



DISKRIMINIERUNG BEWEISEN: BEWEISLASTUMKEHR UND ZUGANG ZU BEWEISMITTELN

Tom Brown

Kontext

1. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist EU-weit verankert, doch Gleichheit für alle ist noch keine Realität. Einige Statistiken aus dem Jahr 2012 zeigen das Ausmaß des Problems:
 - a. Betrachtet man die Wirtschaft in der Europäischen Union insgesamt lag der Bruttostundenlohn der Frauen durchschnittlich 16,4 % unter dem der Männer;¹
 - b. In Polen beispielsweise verdienen Frauen zwischen 5,8 % und 15,1 % weniger als Männer, wobei die Situation für Frauen über 65 Jahren am schlechtesten ist;² und
 - c. Diese Wechselbeziehung zwischen Alter, Geschlecht und Verdienst entspricht schließlich dem allgemeinen Muster in der EU.³
2. Die substanziellen Rechte zur Gewährleistung von Gleichheit in der EU sind bedeutungslos, wenn sie nicht auf Beweisaufnahme- und Verfahrensregeln basieren, die Einzelnen die Durchsetzung ihrer Rechte erleichtern. Die wohl wichtigsten Regeln in diesem Zusammenhang betreffen die Beweislast und den Zugang zu Beweismitteln.
3. Diese Abhandlung beschäftigt sich mit der Frage, wie die EU den Balanceakt zwischen Autonomie der Mitgliedstaaten und Gewährleistung eines wirksamen Schutzes gegen Diskriminierung zu meistern versucht.

Welche Nachweishürden bestehen in Diskriminierungsfällen?

¹ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics

² http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=earn_gr_gpgr2ag&lang=de

³ Ibid.

4. Theoretisch sind Beweislastregeln nichts anderes als Regeln dafür, wer in Fällen mit ausgewogener Beweislage gewinnt. In der Praxis ist dieses Thema jedoch tendenziell komplexer.
5. Im Allgemeinen sehen die Beweislastregeln in Zivilverfahren der EU (und der Mitgliedstaaten) vor, dass ein Kläger sein Vorbringen glaubhaft machen muss. Diskriminierung auf diese Art nachzuweisen, kann jedoch im Vergleich zu anderen Zivilklagen schwierig sein.
6. Für das Verständnis von Funktion und Zweck der Regeln zu Beweislast und Beweismittelzugang, sollte man sich darüber im Klaren sein, welche Hürden Kläger in Diskriminierungsstreitsachen zu bewältigen haben.
7. Die häufigste Schwierigkeit, mit der Kläger in Klagen wegen unmittelbarer Diskriminierung konfrontiert sind, ist das Fehlen eindeutiger Beweise für eine weniger günstige Behandlung *aufgrund* der relevanten geschützten Merkmale. Diese Situation ist darauf zurückzuführen, dass:
 - a. Die Einzelnen die Diskriminierung wahrscheinlich nicht zugeben oder, ohne es zu merken, von unbewussten Vorurteilen oder stereotypen Ansichten beeinflusst werden. Lord Browne-Wilkinson hat dies in der bekannten Rechtsache *Glasgow City Council gegen Zafar*⁴ im Oberhaus des Vereinigten Königreichs wie folgt auf den Punkt gebracht:

Bei nach [den Rechtsvorschriften zum Verbot von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der Rasse] erhobenen Klagen bestehen besondere Beweisschwierigkeiten für den Kläger, da die Urheber von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der Rasse ihre Vorurteile in der Regel nicht propagieren; in der Tat sind sie sich derer möglicherweise nicht einmal bewusst.
 - b. Kläger häufig auf die Behandlung anderer Personen ohne das entsprechende geschützte Merkmal hinweisen müssen, um ihre Behauptung, sie hätten aufgrund des geschützten Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfahren, glaubhaft zu machen. Diese Informationen werden sich in der Regel nicht in ihrem Besitz befinden. Eine Frau, die beispielsweise den Verdacht hat, eine geringere Prämie als ihr männlicher Kollege erhalten zu haben, wird gewöhnlich keinen Zugang zu detaillierten Informationen über dessen Entgelt oder Leistung haben.
8. Bei Klagen wegen mittelbarer Diskriminierung besteht ein anderes Problem. Eine Klägerin, die dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, feststellen kann, die einen Nachteil für sie bedeuten, wird nur Erfolg haben, wenn sie

⁴ [1998] ICR 120.

nachweisen kann, dass andere Personen, die über dasselbe geschützte Merkmal verfügen, ebenso benachteiligt werden könnten. Auch in diesem Fall werden sich die zum Beweis dieser Benachteiligung einer Gruppe notwendigen Informationen häufig in den Händen des Arbeitgebers befinden oder es wird gar erforderlich sein, dass der Arbeitgeber diese Informationen aktiv zusammensucht bzw. zusammenstellt. Zum Beispiel könnte die verpflichtende Einführung eines flexiblen Schicht-Dienstes für Lokführer über 24 Stunden am Tag Frauen aufgrund ihrer traditionellen Rolle in der Kinderbetreuung benachteiligen, doch um dieses Argument geltend zu machen, dürfte eine Klägerin in der Regel anhand von Beweisen aufzeigen müssen, welcher Anteil der Belegschaft der Bahngesellschaft diese Anforderung erfüllen kann.

9. Schließlich wird ein Kläger, in Fällen, in denen ein Unternehmen eine dem ersten Anschein nach diskriminierende Behandlung zu rechtfertigen versucht, vor der Aufgabe stehen, die Verteidigung mit begrenzter unmittelbarer Kenntnis der relevanten Fakten aufzuweichen bzw. herauszufordern. Ein Arbeitgeber, der das zwingende Ausscheiden im Alter von 65 Jahren zu rechtfertigen versucht, wird sich beispielsweise auf einen Einwand der gerechtfertigten Ungleichbehandlung stützen, der lautet, dass ein solcher Schritt erforderlich ist, um die jüngeren Generationen von Arbeitnehmern zum Aufstieg durch die Ränge zu ermutigen. Die Beweismittel zur Stützung dieses Vorschlags werden in erster Linie auf Erfahrungen und Beobachtungen des Arbeitgebers beruhen.

Wie hat die EU auf diese Herausforderungen reagiert?

10. Die EU hat sich bemüht, diesen Problemen auf zweierlei Arten entgegenzuwirken:

- (1) durch eine Umkehr der Beweislast und
- (2) durch den Versuch, die Offenlegungsvorschriften zu beeinflussen.

