

ERA TRIER

3. NOVEMBER 2014

**BEWEISLAST IN FÄLLEN VON DISKRIMINIERUNG AUFGRUND DES
GESCHLECHTS**

Kronanwalt Paul Epstein
pje@cloisters.com

Einführung

1. In diesem Papier werden die Bedeutung und Anwendung der Rechtsvorschriften der Europäischen Union zur Beweislastumkehr in Fällen von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts analysiert.
2. In Fällen von Diskriminierung sind die Kläger mit besonderen Problemen konfrontiert, da eine Person, die eine andere Person diskriminiert, in der Regel ihre Vorurteile nicht kundtut bzw. sich dieser Vorurteile selbst möglicherweise überhaupt nicht bewusst ist. Diese Person kann oftmals erheblich besser als die Klägerin belegen, warum sie so gehandelt hat, und ist wahrscheinlich eher als die Klägerin im Besitz der für die Gründe ihres Handelns relevanten Unterlagen.
3. Der ursprüngliche Vorschlag der Kommission für eine Rechtsvorschrift der Union zur Beweislastumkehr wurde bereits 1988 vorgelegt (ABl. [1988] C176/5), wurde jedoch erst mit der Beweislastrichtlinie 97/80/EG, die bis zum 1. Januar 2001 umgesetzt werden musste, beschlossen. Diese Richtlinie basierte zum Teil auf früherer Rechtsprechung des Gerichtshofs.
4. Die Bestimmungen der Richtlinie 97/80/EG zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind jetzt in der Neufassungsrichtlinie 2006/54/EG

enthalten; identische Bestimmungen enthalten die Rassenrichtlinie 2000/43/EG und die Rahmenrichtlinie Beschäftigung 2000/78/EG.

5. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Bedeutung der Bestimmungen einer dieser Richtlinien ist selbstverständlich in Bezug auf die anderen beiden Richtlinien bindend.

Neufassungsrichtlinie – Beweislastbestimmung Art. 19 Abs. 1

6. Die Beweislastumkehr ist in Artikel 19 Absatz 1 geregelt, der Folgendes besagt: *„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.“*
7. Dementsprechend haben die Mitgliedstaaten die Verfahrensvorschriften festzulegen, mit denen der Verpflichtung zur Beweislastumkehr nachgekommen werden kann. Die Richtlinie besagt insbesondere, dass die Vorschriften günstiger sein können, als die vorgesehenen Mindeststandards. Diese beiden Einschränkungen müssen beim Lesen dieses Papiers berücksichtigt werden.
8. Es ist angezeigt, die Bedeutung und Anwendung der Bestimmungen zur Beweislast bezogen auf unmittelbare und mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts getrennt zu analysieren.

Unmittelbare Diskriminierung

Definition des Begriffs der unmittelbaren Diskriminierung

9. Art. 2 Abs. 1 Buchst. a definiert unmittelbare Diskriminierung wie folgt: *„eine Situation, in der eine Person aufgrund ihres Geschlechts eine weniger günstige Behandlung*

erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

Beweislast bei der Klägerin

10. Obgleich Art. 19 Abs. 1 eine Umkehr der Beweislast beinhaltet, macht sein Wortlaut klar, dass die Klägerin zunächst bestimmte Tatsachen glaubhaft machen muss, bevor diese Beweislastumkehr erfolgen kann. Welche Tatsachen sind dies?

Primäre Tatsachen

11. Zunächst muss die Klägerin die primären Tatsachen glaubhaft machen, auf die sie ihre Klage wegen einer weniger günstigen Behandlung aufgrund des Geschlechts stützt¹. Belegt sie diese Tatsachen nicht, wird ihre Klage keinen Erfolg haben.
12. Bei der Entscheidung darüber, ob die Klägerin solche Tatsachen glaubhaft gemacht hat, muss berücksichtigt werden, dass sich üblicherweise keine unmittelbaren Beweise für Diskriminierung aufgrund des Geschlechts finden lassen. Wenige Arbeitgeber wären bereit, eine solche Diskriminierung zuzugeben, nicht einmal vor sich selbst. In manchen Fällen wird die Diskriminierung nicht beabsichtigt sein, sondern lediglich auf der Annahme beruhen, dass die betreffende Person nicht geeignet gewesen wäre.
13. Bei der Entscheidung darüber, ob die Klägerin solche Tatsachen glaubhaft gemacht hat, muss bedacht werden, dass das Ergebnis dieser Phase der Analyse somit in der Regel davon abhängen wird, welche Rückschlüsse sich aus den ermittelten primären Tatsachen ziehen lassen.

¹ In diesem Papier spreche ich durchgängig von „der Klägerin“ in der weiblichen Form, obgleich es sich bei dem Kläger auch um einen Mann handeln kann.

