

# Die Beweislastverteilung im EU-Antidiskriminierungsrecht

Goran Selanec S.J.D

Ljubljana,  
April 17, 2023



Funded under the 'Citizens, Equality, Rights and Values programme 2021-2027' of the European Commission

1

## Rechtsgrundlage

Richtlinie 2006/54/EG (Neufassung) :

*"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**."*

- Richtlinie 2000/43/EG des Rates, Artikel 8
- Richtlinie 2000/78/EG des Rates, Artikel 10

2

## Die Beweislast als Ausdruck eines effektiven Rechtsschutzes

- zielt darauf ab, **Hindernisse für einen wirksamen gerichtlichen Schutz** der durch die EU-Rechtsordnung gewährten Antidiskriminierungsrechte zu **beseitigen**
  - Ausdruck des Grundprinzips des effektiven Rechtsschutzes des EU-Rechts
- **entbindet den Kläger nicht (notwendigerweise)** von der herkömmlichen Verpflichtung, Beweise vorzulegen, die das Gericht davon überzeugen können, dass eine Diskriminierung stattgefunden hat

3

## Wirksamer gerichtlicher Schutz

- **Rechtssache 222/84 Johnston**

*"... dazu ist zunächst hervorzuheben, daß Artikel 6 der Richtlinie die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle innerstaatlichen Vorschriften dafür zu erlassen, daß jedermann, der sich durch eine Diskriminierung für beschwert hält, „seine Rechte gerichtlich geltend machen kann“. Nach dieser Bestimmung haben die Mitgliedstaaten Maßnahmen zu treffen, die so wirksam sind, daß das Ziel der Richtlinie erreicht wird, und dafür Sorge zu tragen, daß die Betroffenen die ihnen dadurch verliehenen Rechte auch tatsächlich vor den innerstaatlichen Gerichten geltend machen können.*

*Der in Artikel 6 vorgeschriebene gerichtliche Rechtsschutz ist Ausdruck eines all-gemeinen Rechtsgrundsatzes, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten zugrunde liegt. Dieser Grundsatz ist auch in den Artikeln 6 und 13 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 verankert. Wie in der Gemeinsamen Erklärung der Versammlung, des Rates und der Kommission vom 5. April 1977 (ABl. C 103, S. 1) und in der Rechtsprechung des Gerichtshofes anerkannt ist, sind die leitenden Grundsätze dieser Konvention im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen.*

*Nach Artikel 6 der Richtlinie, ausgelegt im Lichte des angeführten allgemeinen Grundsatzes, hat jedermann gegen Handlungen, die nach seiner Ansicht gegen das in der Richtlinie 76/207 aufgestellte Gebot der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verstoßen, Anspruch auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes durch ein zuständiges Gericht. Den Mitgliedstaaten obliegt es, eine effektive richterliche Kontrolle der Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts und des innerstaatlichen Rechts sicherzustellen, das der Verwirklichung der in der Richtlinie vorgesehenen Rechte dient.*

*Auf diesen Teil der sechsten Frage des Industrial Tribunal ist daher zu antworten, daß der in Artikel 6 der Richtlinie 76/207 des Rates vom 9. Februar 1976 verankerte Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes einer Regelung entgegensteht, nach der einer Bescheinigung einer nationalen Behörde, mit der das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Sicherheit festgestellt wird, die Wirkung eines unwiderleglichen Beweises mit der Folge des Ausschlusses jeglicher richterlichen Kontrollbefugnis beigemessen wird."*

4

# Grundrecht

- Artikel 47 GRCh

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das **Recht**, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen **wirksamen Rechtsbehelf** einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.

Personen, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, wird Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit diese Hilfe erforderlich ist, um den Zugang zu den Gerichten wirksam zu gewährleisten.

## Artikel 51 GRCh

Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des **Subsidiaritätsprinzips** und für die Mitgliedstaaten **ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union**. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.

Diese Charta **dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts** nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und **begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union**, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.