A. Umkehr der Beweislast

Frühe Rechtsprechung

11. In der frühen Rechtsprechung des EuGH wurde anerkannt, dass der Nachweis von Diskriminierung für Kläger besonders schwierig sein kann. Als Reaktion auf diesen Umstand wurde das Konzept der Beweislastumkehr entwickelt, das durch die beiden grundlegenden Rechtssachen *Danfoss*⁵ und *Enderby*⁶ verdeutlicht wird.
12. *Danfoss*: In dieser dänischen Rechtssache wurde nachgewiesen, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer in einem bestimmten Unternehmen um 6,85 % niedriger war als das der männlichen Arbeitnehmer. Aufgrund der mangelnden Durchschaubarkeit des Entlohnungssystems war es den Klägerinnen jedoch nicht

⁵ C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark gegen Dansk Arbejdsgiverforening, handelnd für Danfoss*, Slg. 1989, 3199

⁶ C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby gegen Frenchay Health Authority und Secretary of State for Health*, Slg. 1993, I-5535

möglich, den endgültigen Beweis dafür zu erbringen, dass ihre Vergütung in Bezug auf jeden Bestandteil geringer war.

13. Der EuGH stellte fest, dass die Beweislast unter solchen Umständen zunächst bei der Klägerin liege, die nachzuweisen habe, dass ein relativ großer Anteil der weiblichen Arbeitnehmer ein geringeres durchschnittliches Entgelt erhält als die männlichen Arbeitnehmer, sich dann aber auf den Arbeitgeber umkehre, der nachzuweisen habe, dass keine Diskriminierung vorliege. Die Begründung für diesen Ansatz lautete, dass den weiblichen Arbeitnehmern ein *wirksames* Mittel zur Verfügung gestellt werden müsse, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen. Im Folgenden werden die wichtigsten Passagen des Urteils aufgeführt:

13. Wenn ein System individueller Lohnzulagen streitig ist, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, können die weiblichen Arbeitnehmer außerdem nur einen Unterschied zwischen durchschnittlichen Entgelten nachweisen. Ihnen stünde kein wirksames Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Grundsatzes des gleichen Entgelts vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn dieser Nachweis nicht dazu führen würde, dem Arbeitgeber die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass seine Lohnpolitik in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist.

14. Schließlich müssen die Mitgliedstaaten nach Artikel 6 der Richtlinie 75/117 nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Verhältnisse und ihrer Rechtssysteme die Maßnahmen treffen, die erforderlich sind, um die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu gewährleisten. 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.

15. Der Arbeitgeber muss zum Beweis dafür, dass seine Lohnpolitik die weiblichen Arbeitnehmer nicht systematisch benachteiligt, angeben, wie er die Zulagekriterien angewandt hat, und wird auf diese Weise dazu veranlasst, sein Entlohnungssystem durchschaubar zu machen.

16. Daher ist auf die Fragen 1 a und 3 a zu antworten, dass die Richtlinie 75/117 in dem Sinne auszulegen ist, dass, wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem angewandt wird, dem jede Durchschaubarkeit fehlt, dem Arbeitgeber der Nachweis obliegt, dass seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern der weibliche Arbeitnehmer auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der weiblichen Arbeitnehmer niedriger ist als das der männlichen Arbeitnehmer.

14. *Enderby*: In dieser englischen Rechtssache wurde nachgewiesen, dass Logopäden, die hauptsächlich Frauen seien, ein niedrigeres Entgelt vom National Health Service (NHS) erhielten als Apotheker, die überwiegend Männer seien. Die Klägerinnen konnten

jedoch in einem weiteren Schritt nicht nachweisen, dass die unterschiedliche Entlohnung auf Diskriminierung beruhte.

15. Der EuGH befand, dass aufgrund dieser Fakten dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung vorliege und sich die Beweislast daher auf den NHS umkehre, der nachzuweisen habe, dass keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt sei. Auch in diesem Fall wurde der Ansatz damit begründet, dass den weiblichen Arbeitnehmern ein wirksames Mittel zur Verfügung gestellt werden müsse. Im Folgenden werden die relevanten Passagen des Urteils aufgeführt:

13. Grundsätzlich hat derjenige, der sich zur Stützung eines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese zu beweisen. Die Beweislast für das Vorliegen einer Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts trifft daher grundsätzlich den Arbeitnehmer, der sich diskriminiert glaubt, und deshalb gegen seinen Arbeitgeber Klage auf Beseitigung dieser Diskriminierung erhebt.

...

16. Wenn das Entgelt für die Logopädenstellen jedoch erheblich niedriger ist als das für Apothekerstellen und wenn die erstgenannten fast ausschließlich mit Frauen, die letztgenannten aber hauptsächlich mit Männern besetzt sind, so liegt dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts jedenfalls dann vor, wenn die beiden Tätigkeiten gleichwertig sind und die statistischen Angaben über diese Lage aussagekräftig sind.

...

18. Wenn der erste Anschein für eine Diskriminierung spricht, hat der Arbeitgeber nachzuweisen, dass es sachliche Gründe für den festgestellten Unterschied beim Entgelt gibt. 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 (siehe entsprechend Urteil Danfoss, a. a. O., Randnr. 13).

19. Die erste Frage ist somit wie folgt zu beantworten: Wenn aussagekräftige Statistiken einen merklichen Unterschied im Entgelt zweier gleichwertiger Tätigkeiten erkennen lassen, von denen die eine fast ausschließlich von Frauen und die andere hauptsächlich von Männern ausgeübt wird, hat der Arbeitgeber kraft Artikel 119 EWG-Vertrag den Nachweis zu erbringen, dass dieser Unterschied durch Faktoren sachlich gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

Die Richtlinien

16. Die EU beschloss, die Entwicklung der Rechtsprechung in geschriebenes Recht umzusetzen. Die erste Richtlinie, die sich ausdrücklich mit der Beweislast bei Diskriminierung beschäftigte, wurde im Dezember 1977 eingeführt und betraf lediglich

Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Die mittlerweile aufgehobene⁷ Richtlinie 97/80/EG enthielt folgende Passage:

Artikel 4

Beweislast

1. 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.*

2. Diese Richtlinie lässt das Recht der Mitgliedstaaten, eine für die klagende Partei günstigere Beweislastregelung vorzusehen, unberührt.

(Hervorhebung hinzugefügt)

17. Diese Artikel beruhen auf dem Grundsatz der Wirksamkeit, der in den Erwägungsgründen der Richtlinie wie folgt dargelegt wird:

(17) Der klagenden Partei stünde unter Umständen kein wirksames Mittel zur Verfügung, um die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vor den nationalen Gerichten durchzusetzen, wenn der Beweis des Anscheins einer Diskriminierung nicht dazu führte, dem Beklagten die Beweislast dafür aufzuerlegen, dass sein Verhalten in Wirklichkeit nicht diskriminierend ist

(18) ...dass eine Änderung der Regeln für die Beweislastverteilung geboten ist, wenn der Anschein einer Diskriminierung besteht, und dass in solchen Fällen zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich ist

18. Die derzeit geltenden Richtlinien enthalten Bestimmungen mit identischem Wortlaut:

- a. Artikel 8 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft („Antirassismusrichtlinie“);
- b. Artikel 10 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf („Rahmenrichtlinie“); und
- c. Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und

⁷ Per 15. August 2009 durch die Neufassungsrichtlinie.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) („Neufassungsrichtlinie“).

