umfrage waren 93% der Befragten der Ansicht, dass die Erhebung von Daten für die Entwicklung wirksamer politischer Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung „wichtig“ bzw. „sehr wichtig“ sei.¹ Diese nahezu einstimmige Anerkennung des Bedarfs an Datenerhebung zeigt, welche vielfältige und absolut entscheidende Rolle statistische Daten in diesem Zusammenhang spielen können.

Daten zu Diskriminierung können einer Vielzahl von Zwecken dienen:

1. Zum Nachweis von Diskriminierung: Häufig haben Einzelkläger Bedarf an statistischen Belegen zur Unterstützung der Beschwerde, insbesondere in Fällen, in denen es um mittelbare Diskriminierung geht.
2. Zur Orientierung der Politik- und Rechtsentwicklung: Sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene brauchen Entscheidungsträger umfassende und zuverlässige Informationen bei Fragen zu geeigneten Maßnahmen, Rechtsvorschriften und Rechtsbehelfen im Umgang mit dem Problem der Diskriminierung. Dies gilt auch für nationale Gleichbehandlungsstellen, Ombudsmänner und NRO bei der wirksamen Planung und Ausführung ihrer Arbeit.
3. Zur Entwicklung positiver Aktionsstrategien.
4. Zur Überwachung der einzelstaatlichen Situation, Arbeitsplatzpraktiken und anderer institutioneller Verfahren.
5. Zur Bewertung der Wirksamkeit der Antirassismus-Richtlinien und der Richtlinie zur Gleichstellung im Bereich Beschäftigung der EU bei der Bekämpfung von Diskriminierung.
6. Für Aufklärungs- und Sensibilisierungsmaßnahmen sowie für Forscher, die versuchen, zu einem besseren Verständnis des Phänomens Diskriminierung beizutragen – eine Aufgabe, die eine Voraussetzung für die Entwicklung von wirksameren Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass statistische Daten die Bekämpfung von Diskriminierung auf ein ganz neues Niveau bringen können (siehe Abb. 1).

¹ Antwortstatistiken für das Grünbuch zur Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierung. Verfügbar auf der Website der Europäischen Kommission unter: http://ec.europa.eu/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/green/stats.pdf



Abbildung 1. Die Verwendung von statistischen Daten bei der Bekämpfung der Diskriminierung.

Bereits die Vorstellung, dass sensible Daten erhoben werden, führt zu zahlreichen Bedenken und Befürchtungen. Dies liegt daran, dass die Daten an sich sowohl für legitime als auch für gesetzeswidrige Zwecke verwendet werden können, und dass sensible Daten in der Vergangenheit schon mehrmals Gegenstand von Missbrauch geworden sind. Deshalb sind einige der Ansicht, dass keine Daten zur Rasse oder ethnische Herkunft, zu Religion oder Weltanschauung, Behinderung oder sexuelle Orientierung erhoben werden sollten, auch nicht im Sinne der Antidiskriminierungsvorschriften und der Antidiskriminierungspolitik. Außerdem ist die Meinung dass die Erhebung sensibler Daten nach internationalen, nationalen und/oder EU-Datenschutzrechtsvorschriften verboten ist weit verbreitet. Daher sind wichtige Sicherheitsmaßnahmen eingeführt worden, um zu ermöglichen, dass die Vorteile der Datenerhebung ohne Risiken zum Tragen kommen.

Zwar hat man sich diesen Themen in den letzten Jahren verstärkt gewidmet, doch gibt es bis jetzt für die Erhebung von Daten, wenn überhaupt, nur wenige umfassende Rechtsanalysen (i) über die Verwendung von statistischen Daten in diesem Zusammenhang und (ii) über die gesetzlich, insbesondere datenschutzrechtlich vorgeschriebenen Einschränkungen. Im Rahmen eines einzelnen Berichts ist es eine umfassende und ausführliche Analyse aller rechtlichen Fragen zwar nicht möglich, jedoch ist es wünschenswert, wenn dieser Bericht seinerseits dazu dient, die Diskussionen auf eine neue Ebene zu bringen.

1.2 Datenerhebung: Ansätze und Methoden

Zunächst einmal sollte eine Bestimmung der wichtigsten verwendeten Begriffe vorgenommen werden. Über die Definition der meisten dieser Begriffe gibt es keine allgemeine Übereinstimmung. Die folgenden Definitionen gelten daher nur für diesen Bericht.

Mit „Daten“ sind alle Informationen gemeint, ob numerisch oder in irgend einer anderen Form. Die Aufgabe von Daten ist, dass sie etwas über einen Aspekt der Realität zeigen und daher für Zwecke der Analyse, Argumentation oder Entscheidungsfindung verwendet werden können. Betreffen Daten eine bestimmbar Person, nennt man sie personenbezogene Daten. Der Einzelne, auf den sich die Daten beziehen, wird „betroffene Person“ genannt. Betreffen personenbezogene Daten Angelegenheiten wie zum Beispiel die Rasse oder ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung oder sexuelle Orientierung einer Person, gelten sie als sensible Daten, obwohl anzumerken ist, dass in der EG-Datenschutzrichtlinie² nicht von sensiblen Daten, sondern von „besonderen Kategorien personenbezogener Daten“ die Rede ist. Mit „Verarbeitung“ ist im Rahmen dieses Berichts jeder Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Weitergabe oder das Vernichten von Daten gemeint. Daten, die sich ursprünglich auf eine bestimmte Person bezogen haben, werden anonyme Daten genannt, wenn sie so verarbeitet worden sind, dass sie sich nicht mehr auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen.

² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Amtsblatt L 281 vom 23.11.1995 (im Folgenden „Datenschutzrichtlinie“ genannt).

Es gibt eine Vielzahl von Datenquellen, die im Rahmen der Rechtsvorschriften und der Politik im Bereich der Nichtdiskriminierung von Nutzen sind. Dazu gehören:

- Offizielle statistische Quellen wie zum Beispiel bei Volkszählungen und anderen größeren nationalen Erhebungen, wie der Labour Force Survey (LFS) und die bei der Erhebung über Einkommen und Lebensbedingungen der Haushalte (Survey on Income and Living Conditions, SILC) gesammelten Daten;
- Verwaltungsregister wie etwa zentrale und kommunale Einwohnermeldeverzeichnisse;
- Beschwerdedaten wie zum Beispiel Statistiken von Polizei und Staatsanwaltschaft sowie Gerichtsunterlagen und -register; Daten aus den Verzeichnissen von Ombudsmännern, Fachstellen und NRO;
- Akademische und Ad-hoc-Forschung wie etwa Stichprobenerhebungen über die Erfahrungen von Gruppen, die der Diskriminierung ausgesetzt sind; Meinungsumfragen zum Thema Vorurteile; Tests im Zusammenhang mit Diskriminierung und qualitative Forschungsarbeit wie z. B. ausführliche Interviews;
- Daten, die bei der Überwachung der betrieblichen Praxis und der Überwachung von Dienstleistungen erhoben werden.

Unterschieden werden muss zwischen der primären und der sekundären Datenerhebung. „Primäre Datenerhebung“ bezeichnet die „ursprüngliche“ Erhebung von Daten, mit „sekundärer Datenerhebung“ ist die Erhebung von Daten gemeint, die bereits im Besitz einer Stelle sind, und die zu einem früheren Zeitpunkt erhoben wurden. Bei der primären Datenerhebung werden die Daten direkt von den betroffenen Personen („direkte primäre Erhebung“) oder von ihnen nahe stehenden oder mit ihnen in Verbindung stehenden Personen, die an ihrer Stelle („indirekte primäre Erhebung“) Auskunft geben, oder durch „direkte Beobachtung“ erhoben.³ Daten werden normalerweise durch Fragebögen, Interviews oder durch Beobachtung erhoben.

Allgemein können Daten für zweierlei Zwecke erhoben werden, die nicht miteinander verwechselt werden sollten:

- Um Schlussfolgerungen zu ziehen und/oder Entscheidungen über Einzelpersonen zu treffen; zum Beispiel kann ein Arbeitgeber registrieren, dass ein Beschäftigter eine Behinderung hat, um angemessene Formen der geeigneten Vorkehrung für diese Person bereitstellen zu können; oder ein Krankenhaus kann registrieren, dass eine Patientin es aus Gründen ihrer Religion ablehnt, eine Bluttransfusionen zu bekommen;
- Um Schlussfolgerungen zu ziehen und/oder Entscheidungen auf der Ebene der Gruppe treffen zu können; zum Beispiel können aus Daten Muster der Unterrepräsentation von Beschäftigten insbesondere in Bildungseinrichtungen hervorgehen, und diese können anschließend dazu dienen, eine Klage wegen indirekter Diskriminierung zu unterstützen oder um eine Strategie mit positiven Maßnahmen zu planen.⁴

Der zweite der beiden Verwendungszwecke zeigt, wozu Statistiken dienen. Mit Statistiken sollen in gesammelter Form Informationen über eine bestimmte Bevölkerung (z. B. die durchschnittliche Beschäftigungsquote junger Immigranten) oder ein bestimmtes Phänomen (z. B. die Anzahl der innerhalb eines Jahres eingereichten Beschwerden über Diskriminierung) ans Licht gebracht werden. Ziel dabei ist die Erstellung von konsolidierten und anonymen Informationen; zwar werden Informationen jedoch so verfügbar gemacht, (oder sollten es zumindest), dass eine bestimmte Person und bestimmte Daten(-bündel) nicht miteinander in Verbindung gebracht werden können, doch schließt dies die Notwendigkeit nicht aus, Datenschutzgesetze im Verlauf der Erstellung von Statistiken zu beachten, da die Gesamtdaten immer auf Mikrodaten, also in der Regel auf personenbezogenen Daten beruhen.

³ Europarat: Empfehlung über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden, Nr. R (97) 18 und Erläuterndes Memorandum, S. 31.

⁴ Diese Unterscheidung ist wichtig, da Daten, die ausschließlich für statistische Zwecke erhoben werden, nach den europäischen Rechtsvorschriften im Bereich des Datenschutzes normalerweise nicht für das Treffen von Entscheidungen über bestimmte Personen verwendet werden dürfen. Deshalb ist es z. B. normalerweise nicht erlaubt, Ergebnisse von Volkszählungen als Beweis in einem Rechtsstreit einzusetzen.

1.3 Inhalt dieses Berichts

Diese Studie soll die folgenden Fragen untersuchen:

- Ist die Erhebung von Daten notwendig oder nützlich, um Verpflichtungen einzuhalten, die sich aus europäischen oder internationalen Antidiskriminierungsvorschriften ergeben? Diese Fragen sollen in Kapitel 2 behandelt werden.
- Wie können Daten verwendet werden, wenn die Einhaltung des Antidiskriminierungsgesetzes sichergestellt wird? Welche Rolle spielen Daten insbesondere a) bei Rechtsfällen b) bei der Überwachung von Arbeitsplätzen und der Erbringung von Dienstleistungen, und c) bei der Bestimmung des Ausmaßes, der Formen und der Folgen von Diskriminierung in der Gesellschaft im Allgemeinen? Diese Fragen sollen in Kapitel 3, 4 und 5 behandelt werden.
- Wo liegen die Risiken, Einschränkungen und Herausforderungen bei der Erhebung von Daten? Inwiefern sind in der Vergangenheit personenbezogene Daten für missbräuchliche Zwecke verwendet worden? Welche Schranken und Auflagen bestehen bei der Erhebung von Daten aufgrund von internationalen und europäischen Menschenrechts- und Datenschutzbestimmungen? Diese Fragen sollen in Kapitel 6, 7 und 8 behandelt werden.

Schließlich kommt der Bericht auf der Grundlage dieser Analysen zu mehreren Schlussfolgerungen.

Die Hauptaufmerksamkeit des Berichts im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten liegt auf der Richtlinie des Rates 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im folgenden Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung genannt) und auf der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (im folgenden Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse genannt). Die erste der beiden Richtlinien verbietet Diskriminierung aufgrund von Religion und Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexueller Orientierung in den Bereichen Beschäftigung und Beruf, während die zweite Richtlinie die Diskriminierung auf Grund der Rasse oder der ethnischen Herkunft in den Bereichen Beschäftigung und Beruf, Ausbildung, soziale Sicherungssysteme, soziale Vergünstigungen, und Zugang zu und Lieferung von der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Waren und Dienstleistungen, einschließlich des Wohnungswesens.⁵

Die Erhebung von Daten spielt bei mehreren Schlüsselaspekten der beiden Richtlinien eine Rolle:

- Beim Begriff der Diskriminierung, insbesondere der mittelbaren Diskriminierung;
- Bei den Bestimmungen über positive Maßnahmen, die die Fortführung oder Einführung von Fördermaßnahmen ermöglichen, um Benachteiligungen zu verhindern oder Benachteiligte im Zusammenhang mit irgendwelchen in der Richtlinie genannten Gründe zu entschädigen;⁶
- Die Verpflichtung „zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis... voranzubringen“;⁷ und
- Die Verpflichtung gemäß Artikel 13 der Gleichheitsrichtlinie ohne Unterschied der Rasse, eine Stelle oder mehrere Stellen für die Förderung der Gleichbehandlung benennen zu müssen, zu deren Zuständigkeit auch die „Durchführung von unabhängigen Untersuchungen zum Thema Diskriminierung“ und die „Veröffentlichung unabhängiger Berichte und die „Vorlage von Empfehlungen zu allen Aspekten, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen“, gehören.

Die Informationen in diesem Bericht basieren teilweise auf den Antworten auf eine Befragung, die bei den Mitgliedern des Netzwerks der Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung durchgeführt wurde. Dieses Netzwerk wurde im Rahmen des Aktionsprogramms der Gemeinschaft (2001-2006) zur Bekämpfung von Diskriminierung eingerichtet und finanziert und wird koordiniert von der human european consultancy und der Migration Policy Group (MPG).

⁵ Siehe die jeweiligen Richtlinien für die genauen Beschreibungen der von ihnen abgedeckten materiellen Gebiete.

⁶ Artikel 5 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse; Artikel 7 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

⁷ Artikel 11 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Artikel 13 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

Henk | 1954

Teil II

Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichbehandlung und der Datenbedarf

2 Der rechtliche Rahmen

2.1 EU-Richtlinien zur Gleichbehandlung

Das wesentliche operative Gerüst der beiden Richtlinien bilden insbesondere zwei Eckpfeiler. Der erste könnte als „beschwerdeorientierte Umsetzung des Antidiskriminierungsrechts“ bezeichnet werden. Eine wesentliche Eigenschaft der beiden Richtlinien ist, dass sie so ausgerichtet sind, dass Personen, die sich diskriminiert fühlen, tatsächlich einen Zugang zur Justiz bekommen. Die Richtlinien versuchen somit, viele der Hindernisse zu entfernen, die früher mit einer Klage wegen Diskriminierung verbunden waren. Zu den wichtigsten Aspekten der Richtlinien gehören: eine wirksame und relativ breit gefasste Definition von Diskriminierung; das Verbot der Viktimisierung; die Einschränkung der Beweislast; die Anforderung der Verfügbarkeit von gerichtlichen und/oder administrativen Verfahren für die Umsetzung des Antidiskriminierungsrechts; die Forderung, dass sich Vereinigungen und andere Gremien, wie in den Richtlinien und einzelstaatlichen Gesetzen vorgesehen, an allen gerichtlichen oder Verwaltungsverfahren beteiligen können; die Forderung, dass es einzelstaatliche Stellen zur Förderung der Gleichbehandlung geben muss, die befugt sind, Opfer von rassistischer oder ethnischer Diskriminierung unabhängig zu unterstützen; und die Anforderung wirksamer und angemessener Sanktionen.

Bei Einzelklagen können Statistiken als wichtiger Beleg eine entscheidende Rolle spielen. Dies gilt besonders in Fällen von mittelbarer Diskriminierung, bei der der Schwerpunkt auf Gruppenergebnissen liegt, also bei den Auswirkungen verschiedener Maßnahmen und Verfahren auf bestimmte Gruppen. Es kann, wie in Kapitel 2 noch ausführlicher erörtert wird, Fälle geben, bei denen es aufgrund mangelnder einschlägiger Daten praktisch unmöglich ist, Diskriminierung aufzuzeigen und festzustellen. In den gleich lautenden Präambeln der beiden Richtlinien heißt es daher im Erwägungsgrund (15): „In diesen einzelstaatlichen Vorschriften kann insbesondere vorgesehen sein, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.“

Die einzelnen beschwerdeorientierten Aspekte der beiden Richtlinien bestreiten zwar einen großen Teil bei der Sicherstellung der Gleichbehandlung, aber noch nicht alles. Ein Rechtsstreit ist langwierig, finanziell aufwändig und für den Kläger mit großer Anstrengung verbunden. Diskriminierungsopfer sind sich vielleicht nicht immer der Tatsache bewusst, dass sie diskriminiert worden sind, oder sind sich möglicherweise nicht richtig sicher. Ein erheblicher Teil der Diskriminierung bleibt daher unbemerkt und wird nicht geahndet. Auch wenn eine Person eine Angelegenheit einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle vorlegt, zielen die Rechtsmittel vor allem darauf ab, den vom einzelnen Kläger erlittenen Schaden wieder gut zu machen, und sind nicht zwangsläufig dazu geeignet, diskriminierende Verhaltensmuster oder Strukturen, die die Diskriminierung verursachten, zu verändern.

Deshalb muss das beschwerdeorientierte Modell des Antidiskriminierungsrechts ergänzt werden. Wie eine kürzlich durchgeführte Studie herausgefunden hat, bedeutet die Tatsache, dass Diskriminierung trotz der in einigen Ländern seit 30 Jahren geltenden Antidiskriminierungsgesetzgebung immer noch existiert, wenn auch auf einem niedrigeren Niveau, dass Diskriminierung auch nicht ohne weiteres verschwinden wird, wenn nicht ein proaktiver Ansatz verfolgt wird.⁸

Der zweite Ansatz, das Modell „Förderung der Gleichstellung“ zielt darauf ab, einige Fehler des beschwerdeorientierten Modells zu beheben. Die operative Idee hinter diesem Modell ist sein proaktiver Charakter. Anstatt auf einzelne Fälle der Diskriminierung einzugehen, widmet sich dieses Modell dem Identifizieren und Bestimmen institutioneller und gesellschaftlicher Muster und Verfahren und dem Status und der Stellung von Personengruppen, ist also kollektiver orientiert.⁹ Folglich spielen Statistiken bei diesem Ansatz eine wichtigere und vielschichtigere Rolle.

⁸ Dex, Shirley, and Kingsley, Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005).

⁹ Für eine allgemeine Diskussion dieses Themas, siehe Fredman, Sandra, 'Equality: A New Generation', *Industrial Law Journal* 2001 30(2).

Wichtige Aspekte des zweiten Ansatzes sind auch in den Richtlinien enthalten. Sie bilden ihren zweiten Eckpfeiler. Alle Bestimmungen zur Förderung der Gleichstellung, die in den beiden Richtlinien enthalten sind, benötigen die Erhebung von Daten bzw. profitieren davon. Deshalb gilt:

- die Richtlinien ermöglichen den Mitgliedstaaten positive Maßnahmen, wie z. B. die Fortführung oder Einführung von Fördermaßnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern oder Benachteiligte im Zusammenhang mit irgendwelchen in der Richtlinie genannten Gründen zu entschädigen, „zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben“;¹⁰
- nach Artikel 5 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung sind Arbeitgeber verpflichtet, für Menschen mit Behinderung geeignete Vorkehrungen zu treffen, d. h. sie müssen entsprechende Maßnahmen ergreifen, um einem Menschen mit einer 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;
- die Mitgliedstaaten sind gemäß Artikel 13 der Gleichheitsrichtlinie ohne Unterschied der Rasse verpflichtet, eine Stelle oder Stellen für die Förderung der Gleichbehandlung zu benennen, zu deren Zuständigkeit auch die „Durchführung von unabhängigen Untersuchungen zum Thema Diskriminierung“ und die „Veröffentlichung unabhängiger Berichte und die „Vorlage von Empfehlungen zu allen Aspekten, die mit diesen Diskriminierungen in Zusammenhang stehen“, gehören.
- die Mitgliedstaaten müssen gemäß der Richtlinie geeignete Maßnahmen treffen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren, voranzubringen;¹¹
- die Mitgliedstaaten sind aufgrund der Richtlinien verpflichtet, den Dialog mit „den jeweiligen Nichtregierungsorganisationen“ zu fördern, die gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ein legitimes Interesse daran haben, sich an der Bekämpfung von Diskriminierung zu beteiligen;¹²
- die Europäische Kommission benötigt Daten, mit denen sie die Wirksamkeit der bestehenden EU-Antidiskriminierungsbestimmungen bewerten kann, da sie gegebenenfalls dazu verpflichtet ist, Vorschläge zur Überarbeitung und Aktualisierung der beiden Gleichbehandlungs-Richtlinien vorzulegen.¹³

Beide benötigen die Erhebung von Daten bzw. profitieren davon. Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen zu den positiven Maßnahmen. Laut der Richtlinien können Mitgliedstaaten positive Maßnahmen ergreifen, „um Benachteiligungen zu verhindern oder Benachteiligte im Zusammenhang mit irgendwelchen in der Richtlinie genannten Gründe zu entschädigen.“ Verweisen einschlägige empirische Belege nicht auf einen Nachteil oder auf ein Vorliegen von ausreichend weit verbreiteter Diskriminierung oder auf andere Phänomene, die vermutlich darauf hinweisen, dass künftig Nachteile entstehen, sind positive Maßnahmen nicht zugelassen. Ob es Nachteile gibt, die das Treffen positiver Maßnahmen rechtfertigen, ist im Wesentlichen eine empirische Frage, die durch einschlägige Daten gelöst werden kann, wie zum Beispiel durch sozioökonomische Statistiken, die, sofern verfügbar, nach Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Religion oder Weltanschauung, Behinderung und/oder sexueller Orientierung aufgegliedert sind. Insbesondere geht es darum, zu zeigen, dass es bei den Ergebnissen für verschiedene Gruppen Ungleichheiten gibt.¹⁴ Den Richtlinien zufolge müssen Benachteiligungen nicht zwangsläufig auf Diskriminierung zurückzuführen sein; es reicht aus, dass es Benachteiligungen gibt. Alternativ dazu kann es

¹⁰ Artikel 5 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse; Artikel 7 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

¹¹ Artikel 13(1) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Artikel 11 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung.

¹² Artikel 14 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse; Artikel 12 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

¹³ Siehe Artikel 17(2) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Artikel 19(2) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung.

¹⁴ Dass wir uns hier mit Benachteiligungen von Personengruppen befassen, ergibt sich eindeutig aus den jeweiligen Präambeln der Richtlinien, in denen ausdrücklich davon die Rede ist, Benachteiligungen von Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft, Religion usw. zu verhindern oder auszugleichen. Siehe Erwägungsgrund (26) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung und Erwägungsgrund (17) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse.

einen Beleg für weit verbreitete Diskriminierung geben, auch wenn keine Statistiken über das Gruppenergebnis vorhanden sind. Die Existenz von weit verbreiteter Diskriminierung zählt sicher als eine „Benachteiligung“ an sich, und deshalb können andere Belege für Diskriminierung nützlich sein.¹⁵ Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Staaten durch die Richtlinien auch befugt sind, Maßnahmen zu treffen, um Benachteiligungen zu verhindern, so dass bestimmte Vorkehrungen erfolgen können, auch wenn eine Benachteiligung noch nicht vorgekommen ist. Bei dem letztgenannten Szenario sollten jedoch Belege für ausreichend weit verbreitete Diskriminierung oder für andere Faktoren auf Makro-Ebene vorliegen, die darauf hinweisen, dass künftig wahrscheinlich Nachteile entstehen. Dies liegt daran, dass positive Maßnahmen nur zulässig sind zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben. Statistische Daten spielen sowohl beim Aufdecken des für das Ergreifen von spezifischen Maßnahmen erforderlichen Nachteils eine wichtige Rolle, als auch bei der Planung und Durchführung von Sondermaßnahmen wie etwa der Einführung messbarer Ziele, die Organisationen anstreben sollten, um in ihrer Belegschaft Ausgewogenheit zu erreichen.

Zweitens kann die Verpflichtung zu geeigneten Vorkehrungen auch erforderlich machen, dass Daten erhoben werden. So kann es etwa erforderlich sein, die Zahl der Arbeitnehmer mit einer Behinderung, die verschiedenen Arten der jeweiligen Behinderung und die bestimmten Formen der erforderlichen Vorkehrungen festzuhalten.

Der dritte große Bereich, bei dem die Erhebung von Daten für die Einhaltung der Richtlinien wichtig ist, ist die Rolle der Gleichbehandlungsstellen, zu deren Zuständigkeit gemäß Artikel 13 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse auch die „Durchführung von unabhängigen Untersuchungen zum Thema Diskriminierung“ gehören muss. Ergänzt wird dies vom Erwägungsgrund 24 der Richtlinie, in dem es heißt, dass diese Stellen „für die Analyse der mit Diskriminierungen verbundenen Probleme, die Prüfung möglicher Lösungen und die Bereitstellung konkreter Hilfsangebote an die Opfer zuständig“ wären. Dies legt insbesondere nahe, dass die Befugnis, Erhebungen durchzuführen, auch die Befugnis zur Erhebung von Daten umfassen sollte: Andernfalls hätte die Stelle nicht die notwendige Befugnis, die jeweiligen Probleme zu analysieren und mögliche Lösungen zu untersuchen.

Der vierte große Bereich, bei dem die Erhebung von Daten relevant ist, entsteht aufgrund der Bestimmungen zum sozialen Dialog, nach denen die „Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen“ müssen, „zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes, Forschungsarbeiten oder durch einen Austausch von Erfahrungen und bewährten Verfahren, voranzubringen.“ Es wird deutlich, dass Überwachung daher nur eine Option von vielen ist, doch ist es ebenfalls klar, dass die Staaten die Sozialpartner zusammen bringen müssen, um ernsthaft darüber zu diskutieren, wie die Gleichbehandlung im Beruf verwirklicht werden kann. Angesichts der Tatsache, dass die Arbeitsplatzüberwachung ein unentbehrliches Mittel ist, mit dem ein Arbeitgeber feststellen kann, ob seine Politik oder seine Arbeitsweisen auch tatsächlich nicht zu ungleichen Ergebnissen für bestimmte Gruppen innerhalb der Belegschaft führen, kann festgehalten werden, dass es tatsächlich einen indirekten Druck gibt, Überwachungsmaßnahmen durchzuführen.

Schließlich benötigt die Europäische Kommission Daten, mit denen sie die Wirksamkeit der bestehenden EU-Antidiskriminierungsbestimmungen bewerten kann, da sie gegebenenfalls dazu verpflichtet ist, Vorschläge zur Überarbeitung und Aktualisierung der beiden Richtlinien vorzulegen.¹⁶ Die Europäische Kommission hat ein Interesse an diesem Thema gezeigt, da sie im Jahr 2003 eine Arbeitsgruppe zur Erhebung von Daten gegründet und anschließend mehrere Studien auf diesem Gebiet in Auftrag gegeben und unterstützt hat.¹⁷ Das

¹⁵ Auch hier muss ein Beleg für die Benachteiligung einer ganzen Gruppe vorliegen, in diesem Fall in Bezug auf die Diskriminierung. Siehe vorherige Fußnote. Nicht jeder, der einer bestimmten Gruppe angehört, muss bereits Diskriminierung erfahren haben, aber es ist versteht sich ebenfalls, dass ein paar vereinzelte Fälle auch nicht ausreichend sind.

¹⁶ Siehe Artikel 17(2) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Artikel 19(2) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung.

¹⁷ Siehe die folgenden Studien: Simon, Patrick, Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands. Medis Project. Abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf (Stand: 1.1.2006); Reuter, Niklas – Timo Makkonen–Olli Oosi, Study on Data Collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe. Abschlussbericht 7.12.2004. Abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04fin.pdf (Stand: 1.1.2006); Olli, Eero – Birgitte Kofod Olsen, Towards common measures for discrimination, 27.11.2005. Abrufbar unter: http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (Stand: 1.1.2006).

Thema Datenerhebung hat die Kommission auch in ihrem Grünbuch zur Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung in der erweiterten Europäischen Union behandelt:

Da keine Mechanismen für die Datensammlung und Beobachtung von Trends und Fortschritten in den Mitgliedstaaten existieren, ist es derzeit schwierig, das genaue Ausmaß der Herausforderungen einzuschätzen und die Wirksamkeit der Rechtsvorschriften und Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen zu eruieren.

Diese Situation ist zum Teil Ausdruck der verständlichen Sorge um den Schutz personenbezogener Daten und die Einhaltung von Regeln für die Datenerhebung. Gleichwohl wäre es für die Entwicklung von Antidiskriminierungsmaßnahmen nützlich, wenn man einen besseren Zugriff auf quantitative und qualitative Daten hätte, die bei der Ermittlung der Ausgangssituation, dem Aufzeigen der Folgen von Ungleichheiten und der Analyse ihres Ausmaßes herangezogen werden könnten. Derartiges Datenmaterial wäre außerdem hilfreich, um Aufschluss über die Auswirkungen von politischen und finanziellen Maßnahmen zu gewinnen.¹⁸

Die oben aufgezählten Aspekte der beiden Richtlinien stellen vielleicht noch kein umfassendes Modell der „Förderung der Gleichstellung“ dar, etwa deshalb, weil positive Maßnahmen zwar zulässig, aber nicht erforderlich sind, doch muss bedacht werden, dass die Richtlinien Mindestvoraussetzungen angeben und somit den Mitgliedstaaten die Option lassen, weitere Förderbestimmungen einzuführen oder beizubehalten.¹⁹ Tatsächlich haben Großbritannien und Finnland für Behörden die spezifische Verpflichtung eingeführt, Gleichstellung aktiv zu fördern. In Großbritannien gehört zu dieser Verpflichtung insbesondere die Überwachung der betrieblichen Praxis.

2.2 Die internationale Menschenrechtsgesetzgebung

Die EU-Mitgliedstaaten sind Vertragsparteien der wichtigsten Menschenrechtskonventionen, die im Rahmen der Vereinten Nationen und des Europarats unterzeichnet wurden. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zieht sich wie ein roter Faden durch alle Menschenrechts-Gesetzestexte. Dadurch, dass der Genuss der Rechte auf der Grundlage der Nichtdiskriminierung garantiert werden muss, ist das Recht nicht diskriminiert zu werden sowohl ein Recht an sich als auch ein Bestandteil sämtlicher Menschenrechte.²⁰

Gemäß den internationalen Menschenrechtsbestimmungen gibt es drei verschiedene Zusammenhänge, in denen Daten über Diskriminierung erhoben werden sollten: Zunächst werden die Staaten in einigen der neuesten Menschenrechtsinstrumente ausdrücklich aufgefordert, die notwendigen Daten zu erheben. Zweitens können in der Praxis der Schutz und die Achtung einiger in den Menschenrechtsinstrumenten vorgesehenen Rechte auch die Erhebung von Daten erforderlich machen. Drittens: Die vollständige Einhaltung der Verpflichtung der Vertragsparteien zur regelmäßigen Veröffentlichung von Länderberichten, wie sie in mehreren Konventionen vorgesehen ist, erfordert in der Praxis, dass die Staaten Daten über Diskriminierung vorlegen, die sie zunächst einmal erheben müssen. Diese drei Zusammenhänge sollen weiter unten kurz diskutiert werden.

Als ein Beispiel für ein Menschenrechtsinstrument, das die Erhebung von Daten zur Diskriminierung verlangt, kann zunächst die UNO-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung genannt werden, die

¹⁸ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung in einer erweiterten Europäischen Union. Grünbuch. Brüssel, 28.05.2004. KOM(2004)379 endg.

¹⁹ Artikel 6(1) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse; Artikel 8(1) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

²⁰ Scheinin, Martin – Catarina Krause 'The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security' in Orlin, Ted – Martin Scheinin, *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Approach* (Jyväskylä: Gummerus, 2000). Für eine Diskussion des Diskriminierungsverbots gemäß den europäischen Menschenrechtsbestimmungen siehe z. B. De Schutter, Olivier, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law, European Network of Legal Experts in the non-discrimination field*. Human european consultancy & Migration Policy Group (Luxemburg: European Communities, 2005).

sich zum Redaktionsschluss dieses Berichts in der letzten Phase des Annahmeverfahrens befand. Artikel 31 der Konvention, der den Titel 'Statistiken und Erhebung von Daten' trägt, lautet folgendermaßen:

Die Vertragsparteien verpflichten sich, geeignete Informationen einschließlich statistischer Forschungsdaten zu erheben, die es ihnen ermöglichen, Maßnahmen zu entwickeln und durchzuführen, um der vorliegenden Konvention Wirkung zu verleihen.

Der genannte Artikel schreibt ferner vor, dass die Daten verwendet werden sollen, um zu einer Bewertung der Einhaltung der Verpflichtungen der Vertragsparteien gemäß der Konvention beizutragen und Einschränkungen aufzuzeigen, mit denen Menschen mit einer Behinderung bei der Wahrnehmung ihrer Rechte zu kämpfen haben. Die Vertragsparteien sind verantwortlich für die Verbreitung der Daten und sollen gewährleisten, dass die Daten für Personen mit Behinderung und andere zugänglich sind. Der Artikel verweist außerdem darauf, dass jede Verarbeitung von Daten gesetzlichen Sicherheitsvorschriften einschließlich der Rechtsvorschriften über den Datenschutz zu entsprechen hat.

Mit ähnlichen Grundsätzen, aber im Bereich der rassistischen Diskriminierung fordern die Erklärung von Durban und der von der UNO-Weltkonferenz gegen Rassismus im Jahre 2001 angenommene Aktionsplan die Staaten nachdrücklich auf, verlässliche statistische Daten zu sammeln, zusammenzustellen, zu analysieren, zu verbreiten und zu veröffentlichen sowie alle sonstigen damit zusammenhängenden Maßnahmen zu ergreifen, die notwendig sind, um die Lage der Einzelpersonen und Gruppen von Einzelpersonen, die Opfer von Rassendiskriminierung sind, regelmäßig zu bewerten.²¹

Die Erklärung bittet die Staaten ferner, „die Konzepte und Methoden der Datensammlung und -analyse zu verbessern“, und „Indikatoren für Fortschritte und für die Partizipation von Einzelpersonen und Gruppen von Einzelpersonen in der Gesellschaft zu entwickeln“ und unterstützt qualitative und quantitative Forschung.²² Daneben gibt es andere Instrumente, die die Erhebung von Daten in Bezug auf die Diskriminierung fordern.²³

Zweitens erfordern bestimmte Vertragsbestimmungen in der Praxis die Notwendigkeit der Erhebung von Daten. Zum Beispiel verpflichten der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpr) und das Internationale Übereinkommen für die Beseitigung aller Art von Rassendiskriminierung (ICERD) die Vertragsparteien nicht nur, Diskriminierung zu unterlassen, sondern auch positive Schritte zu unternehmen, um dem Recht auf Nichtdiskriminierung Wirkung zu verleihen. Staaten sollen wirksame Maßnahmen ergreifen, um unter anderem in den Bereichen Beschäftigung, Ausbildung und Dienstleistungen die Einhaltung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung sicherzustellen. Nach der bewährten Rechtsprechung des UNO-Ausschusses gegen Rassendiskriminierung (CERD) sind die Vertragsparteien verpflichtet, Beschwerden wegen Rassendiskriminierung wirksam und mit angemessener Sorgfalt rasch zu untersuchen.²⁴ Eine wirksame Untersuchung von Diskriminierung kann je nach den Umständen des Falles die Erhebung geeigneter Daten erforderlich machen. Darüber hinaus war der Menschenrechtsausschuss der UNO in seiner allgemeinen Bemerkung Nr. 18 zur Nichtdiskriminierung der Ansicht, der Grundsatz der Gleichbehandlung erfordere manchmal, dass die Vertragsparteien Maßnahmen zur positiven Diskriminierung („affirmative action“) treffen, um Bedingungen abzuschwächen oder zu beseitigen, die Diskriminierung verursachen oder dazu beitragen, dass sie fortbesteht.²⁵ Sowohl für das Aufzeigen von schlechten Lebensbedingungen als auch für die Beobachtung von Fortschritten bei deren Beseitigung wird der Ruf nach dem Erheben von empirischen Daten laut.

Die Vertragsparteien müssen möglicherweise auch statistische Belege erbringen, um sich in Fällen einzelner Klagen, die vor den internationalen Menschenrechtsorganen gegen sie vorgebracht werden, wirksam verteidigen zu können. Ein typisches Beispiel hierfür ist *ERRC vs. Griechenland*, über den das Europäische Komitee für Soziale Rechte zu befinden hatte. Der Fall betraf das Recht auf angemessenen Wohnraum und die tatsächlichen

²¹ Abs. 92.

²² Absätze 93 und 94.

²³ Wie z. B. die Rahmenbestimmungen für die Herstellung der Chancengleichheit für Behinderte, angenommen durch die Resolution 48/96 der Generalversammlung der Vereinten Nationen vom 20. Dezember 1993. Siehe insbesondere Bestimmung 13.

²⁴ Siehe *L. K. vs. die Niederlande*, Mitteilung Nr. 4/1991; *Frau M. B. gegen Dänemark*, Mitteilung Nr. 20/2000 (15/03/2002); und *Ziad Ben Ahmed Habassi vs. Dänemark*, Mitteilung Nr. 10/1997.

²⁵ Menschenrechtssausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 18. Nichtdiskriminierung. 10/11/89, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004), Abs. 10.

Wohnverhältnisse von Angehörigen der Roma-Minderheit in Griechenland.²⁶ Ein entscheidender Aspekt des Verfahrens vor dem Komitee war die Bewertung des Belegs für die tatsächliche Situation der Roma im Bereich des Wohnungswesens. Die Klägerorganisation konnte an vielen Stellen u. a. mit statistischen Mitteln belegen, dass ihre Klage gerechtfertigt war, während der beklagte Staat Schwierigkeiten hatte, die notwendigen Informationen vorzulegen und vielfach nicht in der Lage war, die vom Kläger vorgelegten Informationen zu kommentieren oder zu widerlegen. Die angeklagte Regierung machte geltend, dass es ihr aufgrund der Rechtslage, insbesondere aufgrund der Verfassung, nicht möglich sei, Daten über Roma zu erheben. Das Komitee war jedoch der Ansicht, dass solche Einschränkungen nicht geltend gemacht werden könnten, da die Staaten eine Verantwortung haben, einer mutmaßlichen Diskriminierung auf den Grund zu gehen. Folgende Alternativen hätten zur Bewertung der Situation verwendet werden können:

Das Komitee ist der Ansicht, dass, wenn das Erheben und Speichern personenbezogener Daten aus diesen Gründen eingeschränkt ist, es aber allgemein anerkannt ist, dass eine bestimmte Gruppe diskriminiert wird oder werden könnte, tragen die Behörden die Verantwortung dafür tragen, dass alternative Möglichkeiten zur Bewertung des Ausmaßes des Problems und der Fortschritte bei der Lösung dieses Problem gefunden werden, die keinen verfassungsrechtlichen Einschränkungen unterliegen.²⁷

Angesichts der Tatsache, dass viele Vertragsorgane auch den Begriff der indirekten Diskriminierung aufgenommen haben, und da andere dies offensichtlich ebenfalls tun, ist es wahrscheinlich, dass statistische Belege bei zukünftigen Verfahren eine zunehmend wichtige Rolle in Bezug auf Diskriminierung spielen werden.²⁸

Drittens müssen Vertragsparteien Daten erheben für die Verfassung periodischer Länderberichte, die sie den Vertragsorganen vorzulegen haben. Die Organe, die die Einhaltung der Menschenrechtskonventionen überwachen, haben die Vertragsparteien wiederholt dazu aufgefordert, die notwendigen Daten vorzulegen. Zu den allgemeinen Anfragen nach Informationen gehörten auch die folgenden:

- In seinen Leitlinien für Länderberichte erinnert der Menschenrechtsausschuss der UNO die Vertragsparteien daran, dass ihre Berichte „ausreichend Daten und Statistiken“ enthalten sollen, um dem Ausschuss eine Bewertung der Fortschritte bei der Umsetzung der Menschenrechte durch die Vertragsparteien zu ermöglichen.²⁹
- Der UN-Ausschuss für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte erwähnt in seinen jeweiligen allgemeinen Bemerkungen zur Berichterstattung der Vertragsparteien die Beobachtung und Erhebung von Informationen und betont, die Diagnose und Kenntnis der tatsächlichen Situation sei ein wichtiger erster Schritt zur Förderung der Verwirklichung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte.³⁰
- Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung fordert in seiner allgemeinen Empfehlung zur Berichterstattung durch die Vertragsstaaten die Staaten dazu auf, in ihren Berichten einschlägige Informationen zur demografischen Zusammensetzung der von der Konvention geschützten Bevölkerung vorzulegen.³¹ In seiner allgemeinen Empfehlung über Roma fordert der Ausschuss die Vertragsstaaten dazu auf, in

²⁶ Europäischer Ausschuss für Soziale Rechte, ERRC vs. Griechenland, Beschwerde Nr. 15/2003, Entscheidung über die Zulässigkeit vom 8. Dezember 2004.

²⁷ Ebenda, Absatz 27.

²⁸ Zum Menschenrechtsausschuss, siehe Cecilia Derksen in ihrem eigenen Namen und im Namen ihrer Tochter Kaya Marcelle Bakker vs. die Niederlande, Mitteilung Nr. 976/2001. Zum CERD-Ausschuss, siehe B.M.S. vs. Australien, Mitteilung Nr. 8/1996, und L.R. u. a. vs. Slowakei, Mitteilung Nr. 31/2003. Zum Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte, siehe Internationaler Verband Autismus Europa (IAAE) vs. Frankreich, Kollektivbeschwerde Nr. 13/2002. Zum EGMR, siehe Building Societies vs. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 23. Oktober 1997 und Jordan vs. Vereinigtes Königreich, Urteil vom 4. April 2001.

²⁹ Human Rights Committee, Consolidated guidelines for state reports, CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (26. Februar 2001), Abs. C.6.

³⁰ Committee on the Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No 1, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004).

³¹ UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, Allgemeine Empfehlung IV, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004). In den weiteren Leitlinien für das Berichtswesen betont der Ausschuss: „Staaten, die bei ihren Volkszählungen keine Angaben zu diesen Eigenschaften erheben, werden daher ersucht, zusammen mit aus sozialen Erhebungen gewonnenen Angaben über die Rasse, die Hautfarbe, die Abstammung sowie die nationale oder ethnische Herkunft Informationen über die verschiedenen Muttersprachen als Indikator für ethnische Unterschiede zur Verfügung zu stellen. Falls keine zahlenmäßigen Angaben vorliegen, soll eine qualitative Beschreibung der ethnischen Zusammensetzung der Bevölkerung bereitgestellt werden...“ CERD/C/70/Rev.5 (5. Dezember 2000).

ihren periodischen Berichten in angemessener Form Daten über die sich in ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Roma-Gemeinschaften einzubeziehen, einschließlich statistischer Daten über die Beteiligung von Roma am politischen Leben und über ihre wirtschaftliche, soziale und kulturelle Situation unter Berücksichtigung der Geschlechterfrage.³² Der Ausschuss hat außerdem zu regelmäßigen Erhebungen zum Thema Diskriminierung aufgrund der Abstammung aufgefordert.³³

- Der beratende Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten fordert in seinen Vorgaben für Staatenberichte ebenfalls zur Erhebung von notwendigen Daten auf. Gemäß diesen Vorgaben sollen die Vertragsstaaten auf Tatsachen gestützte Informationen wie etwa Statistiken und Umfragergebnisse vorlegen. In dem Dokument wird ebenfalls darauf hingewiesen, dass, wenn keine vollständigen Statistiken verfügbar sind, die Regierungen auch Daten oder Schätzungen vorlegen können, die auf speziellen Ad-hoc-Untersuchungen oder Stichprobenerhebungen oder anderen wissenschaftlich gültigen Methoden basieren, wenn sie diese so erhaltenen Informationen für nützlich erachten.³⁴

2.3 Die Rolle der Datenerhebung in anderen aussagekräftigen Zusammenhängen

Die europäischen Länder haben erkannt, wie wichtig internationale Zusammenarbeit im Bereich der Beobachtung von Diskriminierung, insbesondere ethnischer Diskriminierung ist, und haben beispielsweise zwei große Überwachungsorgane eingesetzt: die ECRI und die EUMC.

Die Mitgliedstaaten des Europarats haben die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) im Jahr 1993 gegründet. Zu ihrer Tätigkeit gehören alle notwendigen Maßnahmen zur Bekämpfung von Gewalt, Diskriminierung und Vorurteilen, mit denen Einzelne oder Personengruppen insbesondere aufgrund ihrer Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, Staatsangehörigkeit und der nationalen oder ethnischen Herkunft zu kämpfen haben.

Die allgemeine politische Empfehlung Nr. 4 der ECRI ist ausdrücklich dem Bedarf an nationalen Umfragen zur Erfahrung und Wahrnehmung von Diskriminierung und Rassismus gewidmet. Darin empfahl die ECRI den Regierungen der Mitgliedstaaten, entsprechende Schritte zu unternehmen, um zu gewährleisten, dass landesweit Umfragen über die Wahrnehmung von und Erfahrung mit Rassismus und Diskriminierung aus der Sicht potenzieller Opfer durchgeführt werden.

Außerdem war die ECRI der Ansicht, dass „statistische Daten über rassistische und diskriminierende Handlungen und über die Situation der Minderheitengruppen in allen Bereichen des Lebens unerlässlich für die Identifizierung der Probleme und die Formulierung der Politik sind“, und äußerte ihre „Überzeugung, dass solche statistische Daten durch Daten über Einstellungen, Meinungen und Wahrnehmungen zu ergänzen sind.“³⁵

Die Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (EUMC) wurde im Jahre 1997 gegründet. Die Aufgabe der EUMC besteht in erster Linie darin, der EU und ihren Mitgliedstaaten objektive, zuverlässige und vergleichbare Information und Daten über Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Islamfeindlichkeit und Antisemitismus auf europäischer Ebene zu liefern.³⁶ Zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben widmet sich die EUMC hauptsächlich der sekundären Erhebung von Daten durch ihr Informationsnetz über Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (RAXEN), das aus 25 so genannten nationalen *Focal Points* besteht. Zum Zeitpunkt der

³² Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, Allgemeine Empfehlung XXVII über die Diskriminierung der Roma, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004).

³³ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung XXIX, zu Artikel 1, Abs. 1 der Konvention, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004).

³⁴ Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Vorgaben für gemäß Artikel 25 Abs. 1 des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten vorzulegende Berichte. Angenommen vom Ministerkomitee am 30. September 1998 bei der 642. Sitzung der Vertreter der Minister.

³⁵ ECRI, Allgemeine Politische Empfehlung Nr. 4, CRI(98)30 (06/03/1998).

³⁶ Die EUMC hat z. B. mehrere Studien veröffentlicht über vorherrschende Meinungen zu Wanderarbeitnehmern und Minderheiten und zu Diskriminierung in verschiedenen Bereichen des Lebens einschließlich Beschäftigung und Bildung. Siehe <http://eumc.eu.int>

Erstellung dieses Berichts dauerten die Vorbereitungen auf die Umwandlung der EUMC in eine europäische Grundrechte-Agentur noch an.

Die Arbeit der EUMC wurde aufgrund des Fehlens von geeigneten, national erstellten Daten stark beeinträchtigt. Im Jahresbericht 2005 wird darauf hingewiesen, dass statistische Daten über ethnische und nationale Herkunft in den meisten EU-Mitgliedstaaten nur sehr zögerlich erhoben werden.³⁷ Positiv hebt der Bericht hervor, dass die Staaten jedoch bereit gewesen seien, direkte Belege für Diskriminierung in Form von Berichten über Vorfälle, formale Beschwerden und Rechtssachen zu sammeln. In allen Mitgliedstaaten gab es darüber hinaus Erhebungen und Untersuchungen über ethnische Diskriminierung. Der Bericht kommt jedoch zu folgender Schlussfolgerung: „Derzeit ist es aufgrund der fehlenden statistischen Belege über die nationale und ethnische Herkunft schwierig, Diskriminierung in den Bereichen Beschäftigung, Bildung und Wohnungswesen innerhalb eines Landes zu quantifizieren oder entsprechende Vergleiche zwischen den Ländern anzustellen.“³⁸

Anzumerken ist auch, dass viele NRO und Lobbygruppen mit ihrer Forderung nach der Erhebung von Daten sehr direkt gewesen sind,³⁹ obwohl die Meinungen unter den NRO geteilt waren.⁴⁰

2.4 Schlussfolgerungen

Wie in diesem Bericht gezeigt wird, gibt es eine Vielzahl von Zusammenhängen, bei denen die Erhebung von Daten ausschlaggebend und oft auch notwendig ist, um Diskriminierung zu beweisen und rechtlich gegen sie vorzugehen. Von den EU-Mitgliedstaaten eingesetzte Gleichbehandlungsstellen müssen befugt sein, Untersuchungen über das Ausmaß und die Art von Diskriminierung durchzuführen. Die Vertragsparteien der internationalen Menschenrechtskonventionen, und dazu gehören alle EU-Mitgliedstaaten, sind verpflichtet, Daten über die Diskriminierung vorzulegen und folglich zu erheben, um ihrer völkerrechtlichen Verpflichtung vollständig nachzukommen. Wo zum Beispiel Diskriminierung vermutet wird, weil eine bestimmte Gruppe beim Zugang zu Beschäftigung, Ausbildung, Wohnung oder anderen Diensten nicht gleich behandelt wird, sind die betreffenden Staaten verpflichtet, dieses Thema eingehend zu untersuchen, was in der Praxis die Erhebung von Daten erfordern kann. Um die Benachteiligung zu dokumentieren, die die Mitgliedstaaten ggf. durch bestimmte Maßnahmen zu beseitigen verpflichtet sind, sind sozioökonomische Daten, aufgeschlüsselt nach einzelnen Gleichberechtigungsgründen, notwendig. Einzelne Kläger benötigen statistische Daten, um ihre Fälle insbesondere bei indirekter Diskriminierung erfolgreich Gerichten und anderen zuständigen Stellen vorzulegen. Darüber hinaus haben wichtige internationale Menschenrechtstexte und internationale Fachstellen wie zum Beispiel EUMC und ECRI sowie viele NRO und Lobbyorganisationen die Erhebung von Daten gefordert. Es ist jedoch anzumerken, dass dies nicht zwangsläufig bedeutet, dass Staaten deshalb automatisch zur Erhebung von personenbezogenen Daten verpflichtet wären; mit alternativen Methoden, wie etwa anonymen Umfragen gesammelte Daten können einen Großteil des bereits erwähnten Bedarfs an Daten decken.

