



Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung



Europäische Kommission

Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung

Christa Tobler
Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten
im Bereich Nichtdiskriminierung

Europäische Kommission
Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten
und Chancengleichheit
Referat G.2

Fertigstellung des Manuskripts im September 2008

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

Der Text dieses Bericht wurde verfasst von Christa Tobler, Mitglied des Europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung (aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft, Alter, Behinderung, Religion oder Weltanschauung und sexueller Orientierung) unter der Leitung von:

human european consultancy

Hooghiemstraplein 155
3514 AZ Utrecht
Netherlands
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 Brussels
Belgium
Tel +32 2 230 5930
Fax +32 2 280 0925
info@migpolgroup.com
www.migpolgroup.com

Diese Veröffentlichung wird gemäß dem Gemeinschaftsprogramm für Beschäftigung und soziale Solidarität – Progress (2007-2013) – unterstützt. Dieses Programm wird von der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit der Europäischen Kommission durchgeführt. Mit dem Programm soll die Verwirklichung der Ziele der Europäischen Union im Bereich Beschäftigung und Soziales gemäß der Sozialagenda finanziell unterstützt werden. Es trägt somit zum Erreichen der Vorgaben der Lissabon-Strategie in diesen Bereichen bei.

Weitere Informationen finden Sie hier: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=327&langId=de>

Weitere Informationen zu Veröffentlichungen des europäischen Netzwerks von Rechtsexperten im Bereich Nichtdiskriminierung finden Sie hier: http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/legis/legIn_de.htm

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

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

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

**Gebührenfreie einheitliche Telefonnummer (*):
00 800 6 7 8 9 10 11**

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

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

© Europäische Gemeinschaften, 2009

Nachdruck mit Quellenangabe gestattet.

Bibliografische Daten befinden sich am Ende der Veröffentlichung.

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, 2009

ISBN 978-92-79-10149-6

DOI: 10.2767/57172

Printed in Luxembourg

GEDRUCKT AUF CHLORFREI GEBLEICHTEM PAPIER

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	5
Einleitung	9
I. Der größere Zusammenhang: mittelbare Diskriminierung in den internationalen Menschenrechtsgesetzen	13
1 Mittelbare Diskriminierung im Rahmen spezifischer UN-Übereinkommen	14
1.1 Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)	14
1.2 Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)	14
1.3 Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)	15
2 Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)	15
3 Die Verpflichtung zur Umformung der Gesellschaft im Rahmen der internationalen Menschenrechtsgesetze	17
II. Mittelbare Diskriminierung im gemeinschaftlichen Rechtssystem	20
1 EG-rechtliche Vorschriften zu Gleichstellung und Nichtdiskriminierung	21
2 Welche Bedeutung hat „Diskriminierung“ allgemein im EG-Recht?	24
3 Wie lässt sich mittelbare Diskriminierung in dieses System einordnen?	24
4 Ursprünge des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung im EG-Recht	26
5 Funktionen des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung im EG-Recht	28
6 Mittelbare Diskriminierung unter dem Vertrag von Lissabon	29
III. Die Definition mittelbarer Diskriminierung gemäß der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie	31
1 Wortlaut und wichtigste Elemente der Definitionen	32
2 Ein wirkungsorientiertes Konzept: nachteilige Wirkung	33
2.1 Formell neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren	33
2.2 Nur scheinbare Neutralität: nachteilige Wirkung oder ungleiche Auswirkung	34
2.3 Unerheblichkeit der Diskriminierungsabsicht	36
3 Ein auf der „Rule of reason“ beruhendes Konzept: sachliche Rechtfertigung	36
3.1 Ein rechtmäßiges Ziel	37
3.2 Verhältnismäßigkeit	40
IV. Herausforderungen bei der praktischen Anwendung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung gemäß EG-Recht	43
1 Finden des anwendbaren Rechts	44
2 Nachweis der augenscheinlichen mittelbaren Diskriminierung	46
2.1 Vergleichbarkeit als Vorbedingung	46
2.2 Darlegung einer besonderen Benachteiligung, insbesondere durch statistischen Nachweis	47
3 Nachweis der (objektiven) Rechtfertigung	49
4 Behandlung besonders komplexer Situationen: mehrfache Diskriminierung	51
V. Die Beziehung des Rechtsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung zu anderen Konzepten des sozialen Nichtdiskriminierungsrechts der Europäischen Gemeinschaften	54
1 Die Beziehung zu unmittelbarer Diskriminierung	55
2 Die Beziehung zu Diskriminierung wegen einer Verbindung	58
3 Die Beziehung zu positiver Diskriminierung	59
4 Die Beziehung zu positiven Verpflichtungen	60
5 Die Beziehung zu angemessenen Vorkehrungen	60
VI. Fallstudien zu nationaler Gesetzgebung und zum nationalen Fallrecht	63
1 Umsetzung der Richtlinien in der nationalen Gesetzgebung	64
2 Nationales Fallrecht	66
2.1 Der Gültigkeitsbereich des nationalen Rechts: der Fall des niederländischen Restaurants	66
2.2 Abgedeckte Diskriminierungsgründe: der Fall der französischen Gesundheitsdiskriminierung	67
2.3 Verbindung mit Diskriminierung aufgrund der Nationalität: der Fall der Sprachanforderungen in Zypern	68
2.4 Diskriminierung „aufgrund von“: der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich	68
2.5 Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung? Der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich und der Fall der polnischen Polizei	69
2.6 Verwendung statistischer Beweise: die tschechische Rechtssache Ostrava	71
2.7 Objektive Rechtfertigung: die niederländischen Fälle der Hypotheken und des Händeschüttelns	72
2.8 Angemessene Vorkehrungen: der Fall des italienischen Arbeitsplatzes	74
Schlussbemerkung: Realisierung des Potenzials des Konzepts mittelbarer Diskriminierung	76
Liste der Rechtssachen	78
Bibliografie	81
Anhang – Abbildungen zur mittelbaren Diskriminierung	87

Iwan | 1973



Zusammenfassung

Das Diskriminierungsverbot ist ein Eckpfeiler des europäischen Gemeinschaftsrechts. So ist es nicht verwunderlich, dass eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Formen der Diskriminierung in der praktischen rechtlichen Anwendung eine große Bedeutung hat. Die wichtigste Differenzierung findet zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung statt. Trotz seiner hohen Relevanz wird dieser Unterschied im Wortlaut des EG-Vertrags, dem grundlegenden Rechtstext der EG, nicht aufgegriffen. Er ist vielmehr vom Europäischen Gerichtshof in seiner Fallrechtsammlung seit den 1960er Jahren entwickelt worden, um die Wirksamkeit des Nichtdiskriminierungsrechts der EG zu erhöhen.

Heute ist der Begriff der mittelbaren Diskriminierung sowohl in der internationalen Menschenrechtsgesetzgebung als auch im EG-Recht fest verankert. In der internationalen Menschenrechtsgesetzgebung wird Diskriminierung in Rechtstexten wie dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und dem Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen eindeutig als wirkungsorientiertes Konzept festgelegt. Im Rahmen dieser Übereinkommen schließt das Diskriminierungsverbot daher Maßnahmen ein, die zwar nicht diskriminierend erscheinen, die aber tatsächlich eine diskriminierende Wirkung haben, also mittelbare Diskriminierung. In ähnlicher Weise wurde die Bedeutung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bezüglich der Europäischen Menschenrechtskonvention anerkannt. Im Fallrecht dieses Gerichtshofs kann eine allgemeine Politik oder Maßnahme, durch die eine bestimmte Gruppe übermäßig benachteiligt wird, als diskriminierend gelten, auch wenn sie nicht ausdrücklich auf diese Gruppe ausgerichtet ist.

Im EG-Recht spielt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung immer dann eine Rolle, wenn das Gesetz eine Diskriminierung aus einem bestimmten Grund verbietet, so auch im Zusammenhang mit der Antirassismusrichtlinie (Richtlinie 2000/43/EG) ⁽¹⁾, die sich auf Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft erstreckt, und im Zusammenhang mit der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/78/EG) ⁽²⁾, die sich mit Diskriminierung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung befasst. Das Verbot dieser Arten der Diskriminierung kann natürlich nur im Anwendungsbereich dieser beiden Richtlinien gelten, der sich im Ausmaß stark unterscheidet, da die Antirassismusrichtlinie einen viel größeren Geltungsbereich hat als die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie. Im Gegensatz zu Letzterer deckt die Erstgenannte nicht nur beschäftigungsbezogene Angelegenheiten ab, sondern auch den Sozialschutz (einschließlich soziale Sicherheit und Gesundheitsversorgung), soziale Vergünstigungen, Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (einschließlich Wohnraum). Außerdem gilt die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie nicht für Zahlungen im Rahmen von staatlichen Maßnahmen o. Ä., darunter auch staatliche Programme für soziale Sicherheit oder sozialen Schutz. Des Weiteren können Mitgliedstaaten verordnen, dass diese Richtlinie, soweit sie sich auf Diskriminierung aus Gründen einer Behinderung und des Alters bezieht, nicht auf die Streitkräfte anwendbar ist. Dementsprechend unterscheidet sich der Bereich, in dem der Begriff „mittelbare Diskriminierung“ EG-rechtlich relevant ist, für die beiden Richtlinien deutlich. Im Juli 2008 schlug die Kommission eine neue Richtlinie zur Ausweitung des Bereichs vor, in dem das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Ausrichtung, einschließlich des Verbots der mittelbaren Diskriminierung, gelten sollte. Bei Annahme wird die neue Richtlinie die Unterschiede im Anwendungsbereich zwischen der Antirassismusrichtlinie und der Gleichbehand-

⁽¹⁾ Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22, 2000.

⁽²⁾ Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16, 2000.

lungsrahmenrichtlinie teilweise beseitigen (jedoch nicht die Unterschiede zwischen diesen Richtlinien einerseits und den Richtlinien zur Gleichbehandlung der Geschlechter andererseits).

Als Teil einer neuen Generation von EG-Recht zur Nichtdiskriminierung werden in der Antirassismusrichtlinie und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie nicht nur ausdrücklich verschiedene Arten von Diskriminierung genannt, sondern sie enthalten auch rechtliche Definitionen. Dazu gehören rechtliche Definitionen von mittelbarer Diskriminierung. Im Rahmen dieser Definitionen „liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen [mit einer bestimmten Eigenschaft] gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“. Bisher gab es keine Entscheidungen des Gerichtshofs in Fällen mit angeblicher mittelbarer Diskriminierung, die unter die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie fallen. Wenn man also die Bedeutung dieser Definitionen verstehen möchte, muss man die Fallrechtsammlung des Gerichtshofs aus anderen Bereichen berücksichtigen, darunter insbesondere das Fallrecht zur mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. (Es ist jedoch zu beachten, dass sich der Großteil des Fallrechts auf Gesetze zur Gleichstellung der Geschlechter vor der Abänderung im Jahr 2002 bezieht, als eine etwas andere Definition gültig war, insbesondere im Bezug auf den Nachweis der ungleichen Auswirkung.)

Die Haupteigenschaften des Rechtsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung sind seine Wirkungsorientierung und das Element der sachlichen Rechtfertigung. Hinsichtlich der Wirkungsorientierung heißt es in den Definitionen der Antirassismusrichtlinie und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, dass eine Maßnahmen eine bestimmte Gruppe im Vergleich zu einer anderen Gruppe „in besonderer Weise benachteiligt“, was von dem Opfer der vermeintlichen Diskriminierung nachgewiesen werden muss. In den Richtlinien wird nicht definiert, was „in besonderer Weise benachteiligt“ genau bedeutet, und auch das Fallrecht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter macht dazu keine Angaben. Im Fallrecht wird jedoch zwischen zwei verschiedenen Situationen unterschieden, nämlich eine, bei der „ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer“ die betreffende Voraussetzung erfüllen kann, und eine, bei der sich „ein geringerer, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehender und relativ konstanter Abstand zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern, die die Voraussetzung erfüllen“ ergibt. Das Fallrecht scheint weiterhin darauf hinzuweisen, dass das Ausmaß der Ungleichheit relativ hoch sein muss. Wichtig ist dabei, dass die Richtlinien nicht unbedingt einen statistischen Beweis der erforderlichen ungleichen Auswirkung vorschreiben. (Das ist ein bedeutender Unterschied zur Gesetzgebung im Bereich Gleichstellung der Geschlechter vor 2002, in der ein statistischer Beweis eine wichtige Rolle spielte.) In den Präambeln der beiden Richtlinien wird festgelegt, dass die Mitgliedstaaten vorschreiben können, dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist.

Hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung zeigt das Fallrecht des Gerichtshofs, dass es potenziell sehr viele hinnehmbare Rechtfertigungsgründe gibt. Rein finanzielle Gesichtspunkte können jedoch nicht als sachliche Rechtfertigung dienen. Außerdem darf das Ziel, auf das sich berufen wird, nicht mit Diskriminierung in Verbindung stehen, und reine Verallgemeinerungen sind in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Was die Verhältnismäßigkeit angeht, sind die Anforderungen äußerst streng. Die Verhältnismäßigkeit setzt voraus, dass eine im Interesse eines rechtmäßigen Ziels ergriffene, konkrete Maßnahme sowohl angemessen (d. h. geeignet, um das betreffende Ziel zu erreichen) als auch notwendig (d. h. eine andere Maßnahme mit einer geringeren Auswirkung, oder gar keiner ungleichen Auswirkung, wäre nicht wirksam) ist. Es reicht also nicht aus, dass eine Maßnahme nur zweckmäßig oder wünschenswert ist. Die Rechtmäßigkeit des Ziels sowie die Eignung und Notwendigkeit der Maßnahme müssen von der Person nachgewiesen werden, die angeblich an mittelbarer Diskriminierung beteiligt war. Das jüngste Fallrecht des Gerichtshofs zur Verhältnismäßigkeit scheint tatsächlich sehr streng zu sein.

Bei der Anwendung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung müssen die nationalen Behörden und Gerichte eine dreistufige Analyse zum Anwendungsbereich des Gesetzes, zur Art der Maßnahme, die anscheinend

einer mittelbaren Diskriminierung entspricht, und zur sachlichen Rechtfertigung durchführen. Im Rahmen dieser Analyse müssen die folgenden Fragen gestellt und beantwortet werden:

- 1) Fällt der Fall in den Anwendungsbereich des Nichtdiskriminierungsrechts, das in dem entsprechenden EG-Mitgliedstaat Anwendung finden soll?
- 2) Wenn ja, kann das Opfer der mutmaßlichen Diskriminierung beweisen, dass eine augenscheinliche mittelbare Diskriminierung aus einem bestimmten Grund vorliegt?
- 3) Wenn ja, kann der Täter beweisen, dass es eine sachliche Rechtfertigung gibt (d. h. ein rechtmäßiges Ziel und Anwendung von verhältnismäßigen Mitteln zur Erreichung dieses Ziels), die eine Feststellung der mittelbaren Diskriminierung verhindert?

In der Praxis kann es im Zusammenhang mit allen diesen Fragen zu Anfechtungen kommen, zum Beispiel im Hinblick auf verschiedene Anwendungsbereiche des EG-Rechts für verschiedene Arten von Diskriminierung, was ein besonderes Problem bei mehrfacher Diskriminierung darstellt. Das nationale Fallrecht der Mitgliedstaaten zeigt jedoch, dass dem Verbot von mittelbarer Diskriminierung mehr Wirkung verliehen werden kann, indem der Anwendungsbereich des nationalen Rechts auf mehr Situationen ausgeweitet wird als vom EG-Recht erforderlich sind und indem mehr Gründe für Diskriminierung einbezogen werden. Außerdem kann es in Fällen, in denen dies entweder erforderlich oder möglich ist, zu Schwierigkeiten beim Sammeln von statistischen Beweisen für mittelbare Diskriminierung kommen. Im Rahmen der Antirassismusrichtlinie und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie muss ein Vergleich zwischen der Auswirkung der strittigen Maßnahme auf zwei Gruppen angestellt werden, nämlich einerseits auf die Gruppe, zu der das Opfer der angeblichen Diskriminierung gehört, und andererseits auf eine Vergleichsgruppe. In der Praxis kann es in manchen Fällen schwierig sein, Vergleichsgruppen oder einschlägiges und aussagekräftiges statistisches Material zu finden. Aus diesen Gründen sollte ein statistischer Beweis im nationalen Recht nicht verpflichtend vorgeschrieben werden, obwohl es möglich sein muss, sich darauf zu stützen, falls es für die Opfer der angeblichen mittelbaren Diskriminierung nützlich ist. Außerdem kann es in Fällen, in denen einschlägiges und aussagekräftiges statistisches Material vorhanden ist, schwierig sein zu bestimmen, welche Zahlen berücksichtigt werden müssen, um die erforderliche ungleiche Wirkung festzustellen. In diesem Zusammenhang weist das Fallrecht des Gerichtshofs im Bereich Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darauf hin, dass ein flexibler und pragmatischer Ansatz gefordert ist. Hinsichtlich der objektiven Rechtfertigung sollten die Behörden und Gerichtshöfe der Mitgliedstaaten solche Rechtfertigungen nicht zu schnell anerkennen, sondern insbesondere auf die Anforderung nach Verhältnismäßigkeit achten.

Die nationalen Behörden und Gerichtshöfe, die Diskriminierungsfälle untersuchen, müssen bei der Unterscheidung zwischen mittelbarer Diskriminierung und anderen wichtigen Begriffen des Nichtdiskriminierungsrechts der EG vorsichtig vorgehen. Besonders wichtig ist dabei die Abgrenzung von der unmittelbaren Diskriminierung, weil sich die beiden Konzepte sowohl hinsichtlich der Beweisanforderungen als auch der Rechtfertigung unterscheiden. Im Rahmen des jüngsten Fallrechts des Gerichtshofs werden bestimmte Fälle, die früher als mittelbare Diskriminierung untersucht worden wären, nun als unmittelbare Diskriminierung behandelt. Das Fallrecht zeigt, dass sich das Gericht von einem Ansatz entfernt hat, nach dem nur Maßnahmen, die ausdrücklich auf dem verbotenen Kriterium beruhen oder die von sich aus untrennbar damit verbunden sind, unmittelbare Diskriminierung darstellen. Stattdessen umfasst unmittelbare Diskriminierung nun auch Fälle, in denen eine Berufung auf ein bisher neutrales Kriterium tatsächlich nur eine Gruppe betrifft, entweder aufgrund der Natur der Sache selbst oder auf Grundlage einer rechtskräftigen Vorschrift.

Mittelbare Diskriminierung wird manchmal mit Begriffen wie Diskriminierung wegen einer Verbindung, positive Diskriminierung und angemessene Vorkehrungen in Verbindung gebracht. Dies ist jedoch weder notwendig noch angemessen. Im Hinblick auf positive Diskriminierung ist es theoretisch möglich, zwischen unmittelbarer und mittelbarer positiver Diskriminierung zu unterscheiden. Der Gerichtshof verwendet in seinem Fallrecht jedoch keine solche Terminologie. Des Weiteren betrifft die Diskriminierung wegen einer Verbindung ein anderes Element der Analyse der Diskriminierung als unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, nämlich die von der Diskriminierung

betroffene Person und nicht den Grund für die Diskriminierung. Abschließend beziehen sich angemessene Vorkehrungen auf ein bestimmtes Recht eines Arbeitnehmers mit einer Behinderung und nicht auf ein nicht genau angegebenes Recht auf eine entsprechende Gleichbehandlung. Die Verletzung der Pflicht, angemessene Vorkehrungen zu treffen, ist am besten als eine eigenständige Art von Diskriminierung anzusehen, die keiner Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung bedarf.

Schlussendlich gehen internationale Menschenrechtsabkommen oft mit einer Verpflichtung der Unterzeichnerstaaten, sich aktiv für die Förderung von Gleichstellung und einen Wandel ihrer Gesellschaft einzusetzen, über ein bloßes Verbot von Diskriminierung hinaus. Diese Verpflichtung ist besonders im Bereich der mittelbaren Diskriminierung wichtig, die oft das Ergebnis von Strukturproblemen in einer bestimmten Gesellschaft ist und die gleichzeitig diese zugrunde liegenden strukturellen Ursachen aufdecken und in Frage stellen kann. Bei der Anwendung des Verbots von mittelbarer Diskriminierung im Rahmen des EG-Rechts sollten die EU-Mitgliedstaaten ihre internationalen rechtlichen Verpflichtungen bedenken. Dementsprechend müssen sie alles in ihrer Macht Stehende tun, um nicht nur mittelbar diskriminierende Aspekte ihrer nationalen Gesetze anzugehen und individuelle Fälle mittelbarer Diskriminierung zu bekämpfen, sondern auch den weiteren Hintergrund zu berücksichtigen und entsprechend zu handeln.

Die Autorin und das Europäische Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich Nichtdiskriminierung hoffen, dass dieser Bericht einen Beitrag zur Arbeit von Behörden, Organisationen und Juristen leisten kann, die sich für die Bekämpfung der Diskriminierung in der Europäischen Union einsetzen.

Einleitung

Was ist mittelbare Diskriminierung? Einfach gesagt sind es Maßnahmen, die auf den ersten Blick unproblematisch aussehen, die aber aufgrund der Umstände, unter denen sie angewendet werden, dennoch eine diskriminierende Wirkung auf eine bestimmte Personengruppe haben können. Mit anderen Worten erscheinen solche Maßnahmen auf einer abstrakten Ebene als akzeptabel, sind aber in konkreter Hinsicht problematisch. Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung ist mittelbare Diskriminierung nicht sehr offensichtlich, sondern eher implizit. Ein Beispiel: In einer Stellenanzeige steht, dass der erfolgreiche Kandidat für die betreffende Stelle einen Führerschein haben muss. Auf den ersten Blick scheint dies völlig unproblematisch. Allerdings können blinde Menschen keinen Führerschein erwerben, d. h. sie werden durch diese Anforderung von der Stelle ausgeschlossen. Eine solche Anforderung kann also einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund einer Behinderung gleichkommen. Ein weiteres Beispiel: In einem bestimmten Land besteht allgemeine Wehrpflicht. Dies stellt für Zeugen Jehovas ein Problem dar, die aus religiösen Gründen den Wehrdienst verweigern. Noch ein Beispiel: Um in ein bestimmtes Land einwandern zu dürfen, müssen Antragsteller einen sogenannten Integrationstest absolvieren. In der Praxis hat sich gezeigt, dass Menschen mit bestimmten Nationalitäten (und somit mit bestimmten ethnischen Hintergründen) den Test mit wesentlich geringerer Wahrscheinlichkeit bestehen als andere. In diesen und ähnlichen Situationen handelt es sich um mittelbare Diskriminierung (in den obigen Beispielen aufgrund einer Behinderung, der Religion, Nationalität, Rasse oder ethnischen Herkunft), es sei denn, es gibt eine objektive Begründung für die betreffende Maßnahme, z. B. wenn der Arbeitgeber, der einen Führerschein fordert, nachweisen kann, dass die Arbeit ohne Führerschein nicht ausgeführt werden kann.

Wie diese Beispiele zeigen, entspricht die Mittelbarkeit der Diskriminierung der Art und Weise, wie eine Maßnahme mit einem bestimmten Diskriminierungsgrund in Verbindung gebracht wird. Man spricht von mittelbarer Diskriminierung, wenn eine Person oder Personengruppe auf der Grundlage eines verbotenen Diskriminierungsgrundes im Wesentlichen (jedoch nicht der Form nach) schlechter behandelt wird. Im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung stützt sich mittelbare Diskriminierung nur indirekt auf den verbotenen Grund. Es ist jedoch zu beachten, dass die Mittelbarkeit der Diskriminierung nicht bedeutet, dass ihre Opfer in geringerem Maße davon betroffen sind. Das einzelne Opfer von mittelbarer Diskriminierung leidet genau so stark wie das Opfer von unmittelbarer Diskriminierung. In beiden Fällen werden Rechte und Möglichkeiten beeinträchtigt, und in beiden Fällen kann sich die Diskriminierung äußerst negativ auf den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Status, das Wohlergehen und die Gesundheit auswirken (Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten 2007:19). Dennoch zeigt die Erfahrung, dass das Konzept der mittelbaren Diskriminierung oft nicht verstanden und manchmal nicht einmal akzeptiert oder anerkannt wird. Des Weiteren bringt seine praktische Anwendung eine Vielzahl an Herausforderungen mit sich.

Vor diesem Hintergrund soll dieser Bericht das Konzept der mittelbaren Diskriminierung näher erläutern, insbesondere im Zusammenhang mit der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse (Richtlinie 2000/43/EG, Antirassismusrichtlinie) ⁽³⁾ und der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung (Richtlinie 2000/78/EG, Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) ⁽⁴⁾. Zusammen mit den Richtlinien zur Gleichstellung der

⁽³⁾ Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180/22, 2000.

⁽⁴⁾ Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16, 2000.

Geschlechter 2002/73/EG⁽⁵⁾, 2006/54/EG⁽⁶⁾ (Neufassung) und 2004/113/EG (Güter- und Dienstleistungsrichtlinie)⁽⁷⁾ stellen die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie die jüngste Generation des EG-Rechts zur gesellschaftlichen Nichtdiskriminierung dar, die zwischen vier grundlegenden Formen der Diskriminierung unterscheidet, nämlich unmittelbarer Diskriminierung, mittelbarer Diskriminierung, Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung (siehe Abbildung 4 im Anhang zu diesem Bericht). Hierbei sind die Konzepte der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung eng miteinander verbunden. Da beide Formen nicht nur im gemeinschaftlichen Sozialrecht, sondern auch im gemeinschaftlichen Wirtschaftsrecht relevant sind, spielen sie eine besonders wichtige Rolle im Gesamtsystem des Gemeinschaftsrechts. Heute sind in der neuen Generation von oben genannten Richtlinien des gemeinschaftlichen Sozialrechts rechtliche Definitionen zu finden. Diese Definitionen und ihre Auswirkungen werden im vorliegenden Bericht behandelt.

Zum Zeitpunkt der Einreichung des vorliegenden Berichts (Juli 2008) lagen jedoch noch keine Entscheidungen des Gerichtshofs zu diesen Definitionen vor. Bisher erstreckten sich alle Fälle zur Auslegung der Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie entweder auf unmittelbare Diskriminierung [nämlich unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters in den Rechtssachen Mangold⁽⁸⁾, Palacios de la Villa⁽⁹⁾ und in den anhängigen Rechtssachen Küçükdeveci⁽¹⁰⁾, Age Concern England⁽¹¹⁾ und Wolf⁽¹²⁾; unmittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung in den Rechtssachen Chacón Navas⁽¹³⁾ und Coleman⁽¹⁴⁾; unmittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung in der Rechtssache Maruko⁽¹⁵⁾ – obwohl in dieser Sache mittelbare Diskriminierung vorgebracht worden war⁽¹⁶⁾ – und wohl auch in der anhängigen Rechtssache Römer⁽¹⁷⁾; sowie unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse in der Rechtssache Feryn⁽¹⁸⁾ oder auf andere Probleme [nämlich die Auswirkung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung aus Gründen des Alters in der Rechtssache Bartsch⁽¹⁹⁾ sowie das Bezugsdatum für einen Gehaltszuwachs in der anhängigen Rechtssache Hütter⁽²⁰⁾].

Angesichts des Mangels an einschlägigem Fallrecht im Rahmen der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie stützt sich der vorliegende Bericht stark auf Fallrecht aus anderen Bereichen, insbesondere auf Wirt-

⁽⁵⁾ Richtlinie 2002/73/EG zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zu Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. L 269/1, 2002.

⁽⁶⁾ Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. L 204/23, 2006. Diese Richtlinie muss bis zum 15. August 2008 in nationales Recht umgesetzt werden. Sie wird u. a. die Richtlinie 2002/73/EG ersetzen.

⁽⁷⁾ Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. L 373/37, 2004.

⁽⁸⁾ Rechtssache C-144/04, Werner Mangold gegen Rüdiger Helm, Slg. 2005, 9981.

⁽⁹⁾ Rechtssache C-411/05, Félix Palacios de la Villa gegen Cortefiel Servicios SA, Urteil vom 16. Oktober 2007 (noch ohne Angabe).

⁽¹⁰⁾ Rechtssache C-555/07, Seda Küçükdeveci gegen Swedex GmbH & Co. KG, anhängig.

⁽¹¹⁾ Rechtssache C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) gegen Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, anhängig (Stellungnahme durch AG Mazák vom 23. September 2008).

⁽¹²⁾ Rechtssache C-229/08, Colin Wolf gegen Stadt Frankfurt am Main, anhängig.

⁽¹³⁾ Rechtssache C-13/05, Sonia Chacón Navas gegen Eurest Colectividades SA, Slg. 2006, I-6467.

⁽¹⁴⁾ Rechtssache C-303/06, S. Coleman gegen Attridge Law and Steve Law, Urteil vom 17. Juli 2008 (noch ohne Angabe).

⁽¹⁵⁾ Rechtssache C-267/06, Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Urteil vom 1. April 2008 (noch ohne Angabe).

⁽¹⁶⁾ Siehe V.1 unten.

⁽¹⁷⁾ Rechtssache C-147/08, Jürgen Römer gegen Freie und Hansestadt Hamburg, anhängig.

⁽¹⁸⁾ Rechtssache C-54/07, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding gegen Firma Feryn NV, Urteil vom 10. Juli 2008 (noch ohne Angabe).

⁽¹⁹⁾ Rechtssache C-427/06, Brigit Bartsch gegen Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, Urteil vom 23. September 2008 (noch ohne Angabe).

⁽²⁰⁾ Rechtssache C-88/08, David Hütter gegen Technische Universität Graz, anhängig.

schaftsrecht zur Diskriminierung aufgrund der Nationalität und Gesetze zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Verschiedene Arten von Diskriminierung haben verschiedene Hintergründe und stellen daher unterschiedliche Probleme dar (McCrudden 2005:17). Dennoch sind bestimmte grundlegende rechtliche Konzepte des EG-Rechts allgemeingültig und können von einem Bereich auf den anderen übertragen werden, zumindest hinsichtlich ihrer grundlegenden Aspekte. Dies gilt auch für das Konzept der mittelbaren Diskriminierung. Aus diesem Grund ist das Fallrecht aus anderen Bereichen des EG-Rechts sicherlich im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung.

Zunächst wird in dem Bericht die Stellung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung im Rahmen der internationalen Menschenrechtsgesetze (Kapitel I) kurz beschrieben. Anschließend richtet sich die Aufmerksamkeit auf die Stellung des Themas im gemeinschaftlichen Rechtssystem (Kapitel II). Hierauf werden die Definitionen von mittelbarer Diskriminierung im Rahmen der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (Kapitel III) besprochen, gefolgt von den bedeutendsten Herausforderungen, die sich in der Praxis stellen (Kapitel IV) und der Beziehung des rechtlichen Konzepts der mittelbaren Diskriminierung mit anderen Konzepten des Nichtdiskriminierungsrechts der EG (Kapitel V). Abschließend werden anhand einiger nationaler Fallstudien ausgewählte Themen im Zusammenhang mit der Definition sowie der Anwendung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung im Kontext des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten hervorgehoben (Kapitel VI).

Marijke | 1953



Kapitel I

Der größere Zusammenhang: mittelbare Diskriminierung in den internationalen Menschenrechtsgesetzen

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist keine Erfindung des EG-Rechts, sondern hat u. a. Vorgänger im frühen Völkerrecht (Tobler 2005a:89). Dieser Abschnitt des Berichts stellt kurz die Bedeutung der mittelbaren Diskriminierung in einigen aktuellen Rechtsinstrumenten der internationalen Menschenrechtsgesetze dar. Es ist zu bedenken, dass das EG-Recht regional ist und es im Zusammenhang mit und vor dem Hintergrund von sowohl weltweitem Recht und anderen, weiterreichenden regionalen Gesetzen gesehen werden muss. Zu den unten besprochenen Instrumenten gehören drei spezifische Menschenrechtsabkommen der Vereinten Nationen (nämlich das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung, das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen; 1. unten), sowie die Europäische Menschenrechtskonvention des Europarates (2. unten). Ein letzter Abschnitt widmet sich der Verpflichtung zur Umformung der Gesellschaft und ihre Bedeutung im Zusammenhang mit der mittelbaren Diskriminierung (3. unten).

1 Mittelbare Diskriminierung im Rahmen spezifischer UN-Übereinkommen

1.1 Das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD)

Das älteste der drei UN-Übereinkommen, das in diesem Kontext erwähnt werden muss, ist das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Rassendiskriminierung (ICERD) ⁽²¹⁾ aus dem Jahr 1965. Darin wird Rassendiskriminierung als „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel *oder zur Folge* hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird“ (Artikel 1, Hervorhebung hinzugefügt) definiert. Angesichts der Tatsache, dass mittelbare Diskriminierung ein wirkungsorientiertes Konzept ist, kann der Schluss gezogen werden, dass die obige Definition nicht nur ein Verbot von unmittelbarer Diskriminierung enthält, sondern auch von mittelbarer Diskriminierung. Dies wird sogar durch den Ausschuss zur Überwachung des ICERD bestätigt, der mittelbare Diskriminierung als „Maßnahmen, die nicht diskriminierend scheinen, aber tatsächlich eine diskriminierende Wirkung haben“ ⁽²²⁾ (Schiek 2007:340) beschreibt.

1.2 Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)

Im Zusammenhang mit dem Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) ⁽²³⁾ von 1979 (Schiek 2007:340) zeichnet sich ein ähnliches Bild ab. In diesem Übereinkommen bezeichnet der Ausdruck Diskriminierung der Frau „jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur *Folge* oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird“ (Artikel 1, Hervorhebung hinzugefügt). Wiederum zeigt der Verweis auf die Folge einer bestimmten Maßnahme, dass mittelbare Diskriminierung in dieser Definition inbegriff-

⁽²¹⁾ Siehe http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/d_icerd.htm

⁽²²⁾ L. R. et al. gegen Slowakei; Mitteilung Nr. 31/2003, Absatz 10.4, U.N. Doc. CERD/C/66/D/31/2003 (2005).

⁽²³⁾ Siehe <http://www.un.org/womenwatch/daw/>.

fen ist. Dem Ausschuss zur Überwachung des CEDAW ⁽²⁴⁾ zufolge kann mittelbare Diskriminierung von Frauen vorkommen, „wenn Gesetze, politische Maßnahmen und Programme auf scheinbar geschlechtsneutralen Kriterien basieren, die in ihrer tatsächlichen Wirkung jedoch nachteilig für Frauen sind“. In seinen weiteren Erklärungen weist der Ausschuss auf die oft strukturellen Ursachen mittelbarer Diskriminierung hin. „Geschlechtsneutrale Gesetze, politische Maßnahmen und Programme können unbeabsichtigt zum Fortbestehen der Folgen früherer Diskriminierung beitragen. Sie können unabsichtlich nach männlichen Lebens- und Verhaltensmustern ausgestaltet sein und sind daher nicht geeignet, die Aspekte der Lebenserfahrung von Frauen zu berücksichtigen, die sich von denen der Männer unterscheiden. Diese Unterschiede können aufgrund von stereotypen Erwartungen, Einstellungen und Verhaltensweisen gegenüber Frauen bestehen, die auf den biologischen Unterschieden zwischen Frau und Mann beruhen. Möglicherweise bestehen sie auch aufgrund der allgemeinen Unterordnung der Frau durch den Mann.“

1.3 Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD)

Das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (CRPD) ⁽²⁵⁾ aus dem Jahr 2006 ist das jüngste, speziell auf Menschenrechte ausgerichtete Übereinkommen der Vereinten Nationen. Es trat am 3. Mai 2008 in Kraft. Bisher (Juli 2008) hat nur eine kleine Zahl der europäischen Staaten das Übereinkommen ⁽²⁶⁾ ratifiziert, aber diese Zahl wird mit der Zeit erwartungsgemäß ansteigen. In dem Übereinkommen bezeichnet Diskriminierung aufgrund einer Behinderung „jede Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung aufgrund einer Behinderung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass die auf die Gleichberechtigung mit anderen gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem anderen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird“ und es wird festgelegt, dass dies „alle Formen der Diskriminierung, einschließlich der Verweigerung angemessener Vorkehrungen umfasst“ (Artikel 2, Hervorhebung hinzugefügt). Dies ähnelt stark der Definition im General Comment Nr. 5 zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte ⁽²⁷⁾. In jenem Dokument wird ausdrücklich sowohl auf „De-jure- und De-facto-Diskriminierung gegenüber Menschen mit Behinderungen“ verwiesen. Wiederrum ist aus der Bezugnahme auf die Wirkung einer Maßnahme zu schließen, dass mittelbare Diskriminierung in dem Verbot enthalten ist.

