

# DISKRIMINIERUNG NACHWEISEN

ERA-Seminar, Mailand 5.10.2023

Rechtsanwalt Alberto Guariso

[www.studiodirittielavoro.it](http://www.studiodirittielavoro.it)

1

1

## Ist die Verteilung der Beweislast eine "Prozesstechnik"?

- Selbst wenn dies der Fall wäre, müsste sie unter Heranziehung des EU-Rechts beurteilt werden.
- ...die nicht in prozessuale Regeln eingreift, aber **Abhilfemaßnahmen (als Ganzes)** fordert, die wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind; dazu gehören auch gerichtliche Instrumente.
- Eine angemessene Verteilung der Beweislast gehört sicherlich in den Bereich der **ABHILFEMAßNAHMEN**
- Siehe Art. 17, Richtlinie 2006/54; Art. 7 Richtlinie 2000/43, Art. 9 Richtlinie 2000/78; Art. 8 Richtlinie 2004/113; Art. 14 Richtlinie 2023/970
- (Richtlinie 2023/970).
- *"Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass allen Arbeitnehmern, die sich durch die Nichtanwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts in ihren Rechten für verletzt halten, nach einer etwaigen Schlichtung gerichtliche Verfahren zur **Durchsetzung der Rechte und Pflichten** im Zusammenhang mit dem Grundsatz des gleichen Entgelts zur Verfügung stehen, **auch wenn das Beschäftigungsverhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, beendet ist.**" Richtlinie 2023/970 fügt "LEICHT ZUGÄNGLICHE VERFAHREN" hinzu.*

2

2



- Erfordert das EU-Recht daher ein "besonderes Verfahren"?
- Nicht unbedingt (in Italien beispielsweise gibt es für nicht privatisierte Beamte kein besonderes Verfahren).
- Aber es erfordert sicherlich ein gerichtliches Verfahren, das "*darauf abzielt...*"; **die Entscheidung über die Verteilung der Beweislast ist "*darauf abzielend...*".**
- Aber das ist noch nicht alles. Die Frage der Beweisführung ist **keine** Frage der Prozesstechnik, sondern des **materiellen Rechts**
- In der Tat ....

3

3



***Gleichheit braucht keine Rechtfertigung, nur für Ungleichheit muss es einen Grund geben (Isahia Berlin)***

- Dass in Diskriminierungsfragen ein **anderes** als das übliche Prüfungsschema vorgesehen ist, hängt mit der **zentralen Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes zusammen**, der ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist.
- Wenn Gleichheit die Regel ist, muss der **Unterschied** erklärt, bewiesen und gerechtfertigt werden.

4

4

- **Eine Bestätigung im italienischen Recht:**

die Beweisregeln sind nicht vom Ritus abhängig. Siehe *Cass. 5. Juni 2013 Nr. 14206*; *Cass. 26.2.2021 Nr. 5476*.

- **Eine Bestätigung im EU-Recht**

"Das Bemühen um Effektivität, das der Richtlinie 75/117 zugrunde liegt, muß dazu führen, diese dahin auszulegen, daß sie Änderungen der nationalen Beweislastregeln in den Sonderfällen impliziert, in denen solche Änderungen für die wirksame Durchführung des Gleichheitsgrundsatzes unerlässlich sind." (EuGH, *Danfoss*, C-109/88, Urteil vom 17.10.1989, Randnr. 14)

"Den Arbeitnehmern stünden nämlich keine Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn das Vorbringen von Tatsachen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen, nicht dazu führen würde, daß dem Arbeitgeber der Nachweis auferlegt wird, daß der Unterschied im Entgelt in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist" (EuGH, *Enderby*, C-127/92, Urteil vom 27.10.1993, Randnr. 21)

- **Ohne ein anderes Beweislastregime keine Gleichstellung möglich**

5

5

## Die Grundsätze der Richtlinien

"Die Mitgliedstaaten ergreifen im Einklang mit dem System ihrer nationalen Gerichtsbarkeit die erforderlichen Maßnahmen, nach denen dann, wenn Personen, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert halten und bei einem Gericht bzw. einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat."

- So Art. 19 Richtlinie 2006/54
- So sind Art. 8 Richtlinie 2000/43, Art. 10 Richtlinie 2000/78, Art. 9 RL 2004/113 (nach denen die Vorschrift **auch für Klagen von Einrichtungen und Vereinigungen im Sinne der Richtlinie** gilt).

