



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

DISKUSSIONSPAPIER POSITIVE MAßNAHMEN/POSITIVE PFLICHTEN

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.

Positive Maßnahmen

In Artikel 3 der neugefassten Richtlinie (2006/54/EG), in Artikel 6 der Dienstleistungsrichtlinie (2004/113/EG), in Artikel 5 der Antirassismusrichtlinie und in Artikel 7 der Beschäftigungsrichtlinie wird die Möglichkeit zu positiven Maßnahmen zu allen geschützten Merkmalen eröffnet. Dafür wird in den Richtlinien festgelegt, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, Maßnahmen beizubehalten oder zu beschließen, mit denen *bona fide* beabsichtigt wird, die Gleichstellung von Minderheitengruppen zu fördern. Hierzu zählen Maßnahmen

- a) zur Verhinderung oder Kompensierung von Benachteiligungen, die mit einem der geschützten Diskriminierungsmerkmale zusammenhängen,
- b) zum Schutz der Gesundheit oder der Sicherheit am Arbeitsplatz für Personen mit einer Behinderung, oder
- c) zur Schaffung oder Beibehaltung von Einrichtungen zur Gewährleistung oder Förderung der Integration von Menschen mit Behinderung in das Arbeitsumfeld.

Positive Maßnahmen wurden definiert als Maßnahmen zur stärkeren Beteiligung bestimmter Gruppen in bestimmten Bereichen der Wirtschaft, der Politik oder der Gesellschaft, in denen diese Gruppen unterrepräsentiert sind.¹ Positive Maßnahmen sind von positiver Diskriminierung zu unterscheiden: Positive Diskriminierung bedeutet, dass bei der Einstellung, Weiterbeschäftigung oder Beförderung bestimmte Personen nicht aufgrund einer besseren Qualifikation, sondern nur aufgrund der Tatsache, dass sie zu einer bestimmten benachteiligten Gruppe gehören, ausgewählt werden. In den zwei Richtlinien ist positive Diskriminierung nicht ausdrücklich zugelassen oder vorgesehen. Andererseits zählen zu positiven Maßnahmen auch Maßnahmen, die es allen interessierten Personen ermöglichen, auf gleicher Basis zu konkurrieren, daher ist dieser Ansatz aktiver als die positive Diskriminierung und auf alle statt nur auf einzelne Personen ausgerichtet.

¹ European Commission, *Anti-Discrimination Annual Conference 'Equal Opportunities for All: What Role for Positive Action?*, Conference Proceedings, Rome, April 2007, (Protokoll einer Konferenz der Europäischen Kommission über "Chancengleichheit für alle: Welche Rolle spielen positive Maßnahmen?" am 23./24. April 2007 in Rom/Italien, nur auf Englisch vorhanden) http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/events/rome/rm07rep_en.pdf



Laut EU-Recht entsteht Diskriminierung durch Ungleichbehandlung in vergleichbaren Situationen oder durch Gleichbehandlung in unterschiedlichen Situationen. Obwohl positive Maßnahmen, die in der Praxis derartige Ungleichbehandlungen einführen, tatsächlich eine Diskriminierung darstellen, zielen sie entweder auf den Ausgleich bereits verübter Diskriminierungen oder auf eine Umverteilungsgerechtigkeit ab.² In den Richtlinien wird die Einführung derartiger positiver Maßnahmen, falls sie nicht bereits bestehen, nicht gefordert, somit sind sie für die Mitgliedstaaten nicht verpflichtend. In Erwägungsgrund 2 der neugefassten Richtlinie wird jedoch 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."

Während eine benachteiligende Behandlung gegen den Gleichheitsgrundsatz vor dem Gesetz verstößt, sind positive Maßnahmen manchmal erforderlich um eine vollständige Gleichstellung und den Ausgleich für Benachteiligungen aufgrund der geschützten Merkmale zu erreichen. Daher rechtfertigt die bestehende Ungleichheit die Maßnahmen, die für ihre Beseitigung erforderlich sind.

Natürlich sind positive Maßnahmen so lange gerechtfertigt wie diese bestimmte Kategorie in einer benachteiligenden Position ist. Positive Maßnahmen sollten einem legitimen Ziel dienen und ein erwiesenes Ungleichgewicht beseitigen, sie sollten deshalb nicht zwangsläufig danach trachten, eine begangene Diskriminierung auszugleichen.³ Sie sollten auch den durch die geschützte Gruppe erlittenen Benachteiligungen angemessen und absolut erforderlich für deren Beseitigung sein. Gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs⁴ stellen derartige positive Maßnahmen eine unmittelbare Diskriminierung der Gruppen, die nicht durch sie begünstigt werden, dar, bilden aber eine Ausnahme. Sind derartige Maßnahmen durch objektive Gründe gerechtfertigt, wurden sie nur angenommen, um die von der durch diese Maßnahmen geförderte Gruppe erlittenen Schäden auszugleichen, und sind sie zeitlich befristet, dann wird diese Vorzugsbehandlung jedoch akzeptiert.