19. Es ist zweifellos so, dass die in diesen Richtlinien vorgesehene Umkehr der Beweislast in den Mitgliedstaaten tatsächlich Biss hat. Die Mitgliedstaaten sind gezwungen, ihre üblichen Verfahrensvorschriften entsprechend anzupassen. Das Recht der Mitgliedstaaten, eine günstigere Beweislastregelung vorzusehen, bleibt davon jedoch unberührt.

Stufe 1: Welche Beweise sind in der Praxis für die Umkehr der Beweislast erforderlich?

20. Das Konzept der Beweislastumkehr ist leicht zu verstehen. Die praktische Anwendung dieses Vorgangs ist jedoch etwas ganz anderes. Was genau erforderlich ist, um den ersten Anschein einer Diskriminierung nachzuweisen, ist nicht unbedingt eindeutig.

21. Dieses Thema beschäftigt die nationalen Gerichte eigentlich tagtäglich. Unter Abwägung umfangreicher, differenzierter Beweismittel gelangen sie zu einer abschließenden Beurteilung, ob dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung vorliegt. Die Fälle, die vor den EuGH gebracht werden, zeichnen sich durch eine ungewöhnliche oder schwierige Sachlage aus. Gleichwohl ist die Rechtsprechung nützlich, da sie die zahlreichen Umstände aufzeigt, unter denen der erste Anschein einer Diskriminierung glaubhaft gemacht werden kann.

22. **Vergleichbarkeit:** Die Rechtssache *Brunnhofers*⁸ ist aufschlussreich. Dabei handelte es sich um ein Verfahren zur Entgeltgleichheit, das in erster Linie die Frage betraf, inwiefern die Situation bestimmter Klägerinnen mit der männlicher Kollegen vergleichbar ist, die nach dem gleichen Kollektivvertrag angestellt sind. Der interessante Aspekt, der aus diesem Fall hervorgeht, ist jedoch, dass es grundsätzlich für eine Umkehr der Beweislast ausreichend ist, wenn eine Frau glaubhaft machen kann, dass ihre Situation mit der eines Mannes „vergleichbar“ ist und sie ein niedrigeres Entgelt erhält. Die relevante Passage lautet wie folgt:

Zur Beweislast

51. Mit diesem Aspekt der Vorabentscheidungsfragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, welcher Partei der Beweis obliegt, dass Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen nicht das gleiche Entgelt erhalten und dass Umstände vorliegen, die diese Ungleichbehandlung objektiv rechtfertigen können.

52. Grundsätzlich hat derjenige, der sich zur Stützung eines Anspruchs auf Tatsachen beruft, diese zu beweisen. Die Beweislast für das Vorliegen einer Diskriminierung beim Entgelt aufgrund des Geschlechts trifft daher grundsätzlich den Arbeitnehmer, der sich diskriminiert glaubt und deshalb gegen seinen Arbeitgeber Klage auf Beseitigung dieser Diskriminierung erhebt (vgl. Urteil vom 27. Oktober 1993 in der Rechtssache C-127/92,

⁸ C-381/99 *Brunnhofers gegen Bank der österreichischen Postsparkasse AG*, Slg. 2001, I-4961.

Enderby, Slg. 1993, I-5535, Randnr. 13).

53. Zwar ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass die Beweislast sich umkehren kann, wenn Arbeitnehmer, die dem ersten Anschein nach diskriminiert sind, sonst kein wirksames Mittel hätten, um die Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts durchzusetzen (vgl. Urteil *Enderby*, Randnr. 14).

54. So obliegt insbesondere dann, wenn in einem Unternehmen ein Entlohnungssystem mit individuellen Zulagen zu den Mindestlöhnen angewandt wird, dem jede Transparenz fehlt, dem Arbeitgeber der Nachweis, dass seine Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern eine Arbeitnehmerin auf der Grundlage einer relativen großen Zahl von Arbeitnehmern belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der Frauen niedriger als das der Männer ist (Urteil vom 17. Oktober 1989 in der Rechtssache 109/88, *Danfoss*, Slg. 1989, 3199, Randnr. 16).

55. In einem solchen System können die Arbeitnehmerinnen nämlich die verschiedenen Bestandteile ihres Gehalts nicht mit denen ihrer männlichen Kollegen, die derselben Gehaltsgruppe angehören, vergleichen, sondern nur Unterschiede zwischen Durchschnittsgehältern feststellen, so dass sie praktisch kein wirksames Mittel hätten, die Beachtung des Grundsatzes des gleichen Entgelts zu kontrollieren, wenn der Arbeitgeber nicht angeben müsste, wie er die Zulagekriterien angewandt hat (vgl. Urteil *Danfoss*, Randnrn. 10, 13 und 15).

56. Solche besonderen Umstände liegen im Ausgangsrechtsstreit jedoch nicht vor, wo es um eine - im Übrigen unstrittige - Ungleichheit eines bestimmten Bestandteils des Gesamtentgelts geht, das ein Arbeitgeber zwei einzelnen Arbeitnehmern unterschiedlichen Geschlechts zahlt, so dass die in den vorstehenden Randnummern 53 bis 55 angeführte Rechtsprechung nicht auf den Ausgangsrechtsstreit übertragbar ist.

57. Nach den üblichen Beweisführungsregeln obliegt es daher der Klägerin, vor dem vorlegenden Gericht nachzuweisen, dass die Voraussetzungen, unter denen das Vorliegen einer nach Artikel 119 EG-Vertrag und der Richtlinie verbotenen das Entgelt betreffenden Ungleichbehandlung vermutet werden kann, erfüllt sind.

58. Es ist folglich Sache der Klägerin, mit allen rechtlich vorgesehenen Mitteln zu beweisen, dass die Beklagte ihr ein niedrigeres Entgelt zahlt als ihrem zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen und dass sie tatsächlich die gleiche oder eine gleichwertige, mit dessen Arbeit vergleichbare Arbeit verrichtet, so dass sie dem ersten Anschein nach Opfer einer nur mit dem unterschiedlichen Geschlecht erklärbaren Diskriminierung ist.

59. Entgegen der anscheinend vom vorlegenden Gericht vertretenen Auffassung muss also der Arbeitgeber nicht nachweisen, dass die Tätigkeiten der beiden betroffenen Arbeitnehmer verschieden sind.

60. Falls die Klägerin den Beweis erbringt, dass die Kriterien für das Vorliegen einer unterschiedlichen Entlohnung von Männern und Frauen sowie einer vergleichbaren Arbeit in der vorliegenden Rechtssache erfüllt sind, so spräche ein erster Anschein für eine Diskriminierung und es obläge dem Arbeitgeber, zu beweisen, dass nicht gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts verstoßen wurde.