14. Diskriminierende Äußerungen des Beklagten oder einer in hinreichend enger Beziehung zu dem Beklagten stehenden Person können eine Umkehr der Beweislast bewirken.
15. In C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding gegen Firma Feryn NV machte der Arbeitgeber die folgende unbedachte Äußerung, um zu erläutern, warum er keine Marokkaner einstelle: *„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 erreichen, und wie schaffe ich das? Indem ich es so mache, wie der Kunde es will!“*
16. Der Gerichtshof bestätigte, dass diese Äußerungen eine *dem Anschein nach* vorliegende diskriminierende Einstellungspolitik belegten, obgleich niemand nachweisen konnte, durch den Arbeitgeber aufgrund seiner Rasse abgelehnt worden zu sein.
17. Eine diskriminierende Äußerung reichte auch in der Rechtssache C-81/12 Asociatia ACCEPT gegen Consiliul National pentru Combaterea Discriminariilor zur Umkehr der Beweislast aus. In dieser Rechtssache gab der Mehrheitsaktionär eines rumänischen Fußballvereins homophobe Äußerungen des Inhalts ab, dass er es vorziehe, keinen homosexuellen Spieler einzustellen.
18. Zu der Annahme, dass der Aktionär eine wichtige Rolle im Management des Vereins spielte, führte der Gerichtshof in Randnummer 48 Folgendes aus: *„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“ ... glaubhaft gemacht werden können.“*

19. Er griff ein Argument des Beklagten auf, demzufolge eine solche Äußerung eines Dritten zur Umkehr der Beweislast nicht ausreiche, und fügte hinzu, dass es einem Beklagten freistehe, sich von derartigen Äußerungen zu distanzieren.
20. Eine häufig aufgeworfene Frage lautet, ob die bloße Tatsache einer weniger günstigen Behandlung in Verbindung mit einem Statusunterschied ausreicht, um die Beweislast umzukehren (z. B. eine weibliche Arbeitskraft wird nicht befördert, während eine männliche Arbeitskraft befördert wird).
21. Diese Frage wurde durch den Gerichtshof noch nicht endgültig beantwortet, obgleich es zwei wichtige Rechtssachen zur Beweislast gibt.
22. Die erste dieser Rechtssachen ist C-104/10 **Kelly gegen National University of Ireland (University College, Dublin)**.
23. Herr Kelly beantragte die Zulassung zu der Ausbildung „Master der Sozialwissenschaft für Sozialarbeiter“ der Beklagten. Die Beklagte teilte ihm mit, dass sein Antrag abgelehnt worden sei. Herr Kelly legte gegen diese Entscheidung eine förmliche Beschwerde wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ein, die er damit begründete, dass er qualifizierter sei als die am geringsten qualifizierte Bewerberin für die erwähnte Ausbildung, und erhob Klage bei Gericht.
24. In diesem Verfahren begehrte er die Offenlegung von Kopien der aufbewahrten Antragsformulare, der diesen Formularen als Anlage beigefügten oder darin enthaltenen Unterlagen und der Bewertungsbögen der Bewerber, deren Antragsformulare aufbewahrt worden waren. Die Beklagte bot an, Herrn Kelly einen Teil der von ihm beantragten Informationen zukommen zu lassen.
25. Der Sachverhalt macht somit nicht deutlich, ob es eine erfolgreiche Bewerberin gab, obgleich der Offenlegungsantrag von Herrn Kelly auf die nicht abwegige Annahme gestützt wurde, dass es zumindest eine gab.

26. Hinsichtlich des Offenlegungsantrags führte der Gerichtshof in Randnr. 38 aus, dass „*Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 97/80 dahin auszulegen ist, dass er einem Bewerber für eine Berufsausbildung, der meint, dass ihm der Zugang zu dieser Ausbildung wegen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verwehrt worden ist, keinen Anspruch auf im Besitz des Veranstalters dieser Ausbildung befindliche Informationen über die Qualifikationen der anderen Bewerber für diese Ausbildung verleiht, um ihn in die Lage zu versetzen, gemäß dieser Bestimmung ‚Tatsachen glaubhaft [zu] machen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung vermuten lassen‘.*“
27. Im Rahmen einer möglichen Analyse lautet die Logik dieser Passage, die allerdings nicht explizit ausgeführt wird, dass auch dann, wenn eine weniger günstige Behandlung und ein Statusunterschied angenommen werden, dies nicht ausreicht, um Tatsachen glaubhaft zu machen, die das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten lassen.
28. Die zweite Rechtssache ist C-415/10 **Galina Meister gegen Speech Design Carrier Systems GmbH**.
29. Frau Meister, eine russische Staatsangehörige mit einem russischen Diplom als Systemtechnik-Ingenieurin, das einem entsprechenden deutschen Diplom gleichwertig ist, antwortete auf eine Stellenanzeige für „eine/n erfahrene/n Softwareentwickler/- in“ der Beklagten in der Presse. Die Beklagte lehnte die Bewerbung von Frau Meister ab, ohne sie zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen.
30. Kurz danach veröffentlichte die Beklagte eine zweite Stellenanzeige. Frau Meister bewarb sich erneut, aber die Beklagte lehnte ihre Bewerbung wiederum ab, ohne sie zu einem Gespräch einzuladen und ohne Gründe für diese Ablehnung anzugeben. Frau Meister erhob Klage wegen Diskriminierung aufgrund ihres Geschlechts, ihres Alters und ihrer ethnischen Herkunft.
31. Das vorliegende Gericht stellte zwei Fragen. Die erste Frage bezog sich auf den Anspruch von Frau Meister auf Offenlegung von Unterlagen zu dem erfolgreichen Bewerber durch die Beklagte. Die zweite Frage lautete, ob die

Nichterteilung der von Frau Meister geforderten Auskunft eine Tatsache sei, welche das Vorliegen einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vermuten lasse.