Sowohl öffentliche Einrichtungen als auch private Unternehmen ergreifen positive Maßnahmen gewöhnlich unter Beteiligung von Experten, die die spezielle Situation der benachteiligten Gruppe kennen und die passenden Strategien vorschlagen.

² Marc De Vos, *Mehr als formale Gleichstellung, Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG*, MPG, HEC, Europäische Kommission, Juni 2007, Seite 12.

³ Marc De Vos, *Mehr als formale Gleichstellung, Positive Maßnahmen nach den Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG*, MPG, HEC, Europäische Kommission, Juni 2007, Seite 25.

⁴ Siehe beispielsweise Rechtssache C-409/95 *Marschall gegen das Land Nordrhein-Westfalen*, Rechtssache C-158/97 *Badeck und andere*, Rechtssache C-407/98 *Abrahamsson und Anderson gegen Fogelqvist*, Rechtssache C-476/99 *Lommers gegen Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* zur Auslegung von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates.



Bei positiven Maßnahmen geht es nicht um karitative Handlungen, und von ihnen profitieren nicht nur die betroffenen Minderheiten, sondern sie schaffen auch einen Geschäftsnutzen und haben auf die Arbeitsbedingungen aller positive Auswirkungen.⁵

Positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderung

In Artikel 7 Absatz 2 der Beschäftigungsrichtlinie wird zu positiven Maßnahmen besonders für Menschen mit Behinderung aufgerufen. Aus dieser Bestimmung wird deutlich, dass die Beschäftigungsrichtlinie in Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften kein Hindernis für das Erreichen eines nicht diskriminierenden und integrativen Arbeitsumfelds sieht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird vielmehr durch Gesundheits- und Sicherheitsvorschriften und insbesondere durch die Anpassung des Arbeitsplatzes an den Beschäftigten ergänzt. In manchen Fällen kann der Arbeitgeber jedoch Gesundheits- und Sicherheitsbedenken vorbringen, um Menschen mit Behinderung vom Arbeitsplatz auszuschließen, wir gehen jedoch davon aus, dass dies streng überprüft wird.

Welcher Unterschied besteht zwischen positiven Maßnahmen für Menschen mit Behinderung (Art.7 Abs.2) und angemessenen Vorkehrungen?

In Artikel 5 der Beschäftigungsrichtlinie werden positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderung durch angemessene Vorkehrungen gewährt. Es handelt sich hierbei um ein anderes Konzept als in Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie, in dem zu positiven Maßnahmen insbesondere für Menschen mit Behinderung aufgerufen wird. Nach Artikel 5 sind angemessene Vorkehrungen zu treffen, um "die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu gewährleisten". Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass positive Maßnahmen eine durch Art. 7 Abs. 2 eröffnete Möglichkeit darstellen, während die angemessenen Vorkehrungen verpflichtend sind und daher als ein Beispiel für eine positive Pflicht betrachtet werden können. Obwohl sowohl die angemessenen Vorkehrungen als auch die positiven Maßnahmen auf eine unterschiedliche Behandlung von Menschen mit Behinderung hinauslaufen, wird nur bei dem Konzept der positiven Maßnahmen die unterschiedliche Behandlung als ein Beispiel für eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgrundsatz angesehen. Die angemessenen Vorkehrungen stellen eher ein Beispiel für Gleichbehandlung dar als eine Ausnahme, da sie die typische Verpflichtung zeigen, dass auf unterschiedliche Situationen unterschiedliche Behandlungen angewendet werden müssen. Der Zweck positiver Maßnahmen hingegen liegt nicht darin, spezielle Maßnahmen für Menschen mit Behinderung zu ergreifen, sondern Barrieren für ihre Beteiligung in der Gesellschaft zu beseitigen.

⁵ Fundamental Rights Agency, International Centre for Migration Policy Development, *The Benefits of Positive Action*, Thematic Discussion Paper, March 2008, S. 24 (Diskussionspapier der Grundrechteagentur und des Internationalen Zentrums für die Entwicklung von Migrationspolitik über *den Nutzen positiver Maßnahmen*, nur auf Englisch).



Darüber hinaus erfordern angemessene Vorkehrungen eine individuelle Vorgehensweise und eine Einzelfalllösung, während bei positiven Maßnahmen danach getrachtet wird, für bestehende oder künftige Diskriminierungen eine Lösung für eine gesamte benachteiligte und geschützte Gruppe zu finden.

Positive Pflichten

Abgesehen von positiven Maßnahmen, die in den Richtlinien klar und deutlich vorgeschrieben werden, gibt es noch eine weitere Vorgehensweise, die darin besteht, Diskriminierung nicht nur zu verbieten, sondern auch die schwächste Gruppe in der Gesellschaft zu erreichen, indem der Gesellschaft die Pflicht auferlegt wird, aktiv Vielfalt und Gleichbehandlung zu fördern. Positive Pflichten können als verpflichtende positive Maßnahmen angesehen werden, die ein Teil des Gleichbehandlungsgrundsatzes und nicht eine Ausnahme von ihm sind. Sie unterscheiden sich von angemessenen Vorkehrungen darin, dass sie eher auf eine Gruppe als auf eine einzelne Person abzielen.