³⁷ EUMC, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in den EU-Mitgliedstaaten. Trends, Entwicklungen und bewährte Praktiken, Jahresbericht 2005, Teil 2, S. 99 ff.

³⁸ Ebenda.

³⁹ Eine der Organisationen, die am nachdrücklichsten für das Erheben von ethnischen Daten kämpfen, ist das European Roma Rights Centre (ERRC), eine internationale gemeinnützige Rechtsorganisation, die mit zahlreichen Aktivitäten gegen romafeindlichen Rassismus und Menschenrechtsverletzungen an Angehörigen der Roma-Minderheit vorgeht. Siehe <http://www.errc.org>

⁴⁰ Laut Goldston sind die allgemeinen geäußerten Einwände gegen das Erheben von Daten über Rasse oder ethnische Herkunft: 1) die inhärente Ungenauigkeit der Klassifizierung von verschiedenen „Rassen“ und der Daten, auf denen diese basieren; 2) die Geschichte des Missbrauchs von Statistiken zum Thema „Rasse“ in der Vergangenheit; 3) angebliche Verstöße gegen das Recht auf den Schutz des Privatlebens und auf Selbstbestimmung; und 4) die Beschränkungen bei der Erhebung und Pflege von Statistiken zum Thema „Rasse“ aufgrund von völkerrechtlichen und/oder einheimischen Rechtsvorschriften. Goldston, James 'Race and Ethnic Data: A Missing Resource in the Fight Against Discrimination' in: Andrea Krizsan – Iván Székely (Hg.), *Ethnic Monitoring and Data Protection: The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001), S. 24. Dass Angaben über Rassenzugehörigkeit aus öffentlichen Formularen und die jeweiligen Daten entfernt wurden, war in der Tat eine der größten Errungenschaften von Bürgerrechtsorganisationen in den USA Mitte der sechziger Jahre. Petersen, William 'The Protection of Privacy and the United States Census' in: Martin Bulmer (Hg.), *Censuses, Surveys and Privacy* (London: The Macmillan Press, 1979), S. 178.

Faitha | 1982

Teil III

Die Rolle von Daten bei der Sicherstellung der Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften im Bereich der Gleichstellung

Teil III widmet sich der Rolle von Daten bei der Sicherstellung der Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften in drei Bereichen:

- beweise bei Rechtsfällen (Kapitel 3);
- die Überwachung von Arbeitsplätzen und Erbringung von Dienstleistungen (Kapitel 4); und
- die allgemeine Untersuchung von Ursachen, Ausmaß und Folgen von Diskriminierung (Kapitel 5).

Unter den oben genannten Titeln soll in diesem Teil erörtert werden, welche Daten erforderlich sind, mit welchen Instrumenten Daten erhoben werden können, und wie die Daten in den drei Zusammenhängen jeweils verwendet werden können.

3 Die Rolle von Daten beim Diskriminierungsbeweis

3.1 Nachweisquellen, Beweislast und die Nutzung von Statistiken bei Einzelverfahren

Der Individualrechtsstreit ist eines der Rechtsmittel, mit dem Diskriminierung in den EU-Mitgliedstaaten am häufigsten bekämpft wird. Ob einzelne Kläger in der Praxis ihre Rechte jedoch durchsetzen können, hängt von mehreren Faktoren ab, wie etwa von der Frage, ob die notwendigen Belege vorhanden sind. Es ist allgemein bekannt, dass moderne Formen der Diskriminierung häufig subtil und verdeckt sind, was bedeutet, dass diese auch weniger leicht nachzuweisen sind.⁴¹ Ein direkter Nachweis von Diskriminierung ist selten, und wenn er existiert, ist es sogar noch seltener, dass diese Diskriminierung bestätigt wird.⁴²

Bei Strafverfahren ist die Verpflichtung für die einzelne Prozesspartei, Beweise zu erbringen, kein großes Problem, da es in der Regel Aufgabe der Polizei, Staatsanwaltschaft oder des Gerichts ist, den Sachverhalt zu untersuchen. Die meisten EU-Mitgliedstaaten haben jedoch die beiden Gleichbehandlungsrichtlinien hauptsächlich in ihr jeweiliges Zivil- oder Arbeitsrecht umgesetzt,⁴³ die normalerweise im Rahmen von kontradiktorischen Verfahren durchgesetzt werden, bei denen die Beweislast bei der Partei liegt, die sich auf dieses Recht berufen will.⁴⁴ In diesem Zusammenhang ergibt sich ein besonderes Problem: In Fällen von Diskriminierung befindet sich der fakten-gestützte Beweis bzw. wichtige Teile davon normalerweise im Besitz des Beklagten und nicht der Klägers⁴⁵ – unter der Voraussetzung natürlich, dass die notwendigen Informationen überhaupt vorliegen. Die große Mehrheit der EU-Länder regelt dieses Problem durch Vorschriften zur Offenlegung von Dokumenten, wobei ein Gericht aus eigener Initiative oder auf Antrag einer der beiden Parteien die andere Partei verpflichten kann, in ihrem Besitz befindliche Informationen, die für den Fall relevant sind, vorzulegen.⁴⁶ In einigen Ländern ist die Reichweite dieser Verpflichtung unter bestimmten Umständen durch innerstaatliches Datenschutzrecht eingeschränkt. Lehnt

⁴¹ Siehe z. B. Deitch, Elizabeth et al 'Subtle yet significant: The existence and impact of everyday racial discrimination in the workplace', *Human Relations*, Vol 56(11), 2003.

⁴² Alemu, Fitsum 'Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary'. Ein Artikel im Internet ist abrufbar unter: <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (Stand: 1.1.2006).

⁴³ Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*. Europäisches Netzwerk unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung (human european consultancy & Migration Policy Group 2005), S. 14, erhältlich unter folgender Website: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/05compan_de.pdf

⁴⁴ Bisweilen geht man davon aus, dass diese Unterscheidung zwischen Straf- und Zivilrechtsverfahren in Bezug auf die Notwendigkeit, den Beweis vorzulegen, dazu geführt hat, dass Diskriminierungsoffer eher ein Strafverfahren und kein Zivilverfahren anstrengen möchten. Siehe z. B. Latraverse, Sophie, 'Report on Measures to Combat Discrimination: Country Report – France' (European Network of Legal Experts in the non-discrimination field, Dezember 2004). Verfügbar unter: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/legnet/frrep05_en.pdf (Stand: 1. September 2006).

⁴⁵ Der Einfachheit halber wird in diesem Kapitel hauptsächlich der Begriff „Kläger“ verwendet. Dies sagt jedoch nichts über die Art des jeweiligen Verfahrens aus und sollte auch nicht *in sensu largo* verstanden werden.

⁴⁶ Der Angeklagte, z. B. ein Arbeitgeber, ist normalerweise nicht verpflichtet, Belege zu erbringen, wenn diese nicht leicht verfügbar sind, oder wenn es notwendig wäre, dass ein Arbeitgeber ein Datenerhebungsverfahren beginnt, das die Dauer und die Kosten einer Anhörung unnötig in die Länge ziehen würde. Dies ist z. B. in Großbritannien der Fall, siehe *Carrington vs. Helix Lighting Ltd* [1990] ICR 125. Bei Strafverfahren kann außerdem eine Person, die einer Straftat verdächtigt wird, aufgrund des Prinzips der Nicht-Selbstbeschuldigung nicht gezwungen werden, sie selbst belastende Beweise zu liefern.

der Angeklagte es ohne ausreichende Begründung ab, dem Gericht die verlangten Informationen vorzulegen, kann das Gericht normalerweise frei ermitteln, welche Folgerungen es daraus ableitet. Dass es eine solche Art von Vereinbarung gibt, ist wichtig, da andernfalls dadurch ein Ungleichgewicht entsteht, da der Angeklagte praktisch selbst darüber entscheiden könnte, die Informationen nur an den Stellen im Verfahren zu verwenden, wo es zu seinem eigenen Nutzen ist.

Jedoch ergibt sich aus der oben beschriebenen Vereinbarung nur teilweise eine Lösung für das Problem. Das liegt daran, dass der potenzielle Kläger in den meisten Fällen die notwendigen Daten schon *vor* dem Beginn des Verfahrens benötigen würde, um bewerten zu können, ob ein glaubhafter Anschein von Diskriminierung aufgezeigt werden kann. Einige Rechtsprechungen haben sich für die Behandlung dieses Aspekts spezifische Lösungen zu eigen gemacht. In Schweden hat eine Person, die sich um einen Arbeitsplatz, eine Beförderung oder einen Ausbildungsplatz bewirbt und abgelehnt wird, das Recht, vom Arbeitgeber schriftliche Informationen über Ausbildung, Berufserfahrung und sonstige Qualifikationen der Person, die tatsächlich ausgewählt wurde, anzufordern und zu bekommen, damit die Qualifikationen verglichen werden können. Eine Vereinbarung anderer Art gibt es im Vereinigten Königreich, nach der ein mutmaßlicher Urheber von Diskriminierung vor oder nach dem Beginn des Verfahrens um Informationen gebeten werden kann, zu denen auch statistische Daten im „Fragebogenverfahren“ gehören. Wenn der Angeklagte den Fragebogen nicht ausfüllt oder keine sinnvollen Antworten gibt, kann das Gericht nach diesem Verfahren ausreichende Gründe finden, um daraus entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen und die Beweislast auf den Angeklagten umzukehren. Im Vereinigten Königreich sind bereits zahlreiche Diskriminierungsfälle wegen unzulänglich beantworteter Fragebögen gewonnen worden, auch wenn sie nicht offiziell zugelassen sind. Auch die Gleichbehandlungsstellen verwenden sie regelmäßig.⁴⁷ Auf Diskriminierung spezialisierte Anwälte in anderen europäischen Ländern arbeiten mit ähnlichen, wenn auch weniger formalen Fragebögen.⁴⁸

Die beiden Richtlinien erkennen die mit dem Nachweis von Diskriminierung verbundenen Schwierigkeiten an und nehmen eine Aufteilung der Beweislast in nichtstrafrechtlichen Verfahren vor.⁴⁹ Die richtige Anwendung der Beweislastregel kann es für den Kläger bisweilen unnötig machen, sich auf Informationen zu stützen, die im Besitz des Angeklagten sind, obwohl es davon abhängt, wie viele andere Beweise vorliegen. Die Richtlinien sehen vor, dass, wenn ein Kläger Tatsachen glaubhaft macht, „die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“⁵⁰ Dies bedeutet, dass der Kläger ausreichende Beweise, „Tatsachen“, vorlegen können muss, die für einen glaubhaften Anschein von Diskriminierung sprechen.⁵¹ Danach wird die Beweislast verschoben und liegt bei dem Beklagten. In der Praxis haben einheimische Justizorgane einen gewissen Ermessensspielraum und können frei darüber bestimmen, wann für sie der vom Kläger ordnungsgemäß dargelegte Beweis den glaubhaften Anschein einer Diskriminierung darstellt.

In den Richtlinien heißt es, dass in einzelstaatlichen Vorschriften insbesondere vorgesehen sein kann, „dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.“⁵² Wie aus dieser Formulierung hervorgeht, sind Staaten nur berechtigt, nicht verpflichtet, statistische Daten als zulässigen Beweis anzunehmen. Im innerstaatlichen Recht einiger Länder ist die Verwendung von Statistiken ausdrücklich zugelassen: In Belgien nennt das geltende föderale Gesetz „statistische Daten“ und „Situationsprüfungen“ als zwei Beispiele für einen Beweis, der zur Verschiebung der Beweislast auf den Beklagten führt.⁵³ Auch die ein-

⁴⁷ ERRC – Interights – MPG, *Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham: Russell Press, 2004), S. 72. Für kritische Kommentare siehe Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), S. 165.

⁴⁸ Ebenda (ERRC).

⁴⁹ Die Mitgliedstaaten können davon absehen, die Beweislastverteilung auf Verfahren anzuwenden, in denen die Ermittlung des Sachverhalts dem Gericht oder der zuständigen Stelle obliegt. Artikel 10(5) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung; Artikel 8(5) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse.

⁵⁰ Artikel 8 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse; Artikel 10 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung.

⁵¹ Siehe Erwägungsgrund 31 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung und Erwägungsgrund 21 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse.

⁵² Siehe die identischen Erwägungsgründe (15) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung und der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse.

⁵³ Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*. Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung (human european consultancy & Migration Policy Group 2005), S. 70.

schlägigen italienischen Rechtsvorschriften sehen die Verwendung von statistischen Daten ausdrücklich vor. Statistische Beweise werden regelmäßig auch in anderen Rechtsprechungen zugelassen, auch wenn die jeweiligen Gesetze dies nicht ausdrücklich erwähnen. Es kann jedoch sein, dass statistische Beweise unter Umständen nicht akzeptiert oder nicht als ausreichend überzeugend betrachtet werden, wie aus dem folgenden Fall aus der Tschechischen Republik deutlich wird:

Acht Monate lang arbeiteten der ERRC und seine Partnerorganisationen eingehend an einer Untersuchung und erarbeiteten eine umfangreiche statistische Grundlage für eine Klage, mit der 18 Roma-Kinder aus der tschechischen Stadt Ostrava das System der Rassentrennung in tschechischen Schulen anfochten, nach dem Roma-Kinder zumeist in Sonderschulen geschickt wurden, die eigentlich für Schüler mit Lernschwierigkeiten bestimmt sind. Der in den Sonderschulen unterrichtete Lehrplan ist dem von Regelschulen weit unterlegen. Die von den Klägern gesammelten Daten zeigten, dass die Wahrscheinlichkeit für Roma-Kinder in Ostrava, in eine Sonderschule zu gehen, 27 mal höher ist als für Nichtroma-Kinder. Eine Verwaltungsklage und der anschließende Antrag beim tschechischen Verfassungsgericht waren erfolglos, weil das Gericht entschieden hat, dass es nicht befugt war, statistische Beweise zu berücksichtigen.⁵⁴

Die Nutzung statistischer Daten bei Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit Diskriminierung aufgrund der in diesem Bericht behandelten Gründe war bislang selten. Die für diesen Bericht vom Europäischen Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung durchgeführte Untersuchung weist jedoch darauf hin, dass nur das Vereinigte Königreich so etwas wie ein gut eingeführtes und einigermaßen systematisches Konzept in diesem Bereich hat. Irland und die Niederlande haben bereits eine umfangreiche Erfahrung mit der Verwendung von Statistiken in diesem Zusammenhang, obwohl im Falle Irlands die meisten Fälle aus der Zeit vor den Richtlinien stammen, und in den Niederlanden hat es den Anschein, dass die Erfahrung auf die Verwendung von Statistiken durch die Gleichbehandlungskommission beschränkt ist, während die Verwendung von Statistiken in den normalen Gerichten selten gewesen ist.⁵⁵ Vier weitere Länder (die Tschechische Republik, Finnland, Frankreich und Ungarn) hatten einen oder zwei Fälle, bei denen Statistiken eine wichtige Rolle gespielt haben.⁵⁶ In den übrigen bzw. in den allermeisten EU-Ländern konnte keine Rechtsentscheidung gefunden werden, bei der Statistiken irgend eine größere Rolle gespielt hätten.

Die Fälle, die gefunden wurden, betrafen zumeist Diskriminierung aufgrund des Alters, der Rasse oder der ethnischen Herkunft, gelegentlich auch aufgrund der Religion, während es ungleich schwieriger war, Beispiele von Fällen zu finden, bei denen die sexuelle Orientierung, Behinderung oder Weltanschauung eine Rolle gespielt hätten. Es gab Beispiele für die Verwendung von Statistiken sowohl im Zusammenhang mit unmittelbarer als auch mit mittelbarer Diskriminierung. Diese Statistiken basierten auf verschiedenen Quellen. Diese waren u. a. offizielle Datensätze auf Makroebene wie etwa Volkszählungen und Erhebungen bei Arbeitnehmern, von staatlichen Stellen, Wissenschaftlern und Gleichbehandlungsstellen veröffentlichte Untersuchungen, von den jeweiligen Organisationen erstellte interne Beobachtungsdaten sowie von Forschern oder Klägern in Form von Interviews und Beobachtungen wie im oben genannten Beispiel aus Ostrava zusammengetragene Ad-hoc-Beweisstücke.⁵⁷

Zum Nachweis von Verstößen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung ist in einigen Rechtsprechungen die Verwendung von Situationsprüfungen zulässig, wodurch bei groß angelegten Tests auch statistische Daten

⁵⁴ ERRC – Interights – MPG, *Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham: Russell Press, 2004), S. 82.

⁵⁵ Zur allgemeinen Situation der Niederlande siehe Guiraudon, Virginie–Karen Phaet–Jessica Ter Wal, *Final Report on the Netherlands*. Medis Project, Juni 2004, S. 67.

⁵⁶ Der Fall aus Frankreich könnte allerdings ein „Grenzfall“ sein (siehe nächste Fußnote).

⁵⁷ Ein weiteres Beispiel für Beobachtung: In einem französischen Fall stützte sich ein dem Gericht vorgelegter Beweis auf den Ergebnissen einer visuellen Untersuchung eines Beamten der Arbeitsaufsichtsbehörde. Aus dem Beweismaterial ging hervor, dass 97 % des Servicepersonals in Gaststätten Europäer sind, während farbige Beschäftigte in den Küchen zahlreich vertreten sind. In einem aufgezeichneten Telefongespräch erklärte der Geschäftsführer außerdem, „farbiges“ Personal werde für den Servicebereich nicht eingestellt. Der Strafgerichtshof in Paris war der Ansicht, dass in diesem Fall eine gesetzeswidrige Diskriminierung nachgewiesen werden konnte, die zu einem rassistischen Personalmanagement geführt hat. CA Paris 17/10/2003 / appel de TGI Paris 22/11/2002, DO juillet 2003 p.284, Affaire « Moulin Rouge » SOS Racisme et Marega c/Beuzit et Association du Moulin.

erstellt werden. Diskriminierungstests sind sehr einfach,⁵⁸ und können eingesetzt werden, um die Existenz von Diskriminierung entweder innerhalb oder außerhalb eines Gerichtsverfahrens zu untersuchen (forschungsorientierte vs. rechtsstreitorientierte Tests).⁵⁹ Testergebnisse gelten in mehreren EU-Ländern als zulässige Beweismittel.⁶⁰

Dieses Kapitel untersucht, wie statistische Daten in Rechtsfällen im Zusammenhang mit mittelbarer oder unmittelbarer Diskriminierung verwendet werden können und bereits verwendet worden sind.

3.2 Unmittelbare Diskriminierung

Die beiden Richtlinien formulieren den Begriff der unmittelbaren Diskriminierung genau gleich. Würden sie miteinander kombiniert werden, hätten die Definitionen den folgenden Wortlaut:⁶¹

Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen der Rasse oder der ethnischen Herkunft, Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder ihrer sexuellen Orientierung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Die meisten EU-Mitgliedstaaten haben Rechtsvorschriften verabschiedet, die diese Definition genau widerspiegeln.⁶² Diese Definition beruht auf einer rein vergleichenden Grundlage, insofern, als die Motive oder Absichten, die zu der weniger günstigen Behandlung geführt haben, dabei keine Rolle spielen.⁶³ Die Definition beruht auf dem Gleichheitsbegriff als Übereinstimmung und ist als solche zunächst einmal relativ.⁶⁴ Solange es eine Übereinstimmung gibt, spielt das Ergebnis keine Rolle.⁶⁵ Es geht nicht um die Behandlung an sich, sondern um die Tatsache, dass eine Person aus irgendwelchen der genannten Gründe weniger günstig behandelt wird als eine andere Person.⁶⁶

Die Verwendung von statistischen Beweisen ist normalerweise nicht erforderlich, um den glaubhaften Anschein eines Falles von unmittelbarer Diskriminierung zu erwecken, da es ausreicht zu zeigen, dass nur *eine* Person im Vergleich zu einer anderen ungerecht behandelt worden ist.

Statistiken beziehen sich auf die Gesamtanalyse einer Situation und sind als solche kein ausschlaggebender Beweis dafür, dass eine bestimmte Person diskriminiert wurde oder nicht. Insbesondere wären Statistiken, die

⁵⁸ Bei einem Test werden zunächst zwei Personen genommen, die sich in allen relevanten Merkmalen außer in einem möglichst ähnlich sind, nämlich in dem Merkmal, für das der Test versuchen soll zu bestimmen, ob eine Diskriminierung aufgrund dieses Merkmals vorliegt. Wenn ein Test z. B. für Diskriminierung bei der Vermietung von Wohnungen durchgeführt wird, hätten zwei Testpersonen eine ähnliche Kreditauskunft, eine ähnliche Beschäftigungsgeschichte, wären ähnlich gekleidet, hätten ein ähnliches Alter und einen ähnlichen Ausbildungshintergrund, würden ähnliche Autos fahren, hätten aber eine unterschiedliche Rasse bzw. einen unterschiedlichen ethnischen Hintergrund. Die Testpersonen würden dann kurz hintereinander zu dem selben Appartementgebäude geschickt werden. Wenn dann der Testperson, die der ethnischen Mehrheit angehört, eine Wohnung angeboten wird, der Testperson, die der ethnischen Minderheit angehört, jedoch gesagt wird, dass keine Wohnungen frei sind, ist dies ein gewisser Beleg für Diskriminierung auf dem Mietwohnungsmarkt. Wenn dieser Test mehrmals wiederholt und das gleiche Ergebnis erzielt wird, so ist dies ein aussagekräftigerer Beleg für Diskriminierung. Kathryn Lodato et al: *Investigatory Testing as a Tool for Enforcing Civil Rights Statutes. Current Status and Issues for the Future*. Public Law Research Institute. PLRI Reports (1998). Für ein Beispiel, was bei Tests im Rahmen des Zugangs zur Beschäftigung wichtig ist, siehe Fitsum Alemu, *Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary*. Ein Artikel im Internet ist erhältlich unter: <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (Stand: 1.1.2006).

⁵⁹ Siehe ebd. (Alemu). Für forschungsorientierte Tests siehe Kapitel 4.

⁶⁰ Eines dieser Länder ist Frankreich. Dort hat der *Cour de Cassation* in einer wichtigen Entscheidung vom 11. Juni 2002 entschieden, dass durch Tests erbrachte Beweise zulässig sind. Je nachdem, welche einzelstaatlichen Vorschriften für ihre Zulässigkeit gelten, können die Tester einen Fall selbst vor Gericht bringen und/oder vor Gericht als Zeugen auftreten.

⁶¹ Für die eigentlichen Definitionen siehe Artikel 2(2) der jeweiligen Richtlinie.

⁶² Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, European Network on Independent Legal Experts in the nondiscrimination field (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), S. 26 f.

⁶³ Dennoch kann der Nachweis eines Vorurteils oder einer diskriminierenden Absicht bei dem Beklagten ein nützlicher Beweis für den Beleg eines glaubhaften Anscheins von Diskriminierung sein.

⁶⁴ Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), S. 92 ff.

⁶⁵ Ebenda.

⁶⁶ Ebenda.

vom Beklagten erstellt werden, aus denen beispielsweise eine ausgewogene Belegschaft hervorgeht, nicht ausreichend – zumindest nicht ausschließlich – um einen vom Kläger vorgelegten Fall zu widerlegen. Die Tatsache, dass ein Arbeitgeber nicht systematisch diskriminiert, ist noch kein Beleg dafür, dass er dies in einem bestimmten Fall nicht getan hat.

Es gibt jedoch eine sehr wichtige Ausnahme zu der oben genannten Hauptregel. Da Justizorgane wissen, dass es für einen Kläger schwierig sein kann, Belege für einen glaubhaften Anschein von Diskriminierung vorzulegen, können sie die Verwendung von statistischen Beweisen zulassen, die auf eine unmittelbare Diskriminierung schließen lassen. Insbesondere können statistische Beweise eingesetzt werden, um ein regelmäßiges Muster für die Behandlung einer speziellen Gruppe aufzuzeigen: Wenn etwa eine bestimmte Gruppe regelmäßig nicht gefördert oder eingestellt wird, oder wenn klar belegt ist, dass diese Gruppe in bestimmten Rängen unterrepräsentiert ist, kann daraus auf Diskriminierung geschlossen werden. Im britischen Fall *Marshall vs. F. Woolworth & Co. Ltd.* war die Klägerin der Ansicht, dass sie einen Arbeitsplatz nicht bekommen hatte, weil sie schwarz war. Es ging also um unmittelbare rassistische Diskriminierung. Aus der Tatsache, dass in diesem Geschäft keine einzige schwarze Person arbeitete, obwohl in der Gegend eine große schwarze Gemeinschaft lebt, und die Hälfte der Bewerber schwarz waren, leitete ein Arbeitsgericht das Vorliegen von unmittelbarer Diskriminierung ab.⁶⁷ Ggf. kann ein Gericht die Aufzeichnungen eines Arbeitgebers verwenden, die beispielsweise ein Ungleichgewicht im ethnischen Profil der Belegschaft aufweisen, um auf Diskriminierung zu schließen.

Zu berücksichtigen ist hier auch der Fall *West Midland Passenger Transport Executive vs. Singh* aus dem Vereinigten Königreich, bei dem Balcombe LJ im Berufungsgericht folgender Ansicht war:

Statistiken, die durch Beobachtung erzielt werden, sind an sich nicht entscheidend. Wenn sie jedoch im Hinblick auf Rasse oder ethnische Herkunft ein Ungleichgewicht oder Unterschiede aufweisen, dann können sie auf Bereiche rassistischer Diskriminierung hinweisen [...] Liegt in einem bestimmten Fall keine zufriedenstellende Erklärung vor, bietet sich an, darauf zu schließen, dass der Kläger als ein Mitglied einer Gruppe auf Grund seiner Rasse weniger günstig behandelt worden ist. Tatsächlich kann der Beleg für ein diskriminierendes Verhalten gegen die gesamte Gruppe im Hinblick auf einen beruflichen Aufstieg in diesem speziellen Fall überzeugender auf Diskriminierung schließen lassen als die Art und Weise, wie der Kläger früher behandelt worden ist. Diese ist möglicherweise abhängig von den ihm eigenen persönlichen Faktoren und muss nicht zwangsläufig rassistisch motiviert sein.⁶⁸

Zu berücksichtigen ist hier auch das folgende Beispiel, diesmal aus den USA, bei dem Statistiken eine Rolle spielen, die mit groß angelegten Tests erstellt worden sind:

Im Jahre 1989 hat das Washingtoner *Lawyer's Committee* in Zusammenarbeit mit der örtlichen Bevölkerung und gemeinsam mit Experten von der Howard University Tests entwickelt, mit der Diskriminierung bei Taxi-Dienstleistungen in der Region Columbia belegt werden konnte. Zu dieser Arbeit gehörten umfangreiche Forschungsarbeiten mit so genannten Team-Paaren, mit denen Diskriminierung nachgewiesen wurde, wegen der Weigerung, Fahrgäste aufgrund ihrer Hautfarbe mitzunehmen. Im Laufe von zweieinhalb Monaten bildete die Arbeitsgemeinschaft Teams von Testpersonen mit schwarzer und weißer Hautfarbe aus, die schließlich insgesamt 292 Tests durchführten. Die Testergebnisse zeigten, dass Taxis für schwarze Testpersonen bei 20% der Tests nicht anhielten, und nur bei 3% der Test fuhr das Taxi an weißen Testpersonen vorüber, ohne anzuhalten. Nach diesen Tests wurde gegen drei Taxiunternehmen geklagt, deren Praktiken ein besonders hohes Maß an Diskriminierung aufwiesen. Am Vorabend der Gerichtsverhandlung wurde eine Einigung erzielt. Diese Schlichtung beinhaltete die Zahlung von ca. \$ 50.000 Schadensersatz und eine umfassende Unterlassungsverfügung.⁶⁹

Es stimmt zwar, dass Statistiken in den meisten Fällen von unmittelbarer Diskriminierung keine große Rolle spielen, jedoch ist dieses Thema nicht ganz einfach. Wie auch die oben genannten Beispiele zeigen, helfen Statistiken manchmal dem oder den Einzelnen beim Nachweis eines glaubhaften Anscheins von Diskriminierung. Dies gilt, wenn es ein Muster der unmittelbaren Diskriminierung gibt, die mehrere einer bestimmten Gruppe angehören-

⁶⁷ COIT 1404/80, ET.

⁶⁸ *West Midland Passenger Transport Executive vs. Singh* [1988] ICR 614 Randnr. 619.

⁶⁹ Siehe Alemu, Fitsum 'Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary'. Ein Internet-Artikel ist erhältlich unter: <http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (Stand: 1.1.2006) und die dort genannten Referenzen.

den Personen betrifft. In solchen Situationen können statistische Belege in der Praxis eine *conditio sine qua non* für eine erfolgreiche Weiterführung eines Falles sein, insbesondere, wenn sonst keine anderen Beweise vorliegen oder diese zu schwach sind.⁷⁰ Statistiken können auch eine wichtige Rolle spielen, wenn nachgewiesen werden soll, dass die vom Beklagten vorgelegte Begründung lediglich ein Vorwand ist.⁷¹ Der Beklagte kann jedoch statistische Beweise vorlegen, die die Relevanz, die Genauigkeit oder die Vollständigkeit der Statistiken anfecht, auf die sich der Kläger stützt.

3.3 Mittelbare Diskriminierung

Wie bei der unmittelbaren Diskriminierung auch, erfassen die beiden Richtlinien den Begriff der mittelbaren Diskriminierung in fast identischer Weise. Die beiden lassen sich wie folgt in einer gemeinsamen Definition kombinieren:⁷²

Es liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft, oder mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn:

- i) diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich, oder
- (ii) der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung verpflichtet, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.

Der ursprünglich aus den USA stammende Begriff der indirekten Diskriminierung ist seit 1975 Bestandteil des Gesetzes im Vereinigten Königreich. Durch die Rechtsprechung des EUGH im Bereich des Rechts von Männer und Frauen auf gleiche Entlohnung fand es allmählich Eingang ins EU-Recht. In vielen EU-Mitgliedstaaten ist sie jedoch ein relativ neuer Begriff. Die meisten Mitgliedstaaten haben mittlerweile eine Definition angenommen, die die oben genannte Definition im Allgemeinen widerspiegelt,⁷³ haben jedoch noch relativ wenig Erfahrung mit ihrer Anwendung. Die nachfolgende Erörterung bezieht sich daher in erster Linie auf die Erfahrung des Vereinigten Königreichs und des EuGH in Bezug auf die Geschlechterdiskriminierung.

Zunächst ist anzumerken, dass die in den beiden Richtlinien enthaltene Definition die früheren Definitionen von mittelbarer Diskriminierung auf zwei verschiedene Weisen ändert, wie zum Beispiel die Definition, die sich früher in den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs befand. Die EU-Definition fordert keinen Beleg einer starren Regel oder Bedingung, sondern verwendet den flexibleren Begriff einer neutralen Praxis. Zweitens verlangte der früher im Vereinigten Königreich verwendete Ansatz den Beweis dafür, dass wesentlich mehr Mitglieder einer bestimmten Gruppe außerstande waren, diese Anforderung einzuhalten, als andere. Dies erforderte den Einsatz von statistischen Vergleichen. Die EU-Definition bezieht sich stattdessen auf eine neutrale Bestimmung, ein neutrales Kriterium oder eine neutrale Praxis, die Personen einer bestimmten Gruppe *gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen*. Das heißt, mittelbare Diskriminierung kann auch ohne die Verwendung von Statistiken belegt werden. In Fällen von unmittelbarer Diskriminierung sind Statistiken in der Praxis jedoch im Allgemeinen dennoch von zentraler Bedeutung.

Die Definition von mittelbarer Diskriminierung basiert auf einer vergleichenden und relativen Denkweise. Sie unterscheidet sich von dem Begriff der unmittelbaren Diskriminierung dadurch, dass der Vergleich hier in erster

⁷⁰ Die gemäß dem EU-Gesetz vorherrschende Situation kann als Gegensatz zur Situation nach dem US-Bundesrecht gesehen werden. In den USA werden Statistiken in einzelnen Rechtsfällen im Zusammenhang mit Ungleichbehandlung häufig zugelassen, spielen jedoch ohne zusätzliche fallbezogene Beweise selten eine ausschlaggebende Rolle, weil die Absicht zu diskriminierendem Handeln belegt werden muss. Siehe Waks, Jay W. et al 'The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases' *The Trial Lawyer*, Vol. 24 (2001), S. 261.

⁷¹ Ebenda.

⁷² Für die eigentlichen Definitionen siehe Artikel 2(2) der jeweiligen Richtlinie.

⁷³ Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*, European Network of Independent Legal Experts in the non-discrimination field (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), S. 28-29.

Linie bei der Gruppe und nicht auf individueller Ebene stattfindet. Dadurch werden mögliche Unterschiede zwischen dem, was zwei unterschiedliche Gruppen von Personen erreicht haben, relativ leicht ersichtlich und messbar. Mittelbare Diskriminierung befasst sich eher mit substantiellen Ergebnissen als mit formaler Gleichbehandlung.⁷⁴ Tatsächlich erkennt sie an, dass eine formal einheitliche Anwendung von, dem Anschein nach, neutralen Kriterien manchmal in der Praxis diskriminierende Auswirkungen haben kann.

Das vergleichende Grundprinzip der Definition fordert zwar zur Verwendung von statistischen Beweisen auf, in der Praxis ist diese jedoch nicht in allen Fällen erforderlich–vielleicht sogar in den meisten. Unter bestimmten Umständen können die zuständigen Stellen auch den „gesunden Menschenverstand“ berücksichtigen und Annahmen über normales Verhalten machen, ohne statistische Belege zu fordern. Beispielsweise ging man bei dem britischen Fall *Panesar vs. Nestlé Co Ltd* davon aus, dass Personen pakistanischer Herkunft wahrscheinlich eher einen Bart tragen, als andere. Deshalb konnte in der Vorschrift, die den Angestellten verbietet, einen Bart zu tragen, der Vorwurf der mittelbaren Diskriminierung ausgemacht werden.⁷⁵ Im Fall *Mandla vs. Lee*⁷⁶ und *Singh vs. British Rail Engineering*,⁷⁷ wurde das Verbot, einen Turban zu tragen, als Argument für eine Klage wegen indirekter rassistischer Diskriminierung von Sikhs geltend gemacht. Die niederländische Gleichbehandlungskommission ist sogar noch weiter gegangen und hat erklärt, dass, sobald es insofern ein Ungleichgewicht bei der Zusammensetzung der Mitarbeiterschaft gibt, als die Arbeitnehmer überwiegend der ethnischen Mehrheit angehören, vermutet werden kann, dass eine mittelbare Diskriminierung vorliegt, wenn eine der Minderheit angehörende Person Belege dafür bringt, die auf ausgrenzende Praktiken hinweisen. Es sei allgemein bekannt, dass der Minderheit angehörende Personen am Arbeitsplatz tendenziell ausgegrenzt werden, wenn die Mehrheit einem anderem ethnischen Hintergrund angehört.⁷⁸ Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bestätigt, dass es unter bestimmten Umständen nicht notwendig ist, die konkreten Auswirkungen der Anwendung eines Kriteriums oder Verfahrens zu analysieren, um auf mittelbare Diskriminierung zu schließen.⁷⁹

In einigen anderen Fällen können statistische Daten – in der einen oder anderen Form – eine wichtige Rolle spielen. Im Bereich Beschäftigung kann dies z. B. auf folgende Weise erfolgen: a) wenn ein Verdacht vorliegt, dass es bei der Personaleinstellung und/oder -auswahl diskriminierende Verfahren gibt, wird das Profil der Bewerber oder aller Arbeitnehmer oder eines Teils davon mit dem Profil der allgemeinen Bevölkerung oder eines Teils davon verglichen (z. B. Personen mit ausreichender Qualifikation und/oder in einem bestimmten Gebiet wohnende Personen), um eine mögliche Unterrepräsentation aufzuzeigen; diese Methode erfordert, dass sowohl „interne“, nach den einschlägigen Nichtdiskriminierungsgründen aufgeschlüsselte Daten für eine Organisation als auch „externe“, ebenso nach den einschlägigen Nichtdiskriminierungsgründen (und möglicherweise auch nach Wohnort und Qualifikationen) aufgeschlüsselte Daten auf Makro-Ebene; b) wird Diskriminierung im Hinblick auf Entlohnung, den beruflichen Aufstieg oder die Kündigung vermutet, werden nur die internen Daten verwendet, um die jeweiligen Situationen der verschiedenen Arbeitnehmergruppen miteinander zu vergleichen; dies setzt voraus, dass ein Arbeitgeber über die notwendigen, nach den einschlägigen Nichtdiskriminierungsgründen aufgeschlüsselten Daten über seine Mitarbeiter verfügt; c) müssen die Auswirkungen einer konkreten Vorschrift oder eines konkreten Kriteriums untersucht werden, kann dies erfolgen, indem die Teile der verschiedenen Gruppen innerhalb der Allgemeinbevölkerung oder Teilen davon untersucht und verglichen werden, die die jeweilige Bestimmung oder das jeweilige Kriterium erfüllen können. Die drei oben beschriebenen Hauptmethoden, also die Verwendung von internen oder externen Daten entweder allein oder in Verbindung miteinander gelten *mutatis mutandis* auch für die Bereiche Bildung und Erbringung von Dienstleistungen.

⁷⁴ Für eine allgemeine Diskussion dieses Themas siehe Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), S. 106 ff.

⁷⁵ [1980] IRLR 482.

⁷⁶ [1983] IRLR 209.

⁷⁷ [1986] ICR 22.

⁷⁸ ETC, Oordeel 99-72.

⁷⁹ Siehe z. B. den *Schnorbus*-Fall. Hier wurde gesagt, Frauen würden beim Auswahlverfahren für den Zugang zum juristischen Vorbereitungsdienst aufgrund der Bevorzugung von Bewerbern, die einen Wehr- oder Ersatzdienst abgeleistet hätten – was nur Männern möglich sei –, diskriminiert werden. Das Gericht sagte: „Im vorliegenden Fall ist es (...) nicht erforderlich, die konkreten Auswirkungen der Anwendung der [Auswahlkriterien] zu untersuchen. Schon die streitigen Vorschriften selbst bewirken dadurch, dass sie Bewerbern, die eine Wehr- oder Ersatzdienstpflicht erfüllt haben, Vorrang einräumen, eine mittelbare Diskriminierung, da Frauen nach dem anwendbaren nationalen Recht nicht der Wehrpflicht unterliegen und somit die Härtefallregelung nach den genannten Vorschriften der Juristenausbildungsordnung (JAO) nicht in Anspruch nehmen können.“ EuGH Rechtss. C-79/99 *Schnorbus* [2000] ECR-10997, Randnr. 38.

Wenn die verwendbaren internen Daten nicht ohne weiteres verfügbar sind, wenn z. B. ein Arbeitgeber kein aktuelles Arbeitnehmerverzeichnis mit Informationen über den einschlägigen Nichtdiskriminierungsgrund führt, müssen solche Daten möglicherweise auch „von Hand“ durch Beobachtung oder durch eine Untersuchung erfasst werden. Liegen keine verwendbaren externen Daten vor, sind Stichprobenerhebungen oder Untersuchungen anderer Art möglicherweise die einzige Möglichkeit, an einschlägige Daten zu gelangen.

Zu berücksichtigen sind hier die folgenden vier Fälle. Der erste stammt aus Finnland, die nächsten beiden aus Großbritannien und der letzte aus Irland:

Die Stadt Vantaa war aufgrund finanzieller Probleme gezwungen, die Zahl ihrer Beschäftigten zu reduzieren. Sie hatte spezifische Auswahlkriterien vorgegeben, nach denen einige Arbeitnehmer entlassen werden sollten. Diese Kriterien waren verschiedene Faktoren wie zum Beispiel das Interesse der Person an einem Vorruhestand, das Überschreiten einer bestimmten Altersgrenze und die Bedeutung des Beschäftigten für den Arbeitgeber. Diesen Vorgaben zufolge sollten für jeden Einzelnen eine Bewertung vorgenommen werden. Aus der Statistik ergab sich, dass die Wahrscheinlichkeit, entlassen zu werden, für Personen zwischen 50 und 59 Jahren mehr als doppelt so hoch war wie in den anderen Altersklassen. Da die Stadt keine objektive Begründung für diese Ungleichbehandlung vorlegen konnte, entschied das oberste finnische Verwaltungsgericht, dass dies eine Diskriminierung aufgrund des Alters darstellte.⁸⁰

Im Fall *Hussein vs. Saints Complete House Furnitures*,⁸¹ hatte es ein Möbelgeschäft in Liverpool abgelehnt, Bewerber auf Arbeitsplätze aus einem bestimmten Postleitzahlenbezirk in Liverpool zu berücksichtigen, in dem der Anteil der Arbeitslosen besonders hoch war. Das Geschäft begründete dies damit, dass arbeitslose Bekannte von Mitarbeitern aus diesem Stadtteil sich vor dem Geschäft aufhalten und so Kunden abschrecken könnten. Die Beschäftigungserhebung Labour Force Survey wies darauf hin, dass in diesem Postleitzahlenbezirk 50% der Bevölkerung schwarz war, gegenüber 2% für die Region Liverpool insgesamt. Ein Arbeitsgericht war der Ansicht, dass dieser statistische Beleg ausreichend war, um zu zeigen, dass das Vorgehen des Arbeitgebers eine unmittelbare rassistische Diskriminierung darstellte, wenn er Personen aus diesem Stadtteil systematisch nicht einstellte. Dies hielt das Gericht für nicht gerechtfertigt.

Im Fall *Aina vs. Employment Service* hatte sich ein schwarzafrikanischer Angestellter um die Stelle als Gleichstellungsbeauftragter in seiner Organisation beworben. Er galt mit seiner Qualifikation als geeigneter Kandidat für diese Stelle. Seine Bewerbung wurde jedoch abgelehnt, mit der Begründung, die Stelle käme nur für fest Angestellte in höheren Funktionen als seiner in Frage, was ihm nicht bekannt war. Aus Beobachtungsdaten hat sich ergeben, dass die Organisation in diesen Funktionen gar keine schwarzafrikanischen fest angestellten Arbeitnehmer hatte. Das Arbeitsgericht war der Ansicht, dass diese Anforderung nicht gerechtfertigt sei und eine mittelbare Diskriminierung aus rassistischen Gründen darstellte.⁸²

Im Fall *Martin vs. Concern* vermutete der Kläger, ein Mann über 40, eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters. Der Beklagte hatte 148 Bewerbungen auf eine Stelle erhalten. Dreizehn Bewerber wurden zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, die alle unter 40 waren. Von den Bewerbern waren 70 Personen zwischen 20 und 29, 65 waren zwischen 30 und 39, 10 zwischen 40 und 49 und 3 über 50. Der Referent der Gleichbehandlungsstelle war der Ansicht, es sei erweisen, dass 13 Bewerber (9%) über 40 Jahre alt, und 133 (91%) jünger waren. Außerdem sei es erwiesen, dass die 20 Kandidaten, die für ein Vorstellungsgespräch in die engere Wahl kamen, unter 40 waren. Bei der näheren Untersuchung der Daten hat sich herausgestellt, dass 29 Bewerber, die die wesentlichen Voraussetzungen erfüllten, nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurden – 6 von ihnen waren über 40 Jahre alt. Dies waren 4% der Gesamtbewerber und 21% der Bewerber, die die wesentlichen Voraussetzungen mitbrachten und nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen wurden. Daraus schloss der Referent der Gleichbehandlungsstelle, dass der Kläger keinen glaubhaften Anschein von Diskriminierung vorgelegt hatte, und dass seine Beschwerde daher abgewiesen werden musste.⁸³

⁸⁰ 08.08.2001/1766 KHO: 2001:38. Dieser Fall wurde vor dem Inkrafttreten der neuen Rechtsvorschriften zur Umsetzung der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung verhandelt. Deshalb hätte die unmittelbare Diskriminierung, da dies nach dem früheren innerstaatlichen Recht möglich war, theoretisch begründet werden können, was gemäß der Richtlinie nicht mehr der Fall ist.

⁸¹ [1979] IRLR 337.

⁸² *Aina vs. Employment Service* [2002] DCLD 103D. Zitiert nach der *Commission for Racial Equality*, Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment (Belmont Press, 2005), S. 19.

⁸³ *Martin vs. Concern*, DEC-E2005/029.

Vergleichsgruppen. Die Richtlinien liefern nicht viel Anleitung darüber, wie einschlägige Vergleiche vorgenommen werden sollten. Hier ergeben sich verschiedene Fragen: Wann kann man davon ausgehen, dass Personen ein bestimmtes Merkmal haben, wie z. B. eine *bestimmte* Behinderung? Sind wir darauf beschränkt, nur breite Kategorien wie etwa „Behinderte“ allgemein mit „Nicht-Behinderten“ zu vergleichen? Und wie genau wird der Pool der zu vergleichenden Personen ausgewählt?

Das Wort „bestimmt“ steht gewöhnlich für etwas, was nicht universell oder allgemein ist, sondern einmalig oder spezifisch für eine Person, eine Gruppe oder eine Kategorie von Menschen. Dies würde nahe legen, dass wir nicht auf den Vergleich zwischen breiten Kategorien von Gruppen, die die verschiedenen Gründe repräsentieren, beschränkt sind.⁸⁴ Die Definition von Diskriminierung in den beiden Richtlinien vermeidet außerdem den Begriff „Gruppe“ an sich, sondern spricht stattdessen von „Personen“. Es sollte bedacht werden, dass diese beiden Tatsachen implizieren, dass es keine allgemein gültige Faustregel gibt, wie groß der „Unterschied“ zwischen zwei Gruppen von Personen sein muss, oder inwiefern sich ihre jeweiligen Situationen voneinander unterscheiden müssen. All dies hängt von dem Umständen des Einzelfalles ab: Wer war von einer Vorschrift, einem Kriterium oder einer Praxis betroffen? Unterscheiden sich diese Personen in irgendeiner Weise von den anderen im Hinblick auf ihre Rasse oder ihre ethnische Herkunft, auf Behinderung, Religion oder Weltanschauung, ihre sexuelle Orientierung oder ihr Alter? Sobald ein Zusammenhang besteht zwischen einer Benachteiligung und irgend einem Merkmal, das in eine der breiten Kategorien von Gründen für Diskriminierung fällt, kann eine Diskriminierung vermutet werden. Beispielsweise ist die Voraussetzung, eine Fahrerlaubnis zu besitzen, noch keine Benachteiligung für alle Menschen mit einer Behinderung, sondern nur für bestimmte Untergruppen innerhalb dieser allgemeinen Kategorie, wie zum Beispiel für Blinde, wobei diese Voraussetzung, wenn sie nicht sachlich begründet ist, dennoch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung darstellt.

Zu diesen Themen gibt es in Europa nicht viele Gerichtsurteile. Die wenigen existierenden Entscheidungen unterstützen jedoch den oben beschriebenen flexiblen und pragmatischen Ansatz. Im Zusammenhang mit der Diskriminierung aufgrund des Alters folgte die Klassifizierung beispielsweise immer den Besonderheiten des Einzelfalles. Im oben erwähnten Fall vom obersten Verwaltungsgericht in Finnland erfolgte der entscheidende Vergleich zwischen Personen der Altersgruppe der 50-59-Jährigen und allen Anderen. Im Fall *Perry vs. Garda Commissioner*,⁸⁵ wurde die Situation von 59-Jährigen mit der Situation von 60-Jährigen verglichen. Im Fall *Martin vs. Concern*⁸⁶ wurde der entscheidende Vergleich zwischen Personen über 40 (das Alter des Bewerbers) und Personen unter 40 vorgenommen. Die Rechtsprechung zur ethnischen Herkunft legte ebenfalls einen flexiblen Ansatz nahe: Manchmal war die relevante Vergleichsgruppe die breit gefasste Gruppe der „Schwarzen“, manchmal eine begrenztere Gruppe wie zum Beispiel „Roma“ oder „Menschen pakistanischer Herkunft“. Ein flexibler Ansatz scheint hier also allgemein akzeptiert zu sein, jedoch bedeutet dies nicht, dass die Eingrenzung der jeweiligen Gruppe von Personen eine leichte Aufgabe ist. Beispielsweise verfolgt die niederländische Gleichbehandlungskommission bei der Frage der Eingrenzung keinen einheitlichen Ansatz. Ihre Vorgehensweise war außerdem schon häufig Gegenstand von Kritik seitens von Gerichten und Wissenschaftlern.

Die Auswahl des jeweiligen Pools von Vergleichspersonen ist offensichtlich ein sehr wichtiger Teil bei einer Klage wegen indirekter Diskriminierung. Die meisten EU-Länder scheinen jedoch bei diesem Thema keinen bewährten Ansatz zu haben. Während zum Beispiel die niederländische Gleichbehandlungskommission eine umfassende Erfahrung mit der Verwendung von Statistiken bei Fällen von mittelbarer Diskriminierung hat, scheint sie hier kein einheitliches Verfahren anzuwenden sondern verfolgt eher mehrere verschiedene Ansätze. Die Schwierigkeit, Vergleichsgruppen zu bestimmen, war in diesem Zusammenhang für Gerichte in den USA eine der Hauptschwierigkeiten.⁸⁷

Nur im Vereinigten Königreich scheint die Situation etwas klarer zu sein. Im Fall *Allonby vs. Accrington and Rossendale College* war das Berufungsgericht folgender Ansicht: „Sobald die strittige Anforderung oder Bedingung definiert ist, existiert vermutlich ein Pool von Vergleichspersonen, der sich zum Testen der Auswirkungen am besten eig-

⁸⁴ Siehe auch Whittle, Richard 'The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective' 27 *European Law Review* Juni 2002, S. 309.