32. Der Gerichtshof führte in Randnr. 42 Folgendes aus: *„Daher hat das vorliegende Gericht darüber zu wachen, dass die Auskunftsverweigerung durch Speech Design im Rahmen des Nachweises von Tatsachen, die das Vorliegen einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung zum Nachteil von Frau Meister vermuten lassen, nicht die Verwirklichung der mit den Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2006/54 verfolgten Ziele zu beeinträchtigen droht. Es hat insbesondere bei der Klärung der Frage, ob es genügend Indizien gibt, um die Tatsachen, die das Vorliegen einer solchen Diskriminierung vermuten lassen, als nachgewiesen ansehen zu können, alle Umstände des Ausgangsrechtsstreits zu berücksichtigen.“*
33. Somit erklärt der Gerichtshof explizit, dass die Auskunftsverweigerung nach nationalen Vorschriften für die Umkehr der Beweislast ausreichen kann, obgleich sich kaum die implizite Feststellung erkennen lässt, dass eine Beweislastumkehr zu erfolgen oder nicht zu erfolgen hat, wenn ausschließlich eine angenommene weniger günstige Behandlung und ein angenommener Statusunterschied vorliegen.

Rückschlüsse

34. Bei der anfänglichen Feststellung, ob die Klägerin die Beweislastumkehr bewirken konnte, stellt sich die Frage, ob und in welchem Maße das Gericht Erklärungen des Arbeitgebers berücksichtigen kann, da der Wortlaut von Art. 19 Abs. 1 eine Erklärung des Arbeitgebers erst nach der Umkehr der Beweislast vorschreibt.
35. Je nach den Vorschriften in den Mitgliedstaaten wäre jedoch ein nachteiliger Rückschluss angebracht, wenn der Beklagte widersprüchliche Erklärungen oder Erklärungen, die sich als unwahr herausstellen, abgegeben hat.
36. Kann die Tatsache, dass ein Beklagter keine Erklärung abgibt, einen nachteiligen Rückschluss gestatten? Der Gerichtshof hat in **Kelly** und in

Galina Meister ausgeführt, dass dies durchaus möglich ist, allerdings ohne detaillierte Hinweise dazu zu geben, wann dies der Fall ist, was vielmehr den Mitgliedstaaten überlassen bleibt.

37. In **Kelly** führte der Gerichtshof in Randnr. 39 Folgendes aus: *„Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Verweigerung von Informationen durch einen Beklagten im Rahmen des Nachweises solcher Tatsachen die Verwirklichung des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels beeinträchtigen und auf diese Weise insbesondere deren Art. 4 Abs. 1 die praktische Wirksamkeit nehmen kann.“*
38. In **Galina Meister** gelangte er zu einer ähnlichen Schlussfolgerung. In Randnummer 44 erklärte er: *„Zu den Gesichtspunkten, die in Betracht gezogen werden können, gehört insbesondere der Umstand, dass, anders als in der Rechtssache, in der das Urteil **Kelly** ergangen ist, der Arbeitgeber, um den es im Ausgangsverfahren geht, Frau Meister jeden Zugang zu den Informationen verweigert zu haben scheint, deren Übermittlung sie begehrt.“*
39. Antwortet ein Beklagter nicht oder nicht fristgerecht, oder beantwortet ein Arbeitgeber einen Fragebogen oder schriftliche Fragen ausweichend oder mehrdeutig, kann dies ein Gericht in die Lage versetzen, Tatsachen vorauszusetzen, durch die die Beweislast umgekehrt wird.
40. Gibt es vor oder nach dem Vorfall, auf den sich die Klage bezieht, weitere Vorfälle einer weniger günstigen Behandlung der Klägerin oder anderer Personen aufgrund des Geschlechts, kann dies unterstützende Wirkung haben.

Vergleichsperson

41. Die Definition des Begriffs der unmittelbaren Diskriminierung bezieht sich auf eine weniger günstige Behandlung der Klägerin aufgrund des Geschlechts *„als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“*.

42. Der Wortlaut „*erfährt, erfahren hat*“ zielt auf einen Vergleich mit einer realen Vergleichsperson ab. Soll eine Beweislastumkehr erfolgen, dürfen sich die Umstände der realen Vergleichsperson nicht wesentlich von denjenigen der Klägerin unterscheiden, abgesehen von ihrem Geschlecht.
43. Ob sich eine reale Person wirklich in einer vergleichbaren Situation befindet, wird wahrscheinlich immer eine Frage des Sachverhalts und des Grades der Übereinstimmung sein. In der Praxis wird sich vermutlich selten eine reale Person finden lassen, deren Situation wirklich mit derjenigen der Klägerin vergleichbar ist.
44. Die Möglichkeit für die Klägerin, einen Vergleich mit einer hypothetischen Vergleichsperson vorzunehmen, ergibt sich durch die Formulierung „*erfahren würde*“.
45. In der Praxis können sich eine Klägerin und der Beklagte in einer Klage wegen unmittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oftmals in nüchternen und ergebnislosen Argumenten bezüglich der relevanten Attribute einer hypothetischen Vergleichsperson verlieren.
46. Hat jedoch ein Gericht eine hypothetische Vergleichsperson zu konstruieren, wird es, ausgehend von dem Grund für die Behandlung, durch rückwärts gerichtete Argumentation die relevanten vergleichbaren Umstände bestimmen müssen. Demzufolge sollten die relevanten Umstände und Attribute einer geeigneten hypothetischen Vergleichsperson die für den Grund der Handlung oder Entscheidung, wegen der Klage erhoben wurde, relevanten Umstände und Attribute widerspiegeln.
47. Unter diesen Umständen kann ein Gericht durchaus entscheiden, das Beweismaterial nicht in zwei Stufen zu analysieren, da es letztendlich in nur einer Stufe eingegangen ist, und sich stattdessen die Frage stellen, warum die Klägerin in dieser Weise behandelt wurde.