2 Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) ⁽²⁸⁾ aus dem Jahr 1950 ist für die Europäische Union wegen Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union (EU) von besonderer Bedeutung. Durch diesen Artikel wird den Bestimmungen der EMRK im Rahmen des EU- und EG-Rechts ⁽²⁹⁾ direkt Gewicht verliehen. Wie auch im

⁽²⁴⁾ Allgemeine Empfehlung Nr. 25 zu Artikel 4 Absatz 1, Zeitweilige Sondermaßnahmen, S. 9, Endnote 1. Der Wortlaut der Allgemeinen Empfehlungen des Ausschusses zur Überwachung des CEDAW ist im Internet erhältlich unter <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/>.

⁽²⁵⁾ Siehe <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=12&pid=150>.

⁽²⁶⁾ Zum Stand der Ratifizierung siehe <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=257>.

⁽²⁷⁾ CESCR General Comment Nr. 5, Persons with Disabilities, Wortlaut erhältlich unter <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/4b0c449a9ab4ff72c12563ed0054f17d>. Zur mittelbaren Diskriminierung im Rahmen des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, siehe Schiek (2007:336 ff.). Allgemeineres zu internationalen und regionalen Menschenrechtsgesetzen und Gleichstellung, siehe De Schutter (2005) und McCrudden/Kountouros (2007:78). Allgemeines zu Gleichstellung und Menschenrechten, siehe z. B. Morawa (2003).

⁽²⁸⁾ Siehe <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG>.

⁽²⁹⁾ Siehe II.1 weiter unten.

EG-Recht ⁽³⁰⁾ kann Diskriminierung nach der EMRK als ungleiche Behandlung von Menschen in vergleichbaren Situationen sowie als gleiche Behandlung von Menschen in nicht-vergleichbaren Situationen auftreten (Thlimmenos) ⁽³¹⁾. Im Gegensatz zu den jeweiligen oben genannten UN-Menschenrechtsübereinkommen enthält die EMRK keine Definition des Begriffs Diskriminierung, sondern lediglich ein Diskriminierungsverbot. In Artikel 14 der Konvention heißt es: „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“ Diese Bestimmung räumt jedoch kein allgemeines und alleinstehendes Recht auf Gleichbehandlung außerhalb des Kontexts der Konvention ein. Nur Protokoll Nr. 12 der EMRK sah dies für Staaten, die es ratifiziert haben, vor ⁽³²⁾.

Nach Artikel 1 des Protokolls ist „[d]er Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes [...] ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

Im Gegensatz zu den jeweiligen oben genannten UN-Menschenrechtsübereinkommen und auch im Gegensatz zum EG-Recht wird sowohl in Artikel 14 EMRK als auch in Artikel 1 von Protokoll Nr. 12 eine offene Liste mit maßgeblichen Diskriminierungskriterien angegeben. Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung würde also nicht notwendig erscheinen, um bestimmte Fälle in den Geltungsbereich des Verbots zu bringen. Es ist jedoch relevant, da in der EMRK – im Gegensatz zum EG-Recht – verschiedene Diskriminierungsgründe Prüfungen von unterschiedlicher Genauigkeit unterzogen werden. Nach dem Fallrecht des Gerichtshofs für Menschenrechte müssen zur Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung aufgrund des Geschlechts, der Geburt, der Nationalität und der sexuellen Ausrichtung „sehr schwerwiegende Gründe“ vorgebracht werden, was in anderen Fällen nicht so gehandhabt wird (Gerards 2007:33, Gerards 2005:199, Gerards 2004, auch Martin 2006:270). Vor diesem Hintergrund kann es von zentraler Bedeutung sein, dass ein Fall mit einem Verbot belegt wird, auf den eine sehr genaue Prüfung anwendbar ist, und das Konzept der mittelbaren Diskriminierung kann in diesem Zusammenhang hilfreich sein.

Lange Zeit hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine eher zögerliche Einstellung gegenüber mittelbarer Diskriminierung, obwohl Verweise auf einen wirkungsorientierten Ansatz schon früh im Fallrecht zu finden waren [z. B. Marckx ⁽³³⁾, Hugh Jordan ⁽³⁴⁾]. Das Gericht verweist jedoch erst im jüngsten Fallrecht ausdrücklich auf mittelbare Diskriminierung. Im Fall Hoogendijk gegen die Niederlande ⁽³⁵⁾ äußerte sich der Gerichtshof folgendermaßen: „Wenn ein Beschwerdeführer auf der Grundlage von unangefochtenen amtlichen Beweisen das Vorhandensein eines Prima-facie-Falls zeigen kann, dass nämlich eine bestimmte Vorschrift trotz einer neutralen Formulierung tatsächlich einen deutlich höheren Anteil an Frauen als an Männern betrifft, muss die entsprechende Regierung zeigen, dass dies das Ergebnis objektiver Faktoren ist, die nicht mit irgendeiner Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Verbindung stehen. Falls die Beweislast zum Nachweis, dass eine unterschiedliche Wirkung auf Männer und Frauen in der Realität nicht diskriminierend ist, nicht der entsprechenden Regierung zufällt,

⁽³⁰⁾ Siehe II.2 unten.

⁽³¹⁾ Thlimmenos gegen Griechenland, 6. April 2000, Rep. 2000-IV. – Die Autorin des vorliegenden Berichts stimmt mit Bell (2007:189) hinsichtlich der Tatsache überein, dass es sich im Fall Thlimmenos nicht um mittelbare Diskriminierung handelt, sondern darum, dass Menschen in verschiedenen Situationen nicht verschieden behandelt wurden; siehe auch Henrard (2008:245). Bell äußerte sich zu De Schutter (2005:16, 45 and 52), wo Thlimmenos mit mittelbarer Diskriminierung in Verbindung gebracht wird.

⁽³²⁾ Siehe <http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm>.

⁽³³⁾ Marckx gegen Belgien, 13. Juni 1979, Publ. EGMR Serie A Band 31.

⁽³⁴⁾ Hugh Jordan gegen Vereinigtes Königreich, 4. Mai 2001, Individualbeschwerde Nr. 24746/94.

⁽³⁵⁾ Hoogendijk gegen die Niederlande, 6. Januar 2005, 40 EHRR SE 22. Die betreffende nationale Rechtsprechung in diesem Fall hatte einen Hintergrund im Gemeinschaftsrecht.

wird es in der Praxis sehr schwer sein, indirekte Diskriminierung zu beweisen.“ In dem Fall ging es um eine Behindertenbeihilfe im niederländischen Recht, die nur bewilligt wurde, falls das Einkommen des Antragstellers oder eines Familienmitglieds, das für einen Teil des Unterhalts des Antragstellers aufkommen musste, unterhalb einer bestimmten Schwelle lag. Das Gericht entschied auf mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da die zweite Bedingung (Einkommen eines Familienmitglieds) dazu führte, dass mehr Frauen als Männer die Leistung einbüßen ⁽³⁶⁾.

Auch in der Rechtssache D.H. et al. gegen die Tschechische Republik (auch als „Rechtssache Ostrava“ bekannt) stand mittelbare Diskriminierung im Mittelpunkt. Hier wurde mit Diskriminierung aufgrund der Rasse zum Nachteil von Roma-Kindern argumentiert. Nach einem Kammerurteil vom Dezember 2006 ⁽³⁷⁾ wurden die Fälle an die Große Kammer des Gerichtshofs verwiesen, die im November 2007 zu einem Urteil kam ⁽³⁸⁾. In diesem Urteil wiederholte die Große Kammer, dass „eine allgemeine Politik oder Maßnahme, durch die eine bestimmte Gruppe übermäßig benachteiligt wird, als diskriminierend gilt, auch wenn sie nicht ausdrücklich auf diese Gruppe ausgerichtet ist“ (Randnummer 175 des Urteils). Die Große Kammer bezog sich ausdrücklich auf die Allgemeine politische Empfehlung Nr. 7 der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) vom 13. Dezember 2002 sowie auf das EG-Recht. Sie erklärte, dass „sich eine ungleiche Behandlung in einer unverhältnismäßig nachteiligen Auswirkung einer allgemeinen Politik oder Maßnahme äußern kann, die trotz einer Abfassung in neutralen Begriffen eine Gruppe diskriminiert [...]. Gemäß beispielsweise den Richtlinien 97/80/EG ⁽³⁹⁾ und 2000/43/EG [...] des Rates und der Definition der ECRI [...] käme eine solche Situation einer ‚mittelbaren Diskriminierung‘ gleich, die nicht unbedingt eine diskriminierende Absicht voraussetzt“ (Randnummer 184). Die ECRI-Empfehlung ⁽⁴⁰⁾ enthält sowohl Definitionen für unmittelbare als auch für mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse, die sich auf das EG-Recht stützen. Gemäß der Empfehlung bezeichnet der Begriff „indirekte Rassendiskriminierung“ „Fälle, in denen ein scheinbar neutraler Faktor wie eine Regelung, ein Kriterium oder ein Verfahren von Personen, die einer Gruppe angehören, die durch Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, Staatsangehörigkeit oder nationale oder ethnische Herkunft gekennzeichnet ist, nicht einfach erfüllt werden kann oder sie benachteiligt, es sei denn, dieser Faktor ist sachlich und vernünftig begründet. Dies wäre der Fall, wenn ein legitimes Ziel verfolgt wird und wenn die Verhältnismäßigkeit der angewandten Mittel in Bezug auf das verfolgte Ziel angemessen ist.“ Im Fall D. H. et al. gegen Tschechische Republik entschied die Große Kammer des Gerichts auf mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse, da der Anteil an Roma-Kindern, die in Sonderschulen geschickt wurden, in der Tschechischen Republik wesentlich höher war als der anderer Kinder.

3 Die Verpflichtung zur Umformung der Gesellschaft im Rahmen der internationalen Menschenrechtsgesetze

In internationalen Menschenrechtsgesetzen wird anerkannt, dass die Ursachen für Diskriminierung oft struktureller Art sind. Deshalb verpflichten einige Übereinkommen die Vertragsstaaten ausdrücklich dazu, eine sogenannte „Sozialkonstruktion“ vorzunehmen. In Artikel 8 Absatz 1 ICRPD verpflichten sich die Vertragsstaaten des Übereinkommens dazu, „sofortige, wirksame und geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um: a) auf allen Ebenen der Gesellschaft, einschließlich der Familie, das Bewusstsein für Menschen mit Behinderungen zu erhöhen und die Achtung ihrer Rechte und ihrer Würde zu fördern; b) Stereotype, Vorurteile und schädliche Praktiken gegenüber Menschen

⁽³⁶⁾ In wissenschaftlichen Publikationen gilt Hoogendijk manchmal als erstes wirkliches Urteil des EGMR im Bereich mittelbare Diskriminierung; Hendriks 2005.

⁽³⁷⁾ D. H. et al. gegen Tschechische Republik, 7. Dezember 2006, Individualbeschwerde Nr. 57325/00, siehe auch IV.2.2.6 unten.

⁽³⁸⁾ D. H. et al. gegen Tschechische Republik, 13. November 2007, Individualbeschwerde Nr. 57325/00.

⁽³⁹⁾ Richtlinie 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14/6, vom 20.1.1998.

⁽⁴⁰⁾ ECRI Allgemeine Empfehlung Nr. 7 über nationale Gesetzgebung zur Bekämpfung von Rassismus und Rassendiskriminierung, verabschiedet am 13. Dezember 2002; Wortlaut erhältlich unter http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ECRI/3-General_themes/1-Policy_Recommendations/Recommendation_N7/3-Recommendation_7.asp.

mit Behinderungen, einschließlich auf Grund des Geschlechts oder des Alters, in allen Bereichen des Lebens zu bekämpfen; c) das Bewusstsein für die Fähigkeiten und den Beitrag von Menschen mit Behinderungen zu fördern.“ Ähnlich dazu werden die Vertragsstaaten des CEDAW in Artikel 5 Punkt a dazu verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, „um einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau zu bewirken, um so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen“ (siehe Holtmaat 2004). Abschließend wird in Artikel 7 ICERD festgelegt: „Die Vertragsstaaten verpflichten sich, unmittelbare und wirksame Maßnahmen, insbesondere auf dem Gebiet des Unterrichts, der Erziehung, der Kultur und Information, zu treffen, um Vorurteile zu bekämpfen, die zu Rassendiskriminierung führen, zwischen den Völkern und Rassen- oder Volksgruppen Verständnis, Duldsamkeit und Freundschaft zu fördern [...]“

Solche Bestimmungen sind einfach nur die logische Folge des Verbots aller Formen von Diskriminierung, darunter insbesondere der mittelbaren Diskriminierung. Falls durch Letztgenannte strukturelle Probleme in einer bestimmten Gesellschaft aufgedeckt werden ⁽⁴¹⁾, reicht es nicht aus, eine solche Diskriminierung zu verbieten und in einzelnen Fällen Wiedergutmachung zu leisten. Es müssen vielmehr die zugrunde liegenden Ursachen in umfassender Weise angegangen werden.

⁽⁴¹⁾ Siehe II.5 unten.



Nikki | 2007

Kapitel II

Mittelbare Diskriminierung im gemeinschaftlichen Rechtssystem

Das gemeinschaftliche Nichtdiskriminierungsrecht ist ein komplexes und vielschichtiges Gebiet. Um die Stellung der mittelbaren Diskriminierung in diesem System zu beschreiben, wird im folgenden Abschnitt des vorliegenden Berichts zunächst ein Überblick über die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften gegeben, in deren Kontext mittelbare Diskriminierung relevant sein kann (1. unten). Hierauf wird erklärt, was der Begriff „Diskriminierung“ allgemein im EG-Recht bedeutet (2. unten) und wie mittelbare Diskriminierung in dieses System eingeordnet werden kann (3. unten). Danach werden die Ursprünge des Rechtskonzepts der mittelbaren Diskriminierung im EG-Recht kurz angerissen (4. unten) und seine Funktionen erklärt (5. unten). Abschließend werden einige kurze Anmerkungen über mittelbare Diskriminierung im Recht der EU seit dem Lissabon-Vertrag gemacht (6. unten).

1 EG-Rechtliche Vorschriften zu Gleichstellung und Nichtdiskriminierung

Die Tatsache, dass mittelbare Diskriminierung den Zusammenhang zwischen einer bestimmten Maßnahme und einem verbotenen Diskriminierungsgrund betrifft, heißt, dass das Konzept der mittelbaren Diskriminierung nur im Kontext von Nichtdiskriminierungsvorschriften Relevanz hat, die sich auf Diskriminierungsgründe beziehen, d. h. Bestimmungen, die Diskriminierung bezüglich eines bestimmten Faktors verbieten, wie z. B. Alter, sexuelle Ausrichtung oder Behinderung ⁽⁴²⁾. Sowohl der EG-Vertrag als auch das daraus abgeleitete Recht enthalten zahlreiche Bestimmungen dieser Art. Dementsprechend ist die Bandbreite an Bestimmungen und Themenbereichen, in denen mittelbare Diskriminierung von Bedeutung sein könnte, außergewöhnlich groß, wie der folgende Überblick zeigen wird.

Nur eine Art von Diskriminierung wird in allen Bereichen des EG-Rechts verboten, nämlich die Diskriminierung aufgrund der Nationalität eines EU-Mitgliedstaats. Dieses Verbot kann sowohl auf der Ebene des Vertrags gefunden werden (insbesondere Artikel 12 EG-Vertrag, der sich auf alle Bereiche des EG-Rechts erstreckt, in denen keine spezifische Bestimmung zur Diskriminierung aus Gründen der Nationalität vorhanden ist, wie z. B. Artikel 39 EG-Vertrag zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer) als auch in zahlreichen Verordnungen und Richtlinien zur Ausgestaltung der Bestimmungen des Vertrags [einschließlich z. B. der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ⁽⁴³⁾ und Verordnung (EWG) 1408/71 ⁽⁴⁴⁾, die sich beide auch auf die Freizügigkeit von Personen beziehen]. Die Richtlinie 2003/109/EG ⁽⁴⁵⁾ über langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige erweitert das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit auf bestimmte Staatsangehörige aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten in bestimmten Bereichen.

Neben der Diskriminierung aufgrund der Nationalität verbietet das EG-Recht verschiedene andere Arten der Diskriminierung, wenn auch nur in bestimmten und begrenzten Zusammenhängen ⁽⁴⁶⁾. Im gemeinschaftlichen Sozialrecht sind die wichtigsten Arten eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (verboten unter Artikel 141 Absätze 1 und 2 EG-Vertrag und verschiedenen Richtlinien), aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft (verboten unter der Antirassismus-Richtlinie), aufgrund der Religion oder des Glaubens, einer Behinderung, des Alters

⁽⁴²⁾ Dies ist nicht bei allen Nichtdiskriminierungsbestimmungen des Gemeinschaftsrechts der Fall. In Artikel 34 EG-Vertrag wird z. B. lediglich festgelegt, dass gemeinsame Organisationen im gemeinschaftlichen Agrarrecht „jede Diskriminierung zwischen Erzeugern und Verbrauchern innerhalb der Gemeinschaft“ ausschließen sollen, ohne einen Grund für eine solche Diskriminierung anzugeben.

⁽⁴³⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257/2, S. 475 (einschließlich Änderungen).

⁽⁴⁴⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149/2, S. 416 (einschließlich Änderungen). Diese Verordnung wird durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ersetzt, ABl. L 166/1, 2004.

⁽⁴⁵⁾ Artikel 11 der Richtlinie 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16/44, 2004.

⁽⁴⁶⁾ Siehe IV.1 weiter unten.

und der sexuellen Ausrichtung (verboten unter der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie)⁽⁴⁷⁾, aufgrund von Teilzeitarbeit (verboten unter der Teilzeitarbeitsrichtlinie)⁽⁴⁸⁾ und aufgrund von befristeten Arbeitsverträgen (verboten unter der Richtlinie über befristete Arbeitsverträge)⁽⁴⁹⁾. Neben dieser spezifischen Nichtdiskriminierungsgesetzgebung gibt es auch Richtlinien und Verordnungen zu anderen Bereichen, die Nichtdiskriminierungsklauseln enthalten [z. B. Artikel 3e Absatz 1 Punkt c Unterpunkt ii der Fernsehrichtlinie⁽⁵⁰⁾, Artikel 1 Punkt d der Verordnung für Bedienstete der EU⁽⁵¹⁾ und Artikel 16 der allgemeinen Verordnung über die Strukturfonds]⁽⁵²⁾. Außerdem spielt die Nichtdiskriminierung in den Gesetzen über die Außenbeziehungen der Gemeinschaft eine Rolle, unter denen eine Verordnung über die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter⁽⁵³⁾ zu finden ist und in denen Diskriminierung aufgrund der Nationalität in verschiedenen Abkommen zwischen der EG und Drittländern verboten ist (z. B. das multilaterale Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und bilaterale Abkommen mit bestimmten Ländern wie der Türkei, Marokko, Algerien, Tunesien, der Schweiz und Russland). Nichtdiskriminierung wird auch in den Präambeln einiger aktueller Richtlinien genannt, in denen es heißt, dass die Bestimmungen der Richtlinien ohne Diskriminierung aus verschiedenen Gründen anzuwenden sind [z. B. die Richtlinie zur freien Bewegung und zum freien Aufenthalt der Unionsbürger⁽⁵⁴⁾ und die Richtlinie über langfristige aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige⁽⁵⁵⁾].

Gleichstellungs- und Nichtdiskriminierungsbestimmungen können auch auf der allumfassenden Ebene der Menschenrechtsgesetze der EU gefunden werden. Gemäß Artikel 6 Absatz 2 EU müssen die durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten garantierten Grundrechte – dazu gehört wie

⁽⁴⁷⁾ Bezüglich Behinderungen gibt es auch die Verordnung (EG) Nr. 1107/2006 über die Rechte von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität, ABl. L 204/1, 2006. Die Verordnung enthält insbesondere Bestimmungen über die Beförderungspflicht (Artikel 3 und 4) und über das Recht auf Hilfeleistung an Flughäfen (Artikel 7 ff.). Gemäß Artikel 1 Absatz 1 dient diese Verordnung dem Schutz von behinderten Flugreisenden und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität vor Diskriminierung.

⁽⁴⁸⁾ Richtlinie 97/81/EG zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, ABl. L 14/9, 1998 (einschließlich Änderungen).

⁽⁴⁹⁾ Richtlinie 1999/70/EG zu der EGB-UNICE-CEEP-Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge, ABl. L 175/43, 1999 (einschließlich Korrekturen).

⁽⁵⁰⁾ Richtlinie 89/552/EWG zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. L 298/23, 1989, einschließlich mehrerer Änderungen, insbesondere von 2007 zur Erfassung audiovisueller Mediendienste.

⁽⁵¹⁾ Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten dieser Gemeinschaften sowie zur Einführung von Sondermaßnahmen, die vorübergehend auf die Beamten der Kommission anwendbar sind, ABl. L 56/1, 1968, 1. Dezember 1972 (einschließlich Änderungen, konsolidierte Fassung: http://www.europa.eu.int/comm/dgs/personnel_administration/statut/tocen100.pdf).

⁽⁵²⁾ Artikel 16 der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006/EC mit allgemeinen Bestimmungen über den Europäischen Fonds für regionale Entwicklung, den Europäischen Sozialfonds und den Kohäsionsfonds und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1260/1999, ABl. L 210/25, 2006.

⁽⁵³⁾ Verordnung (EG) Nr. 806/2004 zur Förderung der Gleichstellung der Geschlechter im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit, ABl. L 143/40, 2004. Es ist auch zu beachten, dass einige zwischen der Europäischen Gemeinschaft und bestimmten Drittländern (wie die Türkei, Marokko oder Tunesien) abgeschlossene Abkommen Nichtdiskriminierungsklauseln im Sozialrecht enthalten, darunter zu den Rechten von Wanderarbeitnehmern und ihren Familien, die Staatsangehörige dieser Drittstaaten sind.

⁽⁵⁴⁾ Erwägung 31 in der Präambel zur Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158/77, 2004.

⁽⁵⁵⁾ Erwägung 5 in der Präambel zu der Richtlinie.

bereits erwähnt ⁽⁵⁶⁾ das Diskriminierungsverbot in Artikel 14 – von der Europäischen Union (und somit auch von der Europäischen Gemeinschaft als wichtigstem Teil der EU) als allgemeine EG-rechtliche Grundsätze geachtet werden. Die Achtung der allgemeinen Grundsätze ist eine Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit jedes EG-Gesetzes und die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, die allgemeinen Grundsätze immer dann zu achten, wenn sie im Anwendungsbereich des EG-Rechts handeln (Tridimas 2006:29, Schiek/Waddington/Bell 2005:2). Außerdem hat die Europäische Union im Jahr 2000 ihre eigene Charta der Grundrechte ⁽⁵⁷⁾ verabschiedet, die eine spezifische Bestimmung zur Gleichheit von Männern und Frauen enthält (Artikel 23), eine allgemeine Bestimmung zur Gleichheit vor dem Gesetz (Artikel 20) und eine allgemeine Bestimmung, die sich auf Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowie auf „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ (Artikel 21) erstreckt. Derzeit ist die Charta der Grundrechte jedoch nicht verpflichtend für die Mitgliedstaaten (dies würde sich mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ändern) ⁽⁵⁸⁾.

Nach dem Fallrecht des Gerichtshofs sind alle spezifischen Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsvorschriften des EG-Rechts nur eine bestimmte Erscheinungsform der allgemeinen, dem EG-Recht zugrunde liegenden Prinzipien [z. B. der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, wie in Defrenne III ⁽⁵⁹⁾, und aufgrund des Alters, siehe Mangold]. Spezifische Bestimmungen sind notwendig, damit sich Einzelpersonen gegenüber Mitgliedstaaten oder gegenüber anderen Einzelpersonen auf ihre Rechte berufen können. Das Vorhandensein eines allgemeinen Grundsatzes ist für diese Zwecke nicht ausreichend (Defrenne III). Es sei allerdings erwähnt, dass nach dem Urteil des Gerichts in der viel diskutierten Rechtssache Mangold einige Unsicherheit darüber herrscht, was die genaue Auswirkung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des EG-Rechts ist ⁽⁶⁰⁾ (z. B. McCrudden/Kountouros 2007:89; Tobler 2007a; Polloczek 2007:119). Vor kurzem bestätigte die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Bartsch, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung des EG-Rechts zur Einhaltung der allgemeinen Grundsätze verpflichtet sind (z. B. bei der Umsetzung einer Richtlinie) ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Siehe I.2 oben.

⁽⁵⁷⁾ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 364/01, 2000, Wiederinkraftsetzung 2007, ABl. C 303/1, 2007.

⁽⁵⁸⁾ Siehe II.6 unten.

⁽⁵⁹⁾ Rechtssache 149/77, Gabrielle Defrenne gegen Sabena, Slg. 1978, 1365 (Defrenne III).

⁽⁶⁰⁾ Siehe auch Rechtssache C-164/07, James Wood gegen Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, Urteil vom 5. Juni 2008 (noch ohne Angabe). In diesem Fall scheint das Gericht seine Antwort auf den allgemeinen Nichtdiskriminierungsgrundsatz bezüglich der Nationalität zu stützen und nicht auf Artikel 12 EG-Vertrag, auf den sich die Frage des nationalen Gerichts bezog.

⁽⁶¹⁾ Siehe auch die Stellungnahme von AG Sharpston vom 22. Mai 2008. Im Fall Bartsch ging es um eine Unternehmensvorschrift, nach der kein Anspruch auf eine berufliche Hinterbliebenenrente besteht, wenn der/die Hinterbliebene mehr als 15 Jahre jünger ist als sein/ihr verstorbene(r) Ehegatte/in. Das Gericht befand, dass Artikel 13 EG-Vertrag (in dem nicht speziell auf Renten eingegangen wird) nicht in der Lage ist, eine Verbindung zwischen einer solchen Behandlung und dem Gemeinschaftsrecht herzustellen. Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ist während des Zeitraums für ihre Umsetzung ebensowenig dazu in der Lage.

2 Welche Bedeutung hat „Diskriminierung“ allgemein im EG-Recht?

Vor der Verabschiedung der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie gab es im EG-Recht keine umfassenden rechtlichen Definitionen für die Bedeutung des Begriffs „Diskriminierung“⁽⁶²⁾. Bestimmte Hinweise waren aber schon früh im Fallrecht des Gerichtshofs zu finden und sind immer noch anzutreffen. In diesem Fallrecht „kann Diskriminierung nur durch die Anwendung unterschiedlicher Regeln in vergleichbaren Situationen oder die Anwendung der gleichen Regel auf unterschiedliche Situationen auftreten“ [z. B. Rieser⁽⁶³⁾, Rn. 39]. Diese weit gefasste Definition spiegelt den allgemeinen Grundsatz der Nichtdiskriminierung oder Gleichbehandlung wider [bei denen es sich dem Gericht zufolge „nämlich um zwei Bezeichnungen ein und desselben allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes handelt, der es zum einen untersagt, gleiche Sachverhalte ungleich oder unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, sofern nicht objektive Gründe eine solche Behandlung rechtfertigen“; Europe Chemi-Con⁽⁶⁴⁾, Rn. 33]. Dieser allgemeine Grundsatz, der manchmal auch als der „allgemeine Grundsatz der Gleichheit“ bezeichnet wird, zieht sich durch das gesamte EG-Recht. Positiv ausgedrückt heißt das, dass das, was gleich (vergleichbar) ist, gleich behandelt werden muss, während das, was anders ist, je nach Grad der Verschiedenheit anders behandelt werden muss, es sei denn, es liegen objektive Gründe vor [z. B. Nuova Agricast⁽⁶⁵⁾, Rn. 66].

3 Wie lässt sich mittelbare Diskriminierung in dieses System einordnen?

Das Fallrecht des Gerichtshofs zeigt, dass Diskriminierung im gemeinschaftlichen Wirtschaftsrecht in der Tat die beiden im vorherigen Abschnitt erwähnten Formen annehmen kann, d. h. ungleiche Behandlung von vergleichbaren Sachverhalten und gleiche Behandlung von verschiedenen Sachverhalten. Das Fallrecht weist außerdem darauf hin, dass Diskriminierung durch Gleichbehandlung entweder unmittelbar oder mittelbar sein kann (obwohl eigentliche Urteile selten gefällt werden)⁽⁶⁶⁾, dasselbe gilt für Diskriminierung durch unterschiedliche Behandlung (hierfür gibt es zahlreiche Beispiele). Umgekehrt wurden im Fallrecht des gemeinschaftlichen Sozialrechts die Konzepte der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung zumindest bisher ausnahmslos mit ungleicher Behandlung in vergleichbaren Situationen in Verbindung gebracht. Dies kann dadurch erklärt werden, dass das erklärte Ziel des gemeinschaftlichen sozialen Nichtdiskriminierungsrechts traditionell die Erlangung von Gleichbehandlung ist, was als die gleiche Behandlung von Personen in vergleichbaren Situationen angesehen wird. Dementsprechend wurde Diskriminierung traditionell als unterschiedliche Behandlung solcher Personen angesehen. Nur in Ausnahmefällen ist unterschiedliche Behandlung zulässig (z. B. auf Grundlage von beruflichen Anforderungen unter Artikel 4 der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie; siehe auch Abbildung 6 im Anhang zu vorliegendem Bericht).

Vor diesem Hintergrund kann der Schluss gezogen werden, dass sich für die Zwecke des gemeinschaftlichen Sozialrechts das Konzept der mittelbaren Diskriminierung in erster Linie auf die unterschiedliche Behandlung in ver-

⁽⁶²⁾ Im Bereich des Rechts zur Gleichstellung der Geschlechter hat die Beweislastrichtlinie (Richtlinie 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. L 14/6, 1998) als erste die rechtliche Definition der mittelbaren Diskriminierung eingeführt, allerdings keine Definition für unmittelbare Diskriminierung und Belästigung, deren Konzept im gemeinschaftlichen Recht zur Gleichstellung der Geschlechter erst durch die Richtlinie 2002/73/EG eingeführt wurde.

⁽⁶³⁾ Rechtssache C-157/02, Rieser Internationale Transporte GmbH gegen Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), Slg. 2004, I-1477.

⁽⁶⁴⁾ Rechtssache C-422/02 P, Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH gegen Rat und Kommission, Slg. 2005, I-791.

⁽⁶⁵⁾ Rechtssache C-390/06, Nuova Agricast Srl gegen Ministero delle Attività Produttive, Urteil vom 15. April 2008 (noch ohne Angabe).

⁽⁶⁶⁾ Ein aktuelles Beispiel eines Falls von unmittelbarer Diskriminierung ist die Rechtssache C-442/04, Spanien gegen Kommission, Urteil vom 15. Mai 2008 (noch ohne Angabe), im Bereich Agrarrecht; eine Rechtssache, bei der es sich nach Generalanwalt Stix-Hackl um mittelbare Diskriminierung handelt, ist die Rechtssache C-400/02, Gerard Merida gegen Deutschland, Slg. 2004, I-8471, bezüglich der Freizügigkeit von Arbeitnehmern; Tobler 2005a:220.

gleichbaren Situationen bezieht. Es sollte vielleicht auch erwähnt werden, dass unter dem Fallrecht des Gerichtshofs die unterschiedliche Behandlung auf eine auf den ersten Blick scheinbar gleiche Behandlung zurückzuführen ist, wie z. B. durch die Anwendung einer einzigen Anforderung, die wahllos verschiedenen Personengruppen auferlegt wird. Zum Beispiel stand in der frühen Grundsatzentscheidung zur mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Nationalität, Sotgiu ⁽⁶⁷⁾, Arbeitnehmern, die von ihren Wohnorten entfernt beschäftigt waren, ein höheres Unterhaltsgeld zu, wenn sie zum Zeitpunkt ihrer Ersteinstellung in Deutschland lebten. So war der Wohnsitz in Deutschland zum Zeitpunkt der Ersteinstellung eine einzige Anforderung oder ein einziges Kriterium, das jedoch gleichzeitig zwischen Personen unterschied, die zum maßgebenden Zeitpunkt wirklich in Deutschland lebten und Personen, die nicht dort lebten. Das Gericht hat im Fall Sotgiu ausdrücklich auf „Differenzierungskriterien“ verwiesen und geurteilt, dass die Wohnsitzanforderung zu einer Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit führte. In den Rechtssachen Schönheit und Becker ⁽⁶⁸⁾ (Rn. 67) beschrieb das Gericht mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts allgemein als „die Anwendung von Vorschriften, die *Ungleich*behandlungen von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern aufgrund von nicht auf dem Geschlecht beruhenden Kriterien aufrechterhalten“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Was das Wirtschaftsrecht angeht, sollte erwähnt werden, dass Artikel 39 EG-Vertrag (Freizügigkeit der Arbeitnehmer), Artikel 49 und 50 EG-Vertrag (freier Dienstleistungsverkehr) und Artikel 56 Absatz 1 EG-Vertrag (freier Kapitalverkehr) nicht nur Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit untersagen, sondern auch nicht-diskriminierende Beschränkungen, d. h. jede Maßnahme, „die zwar ohne Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit anwendbar ist, die aber geeignet ist, die Ausübung der durch den EWG-Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten durch die Gemeinschaftsangehörigen einschließlich der Staatsangehörigen des Mitgliedstaats, der die Regelung erlassen hat, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“ (Kraus, Rn. 32) ⁽⁶⁹⁾. In diesem spezifischen Zusammenhang und wegen gewisser Ähnlichkeiten der beiden Konzepte stehen das Verbot der mittelbaren Diskriminierung und das Verbot von Beschränkungen miteinander in Konkurrenz (Tobler 2005a:371). Dies ist jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts ⁽⁷⁰⁾.

Um zwischen den verschiedenen Arten von Vorschriften im gemeinschaftlichen Sozialrecht zu unterscheiden, kann es abschließend nützlich sein, zwischen Vorschriften zu unterscheiden, die Diskriminierung wie gerade erwähnt im traditionellen Sinn verbieten (d. h. Diskriminierung als vergleichbar ungleiche Behandlung ohne Festlegung des Grads der zu erweisenden Behandlung), und Vorschriften, die unabhängig von der Vergleichbarkeit der Situationen ein bestimmtes, genau umrissenes Ergebnis festlegen (siehe auch Abbildungen 1 und 6 im Anhang des vorliegenden Berichts). Beispiele für die letztgenannte Art der Diskriminierung sind das Recht von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen auf mindestens 14 Wochen Mutterschaftsurlaub (Artikel 8 der Mutterschaftsrichtlinie) ⁽⁷¹⁾ und das Recht von Menschen mit einer Behinderung auf angemessene

⁽⁶⁷⁾ Rechtssache 152/73, Giovanni Maria Sotgiu gegen Deutsche Bundespost, Slg. 1974, 153.

⁽⁶⁸⁾ Verbundene Rechtssachen C-4/02 und 5/02, Hilde Schönheit gegen Stadt Frankfurt am Main und Silvia Becker gegen Land Hessen, Slg. 2003, I-12575.

⁽⁶⁹⁾ Rechtssache C-19/92, Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg, Slg. 1993, I-1663.

⁽⁷⁰⁾ Obwohl im spezifischen Zusammenhang mit Teilzeitarbeit eine gewisse Parallele gefunden werden kann, in dem die entsprechende Richtlinie nicht nur Diskriminierung aufgrund von Teilzeitarbeit verbietet (Paragraph 4 im Anhang der Teilzeitarbeitsrichtlinie), sondern auch die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, „Hindernisse rechtlicher oder verwaltungstechnischer Natur, die die Teilzeitarbeitsmöglichkeiten beschränken können, [zu] identifizieren und [zu] prüfen und sie gegebenenfalls [zu] beseitigen“ (Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe a des Anhangs); siehe verbundene Rechtssachen C-55/07 und 56/07 Othmar Michaeler, Subito GmbH und Ruth Volgger gegen Amt für sozialen Arbeitsschutz, Autonome Provinz Bozen, Urteil vom 24. April 2008 (noch ohne Angabe).

⁽⁷¹⁾ Richtlinie 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. L 348/1, 1992.

Vorkehrungen am Arbeitsplatz (Artikel 5 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie) ⁽⁷²⁾. Streng genommen sind die Begriffe der „unmittelbaren“ und der „mittelbaren Diskriminierung“ in diesem Zusammenhang weder notwendig noch hilfreich. Eine Verletzung der durch solche Vorschriften auferlegten Verpflichtungen ist schlichtweg eine Verletzung einer positiven Verpflichtung, die keiner weiteren und spezifischen Bezeichnung bedarf. Gleichzeitig ist unumstritten, dass solche Verpflichtungen im System des Nichtdiskriminierungsrechts eine wichtige Rolle spielen und dass ein Verstoß dagegen diskriminierende Auswirkungen hat. Deshalb ist es vielleicht am besten, solche Verstöße als Diskriminierung *sui generis* zu bezeichnen und die Attribute „unmittelbar“ oder „mittelbar“ zu vermeiden. In ähnlicher Weise erscheint die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Diskriminierung im Zusammenhang mit den anderen beiden Arten der Diskriminierung, die in Artikel 2 der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ausdrücklich so bezeichnet werden, nämlich Belästigung und Anweisung zur Diskriminierung, nicht relevant zu sein. Beide stützen sich nicht auf die Vergleichbarkeit der Sachverhalte (siehe wiederum Abbildung 1 im Anhang des vorliegenden Berichts). Auch im Zusammenhang von Viktimisierung scheint die Unterscheidung unwesentlich zu sein. Viktimisierung wird in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie als „Benachteiligungen, die als Reaktion auf eine Beschwerde oder auf die Einleitung eines Verfahrens zur Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen“ definiert (Artikel 9 bzw. Artikel 11).