61. Hierzu könnte der Arbeitgeber bestreiten, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des genannten Grundsatzes erfüllt sind, indem er mit allen rechtlich vorgesehenen Mitteln insbesondere nachweist, dass die von den beiden betroffenen Arbeitnehmern tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten in Wirklichkeit nicht vergleichbar sind.

62. Im Übrigen könnte der Arbeitgeber die festgestellte unterschiedliche Entlohnung durch objektive Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben, rechtfertigen, indem er beweist, dass die Zahlung einer höheren monatlichen Zulage an den zum Vergleich herangezogenen männlichen Kollegen der betroffenen Arbeitnehmerin auf einem geschlechtsunabhängigen Unterschied beruht.

23. Dieser Gedanke spiegelt sich auch in den Schlussanträgen des Generalanwalts Geelhoed wider (Nr. 20):

Sodann ist die Teilfrage der Beweislastverteilung zu untersuchen ..., so dass die Beweislast die Klägerin trifft. Mithin hat diese zu beweisen, dass eine gleiche oder gleichwertige Arbeit vorgelegen hat und dass hierfür ein ungleiches Entgelt gezahlt worden ist. Dass die Einstufung in dieselbe Tätigkeitsgruppe ein Indiz für das Vorliegen einer gleichen oder gleichwertigen Arbeit darstellen kann, enthebt denjenigen, der sich für das Opfer einer Lohndiskriminierung hält, nicht von der Verpflichtung, durch nähere Tatsachen und Umstände zu belegen, dass es im betreffenden Fall tatsächlich um gleiche oder gleichwertige Arbeit geht. Sodann ist es Sache des Arbeitgebers, nachzuweisen, dass es Gründe gibt, die das unterschiedliche Entgelt rechtfertigen können. Wie dem Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts zu entnehmen ist, sind die Umstände, die das Entgelt betreffen, selbst so klar, dass der Nachweis eines unterschiedlichen Entgelts keine beweistechnischen Probleme bereitet. Die Klägerin scheint diesen Nachweis zur Genüge erbracht zu haben ...

24. Dies zeigt, dass allein die unterschiedliche Behandlung eines Manns und einer Frau für eine Umkehr der Beweislast auf den Arbeitgeber ausreicht, *sofern Vergleichbarkeit gegeben ist*. Aus den „Vorbemerkungen“ des Urteils (Randnrn. 24 bis 31) geht hervor, dass diese Schlussfolgerung des EuGH auf dem Gleichheitssatz selbst beruht, wonach gleiche Sachverhalte gleich behandelt werden müssen, es sei denn, die Behandlung ist objektiv gerechtfertigt.
25. **Mangelnde Durchschaubarkeit:** Aus dem oben betrachteten Fall *Danfoss* geht hervor, dass die mangelnde Durchschaubarkeit eines Entlohnungssystems für die Umkehr der Beweislast ausreicht, wenn nachgewiesen wird, dass das durchschnittliche Entgelt männlicher und weiblicher Arbeitnehmer unterschiedlich ist.
26. **Berufliche Segregation:** Eine Umkehr der Beweislast findet, wie aus dem Fall *Enderby* hervorgeht, ebenso statt, wenn es in einem Unternehmen zwei Berufe gibt, von denen der eine hauptsächlich von Männern und der andere hauptsächlich von Frauen ausgeübt

wird, und das Entgelt für den „männlichen“ Beruf höher als das für den „weiblichen“ Beruf ist.

27. **Verhalten verbundener / maßgebender Parteien:** Die Rechtssache *ACCEPT*⁹ aus jüngster Vergangenheit zeigt, dass das Verhalten einer verbundenen Partei zu einer Umkehr der Beweislast führen kann. Der Mehrheitsaktionär eines rumänischen Fußballvereins hatte sich in homophober Weise geäußert, indem er sagte, dass er einen homosexuellen Spieler eher nicht einzustellen würde. Der EuGH kam zu dem Schluss, dass diese Äußerungen zu einer Umkehr der Beweislast führen könnten, obwohl das Urteil offenbar auf dem Verständnis beruht, dass der Mehrheitsaktionär dem Anschein nach eine wichtige Rolle im Management der Mannschaft spielte. Die relevante Passage lautet wie folgt:

48. Der Umstand allein, dass Äußerungen wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht unmittelbar von einem bestimmten Beklagten abgegeben wurden, schließt nämlich nicht zwangsläufig aus, dass in Bezug auf diese Partei „Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen“ im Sinne von Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie glaubhaft gemacht werden können.

49. Folglich kann ein beklagter Arbeitgeber Tatsachen, die vermuten lassen, dass er eine diskriminierende Einstellungspolitik betreibt, nicht allein dadurch widerlegen, dass er geltend macht, die Äußerungen, die eine homophobe Einstellungspolitik suggerierten, stammten von einer Person, die, obwohl sie behauptete und der Anschein bestehe, dass sie im Management dieses Arbeitgebers eine wichtige Rolle spiele, nicht rechtlich befugt sei, ihn bei Einstellungen zu binden.

50. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens stellt der Umstand, dass ein solcher Arbeitgeber sich nicht deutlich von den streitgegenständlichen Äußerungen distanziert hat, einen Faktor dar, den das angerufene Gericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung des Sachverhalts berücksichtigen kann.

28. **Historische Diskriminierung:** Der Fall *Firma Feryn NV*¹⁰ ist insofern ungewöhnlich, als der Kläger eine Organisation zur Bekämpfung von Rassismus war; es gab *keine tatsächliche Einzelperson*, die behauptete, von Firma Feryn NV aufgrund der Rasse eine weniger günstige Behandlung erfahren zu haben. Allerdings erklärte der Arbeitgeber mit folgender unklugen Äußerung, warum er keine Marokkaner einstellen würde:

„Ich muss mich nach den Forderungen meiner Kunden richten. Wenn Sie sagen, ‚ich will dieses bestimmte Produkt oder ich will es so oder so ausgeführt haben‘, und wenn ich dann sage, ‚das mache ich nicht, ich schicke diese Leute doch vorbei‘, dann werden Sie mir sagen, ‚ich brauche diese Tür nicht unbedingt von Ihnen‘. Dann kann ich mein eigenes Geschäft schließen. Wir müssen den Forderungen unserer Kunden nachkommen. Es ist nicht mein Problem, ich habe dieses Problem in Belgien nicht verursacht. Ich will, dass die Firma läuft und dass wir am Jahresende unseren Umsatz

⁹ C-81/12, *Asociația ACCEPT gegen Consiliul National pentru Combaterea Discriminării*, Slg. 2013, 0.

