



## **Rechtsseminar am 25. November 2008 über die Umsetzung der EU-Rechtsvorschriften zur Chancengleichheit und Nichtdiskriminierung**

### **DISKUSSIONSPAPIER MITTELBARE DISKRIMINIERUNG**

*Das vorliegende Diskussionspapier wurde vom europäischen Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung ausgearbeitet und gibt nicht unbedingt die Meinung oder die Einstellung der Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit der Europäischen Kommission wider.*

#### **Gleichstellung und Diskriminierung**

Nach den Begriffsbestimmungen in Art. 2 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinien 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie) und 2000/78/EG (Beschäftigungsrichtlinie) sowie in Art. 2 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2006/54/EG (neugefasste Richtlinie) und Art. 2 Buchst. b der Richtlinie 2004/113/EG (Dienstleistungsrichtlinie) gibt es mindestens zwei Konzepte von Gleichbehandlung. Ein Konzept ist die formelle Gleichbehandlung, die im Begriff der unmittelbaren Diskriminierung enthalten ist, und ein Konzept besteht in der materiellen Gleichbehandlung, die teilweise in der mittelbaren Diskriminierung, aber auch in den Begriffen der angemessenen Vorkehrungen und der positiven Diskriminierung enthalten ist.

Diskriminierung ist komplex, hat viele Facetten, liegt tief verwurzelt in unserem Verhalten und ist schwer mess- oder zählbar.<sup>1</sup> Eine Diskriminierung liegt vor, wenn ein bestimmtes Merkmal verwendet wird, um zu versuchen, den Zugang einer Person zu wirtschaftlichen, politischen, beruflichen und gesellschaftlichen Aufstiegsmöglichkeiten zu beschränken. Bei den Gruppen, auf die sich im Allgemeinen Diskriminierungen richten, handelt es sich um: Frauen, Immigranten, Roma, Menschen mit Behinderung, Jugendliche, Ältere, Personen, die einer bestimmten Religion oder Weltanschauung angehören, Schwule und Lesben, Bisexuelle, Transgender und Transsexuelle<sup>2</sup>.

Wie der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften geurteilt hat<sup>3</sup>, kann Diskriminierung nicht nur durch die Anwendung unterschiedlicher Regeln in vergleichbaren Situationen entstehen,

<sup>1</sup> Macpherson, D., McConnell, und Brue, S., *Contemporary Labour Economics*, (2006), McGraw – Hill.

<sup>2</sup> Gemäß einer Untersuchung von Eurobarometer in den 15 Mitgliedstaaten (57.0, 2003), die sich auf eine Umfrage im Rahmen des Aktionsprogramms der Gemeinschaft gegen Diskriminierung stützte, wurde als Diskriminierungsgrund am häufigsten Rasse oder ethnische Herkunft (22%) genannt, gefolgt von Lernschwierigkeiten oder psychischer Krankheit (12%), körperliche Behinderung (11%), Religion oder Weltanschauung (9%), Alter und sexuelle Ausrichtung (jeweils 6%) ([http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/eb/ebs\\_168\\_exec.sum\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/ebs_168_exec.sum_de.pdf)).

<sup>3</sup> Vgl. Rechtssache C-342/93 Gillespie und andere gegen Northern Health and Social Services Board, Department of Health and Social Services, Eastern Health and Social Services Board and Southern Health and Social Services Board [1996], Rechtssache C-279/93 Schumacker gegen das Finanzamt Köln-Altstadt [1995].



sondern auch durch die Anwendung der gleichen Regel in unterschiedlichen Situationen. Durch seinen breiten Ansatz bei der Auslegung von Diskriminierung trägt das Gemeinschaftsrecht zur Durchsetzung der Gleichbehandlung sowohl im Recht als auch in der Realität bei.

### **Definition der mittelbaren Diskriminierung**

Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung ist einer der wichtigsten Beiträge des Gemeinschaftsrechts, sowohl als Text als auch als Präzedenzfall.<sup>4</sup> Damit wird eine einheitliche Begriffsbestimmung von mittelbarer Diskriminierung gegeben, mit der verdeckte Diskriminierung aufgedeckt werden kann. Die Rechtsprechung zu mittelbarer Diskriminierung im Bereich des Rechts zur Gleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist besonders hilfreich.<sup>5</sup> Für Gewöhnlich werden die Vorschriften zur mittelbaren Diskriminierung herangezogen, um Klagen gegen Regeln, Übereinkommen und Verfahren im Beschäftigungsbereich zu untersuchen. Darüber hinaus gelten Art. 2 Abs. 2 Buchst. b und Art. 3 der Gleichbehandlungsrichtlinien sowie Art. 3 der Richtlinie 2002/73/EG für alle arbeitsrechtlichen Vereinbarungen für alle geschützten Merkmale, sei es bei Verfahren am Arbeitsplatz, Einstellungs- oder Beförderungskriterien, Kriterien für den Erhalt von Vergünstigungen oder Bestimmungen im Arbeitsvertrag oder bei anderen Vorschriften, und für den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen, die Bildung und den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen für das geschützte Merkmal der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

