



Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht

Professor Dr. Martina Benecke, Augsburg



Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht

Die Expertise zum Thema „Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht“ wurde erstellt von Frau Professor Dr. Martina Benecke, o. Professorin an der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg. Frau Prof. Dr. Benecke ist Expertin auf den Gebieten des Antidiskriminierungsrechts und des europäischen Arbeitsrechts und hat auf beiden Gebieten mehrere wissenschaftliche Schriften veröffentlicht. Im April 2010 organisierte sie an der Universität Augsburg eine wissenschaftliche Fachtagung zum Thema „Mobbing und Diskriminierungsschutz im internationalen Vergleich“ mit Teilnehmerinnen und Teilnehmern aus mehreren europäischen Ländern und den USA.

Die Expertise gliedert sich in fünf Teile. Im ersten Teil erfolgt eine Bestandsaufnahme, in der die Rechtssysteme zum Antidiskriminierungsrecht in den einzelnen Mitgliedsstaaten in ihren wesentlichen Grundstrukturen vorgestellt und die Kernunterschiede herausgearbeitet werden. Dabei werden auch praktische Erfahrungen, insbesondere in bisherigen Verfahren, einbezogen. Der umfangreichste, zweite Teil beschäftigt sich mit den Anwendungsvoraussetzungen, von denen die einzelnen Rechtssysteme den Diskriminierungsschutz abhängig machen. Im Einzelnen geht es um den personellen und materiellen Anwendungsbereich sowie vor allem um die einzelnen Diskriminierungsgründe. Ebenfalls zu diesem Abschnitt gehören die erfassten Formen der Diskriminierung. Zuletzt werden die Anwendungsvoraussetzungen von den Ausnahmen bestimmt, die die einzelnen Rechtssysteme vom Diskriminierungsschutz machen.

Gegenstand des dritten Teils sind die Rechtsfolgen der Diskriminierung, also insbesondere die Sanktionen, die die Rechtssysteme an diskriminierendes Verhalten knüpfen. Sie werden nach Art und Umfang vorgestellt, wobei soweit möglich praktische Erfahrungen einfließen. Erwähnung finden auch sonstige Rechtsfolgen wie Unterlassungs- und Feststellungsansprüche. Der Durchsetzung dieser Sanktionen dient nach den Richtlinien der Rechtsschutz, der im vierten Teil behandelt wird. Hier wird zunächst der gerichtliche Rechtsschutz mit den durch die Richtlinien vorgegebenen Besonderheiten für Beweislast und Prozessfähigkeit vorgestellt. Erhebliche Unterschiede zeigen sich in dem folgenden Abschnitt über den Rechtsweg. Zuletzt werden die Wege des außergerichtlichen Rechtsschutzes vorgestellt, wobei die Schwerpunkte auf der Tätigkeit der spezialisierten Stellen in den einzelnen Mitgliedsstaaten liegen.

Auf dieser Grundlage folgt eine ausführliche Bewertung der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht. An ihrem Anfang steht die grundsätzlich erfreuliche Erkenntnis, dass im Jahr 2010 nur noch wenige Umsetzungsdefizite bestehen, sondern im Gegenteil die meisten Staaten die Richtlinien übererfüllt haben. Überraschend ist dabei die Vielzahl und Unterschiedlichkeit der gesetzgeberischen Mittel. Dennoch lassen sich Gruppen bilden, indem man typische Merkmale vereinfachend zusammenfasst. Auf dieser Grundlage werden drei Kernelemente der Umsetzungsvarianten herausgearbeitet: Die größten und praktisch wichtigsten Unterschiede bestehen hinsichtlich der erfassten Diskriminierungsgründe, der Sanktionen und der Einbeziehung und Ausgestaltung der spezialisierten Stelle.

Diese Gebiete und die typischen Umsetzungsvarianten werden abschließend auf ihre gesetzgeberische Effizienz hin untersucht. Es zeigt sich, dass umfangreiche gesetzliche Geltung und Kompetenzen nicht immer am effizientesten sind. Bemerkenswert sind die Umsetzungsvarianten in Osteuropa, die durchaus Vorbildcharakter für West- und Südeuropa haben können. Insgesamt macht die Expertise die Variationsbreite deutlich, die in den europäischen Systemen zum Antidiskriminierungsrecht besteht, zeigt manche überraschende Entwicklung und ermöglicht es, durch den Blick über den Tellerrand Anregungen für das eigene Rechtssystem zu erhalten.

Inhaltsverzeichnis

I. Einführung; Überblick.....	7
1. Bestandsaufnahme	8
a) Das Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten – Grobüberblick.....	8
b) Kernunterschiede in der Umsetzung – Systematisierung?.....	11
aa) Aspekte der Umsetzungsvarianten	12
bb) Gründe für die Vielfalt	12
2. Bisherige praktische Erfahrungen	14
II. Anwendungsvoraussetzungen	16
1. Personeller und materieller Anwendungsbereich.....	16
a) Materieller Anwendungsbereich	16
b) Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen	18
c) Geschützte und berechtigte Personen	19
d) Verantwortliche und verpflichtete Personen	19
2. Diskriminierungsgründe.....	21
a) Rasse oder ethnische Herkunft.....	22
aa) Begriff und Schutzzumfang.....	22
bb) Defizite.....	23
cc) Schutz der Nationalität und Staatsangehörigkeit	23
b) Religion oder Weltanschauung	25
c) Behinderung	26
aa) Krankheit – Abgrenzung und Diskriminierungsschutz.....	26
bb) Begriffsbestimmung Behinderung.....	27
cc) Positive Maßnahmen	28
d) Sexuelle Orientierung	28
e) Alter	28
f) Geschlecht	30
g) Weitere Gründe	31
h) Lücken in der Gesetzgebung	32
3. Erfasste Formen der Diskriminierung	33
a) Unmittelbare Diskriminierung.....	33
b) Mittelbare Diskriminierung	34
c) Belästigung	36
d) Anweisung zur Diskriminierung	37
e) Vermutete Diskriminierung	37
f) Assoziierte Diskriminierung.....	38
4. Rechtfertigung von Ungleichbehandlung	39
a) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen	39
b) Arbeitgeber, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht.....	40
c) Streitkräfte und andere spezifische berufliche Tätigkeiten	41
d) Vom Familienstand abhängige Leistungen.....	41
e) Gesundheit und Sicherheit	42
f) Diskriminierung aufgrund des Alters.....	42
g) Öffentliche Sicherheit etc.....	43
h) Weitere Ausnahmen.....	43
i) Positive Maßnahmen.....	44

III. Rechtsfolgen	46
1. Art der Sanktionen: Schadensersatz und andere Ansprüche.....	46
a) Zivilrechtliche Lösungen.....	46
b) Kombinationslösungen.....	47
c) Lösungen, die im Wesentlichen Strafe oder Bußgeld vorsehen	48
2. Umfang: Höhe von Schadensersatz oder von Geldbußen/-strafen	49
a) Höchstgrenzen und andere Besonderheiten	49
b) Höhe der Kompensationszahlungen.....	50
c) Höhe von Geldbußen und Strafen	50
3. Sonstige Pflichten und Rechtsfolgen.....	51
a) „Angemessene Vorkehrungen“ des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin	51
b) Unterrichtung und sozialer und ziviler Dialog	52
IV. Rechtsschutz	53
1. Gerichtlicher Rechtsschutz.....	53
a) Beweiserleichterungen, Beweislast und weitere Besonderheiten	53
b) Prozessfähigkeit von Verbänden.....	55
c) Rechtsweg und weitere Mittel	57
2. Außergerichtlicher Rechtsschutz: die Antidiskriminierungsstellen	59
a) Unabhängige spezialisierte Stelle.....	59
b) Kompetenzen der Stelle oder der Stellen	61
aa) Zuständigkeiten	61
bb) Rechte und Kompetenzen	62
V. Bewertung.....	64
1. Formale Seite: Abschließende vergleichende Darstellung der Umsetzung	64
a) Wenige Defizite, viele Mittel der Übererfüllung.....	64
b) Gruppenbildung innerhalb der Mitgliedsstaaten.....	65
c) Kernelemente der Umsetzungsvarianten	66
2. Inhaltlich: Effizienz der gesetzgeberischen Wege.....	68
a) Diskriminierungsgründe	68
aa) Abschließende und nicht abschließende Aufzählung.....	68
bb) Weite oder enge Aufzählung.....	68
cc) Diskriminierungsgrund „Gesundheitszustand“	69
dd) Diskriminierungsgrund „Familienstand“	70
ee) Diskriminierungsgrund „Sozialer Status“	70
b) Sanktionen und Rechtsweg.....	71
c) Kompetenzen der spezialisierten Stelle	72
VI. Fazit.....	73

Nicht gesondert in den Fußnoten aufgeführte Quellen:

Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa

Ein Vergleich in den 25 EU-Mitgliedsstaaten

Vorgelegt von Mark Bell, Isabelle Chopin und Fiona Palmer für das Europäische Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=de&pubId=37&type=2&furtherPubs=no>

REPORT ON MEASURES TO COMBAT DISCRIMINATION

Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC

COUNTRY REPORTS

<http://www.non-discrimination.net/en/home>

(Berichte zur Umsetzung der Richtlinien in den Mitgliedsstaaten, regelmäßig aktualisiert)

Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht

Verfasst vom Europäischen Netz unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung

Ausgabe 1–8

<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=lawrev&mode=advancedSubmit&langId=de>

I.

Einführung; Überblick

Diskriminierungsschutz und die Durchsetzung von Gleichbehandlungsansprüchen auch auf dem Gebiet des einfachen Rechts sind für die Europäische Union kein neues Thema. Die ältesten Regelungen dieser Art betreffen die Gleichbehandlung der **Geschlechter**, so stammt die RL 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen bereits aus den 1970er-Jahren. Diese Richtlinie ist seitdem mehrfach geändert worden und liegt nunmehr als konsolidierte Neufassung von 2006 vor¹. Seit 1997 verlagern sich die Aktivitäten der Union aber auch in andere Gebiete des Gleichbehandlungsrechts, ohne dabei die Geschlechtergleichbehandlung aus dem Blick zu verlieren.

Besondere Bedeutung haben dabei zwei Rechtssetzungsakte aus dem Jahr 2000: die sog. **Antirassismusrichtlinie** RL 2000/43/EG², die weite Bereiche des öffentlichen Rechts und des Zivilrechts erfasst, und die **arbeitsrechtliche Richtlinie** RL 2000/78/EG³. Diese hat heute die wohl größte praktische Bedeutung, da sie neben einem weiten Anwendungsbereich in Beschäftigung und Beruf auch eine Vielzahl möglicher Diskriminierungsgründe erfasst und vor allem mit dem Verbot der Altersdiskriminierung viele Regelungen der Mitgliedsstaaten europarechtswidrig machte. Die Gleichbehandlung der Geschlechter auch außerhalb des Arbeitsrechts wurde 2004 erweitert mit der RL 2004/113/EG⁴.

Im **Europäischen Jahr der Chancengleichheit 2007** war für die meisten Mitgliedsstaaten und die meisten Richtlinien die Frist zur Umsetzung abgelaufen. Dementsprechend konnte ein von der Kommission in Auftrag gegebener Bericht des Europäischen Netzes unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung zu dem Ergebnis kommen, wonach die Umsetzung der Richtlinien weitgehend abgeschlossen ist. Andererseits fanden sich auch noch Lücken, vor allem im Bereich der neuen Mitgliedsstaaten und in der Praxis⁵. Es lohnt sich damit ein neuer Blick auf das Recht des Schutzes vor Diskriminierung in Europa, der auch die ersten praktischen Erfahrungen mit einbezieht. Der Schwerpunkt liegt

1 RL 2002/73/EG vom 23.09.2002 (ABIEG Nr. L 269, S. 15); konsolidierte Neufassung durch RL 2006/54/EG vom 05.07.2006 (ABIEG Nr. L 204, S. 23).

2 RL 2000/43/EG vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschiede der Rasse und der ethnischen Herkunft (ABIEG Nr. L 180, S. 22).

3 RL 2000/78/EG vom 27.11.2000 zur Festlegung eines Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABIEG Nr. L 303, S. 16).

4 RL 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABIEG Nr. L 373, S. 37).

5 Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa, Ein Vergleich in den 25 EU-Mitgliedsstaaten, 2007, S. 80.

dabei auf den neuen Regeln, die speziell zur Umsetzung der Richtlinien erlassen wurden, und dabei vorrangig auf der Umsetzung der praktisch besonders bedeutsamen Richtlinie 2000/78/EG.

1. Bestandsaufnahme

Rechtsregeln zur Bekämpfung von Diskriminierung gibt es in den Mitgliedsstaaten der Union nicht erst seit Erlass der Antidiskriminierungsrichtlinien. Das folgt bereits daraus, dass die **Verfassungen** der Mitgliedsstaaten sämtlich Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote enthalten, wie sie beispielsweise das deutsche Grundgesetz in seinem Art. 3 enthält. Diejenigen einfachgesetzlichen Rechtsnormen, die bereits vor dem Jahr 2000 die Diskriminierungsproblematik regelten, betrafen meist die Gleichbehandlung der **Geschlechter** und den Schutz und die Förderung behinderter Menschen. Weiterhin bestanden auch Regeln zum Schutz ethnischer Gruppen, die aber meist nur konkrete ethnische Minderheiten einzelner Länder erfassten, beispielsweise die in Finnland lebende Volksgruppe der Samen. Dagegen gab es auf dem Gebiet der Union kaum Regeln zur Verhinderung von Altersdiskriminierung; im Gegenteil knüpften gerade im Arbeitsrecht viele Bevorzugungen und Benachteiligungen an das Alter an. Wie bereits erwähnt, folgte daraus der größte Anpassungsbedarf.

a) Das Recht der einzelnen Mitgliedsstaaten – Grobüberblick

Der Grobüberblick über das Antidiskriminierungsrecht der einzelnen Mitgliedsstaaten zeigt zweierlei: Erstens macht er deutlich, dass die europäischen Systeme des Antidiskriminierungsrechts durch die **Richtlinien** – vor allem diejenigen des Jahres 2000 – erheblich beeinflusst worden sind. Alle Mitgliedsstaaten haben seitdem entweder neue Gesetze erlassen oder vorhandene Rechtsnormen grundlegend geändert. Zweitens zeigt der Überblick aber, welche Variationsbreite trotz dieser einheitlichen Herkunft in den Rechtssystemen der Mitgliedsstaaten besteht. Im Einzelnen in alphabetischer Reihenfolge:

I Belgien verfügt über ein besonders zersplittertes Gefüge unterschiedlichster Rechtsakte des Bundes und der einzelnen Regionen, die sich gegen Diskriminierung wenden. Die Umsetzung der Antirassismusrichtlinie und der Richtlinie 2000/78/EG erfolgte durch eine umfassende Gesetzesänderung vom 25.02.2003. Inhaltlich decken die Gesetze mehr Diskriminierungskriterien ab als die Richtlinien. Daneben besteht ein Bundesgesetz zur Gleichbehandlung der Geschlechter. Vier Urteile des Bundesgerichts aus der ersten Jahreshälfte 2009 schufen erhebliche Rechtsklarheit zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.