„Vermuten lassen“

48. Diese Formulierung in Artikel 19 Absatz 1 wirft Fragen zum Standard der für eine Beweislastumkehr erforderlichen Beweise auf. Es gibt zu diesem Punkt noch kein Verfahren vor dem Gerichtshof, in dem eine Entscheidung ergangen ist.
49. Hinweise finden sich jedoch in den Schlussanträgen von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache C-394/11 **Belov gegen Chez Elektro Bulgaria AD** vom 20.9.2012.
50. Diese Rechtssache betraf die Beweislastbestimmungen in der Richtlinie 2000/43/EG. Der Kläger gehörte der ethnischen Gruppe der Roma an. Er machte eine Diskriminierung aufgrund der Rasse geltend, weil die Ablesung des Stromzählers für seinen Haushalt nur erfolgen kann, wenn er hierfür einen speziellen Termin vereinbart, da der Energieversorger in seinem Roma-Bezirk der bulgarischen Stadt Montana die Haushaltsstromzähler in einer Höhe von sieben Metern angebracht hat, während sie in anderen Stadtteilen, die nicht überwiegend von Roma bewohnt werden, in Kopfhöhe angebracht wurden.
51. Generalanwältin Kokott gelangte zu der Schlussfolgerung, dass der Kläger eine Diskriminierung nicht mit einem hohen Grad an Sicherheit nachweisen müsse, um eine Beweislastumkehr zu bewirken, da dies die Bestimmungen zur praktischen Wirksamkeit gefährden und quasi leer laufen lassen würde.
52. Sie führte aus, dass *„es für eine Beweislastumkehr nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43 ausreicht, dass Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verletzt halten, Tatsachen glaubhaft machen, die den ersten Anschein einer Diskriminierung begründen“*.
53. Das Vorabentscheidungsersuchen wurde durch den Gerichtshof im Januar 2013 für unzulässig befunden, sodass die Frage nicht abschließend entschieden wurde.

54. Die Formulierung „vermuten lassen“ muss implizit beinhalten, dass die Richtlinie darauf abstellt, ob bezüglich dieser Tatsachen ein geeignetes Gericht, das den rechtlichen Vorgaben ordnungsgemäß folgt, Tatsachen nachgewiesen hat, die eine Diskriminierung vermuten lassen.

Was muss der Arbeitgeber im Falle der Beweislastumkehr nachweisen?

55. Artikel 19 Absatz 1 besagt, dass *„es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat“*.
56. Der Arbeitgeber hat mehrere Möglichkeiten, um die Vermutung einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu widerlegen.

Kenntnis

57. Eine Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung besteht darin, dass er keine Kenntnis von dem relevanten Schutzmerkmal hatte. Dies ist in einem Fall von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zwar wahrscheinlich weniger relevant als beispielsweise in einem Fall von Diskriminierung aufgrund der Rasse oder aufgrund eines anderen Schutzmerkmals, kann allerdings dennoch zum Tragen kommen, zum Beispiel in Fällen, die eine Schwangerschaft betreffen.

Die vorgeworfenen Handlungen haben nicht stattgefunden

58. Es steht dem Arbeitgebe frei, den Nachweis zu führen, dass sich die Tatsachen, auf die sich die Klägerin stützt, in Wirklichkeit nicht ereignet haben. Wendet das Gericht jedoch strikt ein zweistufiges Verfahren an (Hat sich die Beweislast verlagert? Wenn ja, hat der Arbeitgeber die Vermutung widerlegt?), wäre dies in der ersten Stufe geprüft worden.

Nichtdiskriminierungserklärung

59. Der Arbeitgeber kann stets versuchen, die Klage abzuwehren, indem er nachweist, dass das Geschlecht nicht zu den Gründen gehörte, aus denen er die Klägerin so behandelt hat.
60. Es besteht ein Unterschied zwischen dem Grund, der eine Person veranlasst, so zu handeln, wie sie es tut, und dem Motiv, aus dem sie handelt. Auch wenn der Arbeitgeber aus dem bestmöglichen Motiv handelt, kann festgestellt werden, dass die Behandlung aufgrund des Geschlechts erfolgt.
61. Ferner lässt der Wortlaut der Richtlinie 2006/54/EG darauf schließen, dass der Arbeitgeber bei dem Versuch, den ersten Anschein einer Diskriminierung zu widerlegen, nachweisen muss, dass das Geschlecht keinerlei Rolle als Beweggrund für die Behandlung der Klägerin gespielt hat.
62. Wenn es mehrere Gründe für die Behandlung gibt, und das Geschlecht einer dieser Gründe ist, und zwar auch dann, wenn es nicht der Hauptgrund ist, wird es dem Arbeitgeber nicht gelingen, die Vermutung einer Diskriminierung zu widerlegen, sofern es einen mehr als trivialen Grund darstellt.
63. Kann sich der Beklagte durch Verweis auf den Gemüts- oder Geisteszustand des Entscheidungsträgers der Verantwortung entziehen? Dies kann möglich sein.
64. Wenn der richtige Ansatz lautet, dass eine diskriminierende Handlung oder Unterlassung aufgrund eines vorgegebenen Faktors begangen werden kann, kann der Beklagte, solange dieser Faktor (bewusst oder unbewusst) Auswirkungen auf den Gemüts- oder Geisteszustand des mutmaßlichen Diskriminierers hat, versuchen zu argumentieren, dass die Ermittlung der für die fragliche Handlung oder Unterlassung verantwortlichen Person(en) den Ausgangspunkt bilden muss.