5

# Volle Effektivität - vertikal und horizontal -

## **C-30/19 Braathens Regional Aviation**

56.. Insoweit genügt jedoch der Hinweis, dass es im vorliegenden Fall für die Einhaltung des Unionsrechts nicht erforderlich ist, einen neuen Rechtsbehelf einzuführen, sondern dass lediglich vom vorlegenden Gericht verlangt wird, die Verfahrensvorschrift unangewendet zu lassen, nach der das Gericht, bei dem nach innerstaatlichem Recht eine Schadensersatzklage von einer Person anhängig gemacht wurde, die sich als Opfer einer Diskriminierung sieht, nur deshalb nicht über das Vorliegen dieser Diskriminierung entscheiden darf, weil der Beklagte sich zur Zahlung des als Schadensersatz geforderten Betrags bereit erklärt hat, ohne jedoch das Vorliegen dieser Diskriminierung einzuräumen. Diese Vorschrift ist nämlich nicht nur mit den Art. 7 und 15 der Richtlinie 2000/43, sondern auch mit Art. 47 der Charta unvereinbar.

57 Hierzu ist daran zu erinnern, dass, wie in Rn. 38 des vorliegenden Urteils ausgeführt worden ist, durch die Art. 7 und 15 der Richtlinie 2000/43 ein **effektiver und wirksamer gerichtlicher Schutz** des sich aus dieser Richtlinie ergebenden Rechts auf Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft **gewährleistet werden soll**. Folglich wird durch diese Artikel **lediglich das in Art. 47 der Charta verankerte Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf konkretisiert, das aus sich heraus Wirkung entfaltet und nicht durch Bestimmungen des Unionsrechts oder des nationalen Rechts konkretisiert werden muss, um dem Einzelnen ein Recht zu verleihen, das er als solches geltend machen kann** (Urteil vom 17. April 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, Rn. 76 bis 78).

58 Zum anderen ist nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts jedes im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene nationale Gericht, sofern es eine nationale Regelung nicht den Anforderungen des Unionsrechts entsprechend auslegen kann, als Organ eines Mitgliedstaats verpflichtet, jede nationale Bestimmung, die einer Bestimmung des Unionsrechts entgegensteht, die in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit unmittelbare Wirkung hat, unangewendet zu lassen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 24. Juni 2019, Popławski, C-573/17, EU:C:2019:530, Rn. 53 und 61 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

6

## Verfahrensmechanismus zur Verteilung der Zuständigkeiten

- Der Zweck der Beweislastgarantie besteht darin, **die Verantwortung** zwischen den Parteien eines Rechtsstreits zu **verteilen**, was die **Vorlage von Beweisen betrifft, die geeignet sind, eine Reihe von Tatsachen zu belegen, aus denen** das Gericht mit einem brauchbaren Grad an Gewissheit **folgern kann**, dass die Diskriminierungsbehauptung (nicht) gerechtfertigt ist.

7

## Schlüsselemente des Mechanismus

- Die Beweislast verteilt die Rechte und Pflichten zwischen 1) einem Kläger (Antragsteller), 2) einem Beklagten (Antragsgegner) und 3) einer Tatsacheninstanz (Gericht) in Bezug auf
  - Die Aufgabe, Beweise zu **erbringen**
  - Die Aufgabe, anhand der Beweise **zu einer Überzeugung zu gelangen**
- Die beiden Aufgaben sind funktional getrennt
  - die Beweislast kann umverteilt werden, ohne dass die Überzeugungslast umverteilt wird

8

## Skala möglicher "prima facie"-Annahmen

### Darlegung, um fortzufahren/vielleicht die Darlegungslast umzukehren

- Beweise für Tatsachen anbieten, die es dem Gericht ermöglichen, Rückschlüsse auf diese Tatsachen zu ziehen
- Beweise für das Vorliegen bestimmter Tatsachen anbieten, aus denen hervorgeht, dass die Forderung nicht *leichtfertig* oder *unplausibel* ist:
  - indem sie die wahrscheinlichste Rechtfertigung für die strittige Entscheidung ausschließen
  - die Tatsachen lassen den Schluss zu, dass eine vernünftige Person den Verdacht hegen könnte, dass eine strittige Entscheidung in irgendeiner Weise fragwürdig ist

### Darlegung, um zu überzeugen und die Beweislast umzukehren

- Beweise für bestimmte Tatsachen anbieten, die (mutmaßlich) überzeugend sind und dem Richter die Möglichkeit geben, daraus zu schließen, dass:
  - die Annahme plausibel ist, dass der behauptete Verstoß stattgefunden haben könnte
  - vernünftigerweise anzunehmen ist, dass der behauptete Verstoß
    - offenbar aufgetreten ist
    - denkbarerweise aufgetreten ist
    - wahrscheinlich aufgetreten ist