I Bulgarien hat ein einzelnes Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung erlassen, das ebenfalls mehr Diskriminierungsgründe enthält als die Richtlinien. Zum Behindertenschutz gibt es daneben ein besonderes Gesetz. Umsetzungsmängel gibt es noch bei der spezialisierten Stelle; gegenwärtig ist das die Kommission zum Schutz gegen Diskriminierung als staatliches Organ.

I Auch in Dänemark gibt es unterschiedliche Gesetze, von denen einige strafrechtliche Folgen, andere finanzielle Kompensation vorsehen. Zwei spezielle Gesetze richten sich gegen die Ungleichbehandlung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft, andere Spezialgesetze erfassen das Alter, davon eines in Kombination mit Behinderung.

- I In **Deutschland** dient vor allem das AGG von 2006 der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien. Es erfasst auch die Diskriminierung wegen des Geschlechts und enthält Regeln des Arbeitsrechts wie des allgemeinen Zivilrechts. Weitere Regeln zur Verhinderung von Diskriminierung finden sich in arbeitsrechtlichen Spezialgesetzen.
- I **Estland** hat seit dem 01.01.2009 ein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, das die Richtlinie 2000/78/EG und die Antirassismusrichtlinie umsetzt. Die Gleichbehandlung der Geschlechter ist in einem gesonderten Gesetz von 2004 geregelt; aus dem gleichen Jahr stammt auch das Gesetz zum Verfahren in Diskriminierungssachen. Darüber hinaus ist die Diskriminierung weitgehend mit Strafe bedroht. Die Regelungen des Strafbuchbuches erfassen alle Diskriminierungsverbote der Richtlinien bis auf das Alter, außerdem den finanziellen oder sozialen Status und genetische Risiken.
- I In **Finnland** gibt es ein Nichtdiskriminierungsgesetz, daneben wurden Diskriminierungsverbote in das Arbeitsvertragsgesetz und das Strafbuchbuch eingefügt. Eine besondere Rolle spielt in Finnland der Schutz der ethnischen Minderheit der Samen. Die Diskriminierungsverbote gehen über die in den Richtlinien genannten Gründe hinaus. Weiterhin gibt es in Finnland ein umfassendes System von Ombudsleuten. Die Gesetzgebung und Rechtsprechung auf den Ålandinseln weicht vom Rest des Landes ab⁶.
- I Die Rechtslage in **Frankreich** ist sehr zersplittert; einige Gesetze sind rein arbeitsrechtlich, andere zivilrechtlich. Gezielt der Umsetzung dient nur ein Gesetz von 2008, das insbesondere Begrifflichkeiten der Richtlinien wie Definitionen in die vorhandenen Gesetze übernahm. Der Rechtsschutz ist dort für unterschiedliche Merkmale (z. B. Herkunft und Geschlecht) unterschiedlich ausgestaltet. Es gibt auch vereinzelte strafrechtliche Vorschriften.
- I **Griechenland** gehört zu denjenigen Ländern, deren Gleichbehandlungsgesetz die Richtlinie weitgehend übernimmt. Bereits seit 1984 gilt ein Gesetz, das die Gleichbehandlung der Geschlechter im Arbeitsleben regelt. Außerdem existiert ein älteres Gesetz zum Schutz von Behinderten.
- I In **Irland** wurde 2004 ein Gleichstellungsgesetz erlassen, das die in den Richtlinien genannten Gründe und weitere Diskriminierungsgründe erfasst. Es diente zur Abänderung der bereits bestehenden Gesetze über Gleichstellung und Gleichheit am Arbeitsplatz (Employment Equality Act 1998–2004 und Equal Status Act 2000–2004); beide erfassen auch das Geschlecht. Die gleichen Diskriminierungsverbote finden sich auch in Nebengesetzen, insbesondere dem Gesetz über willkürliche Entlassungen.
- I **Italien** setzte 2003 die Richtlinie für das Arbeitsrecht und die Antirassismusrichtlinie um; die Regelungen geben weitgehend den Text der Richtlinie wieder. Ein älteres Gesetz über arbeitsrechtliche Regelungen, insbesondere den Kündigungsschutz, wurde angepasst. Sonderregeln gelten für den Behindertenschutz. Die Geschlechtsdiskriminierung wurde durch Gesetz vom 25.01.2010 neu geregelt⁷ und die Richtlinie 2006/54/EG umgesetzt; vorher bestanden hier Umsetzungsdefizite.
- I In **Lettland** finden sich etliche Gesetze mit Diskriminierungsregeln, aber keine konkrete Umsetzung. Das Arbeitsgesetz von 2002 und das Gesetz über soziale Sicherheit von 1995 enthalten eine nicht erschöpfende Liste von Diskriminierungsgründen, wobei das Geschlecht nur beim letzteren ausdrücklich genannt ist. Beide Gesetze wurden 2006 geändert, dabei wurde das Gesetz über soziale Sicherheit an die Gleichheitsgarantie angepasst; beim Arbeitsgesetz der Schutz der sexuellen Orientierung eingefügt.

6 Die folgenden Ausführungen lassen das Recht der Ålandinseln unbeachtet; s. dazu den Länderbericht Finnland.

7 Gesetz Nr. 5 vom 25.01.2010 (GU n. 29 del 5-2-2010); in Kraft getreten am 20.02.2010.

- I Die Umsetzung in **Litauen** erfolgte durch ein Gleichbehandlungsgesetz aus dem Jahr 2005 und das Arbeitsgesetzbuch aus dem Jahr 2002; daneben eine Kombination arbeits- und strafrechtlicher Bestimmungen sowie verwaltungsrechtlicher Bestimmungen. Bereits seit 1999 besteht ein Gesetz, das den Geschlechtern gleiche Möglichkeiten eröffnen soll. Außerhalb des Arbeitsrechts ist die Umsetzung lückenhaft.
- I In **Luxemburg** wurde durch eine Modifikation verschiedener zivil- und insbesondere arbeitsrechtlicher Gesetze eine Rechtslage geschaffen, die alle Gründe der Richtlinien zur Rassendiskriminierung und Gleichbehandlung im Arbeitsleben umsetzt. Auch das Strafrecht erfasst alle Diskriminierungsgründe bis auf das Alter und weitere darüber hinaus.
- I Das Recht von **Malta** erfasst in seinem Arbeitsrecht alle Gründe der Richtlinie und weitere. Bereits seit 1987 gilt ein Gesetz zur Gleichbehandlung der Geschlechter, seit 2000 zum Behindertenschutz. Auch die Antirassismusrichtlinie ist in einem eigenen Rechtsakt umgesetzt.
- I Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz der **Niederlande**, das bereits aus dem Jahr 1994 stammt, deckt mehr Diskriminierungsgründe als die Richtlinien ab. Besondere Gesetze regeln folgende Diskriminierungsmerkmale: Alter (seit 2004), Behinderung und Geschlecht. Die Diskriminierung von Behinderten ist strafbar; die übrigen Gesetze sind zivilrechtlicher Natur.
- I Die Rechtslage in **Österreich** ist ähnlich zersplittert wie in Belgien. Es gibt ein Gleichbehandlungsgesetz des Bundes, das das Arbeitsrecht und den Zugang zu öffentlichen Gütern erfasst, und zwei weitere Bundesgesetze, die den öffentlichen Dienst erfassen und spezialisierte Stellen begründen. Sonderregeln gelten für die Einstellung und den Schutz von Menschen mit Behinderung. Darüber hinaus ist die Gleichstellung in Gesetzen der einzelnen österreichischen Bundesländer geregelt. Einige dieser Gesetze gehen weiter als das Bundesrecht. Das Bundesgleichstellungsgesetz erfasst auch das Geschlecht.
- I In **Polen** erfasst das Arbeitsgesetzbuch alle in den Richtlinien genannten Gründe und weitere Gründe. Sanktionen sind auf zivilrechtlichem oder strafrechtlichem Wege möglich. Eine Umsetzung außerhalb des Arbeitsrechts fehlt noch. Mängel bestehen auch bei der Schaffung einer spezialisierten Stelle: Seit 2008 gibt es zwar einen Gleichbehandlungsbeauftragten der Regierung, dessen Kompetenzen aber nicht den Anforderungen der Richtlinien entsprechen.
- I In **Portugal** erfasst das Arbeitsgesetzbuch ebenfalls alle in den Richtlinien genannten Gründe und weitere Gründe. Daneben gibt es zahlreiche weitere Bestimmungen und Gesetze, die meist nur einzelne Diskriminierungsgründe erfassen. Besonders umfassend ist in Portugal die Umsetzung durch strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Vorschriften.
- I In **Rumänien** gibt es verschiedene Gesetze, die fast sämtlich öffentlich-rechtlicher Natur sind. Das Antidiskriminierungsgesetz erfasst die Diskriminierungsgründe der Richtlinien und weitere; besondere Gesetze regeln die Gleichbehandlung der Geschlechter und den Behindertenschutz. Einzelne Formen der Diskriminierung sind auch strafbar.
- I In **Schweden** galt bis 2008 eine Kombination von Antidiskriminierungsgesetzen zu mehreren Diskriminierungsmerkmalen und von Antidiskriminierungsgesetzen zu einem Merkmal. Seit dem 01.01.2009 ist ein neues Diskriminierungsgesetz in Kraft getreten, das die bisherigen Regeln – einschließlich der Regeln zur Geschlechtsdiskriminierung – zusammenfasst. Religion wird dabei zur Ethnizität gerechnet. Es deckt in einer Mischung von Zivilrecht und öffentlichem Recht den Anwendungsbereich aller Richtlinien ab.

- I** In der **Slowakei** gibt es ein Antidiskriminierungsgesetz, das gezielt zur Umsetzung der Richtlinien 2004 erlassen wurde. Es wurde 2008 erweitert und umfasst nun deutlich mehr Diskriminierungsgründe als die Richtlinien, einschließlich des Geschlechts. Das Gesetz fasst den Schutz der unterschiedlichen Diskriminierungsverbote allerdings unterschiedlich weit. Auch das Arbeitsgesetz enthält Diskriminierungsverbote. Ein besonderes Gesetz regelt die spezialisierte Stelle.
- I** In **Slowenien** sind die Richtlinien einschließlich Geschlechtergleichbehandlung in einem zivilrechtlichen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt, das auch arbeitsrechtliche Regelungen enthält; außerdem im Arbeitsgesetz (Beschäftigungsbeziehungsgesetz), das noch mehr Diskriminierungsgründe erfasst. Sonderregeln gelten für den Behindertenschutz. Seit 2008 ist Diskriminierung – mit Ausnahme der Altersdiskriminierung – strafbar.
- I** Ein weiter gefasstes, allgemeines Gesetz (Gesetz 62/2003) setzt die Richtlinien in **Spanien** um. Inhaltlich gibt es über weite Teile den Inhalt der Richtlinien wieder. Sonderregeln gelten für den Behindertenschutz. Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern kann außerdem strafbar sein.
- I** **Tschechien** hat die Richtlinien einschließlich des Schutzes vor Geschlechtsdiskriminierung zunächst im Arbeitsrecht umgesetzt; hier finden sich neben den Gründen der Richtlinie weitere Diskriminierungsverbote. 2009 trat ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz in Kraft.
- I** Das Gesetz über die Gleichbehandlung in **Ungarn** – in Kraft seit Anfang 2004 – erfasst 19 explizite Diskriminierungsgründe, darunter alle Diskriminierungsgründe der Richtlinie. Zusätzlich ist es nicht abschließend formuliert. Ein weiteres Dekret regelt die Gleichbehandlungsstelle. Das Gleichbehandlungsgesetz wurde 2006 reformiert; die vorherige Fassung wies etliche Umsetzungsdefizite auf.
- I** Im **Vereinigten Königreich** gelten unterschiedliche Gesetze für Großbritannien und Nordirland. Beiden Rechtsordnungen ist gemeinsam, dass mehrere Antidiskriminierungsgesetze zu den einzelnen Merkmalen (einschließlich Geschlecht) existieren. Damit gelten auch nicht für alle Diskriminierungsverbote dieselben Regeln. Den Bereich außerhalb des Arbeitsrechts erfasst ein einheitliches Gleichheitsgesetz von 2006, das alle Gründe abdeckt. Es gibt nur zivilrechtliche Regeln.
- I** In **Zypern** gibt es ein Gesetz über Gleichbehandlung von Rassen, das ebenso wie das Gesetz zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf die Richtlinien weitgehend wiedergibt. Daneben wurde durch ein Gesetz ein Ombudsmann als spezialisierte Stelle eingeführt. Sonderregeln betreffen den Schutz von Behinderten.

b) Kernunterschiede in der Umsetzung – Systematisierung?

Dieser Überblick zeigt bereits die Vielfalt der Umsetzungen und die grundlegenden, bereits systematischen Unterschiede. Die Vielfalt der Rechtsordnungen entzieht sich einer Systematisierung – Parallelen auf einem Gebiet stehen grundlegenden Unterschieden auf anderen Gebieten gegenüber. Möglich ist allerdings eine Systematisierung der Umsetzungsvarianten, wenn man sie auf die wesentlichen Unterschiede und ihre Ursachen zurückführt.

aa) Aspekte der Umsetzungsvarianten

Die Unterschiede lassen sich vor allem mit folgenden Aspekten umschreiben, die z. T. interdependent sind:

- I Gesetzgeberische Umsetzung
- I Enthaltene Diskriminierungsverbote
- I Rechtsfolgen, Rechtsweg, Rechtsnatur
- I Institutionen zum Schutz vor Diskriminierung

Mit „**gesetzgeberische Umsetzung**“ ist die Einbettung in das jeweilige Normensystem umschrieben. Kaum einer der Mitgliedsstaaten hat nur einen einzelnen Kodex oder Gesetzestext zur Umsetzung. Dennoch fällt auf, dass einige Rechtssysteme ein zentrales, spezielles Antidiskriminierungsgesetz wie das deutsche AGG haben und andere Staaten mehrere Gesetze zur Bekämpfung der Diskriminierung. Dabei lassen sich wieder Untergruppen bilden: Bei der ersten Gruppe ist die Vielfalt auf **gesetzgeberische Kompetenzen** zurückzuführen, so vor allem in Bundesstaaten wie Belgien und Österreich. Die zweite Gruppe knüpft bei den **Voraussetzungen** an; hier gelten für verschiedene Diskriminierungsgründe verschiedene Rechtsakte. Bei der dritten Gruppe folgen die Unterschiede aus den Rechtsfolgen bzw. der Rechtsnatur, da einige Gesetze zivilrechtlicher Natur sind, andere strafrechtlicher oder administrativer Natur. Die vierte Gruppe folgt mit ihrer Umsetzung einfach dem Geltungsbereich der **Richtlinien**.