Der Begriff der mittelbaren Diskriminierung wird in Artikel 2 der Gleichbehandlungsrichtlinien festgelegt. In Erwägungsgrund 2 der neugefassten Richtlinie wird daran erinnert, dass "die Gleichstellung von Männern und Frauen (...) nach Artikel 2 und Artikel 3 Absatz 2 des Vertrags sowie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein grundlegendes Prinzip dar(stellt). In diesen Vertragsbestimmungen wird die Gleichstellung von Männern und Frauen als Aufgabe und Ziel der Gemeinschaft bezeichnet, und es wird eine positive Verpflichtung begründet, sie bei allen Tätigkeiten der Gemeinschaft zu fördern."

Darüber hinaus ist in Erwägungsgrund 2 der Beschäftigungsrichtlinie festgehalten, dass "der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen (...) in zahlreichen Rechtsakten der Gemeinschaft verankert" wurde. Es wird sowohl auf die vorangegangene Entwicklung des Begriffs der Diskriminierung in der Richtlinie zur Geschlechtergleichstellung (Richtlinie 76/207) verwiesen, als auch in Erwägungsgrund 2 bzw. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinien und jeweils in Erwägungsgrund 2 der Richtlinien 2002/73/EG und 2004/113/EG festgehalten, dass die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz und der Schutz vor Diskriminierung ein allgemeines Menschenrecht ist, das in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, im VN-Übereinkommen

<sup>4</sup> Eine gesetzgebende Definition, in der viele Faktoren aus der Entwicklung des Fallrechts seit der ersten Unterscheidung des Gerichts zusammengefasst werden, ist in Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 97/80/EG über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts enthalten.

<sup>5</sup> Siehe Rechtssache C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH gegen Weber vom Hartz [1986], Rechtssache C-171/88 Ingrid Rinner-Kühn gegen FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG. [1989], Rechtssache C-196/02 Nikoloudi v Organismos Tilepikionion Ellados AE [2005], sowie Rechtssache C-243/95 Kathleen Hill and Ann Stapleton gegen the Revenue Commissioners [1998].

The European Union



against discrimination

zur Beseitigung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, im Internationalen Pakt der VN über bürgerliche und politische Rechte, im Internationalen Pakt der VN über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten anerkannt wurde. In Richtlinie 2000/43/EG wird auch das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung erwähnt, und in Richtlinie 2000/78/EG wird an die Konvention Nr. 111 der Internationalen Arbeitsorganisation erinnert, in der die Diskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf verboten wird.



### **...“aufgrund”...**

Die Verwendung der Formulierung “...aufgrund...” in beiden Richtlinien (Artikel 1 – Zweck) bedeutet, dass Richter die ursächliche Rolle berücksichtigen müssen, die das geschützte Merkmal bei der Behandlung des Beschwerdeführers spielte. Gewöhnlich lässt sich ein direkter Beweis für eine Diskriminierung kaum finden, und nur wenige Arbeitgeber würden sich selbst eine derartige Diskriminierung eingestehen.

Wichtig ist festzuhalten, dass eine Diskriminierung nicht absichtlich vorgenommen werden muss, um gesetzwidrig zu sein, da eine Person eine andere unabsichtlich benachteiligen kann. Häufig beruht eine Diskriminierung auch auf falschen Vermutungen, z.B. der Beschwerdeführer wäre für den Arbeitsplatz nicht geeignet oder nicht fähig, die wichtigsten Anforderungen einer Arbeitsstelle zu erfüllen oder könnte als Mieter das Haus des Beschwerdeführers beschädigen. Daher muss ein Richter bei der Untersuchung der Frage, ob eine Diskriminierung stattgefunden hat, unbedingt klären, welche Rolle das geschützte Merkmal gespielt hat, und die Rechtfertigungen, die von Personen oder Arbeitgebern insbesondere für mittelbar diskriminierende Verhaltensweisen vorgebracht werden, streng prüfen.

Bei mittelbarer Diskriminierung geht es um eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren, die bzw. das dem Anschein nach nicht benachteiligend ist, da sie bzw. es für alle gleichermaßen gilt, sich aber bei der Bewertung ihrer/seiner Auswirkungen als besonders benachteiligend für Personen erweist, die einer oder mehrerer geschützter Gruppen angehören. Diese breite Definition gilt für die meisten Regeln, Übereinkommen und Verfahren im Beschäftigungsbereich – vertraglich oder nicht vertraglich festgelegt, schriftlich oder mündlich vereinbart, alt oder neu –, und es gibt mehr Umstände, unter denen Beschwerden wegen mittelbarer Diskriminierung vorgelegt werden können.