⁸⁵ DEC-E2001-029.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC: **National Academies Press**, 2004), S.120.

net.⁸⁸ Es ist allgemein akzeptiert, dass die Auswahl dieses Pools Aufgabe des Gerichts ist, und dass dazu auch die Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Falls gehört. Im Geschlechterdiskriminierungsfall *Price vs. Civil Service Commission* hat die arbeitsrechtliche Schiedsstelle entschieden, dass bei der Auswahl von zwei Vergleichsgruppen der geeignete „Vergleichspool“ aus Personen bestehen soll, die für den angestrebten Nutzen in Frage kommen oder die für diesen geeignet sind, falls die strittige Vorschrift nicht gilt.⁸⁹ Der vom EuGH in dem Geschlechterdiskriminierungsfall *Seymour Smith* eingeführte Ansatz, wird von den Gerichten im Vereinigten Königreich allgemein bei allen Gleichberechtigungsgründen angewandt: Verglichen wird unter normalen Umständen zwischen denjenigen Mitgliedern einer benachteiligten Gruppe, die die fragliche Anforderung erfüllen, und dem allgemeinen Anteil der Mitglieder dieser benachteiligten Gruppe in der Belegschaft, nicht nur diejenigen, die direkt von der besagten Maßnahme betroffen sind.⁹⁰ Die Frage, wer zu dieser Gruppe gehört, hängt von den einzelnen Umständen ab. Wenn eine einzelne Arbeitsanforderung (z. B. dass alle erfolgreichen Bewerber einen ersten akademischen Studienabschluss haben müssen) angefochten, also die Logik des *Price*-Urteils angewandt wird, scheint es, dass die Vergleichsgruppen normalerweise Personen aus der jeweiligen Allgemeinbevölkerung des Landes sein müssten, die für diese Stelle in Frage kommen und einer benachteiligten Gruppe angehören, und Personen aus der jeweiligen Allgemeinbevölkerung des Landes, die nicht in Frage kommen oder einer solchen benachteiligten Gruppe angehören. Werden zwei oder mehr Arbeitsanforderungen oder Einstellungskriterien angefochten, dann sollten die Vergleichsgruppen aus Personen bestehen, die in Frage kommen und nur aufgrund der Existenz dieser Anforderungen in Frage kommen, oder aus Personen, die sich nur aufgrund der Existenz der strittigen Kriterien eventuell bewerben möchten. Die Vergleichsgruppen könnten auch auf ein lokales geografisches Gebiet oder auf die nationale Bevölkerung beschränkt sein, je nach Art des fraglichen Arbeitsplatzes. Die Gruppen können auch auf Personen beschränkt sein, die eine bestimmte Reihe von Voraussetzungen mitbringen, oder auf eine größere Gruppe.

Die Messung von Benachteiligung. Wie groß muss ein Unterschied sein, damit eine *bestimmte* Benachteiligung vorliegt? Auch hier bedeutet die Einschränkung „bestimmt“ einfach die Bedingung, dass etwas spezifisch, also nicht allen gemeinsam ist. Wenn jeder in ähnlicher Weise benachteiligt ist, gibt es keine bestimmte Benachteiligung. Die Entscheidung, ob dies, oder ob z. B. ein bestimmter Schweregrad gemeint ist, ist in letzter Instanz Aufgabe des EuGH. Auch zu dieser Frage gibt es nur sehr wenige Entscheidungen in den EU-Ländern.

Die niederländische Gleichbehandlungskommission hat besonders betont, dass der Nachteil auf der Grundlage von relativen Anteilen und nicht von absoluten Zahlen berechnet werden sollte.⁹¹ In mehreren Fällen hat die Gleichbehandlungskommission die Standardregel ausgegeben, dass Personen in der mutmaßlich mittelbar diskriminierten Gruppe von der dem Anschein nach neutralen Vorschrift oder dem Verfahren mindestens 1,5 mal so häufig benachteiligt werden sollten wie Personen der Vergleichsgruppe. Seit 2004 scheint die Gleichstellungskommission jedoch damit begonnen zu haben, andere Berechnungsmethoden anzuwenden, insbesondere in Fällen, in denen die absoluten Zahlen sehr niedrig sind.⁹² Diese Methoden wurden von der Universität Utrecht entwickelt und umfassen komplexe Arten der Berechnung der Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Gruppe negativer beeinflusst wird als eine andere Gruppe. Es wurden Bedenken laut, dass durch diese Änderung der Politik der Gleichbehandlungskommission die Dinge extrem und unnötig kompliziert werden, was weniger Transparenz und weniger allgemeine Akzeptanz ihrer Entscheidungen zur Folge hätte.

Im Vereinigten Königreich haben die Gerichte alle automatisch geltenden Regeln zu diesen Fragen abgelehnt, was zu einer etwas komplexeren Rechtsprechung geführt hat. Wie groß muss ein statistischer Unterschied sein,

⁸⁸ [1998] IRLR 364, 368.

⁸⁹ [1977] IRLR 291.

⁹⁰ Im *Seymour-Smith*-Fall erklärte der Gerichtshof: „Das nationale Gericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob eine Maßnahme eines Mitgliedstaats derart unterschiedliche Wirkung für Männer und Frauen hat, dass sie eine mittelbare Diskriminierung im Sinne von Artikel 119 des Vertrages darstellt, zu prüfen, ob sich aus den verfügbaren statistischen Daten ergibt, dass ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer die durch diese Maßnahme aufgestellte Voraussetzung erfüllen kann. Ist dies der Fall, so liegt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, es sei denn, diese Maßnahme wäre durch Faktoren sachlich gerechtfertigt, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.“ Rechtss. C-167/97, Randnr. 4 der Entscheidung.

⁹¹ Die Gleichstellungskommission erläutert dies anhand des Beispiels eines Unternehmens, in dem 10 Frauen und 1000 Männer beschäftigt sind. Wenn 9 Frauen und 9 Männer halbtags in diesem Unternehmen arbeiten, ist dies in absoluten Zahlen zwar „gleich“, im prozentualen Anteil der in Teilzeit arbeitenden Frauen und Männern jedoch ungleich.

⁹² Siehe z. B. *Oordeel* 2003-91 und 2003-92.

um ein Vorkommen unterschiedlicher Auswirkungen zu belegen, wird davon abhängen, welche Vergleichsgruppe ausgewählt wird, und ist eine Frage des tatsächlichen Sachverhalts, die unter den einschlägigen Umständen entschieden werden muss. Bezüglich der Geschlechterdiskriminierung war das britische Oberhaus der Ansicht, dass ein Unterschied von 5% in der landesweiten Bevölkerung ausreichend war, um hieraus eine Klage wegen mittelbarer Diskriminierung zu begründen,⁹³ und es ist wahrscheinlich, dass im Zusammenhang mit den anderen Gründen ebenfalls ein ähnlicher Ansatz verfolgt werden wird.

Vergleichende Erfahrungen. Die Verwendung von statistischen Daten ist nicht ohne Probleme, auch wenn sie gängige Praxis ist. Die Erfahrung aus den USA mit rassistischer Diskriminierung zeigt, dass die gegnerischen Parteien und die eingesetzten Statistik-Experten, die Gerichte und Wissenschaftler, die die Fälle kommentieren häufig grundlegend verschiedener Meinung darüber sind, wie die Statistiken korrekt erstellt werden sollten, z. B. bei der Frage, wie sich die Vergleichsgruppen zusammensetzen sollten. Dies ist so, obwohl zu den vor Gericht verwendeten Analysen in der Regel einfache Vergleiche gehören zwischen der ethnischen Zusammensetzung einer Gruppe von Bewerbern oder einer Gruppe von Personen, die potenziell für einen beruflichen Aufstieg in Frage kommen, und einer Reihe von Auswahlsergebnissen (wie zum Beispiel die Anstellung oder Beförderung). Nur in wenigen Fällen greift man zur strengen Bewertung durch die Verwendung der multiplen Regressionsanalyse oder anderer multivariater Analysen.⁹⁴ In den USA werden verschiedene Methoden zur Messung von negativen Auswirkungen verwendet. Gemäß den Einheitlichen Richtlinien der EEOC für die Personalauswahlkriterien liegt eine benachteiligende Auswirkung dann vor, wenn Mitglieder einer geschützten Gruppe weniger als vier Fünftel (80%) mal so häufig ausgewählt werden als Mitglieder einer anderen Gruppe. Nach der von den meisten Gerichten verwendeten „Standardabweichungsmethode“ liegt eine negative Auswirkung dann vor, wenn der Unterschied zwischen der Anzahl der aus der geschützten Klasse ausgewählten und der nach dem Zufallsprinzip erwarteten Zahl der Mitglieder mehr als zwei oder drei Standardabweichungen beträgt.⁹⁵ Daneben gibt es auch andere Methoden zur Bemessung von negativen Auswirkungen wie zum Beispiel der multiplen Regressionsanalyse.⁹⁶

Gerichte erwarten zwar einerseits vom Kläger, dass dieser in Fällen von Diskriminierung im Bereich Beschäftigung statistische Beweise vorlegt, betrachten diese Statistiken jedoch häufig mit Skepsis. Nelson und Bennett haben insgesamt 178 Fälle des Federal Court im Zeitraum 2000-2002 analysiert und herausgefunden, dass die Gerichte zum Schaden für die Kläger statistischen Beweisen nicht immer Glauben schenken. Die wichtigsten genannten Gründe, weshalb sich die Gerichte nicht auf statistische Daten stützen wollen, waren (1.) ein relativ kleiner Stichprobenumfang, (2.) die Schwierigkeit bei der Definition von Vergleichsgruppen und (3.) die Verwendung von aggregierten Daten auf verschiedenen Arbeitsebenen in einer Sammelklage.⁹⁷

3.4 Untersuchungen durch Fachstellen

Einige der Probleme im Zusammenhang mit dem auf die Rechtsdurchsetzung ausgerichteten rechtlichen Gehör des Einzelnen können dadurch bewältigt werden, dass Fachstellen die Befugnis bekommen, in Fällen von vermuteter Diskriminierung Untersuchungen durchzuführen.⁹⁸ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Prozess ohne eine formale Beschwerde begonnen werden kann, und die zuständige Stelle umfassende Befugnisse hat, Informationen zu sammeln, einschließlich der Kompetenz, schriftliche oder mündliche Beweismittel und die Vorlage von Dokumenten zu verlangen. Dadurch werden Schwierigkeiten umgangen, die sich aus dem Fehlen notwendiger statistischer Beweise oder wegen mangelnder Kooperationsbereitschaft seitens des Beklagten ergeben. Außerdem ist es mit Untersuchungen durch Fachstellen möglich, diskriminierende Verhaltensmuster und Strukturen aufzuzeigen, statt nur im Nachhinein bereits von bestimmten Personen erlittene Schäden zu beheben.

⁹³ Seymour-Smith [2000] 1 WLR 435.

⁹⁴ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination. (Washington DC: National Academies press, 2004), S.120.

⁹⁵ Die „Standardabweichungsmethode“ umfasst eine relativ komplexe statistische Berechnung der Wahrscheinlichkeit, mit der bei verschiedenen Gruppen in ähnlicher Situation durch Zufall unterschiedliche Ergebnisse vorkommen.

⁹⁶ Zu diesen Methoden siehe Waks, Jay W. et al 'The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases' *The Trial Lawyer*, Vol. 24 (2001).

⁹⁷ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination. (Washington DC: National Academies press, 2004), S.120.

⁹⁸ Für kritische Kommentare siehe Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002), S. 175.

In vielen EU-Ländern wurden Ombudsleute oder, allgemeiner, gleichwertige Institutionen eingeführt.⁹⁹ Im Allgemeinen sind diese Gremien befugt, auf der Grundlage von spezifischen Beschwerden und/oder aus eigener Initiative Untersuchungen durchzuführen. Einige dieser Stellen sind berechtigt, Geldstrafen zu verhängen, falls ihrem Ersuchen um angemessene Informationen nicht nachgekommen wird. Die Feststellung von Diskriminierung führt in der Regel dazu, dass Empfehlungen oder Ratschläge ausgesprochen werden, was jedoch das Recht des Opfers, etwa für Entschädigungszahlungen ein Gerichtsverfahren anzustrengen, nicht berührt.

In mehreren Ländern sind Arbeitsaufsichtsbehörden oder ähnliche Stellen mit der Aufgabe betraut worden, die Einhaltung der Gleichbehandlungsvorschriften im Bereich der Beschäftigung zu überwachen.¹⁰⁰ Diese Behörden sind üblicherweise befugt, vor Ort Untersuchungen durchzuführen und die im Besitz des Arbeitgebers befindliche Dokumentation anzufordern. Normalerweise gehen Arbeitsaufsichtsbehörden ihren allgemeinen Beobachtungsaufgaben regelmäßig nach und führen spezifischere Untersuchungen nur dann durch, wenn sie vermuten, dass diese erforderlich sein könnten, oder, wenn sie dazu aufgefordert werden, was meist in Form einer informellen Beschwerde erfolgt.

Viele der in den EU-Mitgliedstaaten eingerichteten Beschwerdestellen haben auch Untersuchungskompetenzen.¹⁰¹ Gewöhnlich wird ein Verfahren bei diesen Stellen mit einer formalen Beschwerde eingeleitet, dies schließt jedoch das Recht des Klägers nicht aus, dass er anschließend ein weiteres Gerichtsverfahren in der selben Angelegenheit anstrengt, z. B. mit dem Ziel, eine Schadensersatzzahlung zu erhalten.

Es gibt jedoch auch andere Arten von Stellen und Verfahren. Zum Beispiel ist die Commission for Racial Equality (Kommission zur Gleichstellung ethnischer Minderheiten, CRE) im Vereinigten Königreich befugt, zweierlei Arten von formalen Untersuchungen durchzuführen: Untersuchungen über „benannte Personen“ und „allgemeine Untersuchungen“.¹⁰² Wenn die CRE vermutet, dass ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Organisation aus rassistischen Gründen diskriminiert, kann sie mit einer formalen Untersuchung beginnen. Während dieser Untersuchung kann die CRE vom Beklagten verlangen, Dokumente vorzulegen und Beweise einschließlich statistischer Beweise einzureichen. Wenn sich erwiesen hat, dass eine gesetzeswidrige Diskriminierung vorliegt, kann die CRE eine Mitteilung gegen Diskriminierung an die Beklagten ausgeben, in der sie diese auffordert, bestimmte Maßnahmen zu treffen, um eine weitere Diskriminierung zu verhindern.¹⁰³ Die CRE ist auch befugt, sich einem bestimmten Tätigkeitsbereich gesondert zu widmen: Solche „allgemeinen Untersuchungen“ konzentrieren sich nicht auf ein bestimmtes Unternehmen oder eine bestimmte Organisation. Auch mit dieser Befugnis kann die CRE von den Beklagten verlangen, Dokumente vorzulegen und Beweise einzureichen, nachdem sie zunächst vom zuständigen Ministerium die Erlaubnis hierfür eingeholt hat, von dieser Befugnis Gebrauch zu machen. Dieses Ministerium kann auch Empfehlungen für alle Stellen aussprechen und Berichte veröffentlichen.

Zwar kann bei solchen Untersuchungen, die u. a. von den oben beschriebenen Stellen durchgeführt werden, ein Großteil der Beweise gefunden werden, doch hat insbesondere die Erfahrung im Vereinigten Königreich gezeigt, dass eine wirksame Durchführung der Untersuchungen nicht nur die Existenz formaler Befugnisse voraussetzt, sondern vor allem die Verfügbarkeit von umfangreichen finanziellen Mitteln, ohne die die Arbeit der Stellen nie richtig flächendeckend erfolgen kann.¹⁰⁴

⁹⁹ Zu diesen Ländern gehören z. B. Zypern, Estland, Finnland, Griechenland, Litauen, Slowenien und Schweden. Für eine Analyse von Existenz, Unabhängigkeit und Wirksamkeit dieser Stellen siehe Holtmaat, Rikki 'Catalysts for Change? – Equality Bodies according to Directive 2000/43/EC' (Luxemburg: Europäische Kommission, 2007).

¹⁰⁰ Diese Länder sind u. a. Belgien, Finnland, Ungarn, Malta, Polen und Portugal.

¹⁰¹ Beschwerdestellen existieren z. B. in Österreich, Dänemark, Finnland, Ungarn und den Niederlanden.

¹⁰² Dem an diesem Thema interessierten Leser sei empfohlen, sich auch mit den Verfahren und Befugnissen anderer Stellen vertraut zu machen, wie zum Beispiel der Disability Rights Commission (Kommission für die Rechte von Menschen mit Behinderung, DRC) im Vereinigten Königreich, die neu vorgeschlagene Kommission des Vereinigten Königreichs für Gleichbehandlung und Menschenrechte, die Gleichstellungskommission für Nordirland (ECNI) und die Gleichstellungsbehörde in Irland.

¹⁰³ Die CRE kann auch Empfehlungen aussprechen, um Verhaltensweisen zu verbessern und einen Bericht über die Untersuchung veröffentlichen, auch wenn kein besonderes Vorliegen von Diskriminierung festgestellt werden konnte.

¹⁰⁴ Außerdem ist anzumerken, dass die Gleichstellungskommissionen im Vereinigten Königreich dadurch in ihrer Arbeit behindert worden sind, dass eine Untersuchung über „benannte Personen“ nicht stattfinden kann, ohne dass der Kommission ein konkreter Verdacht auf gesetzeswidrige Diskriminierung vorliegt.

3.5 Schlussfolgerungen

In diesem Kapitel wurde die Nutzung statistischer Daten bei Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit Diskriminierung untersucht. Statistiken können eingesetzt werden als Beleg für einen glaubhaften Anschein von Diskriminierung. In einem Fall von unmittelbarer Diskriminierung können Statistiken auf das Vorliegen eines diskriminierenden Verhaltensmusters verweisen und dadurch einen indirekten Beweis für unmittelbare Diskriminierung im Hinblick auf eine Einzelbeschwerde bilden. Im Fall von mittelbarer Diskriminierung kann ein Kläger Statistiken verwenden, um die negativen Auswirkungen zu belegen, die die Anwendung einer Vorschrift oder eines Kriteriums auf eine bestimmte Gruppe hat. Er kann damit sogar diskriminierende Auswirkungen sporadischer Verfahren aufzeigen, etwa durch einen Hinweis auf das dadurch entstehende Ungleichgewicht bei der Zusammensetzung z. B. einer Belegschaft oder einer Kundschaft. Der Beklagte kann jedoch seinerseits alternative statistische Beweise vorlegen, die die Angemessenheit, die Genauigkeit oder die Vollständigkeit der Statistiken in Frage stellen, auf die sich der Kläger stützt.

Trotz des potenziellen Nutzens von statistischen Beweisen hat die überwältigende Mehrheit der EU-Länder in diesem Zusammenhang bis jetzt keine oder nur sehr begrenzte Erfahrung mit der Verwendung von diesen Beweisen. Anders stellt sich diese Situation dar bei Fällen der geschlechtsbedingten Diskriminierung in Europa, wo die Verwendung von Statistiken weit verbreitet ist,¹⁰⁵ und in den USA bei Fällen von rassistischer Diskriminierung, bei der die Verwendung von Statistiken ebenfalls weit verbreitet ist. Dies wird sich jedoch wahrscheinlich ändern, da der Begriff der mittelbaren Diskriminierung in der Rechtskultur der Mitgliedstaaten allmählich fester verwurzelt ist. Wie dieses Kapitel jedoch gezeigt hat, werden die Mitgliedstaaten noch weitere Anpassungen vornehmen müssen, um sicherzustellen, dass dieser Übergang reibungslos und im Einklang mit den Rechtsvorschriften der EU erfolgt. Damit dies geschehen kann, muss eine Reihe von Fragen geklärt werden. Zunächst müssen Kläger und Justizbehörden Zugang zu einschlägigen Informationen haben, insbesondere zu statistischen Informationen, die sich im Besitz des Beklagten befinden. Hier ist es wichtig, dass es insbesondere vor dem Beginn des Gerichtsverfahrens eine Pflicht zur Offenlegung der relevanten Informationen gibt. Nur wenige Mitgliedstaaten haben bislang Mechanismen eingeführt, die dieser Notwendigkeit Rechnung tragen. Ebenfalls entscheidend ist die Notwendigkeit, Gleichbehandlungsstellen oder ähnliche Institutionen mit der Befugnis auszustatten, ein Verfahren anzustrengen, um diskriminierende Muster aufzudecken, und ihnen auch die Kompetenz zu geben, von Arbeitgebern oder Dienstleistungsanbietern einschlägige Dokumente einzufordern. Mehr Aufmerksamkeit gewidmet werden müsste außerdem der Hilfestellung für die beiden Parteien im Rechtsstreit und sogar für die Gerichte bei der Bestimmung eines geeigneten Pools von Vergleichsmöglichkeiten, vor allem, weil es in dieser Hinsicht keine gut eingeführte Auslegungsweise gibt. Drittens ist es notwendig, dass Bestimmungen über die Zulässigkeit von statistischen Beweisen bei Gerichtsverfahren formuliert werden.

Schließlich sind vor allem umfangreiche Anstrengungen erforderlich, um sicherzustellen, dass Daten verfügbar sind, mit denen in diesem Zusammenhang einschlägige Statistiken zusammengestellt werden können. Solche Datenquellen sollten u. a. Datensätze auf Makroebene sein wie zum Beispiel Volkszählungsdaten und Daten aus Beschäftigungserhebungen, die ein Aufschlüsseln der Daten nach Nichtdiskriminierungsgründen, Wohnort und Qualifikation ermöglichen sollten, und/oder Daten aus Verwaltungsregistern (wie etwa Einwohnermelderegister) mit Daten, die nach jedem Nichtdiskriminierungsgrund aufgeschlüsselt werden können. Ebenfalls nützlich wäre die Erhebung von internen Beobachtungsdaten von Arbeitgebern, Schulen und Dienstleistungsanbietern, einschließlich der Daten über die jeweilige Belegschaft und Dienstleistung, aufgeschlüsselt nach Diskriminierungsgründen, sowie im Verlauf von Untersuchungen verschiedener Art zum Thema Diskriminierung zusammen getragene Informationen. In einigen Fällen kann es theoretisch möglich sein, die benötigten Daten durch Ad-hoc-Tests oder durch Beobachtung zu erheben. In der Praxis ist dies jedoch häufig nicht machbar aufgrund des finanziellen Aufwands und des Bedarfs an Fachwissen, der bei der Anwendung dieser Methoden entsteht.

Unsere Ergebnisse weisen z. T. darauf hin, dass es eben der Mangel an erforderlichen Daten ist, der dazu geführt hat, dass Statistiken in Diskriminierungsfällen nur selten verwendet werden, und nicht etwa rechtliche oder technische Hindernisse. Anfangs war die Verwendung von statistischen Beweisen in den Ländern sehr häufig, die allgemein bei der Erhebung von Daten zur Gleichstellung, z. B. durch die Überwachung der betrieblichen Praxis, sehr aktiv gewesen sind (Vereinigtes Königreich und Niederlande). Zweitens erfolgte die Nutzung von statisti-

¹⁰⁵ ERRC – Interights – MPG, *Strategic Litigation in Europe: From Principles to Practice* (Nottingham: Russell Press, 2004), S. 82.

schen Beweisen sehr häufig im Hinblick auf diejenigen Diskriminierungsgründe, für die statistische Informationen (zumindest in den beiden genannten Ländern) am häufigsten vorkommen: Alter und ethnische Herkunft und (außerhalb des Bereichs dieser Untersuchung:) Geschlecht, wohingegen normalerweise nur wenig ausreichend präzise statistische Informationen zur sexuellen Orientierung, Behinderung und Religion und Weltanschauung erhoben werden. Aufgrund dieser Erkenntnisse ist es wahrscheinlich, dass derzeit viel Diskriminierung un bemerkt und aufgrund der geringen Menge der erhobenen Daten unbestraft verübt wird.

4 Die Rolle von Daten bei der Überwachung von betrieblicher Praxis und der Erbringung von Dienstleistungen

4.1 Diversitätsmonitoring

Die beiden Richtlinien sehen zwar keine direkte gesetzliche Pflicht für Arbeitgeber vor, die Vielfalt ihrer Belegschaften zu überwachen, doch heißt es in Artikel 11(1) der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und in Artikel 13(1) der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung gleich lautend: „Die Mitgliedstaaten treffen (...) geeignete Maßnahmen zur Förderung des sozialen Dialogs zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern mit dem Ziel, die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Überwachung der betrieblichen Praxis (...) voranzubringen.“ Der von der CRE herausgegebene *Guide on Ethnic Monitoring* (Leitfaden zur Überwachung im Hinblick auf den Abbau ethnischer Ungleichheiten) betont die wichtige Rolle des Monitoring im Engagement für mehr Gleichstellung:

Ohne ethnische Monitoring erfährt eine Organisation nie, ob ihr „Race Equality Scheme“ bzw. ihre Gleichstellungspolitik tatsächlich funktioniert. Es besteht die Gefahr, dass diese Politik lediglich als Alibi für Rassengleichheit gesehen wird. Eine Gleichstellungspolitik ohne ethnische Monitoring ist, als wenn man ein gutes Finanzmanagement anstrebt, ohne buchhalterische Aufzeichnungen aufzubewahren.¹⁰⁶

Die quantitative Beobachtung von Belegschaft und Dienstleistungen ist im wesentlichen ein Prozess, bei dem die Verwaltung einer Organisation die Zusammensetzung ihrer Belegschaft und/oder Empfänger ihrer Dienstleistungen überwacht, indem sie die hierfür erforderlichen Daten zusammenstellt. Zur Überwachung der betrieblichen Praxis gehört häufig auch die Einstellung von Personal. Dies bedeutet, dass auch die notwendigen Daten von allen Stellenbewerbern erhoben werden. Das Monitoring kann viele Vorteile haben. Es hilft Arbeitgebern und Dienstleistern, Klagen wegen Diskriminierung zu verhindern, da es ermöglicht, bereits zu einem frühen Zeitpunkt auf diskriminierende Verfahren in der Organisation hinzuweisen. Monitoring ist praktisch eine *conditio sine qua non*, wenn eine Organisation ein Gleichstellungskonzept erstellt und Ziele für eine gleichmäßige Repräsentanz aller Gruppen innerhalb der Belegschaft und/oder bei den Empfängern von Dienstleistungen definiert hat. Die Überwachung der betrieblichen Praxis und die daraus folgende Diversität innerhalb der Belegschaft ist nachweislich auch wirtschaftlich sinnvoll, da sie sicherstellt, dass Arbeitgeber aus dem größten möglichen Talente-Pool schöpfen. Eine Beschreibung und Analyse der verschiedenen Arten, wie die Überwachung von betrieblicher Praxis und Dienstleistungen in der Praxis durchgeführt werden können, befindet sich in Anhang I.

Nur in wenigen EU-Mitgliedstaaten gibt es eine ausdrückliche Rechtsvorschrift, nach der die Überwachung der betrieblichen Praxis oder Dienstleistung notwendig ist, wie sich aus der Untersuchung der einzelstaatlichen Praktiken in Anhang II ergibt. Auch in den Ländern, in denen es eine solche Pflicht gibt, gilt diese tendenziell nur für bestimmte Organisationen. Das Fehlen der ausdrücklichen gesetzlichen Verpflichtung bedeutet jedoch nicht, dass Monitoring nicht auch in den anderen Mitgliedstaaten oder für Organisationen eingeführt werden kann, für die diese Anforderungen nicht gelten. Wo das einzelstaatliche Gleichstellungsgesetz oder andere geltenden Rechtsvorschriften die damit verbundenen Fragen nicht regeln, muss die Gesetzmäßigkeit des Monitoring im Rahmen von allgemeinen oder beschäftigungsspezifischen Datenschutzgesetzen behandelt werden. Solange solchen Rechtsvorschriften entsprochen wird, können alle öffentlichen und privaten Organisationen Monitoringmaßnahmen durchführen. Anonyme Formen von Monitoring sind hier ebenfalls eine Alternative.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Commission For Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002), S. 3.

¹⁰⁷ In diesem Zusammenhang sollte zur Kenntnis genommen werden, dass der renommierte Béb  ar-Bericht in Frankreich empfohlen hat, dass französische Unternehmen jährlich eine anonyme Überwachung der betrieblichen Praxis vornehmen sollten. Siehe Claude B  b  ar, *Des entreprises aux couleurs de la France – Minorités visibles: relever le défi de l’ac  s    l’emploi et de l’intégration dans l’entreprise*. Abrufbar unter: <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000573/0000.pdf> (Stand: 1.5.2006).

Erfahrungen aus den Ländern, die eine Monitoringpflicht eingeführt haben, haben gezeigt, dass sie tatsächlich ein wirksames Mittel zur Förderung von Gleichstellung ist, insbesondere dort, wo es hierfür viel öffentliche Unterstützung gibt. Diese Erfahrungen werden in Anhang I untersucht.¹⁰⁸

4.2 Schlussfolgerungen

Trotz der vielen Vorteile des Monitoring und trotz der überwiegend guten Erfahrungen haben nur wenige EU-Mitgliedstaaten bisher eine Verpflichtung zum Monitoring eingeführt. Dies liegt wahrscheinlich daran, dass die Idee, insbesondere im Zusammenhang mit Beschäftigung und Dienstleistung Daten zu erheben, noch keine allgemeine Unterstützung gefunden hat und noch für viele als heikles Thema gilt. Jedoch zeigen Belege aus vielen Ländern, dass es zwar einige praktische Herausforderungen bei der Einführung von Monitoring am Arbeitsplatz und im Bereich Dienstleistung gibt, jedoch können diese überwunden werden. Man muss sehen, dass die jeweiligen Empfindlichkeiten je nach Gleichstellungsgrund unterschiedlich sein können, und dass es einige Zeit dauern kann, bis Monitoring allgemein Akzeptanz findet. Häufig kann sich auch die anonyme Beobachtung als eine Möglichkeit erweisen, Monitoring einzuführen, obwohl im Hinblick auf die Ziele des Monitoring die nichtanonyme Form wichtige Vorteile gegenüber der anonymen Form bietet.

Letztendlich sollten die Sozialpartner in jedem Land zu diesen Themen im Dialog stehen, wie dies auch die beiden Richtlinien fordern, und sollten ernsthaft erwägen, ihre jeweiligen Regierungen aufzufordern, eine Monitoringpflicht einzuführen oder von sich aus über die Einführung eines freiwilligen Verhaltenskodex nachdenken.

5. Die Rolle von Daten bei der Bemessung von Diskriminierung im Allgemeinen

Daten spielen nicht nur eine potentiell entscheidende Rolle in Rechtsfällen und bei der Beobachtung der üblichen Praxis am Arbeitsplatz, sie sind allgemein auch unentbehrlich für die Untersuchung von Ursachen, Ausmaß und Folgen von Diskriminierung. Diese Daten können helfen, die folgenden Fragen zu beantworten:

- Erstens: Wie groß sind die Gruppen, über die wir sprechen? Wie sieht ihre sozioökonomische Situation aus, und wie können sie mit den anderen Gruppen verglichen werden? Diese Fragen lassen sich am besten beantworten mit demografischen und sozioökonomischen Statistiken auf der Grundlage von Volkszählungs-, Erhebungs- und Verwaltungsdaten, sofern diese die relevanten Variablen (z. B. ethnische Herkunft) berücksichtigen.
- Wie hoch ist die Anzahl der Beschwerden über Diskriminierung, die z. B. pro Jahr bei den zuständigen Stellen eingereicht werden? Welches Profil haben jeweils die Kläger und der Täter? Diese Fragen können durch so genannte Beschwerdedaten beantwortet werden.
- Wie viel und welche Art von Diskriminierung erfahren die Mitglieder der Gruppen, die der Erfahrung von Diskriminierung besonders ausgesetzt sind? Was unternehmen die Opfer wegen der erlittenen Diskriminierung? Diese Fragen können auf der Grundlage von Daten aus Untersuchungen über Opfer beantwortet werden.
- Wie verbreitet sind Vorurteile in einer bestimmten Gruppe oder in der Gesellschaft insgesamt? Ist es den Menschen bewusst, dass es Gleichbehandlungs-Rechtsvorschriften gibt? Diese Fragen können durch Erhebungen über Einstellung und Meinungsumfragen beantwortet werden.
- Handeln Arbeitgeber und Dienstleistungsanbieter in der Praxis diskriminierend? Werden die Rechtsvorschriften zur Gleichstellung eingehalten, oder besteht hier der Bedarf, härtere Gesetze einzuführen? Diese Fragen können mit Untersuchungen über Diskriminierungstests beantwortet werden.

Dieses Kapitel befasst sich mit den verschiedenen Instrumenten, die verwendet werden können, um die oben genannten Statistiken zusammenzustellen.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Siehe auch Commission For Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002), S. 3; Dex, Shirley and Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment: How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005), S. 10; Collins, Evelyn 'The Role of Equality Bodies in Advancing the Case for Data' in Simo Mannila (Hg.), *Data to Promote Equality* (Helsinki: Edita, 2005).

¹⁰⁹ Für eine Untersuchung der verschiedenen Quellen von Daten und ihrer Nützlichkeit siehe z. B. Wrench, John 'The Measurement of Discrimination: Problems of Comparability and the Role of Research' in Simo Mannila (Hg.): *Data to Promote Equality: Proceedings of the*

5.1 Offizielle soziale, wirtschaftliche und demografische Statistiken

In allen EU-Mitgliedstaaten werden über die gesamte Bevölkerung Statistiken zur Beschäftigung, zu Bildungsstand, Einkommen, Gesundheit und Vermögen erstellt. Solche Statistiken liefern wichtige Informationen zum sozioökonomischen Status der Bevölkerung und bieten, wenn sie nach Alter, Behinderung, Rasse oder ethnischer Herkunft, und/oder Religion oder Weltanschauung aufgeschlüsselt sind, einen äußerst wichtigen Ausgangspunkt für die Analyse der Situation von diskriminierungsgefährdeten Gruppen.¹¹⁰

Die Verwendung solcher Statistiken bietet zwei große Vorteile. Erstens werden die notwendigen Daten häufig regelmäßig vom Staat erstellt, was eine stabile Entwicklung der Längsschnittdaten ermöglicht, mit der Trendanalysen gemacht werden können. Zweitens bieten sozioökonomische Daten einen wichtigen Einblick in die Auswirkungen von unmittelbarer, mittelbarer und struktureller Diskriminierung sowie von allen anderen Ursachen von Benachteiligung. Dies ist wichtig, da sich die Messung insbesondere von indirekter und struktureller Diskriminierung offensichtlich als schwierig erweist.

Trotz ihrer Vorteile hat diese Informationsquelle aber auch Grenzen. Zunächst einmal führt nicht jede Diskriminierung zu wahrnehmbaren Unterschieden bei den Ergebnissen, was bedeutet, dass einige Formen der Diskriminierung in sozioökonomischen Statistiken nicht sichtbar sind.¹¹¹ Zweitens ist es eine schwierige Aufgabe, wenn man anhand von Statistiken genau bestimmen will, inwiefern die benachteiligte Position einer Gruppe ein Ergebnis von Diskriminierung ist. Zwar kann man mit Sicherheit davon ausgehen, dass diskriminierte Gruppen schlechter gestellt sind, als wenn sie nicht diskriminiert würden, doch ist es eine extrem schwierige Aufgabe, zu bestimmen, inwiefern ihr sozioökonomischer Nachteil ausdrücklich aus der Diskriminierung resultiert. Einige Forscher haben multivariate Analysen¹¹² eingesetzt, in der Bemühung, die anderen relevanten Variablen wie etwa das durchschnittliche Bildungsniveau zu kontrollieren, um einschätzen zu können, inwiefern sich Unterschiede z. B. beim Einkommens- und Beschäftigungsniveau auf Diskriminierung zurückführen lassen. Die Durchführung einer wirksamen Regressionsanalyse stellt weitere Anforderungen an die Erhebung von Daten, da hierfür eine große Auswahl von Daten für alle Gleichberechtigungsgründe, z. B. im Hinblick auf den Bildungsstand, erforderlich ist. Daten dieser Art stehen derzeit nicht oft zur Verfügung. Darüber hinaus stand die Methode selbst bereits mehrfach in der Kritik.¹¹³

In jedem Fall ist es schon aus der Sicht anderer Politikziele an sich sehr wichtig festzustellen, ob es wahrnehmbare Unterschiede beim sozioökonomischen Status verschiedener Gruppen gibt, selbst wenn nicht immer mit Sicherheit bestimmt werden kann, inwiefern diese Unterschiede aus der Diskriminierung resultieren.¹¹⁴ Wenn Unterschiede vorliegen, muss diese Angelegenheit eingehender untersucht werden, möglicherweise müssen auch angemessene Korrekturmaßnahmen eingeleitet werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Statistiken unterschiedliche Ergebnisse in verschiedenen Bereichen des Lebens wie etwa Beschäftigung, Wohnungswesen und Gesundheit offen legen.¹¹⁵

Das Ausmaß, in dem die oben beschriebenen Daten existieren, ist von Land zu Land unterschiedlich. Es gibt drei mögliche primäre Quellen für soziale, wirtschaftliche und demographische Daten: Volkszählungen,

European Conference (Helsinki: Edita, 2005). Siehe auch Wrench, John – Tariq Modood, *The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK*. International Migration Papers 38 (Geneva: ILO, 2000).

¹¹⁰ Die sexuelle Orientierung wird hier nicht erwähnt, da es nicht wahrscheinlich scheint, dass die EU-Mitgliedstaaten diese Variable in nächster Zeit bei der Erstellung ihrer offiziellen Statistiken berücksichtigen werden.

¹¹¹ Dies wäre systematisch der Fall bei verschiedenen Arten von Diskriminierung, wie etwa, wenn eine Person aufgrund ihrer ethnischen Herkunft keinen Zugang zu einem Restaurant erhält, was wahrscheinlich keine Änderungen an ihrem sozioökonomischen Status verursacht. Beim Zugang zu einem Arbeitsplatz kann eine Person auch wiederholt diskriminiert werden, mit der Ausnahme von einem Mal und somit möglicherweise eine Stelle erhalten, die ihren Qualifikationen entspricht. Deshalb führen auch wiederholte Fälle von Diskriminierung nicht immer zu wahrnehmbaren Unterschieden bei den Ergebnissen.

¹¹² Bei der multivariaten Analyse gilt als Diskriminierung die nicht erklärbare Restdifferenz zwischen zwei Gruppen, nachdem alle Variablen, bei denen vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass sie eine Rolle gespielt haben, berücksichtigt und kontrolliert worden sind.

¹¹³ Siehe Riach, P. A. – J. Rich 'Field Experiments of Discrimination in the Market Place' *The Economic Journal* 112, November 2002, S. F481. Theoretisch besteht eine Einschränkung bei dieser Methode darin, dass dabei nicht berücksichtigt wird, inwiefern die überwachten Variablen auch Diskriminierung reflektieren.

¹¹⁴ Beim „Ergebnisgleichheits-Modell“, das als solches in den beiden Richtlinien jedoch nicht enthalten ist, ist ein Unterschied bezüglich des sozioökonomischen Status an sich bereits ein Beweis dafür, dass eine Ungleichheit vorliegt.

¹¹⁵ Hier muss noch einmal gesagt werden, dass die EU-Richtlinien die Annahme von positiven Maßnahmen mit dem Vorliegen einer Benachteiligung, nicht mit Diskriminierung verbinden.

Haushalterhebungen und Verwaltungsaufzeichnungen. Diese bieten nicht nur grundlegende Daten für sozio-ökonomische Statistiken, sondern haben auch zwei weitere wichtige Funktionen aus der Sicht der Arbeit im Kampf gegen Diskriminierung. Sie liefern die externen Bezugsdaten, die Arbeitgeber und Dienstleistungsanbieter für die Bewertung ihrer internen Daten benötigen, wie auch im Zusammenhang mit dem Monitoring bereits erörtert wurde (Kapitel 4). Darüber hinaus können Volkszählungen und Verwaltungsaufzeichnungen als Stichprobengrundlage verwendet werden für verschiedene Arten von Erhebungen zu Erfahrungen oder Einstellungen zum Thema Diskriminierung.

Volkszählungen. Volkszählungen sind eine ergiebige Quelle für soziale und demografische Statistiken. In fast allen Ländern der Welt werden regelmäßig Volkszählungen durchgeführt, in der Regel alle fünf oder zehn Jahre.¹¹⁶ Zusätzlich zu sozioökonomischen und demographischen Merkmalen liefert eine Volkszählung normalerweise Informationen über Größe, Zusammensetzung und räumliche Verteilung der Bevölkerung. Ein maßgebender UN-Leitfaden für Volkszählungen listet mehrere Themen auf, die die Länder vorrangig in ihre jeweiligen Volkszählungsfragebögen aufnehmen sollten (diese werden *basic topics*, grundlegende Themen, genannt), sowie eine Liste mit anderen Themen, die einzubeziehen sie erwägen sollten.¹¹⁷ Als solche grundlegenden Themen sind z. B. Beschäftigung, Schulbesuch und Bildungsstand aufgelistet, zusammen mit Geburtsort, Staatsbürgerschaft, Geschlecht und Alter. Sprache, Religion, nationale und/oder ethnische Gruppe und Behinderung gehören zur zweiten Kategorie. Wie in Anhang III ausführlicher beschrieben erheben alle EU-Mitgliedstaaten Daten zum Alter (das Geburtsdatum), und die meisten erheben Daten zu Behinderung, Religion und zur nationalen oder ethnischen Herkunft. Kein Mitgliedstaat erhebt derzeit direkte Daten über sexuelle Orientierung.

Haushalterhebungen. Haushalterhebungen bieten eine flexible Methode der Erhebung von Daten und sind in den letzten 60-70 Jahren zu einer wichtigen Quelle von Daten über soziale Phänomene geworden. Bei Stichprobenerhebungen wird ein Teil der Bevölkerung ausgewählt, von dem dann Daten erhoben werden, anhand derer Schlussfolgerungen auf die gesamte Bevölkerung gezogen werden. Stichprobenerhebungen ermöglichen die Behandlung bestimmter Themen mit einer größeren Detailliertheit als bei Volkszählungen. Haushalterhebungen behandelt in der Regel Themen wie etwa Beschäftigung und Behinderung. Es können Ad-Hoc- oder regelmäßige Erhebungen sein.¹¹⁸

Verwaltungsaufzeichnungen. Viele Arten von Sozialstatistiken werden durch verschiedene administrative Prozesse zusammengestellt. Diese Aufzeichnungen sind u. a. zentrale und lokale Einwohnermelderegister, wichtige aus dem zivilen Meldewesen zusammen getragene Statistiken¹¹⁹ und Bildungsstatistiken aus Einschreibungsübersichten der Bildungsministerien. Da sie auf kontinuierlichen Prozessen basieren, haben Verwaltungsaufzeichnungen den Vorteil, dass sie genaue und aktuelle Informationen liefern. Eine sehr gute Informationsquelle kann die Kombination aus verschiedenen Verwaltungsaufzeichnungen sein. Die wichtigste Datenquelle aus der Verwaltung ist, sofern es existiert, das Einwohnermelderegister. Ein Einwohnermeldeverzeichnis enthält eine Datenbank mit Angaben zu jeder Person und zu jedem Haushalt im Land. Dieses Verzeichnis wird ständig aktualisiert, wenn es Änderungen bei den Merkmalen einer Person und/oder eines Haushalts gibt. Länder, die solche Systeme entwickelt haben, sind u. a. Dänemark, Finnland, Deutschland und die Niederlande, Norwegen und Schweden. In den meisten dieser Länder basieren Volkszählungen auf dem Einwohnermeldesystem.¹²⁰

5.2 Daten zu Beschwerden

Die grundlegenden Daten über Ausmaß und Art von Diskriminierung werden aus dem gewonnen, was im weitesten Sinne Beschwerdedaten genannt werden kann. Beschwerdedaten können aus verschiedenen Quellen

¹¹⁶ Während der Volkszählungsrunde des Jahres 2000 führten insgesamt 184 Länder und Regionen Volkszählungen durch. United Nations, *Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses*, Revision 1. Statistical Papers Series M No. 67/rev.1 (New York, 1997), S. 3. Auch abrufbar unter: http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_67rev1E.pdf

¹¹⁷ Ebenda.

¹¹⁸ Ebenda, S. 3.

¹¹⁹ Fast alle Länder der Welt haben ein umfangreiches Registriersystem, in dem sie wesentliche Ereignisse wie zum Beispiel Lebendgeburten und Todesfälle (einschließlich der Totgeburten), Eheschließungen und Scheidungen erfassen.

¹²⁰ United Nations, *Designing Household Survey Samples: Practical Guidelines* (New York, 2005), S. 5. Auch abrufbar unter: <http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/surveys/Handbook23June05.pdf>

stammen wie z. B. aus Berichten von Polizei oder Staatsanwaltschaft sowie Gerichtsunterlagen und Daten verschiedener Stellen, bei denen Beschwerden eingehen, wie bei Gleichbehandlungsstellen und Ombudsmännern; zu den Beschwerdedaten gehören in der Regel Informationen über die Anzahl und Arten von Beschwerden, die bei einer bestimmten Institution eingereicht werden. Möglicherweise sind auch andere Daten erhältlich wie etwa das Gesamtprofil von Tätern und Klägern, aufgeschlüsselt nach Variablen wie Alter, Geschlecht, Staatsangehörigkeit usw. Die Verbindung der Quelldaten von Polizei-, Staatsanwaltschafts- und Gerichtsregistern miteinander kann erhebliche zusätzliche Informationen liefern. Dadurch kann festgehalten werden, wie viele Strafanzeigen wegen Diskriminierung jährlich bei der Polizei eingehen (in jenen Ländern, wo Diskriminierung eine Straftat ist), wie viele dieser Fälle von den Strafverfolgungsbehörden vor Gericht gebracht werden, und wie viele dieser Fälle damit enden, dass nachweislich diskriminiert wurde.

Beschwerdedaten sind dennoch insofern in ihrer Aussagekraft beschränkt, als sie bestenfalls nur über diejenigen Fälle von Diskriminierung etwas sagen können, über die Anzeige erstattet wurde, während Diskriminierung ein Beispiel *par excellence* für einen Tatbestand ist, der häufig unerkannt bleibt. Hierfür gibt es zwei Hauptgründe: Zunächst weist einiges darauf hin, dass die Menschen nicht unbedingt wissen, dass sie diskriminiert werden, und man deshalb nicht davon ausgehen kann, dass eine Beschwerde erfolgt. Viele Forscher haben argumentiert, dass Diskriminierung infolge der erhöhten Anzahl gesetzlicher und anderer Maßnahmen auf diesem Gebiet zunehmend subtile und schwieriger erkennbare Formen annimmt.¹²¹ Zweitens kann eine Person, auch wenn sie sich der Tatsache bewusst ist, dass sie diskriminiert worden ist, verschiedene Gründe haben, nicht zu klagen oder in anderer Weise eine Beschwerde vorzubringen.

Daten über Beschwerden im weiteren Sinne können auch durch die Tätigkeit anderer Stellen, die keine Behörden sind, erhältlich sein. Zahlreiche in einem EU-Land tätige Organisationen haben Telefon-Hotlines oder andere Möglichkeiten eingeführt, mit denen sie Opfern von Diskriminierung Hilfe und Beratung zur Verfügung stellen. Normalerweise halten diese Organisationen die ihnen gemeldeten Fälle und die jeweils ergriffenen Maßnahmen schriftlich fest. Der Vorteil dieser Organisationen ist, dass sie sich häufig vor Ort befinden und leicht erreichbar sind, d. h. die Hemmschwelle, sich mit ihnen in Verbindung zu setzen, ist nicht hoch.¹²²

5.3. Erhebungen

Erhebungen sind Untersuchungen, mit denen per Post, telefonisch oder in Form von persönlichen Interviews Informationen über Erfahrungen, Gewohnheiten, Meinungen, Einstellungen und/oder die soziale und wirtschaftliche Lage einer Gruppe von Personen gesammelt werden. Seit einiger Zeit kamen zum technologisch-methodischen Repertoire u. a. noch webgestützte (Online-) und E-Mail-Umfragen dazu.¹²³ Umfragemethoden sind weit verbreitet, und die damit verwandten Methoden sind gut entwickelt. Im Hinblick auf das Sammeln von Daten über Diskriminierung sind die wichtigsten Erhebungsarten möglicherweise Umfragen bei Opfern und Erhebungen zur Selbstanzeige.

Opfererhebungen. Opfererhebungen sind eine ausgezeichnete Möglichkeit, versteckte Kriminalität aufzudecken, da die Daten direkt bei den Personen erhoben werden, die besonders gefährdet sind, diskriminiert zu werden. Opfererhebungen bieten einen guten Überblick über Ausmaß und Art der Erfahrung von Diskriminierung. Über Erfahrungen von Hindernissen beim Zugang zu Justiz sowie zu den psychischen und anderen Folgen von Diskriminierung können Erhebungen detaillierte Informationen liefern. Es sollte betont werden, dass Opfererhebungen nur die Erfahrungen von tatsächlich befragten Personen zeigen können: Die tatsächlich vorkommende Diskriminierung kann weiter verbreitet sein, als von den Befragten angegeben wird, da sich die Befragten vielleicht nicht immer darüber bewusst sind, dass sie diskriminiert worden sind; andererseits kann die tatsächlich vorkommende Diskriminierung niedriger sein als von den Befragten angegeben, da Einzelne ein nega-

¹²¹ Siehe z. B. National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC: National Academies press, 2004), S.71.

¹²² Triesscheijn, Cyril, *Multi agency monitoring of discrimination; factors and actors in the local setting*. A paper for the Stockholm International Forum Combating Intolerance, 29-30 January, 2001.