4 Ursprünge des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung im EG-Recht

Wie ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung in die Rechtsordnung der Europäischen Gemeinschaft gelangt? Trotz ihrer offenkundigen Bedeutung tauchen die Begriffe „unmittelbare Diskriminierung“ und „mittelbare Diskriminierung“ weder im Wortlaut des EG-Vertrags (dem grundlegenden Rechtstext der Europäischen Gemeinschaft) noch im EU-Vertrag (dem grundlegenden Rechtstext der Europäischen Union, deren wichtigster Teil die EG ist) auf. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Konzepten wurde vielmehr vom Gerichtshof durch seine Auslegung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften entwickelt, darunter insbesondere das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit unter dem heutigen (d. h. nach der Umnummerierung der Bestimmungen des Vertrags nach der Vertragsrevision von Amsterdam) Artikel 39 EG-Vertrag über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer [Ugliola ⁽⁷³⁾, Sotgiu] und das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Gesetz über die Bediensteten der Gemeinschaften (Sabbatini) ⁽⁷⁴⁾ und dem heutigen Artikel 141 Absatz 1 EG-Vertrag über das gleiche Entgelt für Männer und Frauen [Jenkins ⁽⁷⁵⁾, Bilka ⁽⁷⁶⁾]. Heute sind die fallrechtbasierten Definitionen des Gerichtshofs von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung in den Bereichen weiterhin unverzichtbar, in denen keine rechtlichen Definitionen vorliegen, d. h. vor allem im gemeinschaftlichen Wirtschaftsrecht.

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist keine Erfindung der Europäischen Gemeinschaft. Es gibt sowohl Vorgänger im frühen Völkerrecht als auch in bestimmten nationalen Rechtsordnungen (USA, Vereinigtes Königreich, Irland). Insbesondere die zuletzt Genannten scheinen das EG-Recht beeinflusst zu haben (Tobler 2005a:94, 96, 144). Dies hat Schiek (2008:360) dazu veranlasst, das Konzept der mittelbaren Diskriminierung als ein Transplantat aus den Gewohnheitsrechtssystemen in die Zivilrechtssysteme des europäischen Kontinents zu bezeichnen. Einer dieser Vorgänger, eine Grundsatzentscheidung des US-amerikanischen Rechts, ist besonders anschaulich. In der Rechtssache *Griggs v. Duke Power Co.* ⁽⁷⁷⁾, die im Jahr 1971 vom Obersten Gerichtshof in den USA entschieden wurde, ging es um Diskriminierung aufgrund der Rasse. Die Kläger stellten die Anforderung eines High-School-Abschlusses oder eines bestandenen Intelligenztests als Bedingung für die Anstellung bei oder den

⁽⁷²⁾ Zu angemessenen Vorkehrungen siehe V.5 weiter unten.

⁽⁷³⁾ Rechtssache 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG gegen Salvatore Ugliola, Slg. 1969, 363.

⁽⁷⁴⁾ Rechtssache 20/71, Luisa Sabbatini, geb. Bertoni, gegen Europäisches Parlament, Slg. 1972, 345.

⁽⁷⁵⁾ Rechtssache 96/80, J. P. Jenkins gegen Kinsgate (Clothing Productions) Ltd., Slg. 1981, 911.

⁽⁷⁶⁾ Rechtssache 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH gegen Karin Weber von Hartz, Slg. 1986, 1607.

⁽⁷⁷⁾ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).



Heinrich | 1969

Wechsel zu Duke Power Company in Frage. Da diese Anforderungen nicht darauf ausgerichtet waren, die Lernfähigkeit zur Ausübung einer Tätigkeit zu messen, wurden sie unter dem Civil Rights Act 1964 des Obersten Gerichtshofs als unrechtmäßig befunden, obwohl die strittige Vorschrift formal rassenneutral war. Der Präsident des Obersten Gerichtshofs, Burger, erklärte in einer Stellungnahme für das Gericht, dass der Gesetzgeber nicht die Absicht gehabt hätte, „für Chancengleichheit nur im Sinne der dem Storch und dem Fuchs in der Fabel servierten Milch zu sorgen“, sondern dass „das Gefäß, in dem die Milch von einer Person serviert wird, von allen Arbeitssuchenden verwendet werden kann. Das Gesetz verbietet nicht nur offene Diskriminierung, sondern auch Praktiken, die auf dem Papier fair, aber in der Praxis diskriminierend sind.“ In diesem Abschnitt bezieht sich der Verweis auf den Storch und den Fuchs auf eine Fabel des Dichters Äsop (der im 6. Jh. v. Chr. gelebt hat) über einen Fuchs, der einen Kranich zum Abendessen einlädt und ihm Suppe in einer flachen Schüssel vorsetzt, wodurch es dem Gast nicht möglich war, zu essen. Als der Kranich den Fuchs auf einen Gegenbesuch einlädt, findet der Fuchs alle Speisen in langhalsigem Geschirr vor. In späteren Versionen der Fabel wurde aus dem Kranich ein Storch – also ein Tier mit einem noch längeren Schnabel. In der Fabel kommt die Bedeutung von mittelbarer Diskriminierung gut zum Ausdruck.

5 Funktionen des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung im EG-Recht

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung hat im EG-Recht zweierlei Funktionen. Zunächst einmal hat der Gerichtshof dieses Konzept mit dem Ziel entwickelt, die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots zu verbessern. Wie das Gericht in einer frühen Grundsatzentscheidung zur mittelbaren Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit erklärte, sei es notwendig, mittelbare (oder verdeckte) Diskriminierung einzubeziehen, um das reibungslose Funktionieren eines der gemeinschaftlichen Grundsätze sicherzustellen, also im spezifischen Zusammenhang dieser Rechtssache die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und das im heutigen Artikel 39 Absatz 2 EG-Vertrag geregelte Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Sotgiu, Rn. 11). In diesem Zusammenhang bringt der Leitsatz „Inhalt über Form“ die Quintessenz des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung zum Ausdruck (Tobler 2005a:114). Was die Wirksamkeit des Nichtdiskriminierungsrechts angeht, ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung in Rechtssystemen wie dem EG-Recht, die sich auf eine abgeschlossene Liste mit verbotenen Diskriminierungsarten stützen, von besonderer Bedeutung. In einem solchen System, in dem eine Liste einschlägiger Diskriminierungsarten begrenzt ist, ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ein wichtiges Instrument für das Vorbringen einer Klage, in der es um einen Unterscheidungsgrund geht, der nicht ausdrücklich im Anwendungsbereich des EG-Rechts untersagt ist (Gerards 2005:13, Tobler 2005a:50). Das Konzept ist in rechtlichen Zusammenhängen mit offenen Nichtdiskriminierungsbestimmungen, wie den internationalen Menschenrechtsübereinkommen, etwas weniger wichtig. Trotzdem – und wie bereits gesagt ⁽⁷⁸⁾ – spielt das Konzept sogar hier eine Rolle, insbesondere dann, wenn ein Rechtssystem für verschiedene Arten der Diskriminierung Prüfungen von unterschiedlicher Genauigkeit vorschreibt.

Zweitens kann das Konzept der mittelbaren Diskriminierung als Instrument angesehen werden, um die zugrunde liegenden Ursachen für Diskriminierung, die oft struktureller Art sind, sichtbar zu machen und in Frage zu stellen (d. h. sie lässt sich beispielsweise auf Vorurteile, Praktiken auf Grundlage der Vorstellung der Unterlegenheit oder Überlegenheit von bestimmten Personengruppen und stereotypisierte Rollen zurückführen; Loenen 1999:199). In der Rechtssache Jenkins (Rn. 13) über Teilzeitarbeiter erkannte das Gericht ausdrücklich die Schwierigkeiten von (manchen) Arbeitnehmerinnen an, in Vollzeitbeschäftigung zu gehen. Dementsprechend deckt das Konzept der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Fällen, in denen sich die schlechtere Behandlung von Teilzeitkräften ungleich auf Frauen auswirkt, die ungleiche Verteilung der Hausarbeit und Betreuungsaufgaben zwischen Männern und Frauen innerhalb von Familien auf. So hilft es, zugrunde liegende Machtstrukturen abzubauen

⁽⁷⁸⁾ Siehe I.2 oben.

(Gijzen 2006:82) sowie Bereiche zu identifizieren, in denen weitere Maßnahmen erforderlich sind, um wahre Gleichheit zu erreichen, z. B. durch eine Umstrukturierung der Gesellschaft (Schiek 2007:327) ⁽⁷⁹⁾.

6 Mittelbare Diskriminierung unter dem Vertrag von Lissabon

Bei der Thematisierung der Stellung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung innerhalb des gemeinschaftlichen Rechtssystems sollte auch das EU-Recht nach dem Vertrag von Lissabon nicht vergessen werden ⁽⁸⁰⁾. Am 13. Dezember 2007 unterzeichneten die Mitgliedstaaten der EU in Lissabon einen Vertrag zur Überarbeitung der aktuellen Verträge der EU und der EG (den „Lissabon-Vertrag“) ⁽⁸¹⁾. Dieser Vertrag kann erst in Kraft treten, wenn alle 27 Mitgliedstaaten der EU ihn ratifiziert haben. Zum Zeitpunkt der Verfassung dieses Berichts war die Ratifizierung noch nicht abgeschlossen ⁽⁸²⁾, obwohl noch nicht genau abzusehen ist, inwieweit das negative Referendum in Irland am 12. Juni 2008 Sand ins Getriebe werfen wird.

Falls der Lissabon-Vertrag von allen Mitgliedstaaten ratifiziert wird, wird er die Struktur der EU grundlegend verändern. Der wohl wichtigste Punkt für den vorliegenden Zweck ist, dass es die Europäische Gemeinschaft nicht mehr geben wird. Sie wird von der Europäischen Union aufgenommen und fortgeführt werden. Deshalb wird es nicht mehr möglich sein, vom „gemeinschaftlichen Nichtdiskriminierungsrecht“ zu sprechen, sondern vom „Nichtdiskriminierungsrecht der EU“. Der heutige „EG-Vertrag“ wird – nach Änderungen – zum „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV). Dieser Vertrag wird weiterhin alle oben genannten Nichtdiskriminierungsvorschriften enthalten, jedoch mit anderer Nummerierung. Außerdem wird der AEUV eine Bestimmung enthalten, die die Union bei der Festlegung und Umsetzung von politischen Maßnahmen und Tätigkeiten dazu verpflichtet, mit dem Ziel vorzugehen, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Rasse oder der Volkszugehörigkeit, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen (Artikel 10 AEUV). Des Weiteren wird die jetzige (für die Mitgliedstaaten) nicht bindende Charta der Grundrechte der Europäischen Union – in einer wieder in Kraft gesetzten Form ⁽⁸³⁾ einschließlich eines Protokolls über ihre Anwendung ⁽⁸⁴⁾ – dieselbe rechtliche Wirkung wie der EU-Vertrag (EUV) und der AEUV haben (Artikel 6 Absatz 1 EUV). Auf diese Art werden die Gleichstellungs- und Nichtdiskriminierungsvorschriften der Charta für alle Mitgliedstaaten bindend, jedoch „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“, d. h. nur innerhalb des begrenzten Anwendungsbereichs des EU-Rechts (Artikel 51 Absatz 1 der Charta). Eine wesentliche Folge wird die Existenz von Nichtdiskriminierungsvorschriften der EU sein, die sich nicht auf eine abgeschlossene Liste von Diskriminierungsgründen stützen, sondern eher offen formuliert sind („Diskriminierungen, insbesondere wegen...“, Artikel 21 Charta), ähnlich wie Artikel 14 EMRK. Außerdem bestimmt der überarbeitete EU-Vertrag, dass die Europäische Union der EMRK beitrifft und stellt die rechtliche Grundlage für einen solchen Beitritt dar (Artikel 6 Absatz 2 EUV) ⁽⁸⁵⁾. Was das Konzept der mittelbaren Diskriminierung angeht, wird es weiterhin im Wortlaut der überarbeiteten Verträge fehlen. Wie auch jetzt wird es sich je nach Rechtsbereich weiterhin auf ausdrückliche abgeleitete rechtliche Vorschriften oder auf das Fallrecht des Gerichtshofs stützen.

⁽⁷⁹⁾ Siehe I.3 oben.

⁽⁸⁰⁾ Allgemeines zur Überarbeitung findet sich z. B. in Craig 2008 und Dougan 2008.

⁽⁸¹⁾ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 306, 2007 (konsolidierte Fassungen der Verträge nach der Überarbeitung: ABl. C 115, 2008).

⁽⁸²⁾ Informationen zum Stand des Ratifizierungsverfahrens finden Sie hier: http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_en.htm.

⁽⁸³⁾ ABl. C 303/1, 2007.

⁽⁸⁴⁾ ABl. C 306/156, 2007.

⁽⁸⁵⁾ Zur Auswirkung des Beitritts zur EMRK auf den gemeinschaftlichen Besitzstand im Bereich Gleichstellung siehe McCrudden/Kountouros 2007:107.

Maike | 1979

Kapitel III

Die Definition mittelbarer Diskriminierung gemäß der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie

Der vorliegende Bericht widmet sich nun der genauen Bedeutung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung gemäß der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie. In diesem Abschnitt werden die Elemente aufgeführt und erläutert, die die Definition der mittelbaren Diskriminierung ausmachen. Besondere Herausforderungen aufgrund der praktischen Anwendung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung werden im nächsten Teil besprochen.

1 Wortlaut und wichtigste Elemente der Definitionen

Als Ausgangspunkt wird an die rechtlichen Definitionen der mittelbaren Diskriminierung gemäß den beiden Richtlinien erinnert. Diese Definitionen wurden weitgehend an die Definition mittelbarer Diskriminierung auf Grundlage des Fallrechts angelehnt, die vom Gerichtshof im Zusammenhang mit dem Gemeinschaftsrecht zur Freizügigkeit entwickelt wurde. In der grundlegenden Rechtssache O'Flynn ⁽⁸⁶⁾ (Randnr. 20), die nationale Gesetzgebung betraf, die in den Bereich der Anwendung der Regelungen des Gemeinschaftsrechts zur Freizügigkeit für Arbeitnehmer fiel, erklärte der Gerichtshof, dass

„eine Vorschrift des nationalen Rechts, sofern sie nicht sachlich gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbar diskriminierend anzusehen [ist], wenn sie sich ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt.“

Die rechtlichen Definitionen mittelbarer Diskriminierung in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie übernehmen die Elemente dieser Definition auf Grundlage des Fallrechts. Gemäß Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Antirassismusrichtlinie

„liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“

Der Wortlaut der entsprechenden Definition in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ist etwas komplexer, was erstens an der Bedeutung mehrerer unterschiedlicher Diskriminierungskriterien und zweitens an einem zusätzlichen Teil über angemessene Vorkehrungen liegt ⁽⁸⁷⁾. Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b besagt, dass

„eine mittelbare Diskriminierung [vorliegt], wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen 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, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, ist im Falle von Personen mit einer bestimmten Behinderung aufgrund des einzelstaatlichen Rechts verpflichtet, geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen.“

⁽⁸⁶⁾ Rechtssache C-237/94, John O'Flynn gegen Adjudication Officer, Slg. 1996, I-2617.

⁽⁸⁷⁾ Zu angemessener Unterkunft siehe unten, V.5.

Die Verwendung der Begriffe „Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ in den Definitionen oben bedeutet, dass sich das rechtliche Konzept der mittelbaren Diskriminierung auf Maßnahmen in der allgemeinsten Bedeutung des Wortes bezieht (Fredman 2002:108, Connolly 2006:134, Makkonen 2007:33). Innerhalb dieses Rahmens ist das Konzept durch zwei grundlegende Elemente gekennzeichnet, von denen sich eines auf die Art der verbotenen Maßnahme (d. h. die wirkungsorientierte Art des Konzepts) und eines auf die Rechtmäßigkeit einer eventuellen Begründung (d. h. die sachliche Rechtfertigung, oder das, was im EG-Recht manchmal als „Rule of reason“ bezeichnet wird) bezieht. Ihre Bedeutung kann folgendermaßen zusammengefasst werden (Tobler 2005a:211; siehe auch Abbildung 5 im Anhang zu diesem Bericht):

- i) Mittelbare Art der Diskriminierung:
 - a) Vorhandensein einer formal neutralen Maßnahme, d. h. einer Maßnahme oder Praxis, die nicht unmittelbar oder mittelbar auf einer verbotenen Diskriminierungsgrundlage beruht;
 - b) eine sich aus der Maßnahme ergebende abweichende Wirkung im Sinne einer ausdrücklich untersagten Grundlage, d. h., die Maßnahme ist nur scheinbar neutral, da sie sich in der Praxis für eine Gruppe nachteilig auswirkt, die von einer besonderen Bestimmung zur Nichtdiskriminierung geschützt ist;
- ii) Abwesenheit einer sachlichen Rechtfertigung:
 - a) Bezugnahme auf ein rechtmäßiges Ziel, das vom untersagten Kriterium unabhängig ist, d. h., die Maßnahme muss ein rechtmäßiges, nicht diskriminierendes Ziel haben;
 - b) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme in diesem Zusammenhang, d. h.
 - aa) die Maßnahme ist im Zusammenhang mit dem rechtmäßigen Ziel angemessen (geeignet);
 - bb) die Maßnahme ist in diesem Zusammenhang erforderlich (notwendig).

2 Ein wirkungsorientiertes Konzept: nachteilige Wirkung

Das charakteristischste Element des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung ist es, dass es sich auf die nachteilige Wirkung einer Maßnahme konzentriert, anstatt auf deren äußeren Anschein. Das Konzept, wie es in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie definiert ist, erfordert, dass eine scheinbar neutrale Maßnahme Personen, die zu einer geschützten Gruppe gehören, im Vergleich zu anderen Personen besonders benachteiligt. In einem konkreten Fall liegt die Beweislast für eine derartige Wirkung beim Antragsteller (Artikel 8 Absatz 1 der Antirassismusrichtlinie, Artikel 10 Absatz 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie).

2.1 Formell neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren

Ausgangspunkt für ein Urteil, bei dem eine mittelbare Diskriminierung festgestellt wird, ist eine Maßnahme – d. h. „eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren“ – deren Grundlage sich von einem untersagten Diskriminierungskriterium unterscheidet. Beispiele ⁽⁸⁸⁾:

- In einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund der Nationalität untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf den Wohnort bezieht, z. B. die Anforderung, dass eine Person ständig in dem jeweiligen Mitgliedstaat wohnhaft ist, um Anspruch auf Arbeitslosengeld zu haben (wie in der Rechtssache Collins) ⁽⁸⁹⁾;

⁽⁸⁸⁾ Im Folgenden werden konkrete Beispiele aus dem Fallrecht des Gerichtshofs genannt, insoweit derartige Beispiele vorliegen. Bis zum aktuellen Datum (Juli 2008) ist dies nur in Bezug auf Diskriminierung aufgrund der Nationalität und aufgrund des Geschlechts der Fall.

⁽⁸⁹⁾ Rechtssache C-138/02, Brian Francis Collins gegen Secretary of State for Work and Pensions, Slg. 2004, I-2703.

- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf die Arbeitszeit bezieht, z. B. die Anforderung, dass die Mitarbeiter eines Unternehmens für eine bestimmte Anzahl von Jahren Vollzeit gearbeitet haben, um für eine Gehaltszuwendung in Frage zu kommen (wie in der grundlegenden Rechtssache Bilka);
- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund der Rasse untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf das Rasieren bezieht; z. B. müssen die Mitarbeiter eines Unternehmens glatt rasiert sein;
- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund der Religion untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf die Bekleidung bezieht, z. B. die Anforderung, dass die Mitarbeiter eines Unternehmens keinerlei Kopfbedeckung tragen dürfen;
- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund von Behinderung untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf das Blutspenden bezieht, z. B. die Anforderung, dass alle Mitarbeiter eines Unternehmens regelmäßig Blut spenden müssen;
- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund des Alters untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf das Dienstalter bezieht, z. B. die Anforderung, dass der Bewerber für eine bestimmte Stelle mindestens 20 Jahre Berufserfahrung in der jeweiligen Branche hat;
- in einem Zusammenhang, in dem die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung untersagt ist, wird eine Anforderung angewandt, die sich auf den Ort bezieht, an dem ein Seminar abgehalten wird, z. B. die Anforderung, dass bestimmte Mitarbeiter eines Unternehmens an einem Seminar teilnehmen, das in einem bestimmten Land abgehalten wird.

In all diesen Fällen unterscheidet sich die gegebene Begründung formal von der im Gesetz genannten Begründung. Je nach den Umständen können Maßnahmen wie die oben aufgeführten zu dem Anschein nach mittelbarer Diskriminierung führen. Dies ist der Fall, wenn sich die Maßnahme tatsächlich oder potenziell nachteilig auf Personen auswirkt, die zu einer geschützten Gruppe gehören (auch als „ungleiche Auswirkung“ bezeichnet). In einem derartigen Fall ist die Maßnahme nur scheinbar neutral.

2.2 Nur scheinbare Neutralität: nachteilige Wirkung oder ungleiche Auswirkung

Ob eine Maßnahme nur scheinbar neutral ist oder nicht, hängt vom Zusammenhang ab – sowohl rechtlich als auch faktisch –, in dem sie angewandt wird. Nur wenn sie sich trotz neutralem Anschein im Vergleich zur Wirkung auf eine andere Gruppe nachteilig auf eine Gruppe auswirkt, kann eine Maßnahme als mittelbare Diskriminierung gelten. Dies kann wieder durch die im vorhergehenden Abschnitt aufgeführten Beispiele dargestellt werden, hier jedoch in umgekehrter Reihenfolge:

- Die Anforderung, dass bestimmte Mitarbeiter an einem Seminar teilnehmen, das in einem bestimmten Land abgehalten wird, ist problematisch, wenn es sich um ein Land handelt, in dem Homosexualität illegal ist. In einem derartigen Zusammenhang benachteiligt die Anforderung die homosexuellen Mitarbeiter, da sie in einem derartigen Land einem Risiko ausgesetzt sind. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund sexueller Ausrichtung handelt;
- die Anforderung, dass der Bewerber für eine bestimmte Stelle mindestens 20 Jahre Berufserfahrung in der jeweiligen Branche hat, benachteiligt (unter anderem) ⁽⁹⁰⁾ junge Menschen, da sie noch nicht die Zeit hatten, in diesem Maße Berufserfahrung zu sammeln. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters handelt;

⁽⁹⁰⁾ Diese Anforderung kann gleichzeitig Frauen benachteiligen, da sie möglicherweise ihre Arbeit unterbrochen haben, um z. B. Kinder zu bekommen oder für ältere Familienmitglieder zu sorgen.

- die Anforderung, dass alle Mitarbeiter regelmäßig Blut spenden müssen, benachteiligt Menschen mit Behinderungen aufgrund von Krankheiten ⁽⁹¹⁾ wie chronischer Hepatitis C oder Aids. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung handelt ⁽⁹²⁾;
- die Anforderung, dass Mitarbeiter keinerlei Kopfbedeckungen tragen, benachteiligt Menschen, die bestimmten Religionen angehören und diese Religionen so interpretieren, dass besondere Bekleidung erforderlich ist, wie etwa (bestimmte) muslimische Frauen und (bestimmte) jüdische Männer ⁽⁹³⁾. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion handelt;
- die Anforderung, dass Mitarbeiter glatt rasiert sein müssen, benachteiligt Sikhs als ethnische Gruppe, da sich männliche Sikhs nicht rasieren. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft handelt ⁽⁹⁴⁾;
- die Anforderung, dass ein Arbeitnehmer über eine bestimmte Anzahl an Jahren Vollzeit gearbeitet haben muss, benachteiligt Frauen dort, wo es aufgrund der herkömmlichen Rollenverteilung in der Familie, derzufolge Arbeit in Familie und Pflege (hauptsächlich oder vollständig) die Aufgabe von Frauen ist, hauptsächlich die Frauen sind, die in Teilzeitarbeit beschäftigt sind. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt;
- die Anforderung, dass eine Person ständig in einem Mitgliedstaat wohnhaft ist, um Anspruch auf Arbeitslosengeld zu haben, benachteiligt Wanderarbeitnehmer, die die Nationalität eines anderen EU-Mitgliedstaates innehaben, da sie wahrscheinlicher als die Staatsangehörigen des betreffenden Landes in einem anderen Land wohnen, wenn Sie Arbeit suchen. Die Anforderung gibt also zu der Annahme Anlass, dass es sich um mittelbare Diskriminierung aufgrund der Nationalität handelt.

In all diesen Fällen stellt sich das dem Anschein nach neutrale Kriterium bei näherer Betrachtung als de facto nicht neutral heraus, sondern so, dass es sich für eine bestimmte Personengruppe nachteilig auswirkt. Um als dem Anschein nach mittelbare Diskriminierung angesehen zu werden, muss die nachteilige Wirkung eine bestimmte Größenordnung erreichen. Die Definitionen in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie machen es erforderlich, dass Personen „in besonderer Weise benachteiligt“ werden. Was dies bedeutet, wird in den Richtlinien nicht näher erläutert, und es kann auch auf Grundlage des Fallrechts aus anderen Bereichen des Gemeinschaftsrechts keine genaue Grenze festgestellt werden. In Seymour-Smith ⁽⁹⁵⁾ (Randnrn. 58 und 60), wo es um dem Anschein nach mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bei der Beschäftigung ging, führte das Gericht die Anforderung an, dass sich eine Maßnahme „auf weibliche Arbeitnehmer ungünstiger auswirkt als auf männliche“ und dass „ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer“ von ihr profitieren würde. Der Gerichtshof nannte zwei unterschiedliche Situationen, in denen dies der Fall sein würde. Die erste ist eine Situation, in der „ein wesentlich geringerer Prozentsatz der weiblichen als der männlichen Arbeitnehmer“ die fragliche Bedingung erfüllen kann. Mit anderen Worten, in diesem Fall muss die Abweichung deutlich sein. Alternativ kann „ein geringerer, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehender und relativ konstanter Abstand zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern, die die Voraussetzung erfüllen“ vorliegen. Der Gerichtshof hat jedoch weder für die eine noch für die andere Situation die erforderliche ungleiche Auswirkung beziffert. Beispiele aus dem Fallrecht scheinen darauf hinzuweisen, dass das Ausmaß der Ungleichheit relativ hoch sein muss. In Seymour-Smith (Randnr. 63) wies der Gerichtshof z. B. darauf hin, dass eine Situation, in der die fragli-

⁽⁹¹⁾ Nach EG-Recht ist Krankheit nicht das selbe wie Behinderung, obwohl eine Krankheit zu einer Behinderung führen kann; siehe Chacón Navas, Randnr. 39 ff.

⁽⁹²⁾ Diese Anforderung benachteiligt auch Zeugen Jehovas, da diese aus religiösen Gründen gegen Bluttransfusionen sind.

⁽⁹³⁾ In diesen Fällen benachteiligt diese Anforderung auch Frauen (im Fall von Kopftuch oder Schleier) bzw. Männer (im Fall von Yarmulke oder Kippa).

⁽⁹⁴⁾ Sikhs gelten sowohl als ethnische als auch religiöse Gruppe. Männliche Sikhs rasieren sich aus religiösen Gründen nicht. Daher kann die Anforderung, glatt rasiert zu sein, auch als Diskriminierung aufgrund der Religion gesehen werden; Pitt 2007:229.

⁽⁹⁵⁾ Rechtssache C-167/97, Regina gegen Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith und Laura Perez, Slg. 1999, I-623.

che Anforderung in einem Jahr von 77,4 % der männlichen und 68,9 % der weiblichen Mitarbeiter erfüllt werde, keine ausreichend nachteilige Wirkung darstelle.

In der Praxis ist die Erfassung des genauen Ausmaßes einer nachteiligen Wirkung nicht notwendig, wenn kein statistischer Nachweis einer derartigen Wirkung erforderlich ist. Gemäß der neuesten Generation des EG-Nichtdiskriminierungsrechts, die die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie umfasst, ist ein derartiger Nachweis nicht notwendig, da es gemäß den Definitionen der mittelbaren Diskriminierung in den Richtlinien ausreicht, dass die fraglichen Maßnahmen „Personen [...] in besonderer Weise benachteiligen können“ (Hervorhebung hinzugefügt). Mit anderen Worten: Es reicht aus, dass die Maßnahmen wahrscheinlich eine derartige Wirkung haben. Die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie lassen den Mitgliedstaaten jedoch einigen Entscheidungsspielraum, da sie besagen, dass diese vorsehen können, dass „mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist“. Die praktischen Probleme, die sich aus der Verwendung von Statistiken ergeben, werden weiter unten in diesem Bericht besprochen ⁽⁹⁶⁾.

2.3 Unerheblichkeit der Diskriminierungsabsicht

Ein besonders wichtiger Aspekt der wirkungsorientierten Art des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung liegt in der Tatsache, dass es unerheblich ist, ob die Person, die über die die Diskriminierung verursachende Maßnahme entschieden hat, eine derartige Wirkung in irgendeiner Weise beabsichtigt hat. Wie Generalanwalt Miguel Pózar Maduro in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Coleman (Randnr. 19) erläutert: „[D]ie Absichten des Arbeitgebers und die Gründe, aus denen er handelt oder nicht handelt, [sind] in Fällen der mittelbaren Diskriminierung unerheblich. Das ist nämlich der wesentliche Punkt beim Verbot der mittelbaren Diskriminierung: Selbst neutrale, harmlose oder in gutem Glauben festgelegte Maßnahmen und Vorgehensweisen ohne jede diskriminierende Absicht werden erfasst, wenn sie sich auf Menschen mit einem besonderen Merkmal stärker auswirken als auf andere Menschen. Es ist diese ‚unterschiedliche Auswirkung‘ solcher Maßnahmen auf bestimmte Menschen, auf die die Regelungen über mittelbare Diskriminierung abzielen.“ Dies bedeutet jedoch nicht, dass es in der Praxis keine Fälle gibt, in denen die mittelbare Diskriminierung absichtlich verursacht wird (Quinn 2007:260, Fitzpatrick 2007:326), es bedeutet aber, dass Absicht von Seiten des Diskriminierenden keine Voraussetzung für die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung ist. Entscheidend ist lediglich die Wirkung der fraglichen Maßnahme (Tobler 2005a:235, Loenen 1999:201).

3 Ein auf der „Rule of reason“ beruhendes Konzept: sachliche Rechtfertigung

Eine augenscheinlich neutrale Maßnahme mit einer ungleichen Auswirkung stellt nur dann eine mittelbare Diskriminierung dar, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt ist. Gemäß den Definitionen der mittelbaren Diskriminierung in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie bedeutet sachliche Rechtfertigung, dass eine Maßnahme, die zu einer augenscheinlichen mittelbaren Diskriminierung führt, ein rechtmäßiges Ziel hat, und dass die zum Erreichen dieses Ziels gewählten Maßnahmen angemessen und notwendig (d. h. verhältnismäßig) sind. In einem konkreten Fall liegt die Beweislast für das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung beim Beklagten (Artikel 8 Absatz 1 der Antirassismusrichtlinie, Artikel 10 Absatz 1 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie).

⁽⁹⁶⁾ Siehe unten, IV.2.2.2.

3.1 Ein rechtmäßiges Ziel

Für die sachliche Rechtfertigung ist zunächst ein rechtmäßiges Ziel erforderlich, wobei es sich um ein naturgemäß offenes Konzept handelt, das nicht auf eine abgeschlossene Liste von Gründen beschränkt ist. Im speziellen Zusammenhang des EG-Rechts ist die sachliche Rechtfertigung seit langem ein überkommenes Element des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung⁽⁹⁷⁾. In der Regel ist eine derartige Rechtfertigung im Fall unmittelbarer Diskriminierung nicht verfügbar, außer in den wenigen Fällen, in denen eine Richtlinie ausdrücklich das Gegenteil besagt (siehe Abbildung 6 im Anhang zu diesem Bericht). Diese Ausnahmen umfassen insbesondere Diskriminierung aufgrund des Alters (Artikel 6 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, wie in der Rechtssache Mangold veranschaulicht, in der es um unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters ging), Teilzeitarbeit (Artikel 4 Absatz 1 der Teilzeitarbeitsrichtlinie) und Zeitarbeit (Artikel 4 Absatz 1 der Zeitarbeitsrichtlinie). Sie umfassen auch Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, jedoch nur in Bezug auf Waren und Dienstleistungen (Artikel 4 Absatz 5 der Waren- und Dienstleistungsrichtlinie). In allen anderen Fällen ist die Möglichkeit, unmittelbare Diskriminierung zu rechtfertigen, auf die speziellen, im Recht aufgeführten Rechtfertigungsgründe beschränkt, und die sachliche Rechtfertigung ist ein Thema, das lediglich im Zusammenhang mit der mittelbaren Diskriminierung zu untersuchen ist.

Was ist also für die Zwecke der sachlichen Rechtfertigung ein rechtmäßiges Ziel? Einige allgemeine Angaben können im Fallrecht des Gerichtshofs zur mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gefunden werden. So beschloss der Gerichtshof, dass im Fall von Handlungen durch Arbeitgeber, die zu augenscheinlicher Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führen, eine Maßnahme, um sachlich gerechtfertigt zu sein, einer echten Notwendigkeit im Zusammenhang mit dem Vorhaben entsprechen muss und dass der Unterschied in der Behandlung auf Faktoren beruhen muss, die nicht mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zusammenhängen [Bilka, Randnr. 30; Nikoloudi⁽⁹⁸⁾, Randnr. 47]. Umgekehrt muss im Fall der Gesetzgebung von Mitgliedstaaten im sozialen Bereich die strittige Maßnahme ein rechtmäßiges Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats widerspiegeln, das nicht mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in Zusammenhang steht (Seymour-Smith, Randnr. 71)⁽⁹⁹⁾. Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass diese Art rechtmäßiges Ziel den Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit ihrem Sozialrecht vorbehalten ist; Arbeitgeber können sich nicht auf Ziele der Sozial- oder Beschäftigungspolitik berufen [Krüger⁽¹⁰⁰⁾, Randnr. 29].

Die Tatsache, dass es sich bei der sachlichen Rechtfertigung um ein offenes Konzept handelt, bedeutet, dass es eine sehr große Bandbreite an potenziell akzeptablen Rechtfertigungsgründen gibt. Gemäß dem Fallrecht des Gerichtshofs zum EG-Recht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter kann dies tatsächlich sogar wirtschaftliche Gesichtspunkte umfassen [Jenkins, Randnr. 12; Enderby⁽¹⁰¹⁾, Randnr. 25; Kachelmann⁽¹⁰²⁾, Randnr. 35]. Es gibt jedoch wichtige Beschränkungen, die im Beschluss des Gerichtshofs in der Rechtssache Nikoloudi (Randnr. 49 ff.) zusammengefasst wurden. Zunächst können rein finanzielle Gesichtspunkte nicht als sachliche Rechtfertigung dienen. Obwohl finanzielle Gesichtspunkte der Sozialpolitik eines Mitgliedstaats zugrunde liegen und die Art oder das Ausmaß der sozialen Sicherungsmaßnahmen beeinflussen können, die er einführen möchte, stellen sie nicht als solches ein von dieser Politik verfolgtes Ziel dar und können daher nicht zur Rechtfertigung von Diskriminierung dienen. Zweitens darf das fragliche Ziel nicht mit Diskriminierung in Zusammenhang stehen. In Nikoloudi, wo es um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ging, erläuterte der Gerichtshof, dass dort, wo einem größeren Prozentsatz an weiblichen Mitarbeitern als männlichen Mitarbeitern die Möglichkeit verweigert wird, einen

⁽⁹⁷⁾ Ursprünglich war sie nicht Teil des Konzepts; siehe Tobler 2005a:184 ff.

⁽⁹⁸⁾ Rechtssache C-196/02, Vasiliki Nikoloudi gegen Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Slg. 2005, I-1789.

⁽⁹⁹⁾ Früheres Fallrecht war strenger und sprach von einem „notwendigen Ziel seiner Sozialpolitik“; Rechtssache 171/88, Ingrid Rinner-Kühn gegen FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, Slg. 1989, 2743, Randnr. 14.

⁽¹⁰⁰⁾ Rechtssache C-281/97, Andrea Krüger gegen Kreiskrankenhaus Ebersberg, Slg. 1999, I-5127.