Vereinfacht kann man die Mitgliedsstaaten folgendermaßen einordnen. Nebengesetze, die vor allem Behinderung und z. T. auch Geschlecht betreffen, bleiben dabei außer Betracht; ebenso besondere Rechtsakte zur spezialisierten Stelle.

1. Mitgliedsstaaten mit einem zentralen Antidiskriminierungsgesetz:

Bulgarien, Deutschland, Estland (allerdings auch Strafrecht, s. c), Finnland, Griechenland, die Niederlande (daneben Einzelgesetze), Rumänien, Schweden (seit 2009), die Slowakei, Slowenien (daneben arbeitsrechtliche Regelungen), Spanien, Tschechien (seit 2009), Ungarn.

2. Mitgliedsstaaten mit unterschiedlichen Gesetzen:

- a) Untergruppe **Gesetzgebungskompetenzen**:
Belgien, Österreich, auch England/Nordirland.
- b) Untergruppe Voraussetzungen/**Diskriminierungsgründe**:
Dänemark (gleichzeitig Gruppe c), Frankreich (uneinheitlich), Irland, Italien, Lettland (uneinheitlich), die Niederlande (allerdings auch a), Vereinigtes Königreich.
- c) Untergruppe **Rechtsfolgen/Rechtsnatur**:
Dänemark (gleichzeitig Gruppe b), Estland (vorrangig allgemeines Gesetz, s. a), Litauen, Luxemburg, Polen (Rechtslage lückenhaft), Portugal.
- d) Untergruppe **Richtlinien**:
Malta, Zypern.

bb) Gründe für die Vielfalt

(1) Bereits dieser Überblick zeigt, dass die **gesetzgeberische Technik** zur Umsetzung in aller Regel unabhängig von dem materiellen Inhalt der jeweiligen Rechtsordnung ist. So finden sich beispielsweise diejenigen Staaten, die deutlich mehr Diskriminierungsgründe vorsehen als die Richtlinien, in unterschiedlichen Gruppen; ebenso diejenigen Staaten, deren Umsetzungsgesetze die Richtlinien übernommen haben. Das kann bereits darauf zurückzuführen

ren sein, dass die vorhandenen gesetzlichen Strukturen mitunter zwingende Vorgaben machen wie Gesetzgebungskompetenzen. Ähnliches gilt für vorhandene gesetzliche Strukturen, wie z. B. die Existenz eines kodifizierten, abschließenden Arbeitsgesetzbuches. Im Vereinigten Königreich und in Irland ist die Rolle des Richterrechts größer als in Kontinentaleuropa.

Soweit die Gesetze gegen Diskriminierung an die jeweils geschützten **Rechtsgüter bzw. verbotenen Diskriminierungsmerkmale** anknüpfen – Gesetz gegen Geschlechtsdiskriminierung, Schutz von Behinderten, gegen Rassendiskriminierung –, ist das ebenfalls meist unabhängig vom Inhalt. So gab es oft einen Teil dieser Rechtsregeln bereits vor den Richtlinien oder die Umsetzung in mehreren Gesetzen ist darauf zurückzuführen, dass nicht alle Richtlinien gleichzeitig umgesetzt wurden. Die Rechtszersplitterung kann ein unterschiedliches Schutzniveau mit sich bringen; aber auch bei einheitlichen Gesetzen wie in Bulgarien und Deutschland kann der Schutz je nach Diskriminierungsmerkmal unterschiedlich sein. Das folgt bereits aus den von den Richtlinien zugelassenen Rechtfertigungsmöglichkeiten.

Soweit die Gesetze an den **Rechtsfolgen** anknüpfen, standen die Gesetzgeber vor allem vor der grundlegenden Entscheidung, ob sie nur zivilrechtliche Sanktionen (meist Kompensation für die Betroffenen) oder auch solche aus dem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht wählen sollten. Es finden sich auch Kombinationen von beidem und unterschiedliche Lösungen je nach Diskriminierungskriterium. Verbreitet sind strafrechtliche Rechtsfolgen vor allem bei Rassendiskriminierung. Auch hier bestanden einige Gesetze bereits vor den Richtlinien.

Ein Zusammenhang lässt sich allenfalls in der kleinsten, letzten Gruppe herstellen, in der der Geltungsbereich der Gesetze den **Richtlinien** folgt. In den kleinen Mitgliedsstaaten Malta und Zypern zeichnen sich die Gesetze zur Umsetzung auch inhaltlich dadurch aus, dass sie den Inhalt der Richtlinien mehr oder weniger wörtlich wiedergeben. Man kann hier also auch insgesamt von einer „lieblosen“ Umsetzung sprechen, die wenig Interesse an dem Inhalt der Richtlinien und ihrem Anliegen deutlich macht.

(2) Die Regeln über die **spezialisierten Einrichtungen**, also die Institutionen, die nach Art. 13 RL 2000/43/EG Schutz vor Diskriminierung wegen der Rasse und ethnischen Herkunft gewährleisten sollen, wurden bislang nur am Rande erwähnt. Bereits der Überblick zeigt aber, dass sie sich einer Systematisierung entziehen, da die Mitgliedsstaaten sie jeweils ganz unterschiedlich ausgestaltet haben. Einiges lässt sich aber vereinfacht feststellen⁸.

So hat die ganz überwiegende Zahl der Mitgliedsstaaten die Zuständigkeit der spezialisierten Stelle über den Bereich des Rassismus hinaus festgelegt, oft umfasst sie sämtliche Diskriminierungsgründe. Einige der Institutionen haben quasigerichtliche Befugnisse bis hin zu einer bindenden Entscheidung in Diskriminierungsfällen. Auffällig ist ferner, dass es daneben vielfache andere öffentliche Einrichtungen gibt. Vor allem in Skandinavien existiert ein System sog. Ombudsleute, während vor allem in den Staaten des ehemaligen Ostblocks Räte oder Kommissionen zum Schutz der Menschenrechte und vor Diskriminierung bestehen. Meist sind diese Institutionen nur für bestimmte Gruppen, z. B. ethnische Min-

8 Einzelheiten unten IV.2.

derheiten oder Kinder, zuständig. Sie sind ebenfalls meist älter als die Richtlinien und existieren unabhängig von ihrer Umsetzung. Im Folgenden liegt der Schwerpunkt auf denjenigen Institutionen, die zum Zweck der Umsetzung der Richtlinien geschaffen wurden.

2. Bisherige praktische Erfahrungen

Über die bisherigen praktischen Erfahrungen mit der Antidiskriminierungsgesetzgebung gibt es erstaunlich wenige Quellen. Am umfangreichsten sind die praktischen Erfahrungen mit der Diskriminierung wegen des **Geschlechts**. Allerdings ist in fast allen Mitgliedsstaaten die Gleichberechtigung von Mann und Frau auch in der Verfassung geschützt. Betrachtet man daher praktische Erscheinungen wie die Lohngleichheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ist oft nicht ersichtlich, ob bestimmte Entwicklungen auf nationale oder europäische Gesetzgebung zurückzuführen sind.

Die wohl zuverlässigste Quelle ist die Betrachtung der seit Umsetzung der Richtlinien ergangenen **Entscheidungen** von Gerichten und anderen Spruchkörpern⁹ zu Diskriminierungsfällen. Dabei zeigt sich in allen Mitgliedsstaaten, dass die befürchtete Prozessflut infolge der Antidiskriminierungsgesetze ausgeblieben ist. Die meisten Gerichtsentscheidungen werden aus folgenden Mitgliedsstaaten berichtet: Deutschland¹⁰, Frankreich¹¹, den Niederlanden¹², Schweden¹³ und dem Vereinigten Königreich¹⁴. Vor allem in den neuen Mitgliedsstaaten in Osteuropa, aber auch in den sonstigen Mittelmeeranrainerstaaten gibt es deutlich weniger Präjudizien.

Die **Gründe** dafür sind vielfältig. Eine gewisse Rolle werden rein praktische Erwägungen spielen, so handelt es sich bei den genannten Staaten um besonders bevölkerungsreiche Mitgliedsstaaten. Außerdem wurden die Richtlinien hier meist früher umgesetzt als in den Beitrittsstaaten. Kennzeichnend für die osteuropäischen Länder ist aber auch ein vergleichsweise geringes Vertrauen in die Justiz, das noch aus der Zeit kommunistischer Diktaturen stammt und bis in die Gegenwart vorherrscht. Zuletzt sind hier Rechtsschutzversicherungen weniger verbreitet, sodass ein größeres Kostenrisiko besteht.

Auch **inhaltlich** zeigt sich eine gewisse Zweiteilung zwischen West- und Osteuropa – genauer: den älteren Mitgliedsstaaten und den neueren. Im „Westen“ liegt ein bemerkenswerter Schwerpunkt auf Fällen, die Bekleidungs Vorschriften betreffen – meist das islamische Kopftuch. Sie traten bereits vor dem Erlass der Richtlinien auf und werden mal der Religionsfreiheit, mal dem Verbot der Rassendiskriminierung zugeordnet. Infolge des Mangold-Urteils des EuGH¹⁵ hat sich in den letzten Jahren ein Schwerpunkt auf dem Gebiet Altersdiskriminierung herausgebildet. Prozesse zur Diskriminierung wegen des Geschlechts stagnieren auf eher niedrigem Niveau und werden erstaunlich häufig von Männern angestrengt – bei Frauen geht es meist um die Gleichstellung der Teilzeitbeschäftigung, also die mittelbare Diskriminierung. In Osteuropa spielen diese Fragen eine vergleichsweise geringe

9 In einigen Staaten hat die spezialisierte Stelle quasirechtsprechende Gewalt, dazu unten IV.2.b).

10 Länderbericht S. 10 ff.

11 Länderbericht S. 6 ff.

12 Länderbericht S. 9 ff.

13 Länderbericht S. 11 ff.

14 Länderbericht S. 13 ff.

15 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 [Mangold], ArbuR 2006, 167.

Rolle. Hier bilden Verfahren wegen rassistischer Diskriminierung die größte Gruppe, Betroffene sind meist Angehörige der Roma. Vergleichsweise häufig wird auch von Prozessen wegen der sexuellen Orientierung berichtet, meist der Diskriminierung Homosexueller.

Gemeinsam ist West- und Osteuropa eine vergleichsweise **geringe Erfolgsquote** in den Verfahren. So liegt sie im Vereinigten Königreich bei unter 10%, in Ungarn trotz zunehmender Verfahren bei ca. 3%. Trotz dieser auffälligen Erscheinung sollten aber keine voreiligen Schlüsse auf Eignung der Gesetze oder Haltung der Justiz gezogen werden. Ersteres verbietet sich schon wegen der erwähnten Variante der Umsetzungen und der Tatsache, dass die meisten Mitgliedsstaaten über die Vorgaben der Richtlinien hinausgehen – Ungarn und das Vereinigte Königreich gehören dazu.

Die Beurteilung der Erfolgsaussichten muss vielmehr mit einbeziehen, dass gerade bei emotional aufgeladenen Themen wie Diskriminierung nicht selten Personen Prozesse oder andere Verfahren einleiten, die sich zwar ungerecht behandelt fühlen, in deren Fällen aber die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Gesetze nicht erfüllt sind. Eine Rolle mag neben dem emotionalen Moment auch spielen, dass die Sprache und die Systematik vieler Umsetzungsgesetze für Laien schwer zu durchschauen sind und damit eine gewisse Rechtsunsicherheit herrscht.

Für eine verlässliche **Prognose** ist es drei bis vier Jahre nach dem Ende der Umsetzungsfrist noch zu früh; es scheint aber insgesamt so zu sein, dass die Zahl der Verfahren auch in Osteuropa zunehmen wird, mit einer Flut aber wie im Westen nicht zu rechnen ist. Zu erwarten ist ferner eine Zunahme der Rechtssicherheit. Das folgt bereits daraus, dass sich diese mit jedem Urteil nationaler Gerichte und des EuGH verbessert, wenn beispielsweise deutlicher wird, wann Altersdiskriminierung gerechtfertigt werden kann und welche Grenzen zwischen Behinderung und Krankheit bestehen.

Daneben macht die Zunahme der Verfahren einen weiteren Aspekt deutlich, der für die betroffenen Menschen in den Mitgliedsstaaten von größerer Bedeutung ist als die Erfolgsquote in formalisierten Verfahren: Die Gesetzgebungsverfahren in den Mitgliedsstaaten haben eine Diskussion über das Phänomen Diskriminierung angestoßen, die Öffentlichkeit dafür sensibilisiert und deutlich gemacht, dass es sich um ein „offiziell“ missbilligtes Verhalten handelt. Diese Erscheinungen werden bestätigt in der 2008 durchgeführten Befragung zur Diskriminierung in der Europäischen Union, die zu dem Ergebnis kommt, dass sich die Wahrnehmung von Diskriminierung in den vergangenen Jahren verändert hat¹⁶.

16 Eurobarometer Spezial 296 zu „Diskriminierung in der Europäischen Union – Wahrnehmungen, Erfahrungen und Haltungen“.

II. Anwendungsvoraussetzungen

1. Personeller und materieller Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich einer Rechtsregel wird auf dreierlei Weise festgelegt. Zunächst geht es um den **materiellen Anwendungsbereich**, also das Gebiet, auf dem die Norm gilt. Das betrifft im Arbeitsrecht beispielsweise die Frage, ob die Norm auch im öffentlichen Dienst Anwendung findet oder im Kleinbetrieb. Im Rahmen dieses Bereichs ist als Nächstes zu schauen, wer **berechtigt und verpflichtet** ist. Bei Schutzgesetzen wie Antidiskriminierungsgesetzen ist die Person des oder der Berechtigten regelmäßig identisch mit dem oder der Geschützten. Auf der anderen Seite steht diejenige Person, die im Falle einer Diskriminierung von den vorgesehenen Sanktionen getroffen ist, also beispielsweise zur Kompensation verpflichtet oder strafrechtlich verantwortlich ist.

a) Materieller Anwendungsbereich

Der materielle Anwendungsbereich ergibt sich bereits aus den **Richtlinien**. Wie erwähnt, gelten die Richtlinie 2000/78/EG und die Geschlechtsgleichbehandlungsrichtlinie 2002/73/EG für den Bereich Beschäftigung und Beruf. Die Richtlinie 2004/113/EG erfasst die Gleichbehandlung der Geschlechter für den relativ begrenzten Bereich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen. Nur die Antirassismusrichtlinie 2000/43/EG und die RL 2004/113/EG gelten außerdem für den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste, der sozialen Vergünstigungen, Bildung und Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum. Der weitaus größte Umsetzungsbedarf bestand und besteht daher im Bereich des Erwerbslebens. Daher finden sich auch die Umsetzungen der Richtlinien vor allem auf dem Gebiet des Arbeitsrechts im weiteren Sinne.