65. Wenn dem so ist, stellt dies für eine Klägerin eine weitere Hürde dar, die sie überwinden muss, um in einem Diskriminierungsfall Erfolg zu haben, da ein Beklagter sich der Verantwortung entziehen kann, wenn die Klägerin nicht hinreichend belegen kann, dass ein bestimmter, einzelner Entscheidungsträger über die erforderliche Kenntnis verfügt.

Mittelbare Diskriminierung

Einleitung

66. Art. 2 Abs. 1 Buchst. b definiert mittelbare Diskriminierung wie folgt:
„Situation, in der dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

Drei Situationen, in denen eine Beweislastumkehr erfolgt

67. Es gibt drei Situationen, in denen eine Klägerin in einer Klage wegen mittelbarer Diskriminierung Tatsachen belegen kann, die zu einer Umkehr der Beweislast führen.
68. Eine Situation besteht darin, dass die Klägerin die Existenz von Vorschriften, Kriterien oder Verfahren („VKV“) nachweist, die Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise benachteiligen. Die zweite Situation ist mangelnde Durchschaubarkeit der Behandlung durch den Arbeitgeber, die Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise benachteiligt. Die dritte Situation besteht darin, dass zwar weder VKV noch mangelnde Durchschaubarkeit vorliegen, dass aber statistische Angaben zeigen, dass männliche oder weibliche Arbeitnehmer eine weniger günstige Behandlung erfahren.

69. In diesem Papier werden diese drei Situationen einzeln analysiert.

Vorschriften, Kriterien oder Verfahren

70. Ein VKV-Fall liegt vor, wenn es explizite (oder auch implizite) Verfahren des Beklagten gibt, die eine Gruppe von Arbeitnehmern, üblicherweise Frauen, gegenüber der anderen Gruppe von Arbeitnehmern (üblicherweise Männer) benachteiligen.
71. Die klassischen Rechtssachen, mit denen sich der Gerichtshof vor 30 Jahren zu befassen hatte, bezogen sich auf Teilzeitarbeit. In einer dieser Rechtssachen, Rechtssache 170/84 **Bilka-Kaufhaus GmbH gegen Weber Von Hartz**, führte der Gerichtshof in Randnummer 29 Folgendes aus: *„Falls sich herausstellen sollte, dass ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer vollzeitbeschäftigt ist, steht der Ausschluss der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung folglich dann im Widerspruch zu Artikel 119 [dem Vorläufer von Artikel 157] EWG-Vertrag, wenn – unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten – diese Maßnahme nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen.“*
72. Die von **Bilka** aufgeworfene Frage lautete, ob dies nur gelte, wenn statistische Angaben deutlich machen, dass ein „erheblich geringerer Prozentsatz“ Frauen Leistungen aus der betrieblichen Altersversorgung erhält.
73. Der Gerichtshof vertrat hinsichtlich der folgenden Prozentsätze ausdrücklich oder stillschweigend die Auffassung, dass ein „erheblicher Unterschied“ vorliegt:
- a. Rechtssache 171/88 *Rinner-Kühn*, die Kategorie der Teilzeitbeschäftigten umfasste 89 % Frauen und 11 % Männer
 - b. C-33/89 *Kowalska*, in der Kategorie der Teilzeitbeschäftigten lagen die Prozentsätze für Frauen bei 77,3 % (und in diesem Jahr machten Sie nur

55,5 % der Vollzeitbeschäftigten aus), 97,8 % und 90,2 %, je nach Dienstverhältnis und Wochenarbeitszeit,

- c. C-184/89 *Nimz*, in derselben Kategorie lagen die Prozentsätze für Frauen bei 77,3 % und 90,2 %, je nach Wochenarbeitszeit, während der Prozentsatz der Frauen in der Kategorie der Vollzeitbeschäftigten bei 55 % lag,
 - d. C-243/95 *Hill*, von den Mitarbeitern, die auf Teilarbeitsplätzen eingestellt waren (die Gruppe, die eine ungünstige rechtliche Behandlung erfuhr), waren 98 % bis 99,2 % Frauen.
74. In der Rechtssache C-167/97 **R gegen Secretary of state for employment, ex parte Seymour-Smith und Perez**, im Falle von durch einen Mitgliedstaat erlassenen Vorschriften mit unterschiedlicher Wirkung und unter Bezugnahme auf den Wortlaut der damaligen Richtlinie 76/207/EG, wurde in Randnummer 60 ausgeführt, dass zu bestimmen ist, *„ob sich aus den verfügbaren statistischen Daten ergibt, dass ein erheblich niedrigerer Prozentsatz weiblicher als männlicher Arbeitnehmer die nach der streitigen Vorschrift erforderliche Voraussetzung der zweijährigen Beschäftigung erfüllen kann“*.
75. In Randnummer 61 fügte der Gerichtshof hinzu: *„Das gleiche könnte gelten, wenn sich aus den statistischen Daten ein geringerer, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehender und relativ konstanter Abstand zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern, die die Voraussetzung der zweijährigen Beschäftigung erfüllen, ergäbe. Gleichwohl wäre es Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, welche Schlussfolgerungen aus solchen statistischen Daten zu ziehen sind.“* Seiner Auffassung nach reichte eine unterschiedliche Wirkung von 8,5 % nicht aus.