Dieses Konzept ist innovativ, denn es ermöglicht ein Eingreifen bereits in der Frühphase der benachteiligenden Auswirkung, d.h. eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren tatsächlich anzufechten, noch bevor sie bzw. es angewendet wird, und so benachteiligende Verfahren oder Standards im Vorfeld präventiv zu verbessern. Die Bestimmung kann auch ohne das Vorliegen eines Beweises dafür, dass tatsächlich jemand benachteiligt wurde, angewendet werden. Es genügt, dass die Vorschrift, das Kriterium oder das Verfahren diese benachteiligende Auswirkung haben könnte, wenn sie bzw. es angewandt worden wäre.

### **...“in besonderer Weise benachteiligen”...**

Die Aufnahme der Formulierung “in besonderer Weise benachteiligen” in die Begriffsbestimmung der mittelbaren Diskriminierung in Artikel 2 der Gleichbehandlungsrichtlinien zeigt, dass es nicht erforderlich ist, statistisches Beweis- oder Vergleichsmaterial vorzulegen, um nachzuweisen, dass eine geschützte Gruppe insgesamt in unverhältnismäßiger Weise betroffen ist. Stattdessen muss nachgewiesen werden, dass einzelne Mitglieder der geschützten Gruppe wegen eines Merkmals,



das sie als zu dieser Gruppe zugehörig ausweist, benachteiligt werden. Diese Definition ermöglicht es vielleicht, eine mittelbare Diskriminierung bei Beschäftigungskriterien anzufechten, selbst wenn bezüglich ihrer Auswirkungen auf eine geschützte Gruppe noch keine Daten vorliegen (z.B. intellektuelle Beeinträchtigung oder sexuelle Ausrichtung).

Die bloße Tatsache, dass ein Arbeitgeber die gleiche (dem Anschein nach neutrale) Regel auf das gesamte Personal anwenden kann, schließt nicht aus, dass weiterhin Ungleichheiten bestehen. Die Merkmale der Gruppe, zu der eine Person gehört, können zu einer Benachteiligung führen, so dass ein dem Anschein nach neutrales Verfahren Mitglieder dieser Gruppe benachteiligen wird.

**..."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."**

Gibt es ein rechtmäßiges Ziel und angemessene Mittel zur seiner Erreichung, ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt, wenn eine mittelbare Diskriminierung vorliegt.

Hierbei handelt es sich um eine Ausnahme vom Verbot der mittelbaren Diskriminierung, die von den Gleichbehandlungsrichtlinien eingeführt wurde. Ist eine Vorschrift, ein Kriterium oder ein Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel (wodurch per definitionem jede Form der absichtlichen Diskriminierung ausgeschlossen ist) gerechtfertigt, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind angemessen und erforderlich, dann ist eine mittelbare Diskriminierung laut Gesetz nicht gesetzwidrig. So könnte beispielsweise ein Arbeitgeber überzeugend zeigen, dass seine Ziele gerechtfertigt sind, und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Er müsste allerdings einen tatsächlichen Nachweis für die objektive Rechtfertigung erbringen. Kann er dies, so wäre eine Beschwerde aufgrund einer mittelbaren Diskriminierung nicht erfolgreich. Ob eine Beschwerde scheitert, wird von den vom Arbeitgeber ausgewählten Methoden abhängen, die im Einklang mit den "wesentlichen Bedürfnissen des Unternehmens" stehen müssen. Des weiteren müssen die Methoden zur Erreichung des in Frage stehenden, gerechtfertigten Ziels angemessen sein. Demnach überwiegt die Wichtigkeit und der Nutzen des gerechtfertigten Ziels in bedeutender Weise die benachteiligende Wirkung, und dem Arbeitgeber steht zu seiner vorgenommenen Handlung keine Alternative zur Verfügung.

*Fragen:*

- *Verlangt ein Arbeitgeber eine schriftliche Bewerbung, oder legt er einen schriftlichen Einstellungstest für eine Stelle fest, für die Lese- und Schreibfähigkeiten nicht unbedingt erforderlich sind, handelt es sich dann um eine mittelbare Diskriminierung von Personen mit intellektuellen Beeinträchtigungen, die vielleicht Analphabeten sind?*
- *Weigert sich ein Arbeitgeber einer Frau, die Familienangehörige pflegen muss, flexible Arbeitszeiten zu gewähren, stellt dies dann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar?*
- *Wenn die Ehe oder die gleichgeschlechtliche Partnerschaft in Ihrem Land nicht rechtlich anerkannt ist, oder falls sie es ist und gleichgeschlechtliche Partner nicht auf die gleiche Stufe*

The European Union



against discrimination

- gestellt werden wie Partner unterschiedlichen Geschlechts, glauben Sie, dass hierin dann eine mittelbare Diskriminierung bei sozialen Vergünstigungen bestehen könnte?<sup>6</sup>*
- *Können Unterschiede aufgrund einer Staatsangehörigkeit oder einer Sprache eine mittelbare Diskriminierung darstellen? Wenn ja, gibt es dafür Beispiele in Ihrem Land?*

<sup>6</sup> Vgl. Rechtssache C-267/06 Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen [2008].