6

6

## Definitionen und Fragen - 1

- Die Vermutung ist der logische Mechanismus, durch den bekannte Tatsachen auf die unbekanntere Tatsache zurückgeführt werden. Was aber ist die "unbekanntere Tatsache", die durch Vermutungen gesichert werden soll?
- **Nicht** Benachteiligung, **nicht** Zugehörigkeit zu einer geschützten Gruppe: Der Beweis hierfür obliegt dem Kläger nach den allgemeinen Regeln (Cass.3361/2023).
- **Der Zusammenhang zwischen beiden (d. h., dass der Nachteil "aufgrund" der Mitgliedschaft eingetreten ist) ist Gegenstand der Vermutung.**
- Sobald "die Tatsachen, aus denen sich ..." ergeben, dargelegt sind, verlagert sich die Beweislast auf den Beklagten.
- (Anm.: manchmal ist sogar der Nachweis einer Benachteiligung nicht einfach - siehe EuGH-Rechtssache *Minoo Schuch-Ghannadan* 3.10.19 C-274/18, nachfolgend *Minoo*)

7

7

## Definition und Fragen - 2

- Der Punkt, an dem sich die Last verlagert, bleibt den nationalen Rechtsvorschriften überlassen, die den statistischen Nachweis verbessern können (EuGH *Minoo* Rn. 46; *Kelly* Rn. 31)
- Es handelt sich um eine **asymmetrische Last: Der Arbeitgeber trägt die volle Beweislast**, d. h. er muss nachweisen, dass die Entscheidung "*mit den gleichen Parametern für jeden Arbeitnehmer ohne den Risikofaktor getroffen worden wäre, der sich in der gleichen Lage befunden hätte*" (Cass. 1/2020).
- Es ist nicht erforderlich, dass die "*Tatsachen, aufgrund derer angenommen werden kann, dass...*" jede mögliche Bedeutung ausschöpfen und mit einer anderen Schlussfolgerung unvereinbar sind: es ist ausreichend, dass der Zusammenhang nach den Regeln der allgemeinen Erfahrung am plausibelsten ist. Es kann eine "*Unsicherheitsspanne*" bestehen (Cass. 1/2020); ein "*Anschein einer Diskriminierung*" ist ausreichend (EuGH *Minoo*, Rn. 51).
- Die Verwendung des Plurals ("*Tatsachen*") erfordert nicht, dass es sich um mehr als eine "Tatsache" handelt (der Kassationshof 14206/2013 hält dies jedoch unter Verweis auf das Gleichstellungsgesetz für erforderlich)

8

8

## Definition und Fragen - 3

- Sind "Aussagen" ein Beweismittel? **JA** (EuGH *Chez Rn.* 80 ff.), die "soziale Stigmatisierung" der geschützten Gruppe kann zum Nachweis der Verbindung beitragen.
- Ist die "Falschheit" des angegebenen Grundes ein Beweiselement? **JA**, siehe im Fall des Entlassungsgrundes
- Sind statistische Daten ein Element, um die Vermutung zu begründen? Sicherlich **JA**, auch wenn es in den Richtlinien nicht genannt wird (EuGH *Minoo*, Rn. 46); das italienische Rechtssystem zitiert es viel zu oft (siehe z.B. Art. 28, Absatz 4, Decreto Legislativo 150/2011: "...tatsächliche Elemente, auch aus statistischen Daten abgeleitet...")
- **Doch wie aussagekräftig ist diese Statistik?**

9

9

## Statistische Daten - 1

- **Kassationsgerichtshof 5.6.2013 Nr. 14206 = "Überschätzung" der statistischen Daten:** *"Der Verweis auf die statistischen Daten ist bezeichnend für die Ernsthaftigkeit, die die Elemente kennzeichnen muss, auf die sich die probabilistischen Überlegungen stützt (ein statistischer Beweis muss nämlich, auch wenn er nicht durch eine wissenschaftliche Strenge gekennzeichnet ist - cui resisteri non potest -, im Hinblick auf die globale Überprüfbarkeit der Ergebnisse durch eine klare Erläuterung der Nachweismethoden, durch die objektive und quantitative Messung der Phänomene und durch klare Darstellungsweisen der Informationen gekennzeichnet sein).*

10

10

## Statistische Daten - 2

Kassationsgerichtshof 7.3.2022 Nr. 7415 = Entwertung statistischer Daten "es ist nicht vorgesehen, dass die Daten eine unabhängige Beweisquelle werden können";

Oder Cass. 3.2.23 Nr. 3361: Aufhebung des Urteils, weil es eine Zahl von 1 bis 200 nicht berücksichtigt hatte.

Oder Trib. Rom decr. 23.3.2022 ITA/AIRWAYS: Gesamtschwangerschaftsrate und Prozentsatz der schwangeren Frauen unter den Rekruten

Oder Trib. Milano 12.6.2023: Nichtverlängerung von befristeten Verträgen, 1 von 3

- Und nun? Ein variabler Effekt, aber drei Gewissheiten:

1) **Vermeiden Sie das "Regenschirm-Paradoxon"**. Korrelation bedeutet nicht Kausalität; es kann sich um eine ZUFÄLLIGE Korrelation handeln (siehe Grafik unten).