¹⁰ C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding gegen Firma Feryn NV*, Slg. 2008, I-5187.

erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!“

29. Der EuGH bestätigte, dass diese Bemerkungen ein Beweis für den ersten Anschein einer derzeitigen diskriminierenden Einstellungspolitik seien, wenngleich es keine Person gab, die nachweisen konnte, dass der Arbeitgeber sie aufgrund ihrer Rasse abgelehnt hat.¹¹ Diese Schlussfolgerung ist nicht besonders überraschend, wenn man bedenkt, dass die diskriminierenden Bemerkungen erst etwas mehr als ein Jahr zuvor geäußert wurden und es zu dem Zeitpunkt keine Angestellten marokkanischen Ursprungs gab. Eine interessante Frage mit Blick auf künftige Rechtsstreitigkeiten ist, ob „ältere“ Diskriminierungsvorwürfe für eine Umkehr der Beweislast ebenfalls ausreichen könnten.

Stufe 2: Wie können Arbeitgeber nach der Beweislastumkehr den Gegenbeweis führen?

30. Es könnte vorgebracht werden, dass Unternehmen, die sich in Diskriminierungsfällen zu verantworten haben, durch die Beweislastumkehr eine unfaire Verpflichtung auferlegt wird, da der „Beweis einer negativen Tatsache“ selten einfach und bisweilen unmöglich ist.

31. In den meisten Fällen ist diese Art der Kritik ungerechtfertigt, da der Arbeitgeber keine negative Tatsache, sondern vielmehr eine positive Tatsache nachweist, d. h. eine nichtdiskriminierende Erklärung für seine Handlungen abgibt. Beispielsweise kann die Klage einer Frau, die vorbringt, aufgrund ihres Geschlechts einen geringeren Bonus als ihr männlicher Kollege erhalten zu haben, leicht zu Fall gebracht werden, wenn ihr Arbeitgeber nachweisen kann, dass der männliche Kollege bessere Leistungen erbracht hat.

32. Es gibt jedoch Fälle, die weniger eindeutig sind und in denen der Arbeitgeber möglicherweise eine negative Tatsache beweisen muss. Ein gutes Beispiel ist die Rechtssache *Firma Feryn*, die oben bereits besprochen wurde. Der EuGH gelangte in diesem Fall zu dem Schluss, dass Firma Feryn BV, um die Vermutung für den ersten Anschein einer Diskriminierung aufgrund der Rasse zu widerlegen, nachweisen müsste, dass ihre tatsächliche Einstellungspolitik nicht den öffentlichen Äußerungen entsprach.¹² Da Firma Feryn BV nach ihren diskriminierenden Äußerungen keinen marokkanischen Mitarbeiter beschäftigt hatte, könnte vorgebracht werden, dass es schwer vorstellbar ist, wie Firma Feryn BV der Beweispflicht hätte nachkommen können, selbst wenn dieses Versäumnis in Wirklichkeit überhaupt nichts mit Ethnizität zu tun hatte, es sich beispielsweise kein Marokkaner um eine Stelle beworben hatte.

33. Der Fall *ACCEPT*, der ebenfalls oben besprochen wurde, zeigt jedoch, dass ein Arbeitgeber der Beweispflicht nachkommen kann, indem er einfach auf allgemeine positive Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung anstatt auf spezielle

¹¹ Urteil, Randnr. 31.

¹² Urteil, Randnr. 34.

Beispiele für Nichtdiskriminierung verweist. Der EuGH erklärte in diesem Fall, dass Äußerungen des Fußballvereins, in denen er sich von den Bemerkungen des Aktionärs distanziert, für die Erfüllung der Beweispflicht ausreichend hätten sein können. Die relevante Passage lautet wie folgt:

56. ...können die Beklagten vor den zuständigen nationalen Stellen das Vorliegen eines solchen Verstoßes bestreiten, indem sie mit allen rechtlich vorgesehenen Mitteln insbesondere nachweisen, dass ihre Einstellungspolitik auf Faktoren beruht, die mit einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung nichts zu tun haben.

57. Um die einfache Vermutung, die sich aus Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 ergeben kann, zu widerlegen, ist es nicht erforderlich, dass der Beklagte beweist, dass in der Vergangenheit Personen mit einer bestimmten sexuellen Ausrichtung eingestellt wurden; ein solches Erfordernis könnte unter bestimmten Umständen tatsächlich das Recht auf Achtung des Privatlebens verletzen.

58. Im Rahmen der Gesamtwürdigung, die das angerufene nationale Gericht dann vorzunehmen hätte, könnte der Anschein einer Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung mit einem Bündel übereinstimmender Indizien widerlegt werden. Wie Accept geltend gemacht hat, könnten zu diesen Indizien insbesondere eine Reaktion des betreffenden Beklagten im Sinne einer klaren Distanzierung von den öffentlichen Äußerungen zählen, die den Anschein einer Diskriminierung begründen, sowie die Existenz ausdrücklicher Bestimmungen im Bereich der Einstellungspolitik dieser Partei, um die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Sinne der Richtlinie 2000/78 zu gewährleisten.

34. Durch die Rechtsprechung des EuGH werden Unternehmen folglich aktiv dazu ermutigt, vorbildliche Verfahren für Chancengleichheit anzuwenden, da dies als „Schutzschild“ in künftigen Streitsachen dienen könnte.

B. Beweiserhebung

35. Meistens hilft die Umkehr der Beweislast Klägern nur, wenn sie Zugriff auf relevante Dokumente und Informationen erhalten, die andernfalls nicht in ihrem Besitz wären. Die Rechtsprechung der EU war stets unweigerlich darauf bedacht, die Autonomie der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Einführung und Umsetzung eigener Verfahren für die Beweiserhebung zu wahren. Ein Grundsatz lautete jedoch auch, dass die nationalen Gerichte die Wirksamkeit des Rechts auf Schutz vor Diskriminierung im Rahmen der Verfahrensvorschriften sicherzustellen haben; das gilt beispielsweise für die Offenlegung von Dokumenten.

36. Ein Beispiel aus jüngerer Vergangenheit ist die Rechtssache *Kelly*.¹³ Herrn Kelly wurde ein Platz in einem von einer Universität angebotenen Ausbildungskurs verwehrt. Er war der Meinung, dass er Opfer von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geworden sei. Um dieses Vorbringen glaubhaft zu machen, bat er um Einsicht in die

¹³ C-104/10 *Kelly gegen National University of Ireland (University College, Dublin)*, Slg. 2011, 0.

umfangreichen persönlichen Unterlagen der anderen Bewerber für diesen Kurs, z. B. Bewerbungsbögen, den Bewerbungsbögen beigelegte Unterlagen und Auswertungsformulare. Als diese Bitte abgelehnt wurde, argumentierte er vor dem EuGH, dass die Verweigerung der Einsichtnahme einen Verstoß gegen die Richtlinie 97/80, insbesondere Artikel 4 Absatz 1 über die Beweislast, darstelle, da er hierdurch nicht in der Lage sei, die erste Stufe der Beweislastumkehr zu erfüllen.