Bei positiven Pflichten wird der Ansatz verfolgt, dass Diskriminierung ein Problem der gesamten Gesellschaft und nicht das einer besonders benachteiligten Gruppe ist. Sie zielen darauf ab, institutionelle Diskriminierung zu bekämpfen und verpflichten öffentliche Entscheidungsträger zur Beseitigung von Ungleichheiten. Diese verfügen nämlich über die erforderliche Macht, positive Schritte zur Bekämpfung von Diskriminierung und zur Förderung eines Wandels zu ergreifen, wohingegen einzelne Personen, die diskriminierende Handlungen vornehmen, dies nicht können.

Sehr oft können Antidiskriminierungsvorschriften systemimmanente Diskriminierungen, die seit langem in den Verfahren öffentlicher Einrichtungen bestehen, ohne dass sie je entdeckt wurden, nicht beseitigen. Aus diesem Grund wurde erkannt, dass Rechtsvorschriften, die Diskriminierung lediglich verbieten, nicht zur Lösung des Problems ausreichen: Es müssen den öffentlichen Einrichtungen, die in den Bereichen Beschäftigung, Strafverfolgung und Dienstleistungen tätig sind, positive Pflichten auferlegt werden, nicht nur damit sie die entsprechenden Rechtsvorschriften einhalten, sondern, was viel wichtiger ist, damit sie mögliche benachteiligende Auswirkungen ihrer Maßnahmen entdecken, die Gleichbehandlung voranbringen und gute Beziehungen zwischen den verschiedenen Gruppen der Gesellschaft fördern.

Arten von positiven Pflichten

Neben der allgemeinen Pflicht zur Förderung von positiven Maßnahmen für benachteiligte Gruppen und zur Unterstützung guter Beziehungen zwischen verschiedenen Gesellschaftsgruppen, gibt es auch besondere positive Pflichten, die öffentlichen Einrichtungen und privaten Stakeholdern, zumindest wenn sie mit dem öffentlichen Dienst zu tun haben, auferlegt werden können. Dazu gehört u.a. die Verpflichtung zur Datensammlung bezüglich der Rasse/ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religionszugehörigkeit, des Alters und einer Behinderung des Personals, zur Ausarbeitung von Gleichstellungsplänen und zur Veröffentlichung regelmäßiger Berichte darüber, wie die Organisation ihre allgemeinen und besonderen Pflichten zur Förderung der Gleichbehandlung erfüllt, oder über die tatsächlichen Auswirkungen ihrer Gleichstellungspolitik auf die benachteiligten Gruppen.



Die Bedeutung von allgemeinen und besonderen Pflichten ist daher, dass die öffentlichen Einrichtungen nicht nur verpflichtet sind, diskriminierende Handlungsweisen zu vermeiden oder ein Problem bei einer entsprechenden Beschwerde zu lösen, sondern aktiv die Chancengleichheit für alle ungeachtet deren Gruppenzugehörigkeit fördern müssen.

Durchsetzungsmechanismen

Anders als positive Maßnahmen, die im Ermessen der öffentlichen Einrichtungen liegen, sind positive Pflichten, die in Rechtsvorschriften aufgenommen wurden, zwingend und Personen können sie einklagen. Dementsprechend ist ein wichtiges Ergebnis der Aufnahme von positiven Pflichten in einzelstaatliche Rechtsvorschriften, dass eventuelle Opfer von Diskriminierungen die Möglichkeit haben, genau zu wissen, was sie von öffentlichen Einrichtungen erwarten können, wohingegen Dokumente, in denen allgemeine Pläne oder Leitfäden enthalten sind, der breiten Öffentlichkeit meistens nicht bekannt und rechtlich nicht bindend sind. Außer einzelnen Personen, die sich wegen einer Diskriminierung beschweren können, können auch die Gleichbehandlungsstellen dafür verantwortlich sein, zu überwachen, ob die öffentlichen Einrichtungen ihren positiven Verpflichtungen mit der Vorlegung von Berichten, ad hoc-Audits oder Inspektionen, die sie durchführen können, nachkommen. Wenn also geeignete Durchsetzungsmechanismen eingesetzt werden, bleiben positive Pflichten nicht nur Wunschdenken oder leere Versprechungen, sondern werden zu gesetzlichen Verpflichtungen, die von den Gerichten durchgesetzt werden können.

Fragen:

- *Gibt es in Ihrem Land Rechtsvorschriften über positive Maßnahmen, mit denen die Bestimmungen der Richtlinien umgesetzt werden? Wenn ja, sind diese freiwillig oder gibt es eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen?*
- *Wird dabei ein Unterschied bezüglich der geschützten Merkmale gemacht? Bitte führen Sie einige Beispiele für gute politische Maßnahmen, Verfahren und Programme an, die von der Regierung, öffentlichen oder privaten Akteuren in Ihrem Land angenommen wurden.*
- *Halten Sie diese für wirksam um eine bereits seit langem andauernde benachteiligende Behandlung einer geschützten Gruppe zu beheben?*
- *Sollten in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften positive Verpflichtungen auferlegt werden? Bitte geben Sie Beispiele für positive Pflichten in Ihrem Land und erläutern Sie, wie diese funktionieren.*