¹²³ Siehe Duffy, Bobby et al 'Comparing data from online and face-to-face surveys' *International Journal of Market Research* Vol. 47, Issue 6, S. 616 und die darin zitierten Verweise.

tives Ereignis bisweilen irrtümlich der Diskriminierung zuschreiben können, auch wenn Diskriminierung dabei keine Rolle gespielt hat. Auf jeden Fall haben sich die Ergebnisse von Opfererhebungen als gutes Instrument dafür erwiesen, dass das Thema Diskriminierung auf die politische Tagesordnung gesetzt wurde und zu den meistgenutzten Formen in der Diskriminierungsforschung geworden sind.

Erhebungen zur Selbstanzeige. Erhebungen zur Selbstanzeige werden im Rahmen der Antidiskriminierungsarbeit verwendet, um das Vorherrschen und die Art (i) von Vorurteilen und Stereotypen oder (ii) das umstrittene Verhalten innerhalb einer bestimmten Population aufzuzeigen. Zielgruppe dieser Erhebungen können die allgemeine Bevölkerung auf lokaler, regionaler, nationaler oder z. B. auf europäischer Ebene oder auch eine bestimmte Gruppe sein. Gezielte Erhebungen zur Selbstanzeige untersuchen in der Regel die wichtigsten Berufsgruppen (so genannte Gatekeeper-Gruppen) und erfassen vorliegende Stereotypen, Vorurteile und/oder die Beteiligung an fragwürdigen Praktiken. Erhebungen zu Einstellungen haben den Vorteil, dass sie eingesetzt werden können, um die Haltungen gegenüber allen Gruppen zu erfassen, die für Diskriminierung anfällig sind. Erhebungen zu Einstellungen können, wenn sie in regelmäßigen Abständen durchgeführt werden, Informationen über Änderungen in der Einstellung liefern und somit wie ein Frühwarnsystem funktionieren. Es gibt zwar keine Eins-zu-Eins-Entsprechung zwischen negativen Einstellungen und diskriminierendem Verhalten, doch existiert zwischen den beiden eine positive Korrelation, so dass man sagen kann, dass aus einer verstärkten gesellschaftlichen Akzeptanz von Vorurteilen die Gefahr von mehr Diskriminierung abgelesen werden kann.

5.4 Stichprobenprüfung

Stichprobenprüfung¹²⁴ sind eine Form von sozialen Experimenten in einer realen Lebenssituation. Bei Situationsprüfungen werden zwei oder mehr Personen genommen, die hinsichtlich aller einschlägiger Merkmale zusammenpassen, mit Ausnahme der Merkmale wie Behinderung oder ethnische Herkunft, die erwartungsgemäß zu Diskriminierung führen sollen.¹²⁵ Die Testpersonen bewerben sich um einen Arbeitsplatz, eine Wohnung oder irgend ein anderes Gut, und die Ergebnisse und die Behandlung, die sie dabei erfahren, werden genauestens überwacht.¹²⁶ Diese Art des Paired-Tests ermöglicht eine gute Kontrolle über verschiedene verursachenden Variablen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Ungleichbehandlungen durch Variablen verursacht werden, die der Forscher nicht beobachten können, ist dabei geringer.¹²⁷ Die direkte und unmissverständliche Messung lässt keinen Raum für andere Erklärungen.¹²⁸ Situationsprüfungen wurden eingesetzt zur Untersuchung von Diskriminierung in den Bereichen Beschäftigung, Miet- und Eigentumswohnungen, Gebäudeversicherungen, Hypothekenkredit, Autoverkauf, Zugang zu Hotels, Banken, Zugang zu Dienstleistungseinrichtungen, Taxidiensten, Zugang zur Mitgliedschaft in Fitnessclubs, Bars und Discotheken.¹²⁹ Von den EU-Ländern wurde diese Methode mindestens in Großbritannien, Frankreich, Deutschland, Italien, Spanien und den Niederlanden eingesetzt. Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) unterstützt die Verwendung dieser Methode. Sie wurde ursprünglich als Instrument entwickelt, mit dem die Beachtung von Rechtsvorschriften überprüft werden sollte, und kann eingesetzt werden, um die Wirksamkeit von Antidiskriminierungsgesetzen zu bewerten.¹³⁰ Diese Methode ist schon sehr gut entwickelt und wird seit mehr als 35 Jahren eingesetzt.¹³¹

¹²⁴ Auch „Diskriminierungstests“, „Vor-Ort-Überprüfung“ und „Paired-Tests“ genannt.

¹²⁵ Fix, Michael and Margery Turner 'Testing for Discrimination: **The Case for a National Report Card**', *Civil Rights Journal*, Fall 1999.

¹²⁶ Ebenda.

¹²⁷ Ebenda.

¹²⁸ Bovenkerk, Frank 'The Research Methodology' in de Beijl, Roger Zegers (Hg.) *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market; A comparative study of four European countries* (Geneva: International Labour Office, 2000), S. 17

¹²⁹ Foster, Angela Williams et al, *Measuring Housing Discrimination in a National Study: Report of a Workshop* (Washington DC: National Academy Press, 2002), 9; Riach, P. A. – J. Rich 'Field Experiments of Discrimination in the Market Place' *The Economic Journal* 112, November 2002, S. F515; Fix, Michael and Margery Turner 'Testing for Discrimination: The Case for a National Report Card' *Civil Rights Journal*, Fall 1999; Bovenkerk (ebd.), S. 13

¹³⁰ Colectivo IOE, *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*, International Migration Papers 9 (Geneva: International Labour Office, 1995).

¹³¹ Siehe Riach, P. A. – J. Rich 'Field Experiments of Discrimination in the Market Place' *The Economic Journal* 112, November 2002, S. F515.

Die Situationstest-Methode hat mehrere Vorteile. Sie wurde zwar bisher hauptsächlich für die Untersuchung und den Nachweis von Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft oder des Geschlechts eingesetzt, doch lässt sie sich vermutlich auch für die Untersuchung von Diskriminierung aufgrund von Behinderung, sexueller Orientierung, Alter und Religion anwenden.¹³² Dies ist wichtig, weil es sehr schwierig ist, Diskriminierung aus diesen anderen Gründen auf anderem Wege zu messen. Situationstests sind auch deshalb ein besonders wertvolles Instrument, weil sie eingesetzt werden können, um verborgene Formen von Diskriminierung ans Licht zu bringen. Ergebnisse von Test-Experimenten sind häufig auch sehr gut generalisierbar, d. h. man kann auf der Grundlage dieser Experimente Schlussfolgerungen ziehen über das tatsächliche Niveau der Diskriminierung in einer Gesellschaft.¹³³

Es gibt wenige Nachteile beim Einsatz von Situationsprüfungen. Eine der Einschränkungen dieser Methode ist, dass sie vor allem für die Untersuchung der Einstellungspolitik oder des Zugangs zu Dienstleistungen anzuwenden ist. Es ist schwierig zu sehen, wie diese Methode angewendet werden könnte, um auf Lohnungleichheit oder Ungleichbehandlung im beruflichen Aufstieg hinzuweisen, da eine Untersuchung dieser Fragen voraussetzen würde, dass ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde. Dies liegt daher außerhalb der Grenzen eines Experiments. Über die ethische Vertretbarkeit dieser Methode gab es bereits einige Diskussionen. Es scheint jedoch die Schlussfolgerung nahe zu liegen, dass es hier keine größeren Probleme gibt, insbesondere da für die an der Studie beteiligten Personen nur minimale Unannehmlichkeiten entstanden sind.¹³⁴ Der Einsatz von Situationsprüfungen fand breite Unterstützung und hat sich als sinnvoll erwiesen. Die Autoren Riach und Rich kommen zu der Schlussfolgerung, dass Diskriminierungstests in den USA entscheidende Beweise für anhaltende und weit verbreitete Diskriminierung in der Beschäftigung erbracht haben, in der die Netto-Diskriminierung von Schwarzen, Asiaten und Arabern nie unter 25% betragen hat.¹³⁵ Bovenkerk zufolge haben Situationsprüfungen die Entwicklung und Verfeinerung staatlicher Maßnahmen stark beeinflusst, die darauf abzielen, gegen illegale unmoralische Diskriminierung vorzugehen.¹³⁶

5.5 Schlussfolgerungen

Statistische Daten aus amtlichen Datenquellen und Untersuchungen liefern wichtige gesellschaftliche Informationen darüber, wie Gleichbehandlungs-Rechtsvorschriften in der Praxis eingehalten werden, und welche Auswirkung sie auf die Situation von diskriminierungsgefährdeten Gruppen haben. Internationale Vertragsorgane und Überwachungs-Organisationen fordern die Staaten seit Jahren dazu auf, diese Art von Informationen zu erheben. Tatsächlich verfügen viele, wenn nicht sogar die meisten Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht über einige Informationen. In der Regel erheben und veröffentlichen sie Daten über die Anzahl der Diskriminierungsbeschwerden, die bei der Polizei oder einer anderen zuständigen Stelle eingehen, und führen gelegentlich Untersuchungen bei Opfern und/oder Meinungsumfragen durch.¹³⁷ Es scheint jedoch, dass solche Daten meist über ethnische Diskriminierung und weniger häufig über Altersdiskriminierung oder Diskriminierung aufgrund von Behinderung zusammengestellt und veröffentlicht werden. Diskriminierung aufgrund von Religion und sexueller Orientierung scheinen die Themen zu sein, die am wenigsten häufig untersucht werden. Außerdem fehlen hier selbst die grundlegendsten Daten bezüglich der Größe und sozioökonomischen Position der verschiedenen Gruppen. Tatsächlich muss auch in diesem Zusammenhang festgestellt werden, dass die Erhebung von Daten eine viel zu wenig genutzte Möglichkeit ist, die Verwirklichung der Gleichbehandlung in der Praxis zu sichern und zu fördern.

¹³² Ebd., S. 484, 485, 505 ff, 515.

¹³³ National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC: National Academies press, 2004), S.72

¹³⁴ Riach, P. A. & J. Rich, 'Deceptive Field Experiments of Discrimination: Are they Ethical?' *Kyklos*, Vol. 57, 2004, S. 457-470.

¹³⁵ Siehe Riach, P. A. – J. Rich 'Field, Experiments of Discrimination in the Market Place' *The Economic Journal* 112, November 2002, S. F499.

¹³⁶ Bovenkerk, Frank 'The Research Methodology' in de Beijl, Roger Zegers (Hg.), *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market – A comparative study of four European countries* (Geneva: International Labour Office, 2000), S. 39

¹³⁷ Siehe die von den internationalen Vertragsorganen und Stellen wie etwa EUMC und ECRI herausgegebenen länderspezifischen und allgemeinen Berichte sowie die regelmäßigen Länderberichte, die den Vertragsorganen von den Vertragsparteien vorgelegt werden. In diesen Informationsquellen sind häufig die neuesten Informationen zusammengefasst, die für die verschiedenen Länder erhältlich sind.

Joni | 1989

TEIL IV

Risiken, Einschränkungen und Herausforderungen bei der Datenerhebung

Informationen sind Macht, heißt es oft. In den vorangegangenen Kapiteln wurden die zahlreichen Möglichkeiten untersucht, wie Daten denjenigen dabei helfen können, die die Gleichbehandlung zu einer Realität machen wollen. So wie Daten für nützliche und legitime Zwecke verwendet werden, können sie theoretisch auch für Zwecke verwendet werden, die nicht nützlich und legitim sind. Beispiele für den Missbrauch von sensiblen Daten in der Vergangenheit haben gezeigt, dass es im Zusammenhang mit der Erhebung von sensiblen Daten echte und erhebliche Gefahren gibt. Daher sind viele der Ansicht, dass sensible Daten überhaupt nicht erhoben werden sollten. Viele sagen auch, dass die Erhebung von Daten ein Verstoß gegen Rechtsvorschriften zum Schutz des Privatlebens und gegen Datenschutzgesetze darstellt.

Es sollte jedoch betont werden, dass nicht der Inhalt der Daten ein Risiko darstellt, sondern der Zusammenhang und der Zweck ihrer Verwendung, auf den es ankommt. Es besteht daher die Notwendigkeit, den rechtmäßigen Bedarf an Daten mit der ebenfalls rechtmäßigen Notwendigkeit, Daten vor der Nutzung für gesetzeswidrige Zwecke zu schützen, in Einklang zu bringen. Und genau das machen die internationalen und nationalen Rechtsvorschriften zum Schutz des Privatlebens und zum Datenschutz; sie versuchen, zwischen den verschiedenen Bedürfnissen ein angemessenes Gleichgewicht zu finden.

Folglich befasst sich dieser Teil mit früheren und aktuellen Erfahrungen mit Datenmissbrauch (Kapitel 6) und analysiert die Grenzen und Bedingungen von Rechtsvorschriften zum Schutz des Privatlebens und dem Datenschutz für Maßnahmen zur Datenerhebung (Kapitel 7). Insbesondere das Datenschutzgesetz hat eine große Auswirkung auf die Erhebung von Daten, doch ist es nicht das einzige Gesetz, das dabei eine Rolle spielt. Eines der umstrittensten Themen im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten ist die Frage, wie sich Menschen in bestimmte Gruppen einteilen lassen. Offensichtlich werden die Verlässlichkeit und die Ziele einer jeglichen Erhebung von Daten ernsthaft in Frage gestellt, wenn sich Menschen in einer nicht-standardisierten Weise in Gruppen einteilen oder von anderen eingeteilt werden. Einige Leitlinien sind in dieser Hinsicht erforderlich. Daher untersucht der Bericht als letztes Thema die Frage, welche Rolle die internationalen Menschenrechtsvorschriften hierbei spielen (Kapitel 8).

6 Der Missbrauch von Daten in Vergangenheit und Gegenwart

Angesichts der zahlreichen historischen und einiger aktueller Beispiele von Datenmissbrauch im Zusammenhang mit Menschenrechtsverletzungen ist es verständlich, dass der Begriff der Erhebung von sensiblen Daten viele Bedenken und Befürchtungen hervorruft. Es gab mehrere bekannte Situationen, in denen Bevölkerungsdaten verwendet wurden, oder in denen versucht oder geplant wurde, diese Daten zu verwenden, um auf verletzbare Gruppen innerhalb der Bevölkerung abzielen. Selzer und Anderson haben 17 Fälle gefunden, in denen Bevölkerungsdaten-Systeme entweder dafür verwendet wurden, sich an Einzelne oder Bevölkerungsuntergruppen zu wenden, bzw. in denen solche Anstrengungen begonnen oder ernsthaft erwogen wurden.¹³⁸ Zu diesen Beispielen gehören die Vernichtung und Vertreibung von Juden, Roma und anderen Gruppen in insgesamt sechs europäischen Ländern während des Zweiten Weltkriegs, die Internierung und Vertreibung japanischer Amerikaner in den Jahren 1941-1945, die Apartheid in Südafrika, die Kulturrevolution in China und der Völkermord in Ruanda von 1994.¹³⁹

Diese Untersuchung hat gezeigt, dass Missbrauch oder versuchter Missbrauch von Bevölkerungsdaten sowohl in totalitären als auch in demokratischen Ländern vorgekommen ist, obwohl diese Arten von Missbrauch in demokratischen Gesellschaften vor allem in Zeiten nationaler Belastung vorkommen.¹⁴⁰ Zu den Zielgruppen gehörten Rassen- und ethnische Minderheiten, sprachliche Minderheiten, indigene und unterdrückte Bevölkerungen wie zum Beispiel Afrikaner, „Inden“ und die „Farbigen“ in Südafrika sowie Angehörige von „falschen“ Gesellschaftsgruppen. Geografisch sind alle Regionen der Welt außer Lateinamerika und Westasien vertreten, obwohl dies möglicherweise daran liegt, dass zu diesen Gebieten noch nicht viel geforscht worden ist. Zwar stammen fast alle Beispiele für den Missbrauch oder den vermuteten Missbrauch von Bevölkerungsdaten

¹³⁸ Selzer, William 'On the use of Population Data Systems to Target Vulnerable Population Subgroups for Human Rights Abuses' *Coyuntura Social* No. 30, 2005.

¹³⁹ Ebenda. Siehe auch Selzer, William – Margo Anderson 'After Pearl Harbor: The Proper Role of Population Data Systems in Time of War. 2000'. Ein Forschungsdokument ist abrufbar unter: <http://www.uwm.edu/~margo/govstat/newpaa.pdf>

¹⁴⁰ Ebenda.

systemen aus der Vergangenheit, doch stand die Verwendung oder die in Betracht gezogene Verwendung von Erhebungen und Verwaltungsdaten zur Untersuchung und Verfolgung von mutmaßlichen Terroristen nach dem 11. September in den Vereinigten Staaten ebenfalls auf der Liste dieser 17 Fälle.¹⁴¹

Ein weiteres zeitgenössisches Beispiel für eine umstrittene Praxis stammt aus Zypern, auch wenn dieses eindeutig anders geartet ist als einige der oben genannten historischen Fälle. Im November 2004 gab das Bildungsministerium Zyperns auf Antrag der Einwanderungsbehörden ein Rundschreiben an alle Schulleiter der Grund- und Sekundarschulen im Land heraus, in der das Ministerium sie aufforderte, die Einwanderungsbehörden über ausländische Kindern zu informieren und ihnen die Kontaktangaben ihrer Eltern mitzuteilen, damit überprüft werden kann, ob sich diese legal im Land aufhalten. Der Ombudsmann in Zypern hat diese Angelegenheit untersucht. Im Bericht des Ombudsmanns vom 12. April 2005 wird auf internationale und nationale Gesetze verwiesen, die das Recht auf Bildung garantieren und Diskriminierung in der Ausbildung und in der Wahrnehmung von Rechten verbieten. Der Ombudsmann erklärte, das Rundschreiben verweigere zwar ausländischen Kindern nicht ausdrücklich den Zugang zu Bildung, doch hindere es in der Praxis einen Teil der Einwanderer aus der Furcht vor der Verfolgung durch die Einwanderungsbehörden daran, ihre Kinder in der Schule anzumelden. Der Ombudsmann empfahl daher, das Rundschreiben zurückzuziehen.

Bei einigen Formen der Datenerhebung, insbesondere bei denen, die zum Erhalt umfassender Datensätze führen, mit Informationen über Nationalität, ethnische Herkunft, Religion und möglichen Stellvertreterdaten wie etwa Sprache und Geburtsort, raten die genannten Beispiele zur Vorsicht. Die Existenz solcher Datensätze kann eine Bedrohung darstellen in einer Situation, wo ernsthafte Fehler passieren, und eine Gruppe, die sich gegen eine andere Gruppen für missbräuchliche Zwecke wendet, in der Lage ist, Macht auszuüben, und wo die normalen gesetzlichen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen für den Schutz von Menschenrechten diesen Missbrauch nicht mehr vermeiden oder aufhalten können.

Zahlreiche andere Standpunkte sind jedoch auch eine Überlegung wert: Zunächst hängt die missbräuchliche gezielte Ansprache von bestimmten Personen oder Gruppen nicht von der Existenz von Registern ab, die sensible Informationen enthalten: Die Täter können für diesen Zweck auch andere, wenn auch normalerweise mühsamere, Mittel verwenden. Dies bedeutet, dass das Nichtvorhandensein von sensiblen Daten in den Bevölkerungsdatensystemen noch keine Garantie dafür ist, dass Menschenrechte nicht verletzt werden. Zweitens ist bei vielen Formen von Datenerhebung über Diskriminierung kein Erheben personenbezogener oder empfindlicher Daten enthalten, und viele Formen von Datenerhebung, bei denen dies doch der Fall ist, führen nicht zum Erhalt von riesigen Datenbanken, die für die oben beschriebene Art von Missbrauch verwendet werden könnten. Drittens verfügen nahezu alle Länder der Welt einschließlich aller EU-Länder bereits über umfassende Datensätze, die personenbezogene Daten enthalten, einschließlich abgeleiteter Indikatoren für die ethnische Herkunft, wie Staatsangehörigkeit, Muttersprache und Geburtsort, und es ist nicht wahrscheinlich, dass diese Länder die vorhandenen Daten vernichten oder aufhören, diese zu erheben, da sie für verschiedene wichtige politische Zwecke von entscheidender Bedeutung sind. Es ist auch anzumerken, dass viele Länder in der Welt, darunter die USA, Kanada, das Vereinigte Königreich sowie viele mittel- und osteuropäische Länder, bereits direkt in ihren Volkszählungen Daten über Rasse und ethnische oder nationale Herkunft erheben. Man sollte sich daher nicht auf das zusätzliche Risiko der Einführung neuer sensibler Daten in nationale Datenbanken konzentrieren, sondern sollte dem Schutz der Vertraulichkeit von bestehenden und zukünftigen Daten Vorrang einräumen. Viertens haben die oben diskutierten Praktiken, insbesondere diejenigen, die während des zweiten Weltkriegs stattfanden, zur Errichtung der modernen Menschenrechtspolitik mit ihren gesetzlichen und organisatorischen Sicherheitsmaßnahmen zum Schutz vor Missbrauch geführt. Darüber hinaus bietet die moderne Datenschutztechnik gute Möglichkeiten, mit denen jeder Datensatz vor unbefugtem Zugang geschützt werden kann, und mit dem die Daten (durch Schwärzung oder Maskierung einzelner Daten) nutzlos gemacht werden können, auch wenn durch unbefugte Dritte auf sie zugegriffen wird.¹⁴² Tatsächlich gibt es zwar noch gewisse

¹⁴¹ Ebenda.

¹⁴² Es muss jedoch ebenfalls bedacht werden, dass auch die Methoden, die verwendet werden, um unbefugten Zugang zu solchen Daten zu erhalten, und um eine Verbindung von anonymisierten Daten zu bestimmten identifizierbaren Personen herzustellen (Reidentifizierung von Daten), ebenfalls konstant weiterentwickelt werden.

Bedenken, und auch wenn kein System vollständig „wasserdicht“ sein kann, sollte doch anerkannt werden, dass es in dieser Hinsicht einen qualitativen Unterschied zwischen der Situation heute und in der Vergangenheit gibt.

Angesichts der Tatsache, dass (i) ein Bedarf besteht, die Erhebung von Daten zu fördern und sich dafür einzusetzen, dass Diskriminierung besser bekämpft werden kann, und (ii), dass es einen Bedarf gibt, die Gefahr des Datenmissbrauchs möglichst gering zu halten, auch wenn das Risiko nur unter außergewöhnlichen Umständen erwartet wird, besteht letztendlich ein Bedarf, dass zwischen diesen beiden legitimen Interessen ein tragfähiges Gleichgewicht gefunden wird. Internationale, europäische und einzelstaatliche Rechtsvorschriften über den Schutz des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten zielen darauf ab, dieses Gleichgewicht herzustellen und sollen deshalb hier untersucht werden.

7 Schutz des Rechtes auf den Schutz des Privatlebens und des Rechtes auf Datenschutz

7.1 Hintergrund

Im Zentrum des Rechtes auf den Schutz des Privatlebens stehen der liberale Begriff der Freiheit und die Idee des autonomen Einzelnen, der über sich und in allen seinen Handlungen, die andere nicht stören, absolut souverän ist.¹⁴³ In der Gestaltung des Rechts auf den Schutz des Privatlebens gab es eine gewisse Entwicklung, da dieses Recht zunächst so ausgelegt war, dass es den Schutz der Wohnung, der Familie und der Geheimhaltung des Schriftverkehrs umfasste, wobei später der Schutz der Telekommunikation und der allgemeine Schutz personenbezogener Daten hinzugekommen sind. Die wichtigsten internationalen Menschenrechtsinstrumente, die das Recht auf den Schutz des Privatlebens schützen und in den EU-Ländern gelten, sind zunächst die Konvention des Europarats zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte der Vereinten Nationen (IPbPR).

Sowohl in nationalen als auch in internationalen Kreisen gab es erstmals in den späten sechziger und frühen siebziger Jahren Bedenken über mögliche Folgen der automatischen Datenverarbeitung für das Recht auf Schutz des Privatlebens.¹⁴⁴ Durch die neuen Möglichkeiten der Datenverarbeitung in der Computertechnologie entstanden eindeutig Probleme, die nicht in geeigneter Weise mit dem allgemeinen Recht auf den Schutz des Privatlebens behandelt werden konnten.¹⁴⁵ Seit den siebziger Jahren haben einige europäische Länder, insbesondere Deutschland und Frankreich, ihren jeweils eigenen Ansatz im Datenschutz entwickelt. Das erste allgemeine Datenschutzgesetz wurde im Jahre 1973 in Schweden verabschiedet. Im Jahre 1983 traf das deutsche Bundesverfassungsgericht eine wichtige Entscheidung, in der es die Ansicht vertrat, dass jede Erhebung und Verarbeitung von personenbezogenen Daten (in diesem Fall: Volkszählungsdaten) einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt und daher einer besonderen Rechtfertigung bedarf.¹⁴⁶ Auf internationaler Ebene wurde 1981 das Übereinkommen des Europarats zum Schutze des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten angenommen. Die EG-Datenschutzrichtlinie wurde im Jahre 1995 angenommen.¹⁴⁷

Die internationalen Instrumente und die nationalen Datenschutzgesetze regeln die Art und Weise, wie Informationen erhoben, registriert, verwendet und verbreitet werden dürfen. Nur personenbezogene Informationen, also alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person, ist normalerweise datenschutzrechtlich geschützt.¹⁴⁸

¹⁴³ Siehe Nowak, Manfred, 'U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary' (Kehl: Engel, 1993), S. 287.

¹⁴⁴ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire: Dartmouth, 1994), S. 32.

¹⁴⁵ Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (London: Butterworths, 1996), S. 14.

¹⁴⁶ Albers, Marion, *Informationelle Selbstbestimmung*. Nomos-Verlag, 1. Auflage (Baden-Baden, 2005).

¹⁴⁷ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Amtsblatt L 281 vom 23.11.1995).

¹⁴⁸ Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (London: Butterworths, 1996), S. 2.

Eine besondere Herausforderung für jeden Versuch, die konkreten Folgen der internationalen und nationalen Instrumente zum Schutz des Privatlebens und des Datenschutzes zu analysieren, ergibt sich aus der Tatsache, dass sie häufig die Form von Rahmeninstrumenten haben. Anstatt für den Einzelfall ausführliche Vorschriften zur Verarbeitung von persönlichen Informationen aufzuzählen, neigen sie dazu, relativ diffus formulierte, allgemeine Regeln vorzugeben.¹⁴⁹ Daher und auch aufgrund der Tatsache, dass es fast überhaupt keine juristischen Analysen und Gerichtsentscheidungen zu diesen Überlegungen im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten über Diskriminierung gibt, ist eine gründliche und ausführliche Prüfung dieser Fragen in diesem Bericht erforderlich.

7.2 Aufzeigen möglicher Problemgebiete

Die Erhebung und sonstige Verarbeitung von Daten zur Diskriminierung erfolgen, um Schlussfolgerungen auf der Ebene der Allgemeinheit, nicht auf individueller Ebene ziehen zu können.¹⁵⁰ Statistiken zielen darauf ab, in Bezug auf eine bestimmte Bevölkerung oder ein bestimmtes Phänomen Gesamtergebnisse zu liefern. Aber die Tatsache, dass Statistiken, bei ihrer Freigabe normalerweise keine Informationen über irgendeine bestimmte Person preisgeben,¹⁵¹ bedeutet nicht, dass die Durchführung von statistischen Aufgaben nicht den Regeln zum Schutz personenbezogener Daten unterliegen würde. Dies liegt daran, dass Statistiken auf Mikrodaten, in der Regel personenbezogenen Daten, beruhen.¹⁵²

Da die Datenschutzgesetze nur dort zur Geltung kommen, wo es um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten geht, wird grundsätzlich unterschieden zwischen Vorgängen, bei denen die Verarbeitung personenbezogener Daten beteiligt ist, und Vorgängen, bei denen dies nicht der Fall ist. In der Regel gehören die meisten Formen von Diskriminierungstests, anonymen Erhebungen und anonymer Überwachung der betrieblichen Praxis der zweiten Kategorie an, obwohl die Planung jeder bestimmten Tätigkeit vorsichtig bewertet werden und obwohl es geprüft werden muss, ob in irgendeiner Phase des Vorgangs personenbezogene Daten verarbeitet werden. Normalerweise unterliegen diese Vorgänge keinen Datenschutzgesetzen, außer in den seltenen Fällen, in denen die veröffentlichten (anonymisierten) Ergebnisse dieser Aktivitäten ermöglichen, dass Daten über bestimmte Personen indirekt bestimmt werden. Da die Vermeidung solch einer Situation lediglich eine Frage der sorgfältigen Planung und Durchführung der jeweiligen Aktivitäten ist, soll diese Ausnahme hier nicht näher untersucht werden.

Viele andere Formen der Erhebung von Daten erfordern jedoch die Verarbeitung personenbezogener Daten und unterliegen daher auch den Datenschutzgesetzen. Dazu gehören die Erhebung von Daten durch Volkszählungen oder die nicht-anonyme Überwachung der betrieblichen Praxis oder von Dienstleistungen und die Erhebung von Daten für verschiedene Zwecke der Verwaltungsaufzeichnung durch zentrale oder lokale Behörden, oder z. B. durch Schulen. Daten aus Stichprobenerhebungen werden normalerweise zu einem frühen Zeitpunkt anonym gemacht, doch erfordert die Durchführung von Erhebungen normalerweise die Verarbeitung personenbezogener Daten, um den Stichprobenrahmen zu erstellen und/oder in der Input-Phase. Daher können bestimmte Teile des Prozesses auch dem Datenschutzgesetz unterliegen. Sobald die Daten jedoch anonym gemacht werden, z. B. wenn sie in aggregierter Form freigegeben werden, stellen sie in der Regel keine personenbezogene Daten mehr dar und unterliegen daher nicht mehr den Datenschutzgesetzen.

Es ist anzumerken, dass die Tätigkeit der Datenerhebung, unabhängig davon, ob dabei die Erhebung personenbezogener Daten beteiligt ist, und sie somit unter das Datenschutzgesetz fällt, die normalen Rechtsvorschriften des jeweiligen Landes einhalten muss. In Extremfällen kann zum Beispiel die Methode der Datenerhebung gegen das Gesetz verstoßen. Übertrieben hartnäckige oder wiederholte Versuche, ein Interview zu bekommen, Fuß-in-der-Tür-Methoden usw., also prinzipiell jede Weigerung, ein „Nein“ als Antwort zu respektieren,

¹⁴⁹ Siehe ebenda, S. 3.

¹⁵⁰ Eine Ausnahme ist hier natürlich die Verarbeitung von Daten zum Zweck des Treffens von angemessenen Vorkehrungen. Auch die Durchführung von Plänen für positive Maßnahmen erfordern häufig die Anwendung von Daten auf Entscheidungsebene, die sich auf bestimmte Personen beziehen.

¹⁵¹ Ein Schlüsselement von Datenschutzgesetzen und Rechtsvorschriften zu statistischen Aktivitäten sind die Regeln und Grundsätze, die eine direkte oder indirekte Verbindung zu bestimmten, an sich „anonymen“ Daten zu irgendeiner bestimmten Person („Wiederidentifizierung“) verbieten und verhindern.

¹⁵² Siehe z. B. das Erläuternde Memorandum zur Empfehlung des Europarats Nr. R (97) 18 über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden (30. September 1997).

stellen einen Verstoß gegen das Recht auf Schutz der Wohnung dar. Diese Bedenken entstehen jedoch nur im Zusammenhang mit höchst unregelmäßigen Datenerhebungsmethoden. Die Erhebung von Daten, insbesondere im Bereich der Bemessung von Diskriminierung, wird meist entweder von einem Statistikamt, einer Fachstelle, einem Forschungsinstitut oder einem Forschungsteam unter der Leitung eines Universitätsfachbereichs durchgeführt, was die Anwendung solcher Methoden höchst unwahrscheinlich macht. Darüber hinaus haben die meisten Länder strafrechtliche Sanktionen gegen Eingriffe in die Privatsphäre und in die Wohnung und bieten dadurch Schutz vor solchen Aktivitäten.

7.3 Datenschutz

7.3.1 Die EU-Datenschutzrichtlinie

Die EG-Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (im Folgenden *Datenschutzrichtlinie* genannt) wurde am 24. Oktober 1995 verabschiedet. Die Mitgliedstaaten der EU hatten bis zum 24. Oktober 1998 Zeit, ihre jeweiligen Rechtssysteme an die Bestimmungen der Richtlinie anzugleichen.¹⁵³ Bis dahin hatten dies nur vier Länder auch tatsächlich getan. Im Januar 2006 hatten alle Mitgliedstaaten einschließlich aller neuen Mitgliedstaaten die Richtlinie im großen und ganzen umgesetzt. Die Richtlinie war tatsächlich sehr einflussreich, da fast alle Mitgliedstaaten neue Datenschutzgesetze verabschiedet haben, um die Richtlinie umzusetzen.

Die Richtlinie ist ein bemerkenswert komplexes Gesetz. Sie hat 34 operative Absätze und insgesamt 72 Erwägungsgründe und eine Struktur, bei der einer Regel fast immer mehrere Ausnahmen, Einschränkungen und Möglichkeiten für eine Ausnahmeregelung folgen, was eine umfassende Analyse zu einer Herausforderung macht. Diese Herausforderungen entstehen durch die Tatsache, dass die Richtlinie zwar einen gleichwertigen Schutz, „der sich aus der Angleichung der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ergibt“ anstrebt, gleichzeitig jedoch anerkennt, dass die Mitgliedstaaten einen „Spielraum“ besitzen, und vorhersieht, dass „Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie auftreten“ können.¹⁵⁴ Diese Erwartungen sind in der Praxis auch tatsächlich eingetreten, da es signifikante und wesentliche Unterschiede bei der Art und Weise gibt, wie Mitgliedstaaten einige Bestimmungen der Richtlinie interpretiert haben, abgesehen davon, dass nicht alle Mitgliedstaaten bereits Rechtsvorschriften haben, die vollständig mit allen Bestimmungen der Richtlinie übereinstimmen.¹⁵⁵

Artikel 2(a) der Richtlinie definiert „personenbezogene Daten“ folgendermaßen:

„personenbezogene Daten“ [sind] alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person („betroffene Person“); als bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann, insbesondere durch Zuordnung zu einer Kennnummer oder zu einem oder mehreren spezifischen Elementen, die Ausdruck ihrer physischen, physiologischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität sind.

Die Definition von Daten als „alle Informationen“ ist breit und erstreckt sich auch auf Bilder und andere nicht-textliche Informationen.¹⁵⁶ Zwei Bedingungen gibt es, damit Informationen als persönlich gelten: Die Daten müssen sich auf eine natürliche Person beziehen oder sie betreffen, und diese Person muss entweder direkt oder durch indirekte Mittel bestimmbar sein. Gemäß Erwägungsgrund 26 sollten, „[b]ei der Entscheidung, ob eine Person bestimmbar ist, [...] alle Mittel berücksichtigt werden, die vernünftigerweise entweder von dem Verantwortlichen für die Verarbeitung oder von einem Dritten eingesetzt werden könnten, um die betreffende

¹⁵³ Artikel 32(1)

¹⁵⁴ Erwägungsgrund 9 der Richtlinie.

¹⁵⁵ Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Erster Bericht über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (EG 95/46). KOM (2003) 265 endg. Siehe auch Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. September 2002, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (Stand: 1. Mai 2006).

¹⁵⁶ Erwägungsgrund 14 der Richtlinie.

Person zu bestimmen“.¹⁵⁷ Die Richtlinie findet keine Anwendung auf Daten, die derart anonymisiert sind, dass die betroffenen Personen nicht mehr identifizierbar sind.

Artikel 2(b) definiert, was mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten gemeint ist:

„Verarbeitung personenbezogener Daten“ („Verarbeitung“) [bezeichnet] jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Speichern, die Organisation, die Aufbewahrung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Benutzung, die Weitergabe durch Übermittlung, Verbreitung oder jede andere Form der Bereitstellung, die Kombination oder die Verknüpfung sowie das Sperren, Löschen oder Vernichten.

Die Definition von Verarbeitung ist weit gefasst. Hinzu kommt noch, dass die Liste von Beispielen nicht erschöpfend ist. Die Richtlinie gilt für sowohl für den öffentlichen als auch für den privaten Sektor. Sie gilt nicht für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten bei Verarbeitungsprozessen im Zusammenhang mit der öffentlichen Sicherheit, der Verteidigung und bei Aktivitäten des Staates auf dem Gebiet des Strafrechts.¹⁵⁸ Das Aufbewahren von manuellen Dateien, ob von Arbeitnehmern oder von Kunden, fällt in den Bereich der Richtlinie.¹⁵⁹

In den folgenden Abschnitten sollen die Bestimmungen der Richtlinie erörtert werden, die Regeln zur Zulässigkeit der Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten enthalten. Viele dieser Bestimmungen geben den Mitgliedstaaten einen erheblichen Spielraum bei der Entscheidung, wie die Regeln in nationale Rechtsvorschriften umgesetzt werden sollen. In dieser Hinsicht ist anzumerken, dass es in Artikel 5 der Richtlinie ausdrücklich heißt, dass die Mitgliedstaaten die Voraussetzungen näher bestimmen, „unter denen die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist.“

Die Datenschutzrichtlinie enthält mehrere Anforderungen, die bei der Verarbeitung von Daten eingehalten werden müssen. Erheblich strenger sind diese Anforderungen im Falle von „sensiblen Daten“, wozu u. a. Daten gehören, aus denen die Rasse und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie Informationen über Gesundheit oder Sexualleben. Zusammenfassend kann man sagen, dass jede Verarbeitung (einschließlich der Sammlung) aller Art von personenbezogenen Daten mit den Bestimmungen von Artikel 6 übereinstimmen muss. Eine dieser Bestimmungen ist, dass die Daten „auf rechtmäßige Weise verarbeitet“ werden. Die Bedingungen für die Rechtmäßigkeit sind in Artikel 7 näher erläutert (der für alle Art von Daten mit Ausnahme von sensiblen Daten gilt) und in Artikel 8 (für sensible Daten), der strenger ist. Somit muss das Erheben sensibler Daten sowohl den Anforderungen des Artikels 6 als auch des Artikels 8 entsprechen. Diese Anforderungen sind weiter unten im einzelnen dargelegt.

In Artikel 6 der Richtlinie heißt es:

a) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass personenbezogene Daten;

nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden; zunächst müssen alle Datenverarbeitungsvorgänge „rechtmäßig“ sein. Die Bedingungen für die Rechtmäßigkeit sind dargelegt in Artikel 7 und für sensible Daten in Artikel 8 (siehe unten). Zweitens müssen alle personenbezogenen Daten „nach Treu und Glauben“ verarbeitet werden. Der Begriff „Treu und Glauben“ ist in seiner Bedeutung etwas weniger offensichtlich, potentiell jedoch ein breiterer Gedanke. Ganz allgemein bedeutet der Begriff „Treu und Glauben“, dass die für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen die Interessen und vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person berücksichtigen müssen, wenn sie nach den Zielen der Verarbeitung von Daten streben.¹⁶⁰ Der Begriff

¹⁵⁷ Dieser Erwägungsgrund erfordert eine Bewertung der Wahrscheinlichkeit, mit der entweder der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche oder jede dritte Person die verfügbare Reihe von Methoden wie etwa die Kombination verschiedener Quellen zur Bestimmung der jeweils betroffenen Person nutzen könnte. Zwar betrifft dies wahrscheinlich nicht eine Situation, in der ein Computerhacker in der Lage ist, mehrere Datenquellen in völlig unerwarteter Weise miteinander zu kombinieren, doch ist die Schwelle für die Definition, nach der ein bestimmter Datensatz als persönlich zu betrachten ist und somit in den Geltungsbereich der Richtlinie fällt, auch nicht besonders niedrig. Wenn die Ergebnisse z. B. einer anonymen Überwachung, einer Untersuchung oder von offiziellen Statistiken die Identifizierung von Personen ermöglichen, obwohl die Ergebnisse anonymisiert worden sind, fällt dies in den Geltungsbereich der Richtlinie.

¹⁵⁸ Artikel 3(2).

¹⁵⁹ Siehe Artikel 3(1).

¹⁶⁰ Bygrave, Lee A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits* (The Hague: Kluwer, 2002), S. 58.

„Treu und Glauben“ bringt Anforderungen in Hinblick auf Ausgewogenheit und Verhältnismäßigkeit mit sich: Die Erhebung und Weiterverarbeitung von Daten müssen in einer Weise durchgeführt werden, dass unter den jeweiligen Umständen weder unvernünftig in die Privatsphäre der betroffenen Person eingedrungen noch unvernünftig in ihre Autonomie und Unversehrtheit eingegriffen wird.¹⁶¹ Das Kriterium von „Treu und Glauben“ wird auch so gesehen, dass es beinhaltet, dass eine Person nicht ungebührlich dazu gedrängt werden darf, Daten über sich an den für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen herauszugeben, oder anzunehmen, dass die Daten von diesem für bestimmten Zwecke verwendet werden.¹⁶² Man geht auch davon aus, dass das Kriterium „Treu und Glauben“ als Ausgangspunkt den Ansatz begünstigt, nach dem personenbezogene Daten direkt bei den betroffenen Personen erhoben werden.¹⁶³ Zu „Treu und Glauben“ gehört auch, dass betroffene Personen ein Recht darauf haben, über eine bestimmte Datenverarbeitungstätigkeit informiert zu werden, und dass sie in einer Sprache informiert werden, die ihnen verständlich ist, eine Bedingung, die insbesondere für Ausländer und Menschen mit einer besonderen Behinderung wichtig ist.

- b) für festgelegte eindeutige und rechtmäßige Zwecke erhoben und nicht in einer mit diesen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbarenden Weise weiterverarbeitet werden. Die Weiterverarbeitung von Daten zu historischen, statistischen oder wissenschaftlichen Zwecken ist im Allgemeinen nicht als unvereinbar mit den Zwecken der vorausgegangenen Datenerhebung anzusehen, sofern die Mitgliedstaaten geeignete Garantien vorsehen;

Dieses Kriterium, das häufig auch das „Prinzip der Zweckbestimmung“ genannt wird, ist ein Bündel von vier Grundsätzen: 1) die Zwecke, für die die Daten erhoben werden, müssen festgelegt sein; 2) diese Zwecke müssen eindeutig, d. h. vollständig und deutlich ausgesprochen sein; 3) die Zwecke müssen rechtmäßig sein; und 4) die Zwecke, für die Daten weiterverarbeitet werden, dürfen nicht mit diesen Zwecken, für die sie ursprünglich erhoben wurden, vereinbar sein. In diesem Unterabschnitt wird richtigerweise ausdrücklich anerkannt, dass die Weiterverarbeitung von Daten für statistische oder wissenschaftliche Zwecke nicht als unvereinbar betrachtet wird, sofern „angemessene Garantien“ vorgesehen sind. Solche Sicherheitsmaßnahmen können beispielsweise aus folgenden Maßnahmen bestehen: der gesetzlichen Anforderung, dass die Daten nicht verwendet werden dürfen, um Entscheidungen über betroffene Personen zu treffen; der Verpflichtung, die nationale Datenschutzbehörde oder einen Ethik-Ausschuss über die geplanten Operationen zu informieren; der Verpflichtung, vorab eine Genehmigung von der nationalen Datenschutzbehörde zu erhalten; die Forderung, dass eine gewisse Ausgewogenheitsprüfung bestanden werden muss; die Forderung, dass die Daten, wann immer dies möglich ist, pseudonymisiert oder anonymisiert sein sollten.¹⁶⁴ Es sollte darauf hingewiesen werden, dass einige Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht offensichtlich zu schwache oder überhaupt keine Garantien vorgesehen haben.¹⁶⁵ Außerdem sei angemerkt, dass gemäß Artikel 8 der Richtlinie die Weiterverarbeitung *sensibler Daten* für statistische oder wissenschaftliche Zwecke *darüber hinaus* entweder (i) auf der Einwilligung der betroffenen Personen beruhend stattfinden oder (ii) als einem „wichtigen öffentlichen Interesse“ dienend gelten muss.

- c) den Zwecken entsprechen, für die sie erhoben und/oder weiterverarbeitet werden, dafür erheblich sind und nicht darüber hinausgehen;

Absatz (c) legt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fest, der spezifiziert, dass nur die personenbezogenen Daten erhoben werden dürfen, die notwendig sind, um dem Zweck des Datenerhebungsvorgangs zu dienen. Sofern dies die Ziele eines bestimmten Vorgangs nicht gefährdet, sollte der für die Verarbeitung von Daten

¹⁶¹ Ebenda.

¹⁶² Bygrave, Lee A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits* (The Hague: Kluwer, 2002), S. 58.

¹⁶³ Ebenda, S. 59. Unterstützt wird dieses Prinzip auch von Artikel 9.2. der Empfehlung des Europarats Nr. R (97) 18 über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden. In der Tat geht die Empfehlung, wie in dem Erläuternden Memorandum interpretiert wird, sogar so weit, dass sensible Daten überhaupt nicht auf anderem Wege erhoben werden dürfen als durch die Erhebung direkt bei den betroffenen Personen. Siehe S. 58 des Erläuternden Memorandums.

¹⁶⁴ Diese Maßnahmenliste enthält lediglich Beispiele und berührt eine Bewertung der Frage, ob die einzelnen Maßnahmen alleine oder in Verbindung mit irgend einer anderen Maßnahme ausreichen würden, den Anforderungen der Richtlinie zu genügen, nicht. Die Liste beschreibt einige der von EU-Mitgliedstaaten in diesem Bereich durchgeführten Maßnahmen, wie zusammengefasst z. B. bei Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. September 2002, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (Stand: 1. Mai 06).

¹⁶⁵ Ebenda, S. 66.

Verantwortliche eher die sekundäre als die primäre Datenerhebung wählen,¹⁶⁶ eher anonyme Umfragen als Umfragen mit namentlicher Zuordnung, eher Stichproben- als vollständige Umfragen und eher freiwillige als Pflichtumfragen.¹⁶⁷ Das Kriterium der Entsprechung des Zweckes kann zunächst so betrachtet werden, dass es Datenerhebungsmethoden fördert, die sich auf die Grundlage der Selbst-Klassifizierung stützen; führt jedoch die Verwendung der Selbst-Klassifizierungsmethoden in bestimmten Fällen zu einer Situation, in der eine große Anzahl von Personen sich für die Nichtklassifizierung (etwa im Hinblick auf ethnische Herkunft) kategorisieren, oder sich so kategorisieren, wie es der „objektiven Realität“ eindeutig nicht entspricht, dann sind möglicherweise eher Methoden mit der Identifizierung durch Dritte anzuwenden, da diese dem Kriterium der Zweckentsprechung von Daten tatsächlich besser entsprechen.¹⁶⁸

- d) sachlich richtig und, wenn nötig, auf den neuesten Stand gebracht sind; es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, damit im Hinblick auf die Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, nicht zutreffende oder unvollständige Daten gelöscht oder berichtigt werden;

Es sind alle angemessenen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass die Daten faktisch nicht irreführend sind. Allgemein kann man davon ausgehen, dass Daten, die direkt von der erfassten Person erhalten wurden, korrekt sind.¹⁶⁹ Wenn Daten nicht für statistische Zwecke sondern für andere Zwecke erhoben werden, insbesondere wenn sie zum Zweck des Treffens von Entscheidungen auf individueller Ebene verarbeitet werden (z. B., wenn ein Arbeitgeber im Rahmen eines Programms für positive Maßnahmen bestimmten Personen, aus Gleichstellungsgründen eine Schulung anbietet, sind alle angemessenen Maßnahme zu treffen, um die sachliche Richtigkeit der Daten zu gewährleisten.

- e) nicht länger, als es für die Realisierung der Zwecke, für die sie erhoben oder weiterverarbeitet werden, erforderlich ist, in einer Form aufbewahrt werden, die die Identifizierung der betroffenen Personen ermöglicht. Die Mitgliedstaaten sehen geeignete Garantien für personenbezogene Daten vor, die über die vorgenannte Dauer hinaus für historische, statistische oder wissenschaftliche Zwecke aufbewahrt werden.

Der Absatz (e) ist eine logische Folge von Absatz (c). Beide zielen darauf ab, dass so wenig wie möglich Verarbeitung von personenbezogenen Daten stattfindet. Absatz (c) bezieht sich auf die Phase der Erhebung von Daten, Absatz (e) umfasst die nachfolgenden Schritte. Personenbezogene Daten sollen gelöscht oder anonymisiert werden, sobald sie nicht mehr für die Zwecke erforderlich sind, für die sie aufbewahrt worden sind.¹⁷⁰ Wenn die Planung eines wissenschaftlichen oder statistischen Vorhabens dies erfordert, können die notwendigen Identifizierungsdaten einbehalten werden, vorausgesetzt es sind bestimmte „geeignete“ einzelstaatliche Garantien vorhanden. Wo immer dies möglich ist, sollte der für die Verarbeitung von Daten Verantwortliche so genannte Privacy-Enhancing Technologies einsetzen.¹⁷¹

Diese Anforderungen geben wichtige Hinweise über die Arten von Daten, die erhoben werden können, und wie diese erhoben werden können. Nach Artikel 6(2) der Richtlinie muss der für die Verarbeitung Verantwortliche sicherstellen, dass die Qualitätsprinzipien eingehalten werden.

In Artikel 7 und 8 stehen die Kriterien, die die Datenverarbeitung rechtmäßig machen, wobei Artikel 8 für die Fälle gilt, in denen es um die Verarbeitung sensibler Daten geht. Artikel 7 bezieht sich auf die Verarbeitung aller anderen Arten von personenbezogenen Daten. In Artikel 7 heißt es:

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

¹⁶⁶ Primäre Datenerhebung bezeichnet die „ursprüngliche“ Erhebung von Daten, während mit „sekundärer Datenerhebung“ die Verwendung von Datensätzen gemeint ist, die aus zu einem früheren Zeitpunkt erhobenen Daten bestehen (siehe Punkt 1.2. dieses Berichts).

Insbesondere gilt es anzumerken, dass „sekundäre Erhebung von Daten“ nicht das Selbe ist wie „indirekte primäre Erhebung von Daten“, unter der man die Erhebung von Daten bei anderen als bei den betroffenen Personen selbst versteht.

¹⁶⁷ Siehe die Empfehlung des Europarats Nr. R (97) 18 über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden, und das Erläuternde Memorandum, S. 62.

¹⁶⁸ Commission For Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002), S. 69.