⁽¹⁰¹⁾ Rechtssache C-127/92, Dr. Pamela Mary Enderby gegen Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, Slg. 1993, I-5535.

⁽¹⁰²⁾ Rechtssache C-322/98, Bärbel Kachelmann gegen Bankhaus Hermann Lampe KG, Slg. 2000, I-7505.

unbefristeten Arbeitsvertrag zu bekommen, das Argument, dass der Faktor Teilzeitarbeit ohne Bezug zum Geschlecht einen wichtigen Grund darstellt, um den strittigen Behandlungsunterschied zu erklären, nicht aufrechterhalten werden kann. Mit anderen Worten ist es nicht möglich, sich lediglich auf die Tatsache zu berufen, die die nachteilige Wirkung verursacht. Die sachliche Rechtfertigung muss sich stattdessen auf einen anderen Faktor oder ein anderes Ziel beziehen. Der Gerichtshof wird außerdem keinen angeblich sachlichen Grund anerkennen, wenn es sich lediglich um eine Verallgemeinerung handelt, die nicht ausreicht, um zu zeigen, dass das Ziel der strittigen Maßnahme tatsächlich nicht mit Diskriminierung im Zusammenhang steht. Wie der Gerichtshof in *Seymour-Smith* (Randnr. 72) erklärte, ist immer „zu prüfen, ob dieses Ziel in Anbetracht aller maßgeblichen Umstände und gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Möglichkeit, das betreffende sozialpolitische Ziel [d. h. ein Ziel, das prinzipiell als rechtmäßig angesehen werden kann] durch andere Mittel zu erreichen, auf den ersten Blick nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun hat“. Es sollte vielleicht hinzugefügt werden, dass in den rechtlichen Definitionen der mittelbaren Diskriminierung in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie die Anforderung, dass eine sachliche Rechtfertigung nicht in Zusammenhang mit Diskriminierung stehen darf, nicht ausdrücklich genannt ist. Es erscheint jedoch logisch, dass der Gerichtshof bei der Erläuterung der Bedeutung dieser Definitionen dies dadurch einbeziehen wird, dass er dies aus diesen Definitionen herausliest (Schiek 2007:444 und 475).

Beispiele für rechtmäßige Ziele sind im Fallrecht des Gerichtshofs zu finden, insbesondere im Zusammenhang mit Rechtssachen, bei denen es um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geht. Es wäre hilfreich, wenn aus diesem Fallrecht eine gut umgrenzte Liste akzeptabler Ziele hervorgehen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall. Der Hauptgrund hierfür ist die Tatsache, dass der Gerichtshof in Vorentscheidungen zum EG-Sozialrecht oft keine konkreten Empfehlungen gibt und es dem jeweiligen nationalen Gericht überlässt, die Rechtmäßigkeit der angeführten Rechtfertigung zu bestimmen ⁽¹⁰³⁾. In Fällen, in denen der Gerichtshof Aussagen zum Thema trifft, werden die Umstände häufig durch die Tatsache verkompliziert, dass der Gerichtshof Themen als Rechtfertigung behandelt, die sich auf die Vergleichbarkeit der vorliegenden Situationen beziehen (Havelková 2008:339). Im Rahmen der Beschäftigung betrifft dies insbesondere arbeitsplatzbezogene Elemente wie Arbeitszeit [höhere Bezahlung für ungünstige Arbeitszeiten; *Jämställdhetsombudsmannen* ⁽¹⁰⁴⁾, Randnr. 61], die Anforderungen an Körperkraft für eine bestimmte Art von Arbeit [höhere Bezahlung für anspruchsvollere Arbeit; *Rummler* ⁽¹⁰⁵⁾, Randnr. 22], für die Arbeitsqualität relevante Berufsausbildung [höhere Bezahlung bei höherer Qualifikation; *Danfoss* ⁽¹⁰⁶⁾, Randnr. 23; *Wiener Gebietskrankenkasse* ⁽¹⁰⁷⁾, Randnr. 19] und Berufserfahrung oder Dienstalter, die die Arbeitsleistung verbessern [höhere Bezahlung bei höherer Berufserfahrung; *Cadman* ⁽¹⁰⁸⁾, Randnr. 35]. Im Zusammenhang mit dem Zugang zu Ausbildung akzeptierte der Gerichtshof das Ziel als rechtmäßig, dass Verzögerungen im Laufe der Ausbildung, die aufgrund der Pflicht zum Militärdienst auftreten, berücksichtigt werden sollten [Vorzugsbehandlung in Bezug auf Zugang zu Studienplätzen für Personen, bei denen derartige Verzögerungen auftraten; *Schnorbus* ⁽¹⁰⁹⁾, Randnr. 43 und 44]. Streng genommen betreffen diese Themen nicht die Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Situationen, sondern vielmehr die Vergleichbarkeit selbst (unterschiedliche Behandlung von Situationen, die nicht vergleichbar sind). Es muss jedoch zugegeben werden, dass es in praktischen Fällen

⁽¹⁰³⁾ Beispielsweise in der grundlegenden Rechtssache *Bilka* (Randnr. 35) und in zahlreichen späteren Rechtssachen.

⁽¹⁰⁴⁾ Rechtssache C-236/98, *Jämställdhetsombudsmannen gegen Örebro läns landsting*, Slg. 2000, I-2189.

⁽¹⁰⁵⁾ Rechtssache 237/85, *Gisela Rummler gegen Dato-Druck GmbH*, Slg. 1986, 2101.

⁽¹⁰⁶⁾ Rechtssache 109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark gegen Dansk Arbejdsgiverforening* (handelnd für *Danfoss*), Slg. 1989, 3199.

⁽¹⁰⁷⁾ Rechtssache C-309/97, *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse gegen Wiener Gebietskrankenkasse*, Slg. 1999, I-2865.

⁽¹⁰⁸⁾ Rechtssache C-17/05, *B. F. Cadman gegen Health & Safety Executive*, Slg. 2006, I-9583. – *Cadman* ist eine Fortschreibung einer Reihe von früheren Rechtssachen zum Dienstalter. Wie der Gerichtshof in *Nikoloudi*, Randnr. 55, erklärt hat, hängt der objektive Charakter eines derartigen Kriteriums von sämtlichen Umständen des Einzelfalls ab. In *Cadman* entschied der Gerichtshof zugunsten einer Objektivitätsannahme, diese Annahme kann jedoch widerlegt werden.

⁽¹⁰⁹⁾ Rechtssache C-79/99, *Julia Schnorbus gegen Land Hessen*, Slg. 2000, I-10997.

nicht immer einfach ist, zwischen den Themen Vergleichbarkeit und sachliche Rechtfertigung im Wortsinn zu unterscheiden.

Aus diesen Gründen ergeben sich aus dem Fallrecht des Gerichtshofs nur wenige klare Fälle für rechtmäßige Ziele. Die folgenden Beispiele aus dem Bereich Gleichstellung der Geschlechter betreffen die Rechtmäßigkeit von Handlungen durch Arbeitgeber, von Gesetzgebung durch Mitgliedstaaten und von Sekundärgesetzgebung, die von der Europäischen Gemeinschaft selbst verabschiedet wurde. Der Gerichtshof akzeptierte folgende Ziele als rechtmäßig:

- das Ziel des Arbeitgebers in einem Unternehmen, das umstrukturiert wird, Arbeitnehmer vor der Entlassung zu schützen und gleichzeitig die betrieblichen und wirtschaftlichen Notwendigkeiten des Unternehmens zu berücksichtigen (Kachermann, Randnr. 31 ff.);
- das Ziel des Arbeitgebers, qualifizierte Arbeitskräfte in einem männlich dominierten Beruf mit Arbeitskräftemangel zu finden (Enderby, Randnr. 26);
- das Ziel des Mitgliedstaats, eine solide Verwaltung der öffentlichen Ausgaben für spezialisierte medizinische Versorgung sicherzustellen und den Zugang der Menschen zu einer derartigen Versorgung zu gewährleisten [Jørgensen ⁽¹¹⁰⁾, Randnr. 40];
- das Ziel des Mitgliedstaats, Beschäftigung und Einstellung zu fördern [Steinicke ⁽¹¹¹⁾, Randnr. 62, mit weiteren Verweisen];
- das Ziel des Mitgliedstaats, die Unabhängigkeit von Mitarbeitervertretungen sicherzustellen, die harmonische Arbeitsbeziehungen innerhalb von Unternehmen fördern sollen [Freers und Speckman ⁽¹¹²⁾, Randnr. 23 ff., mit weiteren Verweisen];
- das Ziel des Mitgliedstaats, die Beschränkungen zu mildern, die kleine Unternehmen belasten [die allgemeiner Meinung nach bei der wirtschaftlichen Entwicklung und der Schaffung von Arbeitsplätzen in der Gemeinschaft eine wesentliche Rolle spielen; Kirsammer-Hack ⁽¹¹³⁾, Randnr. 33];
- das Ziel des Mitgliedstaats, ein Mindestersatzeinkommen zu gewährleisten [Kommission gegen Belgien ⁽¹¹⁴⁾, Randnr. 19 ff.; Molenbroek ⁽¹¹⁵⁾, Randnr. 17 ff.];
- das Ziel des Mitgliedstaats, in einem sozialen Sicherungssystem Gleichwertigkeit zwischen Beiträgen und Auszahlungen zu erreichen [Megner ⁽¹¹⁶⁾, Randnr. 24 ff.; Nolte ⁽¹¹⁷⁾, Randnr. 30 ff.];
- das Ziel des Mitgliedstaats, auf die Nachfrage nach Geringbeschäftigung zu reagieren und unrechtmäßige Beschäftigung zu bekämpfen (Megner, Randnr. 27 ff.; Nolte, Randnr. 31 und 32);
- das Ziel des EG-Gesetzgebers, Bestimmungen zu bestimmten Schulungen für allgemeines medizinisches Personal zu verabschieden, um dieses besser darauf vorzubereiten, seine jeweilige Funktion zu erfüllen [Rinke ⁽¹¹⁸⁾, Randnr. 37 ff. Dieser etwas spezielle Fall betraf die Vereinbarkeit der EG-Sekundärgesetzgebung zur Freizügigkeit von Ärzten mit dem EG-Recht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter. Gemäß dem Freizügigkeitsrecht muss die Teilzeitschulung in der allgemeinen medizinischen Praxis eine bestimmte Anzahl von Zeiträumen mit Vollzeitschulung umfassen].

⁽¹¹⁰⁾ Rechtssache C-226/98, Brigitte Jørgensen gegen Foreningen af Speciallæger og Sygesikringens Forhandlingsudvalg, Slg. 2000, I-2447.

⁽¹¹¹⁾ Rechtssache C-77/02, Erika Steinicke gegen Bundesanstalt für Arbeit, Slg. 2003, I-9027.

⁽¹¹²⁾ Rechtssache C-278/93, Edith Freers und Hannelore Speckmann gegen Deutsche Bundespost, Slg. 1996, I-1165.

⁽¹¹³⁾ Rechtssache C-189/91, Petra Kirsammer-Hack gegen Nurhan Sidal, Slg. 1993, I-6185.

⁽¹¹⁴⁾ Rechtssache C-229/89, Kommission gegen Belgien, Slg. 1991, I-2205.

⁽¹¹⁵⁾ Rechtssache C-226/91, Jan Molenbroek gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, Slg. 1992, I-5943.

⁽¹¹⁶⁾ Rechtssache C-444/93, Ursula Megner und Hildegard Scheffel gegen Innungskrankenkasse Vorderpfalz, jetzt Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz, Slg. 1995, I-4741.

⁽¹¹⁷⁾ Rechtssache C-317/93, Inge Nolte gegen Landesversicherungsanstalt Hannover, Slg. 1995, I-4625.

⁽¹¹⁸⁾ Rechtssache C-25/02, Katharina Rinke gegen Ärztekammer Hamburg, Slg. 2003, I-8349.

Die sachliche Rechtfertigung wird notwendigerweise den Schutz vor mittelbarer Diskriminierung beschränken. Es ist daher nicht überraschend, dass der Gerichtshof dafür kritisiert wird, dass er bestimmte Ziele als rechtmäßig akzeptiert. Enderby (oben erwähnt) ist ein Paradebeispiel. Es ist in der akademischen Literatur angeführt worden, dass es dieses Urteil Arbeitgebern ermöglicht, die strukturell schwächere Position von Frauen auf dem Arbeitsmarkt auszunutzen (z. B. Havelková 2008:343, mit weiteren Verweisen).

3.2 Verhältnismäßigkeit

Gemäß den Definitionen für mittelbare Diskriminierung in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie sind angesichts rechtmäßiger Ziele ergriffene Maßnahmen nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie „angemessen und notwendig“ sind. Wie der Gerichtshof in Mangold (Randnr. 65) erklärte, bedeutet „[d]ie Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit [...], dass bei Ausnahmen von einem Individualrecht die Erfordernisse des Gleichbehandlungsgrundsatzes so weit wie möglich mit denen des angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden müssen“. Der Wortlaut der Richtlinien zeigt, dass der vom EG-Recht verlangte Standard für Verhältnismäßigkeit hoch ist: Es reicht nicht aus, dass eine Maßnahme nur zweckmäßig oder wünschenswert ist. Sie muss vielmehr angemessen sein, d. h., geeignet, um das fragliche Ziel zu erreichen (reine Verallgemeinerungen sind für diesen Zweck wiederum nicht ausreichend; Seymour-Smith, Randnr. 76), und sie muss für dieses Ziel notwendig sein, d. h., eine andere Maßnahme mit weniger oder einer ungleichen Auswirkung wäre nicht hinreichend (Hervey 2002:121 ff.).

Das Fallrecht im Bereich Sozialrecht zeigt wiederum, dass der Gerichtshof es häufig den nationalen Gerichten überlässt, die Verhältnismäßigkeit zu bewerten, insbesondere, wenn es um Handlungen von Arbeitgebern geht (Tobler 2005a:243). In Fällen, in denen der Gerichtshof genaue Empfehlungen gibt und in denen die Rechtssache das Sozialrecht der Mitgliedstaaten betrifft, berücksichtigt der Gerichtshof üblicherweise, dass die EG gemäß Artikel 137 EG-Vertrag im sozialen Bereich lediglich eine ergänzende und unterstützende Kompetenz hat. Von diesem Punkt ausgehend akzeptiert der Gerichtshof, dass die Mitgliedstaaten bei der Gesetzgebung im sozialen Bereich einen breiten Entscheidungsspielraum haben, eine Aussage, die im Zusammenhang mit der sachlichen Rechtfertigung für Diskriminierung aufgrund des Alters in Palacios de la Villa (Randnr. 68) und in Mangold (Randnr. 63) wiederholt wurde. Die Akzeptanz dieses breiten Entscheidungsspielraums wird im Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache Palacios de la Villa widerspiegelt. Der Gerichtshof betont jedoch, dass die Nutzung dieses Entscheidungsspielraums „nicht dazu führen [darf], dass ein tragender Grundsatz des Gemeinschaftsrechts wie der [der Gleichbehandlung] ausgehöhlt wird“ (Seymour-Smith, Randnr. 75). Der aus dem Fallrecht des Gerichtshofs gewonnene allgemeine Eindruck – auch in anderen Bereichen als dem EG-Sozialrecht – ist tatsächlich, dass der Gerichtshof bei der Verhältnismäßigkeit zunehmend strenger geworden ist. Die Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Mangold bietet ein anschauliches Beispiel.

Mangold betraf deutsche Gesetzgebung, die es Arbeitgebern gestattete, ohne Einschränkung unbefristete Arbeitsverträge mit Arbeitnehmern über 52 abzuschließen. Erklärtes Ziel dieser Gesetzgebung war es, die Integration arbeitsloser älterer Arbeitnehmer in den Arbeitsmarkt zu fördern, insoweit diese bedeutende Schwierigkeiten dabei haben, Arbeit zu finden. Bei der Frage, ob das EG-Recht eine derartige Gesetzgebung zulässt, kam der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Regelung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Alters darstellte. Gemäß Artikel 6 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie kann derartige Diskriminierung – auch wenn sie unmittelbar statt mittelbar ist – sachlich gerechtfertigt sein ⁽¹¹⁹⁾. Dies ist der Fall, wenn die fragliche Maßnahme „objektiv und angemessen [...] und [...] durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt [ist] und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind“. In Mangold (Randnr. 65) urteilte der Gerichtshof, dass das

⁽¹¹⁹⁾ Siehe II.3.3.1 weiter oben.

von Deutschland angeführte Ziel rechtmäßig war, aber die zu seiner Erreichung gewählten Maßnahmen nicht verhältnismäßig waren. Dem Gerichtshof zufolge deckte die deutsche Gesetzgebung zu allgemein eine bestimmte Altersgruppe ab und riskierte so, dass Arbeitnehmer von stabiler Beschäftigung, die ein wesentliches Element beim Schutz von Arbeitnehmern darstellt, ausgeschlossen wurden. Ein derartiger allgemeiner Ausschluss war nicht sachlich gerechtfertigt. Einige Kommentatoren haben den Gerichtshof für diesen Ansatz kritisiert (z. B. Hailbronner 2006:813, demzufolge der Gerichtshof in diesem Fall den Mitgliedstaaten faktisch keinen Ermessensspielraum ließ). Aus Sicht der Effektivität des Diskriminierungsverbots ist ein strenger Ansatz bei der Verhältnismäßigkeit jedoch sehr zu begrüßen.

Abousaad | 1956

Kapitel IV

Herausforderungen bei der praktischen Anwendung des Verbots der mittelbaren Diskriminierung gemäß EG-Recht

Bei jeder Anwendung des Rechtskonzepts der mittelbaren Diskriminierung in der Praxis müssen zur Untersuchung des vorliegenden Falls eine dreischrittige Analyse zum Gültigkeitsbereich des Rechts, zu der Art der Maßnahme, die die augenscheinliche mittelbare Diskriminierung ausmacht, und eine sachliche Rechtfertigung gehören. Im Rahmen dieser Analyse müssen die folgenden Fragen gestellt und beantwortet werden (siehe Abbildung 2 im Anhang zu diesem Bericht):

- i) Fällt der Fall in den Anwendungsbereich des Nichtdiskriminierungsrechts, das in dem entsprechenden EG-Mitgliedstaat Anwendung finden soll (d. h. nationales Recht vor dem Hintergrund des EG-Rechts)? (1 weiter unten.)
- ii) Wenn ja, kann das Opfer der mutmaßlichen Diskriminierung beweisen, dass eine augenscheinliche mittelbare Diskriminierung aus einem bestimmten Grund vorliegt? (2 weiter unten.)
- iii) Wenn ja, kann der Täter beweisen, dass es eine sachliche Rechtfertigung gibt, die eine Feststellung der mittelbaren Diskriminierung verhindert? (3 weiter unten.)

Im Folgenden werden eine Reihe praktischer Probleme erörtert, die im Kontext dieser Fragen entstehen können.

1 Finden des anwendbaren Rechts

In praktischen Fällen besteht die erste Herausforderung stets darin, ein anwendbares Nichtdiskriminierungsrecht zu finden ⁽¹²⁰⁾. Sowohl die Antirassismus- als auch die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie enthalten spezifische Bestimmungen zum Gültigkeitsbereich, wobei positive und negative Elemente diesen Gültigkeitsbereich definieren. Wenn sie zur Beurteilung der Anwendbarkeit des Nichtdiskriminierungsrechts angerufen werden, müssen nationale Gerichte diese Elemente berücksichtigen. Nach dem Fallrecht des Gerichtshofes müssen Elemente, die den Gültigkeitsbereich positiv beschreiben, breit ausgelegt werden, und Elemente, die den Gültigkeitsbereich des EG-Rechts begrenzen, eng ausgelegt werden [vgl. z. B. die unterschiedlichen Auslegungen des Begriffs „Entgelt“ in der Rechtssache Allonby ⁽¹²¹⁾, Randnummer 66, und der Rechtssache Del Cerro Alonso ⁽¹²²⁾, Randnummer 39]. Wenn ein Begriff im EG-Recht nicht definiert ist, was sehr oft der Fall ist, und wenn er Fragen aufwirft, muss die verbindliche Auslegung im Fallrecht des Gerichtshofes gesucht und gefunden werden ⁽¹²³⁾.

Der Anwendungsbereich des EG-Nichtdiskriminierungsrechts weist je nach der Art der Diskriminierung erhebliche Unterschiede auf (Waddington/Bell 2001:589, auch Bell/Waddington 2003; siehe Abbildung 3 im Anhang zu diesem Bericht). Wie weiter oben erwähnt ⁽¹²⁴⁾, gibt es nur eine Art der Diskriminierung, die in allen Bereichen des EG-Rechts verboten ist, nämlich die Diskriminierung aus Gründen der Nationalität eines EU-Mitgliedslands (Artikel 12 EG-Vertrag und andere ähnliche Bestimmungen). In allen anderen Fällen weisen die Bestimmungen des EG-Rechts einen begrenzten Anwendungsbereich auf. Innerhalb des EG-Sozialrechts ist die Antirassismus-Politik „der Leitwolf“ genannt worden (Bell 2007a:178). Gemäß Artikel 3 Absatz 1 der Antirassismusrichtlinie deckt diese Richtlinie Bedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit und Berufen, Zugang zu Berufsberatung und Berufsausbildung, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, Mitgliedschaft in und Beteili-

⁽¹²⁰⁾ Ein praktisches Beispiel, das zum Zeitpunkt der Niederschrift dieses Berichts viel diskutiert wird, sind die von der italienischen Regierung im Mai und Juli 2008 eingeführten Maßnahmen, die die Abnahme von Fingerabdrücken zur Identifizierung von Personen vorsehen, die in „Nomadencamps“ in italienischen Städten leben, falls diese Personen nicht anderweitig identifiziert werden können. Diese Maßnahmen zielen deutlich auf Roma-Personen als ethnische Gruppe ab. Die Frage jedoch, ob sie in den wesentlichen Gültigkeitsbereich der Antirassismus-Richtlinie fallen, steht möglicherweise noch zur Debatte.

⁽¹²¹⁾ Rechtssache C-256/01, Debra Allonby gegen Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment, Slg. 2004, I-873.

⁽¹²²⁾ Rechtssache C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso gegen Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Slg. 2007, I-7109.

⁽¹²³⁾ Siehe auch weiter unten in den Schlussfolgerungen.

⁽¹²⁴⁾ Siehe II.1 weiter oben.

gung an einer Organisation von Fachorganisationen, soziale Absicherung, gesellschaftliche Vorteile und Bildung sowie Zugang zu und Lieferung von Waren und Dienstleistungen, die öffentlich erhältlich sind, ab. Artikel 3 Absatz 2 schließt Unterschiede in der Behandlung auf der Grundlage der Staatsangehörigkeit, Vorschriften und Bedingungen für die Einreise von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten oder deren Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet sowie eine Behandlung, die sich aus der Rechtsstellung von Staatsangehörigen dritter Staaten oder staatenlosen Personen ergibt, aus.

Im Vergleich dazu ist der Gültigkeitsbereich der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie sehr viel begrenzter. Gemäß Artikel 1 beabsichtigt diese Richtlinie, eine Diskriminierung aus Gründen von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexueller Ausrichtung ausschließlich in puncto Beschäftigung und Beruf zu verbieten. Dementsprechend entspricht die Liste in Artikel 3 Absatz 1 der in der Antirassismusrichtlinie nur teilweise; sie endet nach den Fachorganisationen. Artikel 3 Absatz 2 enthält die gleichen Ausschlüsse wie die Antirassismusrichtlinie. Darüber hinaus schließt Artikel 3 Absatz 3 aus dem Gültigkeitsbereich der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie unter staatlichen oder damit gleichgestellten Systemen vorgenommene Zahlungen aus, einschließlich der staatlichen Systeme der sozialen Sicherheit oder des sozialen Schutzes. Überdies können nach Artikel 3 Absatz 4 Mitgliedsländer bestimmen, dass die Richtlinie, insofern sie die Diskriminierung aus Gründen der Behinderung oder des Alters betrifft, keine Anwendung auf die Streitkräfte finden soll. Zuletzt ist das EG-Verbot der Diskriminierung von Mann und Frau zwischen der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie positioniert. Es deckt Beschäftigung und Beruf, Sozialversicherungen sowie Waren und Dienstleistungen ab.

Praktisch betrachtet bedeuten diese Unterschiede, dass es von der Art der Diskriminierung abhängen kann, ob ein bestimmter Fall vom EG-Recht abgedeckt wird oder nicht. So werden z. B. Fälle, bei denen es um den Zugang zu einer Dienstleistung geht (wie z. B. Versicherungen oder ein Besuch eines Restaurants), abgedeckt, wenn die mutmaßliche Diskriminierung aus Gründen von Rasse oder Geschlecht erfolgt, nicht jedoch, wenn sie aus Gründen von Behinderung oder Alter erfolgt. Ein weiteres Beispiel wäre es, wenn der Fall Bildung betrifft, wenn nur die Rassen-diskriminierung abgedeckt wird. Darüber hinaus stellt sich ein besonderes Problem, wenn es bei einem Fall um eine Kombination von Gründen geht (mehrfache Diskriminierung) und wenn das EG-Recht nicht alle Probleme abdeckt, mit denen die mutmaßliche Diskriminierung im Zusammenhang steht. In solchen Fällen können nur die Arten der Diskriminierung berücksichtigt werden, die tatsächlich von dem Recht abgedeckt werden⁽¹²⁵⁾. Alles dies zeigt, dass Fälle mit Bezug zu mutmaßlicher Diskriminierung entweder als Ganzes oder in Teilen leicht außerhalb des Gültigkeitsbereichs des EG-Nichtdiskriminierungsrechts fallen können. Wie eklatant die mutmaßliche Diskriminierung dann auch immer sein mag, wenn das nationale Recht keinen breiteren Gültigkeitsbereich als das EG-Recht besitzt, geht es bei solchen Fällen vom rechtlichen Standpunkt aus nicht um Diskriminierung, und daher können die Opfer keine rechtliche Wiedergutmachung finden. Bestenfalls geht es in solchen Fällen um etwas, das „faktische Diskriminierung“ genannt werden kann, d. h. Maßnahmen, die auf der Grundlage anderer, außerrechtlicher Standards diskriminierend erscheinen, obwohl sie rechtlich nicht verboten sind.

Diese Situation würde sich in mancher Hinsicht ändern, wenn die Mitgliedstaaten die von der Kommission im Juli 2008 vorgeschlagene Richtlinie einführen würden, die den Schutz gegen eine Diskriminierung aus Gründen von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung erweitern soll⁽¹²⁶⁾. Dies würde die Gültigkeitsbereiche der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie einander näherbringen. Dabei bliebe jedoch das Verbot der Diskriminierung von Mann und Frau der Bereich mit dem kleinsten Anwendungsbe-reich, was angesichts der Funktion des Geschlechts als wichtige Kategorie in unseren Gesellschaften hochgradig problematisch ist.

⁽¹²⁵⁾ Siehe auch IV.4 weiter unten.

⁽¹²⁶⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426; siehe http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=197196.

2 Nachweis der augenscheinlichen mittelbaren Diskriminierung

2.1 Vergleichbarkeit als Vorbedingung

Wie weiter oben erwähnt ⁽¹²⁷⁾, wird, wenn eine Diskriminierungsklage eine ungleiche Behandlung betrifft, der Anspruch auf Gleichbehandlung nur dann aufrechterhalten, wenn die Situationen der fraglichen Personen vergleichbar sind. Das Fallrecht aus dem Bereich der Gleichberechtigung von Mann und Frau zeigt, dass die Anforderung der Vergleichbarkeit von Situationen in Fällen zur mittelbaren Diskriminierung ein problematisches Hindernis sein kann (Tobler 2005a:265). So verglich z. B. der Gerichtshof in Österreichischer Gewerkschaftsbund ⁽¹²⁸⁾, bei dem es um die Berücksichtigung von Abwesenheitszeiten vom Arbeitsplatz bei der Berechnung von Arbeitslosigkeitszahlungen ging, die Abwesenheit vom Arbeitsplatz aufgrund einer freiwilligen Elternzeit (die meist von Frauen genommen wird) mit der Abwesenheit vom Arbeitsplatz aufgrund von Wehr- oder Zivildienst (der meist von Männern geleistet wird) und befand sie als nicht vergleichbar. Laut Gericht war das entscheidende Element in diesem Zusammenhang die freiwillige Beschaffenheit der Elternzeit, die – laut Gericht – im Eigeninteresse genommen wird, im Gegensatz zu der Bürgerpflicht des Wehrdienstes, die nicht dem Eigeninteresse des Arbeitnehmers unterworfen ist. Hätte das Gericht jedoch die Aktivitäten hinter den beiden Arten der Abwesenheit im Lichte ihrer Nützlichkeit für die Gesellschaft als Ganzes betrachtet, wäre es wahrscheinlich zu einem anderen Schluss gekommen.

Angesichts solcher Fälle ist die Abhängigkeit von der Vergleichbarkeit im Kontext der mittelbaren Diskriminierung (statt nur der unmittelbaren Diskriminierung) als dogmatisch anfechtbar kritisiert worden (Schiek 2007:468 ff.). Es bleibt jedoch die Tatsache, dass nach dem gegenwärtigen Stand des EG-Rechts das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes vorsieht, die Vergleichbarkeit zu berücksichtigen. In dieser Situation und zur Vermeidung der Gefahr der Unterminierung der Wirksamkeit des Verbots der mittelbaren Diskriminierung ist es besonders wichtig, dass nationale Behörden und Gerichte, die zur Entscheidung von Fällen mit mittelbarer Diskriminierung angerufen werden, äußerst sorgfältig mit dem Problem der Vergleichbarkeit umgehen. Erstens sollten sie daran denken, dass der Vergleich stets zwischen den Personengruppen erfolgen sollte, die im Kontext der Art der zur Debatte stehenden Diskriminierung relevant sind. Um zu dem Beispiel der Rechtssache Österreichischer Gewerkschaftsbund zurückzukehren, bei dem es um die Gleichberechtigung von Mann und Frau ging, bedeutet dies, dass der Vergleich nicht zwischen zwei Arten der Abwesenheit auf abstrakter Ebene, sondern stattdessen zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern, die unterschiedliche Arten der Abwesenheit in Anspruch nehmen, d. h. zwischen Frauen, die eine Elternzeit nehmen, und Männern, die den Wehrdienst leisten, erfolgen sollte. Im Kontext dieses Vergleichs sollten die übergreifenden Zwecke der unterschiedlichen Abwesenheitsarten berücksichtigt werden. Mit anderen Worten, die Gerichte sollten nicht den Kontext der ihnen vorliegenden Fälle vergessen. Zweitens sollten nationale Gerichte und Behörden darauf achten, nicht zu leicht eine Nichtvergleichbarkeit anzunehmen. Wie MacKinnon (2001:247) im Kontext des US-Rechts bemerkte, kann der Zustand der Unvergleichbarkeit von Situationen „vom Kongress ebenso wie von Gott, der Biologie und dem Markt geschaffen werden“ – mit anderen Worten, in diesem Kontext sind Begründungen aller Art möglich. Nationale Gerichte und Behörden sollten sich daher auf diejenigen Elemente konzentrieren, die für den ihnen vorliegenden Fall wirklich relevant sind.

⁽¹²⁷⁾ Siehe II.2 weiter oben. Im Fallrecht des Gerichtshofes wird dieses Problem oft im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung behandelt. Vom konzeptuellen Standpunkt aus geht es jedoch der Diskriminierungsanalyse voraus.

⁽¹²⁸⁾ Rechtssache C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten gegen Wirtschaftskammer Österreich, Slg. 2004, I-5907.

2.2 Darlegung einer besonderen Benachteiligung, insbesondere durch statistischen Nachweis

Wenn ein mutmaßliches Opfer mittelbarer Diskriminierung einen Fall vor ein Gericht bringt, muss es darlegen, im Vergleich zu anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt worden zu sein. Wie schwierig dies praktisch betrachtet ist, hängt größtenteils von der erforderlichen Nachweisebene ab. Wie weiter oben erwähnt ⁽¹²⁹⁾, sehen die Definitionen mittelbarer Diskriminierung nach der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie in diesem Zusammenhang einen großzügigen Ansatz vor. Gemäß diesem Ansatz muss die ungleiche Auswirkung nicht wirklich nachgewiesen werden. Stattdessen ist es ausreichend, dass die fragliche Maßnahme bestimmte Personen in besonderer Weise benachteiligen „würde“, d. h., wenn sie wahrscheinlich den erforderlichen ungleichen Effekt hat (so genannter „Wahrscheinlichkeitsansatz“). Je nach den Umständen kann dies ein einfacherer Test sein als ein auf Statistiken basierender Test, da der Europäische Gerichtshof etwas vornehmen kann, das eine Vernunftbewertung genannt worden ist (Doyle 2007:540, Makkonen 2007:34), indem er sich auf allgemeines Wissen (z. B. Kachelmann, im Kontext der Gleichberechtigung von Mann und Frau), auf offensichtliche Tatsachen (z. B. Schnorbus, auch im Kontext der Gleichberechtigung von Mann und Frau) oder auf seine Überzeugung stützt (z. B. O’Flynn, zur Diskriminierung aufgrund der Nationalität). Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein statistischer Nachweis einer besonderen Benachteiligung irrelevant ist. Die Präambeln der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie erklären ausdrücklich, dass in den Vorschriften des nationalen Rechts oder der nationalen Praxis „insbesondere vorgesehen sein [kann], dass mittelbare Diskriminierung mit allen Mitteln, einschließlich statistischer Beweise, festzustellen ist“ (Erwägungsgrund 15 in den Präambeln der Richtlinien).

Die Erlangung eines statistischen Nachweises kann eine Reihe von Herausforderungen aufwerfen. Im Zentrum dieses Problems steht der vorzunehmende Vergleich. Erstens zeigen die Definitionen in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, dass der Vergleich zwischen dem Effekt der umstrittenen Maßnahme auf zwei Gruppen erfolgt, nämlich auf die Gruppe, der das Opfer der mutmaßlichen Diskriminierung angehört, einerseits, und auf eine Vergleichsgruppe andererseits. Dementsprechend muss diese Vergleichsgruppe identifiziert werden. In einigen Fällen kann es jedoch schwierig sein, Vergleichsgruppen zu finden, z. B. im Falle der Altersdiskriminierung (Fredman 2003:56 ff.; Hepple 2003:83; O’Cinneide 2005:26). Wie Ellis (2005:95) zu Recht bemerkt, ist die Definition der Vergleichsgruppe ein Problem, über das die nationalen Gerichte ein wichtiges Ermessenselement besitzen, und das Ausmaß, in dem sie einen sensiblen Ansatz hierzu verfolgen, steht im Zusammenhang mit der Fähigkeit zur Verwendung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung für die Schaffung einer wirksamen Gleichbehandlung.

Zweitens muss der passende Augenblick oder Zeitraum für den Vergleich identifiziert werden. Wie der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Seymour-Smith (Randnummer 42 ff.) zum Verbot der Diskriminierung von Mann und Frau erläuterte, kann dies von der Art der Verletzung des zur Debatte stehenden EG-Rechts abhängen. Der Europäische Gerichtshof erwähnt zwei Beispiele zur Gesetzgebung der Mitgliedstaaten. Erstens sollte der Effekt der konsistenten Anwendung eines nationalen Rechts auf natürliche Personen über einen bestimmten Zeitraum aufgezeigt werden. Es würde logisch erscheinen, den gleichen Ansatz anzuwenden, wenn die mutmaßliche Diskriminierung auf einer Reihe von Handlungen von Privatpersonen, wie z. B. Arbeitgebern oder Dienstleistungsanbietern, statt des Staates basiert. Zweitens ist, wenn die Rechtmäßigkeit der Verabschiedung eines nationalen Gesetzes als solches zur Debatte steht, die Situation zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes relevant. Wiederum würde es logisch erscheinen, dass das Gleiche gilt, wenn eine einzelne Handlung durch eine Privatperson zur Debatte steht.

Drittens muss statistisches Material zu den relevanten Gruppen gefunden werden, was in der Praxis schwierig sein kann. Daher ist darauf hingewiesen worden, dass es im Zusammenhang der Diskriminierung aufgrund von Behinderung unwahrscheinlich ist, dass statistische Daten verfügbar sind (Whittle 2002:309). Das Gleiche gilt für die sexuelle Ausrichtung (Schiek 2007:398, Fitzpatrick 2007:33, Waaldijk/Bonini-Baraldi 2006:35). In solchen Fällen ist

⁽¹²⁹⁾ Siehe II.2.2.1 weiter oben.

Jesse | 1992



die Statistik daher möglicherweise kein hilfreiches oder gar praktikables Mittel, um eine augenscheinliche mittelbare Diskriminierung nachzuweisen.