37. Der EuGH erklärte, dass die Richtlinie 97/80 (und infolgedessen die Richtlinien, die dieselben Bestimmungen enthalten) keinen Einsichtnahmeanspruch begründe. Er stellte jedoch des Weiteren fest, dass eine Verweigerung von Informationen Art. 4 Abs. 1 theoretisch die praktische Wirksamkeit nehmen könnte. Obwohl dies nicht ausdrücklich gesagt wird, bedeutet der Fall *Kelly* zweifellos, dass die nationalen Gerichte dafür zu sorgen haben, dass ihre Verfahrens- und Beweisaufnahmeverfahren Personen nicht daran hindern, Klagen wegen Diskriminierung zu erheben zu können. Die wichtigste Passage lautet wie folgt:

33. Es ist jedoch klarzustellen, dass mit der Richtlinie 97/80 nach ihrem Art. 1 eine wirksamere Durchführung der Maßnahmen gewährleistet werden soll, die von den Mitgliedstaaten in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes getroffen werden, damit jeder, der sich wegen Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, seine Rechte nach etwaiger Befassung anderer zuständiger Stellen gerichtlich geltend machen kann.

34. So sieht zwar Art. 4 Abs. 1 dieser Richtlinie keinen spezifischen Anspruch einer Person, die sich durch die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, auf Einsichtnahme in Informationen vor, um sie in die Lage zu versetzen, „Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen“, gemäß dieser Bestimmung glaubhaft zu machen, doch kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Verweigerung von Informationen durch den Beklagten im Rahmen des Nachweises solcher Tatsachen die Verwirklichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels beeinträchtigen und auf diese Weise dieser Bestimmung ihre praktische Wirksamkeit nehmen kann.

35. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten keine Regelung, auch strafrechtlicher Art, anwenden dürfen, die die Verwirklichung der mit einer Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben könnte (vgl. Urteil vom 28. April 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, Slg. 2011, I-0000, Randnr. 55).

38. Dieser Fall sollte in Verbindung mit dem Fall *Meister* betrachtet werden.¹⁴ Dies ist kein einfacher Fall, er zeigt jedoch, wie nuanciert der EuGH das Thema Offenlegung behandelt.

39. Frau Meister, eine russische Staatsbürgerin, wurde zwei Mal als Bewerberin für eine Stelle in Deutschland abgewiesen, ohne für ein Vorstellungsgespräch eingeladen worden

¹⁴ C-415/10 in *Galina Meister gegen Speech Design Carrier Systems GmbH*.

zu sein. Sie gelangte zu dem Schluss, dass sie aufgrund ihres Geschlechts, Alters und der ethnischen Herkunft eine weniger günstige Behandlung erfahren habe, denn sie war der Ansicht, dass sie die für die Stelle erforderlichen Qualifikationen besaß. Sie bat daher um Einsicht in die Bewerbungsunterlagen des eingestellten Bewerbers in der Hoffnung, den ersten Anschein einer Diskriminierung nachweisen zu können. Nachdem diese Bitte abgelehnt wurde, argumentierte sie vor dem EuGH, dass ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungsrichtlinien und die Artikel zur Beweislastumkehr vorliege.

40. Der EuGH schloss sich der Entscheidung im Fall *Kelly* an und stellte fest, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten die praktische Wirksamkeit der Beweislastumkehr untergraben könne.¹⁵
41. Er stellte jedoch auch die Umstände im Fall *Kelly* und die Umstände im Fall *Meister* einander gegenüber. Der EuGH wies auf Aspekte hin, die tendenziell darauf hindeuteten, dass eine Diskriminierung zu ihrem Nachteil erfolgt sei, wie die Tatsache, dass der Arbeitgeber einräumte, dass Frau *Meister* die erforderlichen Qualifikationen besaß, dass sie dennoch nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen wurde und jegliche Auskunft pauschal abgelehnt wurde.¹⁶ Der EuGH kam zu dem Schluss, dass eine Klägerin unter diesen Umständen glaubhaft vorbringen kann, Opfer von Diskriminierung geworden zu sein.¹⁷ Des Weiteren schien er zu dem Ergebnis zu gelangen, dass angesichts der Tatsache, dass *ohne Auskünfte* Glaubhaftigkeit bestand, *nicht* behauptet werden könne, dass die Beweislast praktisch unwirksam gemacht wurde. Der EuGH erklärte ferner:

45. Darüber hinaus können, wie der Generalanwalt in den Nrn. 35 bis 37 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, insbesondere auch die Tatsache herangezogen werden, dass *Speech Design* nicht bestreitet, dass die Qualifikation von Frau *Meister* den Anforderungen in der Stellenanzeige entspricht, sowie die beiden Umstände, dass der Arbeitgeber sie gleichwohl nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen hat und dass sie auch im Rahmen des neuen Verfahrens zur Auswahl unter den Bewerbern um die Besetzung der betreffenden Stelle nicht eingeladen wurde.

46. Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 und Art. 19 Abs. 1 der Richtlinie 2006/54 dahin gehend auszulegen sind, dass sie für einen Arbeitnehmer, der schlüssig darlegt, dass er die in einer Stellenausschreibung genannten Voraussetzungen erfüllt, und dessen Bewerbung nicht berücksichtigt wurde, keinen Anspruch auf Auskunft darüber vorsehen, ob der Arbeitgeber am Ende des Einstellungsverfahrens einen anderen Bewerber eingestellt hat.

47. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung jedes Zugangs zu Informationen durch einen Beklagten ein Gesichtspunkt sein kann, der im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren

¹⁵ Urteil, Randnrn. 36 bis 39.

¹⁶ Urteil, Randnr. 45.

¹⁷ Urteil, Randnr. 46.

Diskriminierung vermuten lassen, heranzuziehen ist. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, unter Berücksichtigung aller Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob dies im Ausgangsverfahren der Fall ist.