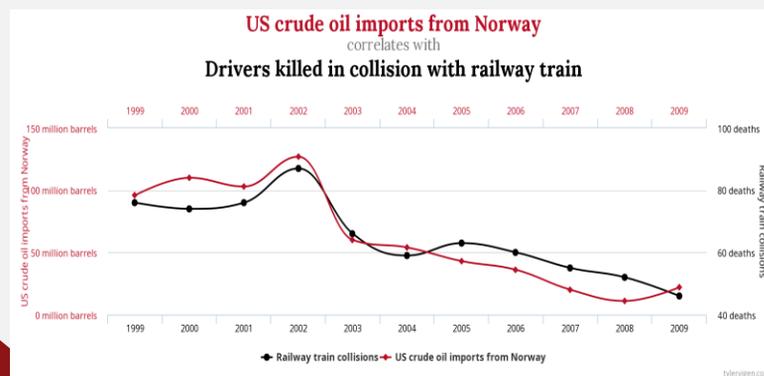
"Es ist erforderlich, dass die statistischen Daten keine rein zufälligen oder zyklischen Phänomene widerspiegeln und dass sie im Allgemeinen signifikant erscheinen" (EuGH 3.10.2019 C-274/18)

11

11

## Korrelation, Verursachung, Kausalität

- Ölimporte aus Norwegen und die Entwicklung der Kollisionen zwischen Auto und Zug".



12

## Statistische Daten - 3

Es bedeutet nicht, dass wir eine **kausale Korrelation** finden müssen: Es handelt sich um eine "objektive" Korrelation (der Prozentsatz der Frauen in Teilzeitbeschäftigung ist höher, aber das bedeutet nicht, dass die Tatsache, eine Frau zu sein, die "Ursache" für die Benachteiligung ist); es **kann also etwas weniger als kausal sein**: die Korrelation darf jedoch nicht "zufällig oder konjunkturell" sein

### 2) Was zählt, ist der Unterschied.

Der prozentuale Anteil der Mitglieder der geschützten Gruppe, der benachteiligt bleibt, kann auch gering sein, relevant ist der **UNTERSCHIED** zum prozentualen Anteil der Mitglieder der ungeschützten Gruppe (wiederum EuGH *Minoo*, Rn. 47).

- Z.B. der Fall der Anforderungen an den Langzeitaufenthalt im Zusammenhang mit dem Faktor Staatsangehörigkeit.

13

13

## Statistische Daten - 4

### 3) Was ist, wenn die Daten nicht vorhanden oder schwer zu finden sind?

Die Verpflichtung, sie zu erbringen, um den "Anschein einer Diskriminierung" zu beweisen, wird "unterlaufen", denn wenn "unmögliche Beweise verlangt würden, würde die nützliche Wirkung der Richtlinie untergraben" (EuGH *Minoo*, Rdnr. 57).

*Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 ist, damit ihre praktische Wirksamkeit gewährleistet ist, dahin auszulegen, dass ein Arbeitnehmer, der sich durch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für beschwert hält, den Anschein einer Diskriminierung mit allgemeinen statistischen Daten über den Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaats glaubhaft machen kann, wenn von ihm, weil Daten speziell über die relevante Gruppe der Arbeitnehmer schwer zugänglich oder überhaupt nicht verfügbar sind, nicht erwartet werden kann, dass er solche Daten vorlegt.* (Minoo Kunstgriff)

Im italienischen Recht wurde dies mit dem Grundsatz der "Beweisnähe" übersetzt.

14

14

## Die Nähe des Tests

*"Dieser Grundsatz beruht auf der Überlegung, dass eine Partei häufig auf - oft unüberwindbare - Schwierigkeiten stoßen kann, ihrer Beweislast nachzukommen, die daher konkret unter Berücksichtigung der Möglichkeit der einen oder der anderen Partei, Tatsachen und Umstände zu beweisen, die in ihren jeweiligen Wirkungskreis fallen, verteilt wird, und dient dem Zweck, das Verfahren zu erleichtern und effizient zu gestalten, indem der Mangel an Beweisen durch Indizien- und Vermutungskriterien ausgeglichen wird, die die schwächere Partei gegenüber der Partei, die sich in der Nähe der Beweisquelle und in einer strategisch privilegierten Position befindet, geltend machen kann, um das Gleichgewicht der Positionen zwischen den Streitparteien wiederherzustellen, um ein faires und gleichberechtigtes Verfahren zwischen den Streitparteien gemäß Art. 111 Grundgesetz und Art. 47 Charta von Nizza (= Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und auf einen unparteiischen Richter) zu garantieren. **Kass. 26.2.2021 Nr. 5476***

15

15

## Beachte: die Anomalie des italienischen Rechtssystems

Bei allen Diskriminierungsmerkmalen ist die Umsetzung der Richtlinien korrekt und in Art. 28 dlgs 150 enthalten (2011 ("*Tatsachen ..., die vermuten lassen, dass...*")

Bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in der Beschäftigung (Artikel 40 des Gleichstellungsgesetzes) weicht die Formel ab: "*Tatsachen, die geeignet sind, die Vermutung einer Diskriminierung **genau und schlüssig** zu begründen...*".