9

## Verfahrensrechtlicher Anwendungsbereich der EU-Beweislastgarantie

- C-109/88 *Danfoss* (1989)

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.**

10

## Verfahrensrechtlicher Anwendungsbereich der EU-Beweislastgarantie

- Die Garantie erfordert eine **Anpassung** der nationalen Verfahrensvorschriften im Rahmen von Antidiskriminierungsverfahren
- Die Anpassung kann auf der Grundlage folgender Faktoren vorgenommen werden
  - der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes
  - der Grundsatz der Äquivalenz und der Effektivität
- Welche Art von Verfahrensvorschriften fällt in den Anwendungsbereich der EU-Beweislastgarantie?
  - Regeln für die Vorlage von Beweismitteln (Darlegung)?
  - Regeln zur Bestimmung der Überzeugungskraft von Beweismitteln?
    - Regeln zur Bestimmung der Struktur der kognitiven Bewertung der vorgelegten Beweise durch die Jurymitglieder

11

## Der materielle Anwendungsbereich der EU-Beweislastgarantie

- Die Anwendung des EU-Beweislastprinzips wird je nach der materiellen Antidiskriminierungsgarantie, deren Durchsetzung erleichtert werden soll, unterschiedliche "Besonderheiten" aufweisen:
  - Unmittelbare Diskriminierung
  - Mittelbare Diskriminierung
    - Vernünftige Unterbringung
  - Diskriminierende Belästigung
    - Sexuelle Belästigung

12

# Nachweis von Diskriminierung Formell und materiell

- **Was soll bewiesen werden - welche Fakten sind wesentlich/relevant?**
  - Voreingenommenheit
    - Vorurteil
    - Stereotyp (rational und/oder irrational)
  - Inkonsistenz (Verletzung der Form)
    - Gleiches wird ungleich behandelt
    - Ungleiches wird gleich behandelt (oder unzureichende Unterscheidung)
  - Negative Auswirkungen der Gruppenzugehörigkeit (Real-Life-Effekt)
    - der Schwerpunkt liegt auf den tatsächlichen Folgen der untersuchten Behandlung

13

# Unmittelbare Diskriminierung nachweisen

- Beweise über Tatsachen vorlegen, auf deren Grundlage ein Gericht seine Schlüsse und Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage ziehen kann, *ob die streitgegenständliche Behandlung*
  - **weniger günstig**
  - **im Zusammenhang** mit diskriminierenden Gründenwar.
- Was ist eigentlich die Rolle des "Komparators"?
  - wesentlich oder instrumental

14

## Materielle Prima-Facie-Schwelle

- Was bedeutet "**vermuten**" - die Skala der möglichen Maßstäbe für gerichtliche Schlussfolgerungen
  - Erfahrungsgemäß legen die Fakten mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit nahe, dass Diskriminierung eine plausible Erklärung ist (**Plausibilitätsursache**)
  - ohne andere Erklärung der vorgetragenen Tatsachen ist es wahrscheinlicher, dass die Diskriminierung die Umstände erklärt, als dass sie es nicht tut (**Überwiegen der Beweismittel**)
  - spezifischer, nachvollziehbarer und individueller Verdacht, dass eine Diskriminierung im Gange ist (**begründeter Verdacht**)
  - die vorgelegten Beweise müssen so beschaffen sein, dass es wesentlich wahrscheinlicher ist, dass eine Diskriminierung stattgefunden hat, als dass dies nicht der Fall war (**klare und überzeugende Beweise**)

15

## Beweislastumkehr entziffert

- Wie kommt ein Beklagter seiner Beweislast nach/was genau hat sich umgekehrt?
  - indem er Beweise für bestimmte Tatsachen **anbietet**, die es dem Entscheider ermöglichen, Rückschlüsse auf diese zu ziehen?
    - die Überzeugungslast liegt weiterhin beim Kläger
  - durch Vorlage von Beweisen, die den Entscheider davon **überzeugen können**, dass:
    - die Prima facie Vermutung unbegründet ist (Suffizienzstandard)?
      - die volle Beweislast sowie die Überzeugungslast geht zum Kläger zurück
    - indem er nachweist, dass die streitgegenständliche Entscheidung tatsächlich in keinem Zusammenhang mit dem verdächtigen Kriterium steht? (volle Beweislast)
  - Welchen Grad an Überzeugungskraft müssen seine Beweise aufweisen, um den Entscheider zu überzeugen?