Viertens muss das statistische Material, auf das sich in einem Diskriminierungsfall gestützt wird, relevant oder signifikant sein. Dies bedeutet, dass es genügend Personen abdecken muss und, in Fällen, in denen es nicht um eine einzelne Handlung geht, nicht rein zufällige oder kurzfristige Phänomene abbilden sollte. Wiederum sind dies Faktoren, die von den nationalen Gerichten bewertet werden müssen (Seymour-Smith, Randnummer 62).

Zuletzt muss, sobald relevantes statistisches Material verfügbar ist, präzise bestimmt werden, welche Zahlen zu berücksichtigen sind, um die erforderliche Disparität des Effekts festzustellen. Im Kontext des Verbots der Diskriminierung von Mann und Frau erläuterte der Europäische Gerichtshof in Seymour-Smith (Randnummer 59) und Voss ⁽¹³⁰⁾ (Randnummer 41), dass „die beste Methode zum Vergleich der Statistiken darin [besteht], die Gruppe der männlichen mit der der weiblichen Arbeitskräfte daraufhin zu vergleichen, wie hoch in jeder Gruppe der Anteil der Personen ist, die die nach der streitigen Vorschrift erforderliche Voraussetzung der zweijährigen Beschäftigung erfüllen, und derjenigen, die diese Voraussetzung nicht erfüllen“. Gemäß diesem relativen Ansatz muss die Situation unter denjenigen, die infrage kommen können (die „Geeigneten“), mit der Situation unter denjenigen, die die Auflagen nicht erfüllen können (die „Nichtgeeigneten“), verglichen werden. Es sollte jedoch beachtet werden, dass der Europäische Gerichtshof selbst diesen Ansatz in Fällen zur Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Praxis recht häufig nicht anwendet. Tatsächlich berücksichtigte der Europäische Gerichtshof genau in der Rechtssache Seymour-Smith (Randnummer 63), in der er den obigen Test formuliert hatte, nur die Gruppe derjenigen, die profitieren konnten (d. h. die „Geeigneten“). Daher kann der Schluss gezogen werden, dass der Test in der Praxis nicht notwendigerweise ein relativer Test sein muss, sondern flexibel und pragmatisch sein kann (Makkonen 2007:36). Überdies kann argumentiert werden, dass nach den Definitionen der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie aufgrund der Bezugnahme auf „in besonderer Weise benachteiligt“, die eine Konzentration nur auf die Nichtgeeigneten nahelegen scheint, ein begrenzter Vergleich in jedem Fall ausreichend ist (Fredman 2002:111, Gijzen 2007:114, Senden 2008:374). Die gleiche Bezugnahme auf „in besonderer Weise benachteiligt“ befindet sich nun auch in der überarbeiteten und umgestalteten Gesetzgebung zur Gleichberechtigung von Mann und Frau (Richtlinie 76/207/EWG in der Fassung der Richtlinie 2002/73/EG und der umgestalteten Richtlinie). Es gibt jedoch noch kein Fallrecht vom Europäischen Gerichtshof, das den Unterschied im Ansatz im Vergleich zu der vorherigen Gesetzgebung zur Gleichberechtigung von Mann und Frau erläutern würde.

Wie Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Nolte bemerkte (Randnummer 53), kann die Anforderung des statistischen Nachweises zu einer wahren Zahlenschlacht führen. Die nationalen Gerichte sollten daher immer dann, wenn dies nach dem nationalen Recht möglich ist, den Wahrscheinlichkeitstest anwenden, der einfacher zu erfüllen ist, ohne jedoch die Möglichkeit des statistischen Nachweises auszuschließen, wenn er den Opfern einer mutmaßlichen Diskriminierung helfen kann, das Vorhandensein einer ungleichen Auswirkung aufzuzeigen. Es wird empfohlen, dass die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten den statistischen Nachweis nicht obligatorisch machen. Gleichzeitig können Statistiken, wenn sie verfügbar sind, ein einfaches Mittel sein, eine ungleiche Auswirkung aufzuzeigen. Dementsprechend verlangt die Wirksamkeit des Verbots der mittelbaren Diskriminierung nach EG-Recht, dass ein statistischer Nachweis berücksichtigungsfähig ist.

3 Nachweis der (objektiven) Rechtfertigung

Auf der Ebene der Rechtfertigung zeigt das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes, dass es weitaus weniger schwierig ist, ein Ziel zu finden, das zum Zwecke der objektiven Rechtfertigung als legitim angesehen wird, als aufzuzeigen, dass die zur Erreichung dieses Zieles ausgewählten Mittel angemessen und notwendig sind. Dennoch

⁽¹³⁰⁾ Rechtssache C-300/06, Ursula Voss gegen Land Berlin, Urteil vom 6. Dezember 2007 (noch ohne Angabe).

sollten nationale Gerichte stets daran denken, dass das Ziel mit der Diskriminierung in keinem Zusammenhang stehen darf, und der Beklagte muss dies sogar aufzeigen, wie bereits erwähnt ⁽¹³¹⁾. Auf ähnliche Weise hat der Europäische Gerichtshof in punkto Verhältnismäßigkeit im Kontext der mittelbaren Diskriminierung nach Artikel 12 EG-Vertrag Folgendes erläutert: „Neben den Rechtfertigungsgründen, die ein Mitgliedstaat geltend machen kann, muss dieser eine Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der von ihm erlassenen beschränkenden Maßnahme vorlegen sowie genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens machen [...]“ [Kommission gegen Österreich ⁽¹³²⁾, Randnummer 63]. Das Gleiche gilt im vorliegenden Kontext. Dementsprechend tun nationale Gerichte gut daran, diese strengen Anforderungen äußerst ernst zu nehmen und davon Abstand zu nehmen, objektive Rechtfertigungen zu leicht zu akzeptieren.

Eine besondere Herausforderung stellt sich dar, wenn sich die objektive Rechtfertigung, auf die sich der mutmaßliche Diskriminierende stützt, auf ein Menschenrecht bezieht, das im Widerspruch zu dem Menschenrecht steht, das der Diskriminierung zugrunde liegt, die Gegenstand der Beschwerde ist, z. B., wenn sich der Diskriminierende auf die Religionsfreiheit als Basis für eine Handlung stützt, bei der es um augenscheinliche mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geht (Vickers 2006:37). Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie enthält gewisse Bestimmungen, die sich auf dieses Problem beziehen. Erstens erklärt Artikel 2 Absatz 5, dass die Richtlinie nicht „die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind“ (Hervorhebung hinzugefügt), berührt. Darüber hinaus geht es in Artikel 4 Absatz 2 um berufliche Anforderungen in Bezug auf Tätigkeiten innerhalb von Kirchen und anderen öffentlichen oder privaten Organisationen, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht. Die Antirassismus-Richtlinie enthält keine vergleichbaren Vorschriften. In diesem Kontext kann vielleicht eine Parallele zu dem Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes im Bereich der Bewegungsfreiheit gezogen werden, laut dem der Schutz fundamentaler Rechte Einschränkungen der Bewegungsfreiheit rechtfertigen kann [Schmidberger ⁽¹³³⁾, Omega ⁽¹³⁴⁾, Viking ⁽¹³⁵⁾]. Im Einklang mit diesem Fallrecht muss das nationale Gericht bei der Untersuchung eines Falls, bei dem verschiedene Menschenrechte konkurrieren, eine besonders sorgfältige Analyse der Verhältnismäßigkeit der einschränkenden Aktion durchführen.

Zuletzt sollte man sich in Erinnerung rufen, dass über die objektive Rechtfertigung als der Definition der mittelbaren Diskriminierung inhärentes Element hinaus die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine Reihe von Rechtfertigungsgründen vorsehen, die allgemein verfügbar sind, d. h. auch in den Fällen mit unmittelbarer Diskriminierung. Zu diesen Rechtfertigungen gehören insbesondere berufliche Anforderungen (Artikel 4 der Richtlinien) und, im Falle der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, der oben genannte Artikel 2 Absatz 5 (siehe auch Abbildung 6 im Anhang zu diesem Bericht). Es bleibt abzuwarten, inwieweit diese Ausnahmeregelungen im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes zur mittelbaren Diskriminierung eine Rolle spielen werden.

⁽¹³¹⁾ Siehe III.3.3.2 weiter oben.

⁽¹³²⁾ Rechtssache C-147/03, Kommission gegen Österreich, Slg. 2005, I-5969.

⁽¹³³⁾ Rechtssache C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge und Republik Österreich, Slg. 2003, I-5659, im Kontext des freien Warenverkehrs.

⁽¹³⁴⁾ Rechtssache C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH gegen Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Slg. 2004, I-9609, im Kontext des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit.

⁽¹³⁵⁾ Rechtssache C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti, Urteil vom 11. Dezember 2007 (noch ohne Angabe), im Kontext der Dienstleistungsfreiheit.

4 Behandlung besonders komplexer Situationen: mehrfache Diskriminierung

Die Tatsache, dass Menschen mehrere Identitäten haben, bedeutet, dass es in Diskriminierungsfällen um mehrere Diskriminierungsgründe gleichzeitig gehen kann. Dies wird sowohl in der Antirassismus- als auch in der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie anerkannt, indem auf die Tatsache verwiesen wird, dass Frauen oft Opfer mehrfacher Diskriminierung sind (Erwägungsgründe 14 und 3 der Präambeln der Antirassismus- bzw. der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie). Ein von der Europäischen Kommission veröffentlichter Bericht kam zu dem Schluss, dass Frauen aus Minderheiten am anfälligsten für mehrfache Diskriminierung zu sein scheinen ⁽¹³⁶⁾. Andere besonders häufige Kombinationen aus Diskriminierungsgründen sind Alter und Geschlecht und/oder Behinderung, aber es gibt weit aus mehr Möglichkeiten (Schiek 2002:311, Fredman 2003:29, Meenan 2007:287, Tobler 2007c:294) ⁽¹³⁷⁾.

Fälle mit mehrfacher Diskriminierung werfen komplexe Probleme auf, nicht zuletzt aufgrund der unterschiedlichen Grundprinzipien, die den unterschiedlichen Diskriminierungsgründen zugrunde liegen (Schiek 2005:443 f.). Auf der praktischen Ebene werfen sie angesichts der Unterschiede der Gültigkeitsbereiche der relevanten Gesetze und der durch sie gestatteten Ausnahmeregelungen oft Herausforderungen auf (Gerards 2007:172 f., Fredman 2005b). Auf der Ebene des Gültigkeitsbereichs ist es möglich, dass ein bestimmter Fall vom EG-Recht (oder vom nationalen Recht, das das EG-Recht umsetzt) nur in Bezug auf einen Diskriminierungsgrund, nicht jedoch in Bezug auf einen anderen abgedeckt wird, z. B., wenn es bei der mutmaßlichen Diskriminierung um den Zugang zu Dienstleistungen geht (z. B. einen Restaurantbesuch) und die Diskriminierung auf einer Kombination aus Diskriminierung aufgrund von Geschlecht und Religion beruht: Die Richtlinie zu Waren und Dienstleistungen (in der es um Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geht) deckt den Zugang zu Dienstleistungen ab, aber die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (in der es unter anderem um Diskriminierung aufgrund der Religion geht) tut dies nicht. Andere konkrete Beispiele für mehrfache Diskriminierung werden durch das Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes bereitgestellt, das meist von vor dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie datiert. Daher konnten, bevor es eine EG-Gesetzgebung zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gab, Fälle mit mehrfacher Diskriminierung, bei denen es um die Kombination aus Altersdiskriminierung und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ging, nur im Rahmen der Gesetzgebung zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts behandelt werden [z. B. Beets-*Proper* ⁽¹³⁸⁾, *Barber* ⁽¹³⁹⁾; Tobler 2007c:285]. Auf ähnliche Weise wurde die Rechtssache *Nikoloudi*, bei der es um die nachteilige Behandlung von Teilzeitarbeitnehmern ging, nur als Fall von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts behandelt, da der Umsetzungszeitraum der Teilzeitarbeitsrichtlinie zum entscheidenden Zeitpunkt noch nicht abgelaufen war. Selbst wenn diese Richtlinie anwendbar gewesen wäre, wäre dies jedoch nicht hilfreich gewesen, da Abschnitt 4 im Anhang zu der Richtlinie einen Vergleich des Teilzeitarbeitnehmers mit einem vergleichbaren Vollzeitarbeitnehmer verlangt. Ein solcher Komparator war in der Sachlage des Falles von Frau *Nikoloudi* nicht vorhanden (Veldman 2005:192), und ebenso wenig in *Wippel* ⁽¹⁴⁰⁾ (Randnummer 57 f.).

⁽¹³⁶⁾ Europäische Kommission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007, S. 5. Auf ähnliche Weise wies die OECD im Jahre 2008 auf Frauen und Minderheiten insbesondere im Kontext der Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt hin; siehe „Labour market discrimination still a big problem in OECD countries“, http://www.oecd.org/document/41/0,3343,en_2649_34487_40939753_1_1_1_1,00.html.

⁽¹³⁷⁾ Im engen Sinne bezieht sich der Begriff „mehrfache Diskriminierung“ nur auf Situationen, in denen die unterschiedlichen Gründe getrennt am Werk sind. Die enge Terminologie unterscheidet mehrfache Diskriminierung von verstärkender Diskriminierung (die stattfindet, wenn eine Person Diskriminierung auf der Basis von zwei oder mehr Gründen gleichzeitig erleidet und ein Grund zu einer Diskriminierung aus einem anderen Grund beiträgt) und von intersektioneller Diskriminierung (die stattfindet, wenn mehrere Gründe gleichzeitig am Werk sind und dergestalt miteinander interagieren, dass sie untrennbar sind).

⁽¹³⁸⁾ Rechtssache 262/84, *Vera Mia Beets-*Proper* gegen F. Van Lanschot Bankiers NV*, Slg. 1986, 773.

⁽¹³⁹⁾ Rechtssache C-262/88, *Douglas Harvey Barber gegen Guardian Royal Exchange Assurance Group*, Slg. 1990, I-1889.

⁽¹⁴⁰⁾ Rechtssache C-313/02, *Nicole Wippel gegen Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, Slg. 2004, I-9483.

Darüber hinaus kann eine besonders geartete Herausforderung im Kontext der Diskriminierung aufgrund der Nationalität entstehen. Wie das Europäische Parlament ⁽¹⁴¹⁾ bemerkt hat, steht eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft oft im Zusammenhang mit einer Diskriminierung aufgrund der Nationalität. Die Antirassismus-Richtlinie ist jedoch nicht auf Unterschiede in der Behandlung anwendbar, die auf der Nationalität basieren. Stattdessen ist möglicherweise das EG-Recht zur Bewegungsfreiheit (Artikel 39 f. EG-Vertrag) relevant. Als Teil des Rechts zum Binnenmarkt finden diese Bestimmungen nur in Situationen Anwendung, bei denen es um ein grenzüberschreitendes Element geht, was nach dem EG-Sozialrecht keine Anforderung ist. (Es ist auch keine Anforderung nach der Richtlinie 2003/109/EG über Drittstaatsangehörige, die den Status eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehaben.)

Auf der Ebene der Rechtfertigung können unterschiedliche Formen der Rechtfertigung in Bezug auf die unterschiedlichen Arten von Diskriminierung angewendet werden, die in einem Fall mit mehrfacher Diskriminierung zur Debatte stehen. So steht z. B. in einem Fall, in dem eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Religion und eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kombiniert sind, die breite Möglichkeit der objektiven Rechtfertigung im Kontext der letzteren, jedoch nicht im Kontext der ersteren zur Verfügung. Es wird vorgeschlagen, dass sich nationale Gerichte in Fällen, bei denen beide Arten der Diskriminierung untrennbar verbunden sind, auf die höhere Ebene des Schutzes vor Diskriminierung konzentrieren sollten.

Das Obige veranschaulicht die Tatsache, dass es schwierig sein kann, die Art mehrfacher Diskriminierung in einem bestimmten Fall anzugehen. Eine mögliche Lösung besteht darin, dass das nationale Recht der Mitgliedstaaten einen breiteren Gültigkeitsbereich und mehr Diskriminierungsgründe vorsieht, als vom EG-Recht verlangt wird. Insgesamt sollten die nationalen Gerichte immer dann, wenn dies im anwendbaren rechtlichen Rahmen möglich ist, die Komplexität von Fällen mit mehrfacher Diskriminierung würdigen. Insbesondere sollten sie die erschwerende Art mehrfacher Diskriminierung bei der Festlegung der Strafen für eine solche Diskriminierung berücksichtigen ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴¹⁾ Bericht des Europäischen Parlaments über die Fortschritte in Bezug auf Chancengleichheit und Nichtdiskriminierung in der EU vom 17. April 2008, A6-0159/2008, Absatz 39.

⁽¹⁴²⁾ So, wie dies nach dem rumänischen Recht vorgesehen ist; Europäische Kommission, *Tackling Multiple Discrimination. Practices, policies and laws*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007, S. 20. Allgemein zu Rechtsbehelfen und Strafen im Nichtdiskriminierungsrecht, siehe Tobler 2005b.



Henk | 1982

Kapitel V

Die Beziehung des Rechtsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung zu anderen Konzepten des sozialen Nichtdiskriminierungsrechts der Europäischen Gemeinschaften

Die in den vorherigen Teilen dieses Berichts erörterte mittelbare Diskriminierung sollte von anderen Rechtsbegriffen unterschieden werden, die im Kontext der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie relevant sind. Hierzu gehören insbesondere unmittelbare Diskriminierung (1. weiter unten), Diskriminierung wegen einer Verbindung (2. weiter unten), positive Diskriminierung (3. weiter unten), positive Verpflichtungen (4. weiter unten) und, in Bezug auf Diskriminierung aufgrund einer Behinderung, angemessene Vorkehrungen (5. weiter unten).

1 Die Beziehung zu unmittelbarer Diskriminierung

Wie bereits angegeben ⁽¹⁴³⁾, sind die unmittelbare und die mittelbare Diskriminierung logische Gegenstücke. Ihre Unterscheidung ist aus praktischen Gründen wichtig: Erstens gibt es in den meisten Fällen weniger Gründe für die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung als einer mittelbaren Diskriminierung, da eine unmittelbare Diskriminierung nur auf der Basis von Rechtfertigungsgründen gerechtfertigt werden kann, die im Gesetz angegeben sind ⁽¹⁴⁴⁾. Zweitens ist eine mittelbare Diskriminierung möglicherweise schwieriger zu beweisen, insbesondere, wenn das Recht einen Nachweis auf statistischer Basis verlangt ⁽¹⁴⁵⁾.

Nach den Definitionen in der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie wird die unmittelbare Diskriminierung als ungünstigere Behandlung einer Person im Vergleich zu einer anderen aufgrund einer verbotenen Art der Diskriminierung beschrieben (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a in den Richtlinien). In diesem Fall ist die Verbindung mit dem Diskriminierungsgrund sowohl in der Form als auch in der Substanz stark. Was die Form anbetrifft, ist die Verbindung einfach, insofern sich ausdrücklich und offensichtlich auf den verbotenen Grund gestützt wird. Beispiel: Farbigen wird der Zugang zu einem Nachtlokal verwehrt, während andere Personen eingelassen werden. In einem solchen Fall besteht die gesamte Gruppe der Benachteiligten aus Farbigen, während die gesamte Gruppe der Bevorteilten aus anderen Personen besteht. Dies ist typisch für unmittelbare Diskriminierung. Was die benachteiligte Gruppe angeht, entsteht eine vergleichbare Situation im Fall einer nachteiligen Behandlung aufgrund einer Schwangerschaft. Von Natur aus können nur Frauen schwanger werden. Diese Tatsache brachte den Europäischen Gerichtshof dazu, zu befinden, dass eine nachteilige Behandlung aufgrund einer Schwangerschaft eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt [Dekker ⁽¹⁴⁶⁾, Randnummer 12]. Dies wird nun ausdrücklich in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der umgestalteten Richtlinie erklärt.

Im Gegensatz dazu geht es bei der mittelbaren Diskriminierung um Fälle, in denen „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen“, die durch die entsprechende Bestimmung geschützt werden, „gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können“ (Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinien). Hier ist die Verbindung mit dem Kriterium für die Diskriminierung sowohl in der Form als auch in der Substanz schwächer. Auf der Ebene der Form wird sich auf ein anscheinend neutrales Kriterium gestützt. Auf der Ebene der Substanz ist es für die mittelbare Diskriminierung charakteristisch, dass die Trennung zwischen den Gruppen, die unterschiedlich betroffen sind (d. h. diejenigen, die durch die fragliche Maßnahme bevorteilt werden, und diejenigen, die durch sie benachteiligt werden), nicht ganz die gleiche ist wie im Fall der unmittelbaren Diskriminierung. In der Regel besteht die Gruppe der Benachteiligten nicht ausschließlich, sondern nur vorherrschend, aus Personen, die durch den fraglichen Diskriminierungsgrund geschützt werden. Dementsprechend sind sie „lediglich“ in der benachteiligten Gruppe unverhältnismäßig repräsentiert. Dies kann mithilfe des klassischen Beispiels von Teilzeitarbeit im Kontext der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts veranschaulicht werden. Wenn Teilzeitarbeitsnehmer weniger günstig behandelt werden als Vollzeitarbeitsnehmer, betrifft dies normalerweise

⁽¹⁴³⁾ Siehe II.4 weiter oben.

⁽¹⁴⁴⁾ Siehe III.3.3.1 weiter oben.

⁽¹⁴⁵⁾ Siehe III.2.2.2 weiter oben.

⁽¹⁴⁶⁾ Rechtssache C-177/88, Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus, Slg. 1990] I-3941.

Frauen unverhältnismäßig. Dies liegt in der Tatsache begründet, dass in vielen Ländern der EU eine traditionelle Rollenverteilung in der Familie gilt, gemäß der es vorherrschend Frauen sind, die Haus- und Fürsorgearbeit leisten, und die es Frauen erschwert, einer Vollzeitarbeit außerhalb des Hauses nachzugehen. Gleichzeitig gibt es nichts, was Männer daran hindert, in Teilzeit zu arbeiten, und einige Männer (obschon wesentlich weniger als Frauen) tun dies auch tatsächlich. Dementsprechend betrifft jede schlechtere Behandlung von Teilzeitarbeitnehmern als von Vollzeitarbeitnehmern nicht nur Frauen, sondern auch diese Männer.

Bis vor Kurzem betonte der Europäische Gerichtshof in seinem Fallrecht den formalen Aspekt. Daher wurde jede Maßnahme, die sich nicht formal auf das verbotene Kriterium stützte, im Kontext des Rahmens der mittelbaren Diskriminierung bewertet, selbst wenn ihr Effekt (praktisch) der gleiche war wie im Fall einer unmittelbaren Diskriminierung. Schnorbus, ein 2000 entschiedener Fall zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, stellt ein Beispiel dar. In diesem Fall ging es um die Zulassung zur praktischen Rechtsausbildung in Deutschland. Da es mehr Bewerbungen als Stellen gab, sah das Recht den Aufschub von Bewerbungen vor, mit bestimmten Ausnahmeregelungen in Härtefällen. Unter anderem gehörten zu letzteren Personen, die den obligatorischen Wehr- oder Zivildienst geleistet hatten. Nach deutschem Recht galt dies ausschließlich für Männer. Infolgedessen konnten nur Männer von dieser besonderen Härtefallklausel profitieren, und Frauen konnten nie von ihr profitieren. Auf die Frage, ob dies einer unmittelbaren oder einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gleichkomme, erklärte der Europäische Gerichtshof, dass „nur solche Vorschriften, die nicht gleichermaßen für Frauen und Männer gelten, als eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts betrachtet werden [können]“ (Schnorbus, Randnummer 33) ⁽¹⁴⁷⁾. Der Europäische Gerichtshof analysierte daher die Härtefallklausel im Lichte des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Dies wurde in der akademischen Literatur kritisiert, in der nahegelegt wurde, dass solche Fälle angesichts ihrer Effekte im Kontext der unmittelbaren Diskriminierung analysiert werden sollten (Tobler 2005a:312 f., mit weiteren Verweisen; außerdem Bell 2007b:218).

Tatsächlich scheint es, dass die Feststellungen des Europäischen Gerichtshofes in den neueren Fällen Nikoloudi (2005 entschieden) und Maruko (2008 entschieden) einen geänderten Ansatz anzeigen. Nikoloudi war ein recht komplexer Fall, in dem es um Vorschriften aus einem Tarifvertrag zur Eingliederung von außerplanmäßig Bediensteten als dauerhaft Bedienstete (in dem Fall „planmäßig Bedienstete“ genannt) ging. Nach diesen Vorschriften hatten nur außerplanmäßig Bedienstete, die mindestens zwei Jahre lang Vollzeit gearbeitet hatten, einen Anspruch auf Eingliederung als planmäßig Bedienstete. In dem Fall ging es um eine außerplanmäßig Bedienstete, die nach einer Teilzeitbeschäftigung als Raumpflegerin etwas weniger als zwei Jahre lang Vollzeit arbeitete und sich aus diesem Grund nicht für die Eingliederung als planmäßig Bedienstete qualifizierte. Das mit der Angelegenheit befasste nationale Gericht fragte den Europäischen Gerichtshof, ob es in einem solchen Fall um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gehe, selbst wenn die fraglichen Vorschriften tatsächlich ausschließlich Raumpflegerinnen ausnahmen. Der Grund hierfür war eine Bestimmung in der Allgemeinen Personalordnung, die rechtskräftig war und die vorsah, dass nur Frauen als Teilzeit-Raumpflegerinnen eingestellt werden konnten. Frau Nikoloudi, die Kommission und Generalanwältin Stix-Hackl argumentierten alle, dass es in einem solchen Fall um mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gehe. Umgekehrt befand der Europäische Gerichtshof Folgendes: „Folglich führt das Kriterium der Vollzeitbeschäftigung als Voraussetzung für die Eingliederung in das planmäßige Personal, auch wenn es hinsichtlich des Geschlechts des Arbeitnehmers anscheinend neutral ist, zum Ausschluss einer Gruppe von Arbeitnehmern, die nach Artikel 3 Absatz V Buchstabe d in Verbindung mit Artikel 24a Absatz 2 der Allgemeinen Personalordnung des OTE nur aus Frauen bestehen kann. Da ein solches Kriterium nicht dazu führt, dass zwei Situationen, die im Übrigen vergleichbar sind, im Hinblick auf die Eingliederung nicht miteinander verglichen werden können, stellt es eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar.“ (Nikoloudi, Randnum-

⁽¹⁴⁷⁾ Der Gerichtshof hatte in Dekker (Randnummer 10) bereits erklärt, dass die Frage, ob unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung vorliegt, „davon ab[hängt], ob es sich bei dem wesentlichen Grund für die Verweigerung der Einstellung um einen Grund handelt, der unterschiedslos für Arbeitnehmer beiderlei Geschlechts oder aber ausschließlich für eines der beiden Geschlechter gilt“.

mer 36). Der Europäische Gerichtshof fügte hinzu, dass, wenn zu den Teilzeitbeschäftigten trotz der Allgemeinen Personalordnung einige Männer gehörten, die Analyse eine der mittelbaren Diskriminierung sein müsse (Nikoloudi, Randnummer 44 ff.). Es ist argumentiert worden, dass der Europäische Gerichtshof durch diese Entscheidung ein subjektives Element in die Analyse der Diskriminierung eingeführt hat (Veldman 2005:192). Für den vorliegenden Zweck ist das ausschlaggebende Problem jedoch, dass sich der Europäische Gerichtshof auf den Effekt der fraglichen Maßnahme und somit auf die Substanz anstatt auf die Form konzentriert hat.

Auf ähnliche Weise entschied der Europäische Gerichtshof in Maruko, dass der Vorbehalt des Anrechts auf eine Witwenrente auf überlebende Ehepartner in einer Situation, in der eine Ehe nur heterosexuellen Paaren offensteht, einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung gleichkommen kann. In dem Fall ging es um Deutschland. In diesem Land können gleichgeschlechtliche Paare nicht heiraten, sondern nur ihre Lebensgemeinschaft eintragen lassen. Herrn Maruko wurde eine Witwenrente auf Basis des Wortlauts des Tarifvertrags, der für seinen verstorbenen männlichen Partner galt, verweigert. Nach der anwendbaren Vorschrift gilt Folgendes: „Anspruch auf Witwergeld hat der Ehemann einer Versicherten oder Ruhegeldempfängerin, wenn die Ehe bis zu ihrem Tod bestanden hat.“ Es ist beachtenswert, dass in der ursprünglichen deutschen Fassung das Wort „Ehemann“ in dieser Vorschrift eine männliche Person („der Ehemann einer Versicherten oder Ruhegeldempfängerin“) bezeichnet. Umgekehrt bezeichnet es in der entsprechenden Vorschrift zu Witwenrenten eine weibliche Person („die Ehefrau eines Versicherten oder Ruhegeldempfängers“). Daher ist es aus ebenjenem Wortlaut der Vorschrift klar, dass die Person mit einem Anrecht auf eine Witwenrente eine Frau sein musste, die mit einem Mann verheiratet war. Dies schloss männliche Partner auf zwei Arten aus: erstens einfach, weil sie keine Frauen waren, und zweitens, weil sie nach deutschem Recht ihre gleichgeschlechtlichen Partner nicht heiraten konnten. In der Rechtssache Maruko argumentierten der Antragsteller, die Europäische Kommission und Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer alle, dass das entscheidende Kriterium die Anforderung der Ehe war und dass es angesichts der Tatsache, dass homosexuelle Paare in Deutschland nicht heiraten können, bei dem Fall um mittelbare Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung ging. Der Europäische Gerichtshof wählte jedoch einen anderen Ansatz. Während er zustimmte, dass nach den fraglichen Bestimmungen überlebende Lebenspartner weniger günstig behandelt werden als überlebende Ehepartner, zog er daraus die Schlussfolgerung, dass, „[f]alls das vorlegende Gericht entscheidet, dass sich überlebende Ehegatten und überlebende Lebenspartner in einer vergleichbaren Situation in Bezug auf die genannte Hinterbliebenenversorgung befinden, [...] eine Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende daher eine unmittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung [...] dar[stellt]“ (Maruko, Randnummer 72, Hervorhebung hinzugefügt).

Im Lichte der Erklärungen des Europäischen Gerichtshofes in Schnorbus, weiter oben erwähnt, betrachtet, ist die Feststellung einer unmittelbaren Diskriminierung in diesen Fällen überraschend. Es scheint, dass der Europäische Gerichtshof seinen Schwerpunkt weg von der Form hin zur Substanz verlagert hat. Es ist eine Bewegung weg von einem Ansatz, nach dem nur Maßnahmen, die ausdrücklich auf dem verbotenen Kriterium basieren oder die von Natur aus untrennbar mit ihm verbunden sind (wie z. B. Schwangerschaft im Fall des Geschlechts, da nur Frauen schwanger sein können; Dekker, Randnummer 12) einer unmittelbaren Diskriminierung gleichkommen. Stattdessen schließt unmittelbare Diskriminierung nun auch Maßnahmen ein, die formal neutral sind, die jedoch aufgrund von gesetzgebenden Bestimmungen des fraglichen Mitgliedslandes oder aufgrund von rechtskräftigen Vorschriften des Arbeitgebers, den gleichen Effekt haben, den auch eine unmittelbare Stützung auf das verbotene Kriterium gehabt hätte. Dies bedeutet, dass unmittelbare Diskriminierung nun Fälle umfasst, in denen eine Stützung auf ein formal neutrales Kriterium tatsächlich nur eine Gruppe betrifft, sei es von Natur aus oder auf Basis einer rechtskräftigen Vorschrift (Waldijk/Tobler 2008). Im Gegensatz dazu bezieht sich mittelbare Diskriminierung auf Fälle, in denen ein augenscheinlich neutrales Kriterium einen Effekt hat, der weniger weitreichend ist, jedoch immer noch ein bestimmtes Niveau erreicht ⁽¹⁴⁸⁾ (siehe auch Abbildung 7 im Anhang zu diesem Bericht).

⁽¹⁴⁸⁾ Siehe III.2.2.2 weiter oben.

2 Die Beziehung zu Diskriminierung wegen einer Verbindung

Diskriminierung wegen einer Verbindung stand in der Rechtssache Coleman zur Debatte, in der das nationale Gericht vom Europäischen Gerichtshof erfahren wollte, ob der Begriff „Diskriminierung aufgrund von Behinderung“ bedeutet, dass sich die Behinderung, die mutmaßlich die Grundlage für die Diskriminierung bildet, um die es in der Beschwerde geht, auf die Arbeitnehmerin selbst beziehen muss (bei Coleman handelt es sich um einen arbeitsrechtlichen Fall, in dem es um eine Arbeitnehmerin ging), mit anderen Worten, ob die Arbeitnehmerin selbst behindert sein muss oder ob es ausreichend ist, dass die Arbeitnehmerin eine Benachteiligung infolge der Behinderung ihres Sohnes erleidet, den sie pflegt, d. h., weil sie mit einer Person mit einer Behinderung verbunden ist ⁽¹⁴⁹⁾. Der Europäische Gerichtshof (Randnummer 51) befand, dass angesichts der Wirksamkeit der Richtlinie Letzteres der Fall sein muss.

Im Vorfeld der Entscheidung wurde argumentiert, dass eine positive Entscheidung zu einem erheblichen Anstieg der Klagen wegen mittelbarer Diskriminierung am Arbeitsplatz führen würde ⁽¹⁵⁰⁾. Dies wirft die Frage nach der Beziehung der Diskriminierung wegen einer Verbindung zu mittelbarer Diskriminierung auf. Es wird vorgebracht, dass sich die beiden Konzepte auf zwei verschiedene Elemente einer Analyse der Diskriminierung beziehen und dass die Diskriminierung wegen einer Verbindung nicht mit mittelbarer Diskriminierung im Sinne des vorliegenden Berichts zusammenhängt. Während es bei mittelbarer Diskriminierung um die Verbindung einer bestimmten Handlung mit einem bestimmten Diskriminierungsgrund geht, geht es bei Diskriminierung wegen einer Verbindung um die Verbindung mit der Person, die sich über Diskriminierung beschwert. Diskriminierungsbestimmungen enthalten in der Regel eine Reihe von Elementen, darunter unter anderem den Grund für die Gleichbehandlung oder Nichtdiskriminierung, die durch die Bestimmung geschützten Personen und die durch die Bestimmung verpflichteten Personen (Tobler 2005a:83). Wenn er in einem äußerst breiten Sinn verwendet wird (was nicht der gegenwärtigen üblichen Verwendung im EG-Recht entspricht), kann der Begriff „mittelbar“ in verschiedenen Kontexten angewendet werden. Daher ist es hinsichtlich der durch ein Diskriminierungsverbot geschützten Personen möglich, dass die Benachteiligung auf mittelbare Weise stattfindet ⁽¹⁵¹⁾. Das ist bei Diskriminierung wegen einer Verbindung der Fall. Es sollte jedoch klar sein, dass es bei der Diskriminierung wegen einer Verbindung einer Person mit einem besonderen Merkmal (z. B. sexuelle Ausrichtung, ethnische Herkunft, Behinderung) um ein Problem geht, das sich in Bezug auf den Diskriminierungsgrund von mittelbarer Diskriminierung unterscheidet. Tatsächlich, wie Generalanwalt Poiares Maduro in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Coleman aufzeigt (Randnummer 20), besteht das Problem für den Europäischen Gerichtshof in diesem Fall darin, „ob unmittelbare Diskriminierung wegen einer Verbindung durch die Richtlinie verboten ist“. Auf ähnliche Weise beschrieb der Europäische Gerichtshof (Randnummer 33) die Frage des nationalen Gerichts als Frage, „ob die Richtlinie 2000/78 und insbesondere die Artikel 1 und 2 Absätze 1 und 2 Buchstabe a dahin auszulegen sind, dass sie eine unmittelbare Diskriminierung wegen einer Behinderung nur gegenüber einem Arbeitnehmer, der selbst behindert ist, verbieten oder ob der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung auch für einen Arbeitnehmer gelten, der

⁽¹⁴⁹⁾ Der einzige schon vom EuGH entschiedene Fall, der ein ähnliches Problem aufwarf, wenngleich nicht auf der Ebene des Diskriminierungsgrundes, sondern auf der Ebene des Gültigkeitsbereiches, ist die Rechtssache 150/85, Jacqueline Drake gegen Chief Adjudication Officer, Slg. 1986, 1995. In diesem Fall befand der Europäische Gerichtshof, dass Sozialhilfe, die einer Person gezahlt wird, die eine behinderte Person pflegt, einen Teil eines gesetzlichen Programms bildet, das einen Schutz gegen Invalidität bietet. Dies wird durch Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 79/7/EWG zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. L 6/24, 1979, abgedeckt. In Coleman hat der Europäische Gerichtshof nicht auf diese Entscheidung verwiesen.

⁽¹⁵⁰⁾ „EU court gives boost to indirect disability rights“, *EUobserver* vom 1. Februar 2008, www.euobserver.com/9/25579.