Insgesamt erfolgte die Umsetzung **außerhalb des Arbeitsrechts** zögerlicher, so wurde in Polen die Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse noch bislang nur im Beschäftigungsbereich umgesetzt; in Tschechien und Lettland gelten erst seit 2009 entsprechende Gesetze. Insgesamt kann seit 2009 festgestellt werden, dass das nationale Recht der Mitgliedsstaaten mit Ausnahme von Polen hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsvorschriften den Richtlinien im Grundsatz entspricht oder sogar darüber hinaus geht (dazu im Einzelnen unten). Darüber hinaus ist zu beachten, dass in den meisten Mitgliedsstaaten verfassungsrechtliche Bestimmungen gelten, die Gleichstellung garantieren und Diskriminierung verbieten. In Finnland und Zypern gilt das Protokoll 12 zur Europäischen Menschenrechtskonvention, das ein generelles Verbot von Diskriminierung

gen seitens des Staates gegenüber einer offenen Zahl von Gruppen enthält, im nationalen Recht unmittelbar. Allerdings können Verfassungsbestimmungen stets nur den Staat einschließlich des öffentlichen Dienstes unmittelbar binden, nicht beispielsweise private Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber.

Sonderregeln gelten vielfach für den **öffentlichen Dienst**. In Portugal sind spezifische Vorschriften für den öffentlichen Dienst geplant, bis dahin gelten die Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsbestimmungen des Arbeitsgesetzbuches sowohl für den privaten Beschäftigungsbereich als auch für Angestellte des öffentlichen Dienstes (Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes 35/2004). In Estland gelten die Umsetzungsvorschriften nur für Arbeitsverträge, also die Beschäftigung im privaten Sektor, während für die Gleichbehandlung im öffentlichen Dienst auf die Verfassung zurückgegriffen werden muss. Dadurch gilt zwar der Gleichbehandlungsgrundsatz, aber es fehlen Normen für die Durchsetzungsbestimmungen und insbesondere Sonderregeln für die Beweislast. Auch die tschechischen Vorschriften gelten nur teilweise für den öffentlichen Dienst. In Belgien ist der öffentliche Dienst in den Partikulargesetzen unterschiedlich erfasst.

Eine ungewöhnliche Regelung findet sich im **ungarischen Gleichbehandlungsgesetz**, wo das Gesetz nicht in Bereiche eingeteilt ist, sondern stattdessen die öffentlichen und privaten Körperschaften aufgezählt werden, welche die Anforderung der Gleichbehandlung bei all ihren Handlungen beachten müssen. Dazu zählen vor allem öffentliche Einrichtungen und öffentliche Behörden (Art. 4) einschließlich Selbstverwaltungen auf staatlicher und lokaler Ebene sowie von Minderheiten. Es werden vier Gruppen von privaten Akteuren aufgelistet (Artikel 5): Akteure, die einen öffentlichen Vertrag anbieten oder ein öffentliches Angebot machen; Akteure, die öffentliche Dienstleistungen anbieten oder Güter verkaufen; Unternehmer, Handelsgesellschaften und andere private juristische Personen, die staatlich unterstützt werden, und Arbeitgeber und Unternehmer. Die übrigen privaten Akteure fallen nicht unter das Gesetz.

Andere Umsetzungen weisen aus den unterschiedlichsten Gründen **Lücken** hinsichtlich des materiellen Geltungsbereichs auf. So muss nach den Richtlinien Gleichbehandlung in allen Sektoren der öffentlichen und privaten Beschäftigung einschließlich Auftragsarbeiten und selbstständiger Erwerbstätigkeit, des Militärdienstes und eines gesetzlich vorgesehenen Amtes gewährt werden.

Einige Mitgliedsstaaten nehmen den **Militärdienst** aus dem Geltungsbereich der zur Umsetzung der Richtlinien erlassenen Rechtsvorschriften heraus; so Griechenland und Lettland. Die **selbstständige Erwerbstätigkeit** ist in der Tschechischen Republik, Estland, Griechenland, Lettland, Litauen, Malta, Portugal, Schweden und dem Vereinigten Königreich nicht vollständig abgedeckt. Das maltesische Gesetz gilt nicht für militärisches Personal oder Personen, die als Fachkraft oder unter Vertrag für eine andere Person arbeiten oder Dienste anbieten, wobei die Arbeit oder die Dienstleistung nicht in einem spezifischen Dienstleistungsvertrag geregelt ist. Für Personen, die ein gesetzlich vorgesehenes Amt innehaben, gilt das Gesetz nur, wenn die betreffende Person einen Arbeitsvertrag hat.

Ungenauigkeiten und Lücken finden sich auch bei den Regelungen zu **Selbstständigen**. Wie erwähnt, gelten die estnischen Vorschriften nur für Arbeitsverträge, klammern außer Beamtinnen und Beamten also auch die selbstständig Erwerbstätigen aus. Ähnliches gilt

für das tschechische Recht. Das niederländische Recht spricht nur von „freien Berufen“, sodass dieser Begriff weit ausgelegt werden muss, um auch andere Selbstständige zu erfassen. Eine ähnliche Ungenauigkeit gilt im schwedischen Recht, das statt „Arbeitsbedingungen“ nur „Beschäftigungsbedingungen“ erwähnt. Das kann so ausgelegt werden, dass sich die Regelungen nur auf den Arbeitsvertragsschluss und die darin enthaltenen Regelungen beziehen, nicht aber auf die Bedingungen des laufenden Arbeitsverhältnisses.

In den baltischen Staaten gibt es Lücken in den Vorschriften zur **Mitgliedschaft in Vereinen**. So gibt es in Estland keine spezifischen Bestimmungen für den Zugang zur Mitgliedschaft in Arbeitnehmerorganisationen; in Lettland werden die Mitgliedschaft und die Mitwirkung in Berufsverbänden nicht erwähnt. Das litauische Recht deckt die Mitgliedschaft oder die Mitwirkung in Arbeitgeber-, Arbeitnehmer- oder Berufsorganisationen nicht ab.

b) Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen

Dieser spezielle Bereich betrifft nur die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG und die RL 2004/113/EG zur Gleichbehandlung der Geschlechter. Diese verbieten Diskriminierung beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen. Allerdings gewährleisten einige Mitgliedsstaaten den gleichen Schutz auch aufgrund **anderer Diskriminierungsmerkmale** oder sogar aufgrund aller Merkmale und gehen somit weit über die Anforderungen der Richtlinien hinaus. Inhaltlich gehen Frankreich, Italien, Slowenien, Spanien, Tschechien und Zypern über die Vorgaben hinaus: Im dortigen Recht wird nicht zwischen öffentlich verfügbaren und privat verfügbaren Gütern und Dienstleistungen unterschieden. Dabei erfasst auf Zypern das Gesetz zwar nur die Rasse, die spezialisierte Stelle (Ombudsmann) kann allerdings Diskriminierungen auch aus anderen Gründen untersuchen.

Einige Gesetzgeber zählen die **Umstände**, unter denen eine Diskriminierung verboten ist, in den Normen auf. So sind in Schweden Diskriminierungen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen – einschließlich von Wohnraum – verboten, wenn diese professionell angeboten oder geleistet werden; demzufolge nicht für private Transaktionen. In Deutschland gilt die Umsetzung durch § 19 AGG nur für Massengeschäfte. Auch das finnische Recht schließt Dienstleistungen, die nicht der allgemeinen Öffentlichkeit, sondern in Beziehungen zwischen Privatpersonen angeboten werden, von seiner Anwendung aus. Die Rechtsvorschriften in Portugal geben privaten Vereinigungen das Recht, Güter und Dienstleistungen ihren Mitgliedern vorzubehalten.

Das Recht einiger Mitgliedsstaaten enthält **Lücken** hinsichtlich des Zugangs zu und der Versorgung mit **Wohnraum**. So erwähnen die slowenischen und die lettischen Rechtsvorschriften den Wohnraum nicht. In Belgien, wo diese Defizite vor allem auf die Lücken in den Rechtsvorschriften der Regionen und der Gemeinden zurückzuführen sind, ist das Recht hinsichtlich des Bereichs Wohnung unvollständig, weitere Lücken betreffen die berufliche Bildung und den Schutz im Beschäftigungsbereich für die Angestellten der Regionen und Gemeinden. In Polen fehlt eine Umsetzung außerhalb des Arbeitsrechts ganz.

c) Geschützte und berechtigte Personen

Bereits aus dem Schutzzweck der Richtlinien folgt, dass diese nicht nur Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedsstaaten schützen, sondern alle Personen. Diesbezüglich gibt es auch in den umsetzenden Rechtsakten keine Einschränkungen. Problematischer ist die Frage, ob neben natürlichen Personen auch juristische Personen und **Personenvereinigungen geschützt** sind.

Die **Richtlinien** zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf sowie zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen machen hierfür keine spezifischen Vorgaben. Allerdings werden juristische Personen auch kaum unter deren Schutzbereich fallen; in Betracht kommt allenfalls eine Diskriminierung von Personenvereinigungen wegen des Geschlechts ihrer Mitglieder. Erwägungsgrund 16 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse regt an, die „Mitgliedstaaten sollten auch, soweit es angemessen ist und im Einklang mit ihren nationalen Gepflogenheiten und Verfahren steht, den Schutz juristischer Personen vorsehen, wenn diese aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft ihrer Mitglieder Diskriminierungen erleiden.“

Die Rechtsvorschriften der meisten Mitgliedsstaaten sind so formuliert, dass unter ihren Schutz sowohl natürliche als auch **juristische Personen** fallen. Anders ist es nur in Litauen und in Schweden, wo juristische Personen ausdrücklich nicht geschützt sind. In Österreich und in Estland ergibt sich der Schutz nur natürlicher Personen aus dem Wortlaut des Gesetzes bzw. – so in Estland – der dort vertretenen Auslegung. Das estnische Strafrecht schützt ausdrücklich nur „Menschen“. Im dänischen Recht sind nur natürliche Personen geschützt; ebenso im litauischen Recht und im neuen schwedischen Diskriminierungsgesetz. Kapitel 6(2), § 3 des finnischen Antidiskriminierungsgesetzes bezieht auch Bevölkerungsgruppen mit ein. Das ungarische Gleichbehandlungsgesetz schützt Personengruppen ausdrücklich.

d) Verantwortliche und verpflichtete Personen

Diskriminierung geht in aller Regel von natürlichen Personen aus; selbst wenn diese in gesetzlicher Stellvertretung einer juristischen Person handeln, wird die Entscheidung zur Diskriminierung von der natürlichen Person getroffen. Von großer praktischer Bedeutung ist daher die Frage, ob neben der verantwortlichen natürlichen Person noch andere Personen haften können. Das betrifft vor allem den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz. Juristische Personen können nicht als solche strafbar sein und die strafrechtliche Verantwortlichkeit natürlicher Personen setzt in einem Rechtsstaat eigenes Verschulden voraus.

Die Frage der **zivilrechtlichen Haftung** für und neben anderen betrifft vor allem die – privaten wie öffentlichen – Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber, die natürliche oder – meist – juristische Person sein können. Dabei kann die Diskriminierung oder Belästigung von einem Mitglied der Organe einer juristischen Person (z. B. Geschäftsführer) ausgehen, von einem Angestellten des Arbeitgebers oder von einer oder von einem Dritten, z. B. einer Kundin. Einige Mitgliedsstaaten haben die Verantwortlichkeit juristischer Personen speziell geregelt. Dabei gibt es Sonderregeln, die juristische Personen allgemein betreffen und solche, die auf die Arbeitgeberfunktion abstellen.

Das belgische Bundesrecht stellt ausdrücklich die Verantwortlichkeit **juristischer Personen** in gleicher Weise wie natürlicher Personen heraus. Auch strafrechtlich sollen diese in gleicher Weise wie die natürlichen Personen haften. Auch die Partikulargesetze enthalten entsprechende Regelungen. Vergleichbar ist die Rechtslage in Zypern: Nach den Umsetzungsgesetzen haften die natürlichen Personen, die die Organe bilden, für die Diskriminierung durch juristische Personen. Möglich ist auch eine strafrechtliche Haftung mit einer Höchststrafe von sechs Monaten Haft. Nach § 10 des irischen Employment Equality Act 1998–2004 haften Personen für die Veröffentlichung diskriminierender Werbung.

Demgegenüber ist in Bulgarien eine Haftung für Dritte und für Organe **ausgeschlossen**. Auch in Spanien haften juristische Personen nicht. In Slowenien fehlen Regeln zur Verantwortlichkeit juristischer Personen; ebenso in Italien. Das wirkt sich in Italien besonders stark aus, da hier die Haftung für Dritte nach den allgemeinen Regeln stark eingeschränkt ist. In den meisten Rechtsordnungen, beispielsweise in Griechenland und der Tschechischen Republik, richten sich die Haftung juristischer Personen und die Zurechnung nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts.

Im **Arbeitsrecht** stellen einige Rechtsordnungen nur auf die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber ab. So die Rechtsvorschriften in den Niederlanden, die nur von einer Verantwortlichkeit von „Arbeitgebern einschließlich Arbeitgeberorganisationen, Arbeitnehmerorganisationen, öffentlichen Stellenvermittlungen, Fachkräften, Schulungseinrichtungen, Schulen, Hochschulen“ usw. ausgehen. Es bleibt daher unklar, inwieweit auch Kolleginnen, Kollegen oder dritte Personen nach dem Gesetz verantwortlich sein können. Auch die Regeln des irischen Employment Equality Act 1998–2004 (Gesetz über die Gleichstellung im Beschäftigungsbereich) stellen grundsätzlich auf den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin ab. Allerdings kann nach § 14 des Gesetzes die Person, die eine Diskriminierung verübt oder versucht hat zu verüben, hierfür haften. Nach Kap. 2 Abschnitt 1 des Diskriminierungsgesetzes von Schweden haftet die Person, die Entscheidungen trifft. Zurechnung fremden Verhaltens ist nur eingeschränkt möglich; Vorgesetzte trifft aber eine Pflicht zur Verhinderung von Belästigungen.

Demgegenüber haftet nach dem dänischen Gesetz zur Gleichbehandlung auf dem Arbeitsmarkt grundsätzlich der oder die Vorgesetzte auch für Diskriminierungen durch Dritte. Auch nach dem Recht von Portugal und von Ungarn haften Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber für ihre Beschäftigten; daneben in beiden Staaten der oder die individuell für die Diskriminierung Verantwortliche. Eine Haftung für Dritte ist aber nur bei Verletzung einer Arbeitgeberpflicht vorgesehen. In Zypern gelten die Regeln, die sogar eine strafrechtliche Verantwortung von Organen vorsehen, entsprechend auch für Vorgesetzte.

Zurückhaltend bei der Haftung von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern sind die Rechtsordnungen von Spanien, wo keine Haftung juristischer Personen und keine Haftung für Dritte oder Kolleginnen und Kollegen vorgesehen sind. Das Recht von Rumänien knüpft grundsätzlich an die persönliche Verantwortung an; Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber haften nicht für Dritte. In Polen gibt es keine gesetzliche Regelung, Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber haften nur über Anweisung zu Diskriminierung.