16

## Frühe Rechtsprechung C-109/88 Danfoss (1989)

**"wenn das Entgeltsystem völlig intransparent ist und statistische Beweise einen Unterschied im Entgelt zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern aufzeigen, verlagert sich die Beweislast auf den Arbeitgeber, der den Entgeltunterschied durch Faktoren erklären muss, die nichts mit dem Geschlecht zu tun haben."**

- **Prima-Facie-Schwelle (PFS):**

- "beantragt und abgelehnt" - der Antragsteller bat um eine Erklärung, die jedoch abgelehnt wurde
  - völliger Mangel an Transparenz
- statistische Beweise, die eine (vergleichbar) *ungünstigere* Behandlung aufzeigen
  - gruppenbasierter Vergleich
- Gruppenzugehörigkeit

17

## Frühe Rechtsprechung C-109/88 Danfoss (1989)

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

- Die Umkehr:

- Darlegung von Faktoren, die nicht mit dem Geschlecht zusammenhängen
- Pflicht zur "**Rechenschaftslegung**"
  - Erläuterung der bei der Entscheidungsfindung verwendeten Kriterien
- Was geschieht, wenn ein Beklagter Beweise für die im Entscheidungsprozess verwendeten Kriterien vorlegt, die das Gericht davon überzeugen, dass das Verfahren *nicht systematisch manipuliert* wurde?
  - die Tatsache, dass das Kriterium des Geschlechts nicht in einer verdeckten, organisierten Weise zur Benachteiligung von Frauen verwendet wurde, bedeutet nicht, dass die betreffende Klägerin in diesem speziellen Fall nicht diskriminiert wurde
  - die in der Rechtssache C-381/99 Brunhoffer vorgeschlagene Antwort
    - Die Beweislast verlagert sich zurück auf den Kläger

18

# Frühe Rechtsprechung

## C-127/92 Enderby

" Wenn das Entgelt von Logopäden **deutlich** niedriger ist als das von Apothekern und wenn erstere **ausschließlich Frauen** und letztere **überwiegend Männer sind**, so **liegt** dem ersten Anschein nach eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor ....

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 analog das Urteil in der Rechtssache Danfoss, Randnr. 13). "

19

# Frühe Rechtsprechung

## C-127/92 Enderby

- Die Prima Facie Elemente
  - Daten, die einen statistisch relevanten Unterschied in der Behandlung zeigen (zwischen Gruppen, die gleichwertige Arbeit verrichten)
  - Daten, die einen statistisch relevanten Unterschied in der Struktur (Geschlecht, Ethnie usw.) der beiden Gruppen zeigen
  - Zugehörigkeit zu einer benachteiligten ("Minderheiten-") Gruppe
- Die Verschiebungs-Verteidigungselemente
  - sachliche Gründe "aufzeigen"
    - ohne Bezug zu einem diskriminierenden Grund
  - Reaktion auf das Problem der mangelnden Transparenz
    - Der Arbeitgeber versuchte, sich unter Berufung auf den "demokratischen" Prozess der Tarifverhandlungen auf die Verfahrensgleichheit zu berufen.
    - die Intransparenz des angeblich "repräsentativen" Prozesses und die Geschichte der Gewerkschaften als "männerdominierte" Organisationen legen nahe, dass der Grund dafür nicht "sachlich" ist

20

## Frühe Rechtsprechung - PFD-Lektionen

- **Prima facie Diskriminierung: (starke) Vermutung**
  - Tatsachen nachweisen, die (zumindest vorübergehend) den Schluss zulassen, *dass es plausibel ist*, dass die streitgegenständliche Behandlung *mit der Anwendung verbotener Kriterien zusammenhängt*
    - der Maßstab für die Bewertung der vorgelegten Beweise ist das Überwiegen oder möglicherweise weniger
    - fehlende Transparenz + Plausibilität der Anwendung verbotener Kriterien verlangen die Umkehr
      - Plausibilität der Anwendung der verbotenen Kriterien dargelegt durch gruppenbezogene Statistiken
      - der Kläger hat das *Recht*, die Umkehr zu verlangen; der Entscheider hat die Pflicht
  - verlagert die *Darlegungs- und Überzeugungslast*
  - Wenn der Beklagte seiner Beweislast nicht nachkommt, ist *der Entscheider verpflichtet, ein Urteil* zugunsten der Klägerin zu *fällen* und festzustellen, dass sie diskriminiert wurde