¹⁶⁹ Ebenda.

¹⁷⁰ Bygrave, Lee A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits* (The Hague: Kluwer, 2002), S. 60.

¹⁷¹ Zum Begriff *Privacy-Enhancing Technologies*, siehe z. B. Borking, John 'Privacy-Enhancing Technologies (PET)–Darf es ein Bitchen weniger sein?' *Datenschutz und Datensicherheit*, Volume 25, Number 10, Oktober 2001.

- a) Die betroffene Person hat ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben;
- b) die Verarbeitung ist erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;
- d) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;
- e) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde;
- f) die Verarbeitung ist erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiegen.

Es reicht aus, wenn ein geplanter Datenverarbeitungsvorgang, bei dem die Verarbeitung von personenbezogenen Daten beteiligt ist, eines der oben angeführten Kriterien erfüllt. Es ist wahrscheinlich, dass die meisten Vorgänge, die mit dem Erheben von Daten über Diskriminierung zusammenhängen, entweder nach (a), (c), (e) oder (f) gerechtfertigt sind. Ist an dem Vorgang jedoch auch die Verarbeitung sensibler Daten beteiligt, was häufig der Fall ist, müssen stattdessen die strengeren Bedingungen nach Artikel 8 erfüllt werden.

Artikel 8 (1) enthält ein *Prima-facie*-Verbot der Verarbeitung sensibler Daten (von „besonderen Kategorien personenbezogener Daten“, wie es in der Richtlinie heißt):

Die Mitgliedstaaten untersagen die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die Rasse und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie von Daten über Gesundheit oder Sexualleben.

Die als „besondere Kategorien personenbezogener Daten“ aufgezählten Kategorien unterscheiden sich etwas von den Kategorien, die von den beiden Gleichbehandlungsrichtlinien behandelt werden, abgesehen davon, dass beide Rechtsinstrumente Rasse und ethnische Herkunft mit den gleichen Begriffen abdecken. Es scheint, dass die in Artikel 8(1) verwendeten Begriffe eher breiter als eng interpretiert werden sollen.¹⁷² Daten über die sexuelle Orientierung werden ziemlich eindeutig von der Formulierung „Daten über Sexualleben“ abgedeckt, der Begriff „Daten über Gesundheit“ wird vermutlich so ausgelegt, dass er auch Daten über Behinderung umfasst. Neben dem Begriff „politische Meinungen“ kommt „philosophische Überzeugungen“ wahrscheinlich ziemlich genau dem nahe, was mit „Weltanschauung“ in dem Sinne gemeint ist, in dem der Begriff in der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung verwendet wird. Es ist anzumerken, dass die Verwendung des Verbs „hervorgehen“ in der Richtlinie darauf hinweist, dass Daten als sensibel betrachtet werden sollen, auch wenn sie nur indirekt die Rasse oder ethnische Herkunft oder Religion oder Weltanschauung einer Person angeben. Zum Beispiel können der Name einer Person und Geburtsort oder auch ihr Lichtbild die ethnische Herkunft zeigen. Das Alter einer Person gilt nicht als sensible Daten.

In Artikel 8(2) stehen die Ausnahmen zu Artikel 8(1). Hier werden mehrere Bedingungen genannt, von denen eine oder mehrere erfüllt werden müssen, damit die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten nicht gesetzeswidrig ist. In Artikel 8(2) heißt es:

Absatz 1 findet in folgenden Fällen keine Anwendung:

- a) Die betroffene Person hat ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt, es sei denn, nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden; oder

¹⁷² Erwägungsgrund 33, der sich auf Artikel 8 der Richtlinie bezieht, spricht nicht von „sensiblen Daten“ oder „besonderen Kategorien personenbezogener Daten“, sondern in weiterem Sinne von „Daten, die aufgrund ihrer Art geeignet sind, die Grundfreiheiten oder die Privatsphäre zu beeinträchtigen“, und bildet somit einen Test, der für die Bestimmung der Reichweite der in Artikel 8(1) erwähnten Begriffe angewendet werden kann. Da zum Beispiel bekannt ist, dass Menschen mit einer Behinderung häufig ungleich behandelt werden, gibt es Gründe, die dafür sprechen, dass der Begriff „Gesundheit“, so wie er in der Datenschutzrichtlinie verwendet wird, auch Behinderung umfasst.

Artikel 2(h) definiert die „Einwilligung der betroffenen Person“ als jene Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Das Kriterium, dass das Einwilligen für den konkreten Fall und ausdrücklich sein muss, bedeutet, dass diese Willensbekundung nie einfach nur vermutet werden darf, sondern dass die Einwilligung vollständig und eindeutig ausgedrückt worden sein muss.¹⁷³ Das Kriterium, dass die Zustimmung „ohne Zwang“ erfolgen muss, bedeutet, dass betroffenen Personen eine echte Wahl gegeben werden muss, und dass keine Strafe auferlegt werden darf, falls jemand sich nicht dafür entscheidet, mitzuwirken. Auf Personen, von denen Informationen angefordert werden, darf weder direkt noch indirekt irgend ein Zwang, Einfluss oder Druck ausgeübt werden.¹⁷⁴ Die Bedingung, dass die Einwilligung „in Kenntnis der Sachlage“ erteilt werden muss, bedeutet, dass es der jeweiligen Person, deren Zustimmung erbeten wird, klar sein muss, wozu sie genau einwilligt. Die Partei, die die sensiblen Daten anfordert, muss klarstellen dass die Offenlegung von sensiblen Informationen keine Pflicht ist, und muss die betroffene Person über den Zweck informieren, für den die Informationen verlangt werden und wie die Informationen verwendet werden, und ob sie Dritten gegenüber offen gelegt werden sollen.

Der Absatz überlässt es jedem Mitgliedstaat, selbst zu entscheiden, ob er der Ansicht ist, dass das Erteilen der Einwilligung eine ausreichende Bedingung dafür darstellt, dass die Verarbeitung sensibler Daten gerechtfertigt ist. Diese Einschränkung ist wichtig, da die Meinungen hierzu in den EU-Ländern unterschiedlich sind,¹⁷⁵ und da Artikel 8(2)(a), der die Erhebung von Daten über Diskriminierung in den meisten EU-Länder rechtfertigt, in der Praxis der wichtigste Absatz ist.

- b) die Verarbeitung ist erforderlich, um den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen, sofern dies aufgrund von einzelstaatlichem Recht, das angemessene Garantien vorsieht, zulässig ist; oder

Aufgrund von Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung haben Arbeitgeber mehrere Verpflichtungen, die die Verarbeitung von sensiblen Daten erforderlich machen können.¹⁷⁶ Die Verarbeitung ist jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn es zum Zweck der Erfüllung dieser Verpflichtungen *erforderlich* ist; es ist nicht ausreichend, wenn die Verarbeitung sensibler Daten für solche Zwecke lediglich *nützlich* ist. Die Verarbeitung von Daten über Arbeitnehmer mit einer Behinderung erfüllt die Erforderlichkeitsprüfung eindeutig: Arbeitgeber sind gesetzlich verpflichtet, angemessene Vorkehrungen zu treffen, und die Erfüllung dieser Pflicht erfordern in der Praxis häufig das Erheben von einschlägigen Daten. Die Verarbeitung von Daten kann auch erforderlich sein, wo innerstaatliches Recht zu positiven Maßnahmen verpflichtet, wie zum Beispiel durch Festlegung einer Quote oder von Sollzahlen etwa zur Beschäftigung von Menschen mit einer Behinderung. Die Erhebung sensibler Daten kann auch in anderen Situationen notwendig sein, wie zum Beispiel, wenn ein Arbeitgeber eine Beschwerde untersuchen muss, ob ein Beschäftigter einen anderen belästigt.

Ein ebenenübergreifendes Diversitätsmonitoring durch Arbeitgeber darf allerdings nicht die Notwendigkeit für ein solches Diversitätsmonitoring begründen. Es gibt auch andere Möglichkeiten, wie ein Arbeitgeber es anstreben kann, dafür zu sorgen, dass die betriebliche Praxis, Kriterien und Bestimmungen, die er vorschreibt, nicht diskriminierend sind. Hierzu gehören anonymes Monitoring und die Vorabbewertung von Einstellungspraktiken und Auswahlkriterien.¹⁷⁷ Zwar gilt nicht-anonymes Monitoring als förderlich für die Einhaltung von Anti-Diskri-

¹⁷³ Es gibt jedoch keine Anforderung, dass die ausdrückliche Einwilligung schriftlich erfolgen muss. Vermutlich ist die ausdrückliche mündliche Zustimmung ausreichend.

¹⁷⁴ Siehe auch die Empfehlung des Europarats Nr. R (97) 18 über den Schutz der personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben und verarbeitet werden, und das Erläuternde Memorandum, S. 69.

¹⁷⁵ Siehe auch Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws. September 2002*, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (besucht 01.05.06). Siehe auch den Abschnitt über einzelstaatliche Datenschutzgesetze in diesem Bericht.

¹⁷⁶ Es ist jedoch anzumerken, dass die Gültigkeit dieser Vorschrift sich nicht nur auf Rechte und Pflichten von Arbeitgebern beschränken, sondern im Zusammenhang mit Beschäftigungsvorschriften eine breitere Gültigkeit haben. Zum Beispiel können Arbeitsschutzbehörden in jenen Ländern, wo diese existieren, sensible Daten verarbeiten müssen, um ihren Aufgaben als Aufsichtsbehörden nachzugehen.

¹⁷⁷ Es sei angemerkt, dass die Bedingung, dass die Verarbeitung „erforderlich“ sein muss, bedeutet, dass die am wenigsten störenden anzuwendenden Mittel verwendet werden müssen, d. h. dass Informationen vernünftigerweise durch keine weniger störenden Mittel erhalten werden können.

minierungsvorschriften, doch gilt es möglicherweise unter normalen Umständen für diesen Zweck streng genommen nicht als erforderlich und ist somit diesem Absatz zufolge nicht gerechtfertigt.¹⁷⁸

- c) die Verarbeitung ist zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten erforderlich, sofern die Person aus physischen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, ihre Einwilligung zu geben; oder

Entscheidend ist hier die Auslegung dessen, was mit „lebenswichtigen Interessen“ gemeint ist, da dies zwei Bedeutungen haben kann. Wörtlich bedeutet es, dass es für die Fortsetzung des Lebens notwendig ist; im übertragenen Sinne deutet es darauf hin, dass etwas einfach entscheidend oder sehr wichtig ist.¹⁷⁹ Angesichts der zusätzlichen Anforderung, dass die betroffene Person körperlich oder rechtlich außerstande sein muss, ihre Zustimmung zu geben, kann die Behauptung aufgestellt werden, dass dieser Absatz höchstwahrscheinlich nur gilt, wenn ein medizinischer Notfall vorliegt, und eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit des Arbeitnehmers oder einer anderen Person besteht. Unter dieser Bedingung kann die Verarbeitung von sensiblen Daten im Rahmen der Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung selten, wenn überhaupt, gerechtfertigt werden. Dies berührt jedoch die Tatsache nicht, dass medizinisches Personal möglicherweise sensible personenbezogene Daten zu rein medizinischen Zwecken erheben und speichern müssen, zum Beispiel um zu registrieren, dass es beispielsweise einem Patienten aus Glaubensgründen verboten ist, dass Bluttransfusionen oder eine Behandlung anderer Art eingesetzt wird.

- d) die Verarbeitung erfolgt auf der Grundlage angemessener Garantien durch eine politisch, philosophisch, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Stiftung, Vereinigung oder sonstige Organisation, die keinen Erwerbszweck verfolgt, im Rahmen ihrer rechtmäßigen Tätigkeiten und unter der Voraussetzung, dass sich die Verarbeitung nur auf die Mitglieder der Organisation oder auf Personen, die im Zusammenhang mit deren Tätigkeit regelmäßige Kontakte mit ihr unterhalten, bezieht und die Daten nicht ohne Einwilligung der betroffenen Personen an Dritte weitergegeben werden; oder

Dies ist an sich eine wichtige Ausnahme, beeinflusst aber als solche nicht die Fragen, die in dieser Untersuchung behandelt werden.

- e) die Verarbeitung bezieht sich auf Daten, die die betroffene Person offenkundig öffentlich gemacht hat, oder ist zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche vor Gericht erforderlich.

Dem ersten Anschein nach ist der erste Teil von (e) möglicherweise ohne besondere Relevanz im Zusammenhang mit den Antidiskriminierungsgesetzen, doch wirft er einige Fragen auf. Viele ethnische und religiöse Gruppen versuchen, sich von anderen durch das Tragen einer bestimmten Art von Kleidung zu unterscheiden: Roma tragen in einigen Ländern bestimmte Kleidung, muslimische Frauen tragen in der Regel einen Schleier und männliche Sikhs einen Turban. Man könnte fragen, ob das Tragen einer solchen Kleidung ein Beispiel ist für das „offenkundige Sichtbarmachen“ der ethnischen Herkunft oder der Religion eines Menschen.

Es sollte wiederholt werden, dass Artikel 6 der Richtlinie erfordert, dass Daten zweckbestimmt, erheblich und sachlich richtig zu sein haben, und die Verarbeitung selbst nach „Treu und Glauben“ erfolgen muss. Dass das Ziehen von Schlussfolgerungen aufgrund von indirekten Indikatoren diese Kriterien vollständig erfüllt, darf bezweifelt werden. Es kann auch argumentiert werden, dass das Kriterium, dass die Daten „offenkundig öffentlich gemacht würden“ eine vorsätzliche Handlung durch die betroffenen Person erfordert, um die Daten öffentlich zu machen, was nur der Fall sein kann, wenn die Person eine Entscheidung treffen kann, was wohl bei vielen religiösen oder ethnischen Gruppen nicht der Fall ist, geschweige denn bei Personen, die eine sichtbare Behinderung haben. Auf der Grundlage dieser Überlegungen wird angenommen, dass der erste Teil von (e) im Rahmen der Erhebung von Daten zu Diskriminierung nur sehr eingeschränkt gilt. Vor allen Dingen kann man davon ausgehen, dass der erste Teil von (e) wahrscheinlich gewisse Praktiken nicht legitimieren wird, wie etwa die Registrierung der Anzahl der Roma-Kinder in einer Schule aufgrund von sichtbaren Kennzeichen ethnischer Identifizierung; oder die Beobachtung des Anteils der Empfänger von Dienstleistungen, die sichtbar Minderheiten angehören, durch einen Dienstleistungsanbieter.

¹⁷⁸ Jay, Rosemary – Angus Hamilton, *Data Protection Law and Practice*, Second edition (London: Sweet & Maxwell, 2003), S. 192

¹⁷⁹ Ebenda, S. 183.

Der zweite Teil von (e) kann jedoch breiter gültig sein. Er ermöglicht es Arbeitgebern und anderen für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen, sensible Daten zu verarbeiten, wo dies zum Zwecke von oder in Verbindung mit rechtlichen Ansprüchen notwendig ist. Die Richtlinie gibt keine Beschränkungen vor in Bezug auf die Art von Gerichtsverfahren, die unter (e) fallen, was bedeutet, dass vernünftigerweise davon ausgegangen werden kann, dass alle Arten von Verfahren einschließlich des Verwaltungs- und Schlichtungsverfahrens in Frage kommen. Wenn ein Gericht oder eine andere zuständige Stelle berechtigt ist, einen für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen aufzufordern, Dokumente oder andere Informationen offen zu legen, um festzustellen, ob gegen Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung verstoßen worden ist, sind das erforderliche Erheben und Verarbeiten von Daten gemäß diesem Absatz gerechtfertigt. Ein für die Verarbeitung von Daten Verantwortlicher ist auch berechtigt, die notwendigen Datenerhebungsaktivitäten zur Wahrnehmung seiner gesetzlichen Rechte durchzuführen. Ob die für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen sozusagen vorsorglichen Aufzeichnungen für Beobachtungszwecke aufbewahren dürfen, noch bevor eine Beschwerde eingereicht worden ist, ist allerdings weniger klar. In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass der Hinweis auf die „Geltendmachung“ von Rechtsansprüchen etwas mehrdeutig ist, da dies sowohl heißen kann, dass die Existenz bereits geltender Rechtsansprüche bewiesen wird, als auch dass neue Rechtsansprüche geschaffen werden.¹⁸⁰ Angesichts der Tatsache, dass die Verarbeitung für die Wahrnehmung oder Geltendmachung von rechtlichen Ansprüchen erforderlich sein muss, und da die Ausnahmen, die bei dem gemacht werden, was im wesentlichen die Menschenrechte verkörpert, eng ausgelegt werden müssen, ist es nicht wahrscheinlich, dass gemäß dieser Vorschrift ein allgemeines Diversitätsmonitoring in der Beschäftigung gerechtfertigt werden könnte, ohne dass eine formale Klage vorliegt, da es möglich ist, die notwendigen Daten zu erheben, nachdem eine Klage eingereicht worden ist. Im Zusammenhang mit Monitoring bei der *Einstellung* von Personal, scheint sich die gegenteilige Schlussfolgerung aufzudrängen, da sich ein Arbeitgeber ohne angemessene Daten nicht gegen eine potenzielle Diskriminierungsklage verteidigen kann, da das nachträgliche Erheben der notwendigen Daten schwierig, wenn nicht sogar unmöglich ist, und ein vollständiges Verbot der Erhebung von Daten es Arbeitgebern daher unmöglich machen würde, sich vor Gericht ordnungsgemäß zu verteidigen.

Die oben genannte Liste von Situationen, in der es zulässig ist, sensible Daten zu verarbeiten, ist nicht erschöpfend. Artikel 8(3) ermöglicht es medizinischen Fachkräften, als Teil ihrer alltäglichen Arbeit unter bestimmten Bedingungen sensible Informationen zu verarbeiten. Darüber hinaus heißt es in Artikel 8(4) der Richtlinie:

Die Mitgliedstaaten können vorbehaltlich angemessener Garantien aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses entweder im Wege einer nationalen Rechtsvorschrift oder im Wege einer Entscheidung der Kontrollstelle andere als die in Absatz 2 genannten Ausnahmen vorsehen.

Im Hinblick auf das hier behandelte Thema ist Artikel 8(4) sehr wichtig. Die Verarbeitung von sensiblen Daten ist gemäß diesem Absatz zulässig, unter der Voraussetzung, dass drei Bedingungen erfüllt werden. Zunächst muss ein „wichtiges öffentliches Interesse“ vorliegen. Dass die Gewährleistung und Förderung der Gleichbehandlung als wichtiges öffentliches Interesse betrachtet werden kann, steht außer Zweifel. Zweitens muss die Verarbeitung der Daten von nationalen Rechtsvorschriften vorgesehen sein oder von der nationalen Kontrollstelle genehmigt sein, die hierfür die notwendigen Befugnisse erteilt hat. Drittens müssen angemessene Garantien vorhanden sein, um die Rechte und Freiheiten von Personen zu schützen. Dies erfordert, dass angemessene technische und organisatorische Maßnahmen getroffen werden, insbesondere, um die Sicherheit der Daten aufrechtzuerhalten und somit jede unbefugte Übertragung von oder jeden unbefugten Zugang zu Daten zu verhindern.¹⁸¹

Es ist eines der Ziele von Artikel 8(4), dass wissenschaftliche Forschung und staatliche Statistiken dadurch erleichtert werden sollen, dass es rechtmäßig wird, sensible Daten in zentralen Einwohnermeldeverzeichnissen, Steuer- und Volkszählungsregistern u. ä. zu verarbeiten und zu speichern. Ethnisches Monitoring im Vereinigten Königreich war entsprechend diesem Artikel gerechtfertigt.¹⁸²

Es sollte wiederholt werden, dass jede Datenerhebung, unabhängig davon, aus welchen Gründen sie gerechtfertigt ist, die in Artikel 6 genannten qualitativen Anforderungen, einschließlich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, erfüllen muss.

¹⁸⁰ Ebenda, S. 198.

¹⁸¹ Siehe Erwägungsgründe 34 und 46 der Richtlinie.

¹⁸² Jay, Rosemary – Angus Hamilton, *Data Protection Law and Practice*, Second edition (London: Sweet & Maxwell, 2003), S. 190 ff.

Die Datenschutzrichtlinie enthält eine Reihe anderer wichtiger Regeln, etwa zum Recht der betroffenen Person auf Zugang zu Daten (Artikel 12) und über Informationen, die der betroffenen Person von dem für die Verarbeitung von Daten Verantwortlichen gegeben werden sollen (Artikel 10 und 11). Artikel 28 verlangt, dass die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine oder mehrere öffentliche Stellen beauftragt werden, die Anwendung der zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen. Tatsächlich gibt es in allen 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union Datenschutzbeauftragte oder andere Behörden.¹⁸³

Schlussfolgerungen. Die Richtlinie enthält ein *Prima-facie*-Verbot der Verarbeitung sensibler Daten, doch bietet sie für diese Hauptregel auch umfangreiche und breit gefasste Ausnahmen. Unter der Voraussetzung der Einwilligung der betroffenen Person, ist die Verarbeitung zunächst einmal zulässig, es sei denn, dass geltendes innerstaatliches Recht etwas anderes vorsieht. Für diejenigen Länder, die die Verarbeitung sensibler Daten nach Einwilligung zulassen, ist diese Rechtfertigung in der Praxis wahrscheinlich der wichtigste Grund, aus dem die Erhebung von Daten über Diskriminierung erfolgt. Auch ohne die Zustimmung der betroffenen Personen ist die Erhebung von Daten ebenfalls rechtmäßig, unter zwei Bedingungen: (i) wenn die Verarbeitung für die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von rechtlichen Ansprüchen erforderlich ist, und (ii) wenn von innerstaatlichem Recht oder durch eine Entscheidung der nationalen Überwachungsbehörde etwas anderes bestimmt wird.

Tatsächlich ist es rechtlich möglich, durch Volkszählungen, Verwaltungsvorgänge, Erhebungen, durch Überwachung der betrieblichen Praxis oder durch andere nicht gegen die Richtlinie verstoßende Methoden erhaltene sensible Daten zu erheben und zu verarbeiten.

Die von der Datenschutzrichtlinie vorgegebenen qualitativen Grundsätze haben eine große Auswirkung auf die Planung der Durchführung von Datenerhebungen. Sofern dies die Ziele einer Durchführung nicht berührt, soll der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche der sekundären gegenüber der primären Datenerhebung Vorrang einräumen, er soll eher anonyme als Umfragen mit namentlicher Zuordnung, eher Stichproben- als vollständige Umfragen und eher freiwillige als Pflichtumfragen durchführen. Daten, deren Aufbewahrung nicht mehr notwendig ist, müssen vernichtet werden.

7.3.2. Die Konvention Nr. 108

Das Übereinkommen zum Schutze des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention Nr. 108) ist das einzige internationale Abkommen, das sich ausdrücklich mit Datenschutz befasst. Die Annahme dieses Übereinkommens war eine wichtige Errungenschaft. Es gilt nach wie vor als Modell für einen Mindeststandard beim Schutz im innerstaatlichen Recht. Die Konvention trat am 1. Oktober 1985 in Kraft. Alle EU-Mitgliedstaaten sind dieser Konvention beigetreten.¹⁸⁴

Artikel 3(1) erläutert den Geltungsbereich der Konvention. Das Übereinkommen gilt für automatisierte Dateien/ Datensammlungen und die automatische Verarbeitung von personenbezogenen Daten im öffentlichen und privaten Bereich. Dabei werden drei Einschränkungen deutlich: Zunächst bezieht sich die Konvention nur auf die Verarbeitung von „personenbezogenen Daten“. Gemäß Artikel 2(a) der Konvention bedeutet „personenbezogene Daten“ jede Information über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person („Betroffener“); Im Erläuternden Bericht zum Übereinkommen heißt es, eine bestimmbare Person ist gemäß Artikel 2(a) des Übereinkommens jemand, der leicht identifizierbar ist.¹⁸⁵ Daten, die anonymisiert worden sind, fallen nicht in den

¹⁸³ Für eine Liste dieser Behörden siehe http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/nationalcomm/index_en.htm

¹⁸⁴ Einige Mitgliedstaaten haben Erklärungen zu der Konvention herausgegeben. Zwar wurde die Konvention schon kritisiert, weil nicht ausreichend deutlich ist, welche Vorschriften für die grenzüberschreitende Übermittlung von Daten gelten sollen, und weil sie die Einrichtung von nationalen Aufsichtsbehörden nicht fordert (siehe z. B. Bainbridge 1996, 18ff.), doch sind diese anfänglichen Schwächen mittlerweile weitgehend durch die Annahme eines Zusatzprotokolls behoben worden, das genau diese Themen behandelt. Acht EU-Mitgliedstaaten haben das Protokoll ratifiziert, die übrigen haben es, mit einigen Ausnahmen, unterzeichnet (Stand vom 1.1. 2006).

¹⁸⁵ Absatz 28. Was mit „leicht“ gemeint ist, hängt vermutlich nicht nur mit den technischen Möglichkeiten zusammen, sondern auch mit zeitlichen und finanziellen Mitteln, die die Identifizierung wahrscheinlich erfordert.

Geltungsbereich des Übereinkommens. Zweitens behandelt das Übereinkommen vor allem die Verarbeitung und Speicherung personenbezogener Daten und nicht die Praktiken der Datenerhebung als solche. Die einzige Ausnahme hierbei ist Artikel 5(a), der erfordert, dass Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise *beschafft* sein und verarbeitet werden müssen.¹⁸⁶ Drittens macht das Übereinkommen eine Unterscheidung zwischen manuellen und automatisierten Datenverarbeitungspraktiken, wobei fast jede Art der manuellen (nichtautomatischen) Verarbeitung ausgeschlossen ist.¹⁸⁷

Artikel 6 über „besondere Arten von Daten“ ist aus der Sicht dieser Studie eine wichtige Bestimmung:

Personenbezogene Daten, welche die Rasse und ethnische Herkunft, politische Anschauungen oder religiöse oder andere Überzeugungen erkennen lassen, sowie personenbezogene Daten, welche die Gesundheit oder das Sexualleben betreffen, dürfen nur automatisch verarbeitet werden, wenn das innerstaatliche Recht einen geeigneten Schutz gewährleistet. Dasselbe gilt für personenbezogene Daten über Strafurteile.

Die Liste der „besonderen Arten von Daten“ ist nicht erschöpfend, sondern stellt nur eine Mindestliste dar. Man kann daraus schließen, dass persönliche Informationen über einen der in den beiden Artikel-13-Richtlinien genannten Gründe mit Ausnahme des Alters, dabei enthalten sind.

Daten über dieser Gründe dürfen nur verarbeitet werden, „wenn das innerstaatliche Recht einen geeigneten Schutz gewährleistet“. Das Übereinkommen oder der dazu gehörende erläuternde Bericht lässt sich nicht darüber aus, was mit „geeignetem Schutz“ gemeint ist. Da die Konvention die Erhebung von Daten als solche nicht behandelt, kann die Hauptaussage dieser Bestimmung nur so gewertet werden, dass sie das Treffen von Vorsorgemaßnahmen erfordert und den *Missbrauch* von Daten sowie ihre beabsichtigte oder unbeabsichtigte *Offenlegung* gegenüber unbefugten Dritten verhindern und sanktionieren möchte. Das Einhalten der aus Artikel 6 hervorgehenden Anforderungen ist in der Praxis nicht besonders schwierig. Hierfür gibt es mehrere Gründe: Zunächst soll der Ausdruck „innerstaatliches Recht“ im weitesten Sinn gesehen werden, d. h. er soll sich nicht nur auf Rechtsvorschriften beziehen, sondern auch auf geeignete oder bestimmte Verordnungen oder Verwaltungsrichtlinien, so lange das notwendige Maß an Schutz gewährleistet ist.¹⁸⁸ Zweitens bekommen die Vertragsstaaten, wie aus dem Attribut „geeignet“ deutlich wird, einen Ermessensspielraum darüber, welche Maßnahmen sie treffen wollen, obwohl zu bedenken ist, dass dieser zur Verfügung gestellte Schutz als eine Anforderung, die sich aus einer Menschenrechtskonvention ergibt, wirksam sein muss. Drittens sieht das Übereinkommen selbst für eine Reihe von Ausnahmeregelungen einen gewissen Spielraum vor; eine Ausnahmeregelung ist zum Beispiel möglich, wenn diese von innerstaatlichem Recht vorgesehen ist und eine in einer demokratischen Gesellschaft notwendige Maßnahme im Interesse u. a. der Bekämpfung von Straftaten oder des Schutzes der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen darstellt. Die Bekämpfung von Straftaten kann auch über deren Aufdeckung hinausgehen und kann zumindest einige Elemente der Verhütung von Straftaten umfassen.¹⁸⁹

Gemäß Artikel 8 des Übereinkommens muss jedermann die Möglichkeit haben, das Vorhandensein einer automatisierten Datei/Datensammlung festzustellen, die Bestätigung zu erhalten, ob Daten über ihn in einer solchen Datei/Datensammlung mit personenbezogenen Daten gespeichert sind, diese Daten berichtigen oder löschen zu lassen, wenn sie entgegen den Vorschriften aus Artikel 5 und 6 verarbeitet worden sind. Diese Rechte der betroffenen Person können beschränkt werden, wenn die Durchführung der Datenverarbeitung kein echtes Risiko für die jeweils betroffene Person darstellt, etwa wenn die Daten für Statistik- oder Forschungszwecke verwendet werden, da in solchen Situationen die Daten in Gesamtform vorgelegt werden und Kennzeichen entfernt worden sind.¹⁹⁰

Die oben aufgezählten Hauptverpflichtungen und Grundsätze geben einigen Raum für Abweichungen, und passt sich so an verschiedene Verfassungs- und Rechtssysteme für die einzelstaatliche Umsetzung an.¹⁹¹ Zwar

¹⁸⁶ Kursivschrift nachträglich hinzugefügt.

¹⁸⁷ Artikel 3(2)c des Übereinkommens.

¹⁸⁸ Erläuternder Bericht, § 46.

¹⁸⁹ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire: Dartmouth, 1994), S. 137.

¹⁹⁰ Erläuternder Bericht, § 59.

¹⁹¹ Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Hampshire: Dartmouth, 1994), S. 35.

sind einige Kommentatoren der Ansicht, dass die Vertragsstaaten in der Praxis die allgemeinen Verpflichtungen insgesamt einhalten, doch gibt es keinen internationalen Überwachungs-Mechanismus, der sicherstellen könnte, dass dies auch immer der Fall ist.¹⁹² Folglich haben sich in Bezug auf das Niveau des Schutzes beträchtliche Unterschiede ergeben.¹⁹³ Die Beseitigung dieser Unterschiede war einer der Hauptgründe für den Entwurf und die Annahme der EU-Datenschutzrichtlinie.¹⁹⁴

Die Auswirkungen auf das Erheben von Daten über Diskriminierung. Die ETS-Konvention Nr. 108 verlangt, dass ein geeigneter Schutz vorhanden ist, damit die Verarbeitung sensibler Daten rechtmäßig wird. Da alle EU-Mitgliedstaaten mit der Verabschiedung von Datenschutzgesetzen und der Einrichtung nationaler Datenschutzbehörden sowohl gesetzliche als auch organisatorische Garantien haben, kann insgesamt geschlossen werden, dass die Konvention für die Verarbeitung sensibler Daten zum Zweck von Gesetzen und Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung kein Hindernis darstellen sollte. Letztendlich hängt die Zulässigkeit der Verarbeitung jedoch von der Qualität (der „Eignung“) der nationalen Garantien des jeweiligen Landes ab. Woraus solche Sicherheitsmaßnahmen in der Praxis bestehen können, soll im folgenden Abschnitt erörtert werden.

7.3.3. Einzelstaatliche Rechtsvorschriften im Bereich des Datenschutzes in den EU-Mitgliedstaaten

Alle EU-Länder haben die Konvention Nr. 108 des Europarats ratifiziert und die EU-Datenschutzrichtlinie in ihre nationalen Gesetze umgesetzt. Dies bedeutet, dass ihre Datenschutzgesetze im Hinblick auf Struktur und Inhalt viele Gemeinsamkeiten haben. Alle unterscheiden zum Beispiel zwischen „normalen“ personenbezogenen Daten und „besonderen Arten“ von personenbezogenen Daten und schreiben für diese strengere Schutzregeln vor. So ist die Verarbeitung sensibler Daten beispielsweise erlaubt, wenn es um das „wesentliche Interesse“ der betroffenen Person geht, und die Verarbeitung erforderlich ist, um den Rechten und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts Rechnung zu tragen. Gewisse Abweichungen ergeben sich jedoch deshalb, weil viele Bestimmungen der beiden o. g. Rechtsinstrumente Raum für die Auslegung lassen und bislang noch wenig maßgebliche Orientierungshilfe verfügbar ist. Außerdem ist es aus Sicht der vorliegenden Untersuchung besonders wichtig zu prüfen, ob die Mitgliedstaaten die Möglichkeit gemäß Artikel 8(2)(a) der Richtlinie genutzt haben, nach der sie gesetzlich darüber bestimmen können, dass das Verbot der Verarbeitung sensibler Daten durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden kann.

Eine Prüfung der von den EU-Mitgliedstaaten angenommenen allgemeinen Datenschutzgesetze ergibt, dass die Staaten die Möglichkeit, das Erheben von sensiblen Daten mit der Einwilligung der betroffenen Person auszuschließen, nicht umfangreich genutzt haben.¹⁹⁵ Die allgemein geltenden Datenschutzgesetze der EU-Mitgliedstaaten ermöglichen im Regelfall die Verarbeitung sensibler Daten mit dem Einverständnis der betroffenen Person. Zu dieser Regel gibt es jedoch ein paar Ausnahmen:

- (i) In einigen Ländern wie zum Beispiel Österreich, Dänemark, Estland, Griechenland, Italien oder Portugal ist die Einwilligung an sich noch nicht ausreichend. Außerdem ist noch eine Genehmigung der nationalen Datenschutzstelle erforderlich;¹⁹⁶
- (ii) In einigen Ländern ist die Gültigkeit dieser Regel durch sektorielle Rechtsnormen eingeschränkt oder kann eingeschränkt sein. Dies ist in Belgien, Zypern, der Tschechischen Republik, Frankreich, Griechenland, Luxemburg, der Slowakei und im Vereinten Königreich der Fall. Diese Einschränkungen können unter bestimmten Umständen erhebliche Auswirkung haben. In Belgien sieht zum Beispiel ein Exekutivbeschluss der Regierung vor, dass die Zustimmung nicht als Rechtfertigung für die Verarbeitung

¹⁹² Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (London: Butterworths, 1996), S. 17.

¹⁹³ Ebenda, S. 23.

¹⁹⁴ Ebenda.

¹⁹⁵ Diese Erkenntnis basiert auf einer Untersuchung der in jedem Land geltenden nationalen Datenschutzgesetze. Eine Liste dieser Gesetze befindet sich unter folgender Adresse: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm (Stand: 1.5.2006).

¹⁹⁶ Diese Anforderung gilt nicht unbedingt in allen Fällen, wenn die Verarbeitung z. B. auf einem bestimmten Gesetz basiert, oder wo der für die Verarbeitung von Daten Verantwortliche eine öffentliche Behörde ist.

sensibler Daten gilt, wenn diese nicht „ohne Zwang“ erteilt worden ist.¹⁹⁷ Dies gilt zum Beispiel in einem Beschäftigungsverhältnis, weil man davon ausgeht, dass zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Kräfteungleichgewicht existiert.¹⁹⁸ Die belgische Regierung hat diese Position vertreten, obwohl die belgische Kommission für den Schutz des Privatlebens vorher zwei gegenteilige Stellungnahmen veröffentlicht hatte.¹⁹⁹

(iii) In Ungarn, Italien, Lettland und der Slowakei muss die Zustimmung schriftlich erteilt werden.

In vielen Ländern ist die Verarbeitung sensibler Daten ausdrücklich auch unter anderen Bedingungen erlaubt, wenn die betroffene Person nicht ausdrücklich zugestimmt hat. In den Niederlanden ist die Verarbeitung von Daten über Rasse oder ethnische Herkunft auch ohne die Zustimmung der betroffenen Person zulässig, unter der Bedingung, dass diese Verarbeitung notwendig ist, um bestehende Ungleichheiten zu beseitigen, und die Identifizierung der jeweiligen Personen über objektive Kriterien wie etwa den Geburtsort der Eltern erfolgt und die betroffene Person gegen diese Verarbeitung nicht schriftlich widersprochen hat.²⁰⁰ Mehrere Datenschutzgesetze der Mitgliedstaaten enthalten allgemein gültige Bestimmungen, nach denen die Verarbeitung von sensiblen Daten aufgrund (anderer) Gesetze oder Vorschriften zulässig ist. Dies ist der Fall in Österreich, Zypern, den Niederlanden, Polen, Slowenien, Spanien und Schweden. In Österreich, Belgien, Zypern, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Polen und Schweden ist die Verarbeitung sensibler Daten für statistische und wissenschaftliche Zwecke ausdrücklich erlaubt. Hier ist anzumerken, dass in einigen Ländern, die Daten für diese Zwecke verarbeiten, eine vorherige Genehmigung durch die nationale Datenschutzbehörde erforderlich ist. In einigen Ländern wie zum Beispiel in Dänemark, Griechenland, Malta und Schweden, ist die nationale Datenschutzbehörde befugt, die Verarbeitung sensibler Daten auch unter anderen Bedingungen zuzulassen, die nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt sind.

Das Vereinigte Königreich scheint das einzige Land zu sein, in dem die Überwachung der betrieblichen Praxis aufgrund des Datenschutzgesetzes ausdrücklich als eine rechtmäßige Form der Verarbeitung sensibler Daten möglich ist. Gemäß dem Gesetz des Vereinigten Königreichs dürfen die Daten nur mit der Zustimmung der Person erhoben und so gespeichert werden, dass die Person dabei nicht bestimmt wird.

Hier muss noch einmal erwähnt werden, dass das EU-Gesetz mehrfach vorschreibt, dass jeder Mitgliedstaat „angemessene“ oder „geeignete“ Garantien vorsehen muss, damit das Erheben sensibler Daten rechtmäßig ist. Es ist daher nicht ausreichend, wenn die Erhebung von Daten nach einzelstaatlichem Recht zulässig ist, wenn ein bestimmter Mitgliedstaat aus der Sicht des EU-Rechts seine Verpflichtungen nicht einhält. Diese Möglichkeit besteht tatsächlich, da eine Studie aus dem Jahr 2002 ergeben hat, dass die von vielen Mitgliedstaaten vorgesehenen Garantien in dieser Hinsicht unzulänglich oder sogar nicht existent sind.²⁰¹ Die Tatsache, dass ein innerstaatliches Recht bei der Verarbeitung sensibler Daten einen liberalen Ansatz verfolgt, kann daher kein Hinweis darauf sein, dass es für die Erhebung von sensiblen Daten keine gesetzlichen Hindernisse gibt, im Gegenteil.

7.4 Schutz des Privatlebens

7.4.1 Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wurde von 45 Staaten einschließlich aller 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union ratifiziert.²⁰² Artikel 8 der Konvention befasst sich mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens:

¹⁹⁷ Artikel 27 des Exekutivbeschlusses vom 13. Februar 2001 zur Umsetzung des Föderalen Gesetzes vom 8. Dezember 1992 über den Schutz des Rechtes auf Privatleben in Bezug auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten.

¹⁹⁸ Ebenda. Es gibt jedoch eine sehr wichtige Ausnahme zu dieser Regel: Diese Regel gilt nicht, wenn die Verarbeitung von Daten durch die Notwendigkeit gerechtfertigt ist, den jeweiligen Arbeitnehmern eine Begünstigung zu bewilligen. Unter diese Ausnahme fällt auch die Rechtmäßigkeit der Datenerfassung, wenn diese z. B. für das Treffen von angemessenen Vorkehrungen notwendig ist.

¹⁹⁹ Kommission für den Schutz des Privatlebens (*Commission de la protection de la vie privée*): Stellungnahme 8/99 vom 8. März 1999; Stellungnahme 25/99 vom 23. Juli 1999.

²⁰⁰ Artikel 18 des Datenschutzgesetzes vom 6. Juli 2000, geändert.

²⁰¹ Siehe Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. September 2002, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf (besucht 01.05.06).

²⁰² Anzahl der Ratifizierungen am 22.11.2005.

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Am weitesten von den vier geschützten Interessen (Privatleben, Familienleben, Wohnung und Korrespondenz) geht der Schutz des Privatlebens.²⁰³ Hierzu gehört auch das Recht auf den Schutz der Informationen bezüglich des Privatlebens. Dass für das Erheben von Informationen über eine bestimmte Person Artikel 8 relevant sein könnte, war bereits aufgrund einer Entscheidung der Europäischen Menschenrechtskommission aus dem Jahr 1982 offensichtlich. In der Rechtssache *X vs. Vereinigtes Königreich* war die EMRK der Ansicht,

dass eine obligatorische öffentliche Volkszählung u. a. mit Fragen zu Geschlecht, Familienstand, Geburtsort und anderen persönlichen Angaben zu den Mitgliedern eines bestimmten Haushalts den *glaubhaften Anschein* eines Verstoßes gegen das von Artikel 8, Absatz 1 der Konvention über die Achtung des Privat- und Familienlebens garantierte Recht sein kann, der nach Artikel 8, Absatz 2 begründet werden muss.²⁰⁴

Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) haben gezeigt, dass der Begriff „Informationen über das Privatleben“ breit auszulegen ist und fast alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare Person umfasst. Solche Informationen können sich z. B. auf eine frühere politische Aktivität oder wirtschaftliche Transaktionen beziehen, wie aus dem folgenden Fall deutlich wird:

In der Rechtssache *Amann vs. Schweiz* machte der Kläger geltend, dass die Erstellung einer Karte über ihn aufgrund eines abgehörten Telefonanrufs, den er von einer an einer ausländischen Botschaft tätigen Person erhalten hatte, und die Speicherung dieser Karte in einem Index gegen Artikel 8 der Konvention verstieß. Diese Karte war offenbar aus Gründen angelegt worden, die mit der inneren Sicherheit zu tun hatten, während sich der Telefonanruf tatsächlich auf eine rechtmäßige wirtschaftliche Transaktion bezog. Das Gericht fand heraus, dass das Anlegen und Speichern einer Karte auf der steht, dass der Kläger in Verbindung mit der Botschaft gestanden und ein Geschäft mit der in dieser Botschaft arbeitenden Person getätigt hat, Daten über das Privatleben des Klägers waren, und betonte, das Speichern von Informationen über das Privatleben einer Person durch eine Behörde stelle einen Verstoß im Sinne des Artikels 8 dar. Ob die Daten sensibler Art waren oder ob der Kläger in irgendeiner Weise belästigt worden war, oder die Daten Dritten gegenüber offen gelegt wurden, war dabei nicht relevant.²⁰⁵

In der Rechtssache *MS vs. Schweden* wiederholte das Gericht erneut, dass der Schutz von personenbezogenen und insbesondere medizinischen Daten von grundlegender Bedeutung ist für die Wahrnehmung des Rechts einer Person auf die Achtung ihres Privat- und Familienlebens, wie Artikel 8 der Konvention garantiert. Angesichts dieser Beispiele ist es eindeutig, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten in den Geltungsbereich von Artikel 8 fällt.

Die Konvention sieht nicht vor, dass jedermann ein Recht auf den Schutz des Privatlebens hat, aber ein Recht auf die *Achtung* seines Privatlebens. Nach der bewährten, vom EGMR bestätigten Auslegungsweise bedeutet dies, dass Staaten nicht nur verpflichtet sind, das Privatleben nicht zu stören, sondern auch die positive Verpflichtung haben, die Menschen vor Eingriffen in ihre Rechte durch Privatpersonen oder Organisationen zu schützen, und zwar gegebenenfalls mit strafrechtlichen Mitteln.²⁰⁶ Da die Verarbeitung von Daten unter Artikel 8 fällt, bedeutet dies, dass angemessene Garantien nicht nur vorhanden sein müssen, um die Aktivitäten von staatlichen und lokalen Behörden zu regeln, sondern auch die von Hochschul- und privaten Forschungseinrichtungen. Zur

²⁰³ Gordon, Richard QC – Tim Ward – Tim Eicke, *The Strasbourg Case Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001), S. 781.

²⁰⁴ *X vs. Vereinigtes Königreich* 30 DR 239 1982.

²⁰⁵ Siehe Absätze 69 und 70 der Entscheidung.

²⁰⁶ Gordon, Richard QC – Tim Ward – Tim Eicke, *The Strasbourg Case Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001), S. 781; ECtHR *Botta vs. Italy* (1998) 26 E.H.R.R. 241, Abs. 33; Ovey, Clare – Robin Whyte, *The European Convention on Human Rights*. Third Edition (Oxford: Oxford University Press, 2002), S. 219.

Bestimmung der Reichweite dieser Verpflichtungen muss auf ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem allgemeinen Interesse und den Interessen des Einzelnen geachtet werden, wobei auch zu bedenken ist, dass der Vertragsstaat in jedem Fall einen Ermessensspielraum hat.²⁰⁷

Artikel 8 bezieht sich nicht nur auf das Erheben, sondern auch auf das Speichern, Verwenden und die Offenlegung von Daten. Zum Beispiel war der EGMR im Fall *MS vs. Schweden* der Ansicht, dass das einzelstaatliche Recht angemessene Garantien vorsehen muss, um die Weitergabe oder Offenlegung von personenbezogenen Gesundheitsdaten, die mit den Garantien in Artikel 8 der Konvention unvereinbar sein können, zu verhindern. Möglicherweise kann daher auch das Nichtermöglichen einer Gelegenheit zur Widerlegung von falschen Informationen einen Verstoß darstellen. In der Rechtssache *Rotaru vs. Rumänien* wies das Gericht darauf hin, dass sowohl das Speichern von Informationen über das Privatleben einer Person als auch ihre Verwendung durch eine Behörde und die Weigerung, eine Gelegenheit dafür zuzulassen, diese zu widerlegen, einem Eingriff in das in Artikel 8 § 1 der Konvention garantierte Recht auf Wahrung des Privatlebens gleichkommt.²⁰⁸ Artikel 8 oder irgendeine andere einschlägige Bestimmung der Konvention enthalten jedoch kein allgemeingültiges Recht auf den Zugang zu und die Anfechtung von personenbezogenen Informationen, die in Dateien anderer gespeichert sind.²⁰⁹

Hier muss unterschieden werden zwischen Situationen, in denen die betroffene Person der Erhebung von Daten zugestimmt hat, und Situationen, in denen diese Zustimmung fehlt. In allen Fällen, in denen ein Eingriff festgestellt worden ist, war sich die betroffene Person der Erhebung von Daten nicht bewusst, oder hat dieser nicht zugestimmt. Eine spätere Verwendung oder Offenlegung von freiwillig gegebenen personenbezogenen Daten kann auch unter Artikel 8 fallen, wenn die Daten für andere Zwecke als für solche verwendet werden, über die die betroffene Person informiert wurde, oder wenn die Informationen Dritten gegenüber bekannt gemacht oder so aufbewahrt werden, dass die Sicherheit der Daten nicht gewährleistet werden kann.

Allgemein gesehen liegt wahrscheinlich dann ein Eingriff vor, wenn aus den fraglichen Daten Einzelheiten über die Persönlichkeit oder Eigenschaften der betroffenen Person hervorgehen, oder diese Daten verarbeitet werden, ohne dass die betroffene Person davon Kenntnis genommen oder dazu zugestimmt hat, und wenn die Verarbeitung die betroffene Person potentiell negativ darstellen könnte, oder sich daraus eine Einschränkung der Wahlfreiheit der betroffenen Person ergeben könnte.²¹⁰ Diese Grundsätze gelten scheinbar ungeachtet dessen, ob die Informationen automatisch oder manuell verarbeitet werden. Zieht man daraus eine negative Folgerung, so hat es den Anschein, dass das Erheben und die sonstige Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die auf der Grundlage einer ohne Zwang erteilten Zustimmung der betroffenen Person erfolgt, *prima facie* keinen Verstoß gegen Artikel 8 darstellt. Dadurch wird beispielsweise die Erhebung von Daten durch Stichprobenerhebungen, an denen die Teilnahme freiwillig ist, rechtmäßig. Diejenigen Formen der Erhebung von personenbezogenen Daten, die nicht auf der Grundlage der freiwilligen Mitarbeit erfolgen, wie etwa Volkszählungen, können hinsichtlich des Artikels 8 (1) jedoch leicht einen Verstoß darstellen.

Das Recht auf den Schutz des Privatlebens ist nicht absolut: Ein Verstoß dagegen kann nach Artikel 8 (2) begründet werden. Wenn ein Eingriff nicht gegen Artikel 8 verstoßen soll, muss dieser Eingriff (i) gesetzlich vorgesehen sein, (ii) ein rechtmäßiges Ziel verfolgen (bezüglich der nationalen oder öffentlichen Sicherheit oder des wirtschaftlichen Wohls des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, und (iii) in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Da Artikel 8 (2) eine Ausnahme bei einem von der Konvention garantierten Recht vorsieht, müssen diese Anforderungen eng ausgelegt werden.²¹¹

Der Ausdruck „gesetzlich vorgesehen“ erfordert nicht nur, dass die strittige Maßnahme eine Grundlage im innerstaatlichen Recht haben sollte, sondern verweist auch auf die Qualität des jeweiligen Gesetzes, und verlangt dabei, dass es für die betroffene Person zugänglich und bezüglich seiner Auswirkungen vorhersehbar sein

²⁰⁷ EGMR, *Botta vs. Italy* (1998) 26 E.H.R.R. 241, Randnr. 33.

²⁰⁸ EGMR *Rotaru vs. Rumänien* (4. Mai 2000), Randnr. 46.

²⁰⁹ Bygrave, Lee A. 'Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties' *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, S. 23 ff.

²¹⁰ Ebenda, S. 17.