Mangelnde Durchschaubarkeit

76. In C-109/88 **Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark gegen Dansk Arbejdsgiverforening, handelnd für Danfoss („Danfoss“)**, gab es Belege dafür, dass das durchschnittliche Entgelt von Frauen um 6,85 % niedriger als das von Männern war. Aufgrund mangelnder

Durchschaubarkeit des Entlohnungssystems konnten die Klägerinnen jedoch nicht definitiv nachweisen, dass Frauen in Bezug auf jeden Bestandteil ihres Entgelts geringer entlohnt wurden.

77. Der Gerichtshof führte die Umkehr der Beweislast weiter aus. Insbesondere entschied er im Tenor seines Urteils in Randnummer 16, 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“*.
78. Mit anderen Worten wurde die Beweislast, bezogen auf den Sachverhalt dieses Falles, umgekehrt, weil eine Benachteiligung einer relativ großen Zahl von weiblichen Arbeitnehmern vorlag. Der Gerichtshof präzisierte jedoch nicht, dass eine bestimmte Differenz erforderlich ist, bevor es zu einer Beweislastumkehr kommt.

Zahlen – Enderby gegen Frenchay Health Authority

Was sagt Enderby?

79. In C-127/92 **Pamela Mary Enderby gegen Frenchay Health Authority und Secretary of State for Health** erweiterte der Gerichtshof den Begriff der mittelbaren Diskriminierung.
80. Frau Enderby war als Logopädin beim National Health Service beschäftigt. Der Beruf des Logopäden wurde hauptsächlich von Frauen ausgeübt. Sie machte geltend, dass sie ein geringeres Entgelt erhielt als klinische Psychologen und Apotheker, bei denen es sich, in unterschiedlich starker Ausprägung, hauptsächlich um Männer handelte. Die Tätigkeiten wurden als gleichwertig angenommen.
81. Frau Enderby machte keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend. Ferner machte sie auch keine spezifischen Hürden

(d. h. VKV) geltend, die für sie den Zugang zu einem der anderen Berufe erschwerten. Maßgeblich für die Entgeltstrukturen der verschiedenen Berufe waren getrennte Tarifverhandlungen.

82. Der Gerichtshof führte in Randnummer 16 Folgendes aus: *„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.“*
83. In Randnummer 17 führte er weiter aus: *„Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob es diese statistischen Angaben berücksichtigen kann, d. h. ob sie sich auf eine ausreichende Zahl von Personen beziehen, ob sie nicht rein zufällige oder konjunkturelle Erscheinungen widerspiegeln und ob sie generell gesehen als aussagekräftig erscheinen.“*
84. Faktisch beweist **Enderby** somit, dass statistische Angaben allein bei hinreichend überzeugenden Argumenten eine offenkundig unwiderlegbare Vermutung einer dem ersten Anschein nach vorliegenden mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts begründen können.
85. Wenn ein statistisch relevantes und erhebliches Merkmal vorliegt, mit dem sich nachweisen lässt, dass eine Gruppe tatsächlich aufgrund des Geschlechts benachteiligt wird, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Entgeltvereinbarungen zu rechtfertigen. Unter diesen Umständen reicht es nicht aus, dass der Arbeitgeber nachweist, dass die Entgeltvereinbarungen ohne jegliche Form von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts entstanden sind. Faktisch vertritt der Gerichtshof die Auffassung, dass es an irgendeiner Stelle irgendeine Form von mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gegeben haben muss.
86. Die statistischen Angaben müssen zumindest belegen, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Behandlung der benachteiligten Gruppe das Ergebnis eines Faktors oder einer Kombination von Faktoren gewesen sein muss, die sich auf Frauen aufgrund ihres Geschlechts nachteilig

auswirken, und zwar obgleich sich kein eindeutiges Merkmal ermitteln lässt, das eine unterschiedliche Wirkung begründet, und sogar obwohl der Arbeitgeber augenscheinlich das Gegenteil belegt hat.

Beziehung zwischen Enderby und mittelbarer Diskriminierung durch VKV

87. Eine der Schlüsselfragen, die die Rechtssache **Enderby** aufwirft, lautet, ob die Wirkung der Entscheidung auf Fälle beschränkt ist, in denen die unterschiedliche Wirkung, wie in **Enderby**, derart ist, dass die benachteiligte Gruppe „*hauptsächlich*“ aus Frauen besteht.
88. Es kann durchaus sein, dass der **Enderby**-Grundsatz auch unter weniger extremen Umständen wirksam werden kann (was im UK auch tatsächlich der Fall war, wo beispielsweise die Klägergruppe fast genau zur Hälfte aus Frauen bestand, obgleich die Vergleichsgruppe hauptsächlich aus Männern bestand).
89. Eine weitere Schlüsselfrage lautet, ob die statistischen Angaben, die zur Umkehr der Beweislast im Fall einer mittelbaren Diskriminierung nach Art der Rechtssache **Bilka** ausreichen würden, auch ausreichen würden, um eine mittelbare Diskriminierung nach Art der Rechtssache **Enderby** glaubhaft zu machen, oder ob im letztgenannten Fall, in dem es keinen offenkundigen Grund für die Benachteiligung von Frauen gibt, aussagekräftigere statistische Angaben erforderlich sein sollten.
90. Der Wortlaut der Richtlinie 2006/54/EG scheint darauf schließen zu lassen, dass die Beweise, die ausreichen, um die Feststellung zu rechtfertigen, dass bestimmte, vom Arbeitgeber eingeführte VKV eine Benachteiligung von Frauen bewirken, nicht dieselben sind wie die statistischen Belege, die in einer Situation wie in der Rechtssache **Enderby** erforderlich sind, um den Rückschluss zu rechtfertigen, dass der Anschein einer Diskriminierung bestehen muss, wenn augenscheinlich keine vorliegt.