Viele Umsetzungen sehen Einschränkungen bei der **Haftung für Dritte** vor. In Spanien und Litauen treffen die vorgesehenen Sanktionen ausschließlich Personen, die diskriminierend gehandelt haben, also nicht z. B. ihre Auftraggeber. Die Haftung für Dritte wie Kunden ist in Portugal nur dann möglich, wenn eine besondere Sorgfaltspflicht oder eine spezielle Rechtsbeziehung besteht (z. B. bei Subunternehmern). Ähnliche Grundsätze gelten in den Niederlanden. In Lettland gibt es keine Regelung zur Haftung für Dritte, allerdings allgemeine Regelungen zur Zurechnung von Handlungen Beschäftigter.

In etlichen Mitgliedsstaaten sind die Verantwortlichkeit juristischer Personen und die Zurechnung des Verhaltens anderer nicht speziell geregelt. Das bedeutet aber nicht, dass dann zwangsläufig keine Haftung in Betracht kommt. Vielmehr gelten die **allgemeinen Regeln und damit auch Zurechnungsnormen** wie § 278 oder § 831 des deutschen BGB; so in Belgien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Luxemburg¹⁷, Malta, Schweden, der Slowakei, Österreich und dem Vereinigten Königreich. Nach diesen Regeln ist meist auch eine Haftung von Arbeitgeberin oder Arbeitgeber für Kolleginnen oder Kollegen möglich. Außerdem gilt nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 des österreichischen Bundesgleichbehandlungsgesetzes eine Arbeitgeberpflicht, bei Belästigungen einzuschreiten. Wird diese auch durch Kolleginnen, Kollegen oder dritte Personen verletzt, gilt das als Diskriminierung. Ähnliche Regelungen gelten nach § 12 des deutschen AGG. Regelmäßig möglich ist eine Haftung von Arbeitgeberinnen, Arbeitgebern oder juristischen Personen über die Regeln der Anweisung zur Diskriminierung¹⁸.

2. Diskriminierungsgründe

Kennzeichnend für die Antidiskriminierungsrichtlinien ist, dass sie an bestimmte **Diskriminierungsgründe** anknüpfen. Diese bestimmen bei den Richtlinien zur Geschlechtergleichbehandlung und bei der Antirassismusrichtlinie den Geltungsbereich und auch bei der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf werden die erfassten Diskriminierungsgründe abschließend aufgezählt. Dementsprechend löst auch im Geltungsbereich der nationalen Umsetzungen nicht jede Diskriminierung, Ungleichbehandlung oder Belästigung die vorgesehenen Rechtsfolgen und Sanktionen aus, sondern nur dann, wenn sie aus den gesetzlich vorgesehenen Gründen erfolgt. Die von den Richtlinien erfassten Gründe rechtswidriger Diskriminierung sind daher von zentraler Bedeutung für den Anwendungsbereich der Gesetze und den Umfang des Diskriminierungsschutzes.

Der Rahmen wird durch die **Richtlinien** vorgegeben. Mit der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf wird von den Mitgliedsstaaten verlangt, Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Orientierung zu verbieten. Die Richtlinien 2002/73/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG behandeln die Ungleichbehandlung von Männern und Frauen. Etliche Mitgliedsstaaten haben in ihrer Umsetzung weitere Diskriminierungsmerkmale aufgenommen. In einigen nationalen Umsetzungen findet sich sogar eine nicht abschließende Aufzählung von Diskriminierungsgründen¹⁹. Umsetzungslücken bestehen heute nur noch sehr vereinzelt.

¹⁷ Hier allerdings nicht im Strafrecht.

¹⁸ Dazu unten II.3.d).

¹⁹ Dazu unten II.2.g).

Eine weitere gesetzgeberische Möglichkeit ist die Definition von Diskriminierungsmerkmalen. Die Richtlinien machen für die Definition der darin enthaltenen Diskriminierungsgründe keine Vorgaben. Irland, die Niederlande, Österreich, Schweden und das Vereinigte Königreich haben in ihre Umsetzungen Begriffsbestimmungen aufgenommen oder Definitionen in Begleitdokumenten gegeben.

a) Rasse oder ethnische Herkunft

aa) Begriff und Schutzzumfang

Das Merkmal „**Rasse oder ethnische Herkunft**“ in der Bezeichnung und dem Wortlaut der Richtlinie 2000/43/EG ist missverständlich, da die Richtlinie gerade verhindern will, was ihr Wortlaut suggeriert: eine Unterscheidung von Menschen nach „**Rassen**“. Im Gegenteil wendet sich die Richtlinie ausdrücklich gegen Auffassungen, die von einer Existenz verschiedener menschlicher Rassen ausgehen. Einige Mitgliedsstaaten haben in ihrer Umsetzung das Wort „Rasse“ vermieden; so wird in § 6 Abs. 1 des finnischen Gesetzes zur Nichtdiskriminierung die Formulierung „ethnische oder nationale Herkunft“ verwendet, in § 3 des schwedischen Gesetzes über ethnisch motivierte Diskriminierungen ist nur von der ethnischen Zugehörigkeit die Rede, ebenso im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz. In Frankreich ist in verschiedenen Rechtsvorschriften von der „tatsächlichen oder vermuteten“ Rasse die Rede (vraie ou supposé). Diese Formulierung regelt zwar vor allem die Diskriminierung wegen der nur vermuteten Zugehörigkeit zu einer „Rasse“²⁰, aber distanziert sich auch gleichzeitig von dem Begriff „Rasse“.

Einige Mitgliedsstaaten haben gesetzliche Regelungen zum Schutz **konkreter ethnischer Minderheiten** erlassen, so Finnland, Österreich, Polen und Slowenien. Diese Regelungen sind häufig älter als die Richtlinien. Ihr Verhältnis zu dem allgemeinen Schutz vor Rassen-diskriminierung ist oft nicht gesetzlich festgelegt. Das ist unproblematisch, solange die Schutzintensität gleich ist. Ist sie das nicht, ist sie mit europarechtskonformer Auslegung anzugleichen. Ziel muss sein, zu einem gleichmäßigen Schutz aller Ethnien zu kommen. Positive Maßnahmen (dazu unten II.4.h) können allerdings auch auf eine konkrete Volksgemeinschaft gerichtet sein. In der Praxis ist hier der Schutz der Roma von besonderer Bedeutung (dazu gleich unten).

Für andere Umsetzungen ist kennzeichnend, dass sie ausdrücklich die Diskriminierung aus Gründen erfassen, die auch unter „Rasse und ethnische Herkunft“ subsumiert werden könnten. So zählt in folgenden Staaten die **Hautfarbe** zu den erfassten Diskriminierungsgründen: Estland, Lettland, Malta, Slowenien und Ungarn. Dabei handelt es sich jeweils um Gesetze, die mit der Aufzählung zahlreicher Diskriminierungstatbestände weit über die Richtlinien hinausgehen. Eine Erweiterung des Schutzes durch dieses Merkmal ist allenfalls ersichtlich, wenn man krankheitsbedingte Hautveränderungen darunter fasst. Allerdings kann man darin ebenfalls eine Distanzierung von dem Begriff „Rasse“ sehen.

Irland führt als zusätzlichen Diskriminierungsgrund die Angehörigkeit zur Gemeinschaft der Reisenden mit an, um damit den Schutz von **Roma** und verwandten ethnischen Gruppen zu unterstreichen (Abschnitt 3(2)(a–j) Equal Status Act 2000–2004, Abschnitt 6(2)(a–i) Employment Equality Act 1998–2007). Ein ähnliches Ziel hat die Regelung in Art. 2 des

²⁰ Zur vermuteten Diskriminierung im Einzelnen unten II.3.e).

rumänischen Antidiskriminierungsgesetzes, die die Zugehörigkeit zu einer benachteiligten Gruppe aufzählt – auch diese Regelung richtet sich vor allem gegen die Benachteiligung von Roma.

Durch die Formulierung der Gesetze nicht geklärt ist die in der Praxis bedeutsame Frage, ob die Diskriminierung wegen der **Religion** auch eine Diskriminierung wegen der Rasse sein kann. Das ist bedeutsam, da der Anwendungsbereich der Antirassismus-Richtlinie wesentlich größer ist, insbesondere über Beschäftigung und Beruf hinausgeht. In den Niederlanden geht die Rechtsprechung davon aus, dass die Diskriminierung von Menschen jüdischer und ggf. auch muslimischer Religion gleichzeitig eine rassistische Diskriminierung sein kann²¹. Im Vereinigten Königreich haben Gerichte bereits in der Vergangenheit die Diskriminierungen von Sikhs oder Juden als Diskriminierungen aus rassistischen Gründen angesehen²². Das schwedische Diskriminierungsgesetz von 2009 rechnet die Religion zur Ethnizität. Damit werden zwar Abgrenzungsfragen vermieden, problematisch an dieser Lösung ist aber, dass sie den Schutz von Religionen fraglich macht, die nicht an eine bestimmte Ethnizität angeknüpft werden können.

bb) Defizite

In einzelnen Mitgliedsstaaten gibt es noch **Umsetzungsdefizite**. Diese betreffen vor allem den Bereich außerhalb des Arbeitsrechts und folgen aus dem breiten Anwendungsbereich der Richtlinie, der sich auch auf die Gebiete Bildung und Wohnung erstreckt. So gibt es in Polen noch keine Rechtsregeln außerhalb des Arbeits- und Dienstrechts; in Estland und Lettland sind die Gesetze lückenhaft. In einigen Staaten wurde noch keine spezialisierte Stelle für die Förderung der Gleichbehandlung eingerichtet oder es bestehen noch Defizite hinsichtlich ihrer Einsatzfähigkeit. Das ist der Fall in Luxemburg, Polen und Spanien und der Tschechischen Republik. Praktische Probleme gibt es insbesondere bei Diskriminierung von Roma im Bildungsbereich. Das gilt vor allem für folgende Mitgliedsstaaten: Dänemark, Finnland, Griechenland, Polen, die Slowakei, Tschechien, Ungarn und Zypern.

Noch nicht geklärt ist im Einzelnen, inwieweit außerhalb der reinen Umsetzung der Richtlinie **Anpassungsbedarf an bisher bestehende Regelungen** besteht. Das kann auch Normen betreffen, die einzelne Bevölkerungsgruppen schützen sollen. So beschäftigte sich in Belgien das dortige Komitee gegen Rassendiskriminierung mit Regelungen, nach denen Wohnungen nur an Personen vergeben werden, die niederländisch sprechen. Ihr Sinn und Zweck war der Schutz der flämischen Bevölkerungsgruppe. Das Komitee kam jedoch zu der Ansicht, wonach diese Regelung auch zu indirekter Rassendiskriminierung führen könne.

cc) Schutz der Nationalität und Staatsangehörigkeit

Problematisch ist das Verhältnis der Diskriminierung wegen Rasse und ethnischer Herkunft zur Differenzierung nach **Nationalität und Staatsangehörigkeit**. Differenzierung nach Staatsangehörigkeit oder Nationalität wirft Abgrenzungsprobleme zu mittelbarer und verdeckter Rassendiskriminierung auf. So wird beispielsweise aus Italien berichtet, dass bei der Vergabe von Arbeitsplätzen und Wohnungen ausdrücklich Personen ohne EU-Staatsangehörigkeit ausgeschlossen werden, wobei sich diese Ausnahmen tatsächlich

21 Ansicht 1998/48 der Gleichbehandlungskommission (Juden), Ansicht 1998/57 der Gleichbehandlungskommission (Muslime).

22 Rechtssache **Mandla gegen Dowell Lee** [1983] 2 AC 548 (Sikhs); Rechtssache **Seide gegen Gillette Industries Ltd.** [1980] IRLR 427 (Juden).

gegen afrikanische Einwanderer richten. In Österreich wurde der Fall einer österreichischen Staatsangehörigen tunesischen Ursprungs als Rassendiskriminierung angesehen. Die Frau wurde eines Ladens verwiesen mit den Worten „Wir verkaufen nicht an Ausländer“²³.

Der Schutz der Richtlinien erfasst die Nationalität indes nicht; im Gegenteil ermöglicht Art. 3 Abs. 2 der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG **Ausnahmen**, die unterschiedliche Behandlung wegen der Nationalität vorsehen. Von dieser Ausnahme haben allerdings nur Griechenland (übernimmt die Ausnahme der Richtlinien), Luxemburg und Malta ausdrücklich Gebrauch gemacht.

Demgegenüber zählen etliche Mitgliedsstaaten Nationalität zu den erfassten Diskriminierungskriterien. Das ist der Fall in Finnland, Frankreich (Ausnahmen im öffentlichen Dienst), Irland (in beiden Gesetzen), den Niederlanden, Portugal²⁴, Rumänien, der Slowakei (allerdings differenziert das Recht nach Staatsangehörigkeit), Ungarn. In Schweden und in den meisten Fällen auch im Vereinigten Königreich wird die Nationalität als Teilbereich der Ethnizität angesehen und fällt daher unter den gleichen Diskriminierungsschutz. In der Slowakei ist die Diskriminierung wegen der Nationalität nicht ausdrücklich erfasst, allerdings ist die gesetzliche Aufzählung nicht abschließend. Von der Ausnahmemöglichkeit der Richtlinien wurde kein Gebrauch gemacht.

Eine **Sonderstellung** hat das Recht von Spanien. Das Gesetz über Rechte und Pflichten von Ausländern aus dem Jahr 2000 verbietet grundsätzlich Diskriminierung wegen der Nationalität und Staatsangehörigkeit, weicht aber in Begrifflichkeit und Systematik von den Richtlinien ab. Einige gesetzliche Regeln Spaniens differenzieren nach Nationalität. In Zypern ist die Diskriminierung wegen Nationalität nicht erwähnt, aber von spezialisierter Stelle anerkannt. In Tschechien ist in einigen Gesetzen Nationalität verbotener Diskriminierungsgrund, in anderen nicht (insb. nicht im Schulwesen). Ähnliches gilt in Italien, wo in den Umsetzungsgesetzen die Nationalität nicht erfasst ist; allerdings in einigen älteren Gesetzen. In Estland ist die Diskriminierung wegen Nationalität – allerdings nur – durch die Verfassung untersagt.