Bei der Umsetzung der Richtlinie 2023/970 wird Italien jedoch den allgemeinen Wortlaut der Lohnrichtlinien anwenden müssen.

16

16

## Zwei neue Themen: (1) Diskriminierung durch "Nichtinformation"

- Art. 18(2) Richtlinie 2023/970  
*Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass in Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren in Bezug auf mutmaßliche unmittelbare oder mittelbare Entgeltdiskriminierung, die Fälle betreffen, in denen der Arbeitgeber Pflichten im Zusammenhang mit der Entgelttransparenz nach den Artikeln 5, 6, 7, 9 und 10 nicht erfüllt hat, der Arbeitgeber nachweisen muss, dass keine derartige Diskriminierung vorliegt.*
- Art. 5 = Information der Bewerber vor der Einstellung
- Art. 6 = Unterrichtung aller Arbeitnehmer über die Kriterien für die Festsetzung der Vergütung und des wirtschaftlichen Aufstiegs
- Art. 7 = Information der Arbeitnehmer (durch Gewerkschaften oder Gleichstellungsstellen) über das durchschnittliche Lohnniveau
- Art. 9 = Information über das Lohngefälle an Gewerkschaften, Aufsichtsbehörde, Gleichstellungsstellen.
- Art. 10 = Verpflichtung zur gemeinsamen Bewertung mit den Gewerkschaften
- Eine Umkehrung kann also in vielen Fällen erfolgen

17

- Es ist viel mehr als das, was bereits in Meister C-415/10, 19.4.2012 und Kelly cit. festgestellt wurde.
- Dies unterscheidet sich von der üblichen "Umkehrung" der Beweislast. Es handelt sich um eine **ex lege Gleichstellung des Schweigens** mit einer "*Tatsache, die Anlass zu einer Vermutung gibt*".
- Auswirkungen im italienischen Recht ? Der Bericht über die persönliche Situation gemäß Art. 46 PCO und die Bescheinigung der Gleichstellung gemäß Art. 46bis PCO
- Absatz 2 "*findet keine Anwendung, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass der Verstoß offensichtlich **unbeabsichtigt** und **geringfügig** war*".
- Aber ist es nicht zu riskant, allein wegen der Nichtbereitstellung von Informationen vor Gericht zu gehen? Siehe Art. 22 der Richtlinie: Das Gericht muss in der Lage sein zu beurteilen, ob der Kläger bei "vernünftigen Gründen" für die Klageerhebung von den Kosten der Gegenpartei befreit werden sollte.

18

## 2. Diskriminierung aufgrund des Fehlens angemessener Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen.

Das Fehlen angemessener Vorkehrungen stellt eine Diskriminierung dar (Richtlinie 2003/78 Art. 5, UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen Art. 2)

Die Grundsätze des Conejero-Urteils **4.7.2013 C-312/2011** und des **Kassationshofs 31.3.2023 Nr. 9095**: Die Gewährung einer gleichen Höchstdauer des Urlaubs wegen Krankheit stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund einer Behinderung dar und kann nur nach den für "Rechtfertigungsgründe" festgelegten Kriterien zugelassen werden

Die Beweislast für den Rechtfertigungsgrund liegt daher bei dem Beklagten.

Doch wie wirkt sich die Beweislastumkehr auf den Kläger aus?

19

- Der Nachweis des Vorliegens einer Behinderung ist ein vollwertiger Beweis zugunsten des Klägers (der Begriff der Behinderung ist jedoch derjenige der Richtlinien, er erfordert keine formale Bescheinigung).
- Nachweis der Benachteiligung: *dito*.
- Andererseits ist der Nachweis der "Kenntnis des Arbeitgebers von der Behinderung" nicht erforderlich (so **Kassationsgerichtshof 31.3.2023 Nr. 9095**), da die Diskriminierungsverbote objektiv wirken.
- Aber gilt gleiche Grundsatz auch, wenn der Kläger das Fehlen angemessener Vorkehrungen unter Berufung auf KH Danmark 11.4.2013 C-335/11 einwendet. ?
- Können angemessene Vorkehrungen von einem Arbeitgeber verlangt werden, der keine Kenntnis von der Behinderung hat?
- Offene Fragen.

20