91. Ein Grund dafür ist, dass die Definition des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung in Artikel 2 die Anforderung enthält, dass bestimmte VKV vorliegen. Diese Formulierung wäre überflüssig, wenn die Klägerin nur das Vorliegen einer Benachteiligung (bezogen auf welchen erforderlichen statistischen Schwellenwert auch immer) nachweisen müsste.

Statistische Angaben

92. Die Definition des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung wurde in Randnummer 66 zitiert. Sie bezieht sich auf VKV, die eine Gruppe „in besonderer Weise benachteiligen“. Sie trat an die Stelle der Definition in der Richtlinie 97/80/EG, derzufolge eine mittelbare Diskriminierung vorlag, *„wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen“*.
93. Diese wichtige Änderung der Rechtsvorschriften bedeutete, dass eine Klägerin nun nicht immer statistische Angaben in Bezug auf einen „wesentlich höheren Anteil“ vorlegen muss, um nachteilige Auswirkungen belegen zu können. Zuweilen kann es offensichtlich sein, dass es nachteilige Auswirkungen gibt, die – um den Wortlaut der Richtlinie 2006/54/EG zu verwenden – Personen des einen Geschlechts in besonderer Weise benachteiligen können, beispielsweise wenn von allen Zugführern eines Eisenbahnunternehmens der Wechsel von festen Tagschichten auf rollende Schichten, die jederzeit am Tag oder in der Nacht beginnen können, verlangt wird.
94. In bestimmten Fällen, wie beispielsweise bei mittelbarer Diskriminierung nach Art der Rechtssache **Enderby**, muss trotz der Änderung der Rechtsvorschriften nach wie vor die Verwendung statistischer Angaben verlangt werden, da die nachteiligen Auswirkungen bewiesen werden müssen.
95. Welche statistischen Angaben sind bei Diskriminierung nach Art der Rechtssache **Enderby** für die Umkehr der Beweislast erforderlich?

96. Ein Gericht wird möglicherweise prüfen müssen, ob die statistischen Angaben, auf die sich eine Klägerin – oder auch ein Beklagter – stützt, irgendeiner Form von statistischer Analyse unterzogen wurden, um beispielsweise festzustellen, ob die Vorfälle unterschiedlicher Behandlung von Frauen und Männern die Grenzen der Zufälligkeit übersteigen, ob die Zahl der Vorfälle für eine aussagekräftige Analyse ausreichend ist und (was kontroverser ist, siehe weiter unten) ob die Faktoren, die sich vermeintlich auf die Behandlung auswirken, kausal signifikantere Auswirkungen haben als die Inzidenz des Geschlechts.
97. Ferner muss die relevante Datenbasis für den Vergleich alle Beschäftigten umfassen, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden (siehe die Begründung der Kommission zur Richtlinie 2006/54/EG).

Das Brunnhofer-Problem

98. Eines der Urteile des Gerichtshofs, das gewisse Schwierigkeiten aufgeworfen hat, ist das Urteil in der Rechtssache C-381/99 **Brunnhofer gegen Bank der österreichischen Postsparkasse AG**. In dieser Rechtssache entschied der Gerichtshof augenscheinlich, dass sich, zumindest im Hinblick auf unterschiedliches Arbeitsentgelt, wenn eine Frau ein geringeres Entgelt erhält als ein Mann, die Beweislast auf den Beklagten verlagert, der nachzuweisen hat, dass die unterschiedliche Entlohnung objektiv gerechtfertigt ist.
99. Frau Brunnhofer war von Juli 1993 bis Juli 1997 bei der Bank beschäftigt. Sie klagte auf gleiche Entlohnung wie ein männlicher Kollege, der seit August 1994 dort beschäftigt war. Dieser hatte seit dem Zeitpunkt seiner Einstellung eine individuelle Zulage bezogen, die ihr nicht gewährt wurde.
100. Die Bank argumentierte nicht, dass es echte Unterschiede gegeben habe, die zum Zeitpunkt seiner Einstellung eine unterschiedliche Entlohnung gerechtfertigt hätten. Tatsächlich wurden die Klägerin und die Vergleichsperson nach dem geltenden Kollektivvertrag in dieselbe Tätigkeitsgruppe eingestuft. Vielmehr versuchte der Arbeitgeber, die unterschiedliche Entlohnung zu rechtfertigen, indem er sich auf Umstände

stützte, die erst nach dem Dienstantritt der Vergleichsperson feststellbar waren. Dabei handelte es sich um seine im Vergleich zu Frau Brunnhofer bessere Leistung und die Tatsache, dass er wichtigere Tätigkeiten ausübte. Die Bank stützte ihr Vorbringen niemals einfach darauf, dass das unterschiedliche Entgelt tatsächlich auf andere Faktoren als das Geschlecht zurückzuführen sei.