Sehr unterschiedlich ist die Rechtslage zur **Staatsangehörigkeit**. Hier ist bereits die Abgrenzung unklar. Meist wird differenziert, dass die Staatsangehörigkeit die rechtliche Zuordnung zu einem Staat ausdrückt, Nationalität die tatsächliche – danach können auch Staatenlose eine Nationalität haben. Der Schutz vor Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit ist insgesamt am schwächsten ausgeprägt, was auf Sachzwänge beispielsweise bei Einstellungen im öffentlichen Dienst zurückzuführen sein kann. So gehört in Belgien die Staatsangehörigkeit zu den verpönten Diskriminierungsgründen, allerdings bestehen hier einige Rechtfertigungsgründe mehr als bei den von der Richtlinie abgedeckten Gründen. In Bulgarien wird die Staatsangehörigkeit ebenfalls unter den Diskriminierungsgründen aufgezählt, allerdings kann die Ungleichbehandlung durch einfaches Gesetz gerechtfertigt werden. Ähnlich ist es in Litauen: Die Staatsangehörigkeit gehört zu den erfassten Gründen, aber die Einstellung einer Person aufgrund ihrer litauischen Staatsangehörigkeit

23 LG ZRS Wien vom 30.03.2007 – Nr. 35R68/07w; 35R104/07i, <http://www.klagsverband.at/fall/gericht2.pdf>.

24 Nationalität wird von den meisten Antidiskriminierungsgesetzen erwähnt. Differenzierung ist aber möglich, beispielsweise durch das Erfordernis einer Arbeitserlaubnis.

wird nicht als Diskriminierung angesehen. In Ungarn soll wegen der nicht abschließenden Natur der Regelung auch die Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit von den Gleichheitsgesetzen erfasst sein.

b) Religion oder Weltanschauung

Religion und Weltanschauung gehören zu den Diskriminierungsgründen der Richtlinie für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf²⁵. Wie erwähnt, kombinieren die meisten Mitgliedsstaaten aber den materiellen Anwendungsbereich beider Richtlinien miteinander, sodass Religion und Weltanschauung demselben Diskriminierungsschutz unterliegen wie die **Rasse und ethnische Herkunft**. Damit können Abgrenzungsprobleme vermieden werden, da oft unklar ist, ob bestimmte Verhaltensweisen oder Gebräuche durch Religion oder Herkunft bestimmt sind; praktische Bedeutung hat das vor allem für das Tragen des islamischen Kopftuchs²⁶. Nicht unproblematisch ist allerdings die Lösung in Schweden, nach der Religion und Glauben gemeinsam mit der Rasse zur Ethnizität gezählt, allerdings beide ausdrücklich aufgezählt werden. Damit mögen Abgrenzungsfragen vermieden werden, dafür ist nun unklar, wie es mit dem Schutz von Religionen und Weltanschauungen erfasst steht, die nicht mit „fremdartigem“ Verhalten einhergehen²⁷.

Die Richtlinien enthalten keine **Definition** zu den Begriffen Religion und Weltanschauung bzw. Überzeugung, sodass die nationalen Gesetzgeber hier Spielräume hatten. Unterschiede finden sich bereits bei der Frage, ob an eine weltanschauliche Einstellung bestimmte Mindestanforderungen gestellt werden müssen, um sie im Sinne des jeweiligen Gesetzes zu schützen. So werden in Österreich in den Beilagen zum Bundesgleichbehandlungsgesetz Mindestanforderungen an den Begriff Religion aufgestellt: Unter Religion sei jede religiöse, konfessionelle Überzeugung, die Mitgliedschaft in einer Kirche oder einer religiösen Gemeinschaft zu verstehen²⁸.

In den Niederlanden wird der Begriff *levensovertuiging* (Lebenseinstellung) verwendet, der nach der Auffassung der dortigen Rechtsprechung zwar große Weltanschauungen wie den Humanismus erfasst, allerdings nicht jede Auffassung in Bezug auf die Gesellschaft. Im französischen Recht ist zwar nur von religiösen Überzeugungen die Rede, damit sind aber nach allgemeiner Ansicht alle Überzeugungen gemeint, die mystischer oder philosophischer Art sind. Im Recht von Luxemburg ist nur von Religion und Glauben die Rede, sodass zweifelhaft ist, inwieweit nicht religiöse Weltanschauungen erfasst sind.

Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie können **Ausnahmen** gemacht werden, die es religiösen Organisationen ermöglichen, unter bestimmten Umständen von ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eine bestimmte Religion oder Weltanschauung zu verlangen. Einige Staaten sind bei ihren Umsetzungen großzügiger gegenüber den religiösen Organisationen als die Vorgaben der Richtlinie, so Griechenland, Italien, Irland und die Slowakei (im Einzelnen unten).

25 Der Begriff „Weltanschauung“ findet sich nur in der deutschen Version der Richtlinie. Die Version in anderen Sprachen benutzt Begriffe, die sich eher mit „Glaube“ oder „Überzeugung“ übersetzen lassen.

26 Dazu bereits oben II.2.a)aa).

27 Dazu bereits oben II.2.a)aa).

28 Nr. 307 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien.

In der Praxis haben sich als Kernfrage der Religionsdiskriminierung und ihrer Rechtfertigung **Kleidungs Vorschriften** in Unternehmen herausgebildet, deren Befolgung von den betroffenen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmern aus weltanschaulichen oder religiösen Gründen abgelehnt wurde. Fälle dieser Art gab es in Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, den Niederlanden, Schweden und dem Vereinigten Königreich. Allerdings wurden etliche davon vor Geltung der Umsetzungsgesetze und z. B. anhand von Verfassungsnormen entschieden²⁹.

c) Behinderung

Menschen mit Behinderungen sind in allen Mitgliedsstaaten vor Diskriminierung geschützt. In den meisten Staaten galten entsprechende Gesetze bereits vor Inkrafttreten der Richtlinie 2000/78/EG. 2006 definierte der EuGH den Begriff **Behinderung** im Sinne der Richtlinie als „Einschränkung [...] die insbesondere auf physische, geistige oder psychische Beeinträchtigungen zurückzuführen ist und die ein Hindernis für die Teilhabe des Betroffenen am Berufsleben bildet. Damit die Einschränkung unter den Begriff ‚Behinderung‘ fällt, muss daher wahrscheinlich sein, dass sie von langer Dauer ist“³⁰.

aa) Krankheit – Abgrenzung und Diskriminierungsschutz

Diese Definition dient vor allem der Abgrenzung von dem durch die Richtlinien nicht geschützten Begriff der – grundsätzlich vorübergehenden – **Krankheit**. Einige Mitgliedsstaaten legen konkrete **Fristen** fest, um Behinderung von Krankheit abzugrenzen. So muss nach § 3 des österreichischen Gesetzes gegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung von 2005 die Beeinträchtigung mindestens sechs Monate andauern. Die gleiche Frist gilt in Deutschland, allerdings nicht im AGG, sondern in § 2 SGB IX. Nach § 3 Buchst. A Abs. 1 des Disability Discrimination Act des Vereinigten Königreichs von 1995 gilt eine Mindestdauer von einem Jahr.

Nach den Regeln von Zypern und Schweden muss die Beeinträchtigung unbefristet andauern (Zypern: Gesetz 127(I)/2000; Schweden: § 2 des Gesetzes gegen Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung von 1999). Diese Regeln sind nach dem erwähnten Chacón-Navas-Urteil des Gerichtshofs europarechtskonform dahin gehend auszulegen, dass eine Prognose, die eine „lange Dauer“ erwarten lässt, genügt. Im Übrigen ist die Definition in Zypern liberaler als diejenige der Richtlinien, da das Behindertengesetz von 2000 auch Defizite erfasst, die zu einer Einschränkung in der Zukunft führen können. In einem älteren Gesetz von 1990 findet sich allerdings auch eine Definition, in der die Ursachen von Behinderung abschließend aufgezählt sind und die daher den Anforderungen der Richtlinien nicht genügt.

In einigen Staaten gehört dagegen auch die Krankheit bzw. der Gesundheitszustand zu den erfassten **Diskriminierungsgründen**. Das ist der Fall in Belgien, Finnland (sogar im Strafrecht), Frankreich (verschiedene Gesetze), Lettland, Slowenien (nicht abschließende Aufzählung) und Ungarn. In Tschechien ist in den Diskriminierungsgesetzen des Arbeitsrechts nur die Gesundheit erwähnt, nicht die Behinderung. Zwar gelten für den Behindertenschutz spezielle Gesetze, die aber den Anforderungen der Richtlinien nicht vollständig

29 So stützten sich auch die bekannten deutschen „Kopftuchentscheidungen“ des BAG und des BVerfG auf die Religionsfreiheit des Grundgesetzes: BAG 10.10.2002 – 2 AZR 472/01, BAGE 103, 111; BVerfG 30.07.2003 – 1 BvR 792/03, NZA 2003, 959; zur Bedeutung der Grundrechte in diesen Entscheidungen **Preis** RdA 2003, 244 (245).

30 EuGH 11.06.2006 – Rs. C-13/05 **Chacón Navas** gegen Eurest Colectividades SA, Rn. 43–45.

genügen. Das rumänische Recht führt in nicht abschließender Aufzählung Diskriminierungsverbote wegen chronischer Krankheit und HIV-Infektion hinzu. Auch das Recht der Niederlande erfasst chronische Krankheiten. Nicht immer ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, ob auch vorübergehende Krankheiten den Diskriminierungsschutz auslösen.

Verwandt mit Behinderung und Krankheit ist weiterhin der Diskriminierungsgrund „Erbmasse“ oder „humanes **Genom**“, der sich in einigen Rechtsordnungen findet. In Bulgarien erwähnt die nicht abschließende Aufzählung nur das Genom, nicht aber die Krankheit; die verschiedenen französischen Gesetze regeln beides. Im portugiesischen Arbeitsrecht ist nur die genetische Diskriminierung, nicht aber die wegen Krankheit erfasst.

bb) Begriffsbestimmung Behinderung

Neben der Abgrenzung von der Krankheit macht die Definition des Chacón-Navas-Urteils auch Vorgaben für die europarechtskonforme Begriffsbestimmung in den Mitgliedsstaaten. Die **Definitionen**, die einige Mitgliedsstaaten in ihren Umsetzungen für den Begriff „Behinderung“ angeben, müssen sich daran messen lassen. So ist gegenüber der Definition des Gerichtshofs in Litauen eine **Einschränkung** festzustellen, da psychische Behinderungen im dortigen Recht nicht erwähnt werden.³¹ In Dänemark wird nicht das Wort Behinderung, sondern Belastung (handicap) verwendet. Der Begriff stellt vorrangig auf die Kompensationsbedürftigkeit ab. Es ist umstritten, ob er damit enger ist als die Definition des Gerichtshofs. Problematisch ist die Einbeziehung nicht kompensationsfähiger Behinderungen.

In Bulgarien bleibt die Definition der Behinderung in § 1.2 des Behindertenintegrationsgesetzes hinter den Anforderungen der Richtlinien zurück, da sie durch drei Elemente eingeschränkt wird: Erstens muss die Behinderung an der Teilnahme dauerhaft sein und zweitens mindestens 50% betragen, was drittens durch eine offizielle medizinische Bescheinigung bestätigt sein muss. In Griechenland findet sich in einem Gesetz aus dem Jahr 1998 eine sehr restriktive Definition von Behinderung, die im Wesentlichen an einen medizinischen Test anknüpft. Allerdings wird in dem Gleichbehandlungsgesetz von 2005, das der Umsetzung dient, die Behinderung ebenfalls erwähnt. Damit ist eine richtlinienkonforme Auslegung möglich.

Die Umsetzung einiger Länder geht über die Definition des Gerichtshofs **hinaus**. So erfassen die irischen Rechtsvorschriften auch Beeinträchtigungen, die früher bestanden, und solche, die in Zukunft bestehen können.³² Die Niederlande schützen auch Menschen mit tatsächlichen oder vermuteten Behinderungen oder chronischen Erkrankungen (s. o.) vor Diskriminierung³³. Die französische Definition beschränkt sich nicht auf das Berufsleben, sondern erfasst alle Lebensgebiete, in denen sich Einschränkungen bemerkbar machen können. Gleiches gilt für die Definition des ungarischen Rechts.

31 Gesetz über die soziale Integration von Menschen mit Behinderung, 1991, Nr. 36-969.

32 § 6 Abs. 1 Buchst. b des Employment Equality Act 1998–2004.

33 Art. 1 Buchst. b des Gesetzes vom 3. April 2003 zur Durchführung des Gleichbehandlungsgesetzes aufgrund einer Behinderung oder einer chronischen Erkrankung, Staatsblad 2003, 206.

cc) Positive Maßnahmen

Nach den Richtlinien ist eine Regelung vorgesehen, wonach Arbeitgeber verpflichtet werden, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um Menschen mit einer Behinderung den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen. Einige Staaten (z. B. Italien und Polen) haben eine entsprechende Regelung in ihrem Recht nicht vorgesehen. In Griechenland, Lettland, Litauen und Ungarn ist die entsprechende Regelung unklar, so wird insbesondere nicht geregelt, welche rechtlichen Folgen es hat, wenn ein Arbeitgeber keine angemessenen Vorkehrungen trifft. Diese sog. positiven Maßnahmen werden unten im Einzelnen behandelt.

d) Sexuelle Orientierung

Dieser Begriff ist von den meisten Mitgliedsstaaten in die Umsetzung übernommen worden. Eine nähere Definition findet sich nur im Gesetz von Großbritannien, in dem die Rede ist von der **sexuellen Orientierung** hin zu a) Personen des gleichen Geschlechts, b) Personen des anderen Geschlechts oder c) Personen des gleichen Geschlechts und Personen des anderen Geschlechts³⁴. Im lettischen Arbeitsrecht wurde der Schutz der sexuellen Orientierung erst 2006 eingefügt. Allerdings ist die Aufzählung dort nicht abschließend, sodass sich derartige Diskriminierungen bereits zuvor unter das Gesetz subsumieren ließen. Das finnische Strafgesetzbuch verwendet in seinen Antidiskriminierungsregeln den Begriff der sexuellen Vorlieben; das finnische Antidiskriminierungsgesetz allerdings denjenigen der sexuellen Orientierung.

Nur einzelne Mitgliedsstaaten haben den Begriff dahin gehend erweitert, dass er nicht nur die Orientierung, also die sexuelle Neigung zu anderen Menschen, erfasst, sondern auch das Geschlecht des Menschen selbst, also insbesondere die Transsexualität. Eine derartige Regelung findet sich in § 1 des deutschen AGG: Der dort verwendete Begriff der sexuellen Identität erfasst auch transsexuelle Menschen. Auch das neue schwedische Diskriminierungsgesetz erfasst ausdrücklich die Transsexualität. Das dänische Recht verwendet zwar den Begriff der sexuellen Orientierung, soll nach in Dänemark vertretener Auslegung aber auch Transsexuelle vor Diskriminierung schützen³⁵. Die umfassende Aufzählung in Art. 13 des ungarischen Antidiskriminierungsgesetzes erwähnt sowohl die sexuelle Orientierung als auch Identität. Das französische Recht schließt dagegen Transsexuelle vom Begriff der sexuellen Orientierung aus.

e) Alter

Der Schutz vor Diskriminierung wegen – jungen wie alten – Alters hat in den Mitgliedsstaaten den wohl größten **Anpassungsbedarf** ausgelöst. Er ist auch heute nicht abgeschlossen. Allerdings bezieht sich der Anpassungsbedarf weniger auf die Aufnahme des Alters in die Umsetzungsgesetze. Diejenigen Gesetze, die zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG erlassen wurden, erfassen sämtlich auch das Alter. Ein **Defizit** bereits im Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes besteht nur in § 6(f)(3) des irischen Gleichbehandlungsgesetzes für den Beschäftigungsbereich. Durch diese Regelung wird der gesamte Anwendungsbereich des Gesetzes auf Personen beschränkt, „die mit ihrem Alter nicht mehr unter die gesetzlich geregelte Schulpflicht fallen“.