²¹¹ EGMR, *Rotaru vs. Rumänien* (4. Mai 2000), Randnr. 47.

sollte. Darüber hinaus müssen die Reichweite und die Bedingungen, unter denen die Behörden in dem jeweiligen Bereich von ihrem Ermessensspielraum Gebrauch machen, ausreichend deutlich hervorgehen.²¹² In den EU-Ländern dürften einzelne Datenerhebungsaktivitäten, die den nationalen Datenschutzgesetzen entsprechen, dem ersten Anschein nach eigentlich keine Probleme mit dieser Anforderung haben, solange das innerstaatliche Recht ordnungsgemäß mit der EU-Datenschutzrichtlinie übereinstimmt. Auch in Bezug auf die Anforderung des legitimen Ziels dürften keine besonderen Probleme auftreten. Die Erhebung von Daten zum Zweck der Bekämpfung von Diskriminierung erfüllt nachweislich mehrere Kriterien des Artikels 8(2). Die Frage, ob eine bestimmte Durchführung der Datenerhebung, die als Verstoß gegen Artikel 8(1) gilt, gemäß Artikel 8(2) jedoch gerechtfertigt ist, läuft somit in der Praxis auf die Frage hinaus, ob diese Aktivität als „in einer demokratischen Gesellschaft“ zur Bekämpfung von Diskriminierung notwendig erachtet werden kann. Damit diese Frage bejaht werden kann, muss gemäß der Rechtsprechung des Gerichts eine dringende gesellschaftliche Notwendigkeit bestehen, die den Eingriff rechtfertigt. Außerdem muss dieser Eingriff im Verhältnis zu dem verfolgten Ziel stehen.²¹³ Zunächst müssen die staatlichen Behörden eine Anfangsbewertung davon machen. Jedoch ist es Aufgabe des EGMR, endgültig zu bewerten, ob die für den Eingriff genannten Gründe relevant und ausreichend sind.²¹⁴

In der oben erwähnten Rechtssache *X vs. Vereinigtes Königreich* kam die Kommission zu dem Schluss, dass das Verlangen der obligatorischen Herausgabe von Informationen zum Zwecke der landesweiten Volkszählung mit der Unterstützung von strafrechtlichen Sanktionen nach dem Recht des Artikels 8 ein berechtigter begründbarer Eingriff war. Die Volkszählung, davon ging man aus, verfolgte ein legitimes Ziel, nämlich das wirtschaftliche Wohl des Landes. Die Durchführung der Volkszählung wurde ebenfalls als notwendig betrachtet, um in einer demokratischen Gesellschaft das besagte Ziel zu erreichen. Die Kommission war insbesondere von der Tatsache beeinflusst, dass die Ergebnisse der Volkszählung völlig vertraulich behandelt wurden. Die Kommission kam zu dem Schluss: Wenn die im Rahmen einer Volkszählung erhobenen Informationen sorgfältig und vertraulich behandelt werden, ist der dadurch verursachte Eingriff in das Recht des Klägers auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens in einer demokratischen Gesellschaft notwendig.²¹⁵

Die Auswirkungen auf das Erheben von Daten über Diskriminierung. Artikel 8 der Europäischen Konvention ist allgemein formuliert, sein Geltungsbereich ist breit. Dies macht seine eingehende Analyse zu einer Herausforderung, angesichts der großen Vielfalt von Aktivitäten im Zusammenhang mit der Erhebung von Daten, der vielen verschiedenen Methoden und insbesondere angesichts des Mangels an Urteilen zu diesen Themen. Einige vorläufige Schlussfolgerungen können jedoch gezogen werden. Zunächst gibt es Formen der Datenerhebung wie zum Beispiel anonyme Erhebungen, die ohne einen Verstoß gegen die Rechte des Artikels 8 durchgeführt werden können.²¹⁶ Die gleiche Schlussfolgerung gilt für Stichprobenerhebungen, bei denen die Beteiligung freiwillig ist, auch wenn es dabei um die Verarbeitung von personenbezogenen Daten geht. Möglicherweise kann die Überwachung der betrieblichen Praxis, auch wenn sie dem Anschein nach auf der freiwilligen Mitarbeit der betroffenen Personen basieren, nicht wirklich freiwillig sein, da argumentiert werden kann, dass ein Arbeitgeber oder ein Dienstleistungsanbieter in einer *de facto* dominierenden Position sind. Diese Praktiken können daher nach Artikel 8(2) der Konvention begründet werden müssen, damit sie rechtmäßig sind. Im Hinblick auf Volkszählungen gilt es anzumerken, dass das Beantworten von Volkszählungsfragen grundsätzlich obligatorisch ist, häufig auch bei Strafe. Dies bedeutet, dass Volkszählungsfragen nach Artikel 8(2) begründet werden müssen, damit sie als rechtmäßig betrachtet werden können.²¹⁷ Die Frage, ob eine Rechtfertigung gemäß Artikel 8(2) vorliegt, hängt von den einzelnen Zielen und Verfahren der jeweiligen Durchführung der Datenerhebung ab. In der Praxis läuft diese Bewertung normalerweise auf die Frage hinaus, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfüllt ist, also ob die verwendeten Mittel angesichts der Ziele angemessen sind. Diese Bedingung erfordert zum

²¹² Siehe z. B. EGMR, *Rotaru vs. Rumänien* (4. Mai 2000), Randnr. 52-62; *Malone vs. Vereinigtes Königreich* (2. August 1984), Randnr. 66.

²¹³ EGMR, *Smith and Grady vs. Vereinigtes Königreich* (2000), 29 E.H.R.R. 493; *Chassagnou vs. Frankreich* (2000), 29 E.H.R.R. 615.

²¹⁴ Ebenda.

²¹⁵ Europäische Kommission für Menschenrechte, *X vs. Vereinigtes Königreich* 30 DR 239 1982.

²¹⁶ Das Hilfsverb „kann“ wird hier verwendet, um den offensichtlichen Punkt zu betonen, dass keine pauschale Vorab-Legitimation einer bestimmten Form der von Datenerhebung möglich ist, da jede Durchführung von Datenerhebungen sämtlichen einschlägigen Rechtsvorschriften entsprechen muss, nicht nur jenen über das Recht auf Schutz des Privatlebens.

²¹⁷ Es ist jedoch anzumerken, dass in vielen Ländern die Volkszählungsfragebögen einen Hinweis enthalten, dass das Beantworten bestimmter Fragen, z.B. zu Religion oder Ethnizität fakultativ ist.

Beispiel, dass grundsätzlich der am wenigsten störende Weg verwendet werden sollte, um die notwendigen Daten zu erhalten.

7.4.2 Artikel 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR)

Während sich Artikel 8 der EMRK dem Thema Privatsphäre nähert als ein *Recht* auf Achtung des Privatlebens, ist in Artikel 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, der nach dem Vorbild von Artikel 12 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte formuliert wurde, die Rede von einem *Verbot aller* willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffe in das Privatleben:

1. Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.
2. Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Artikel 17 des IPbpR behandelt, wie sein entsprechender Artikel 8 der EMRK, Eingriffe in das Privatleben sowohl durch öffentliche als auch durch private Akteure.²¹⁸ Wie der Ausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nr. 16 zum Recht auf Privatleben anmerkt, stehen die Vertragsstaaten „in der Verpflichtung, selbst keine Eingriffe vorzunehmen, die mit Artikel 17 des Paktes unvereinbar sind, und den gesetzlichen Rahmen zu schaffen, der solche Eingriffe durch natürliche oder juristische Personen verbietet.“²¹⁹

Entscheidend ist hier, dass geprüft wird, was mit „willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in das Privatleben“ gemeint ist. Um Artikel 17 zu entsprechen, müssen sämtliche Eingriffe in das Privatleben zunächst „rechtmäßig“ sein. Dies heißt, dass außer den gesetzlich Zulässigen kein Eingriff stattfinden kann. Daneben gibt es auch eine qualitative Anforderung: Ein diesbezügliches Gesetz muss, ebenso wie der Eingriff selbst, den Bestimmungen, Zwecken und Zielen des Paktes entsprechen, damit der Eingriff nicht willkürlich oder rechtswidrig ist.²²⁰ Darüber hinaus muss ein gesetzlich vorgesehener Eingriff in jedem Fall in den jeweiligen Umständen vernünftig sein, damit die Anforderung, nicht willkürlich zu sein, erfüllt wird.“²²¹

Die Bewertung der „Vernünftigkeit“ ist zwangsläufig gewissermaßen Ermessenssache, und genau hier erweist sich die Orientierungshilfe des Menschenrechtssausschusses als besonders nützlich. In der allgemeinen Bemerkung Nr. 16 wägt der Ausschuss ab zwischen dem Bedarf an Daten und dem Schutz des Privatlebens und stellt fest, da

„alle in der Gesellschaft leben, ist der Schutz des Privatlebens notwendigerweise relativ. Aber die zuständigen Behörden sollten nur solche Informationen über das Privatleben einer Person anfordern können, deren Kenntnis im Interesse der Gesellschaft im Sinne des Paktes wesentlich ist.“²²²

Während der Ausschuss hier nur von „Behörden“ spricht, gibt es keinen Grund, warum das gleiche Argument nicht auch für private Akteure gelten sollte. Das Prinzip, von dem der Ausschuss hier ausgeht, sollte kein Hindernis für die Erhebung von Daten zur Diskriminierung darstellen, da es kaum bessere Beispiele von Informationen geben kann, die „im Interesse der Gesellschaft im Sinne des Paktes wesentlich“ sind, angesichts der Tatsache, dass der Ausschuss selbst die Vertragsparteien mehrmals dazu aufgefordert hat, solche Daten zu erheben.

²¹⁸ Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 16: Das Recht auf Schutz des Privatlebens, der Familie, der Wohnstätte, des Briefverkehrs, der Ehre und des Ansehens (Art. 17), 08/04/88, Abs. 1.

²¹⁹ Ebenda, Abs. 1 und 9.

²²⁰ Ebenda, Absatz 3.

²²¹ Ebd., Abs. 4. Nowak ist folgender Auffassung: Unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit enthält ein willkürlicher Eingriff auch ungerechte, unvorhersehbare und unvernünftige Elemente. Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (Kehl: Engel, 1993), S. 292.

²²² Ebenda, Absatz 7.

Absatz 10 der allgemeinen Bemerkung behandelt den Kern der Erhebung von Daten und bestimmt die Kriterien, nach denen solche Praktiken erfolgen können. Er soll daher hier in seiner Gesamtheit zitiert werden:

Das Sammeln und Aufbewahren von persönlichen Daten in Computern, Datenbanken und anderen Vorrichtungen, sei es durch staatliche Behörden oder sei es durch Privatpersonen oder nichtstaatliche Körperschaften, muss gesetzlich geregelt werden. Wirksame Maßnahmen müssen von den Staaten getroffen werden, um sicherzustellen, dass Information über das Privatleben einer Person nicht in die Hände von Personen gerät, die nicht gesetzlich autorisiert sind, solche Information zu erhalten, weiter zu verarbeiten und zu verwenden, und dass solche Information niemals für Zwecke verwendet wird, die mit dem Pakt unvereinbar ist. Um den wirksamsten Schutz seines Privatlebens zu haben, sollte jedes Individuum das Recht haben, in verständlicher Form Auskunft zu erhalten, ob und wenn ja, welche persönlichen Daten in automatisierten Datenträgern zu welchen Zwecken gespeichert sind. Jede Einzelperson sollte auch feststellen können, welche Behörden, Privatpersonen oder Körperschaften ihre Dateien einsehen oder einsehen können. Wenn solche Dateien falsche persönliche Daten enthalten oder gegen die Bestimmungen des Gesetzes angelegt wurden, sollte jede Person das Recht auf Korrektur oder Elimination der Dateien haben.

Die Allgemeine Bemerkung unterscheidet nicht zwischen einzelnen Methoden oder Bedingungen der Datenerhebung, wie z. B. ob die Offenlegung von Daten freiwillig ist oder nicht. Der Schwerpunkt von Artikel 17 und der allgemeinen Bemerkung liegt auf den Anforderungen, die erfüllt werden müssen, damit die Verarbeitung von Daten rechtmäßig erfolgt, und nicht so sehr auf dem Inhalt der Daten. Dies sowie die relativ breite Formulierung von Artikel 17 unterstützt die Ansicht, dass der Artikel auch für freiwillig angegebene Daten gilt. Diese erwähnten Grundsätze betreffen nur „personenbezogene Informationen“, also Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare Person. Artikel 17 gilt daher nicht für anonymisierte Daten. Die Verwendung der Begriffe „persönliche Daten“ und „Information über das Privatleben einer Person“ beim Ausschuss ist austauschbar, und es ist klar, dass Informationen über Geschlecht, Alter, Rasse oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion und Weltanschauung und sexuelle Orientierung einer Person gemäß Artikel 17 geschützt sind.

Artikel 17 und die allgemeine Bemerkung legen den Nachdruck auf die gesetzlichen und institutionellen Garantien, die vorhanden sein müssen, um persönliche Daten zu schützen: Die Verarbeitung personenbezogener Informationen muss gesetzlich geregelt sein, und wirksame Maßnahmen müssen ergriffen werden, um zu garantieren, dass die Daten nicht für missbräuchliche Zwecke verwendet und dass die Daten sicher aufbewahrt werden. Die allgemeine Bemerkung schlägt sogar vor, dass eine Person ein Recht hat, sämtliche Register und Dateien, in denen Daten über sie gespeichert sind, zu kennen, und sogar ein Recht auf Korrektur oder Elimination von irgendwelchen falschen Daten zu fordern – ein Recht, das es im Rahmen der EMRK als solches nicht gibt.

Die Auswirkungen auf das Erheben von Daten über Diskriminierung. Artikel 17 von IPbPR stellt für das Erheben von Daten über Diskriminierung keine größeren Probleme dar. Während jede Form der Erhebung von personenbezogenen Daten unter Artikel 17 fallen, kann die Erhebung von Daten über Diskriminierung in den EU-Mitgliedstaaten kaum als „rechtswidrig“ oder „willkürlich“ gelten. Dies liegt daran, dass alle 25 Länder Rechtsvorschriften im Bereich des Datenschutzes verabschiedet und Behörden eingerichtet haben, die die Befolgung dieser Rechtsvorschriften überwachen,²²³ womit sie – zumindest dem Anschein nach – die nach Artikel 17 erforderlichen Garantien bereitstellen, und da die Erhebung von Daten zum Zweck der Bekämpfung von Diskriminierung das Kriterium der Vernünftigkeit erfüllt, entsprechen auch sie den Zielen und Absichten des IPbPR.²²⁴ Bei allen Vorgängen im Zusammenhang mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten muss jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, und das innerstaatliche Recht sollte ausdrücklich Maßnahmen erfordern, die das Privatleben und die Sicherheit von Daten schützen.

7.4.3 Artikel 7 und 8 der Grundrechtecharta der Europäischen Union

Die im Dezember 2000 fertig gestellte Charta ist kein rechtlich bindendes Instrument, sondern „eine feierliche Verkündung“.²²⁵ Dennoch ist sie ein wichtiges Strategiepapier im Rahmen der EU und dient auch als Beispiel

²²³ Für eine Liste dieser Behörden siehe: http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/nationalcomm/index_en.htm

²²⁴ Hier gilt jedoch eine Einschränkung, da diese Schlussfolgerung nur ganz allgemein gilt, weil es möglich ist, dass die Datenschutzgesetze eines bestimmten Landes ihrem Wesen nach die Anforderungen des Vertrages nicht in vollem Umfang erfüllen.

²²⁵ Für den Text der Charta (2000/C 368/01), siehe: http://www.europarl.eu.int/charter/pdf/text_de.pdf

für ein relativ neues Instrument auf diesem Gebiet. Die Entwicklungen in diesem Rechtsbereich sind in der Charta sichtbar. Sie enthält separate Bestimmungen zur Achtung des Privat- und Familienlebens (Artikel 7) und zum Schutz von personenbezogenen Daten (Artikel 8). Hier erkennt ein internationales Dokument zum ersten Mal an, dass der Schutz von personenbezogenen Daten an sich ein grundlegendes Recht ist.

In Artikel 7 mit dem Titel „Achtung des Privat- und Familienlebens“, heißt es:

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Kommunikation.

Die von Artikel 7 garantierten Rechte entsprechen jenen, die von Artikel 8 der EMRK garantiert werden. Um die technischen Entwicklungen zu berücksichtigen, wurde das Wort „Schriftverkehr“ durch „Kommunikation“ ersetzt.²²⁶ In Übereinstimmung mit Artikel 52(3) der Charta, sind Bedeutung und Tragweite der in Artikel 7 garantierten Rechte ansonsten identisch mit denen in Artikel 8 der EMRK und sind in der gleichen Weise zu interpretieren.

In Artikel 8 heißt es unter dem Titel „Schutz personenbezogener Daten“

1. Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.
2. Diese Daten dürfen nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Jede Person hat das Recht, Auskunft über die sie betreffenden erhobenen Daten zu erhalten und die Berichtigung der Daten zu erwirken.
3. Die Einhaltung dieser Vorschriften wird von einer unabhängigen Stelle überwacht.

Artikel 8 stützt sich auf Artikel 286 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, auf die EU-Datenschutzrichtlinie, auf Artikel 8 der EMRK und auf das Europarats-Übereinkommen zum Schutz personenbezogener Daten. Als solches müssen die sich aus Artikel 8 ergebenden Rechte zu den Bedingungen innerhalb der Grenzen wahrgenommen werden, die von den einschlägigen Gemeinschaftsinstrumenten festgelegt werden, und die Bedeutung und Tragweite des Artikels sollen so interpretiert werden, dass die oben erwähnten Europaratsinstrumente und deren Auslegung berücksichtigt werden.²²⁷ Gemäß Artikel 52 (1) der Charta muss jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten.

Aufgrund der engen Beziehung zwischen Artikel 8 und 9 und den oben genannten Instrumenten, von denen die wichtigsten in diesem Bericht erörtert werden, gilt es hier nicht als notwendig, die Auswirkungen der genannten Artikel zu analysieren. Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Charta Wert auf die Einwilligung legt, da sie verlangt, dass jedes Erheben personenbezogener Daten „mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage“ zu erfolgen hat.

7.5 Schlussfolgerungen

Entgegen der weit verbreiteten Überzeugung enthalten die internationalen, europäischen und nationalen Bestimmungen zum Schutz des Privatlebens und zum Datenschutz kein kategorisches Verbot für das Erheben von Daten zur Diskriminierung.²²⁸ Sie bilden lediglich einen Rechtsrahmen, innerhalb dessen das Erheben und die sonstige Verarbeitung sensibler Daten stattfinden können. Diese Schlussfolgerung gilt für alle untersuchten Arten der Erhebung von Daten: die Erhebung von Daten durch Volkszählungen, Verwaltungsvorgänge, Umfragen und Überwachung der betrieblichen Praxis.

²²⁶ Seite 10 des erläuternden Berichts.

²²⁷ Siehe Artikel 52, Absätze 2 und 3 der Charta.

²²⁸ Diese Schlussfolgerung gilt auch in bezug auf „Soft-law-Instrumente“, die im Rahmen dieses Berichts aus Platzgründen nicht behandelt werden konnten. Siehe z. B. Europarat, *Der Schutz von personenbezogenen Daten, die für statistische Zwecke erhoben werden*. Empfehlung Nr. R(97) 18 und das Erläuternde Memorandum (Council of Europe Publishing, 1998).

Die Verarbeitung sensibler Daten ist zunächst auf der Grundlage der Einwilligung der betroffenen Person erlaubt, es sei denn, diese Option ist im einzelstaatlichen Gesetz unter bestimmten Umständen ausgeschlossen, oder wenn die Genehmigung der nationalen Datenschutzbehörde erforderlich ist, diese aber nicht erteilt wird.

Die Verarbeitung sensibler Daten ist sogar zulässig, selbst wenn keine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt, wenn dies im Rahmen von Gerichtsverfahren notwendig ist, oder wenn die Verarbeitung von einer Behörde im Interesse der Allgemeinheit durchgeführt wird und gesetzlich vorgesehen ist, wodurch die Erhebung von Daten bei Volkszählungen und Verwaltungsaufzeichnungen automatisch rechtmäßig wird. Die Mitgliedstaaten können auch spezifische Rechtsvorschriften einführen, die die Verarbeitung von sensiblen Daten erlauben, sofern dies aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses erfolgt und geeignete Garantien vorgesehen sind. Daneben ist darauf hinzuweisen, dass es Formen der Datenerhebung gibt, die grundsätzlich nicht unter Datenschutzgesetze fallen, wie u. a. die anonyme Überwachung der betrieblichen Praxis und anonyme Erhebungen. Dasselbe gilt auch für die meisten Diskriminierungstests. Bei der Durchführung von Meinungsumfragen²²⁹ ist in der Regel keine Verarbeitung sensibler Daten erforderlich, doch kann (zumindest in den ersten Phasen des jeweiligen Prozesses) die Verarbeitung von personenbezogenen Daten notwendig sein. Es dürfte jedoch relativ einfach sein, Erhebungen so zu planen und durchzuführen, so dass sie dem Datenschutzgesetz vollständig entsprechen.

Es sei darauf hingewiesen, dass die oben genannten Schlussfolgerungen allgemeiner Natur sind, und die Rechtmäßigkeit von bestimmten Datenerhebungsvorgängen ausschließlich davon abhängt, (i) ob die vom jeweiligen Mitgliedstaat angenommenen geltenden Gesetze tatsächlich die von den einschlägigen internationalen und europäischen Instrumenten geforderten Garantien vorsehen, und (ii) ob der für die Verarbeitung von Daten Verantwortliche die qualitativen Anforderungen des einzelstaatlichen, des europäischen und des Völkerrechts, einschließlich des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, beachtet hat.

8 Definitionen und Klassifizierung

Die Erhebung von Daten, ob durch die Überwachung von Arbeitsplätzen, Volkszählungen, Untersuchungen oder Beobachtung, erfordert eine vorherige Entscheidungsfindung bezüglich der verwendeten relevanten Kategorien. Dies ist nicht nur eine Frage der technischen Durchführung, sondern wirft auf dreierlei Ebenen komplexe rechtliche, politische und philosophische Fragen auf:

- Definitionen (die allgemeine Ebene). Was ist mit den Begriffen „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Religion“, „Weltanschauung“, „Behinderung“, „Alter“ oder „sexuelle Orientierung“ gemeint?
- Klassifizierung (die Ebene der Gruppe). Wenn bekannt ist, wie z. B. der Begriff „ethnische Herkunft“ definiert werden soll, an welchen Merkmalen erkennt man bestimmte Gruppen?
- Identifizierung (die individuelle Ebene). Anhand von welchen Kriterien kann eine Person einer Gruppe zugeordnet werden? Sollte dies durch Selbstidentifizierung der jeweiligen Person, anhand bestimmter objektiver Kriterien oder anhand der gegenseitigen Anerkennung innerhalb der Mitglieder der Gruppe erfolgen?

Dies sind komplexe Fragen und sollen hier nur diskutiert werden, um (i) die Frage zu beleuchten, warum diese Themen so strittig sind, und (ii) aufzuzeigen, welche rechtlichen Grundsätze bei diesen Fragen eine Rolle spielen. Sicherlich gibt es viele praktische Standpunkte, die bei diesen Fragen eine Rolle spielen, die jedoch hier nicht erörtert werden können. Beispielsweise sollten, wo immer möglich, die selben Grundsätze und Kategorien für alle Arten von Datenerhebung verwendet werden, um Querverweise und vergleichende Analysen zu erleichtern. Zweitens sollten nicht wenige und weit gefasste Kategorien verwendet werden, sondern viele und spezifischere Kategorien. Dies liegt daran, dass es immer Untergruppen innerhalb einer größeren Kategorie gibt, mit denen es besondere Schwierigkeiten gibt, und deren Situation unbemerkt bleibt, wenn zu weit gefasste Kategorien verwendet werden.

²²⁹ Meinungsumfragen richten sich an die allgemeine Öffentlichkeit oder an Teile davon.

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass die beiden Richtlinien die Begriffe „Rasse“, „ethnische Herkunft“, „Behinderung“, „Religion“, „Weltanschauung“, „Alter“ oder „sexuelle Orientierung“ nicht definieren.²³⁰ Die Richtlinien befassen sich nicht mit der Frage, wer als Mitglied einer bestimmten Gruppe gelten soll und aus welchen Gründen. Erwägungsgrund 31 der Richtlinie zur Gleichstellung in der Beschäftigung weist lediglich darauf hin, dass es dem Beklagten nicht obliegt, „nachzuweisen, dass der Kläger einer bestimmten Religion angehört, eine bestimmte Weltanschauung hat, eine bestimmte Behinderung aufweist, ein bestimmtes Alter oder eine bestimmte sexuelle Ausrichtung hat.“

8.1 Rasse

An dem Begriff „Rasse“ wird sehr gut deutlich, um welche begrifflichen Probleme und Sensibilitäten es hier geht. Die Mehrdeutigkeit im Zusammenhang mit dem Begriff Rasse wird auch ersichtlich in dem Rechtsinstrument, das als „Antirassismus-Richtlinie“ bekannt geworden ist. In der Präambel 6 der Richtlinie wird erklärt: „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien.“ Wenn es jedoch keine unterschiedlichen Rassen gibt, und alle Menschen der selben Rasse angehören, wie können sich dann Personen durch ihre Rasse voneinander unterscheiden und aus diesem Grund diskriminiert werden?

Aus der Sicht des Ursprungs des Begriffs der Rasse ist es verständlich, dass es hier keine Eindeutigkeit gibt. Rassistisches Denken bezüglich einer angeblichen erblichen Überlegenheit bzw. einer Minderwertigkeit bestimmter Gruppen ist vermutlich ursprünglich dadurch entstanden, dass man Ausgrenzung, Unterwerfung und Beherrschung rechtfertigen musste.²³¹ Rassistische Theorien wurden von frühen Medizin-Anthropologen entwickelt. Damit wurden diese Theorien wissenschaftlich glaubwürdig und schnell Bestandteil der populären Vorstellungswelt. Zwar stellten Daten den Begriff der „Rasse“ als etwas Definiertes in Frage, doch gibt es eine dauerhafte und natürliche Einteilung der Menschen in Gruppen seit über hundert Jahren,²³² und auch späteren wissenschaftlichen Erkenntnissen – auch denjenigen, die beweisen, dass es keine erhebliche genetische Abweichung zwischen dem gibt, was man für „Rassen“ hält – ist es nicht gelungen, diese quasi-wissenschaftliche Überzeugung zu beseitigen, die bei der allgemeinen Bevölkerung noch vorhanden ist.²³³ Dies liegt vermutlich an der Tatsache, dass es gewisse sichtbare Unterschiede zwischen verschiedenen Gruppen gibt, wie zum Beispiel die Hautfarbe, und dass angenommen wird, dass diese sichtbaren Unterschiede auf weitere grundlegende Unterschiede schließen lassen. Zwar haben diese sichtbaren Unterschiede keine tiefere biologische Bedeutung, doch haben sie so viel *soziale* Bedeutung gewonnen, so dass sich viele Menschen und Gruppen heutzutage über den Begriff der Rasse identifizieren. Es gehört zum Leben, dass sich Menschen systematisch aufgrund der mutmaßlichen Rasse dem jeweils anderen gegenüber entsprechend verhalten. „Rasse“ ist daher zwar eine soziale Konstruktion, doch hat sie im wirklichen Leben sehr konkrete Auswirkungen. Folglich ist es möglich, dass es zwar eine „rassistische Diskriminierung“ gibt, aber keine unterschiedlichen Rassen im biologischen Wortsinn.

Wie soll dann der Begriff „Rasse“ zum Zweck der Erhebung von Daten interpretiert werden, wenn er als soziale Konstruktion keine gültige wissenschaftliche Grundlage hat und von unterschiedlichen Personen unterschiedlich verstanden werden kann? Vermutlich gibt es hier keine „objektive“ Art und Weise für eine solche Auslegung.

²³⁰ Über die eigentliche Definition dieser Begriffe im internationalen, europäischen und nationalen Recht wurde schon viel diskutiert, und es gab kaum oder nur wenig allgemeine Übereinstimmung über ihre Bedeutung. Für ethnische Herkunft siehe Timo Makkonen: *Identity, Difference and Otherness. The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law*. Helsinki University Press, Helsinki (2000); für Religion siehe Jeremy Gunn: *The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law*. *Harvard Human Rights Journal*, Vol 16 (2003), 189-215; für Behinderung, siehe Deborah Mabbett: *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*. Final Report. Brunel University, UK (2000). Siehe auch allgemein Kapitel 2 von Cormack, Janet – Bell, Mark (2005). *Developing Anti-Discrimination Law in Europe* and its update drafted in 2006, noch nicht veröffentlicht (bereits zitiert).

²³¹ Die rassistische Kategorisierung von Menschen ist in vielen Gesellschaften so selbstverständlich geworden, dass die Ursprünge rassistischer Klassifizierungen selbst von Forschern, die diese Klassifizierungen entwickeln und verwenden, nur selten wahrgenommen werden. Siehe Stansfield, John H. II 'Epistemological considerations' in Stanfield, John H. II – Ruthledge M. Dennis (Hg.), *Race and Ethnicity in Research Methods* (California: Sage Publications, 1993).

²³² Mukhopadhyay, Carol C. – Yolanda T. Moses 'Re-establishing "Race" in Anthropological Discourse' *American Anthropologist* 99(3) 1997, S. 518.

²³³ Siehe Malik, Kenan, *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996), S. 4.

Sämtliche verwendeten Unterscheidungen sind notwendigerweise die selben wie die, die in der volkstümlichen Kultur weit verbreitet sind und/oder sich in Verwaltungspraktiken der jeweiligen Gesellschaft entwickelt haben.²³⁴ An dieser Stelle sollte zur Kenntnis genommen werden, dass hier große kulturelle Unterschiede bestehen. Im Vereinigten Königreich und in den USA ist die Verwendung „rassistischer“ Sprache weit verbreitet und sowohl in den Rechtsvorschriften als auch in der Umgangssprache so weit akzeptiert, dass diese beiden Länder bereits als „rassenfixierte Gesellschaften“ beschrieben worden sind.²³⁵ Die Situation ist sehr unterschiedlich in einigen anderen Ländern wie zum Beispiel Österreich, Finnland, Deutschland und Schweden, wo es allgemein als unpassend gilt im Alltag von „rassistischer“ Sprache Gebrauch zu machen, geschweige denn diese in Rechtsvorschriften zu verwenden.

Neben der Verwendung von Klassifizierungen, die aus historisch und kulturell spezifischen Volksüberzeugungen stammen, können auch Daten zu „Rasse und Herkunft“ erhoben werden, indem man diese Begriffe mit anderen, etwas „objektiveren“ Begriffen verbindet. Das internationale Übereinkommen für die Beseitigung aller Art von Rassendiskriminierung versteht unter dem Begriff „Rasse“ auch die damit zusammenhängenden Begriffe Hautfarbe, Abstammung und nationale oder ethnische Herkunft.²³⁶

Von den EU-Ländern erhebt lediglich das Vereinigte Königreich in Volkszählungen Daten über die Rasse der jeweiligen Person, obwohl selbst dort die verwendete Klassifizierung eine eigentümliche Mischung aus den Kategorien „ethnisch“ und „Rasse“ ist. Im Volkszählungsfragebogen von 2001 wurden die Befragten gebeten, ihre „ethnische Gruppe“ zu beschreiben. Sie erhielten dabei die folgenden Auswahlmöglichkeiten:

- A. Weiß (britischer/irischer/anderer weißer Hintergrund),
- B. Gemischt (weißer und schwarz-karibischer/weißer und schwarzafrikanischer/weißer und asiatischer/anderer gemischter Hintergrund),
- C. Asiatisch oder asiatisch-britisch (indisch/pakistanisch/bangladeschischer/anderer asiatischer Hintergrund),
- D. Schwarzer oder schwarz-britisch (karibischer/afrikanischer/anderer schwarzer Hintergrund), und
- E. Chinesisch oder andere ethnische Gruppe (chinesisch/sonstige).²³⁷

Bei der Volkszählung in den Vereinigten Staaten werden Angaben zur „Rasse“ direkter erhoben. Bei der Volkszählung des Jahres 2000 konnte man angeben, dass man beispielsweise „weiß“, „schwarz, afroamerikanisch oder *Negro*“ ist, „amerikanisch-indianisch“ oder z. B. „asiatisch-indisch“ bzw. sich als Angehöriger einer „sonstigen“ Rasse einordnen. Vor der Volkszählungsrunde 2000 gab es eine große Debatte darüber, ob auch die Frage einbezogen werden soll, ob eine Person *Hispanic* sei und ob das *Hispanic*-Sein als eine Frage der Zugehörigkeit zu einer Rasse oder ethnischen Gruppe zu betrachten ist.²³⁸ Diese Überlegungen machen deutlich, wie sich die

²³⁴ Zum Beispiel schreibt das US-Office of Management and Budget (OMB), von dem zahlreiche offizielle Klassifizierungsnormen stammen, die in den USA für Volkszählungen verwendet werden, zum Thema Rassen-Klassifizierungsnorm: Die Kategorien dieser Klassifizierung sind sozio-politische Konstruktionen und sollten nicht als wissenschaftlich oder anthropologisch interpretiert werden. Office of Information and Regulatory Affairs, *Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity*, 1997, S. 58. Abrufbar unter: <http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html> (Stand vom 1.1.2006).

²³⁵ Stanfield, John H. II 'Methodological Reflections: An Introduction' in Stanfield, John H. II – Ruthledge M. Dennis (Hg.), *Race and Ethnicity in Research Methods* (California: Sage Publications, 1993). Laut Stanfield werden in „rassenfixierten Gesellschaften“ (race-centered societies) soziale und kulturelle Konstruktionen geschaffen, und als politische Waffen verwendet werden. Generationen von in einer Gesellschaft Ansässigen wurden in die Überzeugung hineinsozialisiert, dass es „natürlich“ ist, wenn man annimmt, dass tatsächliche oder eingebildete phänotypische Merkmale auf Werte, Persönlichkeit, intellektuelle Eigenschaften, Verhalten, Moral oder Führungskompetenzen schließen lassen. In diesem Sinne ist Rasse nicht nur eine Kategorie, sondern ein Organisationsgrundsatz des täglichen Lebens, weil sie die Entscheidungsfindung bei Fragen der Selbst-Definition, der Wahrnehmung von anderen, der Wahl des Wohnorts, der Entscheidung über Einstellungen oder Entlassungen auf Arbeitsmärkten und bei der Auswahl von Freunden und Bekannten leicht macht. Ebenda S. 15.

²³⁶ Artikel 1 des Übereinkommens. Für ein Beispiel aus Brasilien für die Beziehung der Begriffe „Rasse“ und „Hautfarbe“ siehe Noqueira, Oracy, *Tanto preto quanto branco: estudos de relações raciais* (São Paulo: T. A. Queiroz, 1979).

²³⁷ Es gibt einige Unterschiede in der Formulierung der jeweils auf den Fragebögen in England, Nordirland, Schottland und Wales verwendeten Fragen. Das im Text genannte Beispiel stammt aus dem in England verwendeten Fragebogen.

²³⁸ Simon, Patrick, *Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands*. Medis Project. Abrufbar unter: http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf (Stand 1.1.2006), S. 55 ff.

Kategorien Rasse und ethnische Herkunft überschneiden, wenn es keine wissenschaftlichen Grundsätze für solche Unterscheidungen gibt.

8.2 Ethnische Herkunft

Die ethnische Herkunft erfreut sich als Begriff wachsender Popularität insbesondere in den Sozialwissenschaften, während Rassentheorien im gleichen Maße unbeliebter werden.²³⁹ Unter ethnischer Herkunft versteht man im Allgemeinen Abstammung und Kultur, obwohl in letzter Zeit eher der kulturelle und weniger der Abstammungsaspekt betont wird.²⁴⁰

Dennoch ist die „ethnische Herkunft“ ebenso wie der Begriff „Rasse“ eine soziale Konstruktion. Menschen, die sich als zur selben ethnischen Gruppe gehörend verstehen oder allgemein so verstanden werden, haben eine unterschiedliche Vorstellungen davon, was diese Gruppe ausmacht, und wer genau als deren Mitglieder in Frage kommt.²⁴¹ Bulmer und Solomos fassen die Position zahlreicher zeitgenössischer Forscher im Bereich ethnischer Studien wie folgt zusammen:

Rasse und ethnische Herkunft sind keine „natürlichen“ Kategorien, obwohl beide häufig so dargestellt werden. Ihre Grenzen sind weder fest, noch ist ihre Mitgliedschaft unumstritten. Rasse und ethnische Gruppen sind, ebenso wie Nationen, nur in der Vorstellung existierende Gemeinschaften. Die Menschen werden gesellschaftlich als einer bestimmten ethnischen Gruppe oder Rasse angehörend definiert, entweder im Hinblick auf von anderen verwendeten Definitionen oder von Definitionen, die die Mitglieder einer bestimmten ethnischen Gruppen für sich selbst entwickeln. Diese sind ideologische Einheiten, die unter Kampf erstellt und geändert werden. Sie sind abschweifende Konstrukte, die eine Sprache signalisieren, durch die Unterschiede benannt und erklärt werden können.²⁴²

Zunächst bedeutet die soziale Konstruiertheit dieser Begriffe nicht, dass es keine ethnischen Gruppen gibt. Wir sprechen hier nicht von eingebildeten Gemeinschaften, sondern von Gemeinschaften, die sich die Menschen auf verschiedene Arten vorstellen. Es gibt kein einheitliches Muster oder Prinzip einer gesellschaftlichen Organisation, die den Menschen aufgezwängt wird.²⁴³ In der Tat ist Ethnizität, wie Ahmad argumentiert hat, zwar ein wichtiger Aspekt der Selbst- und Gruppenidentität, doch ist es schwierig, sie in eine genaue, zulässige und zuverlässige Frage umzusetzen.²⁴⁴

Die Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse verbietet die Diskriminierung aufgrund der „ethnischen Herkunft“, nicht aufgrund der „Ethnizität“. Dadurch verschiebt sich der Fokus vom jetzigen Status einer Person zu deren Vergangenheit. Doch wie weit sollte man in die Vergangenheit zurück gehen? Wenn man 250 Jahre zurück geht, was ungefähr zehn Generationen entspricht, dann hat jeder Mensch bis zu 1024 Vorfahren. Wie viele dieser Vorfahren hätten aus Afrika kommen müssen, damit ein heutiger Mensch „afrikanischer Herkunft“ ist?

Man muss bedenken, dass dies Fragen sind, für die es offensichtlich schwierig, wenn nicht sogar unmöglich ist, eine wissenschaftlich motivierte „objektive“ Antwort zu finden. Wissenschaftliche Analysen und alltägli-

²³⁹ Siehe z. B. Malik, Kenan, *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996), S. 1, and Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000), S. 22 ff und die dort genannten Verweise.

²⁴⁰ See ebd. (Makkonen). Siehe auch Rallu, Jean-Luis-Victor Piché Patrick Simon in 'Démographie et ethnicité: une relation ambiguë' Dans Graziella Caselli, Jacques Vallin et Guillaume Wunsch, (Hg.) *Démographie: analyse et synthèse. VI: Population et société* (Paris: Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004).

²⁴¹ Vermeulen, Hans – Cora Govers 'Introduction' in Vermeulen, Hans – Cora Govers (eds), *The Anthropology of Ethnicity* (Amsterdam: Spinhuis, 1996), S. 5. Liebkind, Karmela 'Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen' in Liebkind (Hg.) *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen Suomessa* (Helsinki: Gaudeamus, 1994), S. 23.

²⁴² Bulmer, Martin – John Solomos 'Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies', *Ethnic and Racial Studies*, Vol 21, No. 5, 1998, S. 822.

²⁴³ Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' and 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000).

²⁴⁴ Ahmad, Waqar 'Ethnic Statistics: Better Than Nothing or Worse Than Nothing?' in Daniel Dorling – Stephen Simpson (Hg.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999), S. 124.

che Erfahrungen legen gleichermaßen nahe, dass es keinen einheitlichen, allgemein geltenden „natürlichen“ Grundsatz gibt, gemäß dem alle Menschen objektiv in verschiedene ethnische Gruppen eingeteilt werden können.²⁴⁵ Und doch gibt es einige rechtliche Grundsätze, die eine gewisse Orientierung geben.

Zunächst einmal ist es ein bewährter Grundsatz des internationalen Menschenrechtsgesetzes, dass die Existenz ethnischer Minderheiten eine Frage von Tatsachen ist und nicht von Gesetzen. Der *Permanent Court of International Justice* hat diesen Grundsatz bereits 1935 in einer Entscheidung betont.²⁴⁶ Diesen Grundsatz hat der UNO-Menschenrechtsausschuss wiederholt, als er erklärte: Die Existenz einer ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheit in einem Vertragsstaat hängt nicht von einer Entscheidung des Vertragsstaats ab, sondern muss nach *objektiven Kriterien* festgestellt werden.²⁴⁷ Zwar herrscht über diesen Grundsatz allgemein Einigkeit, jedoch ist er nicht überall angenommen. Insbesondere ist Frankreich hartnäckig der Ansicht gewesen, dass es auf französischem Hoheitsgebiet keine Minderheiten gibt.²⁴⁸

Zweitens müssen Staaten bei der Anwendung der Kriterien konsequent sein und willkürliche Unterscheidungen vermeiden. Wenn die Anerkennung in der Praxis an die Zuteilung von Rechten, Ressourcen oder Verpflichtungen gebunden ist, so könnte eine zögerliche Anerkennung gleichbedeutend sein mit Diskriminierung. Dies wurde zum Beispiel vom CERD-Ausschuss der UNO betont, der in seiner Allgemeinen Empfehlung XXIV anmerkte:

Es scheint, dass mehrere Vertragsparteien die Präsenz einiger nationaler oder ethnischer Gruppen oder indigener Völker in ihrem Staatsgebiet anerkennen, während sie andere missachten. Bestimmte Kriterien sollten für alle Gruppen einheitlich angewendet werden, insbesondere für die Anzahl der jeweiligen Personen und ihre Zugehörigkeit zu einer Rasse, ihre Hautfarbe, Abstammung oder nationale und ethnische Zugehörigkeit, die anders sind als die der Mehrheit oder anderer Gruppen innerhalb ihrer Bevölkerung.

(...) Der Ausschuss macht die Vertragsparteien darauf aufmerksam, dass die Anwendung unterschiedlicher Kriterien zur Bestimmung ethnischer Gruppen oder indigener Völker, die zur Anerkennung einiger und zur Ablehnung anderer führen, die Ungleichbehandlung von verschiedenen Gruppen innerhalb der Bevölkerung eines Landes verursachen kann.²⁴⁹

Der Beratende Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten war der selben Ansicht.²⁵⁰ Die Staaten sollten somit bei der Aufstellung von Nomenklaturen zum Beispiel zum Zwecke von Volkszählungen vorsichtig sein, da die Ergebnisse von Datenerhebungen üblicherweise dazu verwendet werden, um Rechte, Ressourcen oder Verpflichtungen zuzuweisen. Internationale Menschenrechtsbestimmungen unterstützen den Grundsatz der Selbstbestimmung, d. h., dass grundsätzlich jeder Einzelne darüber entscheiden darf, mit welcher ethnischen Gruppe er identifiziert werden soll. Dieser Grundsatz liegt der Allgemeinen Empfehlung VIII des CERD-Ausschusses der UNO zugrunde, der folgendermaßen lautet:²⁵¹

Der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung,
Unter Berücksichtigung von Berichten der Vertragsparteien bezüglich Informationen über die Art und Weise, wie Personen als Mitglieder einer bestimmten Rasse oder ethnischen Gruppe oder Gruppen bestimmt werden,
Ist der Ansicht, dass eine solche Identifizierung, sofern keine Rechtfertigung für etwas Gegenteiliges vorliegt, auf der Selbstidentifizierung des jeweiligen Einzelnen beruhen soll.

Der Ausschuss ist somit der Ansicht, dass die Selbstidentifizierung eine widerlegbare Gültigkeitsannahme enthält. Leider hat der Ausschuss die Rechtfertigungsgründe, mit der diese Annahme abgelehnt werden kann, oder

²⁴⁵ Man geht davon aus, dass es eindeutige Fälle gibt wie zum Beispiel einen isolierten Stamm, der allein auf einer Insel lebt. Solche eindeutig umrissenen Beispiele sind jedoch immer schwieriger zu finden in einer modernen, von massiven Migrationsbewegungen geprägten Welt in einer Situation, in der zahlreiche verschiedene Gruppen in der selben Gesellschaft nebeneinander existieren.

²⁴⁶ *Minority Schools in Albania* (1935), Permanent Court of International Justice, Ser. A/B, No. 64, 17.

²⁴⁷ Menschenrechtsausschuss, *Allgemeine Bemerkung* 23, HRI/GEN/1/Rev.7 (12. Mai 2004) Abs. 5.2., Betonung wurde hinzugefügt.

²⁴⁸ Zur situation in Frankreich, siehe Blum, Alain 'Resistance to identity categorization in France' in Daniel Dorling – Stephen Simpson (Hg.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

²⁴⁹ CERD-Ausschuss, Allgemeine Empfehlung XXIV bezüglich Artikel 1 der Konvention, 55. Sitzung (1999), Abs. 2 und 3.

²⁵⁰ Siehe z. B. Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities (Beratender Ausschuss für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten), *Opinion on Poland*, Straßburg, 27. November 2003, ACFC/INF/OP/I/(2004)005, Abs. 17.

²⁵¹ Es ist auch anzumerken dass der Grundsatz der Selbst-Identifizierung auch mit dem Grundwert der Menschenrechte, nämlich der Menschenwürde, übereinstimmt, bei der Freiheit und Selbstbestimmung ein wesentlicher Bestandteil sind.

die Situationen, in der eine Person als Mitglied einer bestimmten Gruppe mittels der Beobachtung durch Dritte identifiziert werden kann, oder andere ähnliche Methoden nicht weiter ausgearbeitet. Es ist anzumerken, dass es Situationen gibt, in denen die bloße Anwendung der Selbstidentifizierungsregel zu problematischen Ergebnissen führt. In Ungarn hat die Anwendung der Selbstidentifizierungsregel zur Ermittlung der Personen, die berechtigt sind für ein aktives und passives Wahlrecht in der Minderheitenselbstverwaltung, nachweislich zum Missbrauch des Systems durch Nichtangehörige von Minderheiten geführt. Auch das gegenteilige Phänomen ist häufig: Personen, die im Zusammenhang mit einer Minderheit stehen, geben bei Volkszählungen und Erhebungen an, Mitglieder der nationalen Mehrheit zu sein, was dazu führt, dass die Größe von Minderheitengruppen unterschätzt wird.²⁵²

Es ist anzumerken, dass das Prinzip der Selbstidentifizierung auch von ECRI²⁵³ und der Erklärung und dem Aktionsplan von Durban,²⁵⁴ und von einigen nationalen Rechtsprechungen aufgenommen worden ist.²⁵⁵

Das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten enthält eine ausführliche Behandlung dieser Fragen und erkennt in Artikel 3(1) an, dass „jede Person, die einer nationalen Minderheit angehört, das Recht [hat], frei zu entscheiden, ob sie als solche behandelt werden möchte oder nicht.“²⁵⁶ Diese Bestimmung überlässt es jedem Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er in den Genuss des Schutzes kommen möchte, der sich aus den Grundsätzen des Rahmenübereinkommens ergibt. Dies ist so interpretiert worden, dass jede Person verlangen kann, nicht als Angehörige einer Minderheit behandelt zu werden,²⁵⁷ und dass diese Personen von niemandem gezwungen werden kann, ihre Zugehörigkeit zu einer Minderheit offen zu legen.²⁵⁸ Der beratende Ausschuss für das Rahmenübereinkommen war der Ansicht, dass folglich das Beantworten von Volkszählungsfragen über die ethnische Herkunft nicht zur Pflicht gemacht werden darf.²⁵⁹

Jedoch impliziert das in Artikel 3(1) enthaltene Recht keinen Anspruch für eine Person, willkürlich beschließen zu können, irgendeiner Minderheit oder ethnischen Gruppe anzugehören. Wie es auch im erläuternden Bericht des Übereinkommens heißt, ist die subjektive Entscheidung des Einzelnen untrennbar verbunden mit den für die Identität der Person relevanten objektiven Kriterien.²⁶⁰ Die Anwendung dieser Grundsätze ist in der Praxis häufig alles andere als einfach und kann Anlass bieten für komplexe juristische und politische Meinungsverschiedenheiten.²⁶¹

Die oben erwähnten Grundsätze begrenzen den Spielraum der Staaten, ethnische Kategorien zum Zweck von Volkszählungen o. ä. zu konstruieren. Wenn Daten erhoben werden und insbesondere wenn diese die Verteilung

²⁵² Diese Situation kommt in vielen Ländern häufig vor. Für Kanada, siehe Potvin, Maryse – Sophie Latraverse, *Final Report on Canada*. Medis Project (Mai 2004), S. 36-38.

²⁵³ Gachet, Isil 'The Issue of Ethnic Data Collection From the Perspective of Some Council of Europe Activities' in Andrea Krizsan (Hg.) *Ethnic Monitoring and Data Protection: The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001), S. 54.

²⁵⁴ Artikel 92(a) der Erklärung und des Aktionsplans von Durban. A/CONF.189/12.

²⁵⁵ In Artikel 7 des ungarischen Minderheitsgesetzes heißt es: Die Identifizierung mit und der Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer nationalen, ethnischen Minderheit ist das ausschließliche und unübertragbare Recht des Einzelnen. Niemand kann gezwungen werden, seine nationale oder ethnische Identität offenzulegen. Das Recht auf nationale oder ethnische Identität und die Anerkennung und der Ausdruck der Zugehörigkeit zu einer solchen Minderheitsgruppe schließt die Möglichkeit einer doppelten oder mehrfachen Identität nicht aus. Zitiert nach Krizsán, Andrea 'Ethnic Monitoring and Data Protection: The Case of Hungary' in Andrea Krizsán (Hg.), *Ethnic Monitoring and Data Protection. The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001), S. 159.

²⁵⁶ Aus dem Kopenhagen-Dokument der OSZE aus dem Jahr 1990 ergibt sich in Artikel 32 ein damit zusammenhängendes Recht: „Die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit ist Angelegenheit der persönlichen Entscheidung eines Menschen, und darf als solche für ihn keinen Nachteil mit sich bringen.“

²⁵⁷ Siehe Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für das Rahmenübereinkommen über Zypern, 6. April 2001, ACFC/OP/I(2002)004, Abs.18.