21

## Frühe Rechtsprechung – Verlagerungs-Lektionen

- **Verlagerung: stark, aber nicht voll**
  - Verpflichtung zum **Nachweis** von "objektiven Faktoren", die bei der Entscheidungsfindung herangezogen wurden
    - den Prozess transparent machen
  - die vorgelegten Beweise müssen den Richter **davon überzeugen**, dass geschlechtsspezifische Erwägungen vom Arbeitgeber nicht *systematisch* eingesetzt wurden, um Männer gegenüber Frauen zu begünstigen
    - Zumindest bei Überwiegen der Beweise: Es ist wahrscheinlicher, dass das System durch die regelmäßige Verwendung von dargestellten "objektiven Faktoren" erklärt werden kann als durch die verdeckte Verwendung von diskriminierenden Kriterien
    - der Antragsgegner kann nicht die Strategie der "machbaren Gründe" anwenden
  - die Fakten müssen "objektiv" sein, d. h. sie müssen nachweislich mit den tatsächlichen Geschäftsanforderungen in Zusammenhang stehen
  - Möglichkeit der Beweislastumkehr zurück auf den Kläger

22

## Aktuelle Rechtsprechung

- C-381/99 Brunhoffer
- C - 17/05 Cadman
- C - 54/07 Feryn
- C-104/10 Kelly
- C-415/10 Meister
- C-81/12 Accept
- C-83/14 CHEZ
- C-531/15 Otero Ramos

23

## Die Rolle des Komparators

- Ist der Nachweis der "Ähnlichkeit" für die gerichtliche Feststellung der Diskriminierung wesentlich?
  - Diskriminierung als formale Kohärenz
    - Diskriminierung bedeutet eine unterschiedliche Behandlung zwischen zwei hinreichend ähnlichen Situationen
      - erfordert Komparator
- Wer soll den Beweis für die (Un-)Gleichartigkeit erbringen?
  - der Kläger in einer prima facie Phase?
  - der Beklagte als Teil der Verteidigung nach Beweislastumkehr?

24

## C-381/99 Brunhoffer

57. Nach den üblichen Beweisführungsregeln obliegt es daher der Klägerin, vor dem vorliegenden 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 vorliegenden 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 spricht 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.

25

## C - 54/07 Feryn

"Die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, die **offenkundig bestimmte Bewerber ernsthaft davon abhalten kann**, ihre Bewerbungen einzureichen, und **damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindert, begründet nämlich eine unmittelbare Diskriminierung** bei der Einstellung im Sinne der Richtlinie 2000/43. Eine solche Diskriminierung setzt nicht voraus, dass eine beschwerte Person, die behauptet, Opfer einer derartigen Diskriminierung geworden zu sein, identifizierbar ist. ...

Nach Art. 15 der Richtlinie 2000/43 müssen **auch dann, wenn es kein identifizierbares Opfer gibt**, die **Sanktionen**, die bei einem Verstoß gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.

26

## C - 54/07 Feryn

"Nach Art. 8 der Richtlinie 2000/43 **obliegt dem Beklagten der Beweis**, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat, wenn **Tatsachen das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen**. Die Verpflichtung zur Führung des Gegenbeweises, die somit denjenigen trifft, dem die Diskriminierung angelastet wird, hängt nur von der Feststellung ab, dass aufgrund **glaubhafter Tatsachen das Vorliegen einer Diskriminierung zu vermuten ist**.

Solche **Tatsachen**, die geeignet sind, eine diskriminierende Einstellungspolitik vermuten zu lassen, können Äußerungen sein, durch die ein Arbeitgeber öffentlich kundtut, dass er im Rahmen seiner Einstellungspolitik keine Arbeitnehmer einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse beschäftigen werde.

Es obliegt daher diesem Arbeitgeber, den **Beweis zu erbringen**, dass er den **Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt hat**, was er **u. a.** dadurch tun kann, dass er nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspricht.