⁽¹⁵¹⁾ Ein etwas spezielles Beispiel stellt der frühe Kohle- und Stahl-Fall Geitling dar (Rechtssache 2/56, Die in der „Geitling“ Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH zusammengeschlossenen Bergwerksgesellschaften und die „Geitling“ Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. 1957/1958, 3), in dem eine unterschiedliche Behandlung von Verbrauchern zu einer unterschiedlichen Behandlung von Erzeugern führte; Tobler 2005a:96 f.

nicht selbst behindert ist, der aber, wie im Ausgangsverfahren, wegen einer Behinderung seines Kindes benachteiligt wird, für das er selbst im Wesentlichen die Pflegeleistungen erbringt, die dessen Zustand erfordert“. Dies zeigt deutlich, dass der unmittelbare Charakter der mutmaßlichen Diskriminierung ein Merkmal ist, das sich vom Charakter der Diskriminierung wegen einer Verbindung unterscheidet ⁽¹⁵²⁾.

3 Die Beziehung zu positiver Diskriminierung

Sowohl die Antirassismus- als auch die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie enthalten Bestimmungen zu positiver Diskriminierung. Artikel 5 bzw. 7 sehen in der Absicht, eine vollständige Gleichberechtigung in der Praxis sicherzustellen, vor, dass das Prinzip der Gleichbehandlung kein Mitgliedsland daran hindern soll, bestimmte Maßnahmen aufrechtzuerhalten oder zu verabschieden, um Benachteiligungen zu verhindern oder auszugleichen, die mit einem der in der Richtlinie erwähnten Diskriminierungsgründe verbunden sind ⁽¹⁵³⁾. Die Konzepte der positiven Diskriminierung und der mittelbaren Diskriminierung teilen sich einen Schwerpunkt auf Substanz statt Form, wenn auch in unterschiedlichen Kontexten. Im Falle der mittelbaren Diskriminierung liegt das wesentliche Element im Schwerpunkt auf dem Effekt einer Maßnahme statt auf ihrem äußeren Erscheinungsbild. Auf ähnliche Weise beruht positive Diskriminierung auf der Anerkennung, dass eine Gleichbehandlung (d. h. Anwendung der gleichen Vorschrift für alle) zu einem ungleichen Ergebnis führen kann und dass daher eine bevorzugte Behandlung erforderlich ist. Es gibt auch noch andere Verbindungen zwischen den Konzepten. Daher können positive Diskriminierungsmaßnahmen auf Anforderungen basieren, die neutral formuliert sind, tatsächlich jedoch nicht neutral sind. So gereicht z. B. die Anforderung, dass jedes Geschlecht in einer Belegschaft zu mindestens 40 % vertreten ist, dem Geschlecht zum Vorteil, das zum Zeitpunkt der Durchführung der Maßnahme tatsächlich unterrepräsentiert ist, und sie gereicht dem Geschlecht zum Nachteil, das überrepräsentiert ist. Daher könnte gesagt werden, dass eine solche Anforderung eine mittelbare positive Diskriminierung darstellt. Diese Terminologie wird im EG-Recht jedoch nicht verwendet. Auf ähnliche Weise können positive Diskriminierungsmaßnahmen besonderes Gewicht auf Qualifikationen legen, die in der benachteiligten Gruppe eher vorhanden sind [z. B. Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Ausübung von Familienarbeit erworben worden sind; Badeck ⁽¹⁵⁴⁾, Randnummer 32]. Wenn eine solche Maßnahme nicht die rechtlichen Bedingungen für eine positive Diskriminierung erfüllt (zu denen insbesondere die Verhältnismäßigkeit gehört), kommt die Maßnahme, die als positive Diskriminierung zu Gunsten einer Gruppe gedacht war, stattdessen einer mittelbaren Diskriminierung der anderen (oder: einer anderen) Gruppe gleich (Colgan 2005:140). Überdies kann eine Maßnahme, die als positive Diskriminierung gedacht war, so ausgelegt werden, dass sie einer (unmittelbaren oder mittelbaren) Diskriminierung genau der Gruppe gleichkommt, die eigentlich gefördert werden soll. Nikoloudi stellt ein Beispiel dar.

Zuletzt sollte ein wichtiger Unterschied zwischen positiver Diskriminierung und mittelbarer Diskriminierung erwähnt werden: Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten, die mittelbare Diskriminierung zu verbieten und Fälle zu behandeln, in denen eine solche Diskriminierung behauptet wird. Es verpflichtet die Mitgliedstaaten jedoch nicht, eine positive Diskriminierung zu verabschieden. Stattdessen ist dies nach dem gegenwärtigen Gemeinschaftsrecht lediglich eine Möglichkeit (Holtmaat/Tobler 2005:414; Tobler 2007b). Infolgedessen sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, eine positive Diskriminierung zu verabschieden, um die unverhältnismäßige Auswirkung augenscheinlich neutraler Maßnahmen zu vermeiden (De Vos 2007:14).

⁽¹⁵²⁾ Auf ähnliche Weise könnte gesagt werden, dass die Anweisung zur Diskriminierung bedeutet, dass die verpflichtete Person eine andere Person mittelbar diskriminiert. Dies wird nach dem EG-Recht ausdrücklich als Form von Diskriminierung bezeichnet, wenngleich zu Recht ohne das Etikett „mittelbar“, was nur Verwirrung verursachen würde.

⁽¹⁵³⁾ Allgemein zu positiver Diskriminierung nach der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie De Vos 2007. Siehe auch Europäische Kommission, *Putting Equality into Practice: What role for positive action?*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007.

⁽¹⁵⁴⁾ Rechtssache C-158/97, Georg Badeck und andere, Slg. 2000, I-1875.

4 Die Beziehung zu positiven Verpflichtungen

Die Tatsache, dass Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, positive Diskriminierungsmaßnahmen zu verabschieden, führt zu dem Problem positiver Verpflichtungen in einem allgemeineren Sinn (Fredman 2005a). Es ist argumentiert worden, dass positive Pflichten (wie z. B. die Verpflichtung, im Rahmen der Personalordnung eines Unternehmens eine flexible und motivierte Belegschaft zu schaffen) der geeignetste Weg sind, Gleichberechtigung zu fördern und Diskriminierung zu bekämpfen, einschließlich mittelbarer Diskriminierung (Fredman 2003:63). Seit dem Amsterdamer Vertrag haben positive Verpflichtungen zur Förderung der Gleichberechtigung eine gewisse Wichtigkeit im EG-Recht erlangt, insbesondere im Kontext der Gleichberechtigung von Mann und Frau (siehe Erwägungsgrund 2 in der Präambel zu der umgestalteten Richtlinie und Artikel 23 der Charta der Grundrechte). In der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie erwähnen die Präambeln das Ziel, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, zumal Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind“ (Erwägungsgrund 14 bzw. 3). In der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie ist die Pflicht, Personen mit Behinderungen angemessene Vorkehrungen bereitzustellen (Artikel 5), eine spezifische positive Verpflichtung von Arbeitgebern. Anderweitig konzentrieren sich die Richtlinien jedoch auf die Verpflichtung, Diskriminierung zu unterlassen, statt die Mitgliedstaaten zu verpflichten, die Gleichberechtigung aktiv zu fördern. Dennoch sollte nicht vergessen werden, dass die Mitgliedstaaten nicht nur durch das EG-Recht gebunden sind, sondern auch durch die internationalen Menschenrechtskonventionen, deren Vertragsstaaten sie sind. Wie weiter oben erwähnt ⁽¹⁵⁵⁾, verpflichten einige dieser Konventionen die Staaten, aktiv Maßnahmen zu ergreifen, um die Gesellschaft zu verändern (Social Engineering). In genau diesem Kontext hat das Konzept der mittelbaren Diskriminierung eine Rolle zu spielen: Durch Aufdeckung der Ursachen, die mittelbarer Diskriminierung zugrunde liegen, kann es den Staaten helfen, Bereiche zu identifizieren, in denen Social Engineering erforderlich ist.

5 Die Beziehung zu angemessenen Vorkehrungen

Im EG-Recht in seiner gegenwärtigen Form erscheinen angemessene Vorkehrungen ausschließlich im Kontext von Personen mit Behinderungen. Artikel 5 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie sieht vor, dass, um die Einhaltung des Prinzips der Gleichbehandlung in Bezug auf Personen mit Behinderungen zu gewährleisten, „der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreift, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen würden den Arbeitgeber unverhältnismäßig belasten.“ Dies kann als ein spezieller Ausdruck des allgemeinen Prinzips der Gleichberechtigung angesehen werden, gemäß dem Personen in nicht vergleichbaren Situationen unterschiedlich behandelt werden müssen (Gijzen 2007:396). Vor diesem Hintergrund ist es nicht verwunderlich, dass die Verweigerung angemessener Vorkehrungen oft als Form von Diskriminierung und von einigen sogar als mittelbare Diskriminierung angesehen wird (vgl. Schiek 2007:740 f.). Tatsächlich enthält, wie weiter oben erwähnt ⁽¹⁵⁶⁾, die Definition von Diskriminierung nach Artikel 2 der UN-Konvention über die Rechte von Personen mit Behinderungen (Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD) ⁽¹⁵⁷⁾ ausdrücklich die „denial of reasonable accommodation“ (vgl. Quinn 2007:257 f.). Ungeachtet dessen nennt die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie die Verweigerung angemessener Vorkehrungen nicht ausdrücklich eine Form der Diskriminierung. Sie behandelt sie stattdessen als eine spezielle Verpflichtung des Arbeitgebers, der ein spezielles Recht auf Seiten des Arbeitnehmers mit einer Behinderung entspricht. In diesem Kontext und wie bereits bemerkt ⁽¹⁵⁸⁾, scheint es weder notwendig noch ratsam, die Weigerung, angemessene Vor-

⁽¹⁵⁵⁾ Siehe I.3 weiter oben.

⁽¹⁵⁶⁾ Siehe I.1.1.1 weiter oben.

⁽¹⁵⁷⁾ Siehe <http://www.un.org/disabilities/default.asp?navid=12&pid=150>.

⁽¹⁵⁸⁾ Siehe II.3 weiter oben.

kehrungen bereitzustellen, als „mittelbare Diskriminierung“ zu bezeichnen, insbesondere, da es keine mittelbare Verbindung mit dem Diskriminierungskriterium gibt ⁽¹⁵⁹⁾.

In der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie wird die mittelbare Diskriminierung in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b Punkt ii ausdrücklich mit angemessenen Vorkehrungen verbunden. Gemäß dieser Bestimmung kann eine Vermutung mittelbarer Diskriminierung nicht nur durch den Nachweis widerlegt werden, dass es eine objektive Rechtfertigung gibt, sondern auch durch einen Verweis auf die Verpflichtung nach nationalem Recht, die besagt, dass „der Arbeitgeber oder jede Person oder Organisation, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, [...] verpflichtet [ist], geeignete Maßnahmen entsprechend den in Artikel 5 enthaltenen Grundsätzen vorzusehen, um die sich durch diese Vorschrift, dieses Kriterium oder dieses Verfahren ergebenden Nachteile zu beseitigen“. Es gibt noch kein Fallrecht zu der Bedeutung dieser Bestimmung, und es gibt verschiedene Auslegungen in der akademischen Literatur (Tobler 2005a:292 f., mit weiteren Verweisen). Eine mögliche Lesart besagt, dass Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b Punkt ii die Pflicht zur Bereitstellung angemessener Vorkehrungen insofern bekräftigen soll, als der mutmaßliche Diskriminierende die Vermutung einer mittelbaren Diskriminierung widerlegen kann, indem er auf angemessene Vorkehrungen verweist. Die Idee dahinter ist, dass viele durch mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung entstehende Hindernisse durch angemessene Vorkehrungen beseitigt werden können (Quinn 2007:261). So betrachtet besteht die Konsequenz von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b Punkt ii darin, den Opfern der mutmaßlichen mittelbaren Diskriminierung bei der Erlangung angemessener Vorkehrungen zu helfen und gleichzeitig dem Arbeitgeber ein gewisses Maß an Flexibilität zu geben. Aus diesem Grund ist gesagt worden, dass er eine Win-Win-Situation schafft (Whittle 2002:311).

Zuletzt ist argumentiert worden, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierung „mit der Pflicht der Arbeitgeber verbunden [ist], diesen Gruppen [d. h.: den durch eine bestimmte Diskriminierungsbestimmung geschützten Gruppen] entgegenzukommen, indem sie Maßnahmen ergreifen und ihre Vorgehensweisen so gestalten, dass den Angehörigen dieser Gruppe keine Belastung auferlegt wird, die im Vergleich zu der anderen Personen auferlegten Belastung übermäßig ist. Auf diese Weise wirkt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung als einbeziehender Mechanismus (indem es die Arbeitgeber verpflichtet, die Bedürfnisse von Personen mit bestimmten Merkmalen zu berücksichtigen und ihnen entgegenzukommen), während das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung und der Belästigung als ausschließender Mechanismus wirkt (indem bestimmte Gründe aus den Überlegungen von Arbeitgebern ausgeschlossen werden).“ (Anwalt Poiare Maduro in Coleman, Randnummer 19) Dies stimmt jedoch nur in gewissem Umfang, z. B., wenn es in einem Fall mit mittelbarer Diskriminierung um Arbeitszeiten oder Arbeitsbedingungen geht, für die es keine objektive Rechtfertigung gibt und die daher zum Wohle des Arbeitnehmers geändert werden müssen. In anderen Fällen gibt es keinen solchen Effekt. Wenn z. B. Teilzeitarbeitnehmer pro Stunde weniger verdienen als Vollzeitarbeitnehmer, die die gleiche Arbeit verrichten, besteht die Konsequenz einer Feststellung mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts schlichtweg im Recht auf die gleiche Bezahlung. In einem solchen Fall gibt es kein Vorkehrungsproblem. Eine Feststellung mittelbarer Diskriminierung hilft auch nicht dabei, die Ursache anzugehen, die oft dem Phänomen der Teilzeitarbeit von Frauen zugrunde liegt, nämlich eine ungleiche Arbeitsverteilung innerhalb der Familie. In solchen Fällen verpflichtet das Verbot mittelbarer Diskriminierung daher den Arbeitgeber nicht, die Bedürfnisse von Personen mit bestimmten Merkmalen zu berücksichtigen und Vorkehrungen für sie zu treffen.

⁽¹⁵⁹⁾ Es könnte jedoch hinzugefügt werden, dass eine neue Richtlinie, die von der Kommission im Juli 2008 vorgeschlagen wurde (siehe IV.1 weiter oben) und die den Schutz vor Diskriminierung aufgrund von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung erweitern soll, in Artikel 2 Absatz 5 ausdrücklich erklärt, dass eine Verweigerung angemessener Vorkehrungen „shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1“. Artikel 2 Absatz 1 definiert das Prinzip der Gleichbehandlung mit der Bedeutung, „that there shall be no direct or indirect discrimination on any of the grounds referred to in Article 1“.



Dilara | 2006

Kapitel VI

Fallstudien zu nationaler Gesetzgebung und zum nationalen Fallrecht

Im gemeinschaftlichen Rechtssystem müssen Richtlinien in das nationale Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt werden (Artikel 249 EG). Wie der Europäische Gerichtshof in einer frühen Rechtssache zur Gleichberechtigung von Mann und Frau und in Bezug auf Beschäftigung erläuterte, bedeutet dies, dass, während die Mitgliedstaaten Form und Methode der Umsetzung frei wählen können, sie auf der Substanzebene die Verpflichtung haben, „durch geeignete Rechts- und Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass alle Arbeitnehmer der Gemeinschaft in vollem Umfang den Schutz der Richtlinie in Anspruch nehmen können“ [Kommission gegen Dänemark ⁽¹⁶⁰⁾, Randnummer 8]. Der folgende Teil des Berichts behandelt die Umsetzung der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie durch die Mitgliedstaaten im Hinblick auf mittelbare Diskriminierung (1. weiter unten) sowie das nationale Fallrecht zu Fällen mit mittelbarer Diskriminierung (2. weiter unten).

1 Umsetzung der Richtlinien in der nationalen Gesetzgebung

Ein 2007 veröffentlichter vergleichender Bericht zur Umsetzung der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie in den EU-Mitgliedstaaten ⁽¹⁶¹⁾ befand, dass es erhebliche Unterschiede in den Texten der nationalen Gesetzgebung gibt. Ein Land, nämlich Frankreich, hatte zu diesem Zeitpunkt weder eine ausführliche Definition von unmittelbarer Diskriminierung noch eine von mittelbarer Diskriminierung in seine nationale Gesetzgebung aufgenommen. 2008 wurde das französische Gesetz geändert, um solche Definitionen einzuführen. Die Definitionen in den nationalen Gesetzgebungen können unterschiedlich sein (in der Tschechischen Republik gibt es anscheinend sogar verschiedene Definitionen innerhalb des nationalen Rechts), insbesondere in Bezug auf die Anforderungen in Bezug auf die ungleiche Auswirkung, die die mittelbare Diskriminierung charakterisiert, den in diesem Kontext vorzunehmenden Vergleich und die Rechtfertigung.

Zu Veranschaulichungszwecken werden drei Beispiele für rechtliche Definitionen der mittelbaren Diskriminierung nach den nationalen Gesetzen der Mitgliedstaaten angegeben. Diese Beispiele basieren auf den Informationen, die in den Länderberichten bereitgestellt werden, die von unabhängigen Rechtsexperten im Rahmen des europäischen Netzwerks von Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung geschrieben wurden. Besonders bemerkenswert ist der unterschiedliche Wortlaut in Bezug auf die Anforderung von „in besonderer Weise benachteiligt“.

Das erste Beispiel stammt aus dem litauischen Recht. Hier wählte der Gesetzgeber einen Wortlaut, der sich von dem der Richtlinien deutlich zu unterscheiden scheint. Tatsächlich scheint es, als ob jeder Verweis auf „in besonderer Weise benachteiligt“ fehlt. Die englische Übersetzung im Länderbericht zu Artikel 2 Absatz 4 des litauischen Gesetzes zur Gleichbehandlung lautet wie folgt:

„Indirect discrimination shall be taken to occur where an action or inaction, legal norm or value criterion, apparently neutral provision or practice are formally equal, but in implementing or adopting them an actual restriction of the enjoyment of rights or the provision of privileges, priority or advantage for persons of a certain age, sexual orientation, disability, racial or ethnic origin, religion or beliefs can, do or might emerge.“

Das zweite Beispiel ist Artikel 2 Absatz 3 der rumänischen Regierungsverordnung 137/2000. Der nationale Experte bemerkt, dass, obwohl der Begriff „mittelbare Diskriminierung“ nicht verwendet wird, dies dennoch dasjenige Thema ist, was die Bestimmung behandelt. Laut der im Länderbericht angegebenen englischen Übersetzung verbietet Artikel 2 Absatz 3

⁽¹⁶⁰⁾ Rechtssache 143/83 Kommission gegen Dänemark, Slg. 1985, 427.

⁽¹⁶¹⁾ Mark Bell/Isabelle Chopin/Fiona Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared, The European network of legal experts in the non-discrimination field*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007.

„any provisions, criteria or practices apparently neutral which disadvantage certain persons on grounds of one of the protected grounds from para (1), unless these practices, criteria and provisions are objectively justified by a legitimate aim and the methods used to reach that purpose are appropriate and necessary.“

Obwohl diese Definition das Wort „Benachteiligung“ („disadvantage“) verwendet, tut sie dies ohne weitere Kennzeichnung. Was die geschützten Gründe angeht, auf die in dieser Definition verwiesen wird, gehen sie über die begrenzte Liste von Gründen nach der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie hinaus. Artikel 2 Absatz 1 der rumänischen Regierungsverordnung 137/2000 erwähnt „race, nationality, ethnic origin, language, religion, social status, beliefs, sex, sexual orientation, age, disability, chronic disease, HIV positive status, belonging to a disadvantaged group or any other criterion“.

Das dritte Beispiel ist Ziffer 6(2) des finnischen Nichtdiskriminierungsgesetzes, das auf Folgendes verweist:

„an apparently neutral provision, criterion or practice puts a person at a particularly disadvantageous position compared with other persons, unless said provision, criterion or practice has an acceptable aim and the means used are appropriate and necessary for achieving this aim (indirect discrimination)“.

Laut dem finnischen Experten ist diese englische Übersetzung, die vom Arbeitsministerium Finnlands bereitgestellt wird, etwas ungenau. Eine genauere Übersetzung würde lauten: „an apparently neutral provision, criterion or practice puts a person in a particularly disadvantageous position vis-à-vis comparators“, oder sogar noch wörtlicher: „against those who are the subjects of comparison“. Obwohl sich dies von der englischen Sprachversion der Definition von mittelbarer Diskriminierung nach der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie zu unterscheiden scheint, bemerkt der Experte, dass es tatsächlich mit der finnischen Sprachversion dieser Richtlinien übereinstimmt.

Nun zu einem anderen Problem. Nationale Vorschriften zu Beweisen sind in der Praxis von besonderer Wichtigkeit. Wie weiter oben erklärt ⁽¹⁶²⁾, schreibt das EG-Recht keinen statistischen Nachweis vor, jedoch muss ein solcher Nachweis berücksichtigungsfähig sein, wenn er für den Kläger hilfreich ist. Zwei Beispiele für eine gute Regelung auf nationaler Ebene sollen in diesem Kontext erwähnt werden. Erstens erklären die italienischen Verordnungen, die die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie in nationales Recht umsetzen, ausdrücklich, dass statistische Beweise berücksichtigungsfähig sind. Nach diesem Recht kann sich ein Kläger, um das Vorhandensein eines diskriminierenden Verhaltens aufzuzeigen, auf Tatsachenelemente stützen, „also on the basis of statistical data“ (Artikel 4 Absatz 3 des decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 und Artikel 4 Absatz 4 des decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216). Ein zweites Beispiel stellt die belgische Bundesgesetzgebung dar. Artikel 19 § 3 des Nichtdiskriminierungsgesetzes erklärt, dass sich der Kläger auf Fakten stützen kann, „including in particular statistical facts and practice tests“. Bei letzterem Begriff („practice tests“, d. h. Praxistests) geht es um etwas, das oft als „Situations-test“ bezeichnet wird, d. h. die Einrichtung von Testsituationen zum Nachweis des Vorhandenseins einer Diskriminierung. Bei einer Testsituation würde es in der Regel um zwei Personen in ähnlichen Situationen mit Ausnahme des diskriminierenden Kriteriums gehen, die sich für die gleiche z. B. Dienstleistung oder Beschäftigung bewerben (Makkonen 2007:30).

2006 kamen Waaldijk/Bonini-Baraldi (2006:101) zu dem Schluss, dass unter den Mitgliedstaaten vor der Erweiterung 2004 und basierend auf dem Text der relevanten Gesetzgebung Frankreich, die Niederlande, Belgien und das Vereinigte Königreich die Bestimmungen der Richtlinien nicht vollständig umsetzten, während dies unter den Erweiterungsstaaten bei der Tschechischen Republik, Estland, Ungarn, Lettland, Polen und Rumänien der Fall war. Es sollte jedoch beachtet werden, dass der bloße Wortlaut der nationalen Gesetzgebung nicht immer entscheidend ist. Gemäß dem Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes ist es bei der Umsetzung einer Richtlinie in nationales

⁽¹⁶²⁾ Siehe III.2.2.2 weiter oben.

Recht nicht zwingend erforderlich, dass die Bestimmungen der Richtlinie in genau den gleichen Worten in einer bestimmten ausdrücklichen rechtlichen Bestimmung des nationalen Rechts gesetzlich verfügt werden, solange die vollständige Wirkung der Richtlinie gewährleistet ist [Kommission gegen Spanien ⁽¹⁶³⁾, Randnummer 26]. Dennoch müssen, wenn eine Richtlinie Rechte für natürliche Personen zu schaffen sucht – wie dies bei der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie der Fall ist –, die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass „die sich aus diesen Grundsätzen ergebende Rechtslage hinreichend bestimmt und klar ist und die Begünstigten in die Lage versetzt werden, von allen ihren Rechten Kenntnis zu erlangen und sie gegebenenfalls vor den nationalen Gerichten geltend zu machen“ [Kommission gegen Frankreich ⁽¹⁶⁴⁾, Randnummer 55]. Genau vor dem Hintergrund dieser Anforderungen müssen die Mitgliedstaaten, einschließlich ihrer nationalen Gerichte und sonstigen Behörden, die das nationale Recht anwenden, sorgfältig untersuchen, ob das nationale Recht diesem Standard gerecht wird.

2 Nationales Fallrecht

Im folgenden Abschnitt wird eine Reihe von nationalen Fällen erörtert, in denen es um das Problem mittelbarer Diskriminierung geht. Wiederum wurden diese Fälle auf der Basis von Berichten identifiziert, die von unabhängigen rechtlichen Länderexperten im Rahmen des europäischen Netzwerks von Rechtsexperten auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung erstellt wurden. Die für den vorliegenden Zweck ausgewählten Fälle dienen dazu, einige der im vorliegenden Bericht erwähnten Probleme hervorzuheben.

2.1 Der Gültigkeitsbereich des nationalen Rechts: der Fall des niederländischen Restaurants

Wie weiter oben erwähnt ⁽¹⁶⁵⁾, finden die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie innerhalb des Rahmens eines klar abgegrenzten Anwendungsbereichs Anwendung, der im Falle der Antirassismus-Richtlinie weniger begrenzt und im Falle der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie wesentlich stärker begrenzt ist. So wird z. B. der Zugang zu Dienstleistungen von der Antirassismus-Richtlinie abgedeckt, von der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie jedoch nicht. Mit anderen Worten, das EG-Recht verlangt nicht, dass das nationale Recht der Mitgliedstaaten eine Diskriminierung aufgrund von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung in Bezug auf Dienstleistungen verbietet. Angesichts des Minimalcharakters der Richtlinie hindert dies die Mitgliedstaaten jedoch nicht daran, einen Schutz auf einem breiteren Gebiet als dem durch die Richtlinien definierten bereitzustellen. Die Gesetzgebung der Niederlande stellt ein diesbezügliches Beispiel dar. Das niederländische Gleichbehandlungsgesetz verbietet unter anderem unmittelbare und mittelbare Diskriminierung in Bezug auf den Zugang zu Dienstleistungen, wenn die mutmaßlich diskriminierenden Handlungen im Verlauf der Ausführung von geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten begangen werden. Ein von dem niederländischen quasirichterlichen Gleichberechtigungsgremium, der Gleichbehandlungskommission, entschiedener Fall kann die praktische Wichtigkeit der Verbreiterung des Gültigkeitsbereichs des nationalen Rechts im Vergleich zum EG-Recht veranschaulichen.

Im „Fall des niederländischen Restaurants“ ⁽¹⁶⁶⁾ ging es um den Zugang zu einem Restaurant, das sich einer bestimmten Kleiderordnung bediente, um mondäne, ältere und elegant gekleidete Gäste anzuziehen. Die Kleiderordnungsrichtlinien enthielten die folgende Passage: „Korrekte Kleidung ist obligatorisch. Sportschuhe und Kopfbedeckungen, die in Kombination mit der sonstigen Kleidung nicht der Kleiderordnung des Restaurants entsprechen, sind

⁽¹⁶³⁾ Rechtssache C-58/02, Kommission gegen Spanien, Slg. 2004, I-621.

⁽¹⁶⁴⁾ Rechtssache C-296/01, Kommission gegen Frankreich, Slg. 2003, I-13909.

⁽¹⁶⁵⁾ Siehe IV.1 weiter oben.

⁽¹⁶⁶⁾ Commissie Gelijke Behandeling, Rechtssache 2004-112, Stellungnahme vom 8. September 2004.

verboten. Die endgültige Bemessung dieser Regelung bleibt die Entscheidung des Hausherrn.“ Auf der Basis dieser Richtlinie bat das Restaurant vier junge Frauen, die basierend auf ihrer Auslegung ihres muslimischen Glaubens ein Kopftuch trugen, das Kopftuch abzulegen. Als sie sich nicht gewillt zeigten, dem Folge zu leisten, wurde ihnen der Eintritt in das Restaurant verwehrt. Der Fall wurde vor die niederländische Gleichbehandlungskommission gebracht, die befand, dass die Kleiderordnung einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund von Religion gleichkam, da sie muslimische Frauen unverhältnismäßig betraf. Die Kommission zog den Schluss, dass, obwohl das Ziel der Kleiderordnung des Restaurants legitim war, die Methoden zur Erreichung dieses Ziels weder angemessen noch notwendig waren. Laut der Kommission war die Kleiderordnung nicht angemessen, da sie auch Personen ausschloss, die gepflegt gekleidet waren, wie z. B. die Antragstellerinnen. Darüber hinaus war die Kleiderordnung nicht notwendig, da alternative und weniger weitreichende Methoden hätten verwendet werden können, z. B. eine genaue Beschreibung der Art der Kleidung, die das Restaurant als unangemessen ansah, wie z. B. Baseballkappen und Sportkleidung.

Wäre dieser Fall nur auf der Grundlage des EG-Rechts alleine entschieden worden, wäre eine solche Feststellung aufgrund der Tatsache nicht möglich gewesen, dass – wie weiter oben erwähnt – die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie den Zugang zu Dienstleistungen in ihrem Gültigkeitsbereich nicht einschließt. Das niederländische Gleichbehandlungsgesetz ist daher ein positives Beispiel für eine Gesetzgebung, die auf der Ebene des Gültigkeitsbereichs mehr Schutz vor Diskriminierung bietet, als vom EG-Recht verlangt wird.

2.2 Abgedeckte Diskriminierungsgründe: der Fall der französischen Gesundheitsdiskriminierung

Ähnliche Überlegungen finden im zweiten Beispiel eines nationalen Falles mit mittelbarer Diskriminierung Anwendung, obschon hier nicht in Bezug auf den Gültigkeitsbereich des nationalen Rechts, sondern stattdessen in Bezug auf die in diesem Recht erwähnten Diskriminierungsgründe. Das EG-Nichtdiskriminierungsrecht nach dem Stand der Dinge basiert auf einer geschlossenen Liste von Diskriminierungsgründen. Im Einzelnen deckt die Antirassismus-Richtlinie ausschließlich Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft ab, und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie deckt nur Diskriminierung aufgrund von Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung ab. Darüber hinaus machte die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache Chacón Navas deutlich, dass nach dem EG-Recht Behinderung von Krankheit zu unterscheiden ist. Es ist daher klar, dass es sich nach EG-Recht bei der verbotenen Diskriminierung nicht einfach um Diskriminierung aufgrund von Gesundheit handelt. Umgekehrt verbietet das französische Arbeitsgesetzbuch eine Diskriminierung aufgrund von Gesundheit.

Im Fall der französischen Gesundheitsdiskriminierung ⁽¹⁶⁷⁾ ging es um die Berechnung einer Gehaltsanpassung auf Basis der tatsächlichen Arbeitszeit des Arbeitnehmers in einer Situation, in der die Beschäftigung zwischen 44 Stunden („Hocharbeitszeiten“) und 21 Stunden („Niedrigarbeitszeiten“) pro Woche schwankte und im Jahresdurchschnitt 35 Stunden betrug. Der anwendbare Tarifvertrag sah vor, dass gesundheitsbezogene Abwesenheiten zum Zweck der Berechnung der Jahresarbeitszeit als Arbeitszeit behandelt werden sollten, ohne jedoch anzugeben, auf welchem Niveau (hohes Niveau, niedriges Niveau oder Durchschnitt) die Berechnung stattfinden sollte. In diesem Fall war der Arbeitnehmer über einen Zeitraum von zwei Jahren während „Hocharbeitszeiten“ gesundheitsbedingt abwesend gewesen. Bei der Berechnung der Gehaltsanpassung legte der Arbeitgeber den Tarifvertrag dergestalt aus, dass er eine Einbeziehung der Abwesenheitszeiten auf Basis der durchschnittlichen Arbeitszeit von 35 Stunden verlangte. Das Cour de Cassation befand, dass diese Berechnungsmethode augenscheinlich neutral war, aber aufgrund der Gesundheit des Arbeitnehmers eine Maßnahme mit einer nachteiligen mittelbaren Auswirkung darstellte.

⁽¹⁶⁷⁾ Cour de Cassation, Rechtssache 05-43962, Berthus et al. gegen Sté Sporfabric, Urteil vom 9. Januar 2007.

Wiederum gilt, wäre dieser Fall nur auf der Grundlage des EG-Rechts entschieden worden, wäre eine solche Feststellung aufgrund der Tatsache nicht möglich gewesen, dass die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine Diskriminierung aufgrund von Gesundheit nicht verbietet. Wie in dem im vorherigen Abschnitt erörterten niederländischen Fall ist das französische Arbeitsgesetzbuch daher ein positives Beispiel für eine Gesetzgebung, die mehr Schutz vor Diskriminierung bietet, als vom EG-Recht verlangt wird.

2.3 Verbindung mit Diskriminierung aufgrund der Nationalität: der Fall der Sprachanforderungen in Zypern

Wie weiter oben erwähnt ⁽¹⁶⁸⁾, fällt die Diskriminierung aufgrund der Nationalität weder unter die Antirassismus- noch unter die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie, obwohl es sachliche Verbindungen zu der von diesen Richtlinien abgedeckten Diskriminierung geben kann. Der Fall der Sprachanforderungen in Zypern ⁽¹⁶⁹⁾ stellt ein erläuterndes Beispiel dar. Bei dem Fall ging es um eine Regelung der Quasi-Regierungsbehörde Zyperns für den Tourismus, laut der der Geschäftsführer jedes Touristenbüros in Zypern Griechisch sprechend sein muss. Das zypriotische Gleichberechtigungsgremium erhielt eine Beschwerde eines Touristenbüros, dem eine Betriebslizenz verweigert wurde, da es keinen Griechisch sprechenden Geschäftsführer beschäftigte. Das Gleichberechtigungsgremium befand, dass die fragliche Anforderung eine Diskriminierung aufgrund der Sprache darstellt, während sie gleichzeitig einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft gleichkommt. In seinen Überlegungen verwies das Gleichberechtigungsgremium nicht nur auf das zypriotische Gesetz über Gleichbehandlung und Beruf, sondern auch auf die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ⁽¹⁷⁰⁾, die eine Diskriminierung aufgrund von Nationalität verbietet und die Teil des EG-Rechts über die Bewegungsfreiheit von Personen ist. Auf diese Weise erkannte das Gleichberechtigungsgremium die Verbindung zwischen Rasse/ethnischer Herkunft und Nationalität an. Wie ebenfalls weiter oben erwähnt wurde, kann das EG-Recht über die Bewegungsfreiheit jedoch nur relevant sein, wenn es in einem bestimmten Fall um ein grenzübergreifendes Element geht, was im Kontext des EG-Sozialrechts gerade nicht verlangt wird. Es ist nicht bekannt, ob diese Anforderung erfüllt wurde, d. h., ob der nicht Griechisch sprechende Geschäftsführer tatsächlich ein nicht zypriotischer Staatsangehöriger eines anderen EU-Mitgliedstaates war.

2.4 Diskriminierung „aufgrund von“: der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich

Einige Fälle werfen die Frage auf, was Diskriminierung „aufgrund von“ genau bedeutet. Genauer gesagt lautet die Frage, auf wen sich der Diskriminierungsgrund beziehen muss. Ein solcher Fall ist Coleman zur Diskriminierung wegen einer Verbindung ⁽¹⁷¹⁾. In einem anderen Kontext stellt der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich ⁽¹⁷²⁾ ein besonders interessantes Beispiel für die Probleme dar, die im gegenwärtigen Kontext entstehen. Er wird daher etwas ausführlicher behandelt als die anderen nationalen Fälle. In dem Fall ging es um Herrn Redfearn, einen weißen Fahrer, der bei dem Busunternehmen Serco beschäftigt war und der nach seiner Wahl als Gemeinderat für eine rechtsextreme politische Partei mit einer rassistischen Ideologie (der BNP) entlassen wurde. Der Arbeitgeber argumentierte, dass die politischen Ansichten des Arbeitnehmers den Passagieren des Bus-

⁽¹⁶⁸⁾ Siehe IV.1 weiter oben.

⁽¹⁶⁹⁾ Gleichberechtigungsgremium, Beschwerde gegen die Zypern-Tourismusorganisation bezüglich der Anforderung von Griechischkenntnissen für Touristenbüromanager, Verw. A.K.I. 12/06, Bericht vom 1. August 2006.

⁽¹⁷⁰⁾ Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19. Oktober 1968.

⁽¹⁷¹⁾ Siehe V.2 weiter oben.