42. Mit anderen Worten kam der EuGH offensichtlich zu dem Schluss, dass es eine Klägerin in der Situation von Frau Meister, wenn es für die erste Stufe der Beweislastumkehr erforderliche Beweise gibt, schwer haben wird nachzuweisen, dass sie so beeinträchtigt ist, dass ihre EU-Rechte nicht wirksam sind, obwohl die Verweigerung von Informationen an sich für die erste Stufe der Beweislastumkehr relevant ist.
43. In den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C 394/11 *Belov gegen CHEZ Elektro Bulgaria AD* (20. September 2012) behauptete der Beschwerdeführer, der der Bevölkerungsgruppe der Roma angehört, Opfer von Diskriminierung aufgrund der Rasse zu sein, da er – außer bei Vereinbarung eines speziellen Termins – nicht in der Lage sei, seinen Haushaltsstromzähler abzulesen, weil der Stromversorger die Haushaltsstromzähler in dem von Roma bewohnten Stadtteil der bulgarischen Stadt Montana in einer Höhe von 7 m angebracht habe. In allen anderen Teilen Bulgariens würden die Stromzähler in Mannshöhe angebracht. Die Generalanwältin argumentierte, dass der Rechtsmaßstab gemäß der Antirassismusrichtlinie 2000/43 dazu führe, dass der Beklagte nachzuweisen habe, dass keine Diskriminierung erfolgt sei („Umkehr der Beweislast“), und dass dieser erfüllt sei, wenn der Beweis der Klägers die Feststellung einer Diskriminierung *erlaube*. Aus dem Beweis des Klägers müsse nicht hervorgehen, dass Diskriminierung *wahrscheinlich* sei (Nrn. 86-94). Die Forderung eines hohen Grads an Sicherheit bezüglich des Vorliegens von Diskriminierung vor der Beweislastumkehr würde ihrer Ansicht nach

90. ... dessen praktische Wirksamkeit gefährden und dazu führen, dass die Vorschrift zur Beweislastumkehr praktisch leer liefe. Ohne eine solche Beweislastumkehr würden jedoch letztlich die regulären Beweislastregeln greifen, so dass derjenige, der meint, Opfer einer Diskriminierung zu sein, alle erforderlichen Tatsachen darlegen und beweisen müsste, die seine Behauptung stützen und eine Diskriminierung mit ausreichender Sicherheit feststellen lassen.

91. Gerade um solche Schwierigkeiten zu vermeiden und die Situation des potenziellen Diskriminierungsopfers zu verbessern, wurde die Beweislastumkehr jedoch eingeführt. Sie dient der Stärkung der Position der vermeintlichen Opfer. Eine innerstaatliche Praxis, wie sie von der KZD geschildert wird, würde diesem Zweck diametral zuwiderlaufen, da ein Erfordernis der Darlegung und des Beweises von Tatsachen, die den sicheren Schluss auf eine Diskriminierung zulassen, letztlich mit der normalen Beweislastverteilung übereinstimmt. Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 würde dann keinerlei Verbesserung der prozessualen Lage vermeintlicher Diskriminierungsopfer bewirken.

92. Das von mir zugrunde gelegte Verständnis von Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 stellt auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens zulasten von CEB und CRB dar. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der Regelung zur Beweislastumkehr in allen Antidiskriminierungsrichtlinien eine Lösung gewählt, die zu einem gerechten

Ausgleich zwischen den Interessen des Diskriminierungsopfers und denen seines jeweiligen prozessualen Gegners führt (64). Insbesondere wird durch diese Regelung die Beweislast des vermeintlichen Diskriminierungsopfers nicht vollständig beseitigt, sondern nur modifiziert.

93. Sicherlich mag die Beweislastumkehr im vorliegenden Fall dazu führen, dass CEB und CRB im Ausgangsverfahren Ausführungen zur Rechtfertigung einer möglicherweise schon längere Zeit zurückliegenden geschäftspolitischen Entscheidung machen müssen, die Stromzähler in den Roma-Bezirken anders zu befestigen als normalerweise in Bulgarien üblich. Eine solche Darlegungslast ist aber nur sachgerecht, weil die diesbezüglichen Informationen aus der Sphäre und dem Verantwortungsbereich eben dieser Unternehmen bzw. ihrer Rechtsvorgänger stammen. Im Übrigen hat das Verteilungsunternehmen im Ausgangsverfahren die Ursachen für die besondere Art der Befestigung der Stromzähler in den beiden betroffenen Stadtteilen als „allgemein bekannt“ bezeichnet (65), so dass es ihm nicht schwer fallen dürfte, Ausführungen zur Rechtfertigung dieser Maßnahmen zu machen.

94. Insgesamt reicht es somit für eine Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 aus, dass Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten, Tatsachen glaubhaft machen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen.

44. Im Januar 2013 erklärte der Gerichtshof das Vorabentscheidungsersuchen für unzulässig, sodass nicht weiter über diese Angelegenheit entschieden wurde.
45. Der EuGH beschäftigte sich jedoch erneut mit der Frage unzugänglicher Stromzähler in der Rechtssache C-83/14 *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD gegen Komisia za zashtita ot diskriminatsia*. Anelia Nikolova beschwerte sich, dass die Stromzähler in dem Stadtteil, in dem sie ein Geschäft betrieb, in einer Höhe von sechs bis sieben Metern angebracht waren, während sie sich in anderen Stadtteilen in einer Höhe von 1,70 m in den Wohnungen der Kunden befanden. Sie erhob Klage wegen unmittelbarer Diskriminierung aufgrund der Rasse.
46. Der EuGH vertrat die Ansicht, dass das nationale Gericht bei der Feststellung, ob die Beweise der Klägerin hinreichende Anhaltspunkte liefern, die das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, folgende Aspekte zu berücksichtigen habe:
- a. die Tatsache, dass CHEZ RB die Praxis, Stromzähler in großer Höhe anzubringen, nur in Stadtvierteln eingeführt hat, in denen bekanntermaßen überwiegend bulgarische Staatsangehörige mit Roma-Herkunft wohnen;
 - b. die Behauptung von CHEZ RB, Beschädigungen und illegale Stromentnahmen seien hauptsächlich von bulgarischen Bürgern mit Roma-Herkunft begangen worden. Derartige Behauptungen könnten nämlich dafür sprechen, dass die streitige Praxis auf ethnischen Stereotypen oder Vorurteilen beruht, womit sich rassenbezogene Motive mit anderen Motiven verbänden;