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zum einen zu prüfen, ob die diesem Arbeitgeber vorgeworfenen Tatsachen glaubhaft sind, und zum anderen zu **beurteilen, ob die Beweise, die er zur Stützung seines Vorbringens, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt habe**, ausreichend sind.

27

## C-81/12 Accept

47 Dem Urteil Feryn ist jedoch **nicht zu entnehmen**, dass es zur Glaubhaftmachung von „Tatsachen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen“ nach Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78 erforderlich wäre, dass der Urheber von Äußerungen über die Einstellungspolitik einer bestimmten Einrichtung **zwingend die rechtliche Befugnis haben müsste, diese Politik unmittelbar zu beeinflussen oder diese Einrichtung bei Einstellungen zu binden oder zu vertreten**.

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

## C-81/12 Accept

56 In diesem Zusammenhang 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.

29

## C-83/14 CHEZ

### Elemente, die eine unmittelbare Diskriminierung darstellen

"Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, ... vermag im vorliegenden Fall eine Auslegung zu rechtfertigen, nach der der Gleichbehandlungsgrundsatz, den die Richtlinie zum Gegenstand hat, **nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen**, sondern nach Maßgabe der in ihrem Art. 1 genannten Gründe anwendbar ist, so dass er auch für Personen zu gelten hat, die **zwar nicht selbst der betreffenden Rasse oder Ethnie angehören**, aber **gleichwohl aus einem dieser Gründe weniger günstig behandelt werden oder in besonderer Weise benachteiligt werden** (vgl. entsprechend Urteil Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415, Rn. 38 und 50).

In dem Sachverhalt, der dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, bleibt auch dann, wenn Frau Nikolova keine Roma-Herkunft aufweist, wie sie vor dem Gerichtshof erklärt hat, **gleichwohl die Roma-Herkunft**, nämlich die des größten Teils der übrigen Bewohner des Stadtviertels, in dem sie ihr Geschäft unterhält, der **Gesichtspunkt, aufgrund dessen sie nach ihrem Vorbringen weniger günstig behandelt oder in besonderer Weise benachteiligt worden sei**.

... ob davon ausgegangen werden kann, dass die sich aus der streitigen Praxis ergebende Ungleichbehandlung aufgrund der ethnischen Herkunft im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/43 eingeführt wurde ... ist zunächst hervorzuheben, dass der **bloße Umstand, dass in dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Stadtviertel auch Bewohner leben, die keine Roma sind, nicht ausschließt, dass diese Praxis wegen der ethnischen Roma-Herkunft eingeführt wurde, die den meisten Bewohnern dieses Viertels gemeinsam ist.**"

30

## C-83/14 CHEZ

### Die Prima-Facie-Phase

"Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht **sämtliche mit der streitigen Praxis zusammenhängenden Umstände zu berücksichtigen**, um festzustellen, ob es hinreichende Anhaltspunkte gibt, die darauf schließen lassen, dass das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft erwiesen ist, und **darüber zu wachen, dass eine Auskunftsverweigerung** seitens der Beklagten, hier CHEZ RB, im Rahmen des Nachweises derartiger Tatsachen **nicht die Verwirklichung** der mit der Richtlinie 2000/43 verfolgten Ziele **zu beeinträchtigen droht**.

Zu den insoweit zu berücksichtigenden Gesichtspunkten gehört **insbesondere** der vom vorlegenden Gericht dargelegte Umstand, dass CHEZ RB **unstrittig, ... und auch von ihr selbst nicht bestritten** – die streitige Praxis **nur in Stadtvierteln eingeführt hat, in denen**, wie im Stadtteil „Gizdova mahala“, **bekanntermaßen überwiegend bulgarische Staatsangehörige mit Roma-Herkunft** wohnen.

Das Gleiche gilt für den ... Umstand, dass CHEZ RB in mehreren Verfahren ... behauptet habe, die **Beschädigungen und illegalen 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."

31

## C-83/14 CHEZ

### Die Prima-Facie-Phase

Das vorlegende Gericht hat darüber hinaus zu berücksichtigen, dass die streitige Praxis einen zwingenden, verallgemeinerten und dauerhaften Charakter trägt, denn zum einen wurde sie unterschiedslos auf alle Bewohner des 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, von dem bekannt ist, dass dort im Wesentlichen bulgarische Staatsangehörige mit Roma-Herkunft wohnen, 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 (vgl. entsprechend Urteil Asociația Accept, C-81/12, EU:C:2013:275, Rn. 51).