⁽¹⁷²⁾ Berufungsgericht, Serco Ltd. gegen Arthur Redfearn, Slg. 2006, EWCA Civ 659, Urteil vom 25. Mai 2006.

unternehmens, von denen die Mehrheit (70-80 %) asiatischer ethnischer Herkunft war, Leiden zufügen könnten und unter seinen Arbeitnehmern, von denen 35 % ebenfalls asiatischer Herkunft waren, Spannungen verursachen könnten. (Sowohl der Busfahrer als auch die Passagiere waren behindert, aber dieses Element scheint in Bezug auf die durch den Fall aufgeworfenen Diskriminierungsprobleme keine Rolle gespielt zu haben.) Angesichts der Tatsache, dass es nach dem Recht des Vereinigten Königreichs kein Verbot der Diskriminierung aufgrund von politischen Ansichten gibt, und überdies angesichts der Tatsache, dass das nationale Recht über eine unberechtigte Entlassung in diesem speziellen Fall keine Anwendung fand, erhob Herr Redfearn Klage wegen rassendiskriminierender Entlassung. Ursprünglich behauptete er, dass eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse gegen ihn angesichts der Rasse und ethnischen Herkunft der Passagiere des Busunternehmens vorlag. Später argumentierte er außerdem, dass eine mittelbare Diskriminierung angesichts der weißen ethnischen Herkunft der Mitglieder seiner Partei vorlag, und noch später argumentierte er, dass dies tatsächlich unmittelbare Diskriminierung war. Für den vorliegenden Zweck sollte beachtet werden, dass nur das Argument bezüglich der Rasse der Parteimitglieder unmittelbar mit dem Arbeitgeber selbst verbunden war. Bei dem anderen Argument ging es um die Rasse anderer Personen (hier der Buspassagiere). Mit anderen Worten, Herr Redfearn argumentierte, dass „aufgrund der Rasse“ nicht nur seine eigene Rasse einschloss, sondern auch die Rasse anderer, die ihn irgendwie betrafen.

Was die Klage wegen unmittelbarer Diskriminierung hinsichtlich der ethnischen Herkunft der Buspassagiere anbetraf, erinnerte das Berufungsgericht daran, dass nach dem Recht des Vereinigten Königreichs eine Diskriminierung „aus Rassengründen“ nicht auf eine ungünstigere Behandlung aufgrund der Farbe oder Rasse des Klägers oder der Klägerin selbst beschränkt ist. Stattdessen „it is accepted that A can be liable for discriminating against B on the ground of C’s colour or race“⁽¹⁷³⁾. Das Gericht glaubte jedoch, dass dies nicht so weit gehen könne, es als „an act of direct race discrimination for an employer [zu betrachten], who was trying to improve race relations in the workplace, to dismiss an employee, whom he discovered had committed an act of race discrimination, such as racist abuse, against a fellow employee or against a customer of the employer. To accept otherwise would mean that any less favourable treatment brought about because of concern about the racist views or conduct of a person in a multi-ethnic workplace would constitute race discrimination.“ Auch der Europäische Gerichtshof akzeptierte nicht das Argument bezüglich einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft der Parteimitglieder. Dieser Aspekt des Falles ebenso wie das Argument mittelbarer Diskriminierung werden im folgenden Abschnitt erörtert.

2.5 Unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung? Der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich und der Fall der polnischen Polizei

Hinsichtlich einer Diskriminierung auf der Basis der Rasse der Parteimitglieder warf der Fall der rechtsextremen politischen Partei im Vereinigten Königreich Fragen zur Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung auf. Wie im vorherigen Abschnitt erwähnt wurde, behauptete Herr Redfearn zuerst, dass eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rasse vorlag. Später argumentierte er, dass der Fall angesichts der Tatsache, dass seine Partei nur weiße Mitglieder akzeptiere, was bedeute, dass wegen ihrer Mitgliedschaft in dieser bestimmten Partei entlassene Personen zwangsläufig und ausschließlich weiß seien, einer unmittelbaren Diskriminierung gleichkomme. Das Berufungsgericht untersuchte beide Argumente. In Bezug auf eine unmittelbare Diskriminierung befand es, dass Herr Redfearn ungünstiger behandelt wurde, nicht aufgrund der Tatsache, dass er weiß war, sondern aufgrund eines bestimmten nicht rassenbezogenen Merkmals, das er mit einem kleinen Anteil der weißen Bevölkerung teilte, nämlich der Mitgliedschaft in einer bestimmten politischen Partei und der Kandidatur für eine Wahl für diese Partei. Laut Gericht hätte der Arbeitgeber den gleichen Ansatz auf ein Mitglied einer ähnlichen politischen Partei angewendet, die ihre Mitgliedschaft auf schwarze Personen beschränkt hätte. Das Gericht befand,

⁽¹⁷³⁾ Dieses und die folgenden Zitate stammen von Lord Justice Mummery, der für das Berufungsgericht schreibt; siehe den Text des Urteils, das unter folgender Adresse verfügbar ist: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/659.html>.

dass die Trennlinie von Farbe oder Rasse nicht von dem Arbeitgeber festgelegt wurde, sondern stattdessen von der Partei, die ihre eigene Zusammensetzung nach Farbe oder Rasse definierte. Mit anderen Worten, das Gericht betrachtete in diesem Kontext die in einem konkreten Fall angewendete Gesamtrichtlinie des Arbeitgebers, statt die Entlassung als eine einzelne gegen eine bestimmte Partei gerichtete Handlung aufzufassen. Das Gericht erläuterte: „Mr Redfearn cannot credibly make a claim of direct race discrimination by Serco against him on the ground that he is white by relying on the decision of his own chosen political party to limit its membership to white people. The BNP cannot make a non-racial criterion (party membership) a racial one by the terms of its constitution limiting membership to white people. Properly analysed Mr Redfearn’s complaint is of discrimination on political grounds, which falls outside the anti-discrimination laws.“

Bezüglich der Klage wegen mittelbarer Diskriminierung akzeptierte das Gericht der ersten Instanz, dass eine augenscheinliche mittelbare Diskriminierung vorlag, entschied dann jedoch, dass es eine objektive Rechtfertigung auf der Basis des Ziels, die Gesundheit und Sicherheit der Buspassagiere sicherzustellen, gab. Umgekehrt befand das Berufungsgericht, dass die für eine Klage wegen augenscheinlicher mittelbarer Diskriminierung notwendigen Details nicht festgestellt worden waren (z. B. eine Richtlinie, ein Kriterium oder eine Praxis, auf die bzw. das sich gestützt wurde, die relevante Gruppe, auf die sich gestützt wurde, eine relevante Ungleichheit in der Wirkung). Laut Berufungsgericht war es nicht richtig, „Mitgliedschaft in der BNP“ als das relevante Kriterium anzusehen, da dieses Kriterium nicht auf eine Person angewendet werden könne, die nicht die gleiche Farbe besaß wie Herr Redfearn, aufgrund der Tatsache, dass nur Personen mit der gleichen Farbe wie er (weiß) berechtigt waren, Mitglieder der BNP zu sein. Mit anderen Worten, laut Gericht war dieses Kriterium nicht augenscheinlich neutral. Laut Gericht wäre eine allgemeinere und sinnvollere Bestimmung eine gewesen, die auf eine „membership of a political organisation, which existed to promote views hostile to members of a different colour than those that belonged to the organisation“ Anwendung gefunden hätte. Eine solche Bestimmung würde jedoch Personen der gleichen Rasse wie Herrn Redfearn im Vergleich mit anderen Personen nicht in besonderer Weise benachteiligen, da alle solchen politischen Aktivisten auf die gleiche Weise benachteiligt wären, gleich, welche Farbe sie besäßen. In der Schlussanalyse befand das Berufungsgericht daher, dass kein Problem selbst augenscheinlicher mittelbarer Diskriminierung vorlag.

Ein zweites Beispiel zu der Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung kann veranschaulichen, dass die Grenzlinie in der Argumentation bisweilen rasiermesserscharf ist. Im Fall der polnischen Polizei ⁽¹⁷⁴⁾ ging es um einen Anlagenbediener mit einem offiziell anerkannten mittleren Behinderungsgrad, der in der Zentrale der Kreispolizei arbeitete und der an einem Anwerbungsverfahren für die Stelle als Bürovorsteher in der gleichen Zentrale teilnahm. Ihm wurde mitgeteilt, dass seine Bewerbung es nicht in die zweite Phase des Anwerbungsverfahrens geschafft habe, da eine behinderte Person nicht in Erwägung gezogen werden könne. Der Bewerber zog vor Gericht und verlangte Schadensersatz wegen einer Diskriminierung aufgrund von Behinderung. Im Verlauf des Verfahrens änderte der Arbeitgeber jedoch seine Begründung. Nun argumentierte er, dass gemäß dem Behindertengesetz eine Person mit einem mittleren Behinderungsgrad nicht in der Lage sei, Vollzeit zu arbeiten, und nicht gebeten werden könne, Nachtarbeit und Überstunden zu leisten. Dementsprechend war eine solche Person kein „verfügbarer Arbeitnehmer“ im Sinne des Behindertengesetzes. Das Gericht stimmte mit dem Arbeitgeber überein, dass der Bewerber zum wesentlichen Zeitpunkt kein verfügbarer Arbeitnehmer war, da er zu diesem Zeitpunkt keinen Beweis dafür vorgelegt hatte, dass er in der Lage war, Vollzeit zu arbeiten. (Später bestätigte ein Arzt, dass der Bewerber Vollzeit arbeiten könne, aber diese Bescheinigung konnte nicht mehr an die Stellenbewerbung angefügt werden.) Dementsprechend sah sich das Gericht nicht in der Lage, einen Nachweis entweder für eine unmittelbare oder für eine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu finden. Das Urteil wurde in der zweiten Instanz aufgehoben, in der das Gericht eine mittelbare Diskriminierung feststellte ⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ Bezirksgericht Głogów, Zbigniew Maciejewski gegen Komenda Powiatowa Policji Głogów, Urteil vom 8. Februar 2006.

⁽¹⁷⁵⁾ Regionalgericht Legnica, Zbigniew Maciejewski gegen Komenda Powiatowa Policji Głogów, Urteil vom 20. Juni 2006.

Der nationale Experte bemerkt, dass es in diesem Fall bei der Begründung, auf die sich der Arbeitgeber zuerst stützte („Bewerbungen von Behinderten werden nicht berücksichtigt“), um eine mutmaßliche unmittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung ging. Die zweite Begründung („Verfügbarkeit für Vollzeitarbeit, Nacharbeit und Überstunden“) bewirkte jedoch, dass sich der Fall hin zu einer mutmaßlichen mittelbaren Diskriminierung aufgrund von Behinderung verlagerte. In einem allgemeinen Kontext wirft dies Fragen bezüglich der Leichtigkeit auf, mit der ein mutmaßlicher Diskriminierender eine Feststellung unmittelbarer Diskriminierung vermeiden und damit den Schutz vor Diskriminierung in konkreten Fällen begrenzen kann. Es sollte klar sein, dass solche Verlagerungen auf der Grundlage der bloßen Begründung des mutmaßlichen Diskriminierenden nicht gestattet werden sollten. Gleichzeitig ist es möglich, dass in dem spezifischen zur Debatte stehenden Fall die zweite Begründung lediglich erläuterte, was mit der ersten Begründung tatsächlich gemeint war, nämlich, dass Bewerbungen von Behinderten nicht berücksichtigt würden, da sie nicht als verfügbare Arbeitnehmer angesehen würden. Ironischerweise wurde in diesem Fall die rechtliche Bestimmung, die als zusätzlicher Schutz für Behinderte dienen soll (nämlich die Bestimmung, die die Arbeitszeit von Personen mit einem mittleren Behinderungsgrad begrenzt), gegen den Bewerber verwendet. Der nationale Experte bemerkt, dass dies vom Gericht anscheinend nicht berücksichtigt wurde. Stattdessen stützte sich das Gericht einfach auf das Konzept des „verfügbaren Arbeitnehmers“, anscheinend, ohne das Problem angemessener Vorkehrungen zu betrachten (siehe Erwägungsgrund 17 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie). Wenn dies der Fall ist, wäre dies eine Schwachstelle in dem Urteil.

Beide Fälle veranschaulichen die Tatsache, dass Argumente von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung von nationalen Gerichten nicht mechanisch untersucht werden dürfen, sondern stets im Kontext von Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots betrachtet werden müssen.

2.6 Verwendung statistischer Beweise: die tschechische Rechtssache Ostrava

Die tschechische Rechtssache D. H. und andere gegen die Tschechische Republik (Ostrava), weiter oben bereits im Kontext des internationalen Menschenrechts erwähnt ⁽¹⁷⁶⁾, veranschaulicht nicht nur, wie die Verwendung von Statistiken beim Nachweis des Vorliegens einer augenscheinlichen mittelbaren Diskriminierung relevant sein kann, sondern auch, dass die Haltung des Gerichts gegenüber einem solchen Nachweis wichtig ist. In diesem Fall beschwerten sich 18 Roma-Schulkinder aus der tschechischen Stadt Ostrava über die Tatsache, dass der Prozentsatz der Roma-Kinder, die in Sonderschulen für Kinder mit Lernschwierigkeiten platziert wurden, in der Tschechischen Republik viel höher als der anderer Kinder war. Kinder wurden auf der Basis der Ergebnisse eines Tests intellektueller Fähigkeiten, der von einem psychopädagogischen Bewertungs- und Beratungszentrum durchgeführt wurde, in Sonderschulen platziert. Die Kläger im Fall Ostrava argumentierten, dass die Behörden das Schulsystem missbrauchten, um unverhältnismäßig viele Roma-Kinder in Sonderschulen zu platzieren, wo sie eine weniger bedeutende Ausbildung erhalten würden. Tatsächlich war das Niveau solcher Sonderschulen wesentlich niedriger als das regulärer Schulen.

Der Fall warf eine Reihe rechtlicher Probleme auf, von denen der Nachweis einer augenscheinlichen mittelbaren Diskriminierung auf der Basis von Statistiken für unseren gegenwärtigen Zweck von besonderem Interesse ist. Der Fall wird durch die ausgedehnte Verwendung statistischer Daten charakterisiert, die die Zahlen von Roma- und Nicht-Roma-Kindern in Sonderschulen und regulären Schulen in Ostrava im Besonderen und in der Tschechischen Republik im Allgemeinen vergleichen. Die Statistiken, auf die sich gestützt wurde, waren vom European Roma Rights Centre, Interights und der Migration Policy Group auf der Basis langwieriger und ausführlicher Forschungen

⁽¹⁷⁶⁾ Siehe I.2 weiter oben.

erhoben worden, die von diesen Organisationen durchgeführt wurden ⁽¹⁷⁷⁾. Die Daten zeigten, dass in Ostrava Roma-Kinder mit 27 Mal (!) größerer Wahrscheinlichkeit in Sonderschulen platziert wurden als andere Kinder. Dies führte zu dem Argument eines getrennten Schulsystems, in dem es um mittelbare Diskriminierung aufgrund der Rassenherkunft ging. Die Klage war jedoch vor den tschechischen Gerichten nicht erfolgreich. Insbesondere entschied das Verfassungsgericht, dass es keine Kompetenz zur Berücksichtigung statistischer Beweise besitze. Wie ebenfalls weiter oben erwähnt wurde, war die Klage auch vor einer Kammer des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg im Jahre 2006 nicht erfolgreich, aber sie war vor der Großen Kammer des gleichen Gerichtshofes im Jahre 2007 erfolgreich. Was die Kammer anbetraf, so entschied sie, dass, „if a policy or general measure has disproportionately prejudicial effects on a group of people, the possibility of its being considered discriminatory cannot be ruled out even if it is not specifically aimed or directed at that group. However, statistics are not by themselves sufficient to disclose a practice which could be classified as discriminatory“ (Randnummer 46). In der akademischen Literatur wurde das Urteil der Kammer aufgrund seines mangelhaften Ansatzes zu mittelbarer Diskriminierung und zu statistischen Nachweisen im Besonderen scharf kritisiert (z. B. Goodwin 2006:426). Im Gegensatz dazu befand die Große Kammer, nachdem sie auf die Praxis anderer Gerichte und Menschenrechtsgremien verwiesen hatte, darunter insbesondere des Europäischen Gerichtshofes, dass, „when it comes to assessing the impact of a measure or practice on an individual or group, statistics which appear on critical examination to be reliable and significant will be sufficient to constitute the prima facie evidence the applicant is required to produce“. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass „[t]his does not, however, mean that indirect discrimination cannot be proved without statistical evidence“ (Randnummer 188).

Insgesamt veranschaulicht die Rechtssache Ostrava die Wichtigkeit nicht nur der Zulassung von statistischen Beweisen im Kontext von Behauptungen mittelbarer Diskriminierung, sondern auch ihrer adäquaten Bewertung.

2.7 Objektive Rechtfertigung: die niederländischen Fälle der Hypotheken und des Händeschüttelns

Zwei niederländische Fälle mögen veranschaulichen, wie nationale Gleichbehandlungsgremien und Gerichte Argumente bezüglich objektiver Rechtfertigung behandeln könnten. In dem niederländischen Fall der Hypotheken ⁽¹⁷⁸⁾ ging es um eine Richtlinie, die von Finanzinstituten in den Niederlanden für die Gewährung von Darlehen für den Kauf von Immobilien festgelegt wurde, und genauer um die Kriterien, die für die Auswahl von Kunden verwendet wurden, denen solche Darlehen gewährt werden sollten. In Bezug auf den Wert des Grundstücks, das als Sicherheit für das Darlehen dienen würde, stützten sich die Institute auf die Postleitzahl des Grundstücks ⁽¹⁷⁹⁾. Als sie von dieser Richtlinie erfuhr, beschloss die niederländische Gleichbehandlungskommission, auf eigene Initiative eine Untersuchung durchzuführen. Nachdem sie befunden hatte, dass der Gegenstand des Falles (Zugang zu einer Finanzdienstleistung) vom niederländischen Gleichbehandlungsgesetz abgedeckt wurde, entschied sie, dass die Stützung auf Postleitzahlen eine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft darstellte. Diese Feststellung wird durch die Tatsache erklärt, dass Teile niederländischer Städte, wie z. B. Amsterdam, Rotterdam, Den

⁽¹⁷⁷⁾ Siehe European Roma Rights Centre (ERRC)/Interights/Migration Policy Group (MPG), *Strategic Litigation of Race Discrimination in Europe: From Principles to Practice*, Budapest: ERRC/London: Interights/Brüssel: MPG 2004, S. 80.; siehe <http://www.migpolgroup.com/documents/2181.html>.

⁽¹⁷⁸⁾ Gleichbehandlungskommission, *Risicoselectie op grond van postcode en verblijfsstatus. Een onderzoek uit eigen beweging naar onderscheid door hypothecaire financiers*, Dezember 2006.

⁽¹⁷⁹⁾ In Bezug auf die Zahlungsfähigkeit des Antragstellers stützten sich die Finanzinstitute, wenn der Antragsteller kein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz war, auf den Aufenthaltsstatus des potenziellen Kunden, d. h. darauf, ob die Person im Besitz einer zeitlich unbegrenzten Aufenthaltserlaubnis war. Die Kommission befand, dass dies einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Nationalität gleichkam. Da es nicht in Bezug zu der durch das Postleitzahlenkriterium verursachten Rassendiskriminierung steht, wird dieses Problem in diesem Bericht nicht weiter erörtert.

Haag und Utrecht, hauptsächlich von nicht westlichen Einwanderern bewohnt sind und dass niederländische Postleitzahlen recht genau den Teil der Stadt angeben, in dem sich ein Gebäude befindet. Das Ziel der Richtlinie der Finanzinstitute bestand darin, das finanzielle Risiko sowohl der Institute selbst als auch der Antragsteller einzuschränken (in den Niederlanden werden solche Darlehen in der Regel für eine Dauer von 30 Jahren gewährt).

Bei der Untersuchung dieses Falles erläuterte die Gleichbehandlungskommission, dass finanzielle und wirtschaftliche Rechtfertigungen keine legitimen Ziele im Kontext objektiver Rechtfertigung für eine mittelbare Diskriminierung sind, außer, wenn eine Gleichbehandlung in einem konkreten Fall zu einem unverhältnismäßigen Anstieg der Kosten führen würde oder wenn die Kosten aus anderen Gründen unverhältnismäßig scheinen würden. Das Ziel dieses Ansatzes besteht darin, zu vermeiden, dass eine objektive Rechtfertigung lediglich auf Überlegungen zum Profit eines Unternehmens beruht. In diesem Fall befand die Kommission das oben erwähnte Ziel für akzeptabel, nicht zuletzt, weil das niederländische Recht die Anbieter von Finanzdienstleistungen ausdrücklich verpflichtet, danach zu streben, sich vor finanziellen Risiken zu schützen. Die Kommission entschied jedoch, dass die breite Formulierung der Kriterien weiter ging, als es erforderlich war (d. h., sie war unverhältnismäßig). Im Verlauf ihrer Untersuchung bemerkte die Kommission, dass einige Finanzinstitute alternative Kriterien verwendeten, die nicht zu einer Diskriminierung führten. Die Kommission kam daher zu dem Schluss, dass es keine objektive Rechtfertigung gab. Anschließend gab sie den Finanzinstituten Empfehlungen zur Verbesserung der Situation (die anscheinend von der Branche positiv aufgenommen wurden). In diesem Fall wählte die Gleichbehandlungskommission daher einen strengen Ansatz für die objektive Rechtfertigung für eine mittelbare Diskriminierung, was zu begrüßen ist.

Dies scheint im niederländischen Fall des Händeschüttelns anders zu sein ⁽¹⁸⁰⁾, der ebenfalls von der Gleichbehandlungskommission entschieden wurde und in dem es um einen Konflikt zwischen verschiedenen Menschenrechten ging. In dem Fall ging es um die Ablehnung der Bewerbung für die Stelle als Kundenbetreuer eines muslimischen Mannes, der angab, dass er nicht gewillt sei, Frauen die Hand zu geben. Der potenzielle Arbeitgeber erklärte seine Weigerung, den Bewerber einzustellen, indem er darauf hinwies, dass die Weigerung, Frauen die Hand zu geben, die Beziehung des Bewerbers zu Kunden behindern würde. Die Gleichbehandlungskommission befand, dass die Weigerung, Frauen die Hand zu geben, auch ein Ausdruck des religiösen Glaubens sein könnte und dass die Aufforderung an Arbeitnehmer, allen Kunden die Hand zu geben, hauptsächlich Muslime betrifft und daher einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund von Religion gleichkommt. Auf der Ebene der objektiven Rechtfertigung befand die Kommission, dass die Ziele des Antragsgegners, nämlich Kundenfreundlichkeit und Verhinderung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, legitim seien, aber dass die Methoden, die zur Erreichung dieser Ziele verwendet wurden, weder notwendig noch angemessen seien. Die Kommission basierte dies auf die Tatsache, dass kein Nachweis dafür vorlag, dass Kunden jemals beanstanden, dass ihnen nicht die Hand gegeben wird, dass sich der Arbeitgeber keiner speziellen Richtlinie im Hinblick auf die Behandlung von Kunden bediente und nicht nach alternativen Wegen zur Begrüßung von Kunden gesucht hatte. Außerdem konnte der Arbeitgeber die Frage nicht beantworten, ob der Bewerber angenommen worden wäre, wenn er sich geweigert hätte, sowohl Frauen als auch Männern die Hand zu geben. In einem früheren Fall ⁽¹⁸¹⁾ hatte die Gleichbehandlungskommission entschieden, dass die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau aufrechterhalten werden kann, indem verlangt wird, dass der Bewerber weder Männern noch Frauen die Hand geben sollte. Wie der nationale Experte bemerkt, lässt dies jedoch die Tatsache außer Acht, dass gemäß (einer bestimmten Auslegung) der muslimischen Religion das Händeschütteln nur zwischen den Geschlechtern verboten ist und nicht als generelles Problem. Es ist daher eindeutig auf das Geschlecht bezogen. Als der Fall vor das ordentliche Gericht kam, befand dieses Gericht, dass eine objektive Rechtfertigung und daher keine mittelbare Diskriminierung aufgrund von Religion vorlag ⁽¹⁸²⁾.

⁽¹⁸⁰⁾ Gleichbehandlungskommission, Rechtssache 2006-202, Stellungnahme vom 5. Oktober 2006.

⁽¹⁸¹⁾ Gleichbehandlungskommission, Rechtssache 2006-51, Stellungnahme vom 27.03.06.

⁽¹⁸²⁾ Gericht von Rotterdam, Urteil vom 6. August 2008, LJN: BD9643.

Dieser und andere Nichtdiskriminierungsfälle zu Trennungselementen in muslimischen Gesellschaften haben heftige Debatten in den Niederlanden verursacht. Das Hauptproblem liegt in dem Konflikt zwischen einer Diskriminierung aufgrund von Religion und einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die Gleichbehandlungskommission tendiert dazu, Erstere zu favorisieren, selbst in hochgradig umstrittenen Fällen, wie z. B. dem Recht muslimischer Frauen, den Vollschleier zu tragen. Nach Ansicht dieser Autorin ist das Ergebnis solcher Fälle zu Recht kritisiert worden (zuletzt von Loenen 2008).

2.8 Angemessene Vorkehrungen: der Fall des italienischen Arbeitsplatzes

Ein letztes Beispiel aus dem nationalen Fallrecht greift das Problem der Beziehung zwischen mittelbarer Diskriminierung und angemessenen Vorkehrungen auf, das im Fall der polnischen Polizei bereits gestreift wurde ⁽¹⁸³⁾. In dem Fall des italienischen Arbeitsplatzes ⁽¹⁸⁴⁾ ging es um eine Mitarbeiterin des Justizministeriums, die als behindert anerkannt worden war und aus diesem Grund möglichst nahe bei ihrem Wohnort arbeiten musste. Der Fall entstand, weil die Arbeitnehmerin, nachdem sie an einen Arbeitsplatz nahe ihres Wohnortes versetzt worden war und dort eine gewisse Zeit lang gearbeitet hatte, wieder an einen früheren Arbeitsplatz versetzt wurde, der weiter entfernt lag. Das mit dem Fall befasste Arbeitsgericht befand, dass es bei dieser Entscheidung um mittelbare Diskriminierung aufgrund von Behinderung ging. Hierbei verwies das Gericht nicht nur auf die Definition mittelbarer Diskriminierung, die in dem italienischen Gesetz enthalten ist, das die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie umsetzt, sondern auch auf die Erwägungsgründe 6, 9 und 20 in der Präambel der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie sowie auf Artikel 5 über angemessene Vorkehrungen. Der nationale Experte erläutert, dass das umsetzende italienische Recht die Anforderung angemessener Vorkehrungen nicht erwähnt und dass das Gericht, um die Entscheidung des Ministeriums als diskriminierend im Sinne der Richtlinie zu kennzeichnen, Überlegungen in Bezug auf angemessene Vorkehrungen einschließen musste. Es kann vielleicht der Schluss gezogen werden, dass, hätte man die Arbeitnehmerin ihre Arbeit an dem Ort nahe ihres Wohnortes fortsetzen lassen, die Anforderung angemessener Vorkehrungen erfüllt worden wäre. Interessanterweise konzentrierte sich das Gericht jedoch nicht auf die Verweigerung solcher Vorkehrungen als solcher. Stattdessen konzentrierte es sich auf die Anforderung, an einem bestimmten Ort zu arbeiten, die es als augenscheinlich neutral, jedoch besonders nachteilig in der Wirkung auf Personen, die das Leiden der Antragstellerin haben, betrachtete.

Da das Justizministerium nicht vor Gericht erschien, gab es keine Verteidigungsargumente und insbesondere kein Argument in Bezug auf Artikel 2 Absatz 2 Punkt ii der Richtlinie, in dem angemessene Vorkehrungen ausdrücklich mit mittelbarer Diskriminierung verbunden werden. Dementsprechend befand das Gericht, dass der Arbeitgeber das Vorhandensein einer objektiven Rechtfertigung nicht nachgewiesen hatte.

⁽¹⁸³⁾ Siehe IV.2.2.5 weiter oben.

⁽¹⁸⁴⁾ Gericht von Pistoia, Laura Neri gegen Justizministerium, Urteil vom 30. September 2005.



Stella | 1955

Schlussbemerkung:

Realisierung des Potenzials des Konzepts
mittelbarer Diskriminierung

Das besondere Potenzial des Rechtsbegriffs der mittelbaren Diskriminierung liegt in der Tatsache, dass er über den bloßen Anschein hinaus blickt und sich auf die Substanz konzentriert. Ob dieses Potenzial realisiert werden kann, hängt jedoch weitestgehend von der Art und Weise ab, auf die das Konzept in die Praxis umgesetzt wird, und somit von Gesetzgebung und Praxis in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten. In ihrem wichtigen Beitrag zur mittelbaren Diskriminierung bemerkte Schiek (2007:472), dass es sich bei dem Recht über die mittelbare Diskriminierung um ein komplexes Gebiet handelt, das weit von einer Konsolidierung entfernt ist, und dass es schwierig zu wissen ist, ob sich das Recht über die mittelbare Diskriminierung wirklich in allen nationalen Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union etablieren wird. Es muss jedoch daran gedacht werden, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierung als wichtiges Element des EG-Rechts ein integraler Bestandteil des berühmten gemeinschaftlichen Rechtsbestandes ist, den die Mitgliedstaaten als Angelegenheit des Primats des EG-Rechts respektieren müssen (Costa) ⁽¹⁸⁵⁾. Die Mitgliedstaaten sind daher verpflichtet, die verschiedenen Verbote mittelbarer Diskriminierung nach EG-Recht innerhalb ihrer nationalen Rechtsordnungen in Kraft zu setzen.

In diesem Kontext spielen die nationalen Gerichte eine besonders wichtige Rolle. Bei der Messung des nationalen Rechts an den Standards des EG-Rechts können diese Gerichte im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes eine Orientierungshilfe finden, wie in diesem Bericht erörtert. Wenn ein Gericht Zweifel bezüglich der Bedeutung des EG-Rechts hat und im Fallrecht des Europäischen Gerichtshofes keine Antwort finden kann, sollte es ein Vorabentscheidungsersuchen beim Europäischen Gerichtshof nach Artikel 234 EG-Vertrag in Erwägung ziehen ⁽¹⁸⁶⁾. Wie Sinden (2008:384) kürzlich in Bezug auf das Verbot der Diskriminierung von Mann und Frau gezeigt hat, wird das Potenzial dieses einheitsstiftenden Mechanismus in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten recht ungleichmäßig verwendet und könnte verbessert werden.

Darüber hinaus ist es wichtig, daran zu denken, dass die Antirassismus- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie nur einen Mindestrahmen für den Schutz vor Diskriminierung bereitstellen. Die Mitgliedstaaten „können Vorschriften einführen oder beibehalten, die im Hinblick auf die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes günstiger [...] sind“ als die in den Richtlinien festgelegten (Artikel 6 der Antirassismus-Richtlinie, Artikel 8 der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie). In diesem Rahmen genießen die Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum, der verwendet werden sollte, um das Potenzial des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung weiter zu realisieren, z. B., indem dem nationalen Recht ein breiterer Gültigkeitsbereich gegeben wird als in den Richtlinien und indem weniger Ausnahmen als im EG-Recht vorgesehen werden. Außerdem kann der Verhältnismäßigkeitstest nach dem nationalen Recht strenger gestaltet werden, indem eine dritte Anforderung hinzugefügt wird, die oft als Teil des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesehen wird, nämlich die der Verhältnismäßigkeit zwischen dem Ausmaß der Intervention und der Schwere der Gründe für ihre Rechtfertigung, d. h. eine Anforderung, dass die verursachten Benachteiligungen nicht in einem Missverhältnis zu den verfolgten Zielen stehen dürfen (Tobler 2005a:242).

Zuletzt kann und sollte das Verbot mittelbarer Diskriminierung in den Mitgliedstaaten durch weitere gesetzgebende und nicht gesetzgebende Maßnahmen unterstützt werden. Hierzu können Maßnahmen gehören, die auf die Schaffung eines Bewusstseins in Bezug auf das Problem der mittelbaren Diskriminierung abzielen, sowie Maßnahmen, die darauf abzielen, die strukturellen Probleme anzugehen, die durch Feststellungen mittelbarer Diskriminierung aufgedeckt werden. Wiederum erlangen die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten nach dem Völkerrecht, sich zur Bekämpfung der Diskriminierung im Bereich Social Engineering zu betätigen, eine besondere Bedeutung in diesem Kontext.

⁽¹⁸⁵⁾ Rechtssache 6/64 Flaminio Costa gegen E.N.E.L., Slg. 1964, 585.

⁽¹⁸⁶⁾ Ein Leitfaden des Europäischen Gerichtshofes über die Durchführung eines solchen Verweises befindet sich in den Hinweisen des Europäischen Gerichtshofes zur Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen durch die nationalen Gerichte, die unter <http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/index.htm> verfügbar sind.