³⁴ Vorschrift 2 Absatz 1 der Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003, S.I. 1661.

³⁵ Anti-diskrimination Lovgivning med kommentarer p. 59 and Karnov 2001 p. 4464 note 2.

Darüber hinaus spielt das Alter in den Umsetzungsgesetzen selten eine **Sonderrolle**. So hat Dänemark, das unterschiedliche Gesetze zum Diskriminierungsschutz erlassen hat, auch zwei Spezialgesetze, von denen das eine das Alter in Kombination mit der Behinderung schützt. Soweit es Strafvorschriften gegen Diskriminierung gibt, ist hier das Alter mitunter ausgenommen, so in Estland und in Luxemburg. Viele Mitgliedsstaaten sehen Straf- und Bußgeldvorschriften nur für einzelne Diskriminierungsgründe vor. Solche Regeln betreffen meist die Rassendiskriminierung, das Alter am seltensten.

Diese Beobachtung zeigt bereits, dass Diskriminierung wegen des Alters – insbesondere die Diskriminierung Jüngerer – von den meisten Mitgliedsstaaten nicht in gleicher Weise als ethisch verwerflich angesehen wird wie beispielsweise die Diskriminierung von Behinderten oder die rassistische Diskriminierung. Das bestätigt sich auch durch die recht weitgehende Ausnahme in Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, nach der unmittelbare wie mittelbare Altersdiskriminierungen gerechtfertigt werden können³⁶.

Demgegenüber legte der EuGH in seinem **Mangold**-Urteil von 2005³⁷ ein allgemeines europarechtliches Verbot der Altersdiskriminierung dar, das in seinem Anwendungsbereich und Rang weit über die Vorgaben der Richtlinie hinausgeht. Der Umfang und die Folgen dieser Rechtsprechung sind bis heute nicht geklärt.

Das Ausmaß der Problematik zeigen die beiden – zufällig deutschen – Regelungen, die der Gerichtshof bislang für europarechtswidrig erklärte. Die Mangold-Entscheidung betraf § 14 Abs. 3 des Teilzeit- und Befristungsgesetzes in der damals geltenden Fassung. Die Regelung erleichterte die Befristung von Arbeitsverträgen mit Arbeitnehmern, die das 52. Lebensjahr überschritten hatten. Damit sollte die Einstellung solcher Arbeitnehmer gefördert werden. Gleichzeitig hatten sie aber bei Ablauf der Befristung keinerlei Bestandsschutz. Die Entscheidung Küçükdeveci von 2010 erklärte die Regelung der Kündigungsfristen in § 622 Abs. 1 Satz 2 BGB für europarechtswidrig³⁸. Die Norm sieht vor, dass für die Bestimmung der jeweils maßgeblichen gesetzlichen Kündigungsfrist nur solche Betriebszugehörigkeitszeiten berücksichtigt werden, die ab Vollendung des 25. Lebensjahres zurückgelegt worden sind – hier ging es also um Diskriminierung Jüngerer.

Die ebenfalls umstrittene Regelung in § 1 Abs. 3 des deutschen KSchG, die in der Praxis bei Kündigungen zu einer Sozialauswahl nach Altersgruppen führt, wurde einschließlich dieser Praxis zum deutschen BAG kürzlich bestätigt³⁹. Die sehr formale Begründung mit dem Wortlaut des AGG zeigt auch nach Mangold eine Abneigung nationaler Gerichte, sich mit der Altersdiskriminierung auseinanderzusetzen⁴⁰.

Aus diesen Beispielen der Rechtsprechung kann allerdings nicht geschlossen werden, dass Altersdiskriminierung ein spezifisch deutsches Problem ist. Regelungen, die außerhalb der eigentlichen Umsetzungsgesetze an das Alter anknüpfen, finden sich in allen Mitglieds-

36 Dazu im Einzelnen unten II.4.d).

37 EuGH vom 22.11.2005 – C-144/04 [Mangold], Slg 2005, I-9981-10042 = ArbuR 2006, 167, Nrn. 74 ff.

38 EuGH vom 19.01.2010 – C-555/07 [Kükükdevici], NZA 2010, 85.

39 Dazu acht Entscheidungen des BAG 06.11.2008; die Grundsatzentscheidung davon 2 AZR 523/07, ArbuR 2009, 144 = NZA 2009, 361; bestätigt durch BAG 12.03.2009 – 2 AZR 418/07, NZA 2009, 1023. Zu der vergleichbaren Problematik in Sozialplänen BAG 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, NZA 2009, 849.

40 Dazu **Benecke** ArbuR 2009, 326.

staaten – vor allem im Arbeitsrecht. Sie betreffen wie die deutschen Vorschriften meist den Bestands- und Kündigungsschutz, außerdem das Entgeltgefüge. Noch ganz ungeklärt ist, welche Auswirkungen das Verbot der Altersdiskriminierung auf Regelungen zum Eintritt in den Ruhestand hat.

f) Geschlecht

In anderer Weise wie das Alter spielt das **Geschlecht** eine Sonderrolle unter den Diskriminierungsgründen. Wie bereits erwähnt, ist die Richtlinie 76/207/EWG die älteste gegen Diskriminierung gerichtete Richtlinie. Daher bestanden in den Mitgliedsstaaten im Jahr 2000 bereits Gesetze zur Gleichbehandlung der Geschlechter. Auf der anderen Seite wurde die Regelung der Geschlechtergleichbehandlung durch die Neufassung aufgrund der Richtlinie 2002/73/EG⁴¹ – neu gefasst durch die Richtlinie 2006/54/EG⁴² – erheblich verändert und in ihrer Terminologie und Systematik an die Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG angepasst.

Daher kann man die Umsetzungsakte, die alle Mitgliedsstaaten vorgenommen haben⁴³, grob in zwei Gruppen einteilen: Die meisten Mitgliedsstaaten haben Regelungen erlassen, in denen die erfassten Diskriminierungsmerkmale sowohl die Merkmale der Richtlinie 2000/78/EG als auch die Rasse und ethnische Herkunft und **ebenso das Geschlecht** umfassen. Andere haben – meist aus historischen Gründen – für die Gleichbehandlung der Geschlechter eigene, **spezielle Gesetze** erlassen.

Zu der ersten Gruppe gehören folgende Staaten: Bulgarien, Deutschland, Finnland (teilweise ausdrücklich, teilweise nicht abschließende Aufzählung), Frankreich (allerdings unterschiedliches Schutzniveau je nach Diskriminierungsgrund), Irland, Lettland (außerhalb des Arbeitsrechts), Luxemburg (im Strafrecht), Österreich (Bundesgesetz), Polen, Portugal (in den meisten Gesetzen), Schweden, Slowenien, Tschechien, Ungarn, Vereinigtes Königreich. Zu der zweiten Gruppe, also derjenigen mit Spezialgesetzen, gehören: Belgien, Dänemark, Estland, Griechenland, Italien (2010 geändert), Lettland (im Arbeitsrecht), Litauen, Malta, die Niederlande, Rumänien, Spanien, Zypern.

Bei den Staaten der ersten Gruppe ist die Geschlechtsdiskriminierung also meist in gleicher Weise geregelt wie die anderen Diskriminierungsgründe. Eine Ausnahme bildet das französische Recht, das ohnehin für die meisten Diskriminierungsgründe unterschiedliche Regelungen aufweist. Ist die Geschlechtsdiskriminierung in anderen Gesetzen geregelt, gibt es inhaltliche und systematische Unterschiede zur Regelung der anderen Diskriminierungsmerkmale. Die Unterschiede sind hier allerdings bereits wegen der Vorgaben der Richtlinien nicht allzu erheblich, sodass ein Aufzählen aller Details den hier vorgegebenen Rahmen sprengen würde.

Einzelne Staaten haben in die Liste der Diskriminierungsgründe auch weitere Begriffe aufgenommen, die in einem unmittelbaren **Zusammenhang mit dem Geschlecht** stehen. So ist im Recht von Malta auch die Schwangerschaft oder potenzielle Schwangerschaft ein Diskriminierungsgrund und Art. 13 des ungarischen Gleichbehandlungsgesetzes erfasst auch Mutterschaft (Schwangerschaft) und Vaterschaft.

41 Richtlinie vom 23.09.2002, ABl. L 269 vom 05.10.2002, S. 15.

42 Richtlinie vom 05.07.2006, ABl. L 204 vom 26.07.2006, S. 23.

43 Übersicht unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72002L0073:DE:NOT>.

g) Weitere Gründe

Einige Mitgliedsstaaten haben neben den in Richtlinien genannten Gründen noch weitere in ihre Antidiskriminierungsgesetzgebung aufgenommen. Die umfassendste Aufzählung enthält das Recht von **Ungarn**. Art. 13 des Gleichbehandlungsgesetzes erfasst folgende Diskriminierungsgründe: Geschlecht, ethnische Abstammung, Hautfarbe, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer nationalen oder ethnischen Minderheit, Muttersprache, Behinderung, Gesundheitszustand, Religion oder Glauben, politische oder sonstige Auffassung, Familienstand, Mutterschaft (Schwangerschaft) oder Vaterschaft, sexuelle Orientierung, sexuelle Identität, Alter, soziale Herkunft, Finanzlage, Teilzeitarbeit oder andere Arbeitsbeziehungen, Zugehörigkeit zu einer Repräsentantengruppe oder andere Situation, beigelegte Eigenschaft oder Zustand einer Person oder Gruppe. Die Formulierung am Ende deutet darauf hin, dass diese ohnehin umfassende Aufzählung nicht abschließend ist.

Diese und ähnliche Diskriminierungsgründe finden sich indes auch im Recht vieler weiterer Mitgliedsstaaten. Die folgende Aufzählung beschränkt sich auf die Diskriminierungsgründe derjenigen Gesetze, die der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien dienen. Schutzvorschriften in anderen Gesetzen, wie beispielsweise des deutschen BetrVG oder TzBfG, bleiben außer Betracht. Die weiteren Diskriminierungsgründe lassen sich grob in vier Gruppen einteilen.

Die erste Gruppe umfasst Diskriminierungsgründe, die der **Klarstellung und Erweiterung** der in den Richtlinien vorgesehenen Gründe dienen. Die meisten davon wurden schon erwähnt: Der Schutz von Rasse und ethnischer Herkunft wird ergänzt durch den Schutz der Hautfarbe und erweitert durch den Schutz von Nationalität und Staatsangehörigkeit⁴⁴. Verwandt mit diesen ist der Diskriminierungsgrund Muttersprache (in Ungarn s. o.) oder allgemein **Sprache**. Diese gehört zu den aufgezählten Gründen in Finnland, Griechenland, Litauen (im Arbeitsrecht), Tschechien (im Arbeitsrecht), Rumänien, der Slowakei (im Spezialgesetz), Spanien (im Arbeitsrecht; nur Sprache innerhalb Spaniens). In Frankreich ist die Diskriminierung aufgrund des Nachnamens verboten; auch das dürfte sich mittelbar gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit richten.

Ebenfalls bereits erwähnt wurden die Diskriminierungsgründe im Zusammenhang mit dem **Geschlecht**⁴⁵. Erhebliche praktische Bedeutung hat es, wenn nicht nur Behinderung, sondern auch **Krankheit** bzw. Gesundheitszustand zu den Diskriminierungsgründen zählen⁴⁶. In Frankreich gehört die körperliche Erscheinung zu den Diskriminierungsgründen. Das ergänzt sowohl den Schutz vor Rassismus als auch den Behindertenschutz; erfasst aber nicht alle Fälle.

Die zweite Gruppe bilden diejenigen Diskriminierungsgründe, die mit der **Meinungsfreiheit** der Betroffenen zusammenhängen. So gehört im Recht etlicher Mitgliedsstaaten die politische Ansicht zu den geschützten Gründen: Bulgarien, Dänemark (im Arbeitsrecht), Estland (im Strafrecht), Finnland (nur Meinung; im Strafrecht politische Orientierung), Griechenland, Lettland, Litauen (nur Meinung), Malta, Niederlande, Polen (nur Arbeitsrecht), Portugal (im Arbeitsgesetzbuch; auch ideologische Überzeugung), Slowakei (im

44 Dazu oben II.2.a)cc).

45 Oben II.2.g).

46 Oben II.2.c)aa).

Spezialgesetz), Spanien (im Arbeitsrecht), Tschechien (im Arbeitsrecht) und Ungarn. Die Mitgliedschaft in einer Partei oder einer Gewerkschaft und die entsprechenden Aktivitäten sind geschützt in: Frankreich (nur Gewerkschaft), Litauen (im Arbeitsrecht), Malta (auch Arbeitgeberorganisation), Polen (nur Arbeitsrecht), Portugal (im Arbeitsgesetzbuch), der Slowakei (im Spezialgesetz), Spanien (im Arbeitsrecht), Tschechien (im Arbeitsrecht). Das ungarische Recht erwähnt die Mitgliedschaft in einer Interessengruppe.

Damit zusammen hängt die dritte Gruppe, die Besonderheiten im Zusammenhang von **Arbeitsverhältnis und Arbeitsleben** schützt. Die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft wurde bereits erwähnt. Befristete Arbeit und/oder Teilzeitarbeit sind als Diskriminierungsgrund erfasst in Österreich, Polen, Portugal und Ungarn. Das finnische Strafrecht erwähnt die Diskriminierung wegen gewerblicher Tätigkeit; das spanische Arbeitsrecht familiäre Beziehungen mit anderen Arbeitnehmern.

Die vierte Gruppe wird gebildet von Diskriminierungsmerkmalen, die sich mit dem individuellen und sozialen Status ergeben. Am häufigsten ist hier der Schutz des **Familienstandes**; so in Belgien (Bundesgesetz), Bulgarien, Finnland (im Strafrecht; wörtlich Familienbande), Frankreich (wörtlich familiäre Situation), Irland, Lettland, Litauen (im Arbeitsrecht), Malta, Portugal (im Arbeitsgesetzbuch; auch Vorfahren), der Slowakei (im Spezialgesetz), Spanien (im Arbeitsrecht), Ungarn und im Vereinigten Königreich.

Am zweithäufigsten erfasst sind soziale Herkunft, **sozialer Status** oder Ähnliches: Bulgarien, Estland (Diskriminierung strafbar), Lettland, Litauen (im Arbeitsrecht), Portugal (im Arbeitsgesetzbuch), Rumänien, Spanien (im Arbeitsrecht), Tschechien (im Arbeitsrecht) und Ungarn. Das bulgarische Recht erfasst den Diskriminierungsgrund Bildung. Ebenfalls mehrfach erwähnt wird Eigentum oder Vermögen; so in Bulgarien, Estland (Strafrecht), Lettland, der Slowakei (im Spezialgesetz) und Ungarn.