²⁵⁸ Siehe Stellungnahme zu Aserbaidschan, 22. Mai 2003, ACFC/OP/I(2004)001, Abs.21 und Stellungnahme zur Ukraine, 1. März 2002, ACFC/OP/I(2002)010, Abs. 22.

²⁵⁹ Siehe z. B. die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses zu Polen, wo dieser anmerkt dass zwar der Bedarf an qualitativ hochwertigen Daten auf diesem Gebiet anerkannt wird, der Beratende Ausschuss jedoch der Ansicht ist, dass das Recht, nicht als eine einer Minderheit angehörigen Person behandelt zu werden, sich auch auf eine Volkszählung erstreckt, und dass ein verpflichtendes Beantworten einer Frage nach der ethnischen Herkunft oder nach der verwendeten Sprache nicht vereinbar ist mit diesem Grundsatz. Beratender Ausschusses für das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten, Stellungnahme zu Polen. Straßburg, 27. November 2003, ACFC/INF/OP/I(2004)005, Abs. 24.

²⁶⁰ Erläuternder Bericht, Abs. 33 f.

²⁶¹ Ein Beispiel hierfür ist die Situation von Nordirland und insbesondere seiner Monitoringvereinbarungen gemäß der Gleichbehandlungsgesetze. Siehe McCrudden, Christopher 'Consociationalism, Equality and Minorities in the Northern Ireland Bill of Rights Debate' in Morrison, J. – G. Anthony (Hg.), *Judges, Transition and Human Rights Cultures* (Oxford: OUP, 2006).

von Rechten oder Ressourcen beeinflussen, sollen Staaten gerechte Kriterien festlegen, nach denen Gruppen miteinbezogen werden (z.B. bei den bei nationalen Volkszählungen gestellten Fragen) und zwar als Optionen, aus denen Personen auswählen können. Die Menschen sollten auch die Option haben, jegliche Identifizierung abzulehnen, ohne dass aus einer solchen Entscheidung irgend ein Nachteil entstehen kann.

Trotz dieser Grundsätze haben die Staaten nach wie vor viel Ermessensspielraum. Die Praktiken der einzelnen Mitgliedsstaaten sind hier sehr unterschiedlich, und jedes einzelne Land kann verschiedene Methoden anwenden, mit denen die ethnische Zusammensetzung seiner Bevölkerung festgehalten werden kann.

Es existieren jedoch auch andere Klassifizierungsarten für verschiedene Zwecke. Diejenigen Mitgliedstaaten, die die Europaratskonvention zum Schutz von nationalen Minderheiten ratifiziert haben, haben in ihren einschlägigen Rechtsvorschriften häufig eine Definition von nationaler oder ethnischer Minderheit und/oder eine Aufzählung von als solchen anerkannten Gruppen. Dies ist so, obwohl dieses Übereinkommen selbst keine Definition seiner Begünstigten, also von nationalen Minderheiten oder ihnen angehörenden Personen, enthält.²⁶² Diese einzelstaatlichen Klassifizierungen haben oft einen Einfluss auf die für Datenerhebungszwecke verwendeten Klassifizierungen.

Erfahrungen aus den Mitgliedstaaten und Drittländern zeigen, dass Länder Klassifizierungen verwenden, die für ihre jeweilige Geschichte, ihre derzeitige demographische Struktur und ihr maßgebliches Rechtssystem spezifisch sind. Wenn ethnische Fragen bei den Volkszählungen enthalten waren, waren diese häufig strittig und sind geändert worden.²⁶³

8.3 Religion und Weltanschauung

Der Begriff „Religion“ wirft ebenfalls einige schwierige Fragen auf, wenn auch möglicherweise nicht in dem Maße wie der Begriff der ethnischen Herkunft. Wie Southworth bemerkt hat, ist der Begriff „Religion“ keine vollständig kohärente Einheit, da selbst die offiziell anerkannten Religionen sehr unterschiedlicher Natur und in verschiedene Gruppierungen und Sekten unterteilt sind, was es schwierig macht, zu bestimmen, auf welcher Ebene gesagt werden kann, dass eine Gemeinschaft tatsächlich existiert.²⁶⁴ Außerdem gibt es Überschneidungen zwischen den Begriffen Religion und Ethnizität. Die größte Schwierigkeit im Zusammenhang mit Religion ist jedoch die Frage, inwiefern neue und bisweilen umstrittene religiöse Bewegungen als richtige Religionen akzeptiert werden. Man geht davon aus, dass die Einbeziehung des Begriffes „Weltanschauung“ neben dem der „Religion“ vermutlich als *Prima-facie*-Anerkennung gewertet werden kann, dass die Zugehörigkeit zu einer Vielzahl von Weltanschauungen, einschließlich der nicht-theistischen und atheistischen, unter den Schutz des europäischen Antidiskriminierungsgesetzes fällt.

Sofern sich die Erhebung von Daten zur Religion auf die von bestimmten religiösen Gemeinschaften wahrgenommenen Rechte, Vorrechte oder Vorteile auswirkt, etwa im Hinblick auf das Recht, in den Schulen Religion zu unterrichten, oder das Recht, Eheschließungen vorzunehmen, müssen auch die einschlägigen Grundsätze bezüglich der Nichtdiskriminierung und der Freiheit von Religion und Weltanschauung bedacht werden. Aus der Verwendung eines bestimmten Klassifizierungssystems dürfen keine Diskriminierung oder ungerechtfertigt-

²⁶² Gemäß dem Erläuternden Bericht zum Übereinkommen wurde beschlossen, ein pragmatisches Vorgehen anzunehmen, das auf der Anerkennung basiert, dass es in dieser Phase unmöglich ist, zu einer Definition zu gelangen, die die allgemeine Unterstützung aller Mitgliedstaaten des Europarats findet. Erläuternder Bericht, Abs. 12.

²⁶³ Simon, Patrick, Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands. Medis Project. **Abrufbar unter:** http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf (Stand 1.1.2006).
Siehe auch Nobles, Melissa 'Racial categorization and censuses' in Kertzer, David I – Dominique Arel, Census and Identity: The Politics of Race, Ethnicity, and Language in National Censuses (Cambridge: Cambridge UP, 2002).

²⁶⁴ Southworth, Joanna 'The Religious Question: Representing Reality or Compounding Confusion?' in Dorling, Daniel – Stephen Simpson (Hg.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999), S. 136 ff.

te Benachteiligungen entstehen. Hierzu muss bedacht werden, was der Menschenrechtsausschuss der UNO zu Artikel 18 des IPbPR im Zusammenhang mit Freiheit von Religion und Weltanschauung gemeint hat:

Die Begriffe „Weltanschauung“ und „Religion“ sind breit auszulegen. Artikel 18 ist in seinem Geltungsbereich nicht begrenzt auf traditionelle Religionen oder auf Religionen und Weltanschauungen mit institutionellen Merkmalen oder Praktiken, die zu denen von traditionellen Religionen analog sind. Der Ausschuss sieht deshalb alle Tendenzen, Religionen oder Weltanschauungen aus irgendeinem Grund zu diskriminieren, einschließlich aufgrund der Tatsache, dass diese neu gegründet worden sind oder eine religiöse Minderheit bilden, die möglicherweise Gegenstand von Feindseligkeit durch eine vorherrschende religiöse Gemeinschaft sein kann, mit Besorgnis.

Es ist ein bewährtes Prinzip internationaler Menschenrechtsbestimmungen, dass niemand dazu gezwungen werden kann, seine Gedanken oder die Zugehörigkeit zu einer Religion oder Weltanschauung zum Ausdruck zu bringen. Der UNO-Menschenrechtsausschuss hat dies bestätigt.²⁶⁵ Dies bedeutet, dass das Beantworten von Fragen über Religion in Volkszählungen auch auf freiwilliger Basis erfolgen sollte, sofern keine Rechtfertigung für das Gegenteil vorliegt.

Trotz der oben genannten Herausforderungen haben die Klassifizierungen auf der Grundlage von Religion in der Praxis nicht die gleiche Art von Problemen verursacht wie die Klassifizierungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft. Dies hat vermutlich mit dem dabei vorhandenen Institutionalisierungs- bzw. Organisationsgrad zu tun, da die meisten, wenn auch nicht alle – großen Religionsgemeinschaften bewährt sind und klare und stabile Kriterien für die Mitgliedschaft haben. Das relativ unproblematische Wesen der Religion im Rahmen der Erhebung von Daten lässt sich beispielsweise darin erkennen, dass in Kanada bei Volkszählungen seit 1871 die Frage nach der Religion gestellt wird, und sich kaum verändert hat, während sich Fragen nach der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft, die ebenfalls bei Volkszählungen seit 1871 gestellt werden, von einer Volkszählung zur nächsten deutlich geändert haben.²⁶⁶

8.4 Behinderung

Behinderung unterscheidet sich von den anderen Gründen darin, dass die Mitgliedstaaten zwar selten eine ausdrückliche Definition von „Rasse oder ethnischer Herkunft“, „Religion“ oder „sexueller Orientierung“ haben, die Definitionen von „Behinderung“ in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten hingegen in großer Fülle vorhanden sind. Einige Staaten wie zum Beispiel Ungarn und Malta haben eine bestimmte Definition für das Antidiskriminierungs-Gesetz angenommen. Andere Länder wiederum verfügen über Definitionen, die für andere Gesetze angenommen worden sind. Bei der Definition von Behinderung gibt es in den verschiedenen Mitgliedstaaten große Unterschiede. In den meisten Fällen ist ein medizinisches Behinderungsmodell gesetzlich verankert, das sich auf die funktionelle Fähigkeit der Person als Ursache der Beeinträchtigung konzentriert. Demgegenüber betrachtet ein soziales Modell Behinderung als etwas, das sich aus der Interaktion einer Person mit ihrer Behinderung und der Umwelt ergibt.²⁶⁷

Viele Länder haben bei ihren Volkszählungen in den letzten Jahrzehnten die von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) im Jahre 1980 entwickelte Taxonomie befolgt. Diese Klassifizierung, die so genannte Internationale Klassifikation der Schädigungen, Fähigkeitsstörungen und Beeinträchtigungen (ICIDH) ist mehrfach kritisiert worden als zu medizinisch und zu sehr auf den Einzelnen konzentriert, und wurde von der WHO im Jahre 2001 überarbeitet. Das neue Klassifikationssystem, die Internationale Klassifikation der Funktionsfähigkeit, Behinderung und Gesundheit (ICF) soll ein Versuch sein, zu einer Synthese der beiden Behinderungsmodelle zu gelangen.²⁶⁸ Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen das neue Klassifizierungssystem auf künftige Datenerhebungsaktivitäten haben wird.

²⁶⁵ Menschenrechtsausschuss, *Allgemeine Bemerkung 22*, Absatz 3.

²⁶⁶ Potvin, Maryse – Sophie Latraverse, *Final Report on Canada*. Medis Project (May 2004), S. 34.

²⁶⁷ Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*. European Network of Independent Legal Experts in the non-discrimination field (human european consultancy & Migration Policy Group, 2005), S. 21. Beachtenswert ist auch, dass der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 11. Juli 2006 in der Rechtssache C-13/05 Chacón Navas, unter Par. 43 im Kontext der Richtlinie 2000/78 Behinderung definiert als „eine Einschränkung (...), die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet.“

²⁶⁸ World Health Organisation, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health*. ICF. WHO/EIP/GPE/CAS/01.3.

8.5 Alter

Der Grund des Alters ist vermutlich von allen durch die beiden Richtlinien abgedeckten Gründen für Diskriminierung das geringste Problem. Das Alter ist am leichtesten zu messen, und die einzigen Probleme, die vermutlich auftauchen werden, betreffen die Frage, wie verschiedene Altersklassen im Hinblick auf einen Vergleich aufgebaut sein sollen. Man kann annehmen, dass hier keine allgemeinen Richtlinien gegeben werden sollten, da die praktikabelsten oder angemessensten Kategorien jeweils nur im Einzelfall festgelegt werden können. Die EU-Mitgliedstaaten haben sich dafür entschieden, „Alter“ in ihren Antidiskriminierungs-Gesetzen nicht zu definieren.²⁶⁹ Alle Mitgliedstaaten, die Volkszählungen durchführen, fragen nach dem Geburtsdatum.

8.6 Sexuelle Orientierung

Der Begriff der sexuellen Orientierung mag auf den ersten Blick relativ unkompliziert erscheinen. Die meisten Mitgliedstaaten haben sich dafür entschieden, sexuelle Orientierung in ihren jeweiligen Antidiskriminierungs-Rechtsvorschriften nicht zu definieren.²⁷⁰ Eine Ausnahme bildet hier das irische Gleichstellungsgesetz, das sexuelle Orientierung definiert als „homosexuelle, heterosexuelle oder bisexuelle Orientierung“, eine im Grundsatz ähnliche Definition findet sich in den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs.²⁷¹

In der Praxis kann die Frage der Klassifizierung nicht ganz einfach sein. Zahlreiche Kommentatoren haben darauf hingewiesen, dass ein dreigliedriges Klassifizierungsmodell erhebliche Abweichungen verbirgt, und dass sexuelle Orientierung auch eine Frage des Grades sein kann.²⁷² Außerdem gibt es verschiedene Wahrnehmungen dessen, was sexuelle Orientierung ist – wie zum Beispiel die Themen Anziehung, Identität, Lebensstil, Partnerschaft und Gemeinschaft.²⁷³ In der Praxis muss ein Gleichgewicht hergestellt werden zwischen der Anerkennung der Vielfalt sexueller Orientierungen und der Kategorienbildung für die Datenerhebung und Forschung.

8.7 Schlussfolgerungen

Die Bildung von Kategorien zum Zweck der Erhebung von Daten stellt uns vor beträchtliche Herausforderungen. Dies liegt daran, dass die Realität, die sich hinter auf den ersten Blick so einfachen Begriffen wie „Rasse oder ethnische Herkunft“, „Religion oder Weltanschauung“, „Behinderung“ oder „sexuelle Orientierung“ verbirgt, von tieferen und größeren Unterschieden gekennzeichnet ist, als die Verwendung dieser Begriffe im eigentlichen Wortsinn in juristischen Texten oder in der Alltagssprache vermuten lassen. Somit gibt es keine festen Entsprechungen zwischen Begriffen und Kategorien einerseits und der empirischen Realität andererseits. Die menschliche Vielfalt und gesellschaftliche Organisation folgt keinen einfachen Grundsätzen, und die kognitiven Instrumente (wie zum Beispiel Begriffe), die verwendet werden, um sich aus dieser Vielfalt einen Reim zu machen, sind je nach Gruppe und je nach Person unterschiedlich. Das heißt, über den genauen Inhalt der jeweiligen Begrifflichkeiten kann immer diskutiert, und die Grenzen dieser Gruppe können immer auf verschiedene Arten gesehen werden. Um jedoch einsatzfähig zu sein, müssen Datenerhebungssysteme bei diesen Fragen pragmatisch vorgehen, was bedeutet, dass auch gewisse Kompromisse eingegangen werden müssen.²⁷⁴

²⁶⁹ Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*. Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung (human european consultancy & Migration Policy Group 2005), S. 23.

²⁷⁰ Ebenda, S. 22.

²⁷¹ Ebenda, S. 23.

²⁷² Haslam, Nick 'Evidence that male sexual orientation is a matter of degree' *Journal of Personality and Social Psychology*, 1997 Oct Vol 73(4), 862-870. McManus, Sally, *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research. Scottish Executive Social Research (Edinburgh, 2003)

²⁷³ McManus, Sally, *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research. Scottish Executive Social Research (Edinburgh, 2003).

²⁷⁴ Vgl. Olli, Eero – Birgitte Kofod Olsen, *Towards common measures for discrimination*, 27.11.2005. Auch abrufbar unter: http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (Stand: 1.1.2006), S. 9.

Die Staaten können die zum Zweck der Datenerhebung verwendeten Kategorien nicht einfach frei bilden, wie sie es wünschen. Sie müssen die Kategorien auf der Grundlage von Kriterien konstruieren, die auf objektiven Faktoren beruhen, und bei der Anwendung dieser Kriterien konsequent sein. Dies gilt besonders, wenn die Datenerhebung mit der Verteilung von Rechten, Pflichten, Ressourcen oder Belastungen verbunden ist, wie dies z.B. bei Volkszählungen häufig der Fall ist.²⁷⁵

Der Menschenrechtsaspekt der Datenerhebung legt einen Schwerpunkt auf das Recht des Einzelnen, die Kontrolle über sensible Daten bezüglich seiner Person zu behalten. Die Erhebung von Daten zu Rasse oder ethnischer Herkunft sollte grundsätzlich mit der Einwilligung der betroffenen Person erfolgen und sollte den Grundsatz der Selbst-Identifizierung berücksichtigen. Ein Einzelner hat jedoch kein subjektives Recht, zu erklären, zu irgendeiner beliebigen Gruppe zu gehören, wenn dies offenkundig gegen die objektiven Tatsachen spricht. In der Praxis kann die Selbstidentifizierung auch bisweilen deshalb begrenzt sein, weil beispielsweise Volkszählungsfragebögen nur wenige und breit angelegte Kategorien als Optionen anbieten können, aus denen ausgewählt werden kann.²⁷⁶ Ebenso sollte die Erhebung von Daten zu Religion nur mit der Einwilligung der betroffenen Person erfolgen. Man geht davon aus, dass diese Beispiele die Existenz eines breiteren menschenrechtlichen Grundsatzes implizieren können, gemäß dem niemand verpflichtet oder gezwungen werden kann, sensible Informationen zu seiner Person preiszugeben.

Den praktischen Erfahrungen aus mehreren Ländern zufolge ist die Entwicklung eines Klassifizierungssystems zeitaufwändig und sollte in enger Zusammenarbeit mit den Zielgruppen erfolgen.²⁷⁷ Das Klassifizierungssystem sollte–mit dem Ziel der Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung im Sinn–entwickelt werden. Dies bedeutet, dass es grundsätzlich ratsam ist, rechtlich anwendbare Definitionen zu befolgen. Da Frauen und Männer, die einer gleichen Gruppe angehören, häufig unterschiedlichen Arten von Vorurteilen und Diskriminierung ausgesetzt sind, ist es von entscheidender Bedeutung, dass die gesamte Erhebung von Daten die Gender-Dimension berücksichtigt.²⁷⁸ Außerdem wird dringend empfohlen, dass das verwendete Datenerhebungssystem auch die Analyse anderer Arten der *intersectional discrimination* ermöglichen soll.²⁷⁹

²⁷⁵ Dass gegen diesen Grundsatz häufig verstoßen worden ist, wurde von Haug betont, der folgender Ansicht war: „Die Geschichte der Statistiken über Minderheitsgruppen ist voller Beispiele von politisch motivierten Neudefinitionen und Umgruppierungen, mit denen ethnische, religiöse oder sprachliche Gruppen beseitigt, aufgebläht, neu geschaffen oder unterteilt werden sollten.“ [Haug, Werner ‘Ethnic, Religious and Language Groups: Towards a Set of Rules for Data Collection and Statistical Analysis’. Ein Online-Zeitschriftenartikel ist abrufbar unter: <http://www.eumap.org/journal/features/2003/april/ethrellangroups> (Stand am 1.1.2006)]. In ähnlicher Weise kommt Mabbett in bezug auf Behinderung zu der Schlussfolgerung, dass die Einteilung von Menschen in Kategorien anfällig werden kann für Manipulation aus finanziellen oder politischen Gründen, was die moralische Relevanz der Kategorie untergräbt. [Mabbett, Deborah, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis. Final Report* (Brunel University, 2002)].

²⁷⁶ Darauf wurde z. B. bereits hingewiesen in Tronstad, Kristian Rose – Lars Østby ‘Measuring discrimination in Norway’ in Olli, Eero – Birgitte Kofod Olsen (Hg.) *Towards common measures for discrimination*. (27.11.2005), S. 22.

²⁷⁷ Potvin, Maryse – Sophie Latraverse, *Final Report on Canada*. Medis Project (May 2004), S. 36.

²⁷⁸ Siehe z. B. Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, Allgemeine Empfehlung XXV zu den Geschlechtsbezogenen Dimensionen der Rassendiskriminierung, und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung in einer erweiterten Europäischen Union. Grünbuch. Brüssel, 28.05.2004. KOM(2004)379 endg.

²⁷⁹ Zur *intersectional discrimination* im allgemeinen und insbesondere aus der Sicht der Menschenrechte, siehe Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore* (Turku: Åbo Akademi Institute for Human Rights, 2002). Abrufbar unter: http://www.abo.fi/institut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf

Stefan | 1981

Teil V

Allgemeine Schlussfolgerungen

Dieser Bericht hat untersucht, wie Antidiskriminierungsgesetze und Maßnahmen die Erhebung von Daten benötigen und von ihr profitieren, und hat versucht, die Bedingungen zu klären, unter denen Daten erhoben werden können. Er hat auch geprüft, ob die EU-Mitgliedstaaten derzeit die Erhebung von Daten betreiben.

Es hat sich gezeigt, dass internationale, europäische und nationale Rechtsvorschriften zur Gleichbehandlung einen beträchtlichen Druck auf die EU Mitgliedstaaten ausüben, damit diese Daten über Diskriminierung erheben. Dieser Druck geht von verschiedenen Quellen aus. Zunächst heißt es in der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse, dass Gleichbehandlungsstellen dazu befugt sein müssen, Erhebungen über Diskriminierung durchzuführen. Zweitens fordern die internationalen Menschenrechtskonventionen die Vertragsparteien dazu auf, Fälle von mutmaßlicher Diskriminierung zu untersuchen, wofür unter bestimmten Umständen die Erhebung von Daten notwendig ist. Drittens erfordert die Verpflichtung zur Berichterstattung von den Mitgliedstaaten, statistische Daten über die Situation von diskriminierungsgefährdeten Gruppen vorzulegen. Viertens erfordert eine wirksame Umsetzung von Gleichbehandlungsvorschriften häufig auch den Gebrauch und daher die Erhebung von Daten. Zu den wichtigsten Datenerhebungsbedürfnissen, die sich aus der Einhaltung der Gleichbehandlungsgesetze ergeben, gehören folgende:

- (i) *Kläger- und Beklagte* benötigen häufig Daten, um einen Fall von Diskriminierung zu bestätigen oder zu widerlegen. Hier können mehrere Arten von Daten nützlich sein, wie u.a.: Daten, die bei der Überwachung der betrieblichen Praxis und der Überwachung von Dienstleistungen erhoben wurden; Daten, die mittels Untersuchung erhoben werden, die etwa von einer Rechtsdurchsetzungsstelle durchgeführt wird; Daten, die mit Diskriminierungstests erhoben werden, und Volkszählungs- oder Umfragedaten.
- (ii) *Arbeitgeber und Dienstleistungsanbieter* können Daten nutzen, um sicherzustellen, dass sie die Gleichbehandlungsgesetze einhalten und um mögliche Gleichstellungspläne umzusetzen. Dies setzt die Existenz von durch quantitative Beobachtung intern erstellten Daten voraus, und häufig auch von externen Bezugsdaten, die sich z. B. auf Volkszählungs- oder Erhebungsdaten stützen.
- (iii) *Behörden* brauchen Daten, um zu garantieren, dass Gleichbehandlungsgesetze eingehalten werden und wirksam sind, um die Existenz von Diskriminierung in der Gesellschaft im Allgemeinen zu untersuchen und um im Hinblick auf die Annahme von positiven Maßnahmen die Situation von diskriminierungsgefährdeten Gruppen zu bewerten. Eine große Auswahl von Datenquellen kann sich in diesem Zusammenhang als nützlich erweisen, wie zum Beispiel: Volkszählungs- und Erhebungsdaten; Verwaltungsdateien; Opfererhebungen; Meinungsumfragen und Daten, die mit Diskriminierungstests erhoben wurden.

Daten werden auch für eine Vielzahl von anderen Zwecken benötigt. Beispielsweise brauchen sowohl auf europäischer wie auch auf nationaler Ebene Entscheidungsträger umfassende und zuverlässige Daten bei Fragen zu geeigneten Maßnahmen, Rechtsvorschriften und Rechtsbehelfen im Umgang mit dem Problem der Diskriminierung. Nationale Gleichbehandlungsstellen, Ombudsleute und NRO brauchen ebenfalls Daten zur Diskriminierung für die Beobachtung der nationalen Situation sowie für die angemessene Planung und Durchführung ihrer Arbeit. Daten werden auch benötigt für Aufklärungs- und Sensibilisierungsmaßnahmen. Wissenschaftliche Erkenntnisse über Ausmaß und Art von Diskriminierung können als überzeugende Grundlage für eine faktenbasierte landesweite Diskussion über Diskriminierung dienen.

Trotz der großen Nachfrage und der vielen nützlichen Zwecke, denen Daten dienen können, ist die Erhebung von Daten nach wie vor ein zu wenig verwendetes Instrument bei der Bekämpfung von Diskriminierung. Es scheint so zu sein, dass die genannte Nachfrage in der politischen und Rechtskultur der Mitgliedstaaten noch nicht vollständig verstanden worden ist. Offensichtlich wird dies zum Beispiel anhand der Tatsache, dass es in den allermeisten Mitgliedstaaten noch keinen einzigen Rechtsfall gegeben hat, bei dem statistische Beweise irgendeine größere Rolle beim Nachweis von Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Orientierung gespielt hätten. Diese Situation liegt eindeutig daran, dass nur wenig Datenerhebung stattfindet, was es höchst wahrscheinlich macht, dass in Ermangelung der notwendigen Daten ein erheblicher Teil der Diskriminierung unbemerkt und/oder unangefochten bleibt.

Allerdings fehlen Daten nicht völlig. In den meisten, wenn nicht sogar in allen EU-Ländern gibt es einige Informationen zur Analyse von Ausmaß, Art und Auswirkungen von Diskriminierung. Diese Informationen sind jedoch tendenziell unvollständig, weil sie hinsichtlich der behandelten Gründe begrenzt sind (in der Regel ethnische Herkunft), hinsichtlich der materiellen Bereiche, die sie abdecken (in der Regel Beschäftigung) sowie hinsichtlich der verwendeten Methoden (in der Regel Polizeistatistiken und Daten aus Opfererhebungen). Die

Erhebung von Daten zu den Gleichberechtigungsgründen durch Volkszählungen ist jedoch relativ häufig. Alle EU Mitgliedstaaten, die Volkszählungen durchführen, fragen nach dem Alter, und eine knappe Mehrheit fragt auch nach Behinderung, Religion und ethnischer oder nationaler Herkunft. Kein Mitgliedstaat stellt Fragen bezüglich der sexuellen Orientierung. Er scheint so zu sein, dass von den Informationen, die mittels Volkszählungen erhoben werden, nur selten umfassend Gebrauch im Sinne von Antidiskriminierungspolitiken gemacht wird.

Die Meinung ist weit verbreitet, dass die Erhebung sensibler Daten nach internationalen, europäischen und nationalen Datenschutzrechtsvorschriften grundsätzlich verboten ist. Dies hat sich jedoch nicht als richtig erwiesen. Die einschlägigen Gesetze geben lediglich den gesetzlichen Rahmen und die qualitativen Bedingungen vor, die erfüllt sein müssen, wenn Daten erhoben oder in anderer Weise verarbeitet werden. Die Verarbeitung sensibler Daten ist in den allermeisten EU-Mitgliedstaaten unter der Bedingung zulässig, dass die betroffene Person dazu ihre Einwilligung gegeben hat. Die Verarbeitung ist sogar auch ohne diese Einwilligung zulässig, wenn dies im Rahmen eines Gerichtsverfahrens oder bei Aktivitäten notwendig ist, die Behörden unternehmen, um die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung in der Praxis zu gewährleisten. Viele Mitgliedstaaten erlauben die Erhebung sensibler Daten für statistische oder wissenschaftliche Zwecke ausdrücklich und gesondert, was die meisten Formen der Erhebung von Daten ebenfalls aus diesem Grund zulässig macht. Die Staaten können auch Rechtsvorschriften einführen, die die Möglichkeit der Erhebung von Daten noch weiter ausdehnen, ohne dass dies gegen ihre Verpflichtungen verstößt, vorausgesetzt, es sind die notwendigen Garantien vorhanden. Darüber hinaus gibt es Formen der Erhebung von Daten zum Thema Diskriminierung, bei denen zu keinem Zeitpunkt, auch nicht in der Phase der Erhebung von Daten, die Verarbeitung personenbezogener oder sensibler Daten über direkt oder indirekt bestimmte oder bestimmbare Personen beteiligt ist, und die somit zunächst nicht unter die Datenschutzgesetze fallen.

Die in den europäischen Datenschutzinstrumenten definierten qualitativen Grundsätze bieten eine wichtige Anleitung, wie man die Erhebung von Daten mit dem Schutz des Privatlebens und der Vermeidung von Datenmissbrauch in Einklang bringt. Diese Grundsätze sollten bei der Planung und Durchführung von Datenerhebungsvorgängen immer berücksichtigt werden. Zusammenfassend bedeuten diese Grundsätze, dass der für die Verarbeitung der Daten Verantwortliche, sofern dies die Ziele der Durchführung nicht berührt, der sekundären gegenüber der primären Datenerhebungen Vorrang einräumen soll. Er soll eher anonyme als Umfragen mit namentlicher Zuordnung, eher Stichproben- als vollständige Umfragen und eher freiwillige als Pflichtumfragen durchführen. Daten, deren Aufbewahrung nicht mehr notwendig ist, müssen vernichtet werden. Wo immer sie verfügbar sind, sollten *Privacy-Enhancing Technologies* (PETs) verwendet werden.

Es ist wahrscheinlich, dass die meisten Formen der Erhebung von Daten in der Praxis auf der Grundlage der freiwilligen Angabe von Daten erfolgen. Dieser Ansatz entspricht auch den relevanten Grundsätzen der internationalen Menschenrechtsgesetze, die vorschreiben, dass grundsätzlich niemand dazu verpflichtet werden darf, seine Religion oder ethnische Herkunft offen zu legen. Dies hat zwei Folgen. Zunächst hängt die Wirksamkeit von Datenerhebungsvorgängen davon ab, inwiefern die betroffenen Personen und Gruppen dazu bereit sind, an der Maßnahme mitzuwirken. Dies hängt wiederum u. a. davon ab, ob sie davon überzeugt sind, dass wirksame Garantien vorhanden sind, um jeglichen Missbrauch von Daten zu verhindern. Zweitens ist es wahrscheinlich, dass es immer wieder Personen geben wird, die sich dafür entscheiden, nicht zusammenzuarbeiten, und dies hat bestimmte Folgen für die Verlässlichkeit der Daten.

Schlussfolgernd kann gesagt werden, dass die Frage, ob EU-Mitgliedstaaten die Erhebung von Daten betreiben, eher von ihren Antidiskriminierungspolitiken abhängen als von europäischen oder internationalen Datenschutzgesetzen. In einem modernen Europa, in dem der Begriff der „Informationsgesellschaft“ bereits in den vierziger Jahren geprägt wurde, und wo es als selbstverständlich gilt, dass Banken, Versicherungsgesellschaften, Schulen, Krankenhäuser, Steuerbehörden und andere öffentliche und private Stellen personenbezogene Daten verarbeiten und speichern, überrascht es, dass die Vorstellung der Erhebung von Daten zu einem wichtigen Menschenrecht auf einen derart weit verbreiteten Widerstand und ein derart weit verbreitetes Misstrauen stößt. Es gibt viele praktische, theoretische und gesetzliche Herausforderungen, beispielsweise im Zusammenhang mit der Definition der Gleichberechtigungsgründe und der Notwendigkeit der Förderung von mehr allgemeiner Akzeptanz von Datenerhebung, die noch gemeistert werden müssen. Es scheint allerdings nicht der Fall zu sein, dass viele Länder bereit sind, diese Herausforderungen anzunehmen. Dies sollten sie jedoch tun, weil Daten letztendlich einen Wirklichkeitstest bilden, mit dem geprüft wird, ob die Gesellschaft ihre Gleichbehandlung sozusagen auch tatsächlich einhält.

Leonie | 1995

Bibliografie

Ahmad, Waqar, 'Ethnic Statistics: Better Than Nothing or Worse Than Nothing?' in Daniel Dorling – Stephen Simpson (Hg.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

Albers, Marion, *Informationelle Selbstbestimmung*. Nomos-Verlag, 1. Auflage (Baden-Baden, 2005).

Alemu, Fitsum, 'Testing to prove racial discrimination: methodology and application in Hungary'. Internet-Artikel abrufbar unter:
<http://www.errc.org/cikk.php?cikk=1016> (Stand: 1.1.2006)

Bainbridge, David, *EC Data Protection Directive* (London: Butterworths, 1996).

Bébéar Claude, *Des entreprises aux couleurs de la France–Minorités visibles: relever le défi de l'accès à l'emploi et de l'intégration dans l'entreprise*. Abrufbar unter:
<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000573/0000.pdf> (Stand: 1.5.2006).

Blum, Alain, 'Resistance to identity categorization in France' in Dorling –Simpson (1999).

Borking, John, 'Privacy-Enhancing Technologies (PET) – Darf es ein Bitchen weniger sein?', *Datenschutz und Datensicherheit*, Volume 25, Number 10, Oktober 2001.

Brueckner, Hanna et al, *The Expression of Biological Concepts of Race*. Paper prepared for the Annual Meeting of the American Sociological Association (2005). Abrufbar unter:
<http://www.experimentcentral.org/data/275/genetics.pdf>

Bovenkerk, Frank, 'The Research Methodology' in de Beijl, Roger Zegers (Hg.), *Documenting discrimination against migrant workers in the labour market – A comparative study of four European countries* (Geneva: International Labour Office, 2000).

Bulmer, Martin – John Solomos, 'Introduction: Re-thinking Ethnic and Racial Studies', *Ethnic and Racial Studies*, Vol. 21, No. 5, 1998.

Bygrave, Lee A., 'Data Protection Pursuant to the Right to Privacy in Human Rights Treaties', *International Journal of Law and Information Technology*, 1998, volume 6, S. 247–284.

Bygrave, Lee A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits* (The Hague: Kluwer, 2002).

Caselli, Graziella–Jacques Vallin–Guillaume Wunsch, (Hg.), *Démographie: analyse et synthèse. VI: Population et société* (Paris: Éditions de l'Institut national d'études démographiques, 2004).

Colectivo IOE, *Labour market discrimination against migrant workers in Spain*. International Migration Papers 9 (Geneva: International Labour Office, 1995).

Collins, Evelyn, 'The Role of Equality Bodies in Advancing the Case for Data' in Mannila, Simo (Hg.), *Data to Promote Equality* (Helsinki: Edita, 2005).

Commission for Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002).

Commission for Racial Equality, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment* (Belmont Press, 2005).

Cormack, Janet – Mark Bell, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe*. Europäisches Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts (human european consultancy, Migration Policy Group, 2005).

De Schutter, Olivier, *Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz*. Europäisches Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich des Nichtdiskriminierungsrechts. human european consultancy, Migration Policy Group (Luxemburg, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2005).

Deitch, Elizabeth et al, 'Subtle yet significant: The existence and impact of everyday racial discrimination in the workplace', *Human Relations*, Vol. 56 (11) 2003.

Dex, Shirley and Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005).

Dorling, Daniel – Stephen Simpson (eds), *Statistics in Society. The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

Duffy, Bobby et al, 'Comparing data from online and face-to-face surveys', *International Journal of Market Research* Vol. 47, Issue 6.

EUMC, *Racism and Xenophobia in the EU Member States: Trends, developments and good practice*. Annual Report 2005 Part 2.

Fix, Michael – Margery Turner, 'Testing for Discrimination: The Case for a National Report Card', *Civil Rights Journal*, Fall 1999.

Fredman, Sandra, 'Equality: A New Generation', *Industrial Law Journal* 2001 30(2): 145-168.

Fredman, Sandra, *Discrimination Law* (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Haslam, Nick, 'Evidence that male sexual orientation is a matter of degree', *Journal of Personality and Social Psychology*, 1997 Oct Vol 73(4), 862-870.

Haug, Werner, 'Ethnic, Religious and Language Groups: Towards a Set of Rules for Data Collection and Statistical Analysis', *Online journal of eumap.org*, April 2003.

Gachet, Isil, 'The Issue of Ethnic Data Collection From the Perspective of Some Council of Europe Activities' in Krizsan (2001).

Goldston, James, 'Race and Ethnic Data: A Missing Resource in the Fight Against Discrimination' in Krizsan (2001).

Gordon, Richard QC – Tim Ward – Tim Eicke, *The Strasbourg Case Law* (London: Sweet & Maxwell, 2001).

Guiraudon, Virginie – Karen Phalet – Jessika Ter Wal, *Final Report on the Netherlands*. Medis Project, June 2004.
Abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/pb_en.pdf (Stand am 1.6.2006).

Gunn, Jeremy, 'The Complexity of Religion and the Definition of "Religion" in International Law' *Harvard Human Rights Journal*, Vol 16 (2003), 189-215.

Harris, D.J. – M. O'Boyle – C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (London: Butterworths, 1995).

Jay, Rosemary – Angus Hamilton, *Data Protection Law and Practice*, Second edition (London: Sweet & Maxwell, 2003).

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Erster Bericht über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie (95/46/EG). KOM (2003) 265 endg.

Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Gleichstellung und Bekämpfung von Diskriminierung in einer erweiterten Europäischen Union. Grünbuch. Brüssel, 28.05.2004. KOM(2004)379 endg.

Korff, Douwe, *EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws*. September 2002, abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf
 (Stand: 01.05.06).

Krizsan, Andrea (Hg.), *Ethnic Monitoring and Data Protection. The European Context* (Budapest: Central European University Press, 2001).

Liebkind, Karmela, 'Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen' in Liebkind (Hg.) *Maahanmuuttajat ja kulttuurien kohtaaminen Suomessa* (Helsinki: Gaudeamus, 1994).

Lodato, Kathryn & al, *Investigatory Testing as a Tool for Enforcing Civil Rights Statutes. Current Status and Issues for the Future*. Public Law Research Institute. PLRI Reports (1998).

Mabbett, Deborah, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*. Final Report (Brunel University, 2002).

Masons solicitors, *Handbook on Cost Effective Compliance with Directive 95/46/EC*. Abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/law/implementation_en.htm (Stand am 01.03.2006).

McManus, Sally, *Sexual Orientation Research Phase 1: A Review of Methodological Approaches*. National Centre for Social Research (Edinburgh: Scottish Executive Social Research, 2003).

Makkonen, Timo, *Identity, Difference and Otherness: The Concepts of 'People', 'Indigenous People' und 'Minority' in International Law* (Helsinki: Helsinki University Press, 2000).

Makkonen, Timo, *Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: Bringing the Experiences of the Most Marginalized to the Fore* (Turku: Åbo Akademi Institute for Human Rights, 2002). Abrufbar unter:
http://www.abo.fi/instut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf

Mannila, Simo (Hg.), *Data to Promote Equality. Proceedings of the European Conference* (Helsinki: Edita, 2005).

Malik, Kenan, *The Meaning of Race: Race, History and Culture in Western Society* (Basingstoke: Macmillan, 1996)

Mbogoni, M. – A. Me: *Revising the United Nations Census Recommendations on Disability*. Paper prepared for the first meeting of the Washington Group on Disability Statistics. Washington, 18.-20. Februar 2002.

McCrudden, Christopher, 'Consociationalism, Equality and Minorities in the Northern Ireland Bill of Rights Debate' in Morrison, J. – G. Anthony (Hg.), *Judges, Transition and Human Rights Cultures* (Oxford: OUP, 2007).

Medis project, *Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, the United Kingdom and the Netherlands* (Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften), 2004

Michael, James, *Privacy and Human Rights* (Dartmouth: Hampshire, 1994).

Mukhopadhyay, Carol C. – Yolanda T. Moses, 'Re-establishing "Race" in Anthropological Discourse', *American Anthropologist* 99(3) 1997.

National Research Council, *Measuring Racial Discrimination*. Panel on Methods for Assessing Discrimination (Washington DC: National Academies press, 2004).

Nobles, Melissa, 'Racial categorization and censuses' in Kertzer, David I – Dominique Arel, *Census and Identity: The Politics of Race, Ethnicity, and Language in National Censuses* (Cambridge: Cambridge UP, 2002).

Nogueira, Oracy, *Tanto Preto Quanto Branco: estudos de relações raciais* (São Paulo: T. A. Queiroz, 1979).

Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary* (Kehl: Engel, 1993).

Office of Information and Regulatory Affairs, *Revisions to the Standards for the Classification of Federal Data on Race and Ethnicity* (1997). Abrufbar unter:
<http://www.whitehouse.gov/omb/fedreg/1997standards.html> (Stand vom 1.1.2006).

Olli, Eero – Birgitte Kofod Olsen, *Towards common measures for discrimination*. Interim Report 27.11.2005. Auch abrufbar unter:
http://www.smed.no/commonmeasures/TowardsCommonMeasures_2005.pdf (Stand: 1.1.2006).

Ovey, Clare – Robin Whyte, *The European Convention on Human Rights*, third edition (Oxford: Oxford University Press, 2002).

Petersen, William, 'The Protection of Privacy and the United States Census' in Martin Bulmer (Hg.), *Censuses, Surveys and Privacy* (London: The Macmillan Press, 1979).

Potvin, Maryse – Sophie Latraverse, *Final Report on Canada*. Medis Project, Mai 2004. Abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/pb_en.pdf (Stand: 01.01.2006).

Rallu, Jean-Luis – Victor Piché – Patrick Simon, 'Démographie et ethnicité: une relation ambiguë' in Graziella Caselli, Jacques Vallin et Guillaume Wunsch, (Hg.) (2004).

Reuter, Niklas – Timo Makkonen – Olli Oosi, *Study on Data Collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe*. Final Report 7.12.2004. Abrufbar unter:
http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf (Stand: 1.1.2006).

Riach, P. A. – J. Rich, 'Field Experiments of Discrimination in the Market Place', *The Economic Journal* 112, November 2002.

Scheinin, Martin – Catarina Krause, 'The Right not to be Discriminated Against: The Case of Social Security' in Orlin, Ted – Martin Scheinin, *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Approach* (Jyväskylä: Gummerus, 2000).

Selzer, William, 'On the use of Population Data Systems to Target Vulnerable Population Subgroups for Human Rights Abuses', *Coyuntura Social* No. 30, 2005.

Selzer, William – Margo Anderson, 'After Pearl Harbor: The Proper Role of Population Data Systems in Time of War, (2000). Ein Forschungsdokument ist abrufbar unter:
<http://www.uwm.edu/~margo/govstat/newpaa.pdf>

Simon, Patrick, *Comparative Study on the collection of data to measure the extent and impact of discrimination within the United States, Canada, Australia, Great-Britain and the Netherlands*. Medis Project. Abrufbar unter:
http://europa.eu.int/comm/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/compstud04_en.pdf
(Stand: 1.1.2006).

Simon, Patrick, *Study on the existing legal and practical framework for ethnic data collection in Council of Europe Member States*, European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) of the Council of Europe, erscheint März 2007.

Sloane, P. J. und D. Mackay, „Employment Equity and Minority Legislation in the UK After Two Decades: A Review“, 23 *International Journal of Manpower* (1997).

Southworth, Joanna, 'The Religious Question: Representing Reality or Compounding Confusion?' in Dorling, Daniel – Stephen Simpson (Hg.), *Statistics in Society: The Arithmetics of Politics* (London: Arnold, 1999).

Stanfield, John S. II, 'Methodological Reflections: An Introduction' in John H. Stanfield II – Ruthledge M. Dennis (Hg.), *Race and Ethnicity in Research Methods* (California: Sage Publications, 1993).

Stavo-Debauge, Joan – Sue Scott, *Final Report on England*. Medis Project, Mai 2004. Abrufbar unter:
http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/aneval/pb_en.pdf (Stand: 01.01.2006).

Triesscheijn, Cyril, *Multi agency monitoring of discrimination; factors and actors in the local setting*. A paper for the Stockholm International Forum Combating Intolerance, 29.-30. Januar 2001.

Tronstad, Kristian Rose – Lars Østby, 'Measuring discrimination in Norway' in Olli – Olsen (2005).

United Nations, *Principles and Recommendations for Population and Housing Censuses*. Revision 1. Statistical Papers Series M No. 67/rev.1 (New York, 1997), S. 3. Auch abrufbar unter:
http://unstats.un.org/unsd/publication/SeriesM/SeriesM_67rev1E.pdf

United Nations, *Designing Household Survey Samples: Practical Guidelines* (New York, 2005). Auch abrufbar unter:
<http://unstats.un.org/unsd/demographic/sources/surveys/Handbook23June05.pdf>

Waks, Jay W. et al, 'The Use of Statistics in Employment Discrimination Cases', *The Trial Lawyer*, Vol. 24 (2001).

Vermeulen, Hans – Cora Govers (Hg.), 'Introduction' in Vermeulen, Hans – Cora Govers (Hg.), *The Anthropology of Ethnicity* (Amsterdam: Spinhuis, 1996).

Whittle, Richard, 'The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective', 27 *European Law Review*, Juni 2002.

World Health Organisation, *Towards a Common Language for Functioning, Disability and Health*. ICF. WHO/EIP/GPE/CAS/01.3

Wrench, John – Tariq Modood, *The Effectiveness of Employment Equality Policies in Relation to Immigrants and Ethnic Minorities in the UK*. International Migration Papers 38. (Geneva: ILO, 2000).

Wrench, John, 'The Measurement of Discrimination: Problems of Comparability and the Role of Research' in Simo Mannila (Hg.) (2005).

Jimmy | 1992

Anhang I

Diversitätsmonitoring

Diversitätsmonitoring ist der Prozess, bei dem öffentliche oder private Organisationen Daten über die Zusammensetzung der Belegschaft bzw. Kundschaft im Zusammenhang mit Hinblick auf die entsprechenden Gleichbehandlungsgründe sammeln, speichern und auswerten. Monitoring ist eine der effizientesten Maßnahmen, mit denen Arbeitgeber die Einhaltung der Gleichbehandlungsgesetze in ihrer Organisation überwachen können. Viele, wenn nicht die meisten Arbeitgeber sammeln und speichern ganz selbstverständlich Daten über die Mitarbeiter, insbesondere über Geschlecht, Anschrift, Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft, Dauer der Betriebszugehörigkeit und sonstige Daten, die für die Gehaltsabrechnung und die Personalverwaltung im Allgemeinen erforderlich sind. Diversitätsmonitoring bedeutet im Grunde einfach, dass der Umfang der gesammelten Informationen dahingehend erweitert wird, dass auch Daten hinsichtlich der Gleichbehandlungsgründe erfasst werden. Wo ein Monitoring stattfindet, werden meist Daten bezüglich der ethnischen Herkunft und Behinderung erfasst,²⁸⁰ wiewohl es zumindest teilweise auch Erfahrungen mit einem Monitoring über alle Gleichbehandlungsgründe gibt, von denen in den beiden Gleichbehandlungsrichtlinien der EU die Rede ist. Während es also theoretisch und technisch offensichtlich möglich ist, ein Monitoring für alle Gründe durchzuführen, bestehen gewisse Schwierigkeiten mit der allgemeinen Akzeptanz und damit auch der praktischen Machbarkeit eines Monitoring, insbesondere hinsichtlich der Religion und der sexuellen Ausrichtung. Dies gilt zumindest in der Mehrzahl der EU-Mitgliedsstaaten.

Monitoring der Rekrutierung und Auswahl. Arbeitgeber, die sicher gehen möchten, dass bei der Rekrutierung und Auswahl Neutralität gewahrt wird, müssen sich die nachfolgenden Fragen stellen:

- Bewerben sich qualifizierte Mitglieder aller Gruppen im Verhältnis ihres Anteils an der Bevölkerung auf Stellenangebote?
- Haben im Hinblick auf die Population qualifizierter Bewerber alle Gruppen dieselbe Chance, in die engere Wahl zu kommen?
- Haben im Hinblick auf die Bewerber, die in die engere Wahl kommen, alle Gruppen dieselbe Chance, die Stelle angeboten zu bekommen?²⁸¹

Damit die erste Frage beantwortet werden kann, werden Daten von außerhalb der Organisation benötigt. Es müssen die proportionalen Anteile von Bewerbern aus verschiedenen geschützten Gruppen mit ihrem proportionalen Anteil an der qualifizierten Population im Allgemeinen verglichen werden. Zu diesem Zweck müssen Arbeitgeber die wahrscheinlichen Pools geeigneter qualifizierter Bewerber auf dem entsprechenden regionalen Arbeitsmarkt kennen.²⁸² Wenn sich die Verteilung von Bewerbern, Angeboten bzw. Einstellungen statistisch signifikant von ihrer Verteilung in den relevanten qualifizierten Populationen unterscheidet, kann eine Diskriminierung vorliegen, und diese Möglichkeit muss näher untersucht werden.²⁸³

Selbst dann, wenn es nicht möglich ist, befriedigend zu klären, ob der Pool der Bewerber für die qualifizierte allgemeine Population repräsentativ ist, kann ein Monitoring der Bewerber Unregelmäßigkeiten in dem Prozess aufdecken, durch den Bewerber in die engere Auswahl genommen werden, zu einem Interview eingeladen werden und eine Stelle angeboten bekommen. Diversitätsmonitoring kann also auch dann sinnvoll sein, wenn möglicherweise geeignete externe Vergleichsdaten fehlen.

Wichtig ist, dass der Arbeitgeber das Monitoring mit konkreten Abhilfemaßnahmen verknüpft. Die Abhilfemaßnahmen sollten direkt an der Wurzel des Problems angreifen, das bei der Analyse der Monitoringdaten erkannt wurde.