32

# C-83/14 CHEZ

## Die Verschiebungsphase

"Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass für den Fall, dass das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass eine Diskriminierungsvermutung besteht, die **wirksame Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes voraussetzt, dass die** Beweislast dann bei den betroffenen Beklagten liegt, die beweisen müssen, dass kein Verstoß gegen diesen Grundsatz vorliegt (vgl. insbesondere Urteile *Coleman*, C-303/06, [EU:C:2008:415](#), Rn. 54, und *Asociația Accept*, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), Rn. 55). Unter diesen Umständen hätte CHEZ RB als **Beklagter die Aufgabe, das** Vorliegen eines solchen Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz zu **widerlegen, indem es nachweist, dass** die Einführung der streitigen Praxis und ihre derzeitige Beibehaltung **in keiner Weise darauf beruhen**, dass die betreffenden Bezirke überwiegend von bulgarischen Staatsangehörigen **mit Roma-Herkunft** bewohnt werden, **sondern ausschließlich auf objektiven Faktoren, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft zu tun haben** (vgl. entsprechend Urteile *Coleman*, C-303/06, [EU:C:2008:415](#), Rn. 55, und *Asociația Accept*, C-81/12, [EU:C:2013:275](#), Rn. 56)."

33

## Einschließlich Bemerkungen Rolle des Komparators

- rein instrumental
  - Beweismittel für den Nachweis
    - Ungünstigkeit der strittigen Behandlung
    - Bezug der strittigen Behandlung
  - Inkonsistenz-Detektor
    - wirft die Frage der Glaubwürdigkeit auf, sofern eine Rechtfertigung vorliegt
- kann in verschiedenen Stadien des Beweisverfahrens (PFC, die Umkehr) und von beiden Parteien eingesetzt werden

34

## Abschließende Bemerkungen Prima-Facie-Phase

- Der Kläger muss Tatsachen nachweisen, die es einem Gericht ermöglichen, auf eine mögliche Diskriminierung zu schließen
- Diese Tatsachen müssen durch ein Überwiegen an Beweisen nachgewiesen werden.
  - eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich, dass die Fakten wahr sind
  - der Kläger muss die Diskriminierung nicht durch ein Übergewicht an Beweisen beweisen
- betrifft in erster Linie den Endprozess der kognitiven Bewertung der gesammelten Fakten
- Erfordert eine sehr aktive Rolle des Gerichts

35

## Abschließende Bemerkungen Prima-Facie-Phase

- Die PFC-Schwelle kann durch Beweise erreicht werden, die die Verbindung einiger der folgenden Tatsachen belegen:
  - Im Zusammenhang mit dem Wettbewerb um eine Stelle/Chance
    - Gruppenmitgliedschaft
    - Bewerbung um eine Stelle
    - Besitz der erforderlichen Qualifikationen
    - Ablehnung
    - Position blieb offen
  - Mangelnde Transparenz/Verweigerung der Offenlegung
  - Einschlägige Statistiken zur Struktur der von der streitgegenständlichen Praxis betroffenen Gruppen
    - allgemeine Muster aufzeigen
  - Vorgeschichte des Verhaltens des Beklagten
  - Unstimmigkeiten/Glaubwürdigkeit
    - Komparator
    - Angemessenheit
    - Notwendigkeit
  - Allgemeine Politik und Praktiken der Auskunftsperson
  - Öffentliche Wahrnehmung und Reaktion der Befragten

36

# Schlussbemerkungen

## Die Umkehrungsphase

- Die volle Beweislast
  - die Überzeugungslast, nicht die bloße Darlegungslast
  - durch eindeutige und überzeugende Beweise das Vorliegen eines tatsächlichen objektiven Grundes nachweisen, der in keiner Weise mit einem diskriminierenden Grund zusammenhängt
  - die Rechtfertigung muss echt sein
    - Der objektive Grund, den der Beklagte als Erklärung anführt, muss
      - dem tatsächlichen Geschäftsbedürfnis dienen
      - die streitgegenständliche Praxis muss geeignet und erforderlich sein, um dieses Bedürfnis tatsächlich zu befriedigen

37

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

38