- c. die Tatsache, dass CHEZ RB trotz entsprechender Aufforderungen des bulgarischen Gerichts zur Frage der Beweislast davon abgesehen hat, für die behaupteten Beschädigungen und Manipulationen von Zählern sowie illegalen Stromentnahmen Beweise beizubringen, um stattdessen lediglich vorzutragen, diese seien allgemein bekannt;
 - d. den zwingenden, verallgemeinerten und dauerhaften Charakter der streitigen Praxis: Die Praxis, die Stromzähler an den Betonmasten des Freileitungsnetzes in einer Höhe von sechs bis sieben Metern zu installieren, wurde unterschiedslos auf alle Bewohner eines hauptsächlich von bulgarischen Bürgern mit Roma-Herkunft bewohnten Stadtteils, unabhängig davon erstreckt, ob deren individuelle Verbrauchszähler Gegenstand von Manipulationen oder illegalen Stromentnahmen waren und wer diese verübte, und zum anderen existiert diese Praxis, nachdem sie vor nahezu einem Vierteljahrhundert eingeführt wurde, noch immer, was darauf hindeutet, dass die Bewohner dieses Stadtteils in ihrer Gesamtheit als potenzielle Urheber derartiger illegaler Handlungen angesehen werden. Eine solche Wahrnehmung kann nämlich ebenfalls ein stichhaltiges Indiz für die Gesamtwürdigung der im Ausgangsverfahren streitigen Praxis darstellen.
47. Wenn ein nationales Gericht zu dem Ergebnis kommen sollte, dass eine Diskriminierung zu vermuten ist, würde die tatsächliche Umsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verlangen, dass die Beweislast bei dem/den Beklagten des Ausgangsverfahrens liegt, die beweisen müssten, dass dieser Grundsatz nicht verletzt wurde. In einem solchen Fall obläge es dem Beklagten, das Vorliegen einer solchen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Nachweis zu bestreiten, dass die Einführung der streitigen Praxis und deren Beibehaltung keineswegs auf dem Umstand beruhen, dass in den fraglichen Stadtteilen überwiegend bulgarische Staatsangehörige mit Roma-Herkunft wohnen, sondern ausschließlich auf objektiven Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu tun haben.
48. Der EuGH stellte fest, dass es zwar der Person obliegt, die sich durch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für beschwert hält, zunächst Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen, jedoch sicherzustellen ist, dass eine Verweigerung von Informationen durch einen Beklagten nicht die Verwirklichung der mit den Gleichbehandlungsrichtlinien verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht.
49. Bei der Klärung der Frage, ob die Beschwerde eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung betrifft, argumentierte der EuGH wie folgt: Wenn die Praxis aus Gründen eingeführt und/oder beibehalten wurde, die mit der ethnischen Herkunft des überwiegenden Teils der Bewohner des Stadtteils zusammenhängen, würde es sich um eine unmittelbare Diskriminierung handeln und könnte keine mittelbare Diskriminierung sein, da es keine neutrale Praxis wäre. Wurde die Praxis jedoch aus

rassenneutralen Gründen eingeführt, könnte es sich um eine mittelbare Diskriminierung handeln.

50. Der EuGH hat die Tür sehr weit offen gelassen für die Argumentation, dass eine Änderung der nationalen Verfahrens- und Beweisaufnahmeverfahren möglich ist, wenn der Grundsatz der Wirksamkeit völlig unterlaufen wird.
51. Das einschlägige Recht des Vereinigten Königreichs befindet sich beispielsweise gerade im Umbruch, nachdem im April 2014 der gesetzlich vorgeschriebene Fragebogen zur Diskriminierung im Rahmen der Regierungspolitik zur Vereinfachung des Regelungsumfelds für britische Unternehmen abgeschafft wurde.
52. Die flexibelste Methode, an Informationen zu gelangen, die in der Vergangenheit im Arbeitsrecht des Vereinigten Königreichs üblicherweise verwendet wurde, war ein gesetzlich vorgeschriebener Fragebogen. Es gab ein vorgeschriebenes Formular für die Fragen, doch ansonsten konnte ein Kläger dem Beklagten jede Frage stellen, die für den Diskriminierungsvorwurf relevant war. Dies konnte (und sollte idealerweise) vor Beginn des Gerichtsverfahrens erfolgen. Die Fragen und Antworten galten gemäß dem Gleichstellungsgesetz von 2010 als zulässige Beweismittel im Verfahren.
53. Es ist anzumerken, dass das Fragebogenverfahren im nationalen Recht des Vereinigten Königreichs eingeführt wurde und nicht europäischen Richtlinien oder Verfahren entstammte.
54. Die Fragebögen erwiesen sich als besonders nützlich in Klagen wegen mittelbarer Diskriminierung, da sie die erforderlichen statistischen Daten zur Stützung einer Behauptung lieferten, dass sich bestimmte Vorschriften, Kriterien oder Verfahren auf bestimmte Gruppen diskriminierend auswirkten. Im Vereinigten Königreich war es üblich, Fragen zur Zusammensetzung der Belegschaft zu stellen (eine Frage konnte beispielsweise lauten: *„Bitte geben Sie Rasse, ethnische und nationale Herkunft sämtlicher Mitarbeiter in einzelnen Stellen oder Lohngruppen an“*). Der Beklagte hatte innerhalb einer bestimmten Frist zu antworten (21 Tage bei Fällen vor dem Arbeitsgericht). Obwohl die Beantwortung des Fragebogens keine Pflicht darstellte, waren die Fragen als Beweis zugelassen und die Gerichte konnten negative Schlussfolgerungen aus fehlenden, ausweichenden oder mehrdeutigen Antworten ziehen, auch die Schlussfolgerung, dass sich der Beklagte unrechtmäßig verhalten habe.
55. Die Abschaffung des gesetzlich vorgeschriebenen Fragebogenverfahrens wird im Vereinigten Königreich wahrscheinlich zum verstärkten Einsatz anderer Beweiserhebungsmethoden in Diskriminierungsfällen führen, darunter:
 - a. standardmäßige Verfahren der Gerichte wie das Ersuchen um zusätzliche Informationen, schriftliche Antworten auf Fragen oder die Offenlegung von Dokumenten.

- b. Datenschutzvorschriften könnten nützliche Mittel für den Zugang zu Informationen beinhalten. Im Vereinigten Königreich haben Personen beispielsweise das Recht, Kopien sämtlicher „persönlicher Daten“, die über sie geführt werden, zu erhalten, darunter beispielsweise (siehe Teil I Abs. 1) *„... jede Meinungsäußerung über eine Person und jeder Hinweis auf jemandes Absichten in Bezug auf die Person...“*

Die Nutzung solcher Verfahrensmittel würde durch Rechtssachen wie *Meister* (Randnr. 47) gestützt.

Fazit

56. Insgesamt betrachtet ist das EU-Recht eindeutig eine gewichtige Rechtsquelle für Klägerinnen und Kläger, die glauben, Opfer von Diskriminierung zu sein. Die Bedeutung der Beweislastumkehr sollte nicht unterschätzt werden; sie führt dazu, dass Klagen, die andernfalls aussichtslos wären, durchaus eine Chance auf Erfolg haben. Darüber hinaus scheint Spielraum für einfallsreiche Argumente zu bestehen, wenn es darum geht, inwieweit nationale Beweiserhebungsvorschriften geändert werden sollten, um den Zugang zu Dokumenten deutlich zu erleichtern. Die Rechtsprechung der EU zum Zugang zu Beweismitteln ist hingegen noch wenig entwickelt und eine künftige Anleitung wäre zu begrüßen.

Tom Brown¹⁸
Cloisters
November 2016

¹⁸ Ich danke meinen Kollegen bei Cloisters, Rachel Crasnow QC und Dee Masters, dass sie mir Einblick in ihre früheren Präsentationen für Seminare an der Rechtsakademie gewährt haben.