Liste der Rechtssachen

Europäischer Gerichtshof

- Rechtssache 2/56, Die in der „Geitling“ Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH zusammengeschlossenen Bergwerksgesellschaften und die „Geitling“ Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH gegen Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Slg. 1957/1958, 3
- Rechtssache 6/64, Flaminio Costa gegen E.N.E.L., Slg. 1964, 585
- Rechtssache 15/69, Württembergische Milchverwertung-Südmilch AG gegen Salvatore Ugliola, Slg. 1969, 363
- Rechtssache 20/71, Luisa Bertoni, Ehefrau von Sereno Sabbatini, gegen Europäisches Parlament, Slg. 1972, 345
- Rechtssache 152/73, Giovanni Maria Sotgiu gegen Deutsche Bundespost, Slg. 1974, 153
- Rechtssache 149/77, Gabrielle Defrenne gegen SABENA, Slg. 1978, 1365 (Defrenne III)
- Rechtssache 96/80, J. P. Jenkins gegen Kinsgate (Clothing Productions) Ltd., Slg. 1981, 911
- Rechtssache 143/83, Kommission gegen Dänemark, Slg. 1985, 427
- Rechtssache 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH gegen Karin Weber von Hartz, Slg. 1986, 1607
- Rechtssache 262/84, Vera Mia Beets-Proper gegen F. Van Lanschot Bankiers NV, Slg. 1986, 773
- Rechtssache 150/85, Jacqueline Drake gegen Chief Adjudication Officer, Slg. 1986, 1995
- Rechtssache 237/85, Gisela Rummmler gegen Dato-Druck GmbH, Slg. 1986, 2101
- Rechtssache 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark gegen Dansk Arbejdsgiverforening (handelnd für Danfoss), Slg. 1989, 3199
- Rechtssache 171/88, Ingrid Rinner-Kühn gegen FWW Spezial Gebäudereinigung GmbH & Co. KG, Slg. 1989, 2743
- Rechtssache C-177/88, Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV Centrum) Plus, Slg. 1990, I-3941
- Rechtssache C-262/88, Douglas Harvey Barber gegen Guardian Royal Exchange Assurance Group, Slg. 1990, I-1889
- Rechtssache C-229/89, Kommission gegen Belgien, Slg. 1991, I-2205
- Rechtssache C-189/91, Petra Kirsammer-Hack gegen Nurhan Sidal, Slg. 1993, I-6185
- Rechtssache C-226/91, Jan Molenbroek gegen Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, Slg. 1992, I-5943
- Rechtssache C-19/92, Dieter Kraus gegen Land Baden-Württemberg, Slg. 1993, I-1663
- Rechtssache C-127/92, Dr. Pamela Mary Enderby gegen Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, Slg. 1993, I-5535
- Rechtssache C-278/93, Edith Freers und Hannelore Speckmann gegen Deutsche Bundespost, Slg. 1996, I-1165
- Rechtssache C-317/93, Inge Nolte gegen Landesversicherungsanstalt Hannover, Slg. 1995, I-4625
- Rechtssache C-444/93, Ursula Megner und Hildegard Scheffel gegen Innungskrankenkasse Vorderpfalz, jetzt Innungskrankenkasse Rheinhessen-Pfalz, Slg. 1995, I-4741
- Rechtssache C-237/94, John O'Flynn gegen Adjudication Officer, Slg. 1996, I-2617
- Rechtssache C-158/97, Georg Badeck und andere, Slg. 2000, I-1875
- Rechtssache C-167/97, Regina gegen Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith und Laura Perez, Slg. 1999, I-623
- Rechtssache C-281/97, Andrea Krüger gegen Kreiskrankenhaus Ebersberg, Slg. 1999, I-5127
- Rechtssache C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse gegen Wiener Gebietskrankenkasse, Slg. 1999, I-2865
- Rechtssache C-226/98, Brigitte Jørgensen gegen Foreningen af Speciallæger und Sygesikringens Forhandlingsudvalg, Slg. 2000, I-2447
- Rechtssache C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen gegen Örebro läns landsting, Slg. 2000, I-2189
- Rechtssache C-322/98, Bärbel Kachelmann gegen Bankhaus Hermann Lampe KG, Slg. 2000, I-7505
- Rechtssache C-79/99, Julia Schnorbus gegen Land Hessen, Slg. 2000, I-10997
- Rechtssache C-112/00 Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge und Republik Österreich, Slg. 2003, I-5659
- Rechtssache C-256/01, Debra Allonby gegen Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional and Secretary of State for Education and Employment, Slg. 2004, I-873
- Rechtssache C-296/01, Kommission gegen Frankreich, Slg. 2003, I-13909

- Verbundene Rechtssachen C-4/02 und 5/02, Hilde Schönheit gegen Stadt Frankfurt am Main and Silvia Becker gegen Land Hessen, Slg. 2003, I-12575
- Rechtssache C-25/02, Katharina Rinke gegen Ärztekammer Hamburg, Slg. 2003, I-8349
- Rechtssache C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH gegen Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, Slg. 2004, I-9609
- Rechtssache C-58/02, Kommission gegen Spanien, Slg. 2004, I-621
- Rechtssache C-77/02, Erika Steinicke gegen Bundesanstalt für Arbeit, Slg. 2003, I-9027
- Rechtssache C-138/02, Brian Francis Collins gegen Secretary of State for Work and Pensions, Slg. 2004, I-2703
- Rechtssache C-157/02, Rieser Internationale Transporte GmbH gegen Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), Slg. 2004, I-1477
- Rechtssache C-196/02, Vasiliki Nikoloudi gegen Organismos Tilepikoinonion Ellados AE, Slg. 2005, I-1789
- Rechtssache C-220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten gegen Wirtschaftskammer Österreich, Slg. 2004, I-5907
- Rechtssache C-313/02, Nicole Wippel gegen Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG., Slg. 2004, I-9483
- Rechtssache C-422/02, P Europe Chemi-Con (Deutschland) GmbH gegen Rat und Kommission, Slg. 2005, I-791
- Rechtssache C-147/03, Kommission gegen Österreich, Slg. 2005, I-5969
- Rechtssache C-144/04, Werner Mangold gegen Rüdiger Helm, Slg. 2005, 9981
- Rechtssache C-17/05, B. F. Cadman gegen Health & Safety Executive, Slg. 2006, I-9583
- Rechtssache C-13/05, Sonia Chacón Navas gegen Eurest Colectividades SA, Slg. 2006, I-6467
- Rechtssache C-307/05, Yolanda Del Cerro Alonso gegen Osakidetza-Servicio Vasco de Salud, Slg. 2007, I-7109
- Rechtssache C-411/05, Félix Palacios de la Villa gegen Cortefiel Servicios SA, Urteil vom 16. Oktober 2007 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-438/05, International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union gegen Viking Line ABP und OÜ Viking Line Eesti, Urteil vom 11. Dezember 2007 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-267/06, Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Urteil vom 1. April 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-300/06 Ursula Voss gegen Land Berlin, Urteil vom 6. Dezember 2007 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-303/06, S. Coleman gegen Attridge Law and Steve Law, Urteil vom 17. Juli 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-390/06, Nuova Agricast Srl gegen Ministero delle Attività Produttive, Urteil vom 15. April 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-427/06, Brigit Bartsch gegen Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, Urteil vom 23. September 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-54/07, Centrum voor Gelijkheid van Kansen en voor Racismebestrijding gegen Firma Feryn NV, Urteil vom 10. Juli 2008 (noch ohne Angabe)
- Verbundene Rechtssachen C-55/07 und 56/07, Othmar Michaeler, Subito GmbH und Ruth Volgger gegen Amt für sozialen Arbeitsschutz, Autonome Provinz Bozen, Urteil vom 24. April 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-164/07, James Wood gegen Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions, Urteil vom 5. Juni 2008 (noch ohne Angabe)
- Rechtssache C-555/07, Seda Küçükdeveci gegen Swedex GmbH & Co. KG, schwebend
- Rechtssache C-88/08, David Hütter gegen Technische Universität Graz, schwebend

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

- Marckx gegen Belgien, 13. Juni 1979, veröffentl. ECHR Series A Volume 31
- Thlimmenos gegen Griechenland, 6. April 2000, Rep. 2000-IV
- Hugh Jordan gegen Vereinigtes Königreich, 4. Mai 2001, Antrag Nummer 24746/94
- Hoogendijk gegen die Niederlande, 6. Januar 2005, 40 EHRR SE 22
- D. H. und andere gegen die Tschechische Republik, 13. November 2007, Antrag Nummer 57325/00

Supreme Court der USA

Griggs gegen Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971)

Dylan | 1999

Bibliografie

Mark Bell und Lisa Waddington, „Reflecting on inequalities in European equality law“, *European Law Review*, 2003, 349-369

Mark Bell, „EU anti-racism policy: the leader of the pack?“ in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 178-201 (zitiert als Bell 2007a)

Mark Bell, „Direct Discrimination“, in: Dagmar Schiek/Lisa Waddington/Mark Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, 185-322 (zitiert als Bell 2007b)

Mark Bell, Isabelle Chopin und Fiona Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe. The 25 EU Member States compared* (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Aileen Colgan, *Discrimination Law*, 2. Aufl., Oxford: Hart Publishing 2005

Michael Connolly, *Discrimination Law*, London: Sweet & Maxwell 2006

Paul Craig, „The Treaty of Lisbon: Process, architecture and substance“, *European Law Review* 2008, 137-166

Olivier De Schutter, *The Prohibition of Discrimination under European Human Rights Law. Relevance for EU Racial and Employment Equality Directives* (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2005

Marc De Vos, „Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC“ (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Michael Dougan, „The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts“, *Common Market Law Review* 2008, 617-703

Oran Doyle, „Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy“, *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 537-553

European Commission, *Putting Equality into Practice: What role for positive action?*, Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Europäische Kommission, *Europäisches Handbuch zu Gleichstellungsdaten*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Lilla Farkas, *Segregation of Roma Children in Education. Addressing Structural Discrimination through the Race Equality Directive* (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Barry Fitzpatrick, „The ‚mainstreaming‘ of sexual orientation into European equality law“, in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 313-341

Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford: Oxford University Press 2002

Sandra Fredman, „The Age of Equality“, in: Sandra Fredman und Sarah Spencer (Hrsg.), *Age as an Equality Issue*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2003, 21-69

Sandra Fredman, „Changing the Norm: Positive Duties in Equal Treatment Legislation“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, *Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law* (zusammengestellt und gastweise herausgegeben von Tamara Hervey), 369-398 (zitiert als Fredman 2005a)

Sandra Fredman, „Double Trouble: multiple discrimination and EU law“, *European Anti-Discrimination Law Review* 2/2005, 13-19 (zitiert als Fredman 2005b)

Janneke H. Gerards, *Judicial review in equal treatment cases*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff 2005

Janneke Gerards, „Discrimination grounds“, in: Dagmar Schiek, Lisa Waddington und Mark Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, 33-184

Janneke H. Gerards, „Intensity of judicial review in equal treatment cases“, *Netherlands International Law Review* 2004, 135-183

M. H. S. Gijzen, *Selected Issues in Equal Treatment Law: A multi-layered comparison of European, English and Dutch law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006

Morag Goodwin, „D. H. and Others v. Czech Republic: a major set-back for the development of non-discrimination norms in Europe“, *German Law Journal* 2006, 421-432

Kay Hailbronner, „Hat der EuGH eine Normverwerfungskompetenz?“, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2006, 811-816

Barbara Havelková, „Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durch den EuGH bei der Feststellung von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts“, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 2008, 305-357 (erscheint in Kürze)

Aart Hendriks, „EHRM neemt discriminatiejurisprudentie HvJ EG indirect over“, *NJCM Bulletin* 2005, 444-454

Kristin Henrad, „Een zoektocht naar een beter begrip van een adequaat toetsingsmodel voor indirecte discriminatie“, *NJCM-Bulletin* 2008, 234-250

Bob Hepple, „Age Discrimination in Employment: Implementing the Employment Equality Directive 2000/78/EC“, in: Sandra Fredman und Sarah Spencer (Hrsg.), *Age as an Equality Issue*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2003, 71-96

Tamara K. Hervey, „EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life“, Tagungsbericht von 2002, 103-147, Text erhältlich über <http://unjobs.org/authors/tamara-k.-hervey>

Rikki Holtmaat, *Towards Different Law and Policy. The significance of Article 5a CEDAW for the elimination of structural gender discrimination, research undertaken for the Ministry of Social Affairs and Employment in the Netherlands*; Text erhältlich unter http://www.rikkiholtmaat.nl/e_index1.html (unter „English publications“)

Rikki Holtmaat und Christa Tobler, „CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, *Special issue: Thirty Years of EU Sex Equality Law* (zusammengestellt und gastweise herausgegeben von Tamara Hervey), 399-425

Titia Loenen, „Indirect Discrimination: Oscillating Between Containment and Revolution“, in: Titia Loenen und Peter R. Rodrigues (Hrsg.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, Den Haag/London/Boston: Kluwer Law International 1999, 195-211

Titia Loenen, „Kopftuch ja, Burka nein? Gedanken zur Beschränkung der Glaubensfreiheit in Bezug auf gesichtsbedeckende Schleier“, in: Kathrin Arioli, Michelle Cottier, Patricia Farahmand und Zita Küng (Hrsg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch Recht?*, Zürich/St. Gallen: Dike und Baden-Baden: Nomos 2008, 321-322

Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality*, University Casebook Series, New York, Foundation Press 2001

Timo Makkonen, *Measuring Discrimination. Data Collection and EU Equality Law* (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2007

Christopher McCrudden, „Thinking about the discrimination directives“, *European Anti-Discrimination Law Review* 2005, 17-21

Christopher McCrudden und Haris Kountourous, „Human rights and European equality law“, in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 73-116

Denis Martin, *Egalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire. Étude critique à la lumière d’une approche comparatiste*, Brüssel: Bruylant 2006

Helen Meenan, „Age discrimination – of Cinderella and the golden bough“, in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 278-312

Alexander H. E. Morawa, „The Evolving Human Right to Equality“, in: European Centre for Minority Issues, The European Academy Bozen/Bolzano (Hrsg.), *European Yearbook of Minority Issues* 2001/2, Band 1, Den Haag/London/New York: Kluwer Law International 2003, 157-205

Colm O’Cinneide, „Age discrimination and European Law“ (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2005

Gwyneth Pitt, „Religion or belief: aiming at the right target?“, in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 202-230

Tobias Polloczek, *Altersdiskriminierung im Licht des Europarechts*, Baden-Baden: Nomos 2007

Gerard Quinn, „Disability discrimination in the European Union“, in: Helen Meenan (Hrsg.), *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, 231-277

Dagmar Schiek, „A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law? Directives 2000/43/EC, 2000/78/EC and 2002/77/EC changing Directive 76/207/EEC in context“, *European Law Journal* 2002, 290-314

Dagmar Schiek, „Broadening the scope and the norms of EU gender equality law: towards a multidimensional conception of equality law“, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, Special issue: *Thirty Years of EU Sex Equality Law* (zusammengestellt und gastweise herausgegeben von Tamara Hervey), 427-466

Dagmar Schiek, „Indirect Discrimination“, in: Dagmar Schiek, Lisa Waddington und Mark Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, 323-475

Dagmar Schiek, Lisa Waddington und Mark Bell, „A comparative perspective on non-discrimination law“, in: Dagmar Schiek, Lisa Waddington und Mark Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, 1-32

Linda Senden, „Conceptual Convergence and Judicial Cooperation in Sex Equality Law“, in: Sacha Precha und Bert van Roermond, *The Coherence of EU Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, Oxford: Oxford University Press 2008, 363-396

Christa Tobler, *Indirect Discrimination. A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Antwerpen/Oxford: Intersentia 2005 (zitiert als Tobler 2005a)

Christa Tobler, *Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law* (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2005 (zitiert als Tobler 2005b)

Christa Tobler, „Putting Mangold in perspective: in response to Editorial comments, Horizontal direct effect – A law of diminishing coherence?“, *Common Market Law Review* 2007, 1177-1183 (zitiert als Tobler 2007a)

Christa Tobler, „Substantive Equality and Positive Action in EC Sex Equality Law: Can the EC oblige the Member States to Provide for Positive Action Measures?“, IISL-E-Paper in: Judy Fudge (Hrsg.), *Equality as a social Right: Towards a Concept of Substantive Equality in Comparative and International Law*, verfügbar unter: <http://www.iisj.net/antBus-pre.asp?cod=3640&nombbre=3640&ppt=1&session=1347>, veröffentlicht im März 2007 (zitiert als Tobler 2007b)

Christa Tobler, „Altersdiskriminierung im EG-Recht“, in: Astrid Epiney und Markus Wyssling (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007 / Annuaire suisse de droit européen 2006/2007*, Bern: Stämpfli/Zürich: Schulthess 2007, 283-303 (zitiert als Tobler 2007c)

Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, zweite Ausgabe, Oxford: Oxford University Press 2006

A. G. Veldman, „Neutraal onderscheid in arbeidsvoorwaarden kan direct discriminatie zijn“, *Sociaal recht* 2005, 190-193

Lucy Vickers, „Religion and Belief Discrimination in Employment – the EU Law“ (The European network of legal experts in the non-discrimination field), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2006

Kees Waaldijk und Matteo Bonini-Baraldi, *Sexual Orientation Discrimination in the European Union: National Laws and the Employment Equality Directive*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2006

Kees Waaldijk und Christa Tobler, „Fallnotiz zu Maruko“, *Common Market Law Review* 2008 (erscheint in Kürze)

Lisa Waddington und Mark Bell, „More equal than others: distinguishing European Union Equality Directives“, *Common Market Law Review* 2001, 587-611

Lisa Waddington, „Reasonable Accommodation“, in: Dagmar Schiek, Lisa Waddington und Mark Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford und Portland, Oregon: Hart Publishing 2007, 629-756

Richard Whittle, „The Framework Directive for equal treatment in employment and occupation: an analysis from a disability rights perspective“, *European Law Review* 2002, 303-326

Bert | 1952

Anhang

Abbildungen zur mittelbaren Diskriminierung

Dieser Anhang stellt eine Reihe Abbildungen bereit, die in diesem Bericht erörtert werden. Die erste Abbildung stellt einen Entscheidungsbaum bereit, der den Leser den richtigen Pfad für die Behandlung von Diskriminierungsfällen entlang führt, die in den Bereich des EG-Sozialrechts fallen, wie im vorliegenden Bericht erörtert. Bei den übrigen Abbildungen handelt es sich um so genannte Themenabbildungen, d. h., sie behandeln bestimmte Probleme:

Abbildung 1: Entscheidungsbaum: Diskriminierungsfälle

Abbildung 2: Rechtliche Analyse von Diskriminierungsfällen

Bei der Analyse der Frage, ob in einem gegebenen Fall eine Diskriminierung vorliegt, muss die Behörde, das Gericht, die natürliche Person oder die juristische Person, die bzw. das die Angelegenheit behandelt, einem Ansatz in drei Schritten folgen, zu dem die Probleme des Gültigkeitsbereichs, der Diskriminierung und der Beeinträchtigungen gehören.

Abbildung 3: Gültigkeitsbereich der Nichtdiskriminierungsgesetzgebung

Die unterschiedlichen Teile des gemeinschaftlichen Nichtdiskriminierungsrechts, die für das Gebiet des Sozialrechts relevant sind, besitzen äußerst unterschiedliche Anwendungsbereiche.

Abbildung 4: Formen der Diskriminierung

Ursprünglich besaß der Begriff „Diskriminierung“ nur eine Bedeutung. Umgekehrt unterscheidet die jüngste Generation des sozialen Nichtdiskriminierungsrechts zwischen vier verschiedenen Formen der Diskriminierung, von denen drei in der Gesetzgebung definiert sind.

Abbildung 5: Mittelbare Diskriminierung: eine Übersicht

Die mittelbare Diskriminierung ist ein auswirkungsbasiertes Konzept und ein auf der Regel der Vernunft basierendes Konzept.

Abbildung 6: Gleiche und unterschiedliche Behandlung

Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung im EG-Sozialrecht können entweder die gleiche Behandlung oder eine unterschiedliche Behandlung bedeuten, je nach Situation.

Abbildung 7: Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Mittelbare Diskriminierung ist von unmittelbarer Diskriminierung zu unterscheiden. Dies kann sowohl auf der Ebene der Art der mutmaßlichen diskriminierenden Maßnahme als auch auf der Ebene der Rechtfertigung erfolgen.

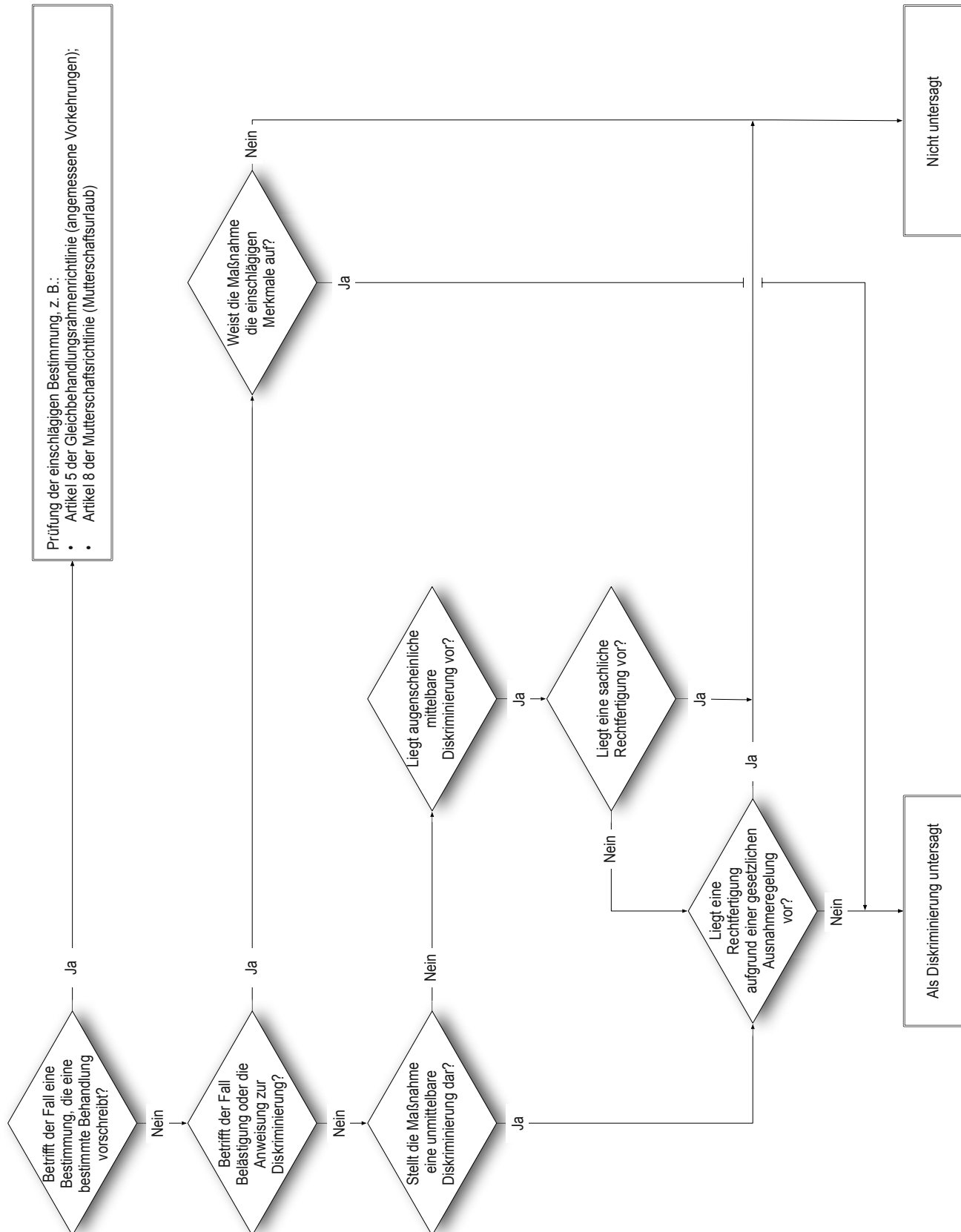
Die in diesem Anhang enthaltenen Abbildungen basieren auf den Modellen, die in folgender Veröffentlichung zu finden sind:

Christa Tobler und Jacques Beglinger, *Essential EC Law in Charts*, Budapest: HVG-Orac 2007.

Essential EC Law in Charts ist ein Ergebnis des „EC Law in Charts Project“. Weitere Informationen zu dem Projekt und dem Buch befinden sich unter <http://www.eur-charts.eu>.

Entscheidungsbaum: Diskriminierungsfälle

Grafik 1



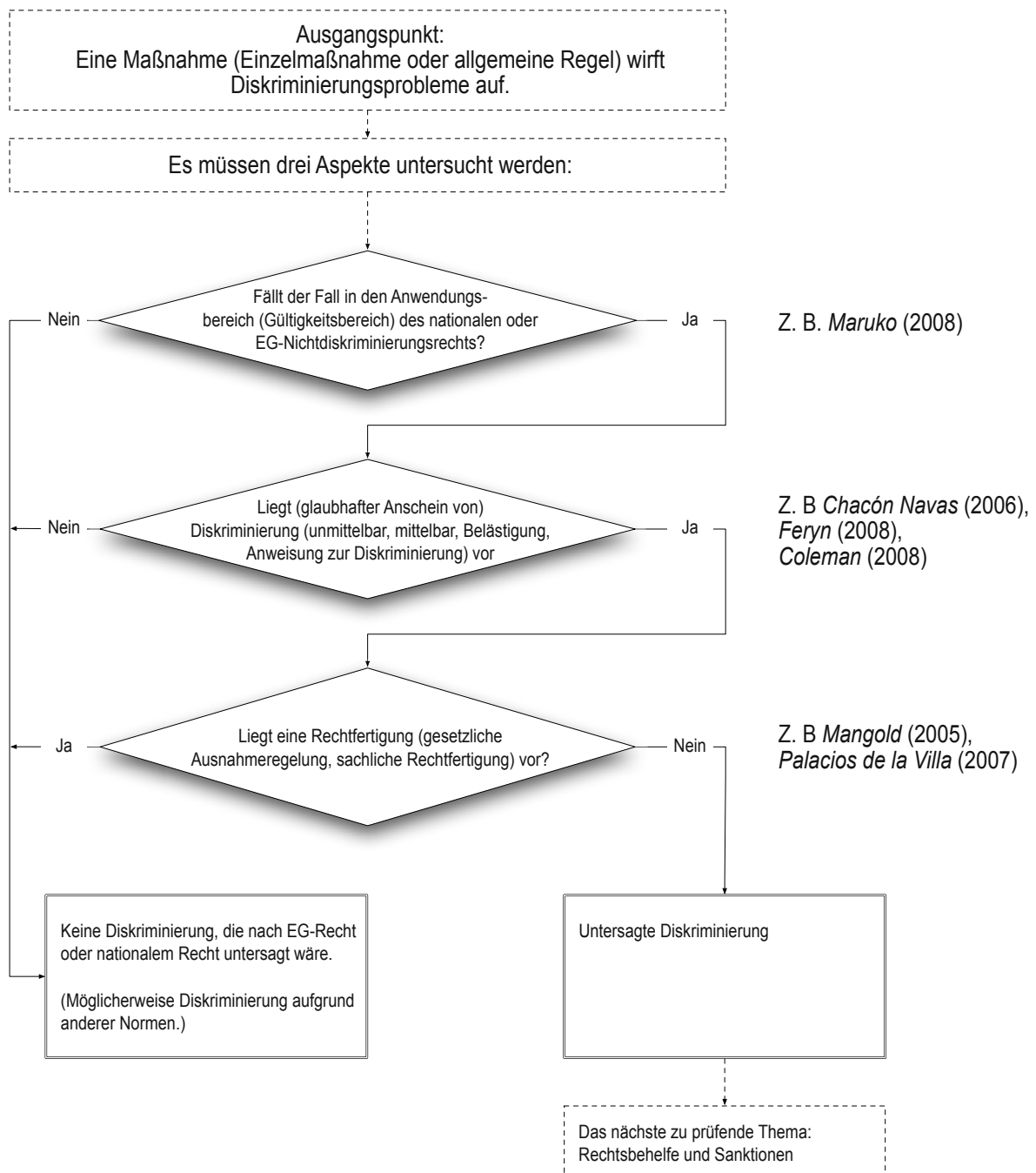
Rechtliche Analyse von Diskriminierungsfällen

Grafik 2

Thema:

Bei der Analyse der Frage, ob in einem gegebenen Fall eine Diskriminierung vorliegt, muss die Behörde, das Gericht, die natürliche Person oder die juristische Person, die bzw. das die Angelegenheit behandelt, einem dreistufigen Ansatz folgen, zu dem die Probleme des Gültigkeitsbereichs, der Diskriminierung und der Beeinträchtigung gehören.

Dreistufige Analyse in Diskriminierungsfällen



Gültigkeitsbereich der Nichtdiskriminierungsgesetzgebung

Grafik 3

Thema:

Die unterschiedlichen Teile des EG-Nichtdiskriminierungsrechts, die für das Gebiet des Sozialrechts relevant sind, haben äußerst unterschiedliche Anwendungsbereiche.

Anwendungsbereich des Nichtdiskriminierungsrechts

Umfassende Anwendung: Artikel 12 Absatz 1 EG-Vertrag und Bestimmungen zur Freizügigkeit

In allen Bereichen des EG-Rechts Verbot von Diskriminierung aufgrund der Nationalität; dies umfasst soziale Fragen, z. B. soziale Vergünstigungen gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

Sehr breit (aber nicht umfassend): Richtlinie 2000/43/EG

Verbot von Diskriminierung aufgrund von Rasse oder ethnischer Herkunft.

Die Antirassismusrichtlinie deckt Folgendes ab:

- den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg;
- den Zugang zu allen Formen und allen Ebenen der Berufsberatung und der Berufsausbildung;
- die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt;
- die Mitgliedschaft und Mitwirkung in einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder einer Organisation, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören;
- den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit;
- die sozialen Vergünstigungen;
- die Bildung;
- den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich Wohnraum.

Vergleichsweise eng: Recht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter

Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts:

- Artikel 141 EG-Vertrag: gleiches Entgelt und positive Maßnahmen;
- Richtlinie 2006/54/EG (Neufassung der Richtlinie): Beschäftigung und Erwerbstätigkeit, einschließlich betriebliche Systeme der sozialen Sicherheit;
- Richtlinie 79/7/EWG (Dritte Gleichbehandlungsrichtlinie): gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit;
- Richtlinie 86/613/EWG (Fünfte Gleichbehandlungsrichtlinie): selbständige Erwerbstätigkeit einschließlich Landwirtschaft;
- Richtlinie 2004/113/EG (Waren- und Dienstleistungsrichtlinie): Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Sehr eng: Richtlinie 2000/78/EG

Verbot von Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung:

- Die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie gilt nur für unselbständige und selbständige Erwerbstätigkeit und Beschäftigung.
- Darüber hinaus gibt es spezielle Ausnahmen in Bezug auf Diskriminierung aufgrund von Alter und Behinderung in den Streitkräften, Artikel 3(4).

Formen der Diskriminierung

Grafik 4

Thema:

Ursprünglich besaß der Begriff „Diskriminierung“ nur eine Bedeutung. Umgekehrt unterscheidet die jüngste Generation des sozialen Nichtdiskriminierungsrechts zwischen vier verschiedenen Formen der Diskriminierung, von denen drei in der Gesetzgebung definiert sind.

Verschiedene Formen der Diskriminierung

Ursprünglich: nur eine Form der Diskriminierung

Ursprünglich war Diskriminierung die ungleiche Behandlung in vergleichbaren Situationen, die ausdrücklich auf dem verbotenen Kriterium beruhte.

Auf Grundlage des EuGH-Fallrechts: unmittelbare und mittelbare Diskriminierung

In der Folge entwickelte der EuGH die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung; z. B. *Ugliola* (1969), *Sabbatini* (1972), *Sotgiu* (1974), *Bilka* (1986), *O'Flynn* (1996)

Die jüngste Richtliniengeneration: vier Formen der Diskriminierung

- Richtlinie 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie);
- Richtlinie 2000/78/EG (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie);
- Richtlinie 2002/73/EG (Änderung der Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter 76/207/EWG);
- Richtlinie 2004/113/EG (Waren- und Dienstleistungsrichtlinie);
- Richtlinie 2006/54/EG (Neufassung der Richtlinie zur Gleichstellung der Geschlechter).

Unmittelbare Diskriminierung	Mittelbare Diskriminierung	Belästigung	Anweisung zur Diskriminierung
<p>Z. B. Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a der Richtlinie 2000/43/EG: „wenn eine Person aufgrund ihrer Rasse oder ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.</p>	<p>Z. B. Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe b der Richtlinie 2000/43/EG: „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.“</p>	<p>Z. B. Artikel 2 Absatz 3 Buchstabe a der Richtlinie 2000/43/EG: „Unerwünschte Verhaltensweisen, die im Zusammenhang mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft einer Person stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“</p> <p>Anmerkung: Das Recht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter unterscheidet zwischen</p> <ul style="list-style-type: none"> • Belästigung; • sexueller Belästigung. 	<p>Dies wird z. B. in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie 2000/43/EG erwähnt, aber nicht definiert.</p> <p>Dies betrifft die Situation, in der eine Person eine andere anweist, unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung oder Belästigung gegen eine dritte Person auszuüben.</p>
Rechtlich definiert			Nicht rechtlich definiert

Mittelbare Diskriminierung: eine Übersicht

Grafik 5

Thema:

Die mittelbare Diskriminierung ist ein wirkungsorientiertes Konzept und ein auf der ‚Rule of reason‘ beruhendes Konzept.

Das rechtliche Konzept der mittelbaren Diskriminierung

Zwei grundlegende Merkmale

Ein wirkungsorientiertes Konzept

Der Kläger muss nachweisen, dass es bei dem Fall um Folgendes geht:

Eine formell neutrale Maßnahme (d. h. eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren) ist ...

Die Maßnahme beruht formell nicht auf dem strittigen Kriterium, sondern hat einen anderen Grund.

..., die dennoch eine nachteilige Wirkung hat

- Aufgrund des Kontextes, in dem sie gilt, ist die Maßnahme tatsächlich nicht neutral;
- sie benachteiligt vielmehr die Gruppe, zu der der Kläger gehört, in besonderer Weise.

Anmerkung:
Es ist keine Diskriminierungsabsicht erforderlich.

Nachweis:

Der statistische Nachweis muss möglich sein, obwohl er gemäß den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG nicht notwendig ist; er ist jedoch möglicherweise gemäß nationalem Recht erforderlich.

Ein auf der „Rule of reason“ beruhendes Konzept

Anschließend steht es dem Beklagten frei, nachzuweisen, dass die Maßnahme sachlich gerechtfertigt ist, d. h., dass sie:

Sie beruht auf einem rechtmäßigen Ziel ...

Offenes Konzept, keine begrenzte Liste akzeptabler Ziele.

Einschränkungen:

- keine rein finanziellen Gesichtspunkte;
- kein Bezug zur fraglichen Diskriminierung

... und ist angemessen

- angemessen, d. h. zum Erreichen des rechtmäßigen Ziels geeignet;
- notwendig, d. h. eine andere Maßnahme mit einer geringeren Auswirkung oder gar keiner ungleichen Auswirkung wäre nicht ausreichend.

Nachweis:

Reine Verallgemeinerungen sind nicht ausreichend. Es müssen eine Analyse und spezielle Beweise vorliegen.

Gleiche und unterschiedliche Behandlung

Grafik 6

Thema:

Gleichberechtigung und Nichtdiskriminierung im EG-Sozialrecht können entweder die gleiche Behandlung oder eine unterschiedliche Behandlung bedeuten, je nach Situation.

Gleiche und unterschiedliche Behandlung gemäß der Antirassismus- und der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie

Der Ausgangspunkt: gleiche Behandlung

Traditionell bedeuten Gleichheit und Nichtdiskriminierung im EG-Sozialrecht ein Recht auf Gleichbehandlung. Bereiche, in denen eine unterschiedliche Behandlung akzeptabel oder sogar erforderlich ist, sind gesetzlich festgelegt.

Unterschiedliche Behandlung

Möglichkeit zur unterschiedlichen Behandlung

Pflicht zur unterschiedlichen Behandlung

Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung, Artikel 5 der Richtlinie 2000/78/EG

Berufliche Anforderungen

Z. B.:
Artikel 4 der
Richtlinien
2000/43/EG
und
2000/78/EG

Positive Maßnahmen

Z. B.:
Artikel 141 Absatz 4
EG-Vertrag,
Artikel 3 der Richtlinie
2006/54/EG,
Artikel 5 der Richtlinie
2000/43/EG,
Artikel 7 der Richtlinie
2000/78/EG

Öffentliche Sicherheit, Ordnung, Gesundheit und Schutz der Rechte anderer

Artikel 2 Absatz 5 der
Richtlinie 2000/78/EG

Anmerkung:
Diese Möglichkeit gilt nur
für diese spezielle
Richtlinie

Sachliche Rechtfertigung

- Bestandteil der Definition für mittelbare Diskriminierung; siehe **Grafik 5**
- Unmittelbare Diskriminierung: nur in Bezug auf Alter, Artikel 6 der Richtlinie 2000/78/EG; *Mangold (2005)*

Anmerkung:

Gemäß dem Recht im Bereich Gleichstellung der Geschlechter gibt es auch den Schmälerungsgrund des Schutzes von Frauen; z. B. Artikel 28 Absatz 1 der Richtlinie 2006/54/EG. Dies ist möglicherweise auch in Fällen mehrfacher Diskriminierung relevant.

Unterscheidung von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Grafik 7

Thema:

Mittelbare Diskriminierung ist von unmittelbarer Diskriminierung zu unterscheiden. Dies kann sowohl auf der Ebene der Art der mutmaßlichen diskriminierenden Maßnahme als auch auf der Ebene der Rechtfertigung erfolgen.

Notwendigkeit der Unterscheidung

Obwohl unmittelbare und mittelbare Diskriminierung eng verwandt sind, handelt es sich um unterschiedliche rechtliche Konzepte, was Konsequenzen für ihre praktische Anwendung hat (Nachweis, Rechtfertigung).

Unterscheidung auf Ebene der Art der diskriminierenden Maßnahme

Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung können sowohl auf Ebene der Form als auch der Substanz der fraglichen Maßnahme unterschieden werden.

Form

Dies betrifft den äußeren Anschein der Maßnahme, die entweder:

- ausdrücklich diskriminierend
- oder scheinbar neutral sein kann.

Substanz

Dies betrifft die Auswirkung der Maßnahme, die

- entweder nur Mitglieder einer Gruppe benachteiligen kann, einschließlich Fällen, in denen dies von Natur aus oder in Folge einer Bestimmung mit Gesetzeskraft so ist;
- oder Personen aus beiden Gruppen, aber Personen aus einer Gruppe besonders benachteiligt.

System:

	Ausdrücklich diskriminierende Maßnahme	Scheinbar neutrale Maßnahme
Benachteiligt nur eine Gruppe	Unmittelbare Diskriminierung, z. B. <i>Palacios de la Villa</i> (2007)	Unmittelbare Diskriminierung, z. B. <i>Nikoloudi</i> (2005), <i>Maruko</i> (2008)
Benachteiligt Personen aus beiden Gruppen, aber Personen aus einer Gruppe besonders	(nicht zutreffend)	Mittelbare Diskriminierung, z. B. <i>Bilka</i> (1986), <i>O'Flynn</i> (1996)

Unterscheidung auf Ebene der Berechtigung

Eine sachliche Berechtigung ist bei unmittelbarer Diskriminierung normalerweise nicht gegeben; siehe **Grafik 6**.

Europäische Kommission

Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung

Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften

2008 — 95 S. — 21 × 29,7 cm

ISBN 978-92-79-10149-6

DOI: 10.2767/57172

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

Wo erhalte ich EU-Veröffentlichungen?

Kostenpflichtige Veröffentlichungen:

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- über die Buchhandlung mit Angabe des Titels, des Verlags und/oder der ISBN-Nummer;
- direkt über eine unserer Verkaufsstellen. Die Kontaktangaben erhalten Sie über die Internetadresse <http://bookshop.europa.eu> oder durch eine Anfrage per Fax unter der Nummer +352 2929-42758.

Kostenlose Veröffentlichungen:

- über den EU Bookshop (<http://bookshop.europa.eu>);
- bei den Vertretungen und Delegationen der Europäischen Kommission. Die Kontaktangaben erhalten Sie über die Internetadresse <http://ec.europa.eu> oder durch eine Anfrage per Fax unter der Nummer +352 2929-42758.

Falls Sie an den **Veröffentlichungen** der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit interessiert sind,

können Sie sie unter folgender Adresse herunterladen:

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=316&langId=de>

oder sich unter folgender Adresse kostenlos online registrieren:

http://ec.europa.eu/employment_social/publications/register/index_de.htm

ESmail ist der elektronische Informationsbrief der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit.

Registrieren Sie sich online unter:

http://ec.europa.eu/employment_social/emplweb/news/esmail_de.cfm

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