101. In Randnummer 66 führte der Gerichtshof Folgendes aus: *„Nach der Rechtsprechung steht eine das Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit betreffende Ungleichbehandlung von Männern und Frauen grundsätzlich im Widerspruch zu Artikel 119 des Vertrages [jetzt Artikel 157 AEUV] und damit im Widerspruch zur Richtlinie. Anders verhielte es sich nur, wenn die Ungleichbehandlung durch objektive Faktoren gerechtfertigt wäre, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben“*
102. Auf den ersten Blick scheint damit entschieden zu werden, dass – zumindest in Bezug auf Entgelt – automatisch eine Umkehr der Beweislast erfolgt, wenn eine Frau und ein Mann unterschiedlich entlohnt werden, das heißt, dass immer der Arbeitgeber verpflichtet ist, den Entgeltunterschied objektiv zu rechtfertigen.
103. Dies kann aus mehreren Gründen nicht der eigentliche Sinn des Urteils **Brunnhofer** sein.
104. Zunächst beziehen sich die Richtlinie 2006/54/EG und Artikel 157 AEUV auf die Gleichstellung von Frauen und Männern und die Diskriminierung hinsichtlich des Arbeitsentgelts. Sie beziehen sich nicht auf gerechte Entlohnung, was das Ergebnis wäre, wenn immer eine objektive Rechtfertigung nötig wäre. Demzufolge kann ein irrationales Entlohnungssystem ungerecht sein, aber es ist offensichtlich nicht automatisch diskriminierend aufgrund des Geschlechts, wenn – um ein gänzlich extremes Beispiel zu wählen – das Entgelt durch das Werfen einer Münze festgelegt wird.

105. Zweitens würde dies, wenn der Gerichtshof in der Rechtssache **Brunnhof** sagen wollte, dass sämtliche Entgeltunterschiede zwischen Frauen und Männern objektiv gerechtfertigt sein müssen, eine Umkehr der Beweislast bedeuten, und eine Frau könnte möglicherweise nach den Rechtsvorschriften zu gleichem Entgelt Recht bekommen, und zwar aus dem einfachen Grund, dass sie zufällig eine Frau ist.
106. Dies böte ihr einen Rechtsbehelf unter Umständen, unter denen einem Mann keiner zur Verfügung stünde. Wären beispielsweise 100 Männer auf Arbeitsplatz A zu einem Entgelt von £X beschäftigt und 100 Männer auf Arbeitsplatz B zu einem Entgelt von £X mit einer Zulage von 10 % aus historischen, nicht objektiv zu rechtfertigenden Gründen, hätten die Männer mit der geringer entlohnten Tätigkeit keinen Grund für eine Beschwerde im Rahmen des Diskriminierungsrechts. Sollte das Urteil **Brunnhof** jedoch bedeuten, dass es stets zu einer Umkehr der Beweislast kommt, wenn eine Frau auf dem Arbeitsplatz mit der geringeren Entlohnung angestellt ist, hätte der Arbeitgeber den Entgeltunterschied objektiv zu rechtfertigen (was er nicht könnte).
107. Beabsichtigte der Gerichtshof die Umkehr der Beweislast in einer solchen Situation, würde er drittens einen ganz und gar künstlichen und äußerst signifikanten Unterschied zwischen der Beweislastumkehr hinsichtlich der entgeltbezogenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der auf andere Aspekte bezogenen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts machen. Dies entspricht nicht dem, was die Rechtsvorschriften der Union bezwecken.
108. Und schließlich, wenn es das ist, was der Gerichtshof mit seinem Urteil in der Rechtssache **Brunnhof** bezweckte, ist es zumindest überraschend, dass er nicht ausdrücklich ausgeführt hat, dass er die frühere Rechtsprechung kippt, und es ist überraschend, dass er nicht ausdrücklich erwähnt hat, dass statistische Angaben, nachteilige Auswirkungen und die Datenbasis der Vergleichspersonen fortan nicht mehr relevant sind.

Was muss der Arbeitgeber nachweisen?

109. Bei mittelbarer Diskriminierung muss der Arbeitgeber im Falle der Beweislastumkehr nachweisen, dass er ein rechtmäßiges Ziel verfolgt hat und dass die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich waren.
110. Eine der schwierigen Fragen im Falle einer Diskriminierung wie in der Rechtssache **Enderby** lautet, ob faktisch eine unwiderlegbare Vermutung einer mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gegeben ist, die stets eine objektive Rechtfertigung etwaiger Ungleichbehandlungen durch den Arbeitgeber erforderlich macht, oder ob es dem Arbeitgeber freisteht, den Nachweis zu führen, dass es einen geschlechtsunabhängigen Grund für die Ungleichbehandlung gibt, sodass die Notwendigkeit einer Rechtfertigung nicht gegeben ist.
111. Da die vermeintliche mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Rechtssache **Enderby** entsteht, ohne dass irgendeine Diskriminierung seitens des Beklagten vorliegt, sollte es dem Beklagten grundsätzlich freistehen, den Nachweis zu führen, dass es einen geschlechtsunabhängigen Grund für die Ungleichbehandlung gibt.
112. Kurz gefasst lässt sich sagen, dass der Arbeitgeber, wenn er einen solchen Grund nachweisen kann, belegt, dass die statistischen Angaben nicht aussagekräftig oder valide sind.
113. Im Rahmen des konträren Ansatzes wird argumentiert, dass das Urteil in der Rechtssache **Enderby** die Beweislast auf den Arbeitgeber verlagern soll, wenn hinreichend unverhältnismäßige nachteilige Auswirkungen auf Frauen im Vergleich zu Männern gegeben sind, und dass dies an sich die Diskriminierung darstellt, die eine Umkehr der Beweislast bewirkt und eine objektive Rechtfertigung erforderlich macht.

114. Diese Frage muss auf der Ebene des Gerichtshofs noch entschieden werden.

Kronanwalt Paul Epstein

3. November 2014