Mitarbeiter-Monitoring. Wenn Personen einmal in einer Organisation arbeiten, ist es nicht schwierig, Daten über alle Mitarbeiter zu führen. Wenn die entsprechenden Daten bereits in der Rekrutierungsphase erfasst wurden, braucht der Arbeitgeber die Daten eingestellter Personen nur noch in die Mitarbeiterdatenbank zu übernehmen. Die Daten abgelehnter Bewerber könnten z.B. anonymisiert und für einen festgelegten Zeitraum gespeichert werden, damit der Arbeitgeber ggf. bei Diskriminierungsbeschwerden im Zusammenhang mit der Stellenbesetzung entsprechend reagieren kann.

²⁸⁰ Siehe Dex, Shirley und Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005).

²⁸¹ Siehe ebd. S. 7 f.

²⁸² Ebenda, S. 1.

²⁸³ Ebenda, S. 8.

Diversitätsmonitoring für Arbeitskräfte sollte möglichst alle Aspekte im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis wie z. B. Beförderung, Bezahlung und sonstige Arbeitsbedingungen und die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses umfassen. Es sollte unbedingt überwacht werden, wie Personen die obersten Sprossen der Karriereleiter erreichen.²⁸⁴ Wenn Arbeitgeber den beruflichen Aufstieg überwachen, wäre die geeignete Messgröße z. B. die Erfolgsquote der einzelnen ethnischen Gruppen.²⁸⁵ Es könnte aber auch erforderlich sein, Daten bezüglich der Behinderung und der Notwendigkeit angemessener Vorkehrung zu sammeln. Für die Prüfung der Gleichbehandlung auf dieser Stufe sind nicht unbedingt externe Daten erforderlich.

Technische und praktische Erwägungen. Im Prinzip sind die innerorganisatorischen Elemente des Diversitätsmonitoring weder grundsätzlich problematisch noch technisch anspruchsvoll. Stellenbewerber werden dabei zum Beispiel gebeten, ein Gleichbehandlungsformblatt auszufüllen, was in der Regel freiwillig ist. Um Bedenken wegen eines möglichen Missbrauchs der Daten im Auswahlprozess zu zerstreuen, kann die Verarbeitung dieser Angaben von der eigentlichen Verarbeitung der Bewerbungen getrennt und einer Person anvertraut werden, die nicht am Auswahlprozess beteiligt ist. Wenn Angaben über die Aufnahme in die engere Auswahl, Einstellung in die Organisation, Gehalt und Beförderung verfügbar werden, können diese in die Datenbank eingegeben werden. Die Gesamtstatistik für Bewerber und die Mitarbeiter kann dann, nach unterschiedlichen Gleichbehandlungsgründen gegliedert, mit den entsprechenden Bezugsdaten verglichen werden.

In der Praxis liegen die Dinge jedoch nicht so einfach. Viele Arbeitgeber stellen nicht gerne Fragen zu sensiblen Themen, und viele potenzielle Mitarbeiter beantworten solche Fragen nicht gerne. Die Praxis hat gezeigt, dass die Angaben zur Ethnizität, einer Behinderung und der sexuellen Ausrichtung, wenn sie freiwillig gemacht werden können, oft lückenhaft sind.²⁸⁶ Das Fehlen von Daten wirkt sich aber unmittelbar und nachteilig auf die Qualität des Monitoring aus, weshalb sich Arbeitgeber überlegen müssen, wie sie Mitarbeiter dazu bewegen können, solche Angaben zu machen.

Eine größere technische Herausforderung stellt die Existenz und Verfügbarkeit geeigneter externer Daten dar, die in manchen Phasen des Monitoring zu Vergleichszwecken nützlich sein können. Ein Arbeitgeber bzw. Dienstleister braucht einen Bezugswert, einen Standard, anhand dessen er seine internen Daten bewerten kann. Wenn ein solcher Bezugswert auf der Grundlage amtlicher Daten existiert, ist er für das Monitoring von großem Nutzen. Ein idealer Bezugswert sollte den proportionalen Anteil qualifizierter Bewerber ausweisen, die im Einzugsbereich der Rekrutierung einer bestimmten geschützten Kategorie angehören.²⁸⁷ Hierzu müssen umfassende und verlässliche Datenbestände auf Makroebene vorhanden sein, die personenbezogene Daten in Relation zu den geschützten Gleichbehandlungsgründen, Qualifikationen (insbesondere höchster Bildungsabschluss) und Wohnsitz enthalten. Solche Daten könnten auch theoretisch nur aus Volkszählungen, zentralen Bevölkerungsregistern oder möglicherweise einzelstaatlichen Arbeitskräfteerhebungen verfügbar sein. In Fällen, in denen keine amtlichen Daten verfügbar sind, können Daten von ähnlichen Organisationen einen nützlichen Ausgangspunkt für Vergleiche liefern.

Eine vergleichende Analyse kann nur dann verlässlich durchgeführt werden, wenn die Kategorien, die für die Sammlung von Daten durch Monitoring verwendet werden, mit denjenigen übereinstimmen, die bei den amtlichen Datenbeständen (bzw. bei den sonstigen Bezugsdaten) verwendet wurden. So ist z. B. klar, dass, wenn das von einem Arbeitgeber verwendete Monitoring-Formblatt „Behinderung“ nur als körperliche Beeinträchtigung definiert, während die entsprechenden amtlichen Daten eine umfassendere Definition zugrunde legen, diese beiden nicht miteinander verglichen werden können.

²⁸⁴ Ebenda, S. 21.

²⁸⁵ Ebenda.

²⁸⁶ Siehe z. B. ebd., S. 13.

²⁸⁷ Bezüglich des Einzugsbereichs der Rekrutierung ist festzuhalten, dass Arbeitgeber für unterschiedliche Stellenangebote unterschiedliche Rekrutierungsstrategien anwenden. Lokale Märkte werden gerne für einfachere oder Berufsanfänger-Einstiegsstätigkeiten genutzt, nationale Märkte für anspruchsvollere Einstiegsstätigkeiten. Einige der angebotenen Stellen verlangen eine so hohe Spezialisierung, dass es praktisch aussichtslos erscheint, aus landesweit repräsentativen Untersuchungen Informationen über den Pool der qualifizierten Bewerber zu bekommen; ebd., S. 20 f.

Alternative: Anonymes Monitoring. Mangelhafte Angaben, insbesondere zur ethnischen, religiösen und sexuellen Identität, erschweren die Analyse der Daten erheblich. Ein Weg zur Lösung des Problems besteht darin, mit anonymem Monitoring zu arbeiten. Es hat sich gezeigt, dass bei einer Erhebung von Daten durch anonyme Befragungen, bei denen keine Daten zu identifizierten bzw. identifizierbaren Personen erhoben werden, die Quote der gegebenen Antworten insbesondere bei homosexuellen/bisexuellen Personen erheblich besser ist.²⁸⁸ Wenn anonyme Untersuchungen regelmäßig wiederholt werden und soweit die Untersuchungsstichprobe repräsentativ ist, können solche Untersuchungen auch Trenddaten liefern.

Ob anonymes Monitoring hinsichtlich der Quote der gegebenen Antworten und der Anonymität Vorteile gegenüber nicht-anonymem Monitoring hat, hängt von der Größe der Organisation und dem Umfang der gewünschten Informationen ab. Bei kleinen und mittleren Organisationen kann ein detaillierter anonymer Fragebogen dazu führen, dass bestimmte Antworten trotzdem auf einzelne Personen zurückverfolgt werden könnten, ein Umstand, der der Idee eines anonymen Monitoring zuwiderläuft und die Bereitschaft zu einer kooperativen Beteiligung sinken lässt. Wie effektiv diese Methode ist, muss also von Fall zu Fall überprüft werden.

Der Nachteil regelmäßiger anonymer Untersuchungen gegenüber der Nutzung von Mitarbeiterverzeichnissen besteht darin, dass die Informationen nicht aktualisiert werden können, und zudem ist dies für die Mitarbeiter wie für den Arbeitgeber etwas aufwändiger. Im Gegensatz zu anonymem Monitoring kann nicht-anonymes Monitoring für die Klärung angemessener Unterbringungsaufgaben und für die Umsetzung von Gleichbehandlungsplänen (positiven Aktionsplänen) nützlich sein.²⁸⁹ Anonymes Monitoring steht weiterhin bezüglich der Notwendigkeit einer geeigneten vergleichenden Statistik vor denselben Herausforderungen wie nicht-anonymes Monitoring.

Zusammenfassend könnte man also sagen, dass nicht-anonymes Monitoring gewisse Vorteile gegenüber anonymem Monitoring besitzt und dass die Vorteile der Anonymität dann nicht zum Tragen kommen, wenn detaillierte Informationen benötigt werden oder wenn es sich um ein kleines Unternehmen oder eine sonstige kleinere Organisation handelt. Andererseits kann anonymes Monitoring die einzige Option sein, wenn die einzelstaatlichen Datenschutzbestimmungen ein nicht-anonymes Monitoring nicht zulassen oder es schwer wiegende Probleme hinsichtlich der Quote der gegebenen Antworten gibt.²⁹⁰

Diversitätsmonitoring hinsichtlich der Dienstleistungserbringung. Das Diskriminierungsverbot gemäß der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse gilt nicht nur im Hinblick auf Beschäftigung, sondern *unter anderem* auch in den Bereichen Bildung, soziale Sicherheit, Gesundheitswesen, soziale Vorteile und Zugang zu und Lieferung von Waren und Dienstleistungen einschließlich Wohnen. Organisationen, die in diesen Bereichen arbeiten, sind möglicherweise nicht nur an einem Monitoring ihrer Mitarbeiter, sondern auch von ihrer Dienstleistungserbringung interessiert. Monitoring kann insbesondere in den Bereichen Wohnen, Bildung und Gesundheitswesen nützliche Informationen liefern. Durch Monitoring lässt sich feststellen, welche Gruppen die Dienstleistungen in Anspruch nehmen bzw. empfangen und ob bestimmte Gruppen vor spezifischen Herausforderungen stehen. So könnten zum Beispiel für eine Stelle, die Wohnungsvermittlungsdienste anbietet, Serviceprofile hilfreich sein, um feststellen zu können, ob alle Gruppen gleichen Zugang zu einem Wohnungsangebot in gleicher Qualität und zu gleichen Bedingungen haben. Schulen können die Auswirkungen ihrer Verfahrensweisen auf Schüler, Lehrer und Eltern aus verschiedenen ethnischen Gruppen prüfen. Sie können weiterhin prüfen, wie erfolgreich ihre Richtlinien und Verfahrensweisen sind, insbesondere hinsichtlich des Leistungsstands der Schüler. Höhere Bildungseinrichtungen können pro ethnische Gruppe die Zulassung von Studenten und deren Fortschritte und die Einstellung von Lehrpersonal und dessen Laufbahnentwicklung überwachen.²⁹¹

²⁸⁸ Dies ist verständlich, da sich vermutlich die meisten homosexuellen/bisexuellen Personen nicht gegenüber jedem, mit dem sie zusammenarbeiten, zu ihrer sexuellen Ausrichtung äußern. Siehe Stavo-Debaugue, Joan – Sue Scott, *Final Report on England*. Medis Project (Mai 2004), S. 31.

²⁸⁹ Es ist zu beachten, dass andere Datenschutzbestimmungen gelten können, wenn die Daten nicht nur zu Monitoring-Zwecken, sondern auch für Entscheidungen bezüglich bestimmter Personen herangezogen werden.

²⁹⁰ Eine andere Möglichkeit, die Quote der gegebenen Antworten zu verbessern, kann darin bestehen, zusätzlich zu Eigenidentifikation Fremdidentifikation als Grundlage für die Zuweisung zu den verschiedenen Kategorien heranzuziehen.

²⁹¹ Commission for Racial Equality, *Ethnic Monitoring. A guide for public authorities* (London: CRE, 2002), S. 5, Weiteres zum Monitoring der Dienstleistungserbringung siehe S. 47.

Anhang II

Überblick über Monitoring-Praktiken in den EU-Mitgliedsstaaten

Um festzustellen, ob EU-Mitgliedsstaaten ein Monitoring durchführen, hat das *Europäische Netzwerk der Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung* Länderexperten gebeten, Berichte darüber vorzulegen, ob in Mitgliedstaaten Gesetze in Kraft getreten sind, die die Erhebung von Daten in diesem Bereich zur Vorschrift machen oder erlauben.²⁹² Es hat sich gezeigt, dass nur wenige Mitgliedstaaten spezifische gesetzliche Bestimmungen speziell zu diesem Thema erlassen haben. In den meisten Ländern gibt es diesbezüglich keine spezifischen Vorschriften im Rahmen von Gleichbehandlungs- oder Beschäftigungsgesetzen, und die Frage, ob ein Monitoring erlaubt ist, fällt in den Bereich der Datenschutzgesetze.

In diesem Teil werden rechtliche Verpflichtungen im Rahmen der einzelstaatlichen Gesetze von EU-Ländern untersucht, die a) direkt im Zusammenhang mit der Herstellung von Gleichbehandlung entweder nach dem Gesetz oder de facto stehen, unter anderem durch positive Maßnahmen und angemessene Vorkehrungen, und die b) die Erhebung sensibler personenbezogener Daten erfordern.

Belgien. Während es im öffentlichen oder privaten Sektor keine grundsätzliche Vorschrift bezüglich eines Monitoring von Beschäftigten oder der Erbringung von Dienstleistungen gibt, bildet der öffentliche Dienst der flämischsprachigen Gemeinschaft hier eine Ausnahme. Die öffentlich Bediensteten müssen Jahresberichte und Aktionspläne darüber vorlegen, welche Fortschritte sie hinsichtlich einer proportionalen Berücksichtigung aller Zielgruppen bei den Mitarbeitern machen und müssen daher Nachweise darüber führen, wie diese Gruppen repräsentiert sind. Zu diesen „Zielgruppen“ zählen Personen, die nicht aus der EU stammen („Allochtonen“), Personen mit einer Behinderung, Beschäftigte über 45 Jahren, Personen, die die sekundäre Schulbildung nicht abgeschlossen haben und Personen, die dem unterrepräsentierten Geschlecht in einer spezifischen Berufssparte angehören.

Ungarn. Gemäß dem ungarischen Arbeitsgesetz kann ein Arbeitgeber–in Absprache mit den am Arbeitsplatz vertretenen Gewerkschaften bzw., wenn es keine Gewerkschaft gibt, mit dem Betriebsrat–für einen bestimmten Zeitraum einen „Chancengleichheitsplan“ anwenden. Zweck des Plans ist es, die Situation benachteiligter Gruppen am Arbeitsplatz zu verbessern. Die nicht erschöpfende Liste dieser Gruppen, die im Arbeitsgesetzbuch aufgezählt sind, umfasst unter anderem Frauen, Mitarbeiter über 40 Jahren, Roma-Mitarbeiter, behinderte Personen, Mitarbeiter mit zwei oder mehr Kindern unter 10 Jahren und allein stehende Mitarbeiter mit einem Kind unter 10 Jahren. Der Plan muss eine Analyse der Arbeitssituation benachteiligter Gruppen unter besonderer Berücksichtigung ihres Gehalts, ihrer beruflichen Förderung, ihrer Ausbildung und der Leistungen für Kinder beinhalten. Weiterhin müssen in dem Plan die Zielsetzungen des Arbeitgebers bezüglich der Chancengleichheit und die Mittel zur Erreichung dieser Ziele unter besonderer Berücksichtigung der Ausbildung und von Arbeitssicherheitsprogrammen genannt sein. Arbeitgeber haben das Recht, die für die Erstellung des Plans erforderlichen Daten zu erheben, sofern die Verarbeitung der Daten gemäß dem Datenschutzgesetz und mit Einwilligung der betreffenden Mitarbeiter erfolgt und die Daten nur bis zum letzten Tag des Gültigkeitszeitraums des Plans aufbewahrt werden.

Litauen. Das litauische Arbeitsgesetzbuch sieht Vergünstigungen für bestimmte Mitarbeitergruppen vor. Gemäß Artikel 92 des Gesetzbuchs erhalten die nachfolgenden Personen zusätzliche Garantien auf dem Arbeitsmarkt: Personen mit einer Behinderung, Personen in der Altersgruppe der 16- bis 25-Jährigen, Personen, die fünf Jahre oder weniger vom Rentenalter entfernt sind und Hochschulabsolventen, die gerade in das Berufsleben eingetreten sind. Um diese Forderung einhalten zu können, müssen entsprechende Informationen erhoben werden.

Portugal. Unternehmen sind verpflichtet, den Arbeitnehmervertretern eine jährliche „Sozialbilanz“ mit Daten über das Personal, soziale Investitionen und Verbesserungen bei den Arbeitsbedingungen vorzulegen. Diese Verpflichtung gilt für Unternehmen mit mehr als zehn Mitarbeitern. Diese Sozialbilanz kann Auskunft insbesondere über die Situation älterer Beschäftigter und Beschäftigter mit einer Behinderung geben. Zu diesem und anderen Zwecken dürfen Arbeitgeber nach entsprechender Genehmigung durch die einzelstaatliche Datenschutzbehörde Datensätze über ihr Personal führen.

²⁹² In diesem Zusammenhang ist der Begriff des „Monitoring“ in einem etwas umfassenderen Sinne zu verstehen als in Anhang I.

Niederlande. In den Niederlanden ist die Erhebung von Daten bezüglich Behinderungen erlaubt und in gewissem Umfang erwünscht, insofern Arbeitgeber gebeten werden können, auf freiwilliger Basis für die Zwecke einer spezifischen landesweiten Erhebung seitens eines staatlichen Forschungsinstituts Angaben über die Anzahl behinderter Mitarbeiter vorzulegen. Die Erhebung von Daten hinsichtlich der Religion oder Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung oder der ethnischen Herkunft ist nicht erlaubt. Diese Regel gilt mit einer Ausnahme: ethnisches Monitoring erlaubt – wenn auch nicht verlangt – für die Zwecke positiver Maßnahmen. Die Erhebung von Daten über Personen nicht-niederländischer Herkunft ist also erlaubt, sofern feststeht, dass die betreffende Gruppe einer tatsächlichen Ungleichbehandlung ausgesetzt ist und dass das Monitoring als notwendiges Mittel zur Bekämpfung der Ungleichbehandlung gelten kann.

Die derzeitige Situation, die ein Monitoring nur unter strengen Auflagen erlaubt, kann kontrastierend zur Situation zwischen 1994 und 2004 betrachtet werden. Das *Wet Bevordering Evenredige Arbeidsdeelname Allochtonen* (Gesetz über die Gleichstellung von „Allochthonen“ beim Zugang zum Arbeitsmarkt, „Wet BEAA“) trat 1994 in Kraft.²⁹³ Der Kern des Gesetzes lag darin, dass die Arbeitgeber die Anzahl der Angehörigen von Minderheitsgruppen in ihren Diensten registrieren und Richtlinien erstellen mussten, wie sie mehr von ihnen einstellen und dauerhaft beschäftigen könnten. Als das Gesetz 1996 überprüft wurde, stellte sich heraus, dass weniger als 60 % der Arbeitgeber die obligatorische Registrierung der ethnischen Herkunft der Mitarbeiter vorgenommen hatten und nur 14 % das Gesetz vollständig erfüllten, das unter anderem vorschrieb, dass Arbeitgeber der Handelskammer einen Bericht vorlegen mussten. Das Gesetz wurde von zwei Seiten kritisiert: Viele Unternehmen klagten über die Komplexität und den Umfang der damit verbundenen Maßnahmen und Vorschriften, während andere Betroffene die lasche Überwachung und Durchsetzung des Gesetzes beklagten. Letztlich wurde im Januar 1998 ein neues Gesetz erlassen, das *Wet Stimulering Arbeidsdeelname Minderheden* (Gesetz über die gleichberechtigte Teilnahme am Arbeitsmarkt, kurz „Wet SAMEN“ (SAMEN-Gesetz)).

Das SAMEN-Gesetz verpflichtete Arbeitgeber mit mehr als 35 Beschäftigten, dazu die Ethnizität zu registrieren und einen Jahresbericht zu erstellen, der dem Betriebsrat vorgelegt werden musste. Gemäß dem SAMEN-Gesetz war eine proportionale Vertretung ethnischer Minderheiten erreicht, wenn ein Unternehmen so viele Mitarbeiter einer Zielgruppe beschäftigte, wie in der regionalen Erwerbsbevölkerung repräsentiert waren. Auch die Qualifikation und die Kenntnisse wurden berücksichtigt. Die Regierung gab Soll-Prozentsätze für die einzelnen Regionen vor. Die Erfahrungen mit dem SAMEN-Gesetz fielen positiver aus als mit dessen Vorläufer; viele Arbeitgeber, die sich zunächst widerwillig zu einer Kooperation bereit gefunden hatten, arbeiteten jetzt dank Lobbying und Kontrollen besser mit. Trotzdem reichte nur ein Drittel aller Arbeitgeber den verlangten Jahresbericht ein. Das Gesetz wurde 2001 einmal verlängert. 2003 wurde jedoch entschieden, die Durchführung per 1. Januar 2004 zu beenden, trotz der Tatsache, dass es sich bewährt hatte, insbesondere für die Gleichbehandlungskommission und die Nichtregierungsorganisationen.

Vereinigtes Königreich. Für die meisten britischen staatlichen Stellen gilt eine allgemeine regulative Verpflichtung, gesetzwidrige Diskriminierung zu beseitigen und für Chancengleichheit und gute Beziehungen zwischen Personen unterschiedlicher ethnischer Gruppen zu sorgen. Diese Verpflichtung wurde durch das Rassenbeziehungsgesetz (Novelle) 2000 (Race Relations (Amendment) Act, RAA) eingeführt und durch weitere spezifische regulative Verpflichtungen im Rassenbeziehungsgesetz 1976 (Regulative Verpflichtungen) ergänzt. Die Commission for Racial Equality (Kommission für Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse) hat verschiedene regulative Verhaltenskodizes herausgegeben, die diese Verpflichtungen bezüglich der rassenbezogenen und ethnischen Gleichbehandlung näher definieren. Diese Kodizes enthalten zwar keine rechtlichen Verpflichtungen als solche und stellen keine bindenden gesetzlichen Aussagen dar, sind aber von Bedeutung für Verfahren im Zusammenhang mit dem RRA.²⁹⁴ Die Gerichte müssen diese Kodizes berücksichtigen,

²⁹³ Die Informationen in diesem und dem folgenden Absatz stützen sich hauptsächlich auf Guiraudon, Virginie–Karen Phaet–Jessica Ter Wal, *Final Report on the Netherlands*. Medis Project, Juni 2004

²⁹⁴ Siehe z. B. Punkt 1.6 der CRE, *Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment*. November 2005.

weshalb es für einen Arbeitgeber, der sich in einer Diskriminierungssache vor einem Arbeitgericht verantworten muss, günstig sein kann, wenn er diese Codes eingehalten hat.²⁹⁵

Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit verlangt von einem breiten Spektrum an staatlichen Stellen eine Überwachung ihrer Funktionen und Verfahrensweisen im Hinblick auf Verstöße gegen das Prinzip der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit.²⁹⁶ Diese Stellen müssen die möglichen Auswirkungen vorgeschlagener Verfahrensweisen auf die Förderung der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit prüfen. Darüber hinaus müssen sie einen Plan für die Sicherstellung der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit erstellen und veröffentlichen, aus dem hervorgeht, wie sie die Forderungen dieser Verpflichtung erfüllen wollen.

Die meisten staatlichen Stellen, die der allgemeinen Verpflichtung unterliegen, haben auch eine spezielle Verpflichtung, die Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit als Arbeitgeber zu fördern. Das bedeutet, dass sie alle Mitarbeiter und alle Stellenbewerber und Bewerber um Beförderung und Weiterbildung je ethnische Gruppe überwachen müssen. Behörden mit mehr als 150 Mitarbeitern müssen die Anzahl der Mitarbeiter aus jeder ethnischen Gruppe überwachen, die eine Weiterbildung erhalten; die infolge einer Leistungsbewertung Vorteile erlangen (oder Nachteile erleiden); die in eine Beschwerdeangelegenheit verwickelt sind; gegen die disziplinarische Maßnahmen ergriffen wurden; und die ihre Stelle bei der Behörde kündigen. Staatliche Stellen, die den spezifischen Verpflichtungen unterliegen, müssen alle ihre Funktionen und Verfahrensweisen überwachen, die für die allgemeine Verpflichtung relevant sind. Der regulative Kodex der CRE definiert Funktionen als den Gesamtumfang der Verpflichtungen und Befugnisse einer Behörde, was bedeutet, dass sie das Monitoring auch auf die Hauptbereiche ihrer Dienstleistungserbringung ausdehnen muss.

Auch Bildungseinrichtungen haben die Verpflichtung, die ethnische Zusammensetzung und Leistung des Lehrkörpers und der Schüler zu überwachen. Schulen müssen eine Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit erstellen und veröffentlichen, überwachen und prüfen, welche Auswirkungen ihre Verfahrensweisen auf Schüler, Lehrpersonal und Eltern haben, die einer ethnischen Minderheit angehören. Weiterbildende und höhere Bildungseinrichtungen (wie z. B. Universitäten) müssen die Auswirkungen aller ihrer Verfahrensweisen auf Studenten und Lehrpersonal bewerten. Weiterhin müssen sie nach ethnischer Gruppe die Aufnahme und die Fortschritte von Studenten und die Rekrutierung und das berufliche Fortkommen von Lehrpersonal überwachen. Die CRE hat praktische Verhaltensregeln herausgegeben, die Anleitung geben, wie staatliche Stellen diese regulativen Forderungen umsetzen müssen, und weiterhin Leitlinien veröffentlicht, wie bei der Erfüllung dieser Verpflichtungen ein effektives Monitoring durchzuführen ist.

Für private Organisationen gilt die gesetzliche Monitoring-Verpflichtung nicht. Der Code of Practice für Beschäftigungsverhältnisse empfiehlt daher die Verhaltensregeln lediglich, wobei jedoch darauf hinzuweisen ist, dass diese Empfehlung mehr Gewicht hat als ein einfacher Ratschlag.²⁹⁷ Weiterhin ist zu erwähnen, dass die CRE auch Richtlinien für Beschaffungen durch öffentliche Auftraggeber eingeführt hat.

Das Disability Discrimination Act 2005 (Gesetz gegen Diskriminierung Behinderter) verpflichtete alle britischen staatlichen Stellen, eine gesetzwidrige Diskriminierung Behinderter zu vermeiden und sich für die Chancengleichheit Behinderter einzusetzen. Die Disability Discrimination (Public Authorities) (Statutory Duties) Regulations 2005 (Verordnung gegen Diskriminierung Behinderter (staatlichen Stellen) (regulative Verpflichtungen)) verpflichten staatliche Stellen ausdrücklich, einen Plan zur Gleichbehandlung Behinderter zu erstellen, in dem dargestellt ist, wie eine Behörde die allgemeine Verpflichtung umsetzen will. In diesem Plan müssen auch die Maßnahmen einer Behörde zur Überwachung der Auswirkungen ihrer Verfahrensweisen und Praktiken auf Behinderte einschließlich ihrer Einstellungsrichtlinien dargestellt sein. Einmal im Jahr muss jede

²⁹⁵ Im Code of Practice heißt es dazu: „Arbeitgeber sollten sich in einem Rechtsstreit, in dem dem Unternehmen rassistische Diskriminierung vorgeworfen wird, besser verteidigen können, wenn sie nachweisen können, dass sie die in diesem Kodex empfohlenen Maßnahmen ergriffen haben.“ CRE, Statutory Code of Practice on Racial Equality in Employment. November 2005. Punkt 1.7.

²⁹⁶ Zu den betroffenen Behörden zählen zentrale Regierungsstellen, lokale Behörden, Strafverfolgungsbehörden, Bildungsbehörden und Aufsichtsbehörden.

²⁹⁷ Stavo-Debauge, Joan – Sue Scott, *Final Report on England*. Medis Project (Mai 2004), S. 60.

Behörde einen Bericht über die Ergebnisse ihrer Monitoring-Verfahren und alle drei Jahre einen Bericht über ihre Fortschritte bei der Gleichbehandlung Behinderter vorlegen.

Es ist wichtig zu wissen, dass nach britischem Recht niemand verpflichtet ist, Auskunft über seine ethnische Herkunft, sein Geschlecht, seine sexuelle Ausrichtung, eine Behinderung, seine Religion oder sein Alter zu geben. Die Mitwirkung ist daher freiwillig.

In Nordirland gibt es Monitoring-Verpflichtungen bezüglich religiöser und politischer Überzeugungen. Das Fair Employment Act 1989 (Gesetz über faire Beschäftigung) beinhaltet eine positive Verpflichtung für Arbeitgeber mit zehn oder mehr Mitarbeitern, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die beiden großen religiösen Gemeinschaften Nordirlands, Katholiken und Protestanten, in der Belegschaft in einer angemessenen Quote vertreten sind. Arbeitgeber mit zehn oder mehr Mitarbeitern müssen jährlich ein Monitoring über die Zusammensetzung und Gehaltsskala ihres Personals durchführen und alle drei Jahre ihre Rekrutierungs-, Beförderungs- und Weiterbildungspraktiken überprüfen. Mitarbeiter und Stellenbewerber müssen in die Kategorie „katholisch“, „protestantisch“ oder „sonstige“ eingeordnet werden.²⁹⁸

Die Verpflichtung zu einem Monitoring über die Gleichbehandlung am Arbeitsplatz, der Arbeitgeber in Nordirland unterliegen, wird durch die Auflage durchgesetzt, dass Arbeitgeber ihre Monitoring-Ergebnisse und Gleichbehandlungspläne der Equality Commission for Northern Ireland (Gleichbehandlungskommission für Nordirland ECNI) zur Genehmigung vorlegen müssen. Die ECNI kann Arbeitgeber, die dieser Verpflichtung nicht nachkommen, per Gerichtsbeschluss zwingen lassen, ihre Maßnahmen der Kommission vorzulegen. Die Kommission kann auch Untersuchungen über die Monitoring-Maßnahmen eines Arbeitgebers durchführen, und dieser Artikel 55 ist ein Schlüsselement für die Förderung der Gleichbehandlung in diesem Bereich.²⁹⁹ Nichteinhaltung der Monitoring-Bestimmungen der Auflagen kann insbesondere durch die Streichung von Zuwendungen durch die Regierung und durch einen Ausschluss von staatlichen Ausschreibungen sanktioniert werden.³⁰⁰

Wenn im Monitoring-Prozess eine diskriminierende Behandlung festgestellt wird, müssen Arbeitgeber nach Beratung mit der Gleichbehandlungskommission geeignete positive Maßnahmen ergreifen. Hierzu zählen zum Beispiel Festlegung von Zielen und Zeitplänen, die Umsetzung von Verfahren zur Herstellung von Chancengleichheit, Überprüfung von Beschäftigungsrichtlinien, -praktiken und Verfahren und Einleitung von Schritten, um Personen aus der unterrepräsentierten Gruppe zu einer Bewerbung zu ermuntern.

Paragraph 75 des Northern Ireland Act 1998 beinhaltet eine umfassende positive Verpflichtung staatlicher Stellen. Bestimmte staatliche Stellen sind verpflichtet, bei der Wahrnehmung ihrer öffentlichen Funktionen die Notwendigkeit gebührend zu beachten, die Chancengleichheit bei allen Gleichbehandlungsgründen zu fördern, zu denen unter anderem Behinderung, Alter, sexuelle Orientierung und politische Überzeugung gehören. Die Verpflichtung, gute Beziehungen zu fördern, gilt in Bezug auf ethnische Zugehörigkeit, Religion und politische Überzeugung. Dieser gesetzlichen Regelung unterliegt ein breites Spektrum nordirischer Behörden. In Tabelle 9 des Gesetzes sind die Maßnahmen dargelegt, die erforderlich sind, um die Verpflichtung zu erfüllen. Insbesondere wird darin verlangt, dass alle Behörden, für die die Verpflichtung gilt, einen „Gleichbehandlungsplan“ erstellen. In diesem Plan müssen die Maßnahmen zur Durchführung einer Folgenabschätzung, des Monitoring, der Beratung, der Schulung und des Zugangs zu Informationen dargestellt sein, die die Behörde zur Umsetzung der Verpflichtung zu ergreifen beabsichtigt. Die Northern Ireland Equality Commission hat detaillierte Richtlinien für den Entwurf von Gleichbehandlungsplänen und insbesondere darüber erstellt, wie staatliche Stellen die Auswirkungen ihrer Verfahrensweisen und Praktiken überwachen sollen, wozu insbesondere die Überwachung der Auswirkungen ihrer Beschäftigungspolitik auf verschiedene Gruppen und die Zusammensetzung ihres

²⁹⁸ Arbeitgeber können Personen nicht nur nach ihrer tatsächlichen religiösen Überzeugung, sondern auch gemäß ihrer „vermutlichen“ religiösen Überzeugung einordnen. Hintergrund dieser Bestimmung waren Befürchtungen, dass Personen wegen möglicher externer Bedrohungen zögern könnten, sich selbst richtig einzuordnen, und der Gedanke, dass Arbeitgeber in solchen Fällen trotzdem verpflichtet sein sollten, ihre Mitarbeiter einzuordnen, um die Fortdauer von ausschließenden Strukturen zu verhindern.

²⁹⁹ Gleichbehandlungskommission für Nordirland, *Jahresbericht 2000-2001*, S. 25.

³⁰⁰ Siehe Sloane, P.J. und D. Mackay, „Employment Equity and Minority Legislation in the UK After Two Decades: A Review“, 23 *International Journal of Manpower* (1997), S. 18.

Personals gehört. Die Ergebnisse eines Monitoring, das im Rahmen des Plans durchgeführt wird, müssen bei der Formulierung von Verfahrensrichtlinien berücksichtigt werden.

Die nordirische Verpflichtung S. 75 schreibt vor, dass alle Gleichbehandlungspläne und Monitoring-Maßnahmen der Gleichbehandlungskommission für Nordirland zur Genehmigung vorgelegt werden. Wenn die ECNI mit dem Gleichbehandlungsplan oder den Monitoring-Maßnahmen einer staatlichen Stelle nicht einverstanden ist, kann sie die betreffende Behörde an den Minister für Nordirland verweisen, der gegebenenfalls einen alternativen Plan vorschreiben kann. Die Kommission kann weiterhin untersuchen, inwieweit die Verpflichtungen oder ein bestimmter Plan eingehalten werden, und Beschwerden von Einzelpersonen bezüglich einer Nichteinhaltung nachgehen. Wenn die Behörde nach einer solchen Untersuchung keine entsprechenden Maßnahmen einleitet, kann die Kommission die Angelegenheit dem Minister vorlegen. Eine Erzwingung mittels gerichtlicher Prüfung und Auditing-Mechanismen ist ebenfalls möglich.

Die Erfahrungen in Großbritannien mit Monitoring sind gemischt. Eine größere Untersuchung, die die CRE 2003 durchführte, ergab, dass nur etwas mehr als ein Drittel der Organisationen die neuen Verpflichtungen gemäß den Gesetzen aus dem Jahre 2001 dem Geist und dem Buchstaben nach einhielten. Dies trotz der Tatsache, dass die übergroße Mehrheit öffentlicher Organisationen einen Plan beziehungsweise eine Richtlinie bezüglich der Gleichbehandlung ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit erstellt hatten.³⁰¹ Auf dem privaten Sektor, für den die Gesetze aus dem Jahre 2001 nicht gelten, gaben 38 % der Leiter von Unternehmen an, dass ihre Organisation Informationen über die Anzahl der Mitarbeiter nach ethnischer Gruppe erfasste, während nur 22 % angaben, dass ihre Organisationen auch Informationen über Stellenbeschreibung oder -niveau und ethnische Gruppe sammelten.³⁰² Relativ wenige Arbeitgeber auf dem privaten Sektor halten die Empfehlungen der Gleichbehandlungskommissionen ein oder haben ein intensives Monitoring eingeführt.

Es besteht weit gehend Einigkeit darüber, dass die nordirischen Verpflichtungen zur Gleichbehandlung am Arbeitsplatz im Großen und Ganzen erfolgreich sind. Das House of Commons Northern Ireland Affairs Committee (Komitee für nordirische Angelegenheiten des Unterhauses) hat 1999 berichtet, dass „der Umfang, in dem Arbeitgeber die gesetzlichen Vorschriften einhalten, beeindruckend ist“.³⁰³ Auch hinsichtlich der Ergebnisse kann man zufrieden sein: Die Analyse der Monitoring-Ergebnisse für das Jahr 2004 zeigt, dass frühere Ungleichgewichte beseitigt sind, da die Zusammensetzung der Beschäftigten jetzt 57,7 % Protestanten und 42,7 % Katholiken beträgt, während der Anteil der jeweils für eine Stelle Verfügbaren 57,3 % bzw. 42,7 % beträgt. Dieses Ergebnis wurde als „einschlägiges Beispiel für das Potenzial einer Intervention durch öffentliche Richtlinien“ gewürdigt.³⁰⁴

EU25-Erfahrungen im Zusammenhang mit Behinderung. Datenerfassung erfolgt oft auch im Zusammenhang mit Behinderung. Erstens haben viele, wenn nicht die meisten EU-Länder bestimmte Richtlinien zur Förderung der Beschäftigung von Menschen mit einer Behinderung erlassen, und die Einhaltung dieser Richtlinien beziehungsweise die Gewährung bestimmter Vergünstigungen in diesem Zusammenhang erfordert üblicherweise eine entsprechende Dokumentation. Zweitens kann die Ergreifung angemessener Anpassungsmaßnahmen, wie sie von der EU-Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung verlangt werden, in der Praxis die Sammlung und Speicherung von Daten im Zusammenhang mit behinderten Mitarbeitern erfordern.

Behinderte Mitarbeiter beziehungsweise Unternehmen, die Behinderte beschäftigen, können besondere Zuwendungen beziehungsweise Subventionen erhalten. Dies ist u. a. der Fall in Italien, den Niederlanden, der Slowakei und Spanien. In vielen Ländern gibt es eine spezifische Quote für Beschäftigte mit einer Behinderung. So müssen z. B. in Ungarn Arbeitgeber einen so genannten „Rehabilitationsbeitrag“ an den zentralen Arbeitsmarktfonds abführen, wenn sie mehr als 20 Beschäftigte haben und der Anteil Behinderter an den Beschäftigten unter 5 % liegt. Wenn umgekehrt der Anteil behinderter Mitarbeiter über 5 % liegt, erhalten die

³⁰¹ Joan Stavo-Debaugé – Sue Scott: *Final Report on England*. Medis Project (Mai 2004), S. 48.

³⁰² Siehe Dex, Shirley und Kingsley Purdam, *Equal Opportunities and Recruitment. How Census data can help employers to assess their practices* (York: York Publishing Services, 2005), S. 7 und dort zitierte Verweise.

³⁰³ House of Commons Northern Ireland Affairs Committee Fourth Report (1999), Abs. 48.

³⁰⁴ Vorwort des Chief Commissioner Bob Collins zum Monitoring-Bericht 2004 Nr. 15 der NI Equality Commission, Seite 2: <http://www.equalityni.org/uploads/pdf/MonRepNo15P1.pdf>

Arbeitgeber Zuschüsse. In Deutschland müssen Arbeitgeber mit mehr als 20 Beschäftigten sicherstellen, dass mindestens 5 % von ihnen Personen mit Behinderungen sind. In Malta beträgt die Quote 2 %. In Österreich müssen Firmen mit 25 oder mehr Mitarbeitern mindestens eine Person mit einer Behinderung beschäftigen.

In vielen Ländern wie zum Beispiel Belgien, Finnland und Litauen gibt es Gesetze über so genannte „soziale Unternehmen“, die Anspruch auf finanzielle Unterstützung durch den Staat haben.³⁰⁵ Soziale Unternehmen sind Unternehmen, bei denen ein großer Teil der Mitarbeiter aus Personen mit einer Behinderung oder anderen Personen besteht, die auf dem Arbeitsmarkt benachteiligt sind. So hat zum Beispiel in Finnland ein Unternehmen Anspruch auf den Status eines „sozialen Unternehmens“ und die damit verbundenen Vergünstigungen, wenn die Belegschaft zu mindestens 30 % aus Personen mit einer Behinderung oder Langzeitarbeitslosen besteht. Laut dem Grünbuch „Unternehmergeist in Europa“ der Europäischen Kommission entfallen auf soziale Unternehmen in der Europäischen Union 3,5 Millionen Arbeitsplätze.³⁰⁶

In diesem Zusammenhang könnte auch darauf hingewiesen werden, dass einige Mitgliedstaaten religiösen Freiraum schaffen oder zumindest zugestehen. Unter religiösem Freiraum ist zum Beispiel zu verstehen, dass spezielle Speisen angeboten werden und die Einhaltung religiöser Feiertage ermöglicht wird; hierzu kann es zum Beispiel erforderlich sein, Daten über die Religionen zu erheben.

Viele Organisationen müssen in ihrer Eigenschaft als Dienstleister und/oder als Unternehmer im Rahmen ihrer Aufgaben personenbezogene Daten sammeln, die nicht direkt mit Gleichbehandlung zu tun haben.

In vielen Mitgliedstaaten wie zum Beispiel Dänemark und Ungarn sind Schulen verpflichtet oder berechtigt, personenbezogene Daten im Zusammenhang mit der Muttersprache der Schüler zu sammeln, damit diese in ihrer Muttersprache unterrichtet werden können.³⁰⁷ In Zypern führt das Bildungsministerium Daten über alle Kinder, die auf den verschiedenen Schulebenen in Zypern eingetragen sind. Die Kinder werden in „griechische Zyprioten“, „Griechen“ (aus Griechenland stammend) und „nicht Griechisch Sprechende“ eingeteilt. „Nicht Griechisch Sprechende“ werden weiter in „türkische Zyprioten“ und „Sonstige“ eingeteilt. Wenn Kinder in die Sekundarstufe wechseln, muss die Religionszugehörigkeit angegeben werden, damit gegebenenfalls Kinder, die nicht der griechisch-orthodoxen Religion angehören, vom Religionsunterricht befreit werden können. In Portugal führen bestimmte Bildungseinrichtungen Aufzeichnungen über Sinti- und Roma-Kinder (*„crianças de origem cigana“*), damit diese entsprechend ihrer mobilen Lebensweise Schulen wechseln können. In der Slowakei müssen Universitäten und können Haupt- und höhere Schulen ethnische Aufzeichnungen führen.

In den Mitgliedstaaten gelten für Gesundheitsbehörden und Gesundheitsdienstleister in aller Regel Ausnahmeregelungen bezüglich der Datenschutzvorschriften, das heißt sie dürfen Daten verarbeiten, die gegebenenfalls zur Durchführung einer medizinischen Behandlung benötigt werden. Solche Daten können auch Informationen über Behinderungen enthalten.

Neben dem Bildungs- und Gesundheitswesen gibt es viele weitere Beispiele für die Sammlung sensibler Daten in einem Kontext, der nichts mit der Sicherstellung einer Gleichbehandlung zu tun hat. So müssen zum Beispiel in Deutschland und einigen anderen Ländern Unternehmer im Zusammenhang mit der Einziehung der Kirchensteuer Daten über die Religionszugehörigkeit sammeln.

Während also Organisationen im öffentlichen und privaten Sektor sensible Informationen über Ihre Mitarbeiter oder Personen sammeln dürfen, die ihre Dienste in Anspruch nehmen, bedeutet dies nicht notwendigerweise, dass sie diese Informationen zum Zwecke der Überwachung der Gleichbehandlung verwenden oder überhaupt verwenden dürfen.

³⁰⁵ Das Vereinigte Königreich hat ein neues Gesetz über so genannte Community Interest Companies (CICs) erlassen. Diese Unternehmen unterscheiden sich in gewissem Umfang von den „Social Companies“ in dem hier gebrauchten Sinne. Eine CIC ist eine neue Unternehmensform, die für Firmen bestimmt ist, die ihre Gewinne und Vermögenswerte für das öffentliche Wohl einsetzen möchten. Weiteres hierzu siehe unter: <http://www.dti.gov.uk/cics/>

³⁰⁶ Kommission der Europäischen Gemeinschaften (KOM(2003) 27, endgültige Fassung), S. 23.

³⁰⁷ In einigen Ländern gilt das Nämliche im Hinblick auf Kindergärten.



Terence | 1981

Anhang III

Die Erhebung von Daten durch Volkszählungen in den EU-Mitgliedstaaten

Aus der folgenden Tabelle geht hervor, welche EU-Mitgliedsstaaten durch Volkszählungen Daten zu den Gleichbehandlungsgründen erheben:³⁰⁸

Diskriminierungsgrund	Ethnische oder nationale Herkunft	Religion	Alter	Behinderung	Sexuelle Orientierung
Österreich	Nein	Ja	Ja	Nein	Nein
Belgien	Nein	Nein	Ja	Ja	Nein
Zypern	Ja	Ja	Ja	Einige	Nein
Tschechische Rep.	Ja	Ja	Ja	Nein	Nein
Estland	Ja	Ja	Ja	Ja	Nein
Frankreich	Nein	Nein	Ja	Nein	Nein
Deutschland	Nein	Ja	Ja	Ja	Nein
Griechenland	Einige ³¹¹	Nein	Ja	Nein	Nein
Ungarn	Ja	Ja	Ja	Ja	Nein
Irland	Nein	Ja	Ja	Ja	Nein
Italien	Nein	Nein	Ja	Einige	Nein
Lettland	Ja	Nein	Ja	Nein	Nein
Litauen	Ja	Ja	Ja	Ja	Nein
Luxemburg	Nein	Nein	Ja	Nein	Nein
Malta	Nein	Nein	Ja	Ja	Nein
Polen	Ja	Nein	Ja	Ja	Nein
Portugal	Nein	Ja	Ja	Ja	Nein
Slowakei	Ja	Ja	Ja	Nein	Nein
Slowenien	Ja	Ja	Ja	Nein	Nein
Spanien	Nein	Nein	Ja	Nein	Nein
Vereinigtes Königreich	ja	ja	ja	Einige	Nein

An dieser Stelle müssen zwei Dinge geklärt werden. Zunächst enthält diese Tabelle Informationen, die über Volkszählungen erhalten wurden. Die Länder können Informationen auch auf anderem Wege wie z.B. durch Einwohnerregister, Mini-Volkszählungen und/oder Umfragen erheben. Es sind also insgesamt mehr Daten vorhanden, als aus dieser Tabelle hervorgeht. Dänemark, Finnland, Schweden und die Niederlande sind in dieser Tabelle nicht enthalten, da sie keine Volkszählungen mehr durchführen.³⁰⁹

Zweitens sind die Fragen, Variablen und Kategorien von Land zu Land unterschiedlich. Insbesondere gilt dies für ethnische/nationale Herkunft.³¹⁰ Lediglich Zypern, Irland und das Vereinigte Königreich fragen direkt nach der ethnischen Herkunft.³¹¹ In der Tschechischen Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Litauen, Polen, der Slowakei und in Slowenien enthalten die Volkszählungsfragebögen keine Frage nach der „ethnischen Herkunft“ sondern nach der „Nationalität“, was jedoch ethnisch zu verstehen und von dem formalen Begriff der Staatsangehörigkeit zu unterscheiden ist. Daher ist es in dieser Tabelle aufgenommen als Angabe zur ethnischen oder nationalen Herkunft.

³⁰⁸ Diese Tabelle wurde auf der Grundlage der Länderanalyse von Volkszählungs-Fragebögen erstellt (in einem Land fand die letzte Volkszählung vor Juni 2006 statt). Der Verfasser dankt Herrn Perttu Salmenhaara für dessen Unterstützung bei der Zusammenstellung und Analyse dieser Daten.

³⁰⁹ Jedoch werden in diesen Ländern nach wie vor volkszählungsähnliche Informationen auf der Grundlage standesamtlicher Register gesammelt.

³¹⁰ Zu Volkszählungsfragen zum Thema Behinderung gibt es ebenfalls große Unterschiede: Einige dieser Fragen sind sehr spezifisch, andere wiederum sehr allgemein.

³¹¹ Die Art, wie die Fragen formuliert sind, ist unterschiedlich. Insbesondere die Volkszählungs-Fragen im Vereinigten Königreich zum Thema ethnische Herkunft haben einen stark „rassenbezogenen“ Unterton, während in Irland nach dem „ethnischen oder kulturellen Hintergrund“ gefragt wird.

Der griechische Volkszählungsfragebogen fragt nach dem Wohnort der Mutter der betroffenen Person zum Zeitpunkt der Geburt und ob die Person griechischer Herkunft ist. Viele dieser Länder fragen nach der Staatsangehörigkeit und dem Geburtsort der betroffenen Person, aber die Einbeziehung dieser Variablen galt nicht als ausreichend dafür, dass man bei einem Land davon ausgehen kann, dass es Daten zur ethnischen oder nationalen Herkunft erhebt.

Aus der Tabelle ergibt sich, dass alle EU-Mitgliedstaaten, die Volkszählungen durchführen, Daten zum Alter (Geburtsdatum) erheben, und dass eine deutliche Mehrheit Daten zur Religion erhebt. Eine kleine bzw. knappe Mehrheit erhebt Daten zur nationalen oder ethnischen Herkunft und Behinderung. Kein Mitgliedstaat erhebt Daten über sexuelle Orientierung, obwohl in einigen Ländern über die Einführung einer Frage zur sexuellen Orientierung nachgedacht wurde.

Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass die Erhebung von Daten über bestimmte geschützte Gruppen nicht zwangsläufig bedeutet, dass diese Daten im Sinne von Antidiskriminierungsvorschriften und Antidiskriminierungspolitik verwendet werden.

Europäische Kommission

Die Bemessung von Diskriminierung — Datenerhebung und EU-Rechtsvorschriften zur Gleichstellung

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften

2007 — 109 S. — 21 x 29.7 cm

ISBN 92-79-03116-3

Wie kann ich EU-Veröffentlichungen erhalten?

Alle kostenpflichtigen Veröffentlichungen des Amtes für Veröffentlichungen sind über den EU-Bookshop <http://bookshop.europa.eu/> erhältlich, bei dem Sie über eine Verkaufsstelle Ihrer Wahl bestellen können.

Das Verzeichnis unseres weltweiten Verkaufstellennetzes können Sie per Fax anfordern: (352) 29 29-42758.

ISBN 92-79-03116-3



9 789279 031168



Amt für Veröffentlichungen

Publications.europa.eu