Bemerkenswert ist, dass etliche Mitgliedsstaaten die Aufzählung der erfassten Diskriminierungsgründe **nicht abschließend** gestaltet haben. Die hier erwähnten Gründe werden damit nur zu Beispielen, der Schutz des Gesetzes umfasst auch die Diskriminierung aus anderen Gründen. Derartige Regelungen gibt es in Bulgarien (unter Bezugnahme auf internationale Verträge), Finnland, Lettland, Polen (nur Arbeitsrecht) und in Ungarn. Die im belgischen Bundesgesetz aufgezählten Gründe sollen nach einer Entscheidung des Bundesgerichts von 2004 zum Bundesgesetz ebenfalls nicht abschließend sein⁴⁷. Da das Gericht auf der anderen Seite an der Kompetenz des Gesetzgebers festhält, Diskriminierungsgründe festzulegen, ist die Konsequenz dieser Aussage unsicher. Weitere Gerichtsurteile zu dieser Frage existieren nicht.

h) Lücken in der Gesetzgebung

Im Jahr 2010 gibt es kaum mehr **Umsetzungslücken** hinsichtlich der erfassten Diskriminierungsgründe. Einige Länder, deren Rechtslage vorher lückenhaft war, haben 2008–2010 Gesetze erlassen, um diese Lücken zu schließen. Dazu gehören Estland, Frankreich, Schweden, die Slowakei und Tschechien. In Estland und der Slowakei waren vorher erlassene Umsetzungsakte in mehrfacher Hinsicht lückenhaft. In Frankreich fehlte eine einheitli-

⁴⁷ Urteil Nr. 157/2004 des Bundesgerichts vom 06.10.2004.

che Terminologie. In Schweden war das Alter nicht erfasst und in Tschechien war in den Diskriminierungsgesetzen nur die Gesundheit erwähnt, nicht die Behinderung – die Gesetze zum Behindertenschutz genügten nicht den Anforderungen der Richtlinie. Hinsichtlich der Gleichbehandlung der Geschlechter ergänzte Italien Anfang 2010 seine Regelungen.

Heute finden sich Lücken vor allem im Recht von **Polen**, wo die Richtlinie bislang nur im Arbeitsrecht umgesetzt ist. Darüber hinaus sind zwar ethnische Minderheiten geschützt, aber nicht jede Form ethnischer Diskriminierung ist erfasst. Ungenauigkeiten bestehen hinsichtlich des Schutzes von Religion und Weltanschauung. Wie erwähnt⁴⁸, wird in Luxemburg das Merkmal Weltanschauung nicht ausdrücklich erwähnt. In Schweden verhindert die Zusammenfassung von ethnischer Herkunft und Religion zwar Abgrenzungsprobleme, macht aber den Schutz von Religionen ohne „ethnische Elemente“ fraglich.

3. Erfasste Formen der Diskriminierung

Das dritte Element der Anwendungsvoraussetzungen der Gesetze und des Schutzzumfangs knüpft an die erfassten Diskriminierungskriterien an. Es geht darum, welche diskriminierenden Handlungen von den Gesetzen und ihren Rechtsfolgen erfasst werden. Die Richtlinien zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse, zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen führen vier Arten der Diskriminierung auf: unmittelbare, mittelbare, (sexuelle) Belästigung und Anweisungen zur Diskriminierung. In den meisten Mitgliedsstaaten finden sich entsprechende Begriffe in den Umsetzungen – die Auswirkungen der geringen sprachlichen Unterschiede für die Praxis sind heute noch nicht in jedem Fall geklärt. Praktische Bedeutung hat vor allem die Frage, ob die Umsetzung der Richtlinien auch die vermutete Diskriminierung erfasst, d. h. Fälle, in denen eine Person diskriminiert wird, weil bei ihr ein Merkmal – z. B. homosexuell zu sein – vermutet wird, obwohl das in Wahrheit nicht der Fall ist. Damit verwandt ist die nur vereinzelt erfasste assoziierte Diskriminierung: Ein Mann wird nicht befördert, weil seine Ehefrau eine Farbige ist.

a) Unmittelbare Diskriminierung

Hinsichtlich des Begriffs der unmittelbaren, direkten Diskriminierung gibt es breiten Konsens in den Rechtsvorschriften zur Umsetzung. Eine **unmittelbare Diskriminierung** zeichnet sich durch drei Elemente aus:

1. Eine Person wird weniger günstig behandelt als andere – auch hypothetische andere – in vergleichbarer Lage.
2. Diese Ungleichbehandlung ist unmittelbar auf einen Diskriminierungsgrund zurückzuführen.
3. Sie kann nicht gerechtfertigt werden (dazu unten 4.).

48 Oben II.2.b).

Diese **Elemente** finden sich in den Rechtsvorschriften folgender Mitgliedsstaaten: Belgien (im Bundesgesetz), Bulgarien⁴⁹, Deutschland, Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Italien, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Polen⁵⁰, Portugal, Schweden, Slowakei, Slowenien, Vereinigtes Königreich⁵¹ und Zypern. Allerdings sind diese Definitionen nicht immer auf den gesamten materiellen Geltungsbereich der Richtlinien anwendbar, da in einigen dieser Staaten – meist ältere – Rechtsvorschriften bestehen, die andere Definitionen der unmittelbaren Diskriminierung enthalten. In den meisten Mitgliedsstaaten ist die Definition der unmittelbaren Diskriminierung eng an die der Richtlinien angelehnt.

Eindeutige **Defizite** bei der Umsetzung sind nicht ersichtlich; in einigen Mitgliedsstaaten gibt es aber Ungenauigkeiten. So war in Frankreich bis 2008 und in den Niederlanden die unmittelbare Diskriminierung zwar erwähnt, wird aber in den meisten Rechtsvorschriften nicht im Einzelnen definiert. 2008 wurde für Frankreich durch das Gesetz 2008-496 eine übergreifende Definition eingeführt, die den Richtlinien entspricht. Die niederländischen Rechtsvorschriften knüpfen an den Begriff „Unterscheidung“ an. Einige enthalten auch die Begriffe direkte und indirekte Unterscheidung, eine Definition im Einzelnen erfolgt allerdings nicht.

In der Tschechischen Republik sind die Bestimmungen zur Nichtdiskriminierung auf viele verschiedene Rechtsvorschriften verteilt, die überwiegend keine Definition enthalten. Das neue Antidiskriminierungsgesetz enthält die **Definition** der Richtlinie zur unmittelbaren Diskriminierung. In Rumänien gibt es in Art. 2 Abs. 1 des Antidiskriminierungsgesetzes eine von den Richtlinien abweichende Formulierung, die allgemeiner ist und weiter auszulegen sein soll. Eine unglückliche Formulierung findet sich in Art. 28.1.b. des spanischen Umsetzungsgesetzes 62/2003. Nach dem Wortlaut der Norm ist nur die gegenwärtige Behandlung des Betroffenen erfasst und nicht die Vergangenheit oder Zukunft.

b) Mittelbare Diskriminierung

Eine **mittelbare Diskriminierung** liegt nach den insoweit gleichlautenden Vorschriften der Richtlinien RL 2000/78/EG, 2000/43/EG und 2006/54/EG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen einem der erfassten Diskriminierungsgründe gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Diese Definition wird in den weitaus meisten Mitgliedsstaaten **übernommen**, so in Belgien, Deutschland, Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Portugal, Schweden, der Slowakei, Slowenien, Spanien, Ungarn, dem Vereinigten Königreich⁵² und Zypern.

In Frankreich gab es bis 2008 in den einzelnen Gesetzen keine Definition. 2008 wurde allerdings durch das oben erwähnte Gesetz 2008-496 eine übergreifende Definition eingeführt, die der Richtlinie entspricht. Ähnlich ist die Rechtslage in der Tschechischen Republik.

49 Der Wortlaut des bulgarischen Diskriminierungsschutzgesetzes ist indes undeutlich.

50 Die Regelung gilt nur für das Arbeitsrecht. Es fehlt der Bezug zum konkreten Diskriminierungsgrund, was aber unerheblich sein dürfte, da die Aufzählung in Polen nicht abschließend ist.

51 Hier gilt allerdings hinsichtlich des Behindertenschutzes eine engere Definition.

52 Hier gilt allerdings in fast jedem der Gesetze eine andere Definition.

lik, wo die unterschiedlichen Rechtsvorschriften auch **unterschiedliche Definitionen** der mittelbaren Diskriminierung enthalten. Die Definitionen im Arbeitsrecht und im neuen Antidiskriminierungsgesetz entsprechen den Richtlinien.

In einigen Mitgliedsstaaten gibt es **Abweichungen** bei der Umsetzung, die aber nicht zwangsläufig zu Defiziten führen müssen. So weicht die Definition in Art. 1 (c) des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes der Niederlande erheblich von der Definition der Richtlinien ab. Allerdings legt die Rechtsprechung den Begriff ähnlich wie die Begriffsbestimmung der Richtlinien aus. Im rumänischen Antidiskriminierungsgesetz ist die mittelbare Diskriminierung nicht ausdrücklich definiert; sein Art. 2 Abs. 3 erfasst aber ein vergleichbares Verhalten und ist im Ergebnis möglicherweise weiter.

In den Vorschriften einiger Mitgliedsstaaten wird der Begriff der mittelbaren Diskriminierung gesetzlich **präzisiert**. So legt Art. 18 des polnischen Arbeitsgesetzbuches fest, dass die Maßnahme allen oder einer bedeutenden Anzahl von Arbeitnehmern einer bestimmten Personengruppe Nachteile verursachen muss⁵³. Im Vereinigten Königreich wird bei der gebräuchlichsten Definition der mittelbaren Diskriminierung ein Nachweis verlangt, dass die Maßnahme zum Nachteil eines einzelnen Beschwerdeführers wie auch der Gruppe, zu der er gehört, geführt hat (§ 1 Abs. 1 a des Race Relations Act 1976). Die Vereinbarkeit dieser Einschränkung mit den Richtlinien ist zweifelhaft.

Problematisch ist die Umsetzung der Richtlinie in § 4 Abs. 3 des **bulgarischen** Antidiskriminierungsgesetzes. Die dortige Formulierung (wörtlich: aufgrund von ...) kann so verstanden werden, dass sie nur diejenigen Diskriminierungen erfasst, die kausal und damit bewusst aus einem der aufgezählten Gründe erfolgen. Die Intention des Gesetzgebers war es aber, die Verbindung zwischen der Ungleichbehandlung und dem Diskriminierungsgrund herzustellen. Insgesamt setzt sich das Verständnis der mittelbaren Diskriminierung in Bulgarien nur sehr zögerlich durch.

Ebenfalls problematisch ist die **finnische** Umsetzung. Nach dem Wortlaut des Nichtdiskriminierungsgesetzes ist nicht von einem besonderen – also auf die Diskriminierung bezogenen – Nachteil, sondern von einer besonders nachteiligen Position die Rede. Das suggeriert eine bestimmte Schwelle der Benachteiligung. Demgegenüber ist die **slowenische** Definition in Art. 4 § 3 des Gleichbehandlungsgesetzes weiter, da sie jede Ungleichbehandlung aus persönlichen Gründen erfasst, also kein Bezug zu einem konkreten Diskriminierungsgrund erforderlich ist.

Problematisch ist, ob der Beweis einer mittelbaren Diskriminierung über **Statistik** möglich ist. In den meisten Mitgliedsstaaten ist das grundsätzlich möglich, praktische Bedeutung hat der Statistikbeweis aber vor allem bei der Geschlechtsdiskriminierung. In der Tat ist der statistische Beweis vor allem geeignet für diejenigen Diskriminierungsgründe, die die Bildung von nur zwei Gruppen Menschen zulassen. Das betrifft das Geschlecht, allenfalls noch die Einteilung in behinderte und nicht behinderte Menschen. Die Schwierigkeiten bei anderen Diskriminierungsgründen zeigt das Beispiel eines Arbeitgebers mit 50 Angestellten, von denen einer Roma ist. Der Anteil der Roma an der Bevölkerung liegt bei 0,8%. Diskriminiert er Roma, weil er nur einen beschäftigt oder Nichtroma, weil der Anteil über dem Bevölkerungsanteil liegt? Oder diskriminiert er Farbige, weil er keinen beschäftigt?

53 Die Regelung wurde 2009 geändert, diese Einschränkung aber beibehalten.

c) Belästigung

Belästigung wird in Art. 2 Abs. 3 der Richtlinien 2000/78/EG und 2000/43/EG und in Art. 2 Abs. 1 c) der Richtlinie 2006/54/EG als „unerwünschte Verhaltensweisen“ definiert, die im Zusammenhang mit den jeweils erfassten Diskriminierungsgründen stehen und „bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird“. Eine ähnliche Definition umschreibt die sexuelle Belästigung in Art. 2 Abs. 1 c) der Richtlinie 2006/54/EG mit der Präzisierung, dass es sich um unerwünschtes „Verhalten sexueller Natur, das sich in unerwünschter verbaler, nicht-verbaler oder physischer Form äußert“ handeln muss; die Beschreibung des Effekts ist wieder gleichlautend.

Die Umsetzungsgesetze der meisten Mitgliedsstaaten enthalten **ähnliche oder wortgleiche Definitionen** der Belästigung und der sexuellen Belästigung, so in Belgien, Bulgarien, Dänemark⁵⁴, Deutschland, Estland, Finnland, Griechenland, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowenien, Spanien, Ungarn, dem Vereinigten Königreich⁵⁵ und Zypern⁵⁶. In diesen Ländern wird die (sexuelle) Belästigung zu den Formen der Diskriminierung gerechnet. Das Gleiche gilt seit der Einführung des Gesetzes 2008-496 in Frankreich. Die dortige Definition erfasst auch die sexuelle Belästigung.

Allerdings gibt es auch Abweichungen, die mit einem **Umsetzungsdefizit** verbunden sein können. Einige davon betreffen die Systematik der Gesetze. So enthält das lettische Recht eine entsprechende Definition nur im Arbeitsrecht und im Konsumentenschutzgesetz. Auch die unterschiedlichen Rechtsvorschriften der Tschechischen Republik enthalten nicht alle den Begriff der Belästigung. Die Definitionen im Arbeitsrecht und im neuen Antidiskriminierungsgesetz entsprechen allerdings den Richtlinien. Das polnische Strafrecht erfasst einige Formen der diskriminierenden Belästigung; enthält aber grundlegend andere Definitionen.

Andere Abweichungen folgen aus der **Formulierung** der Definition. Im italienischen Recht ist beispielsweise die Rede von einem Umfeld, das „von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen **und** Beleidigungen“ gekennzeichnet ist, während im Text der Richtlinie ein „oder“ steht. Es ist umstritten, ob es sich dabei um einen redaktionellen Fehler handelt; anderenfalls wäre der Text kaum richtlinienkompatibel. Auch im Recht der Slowakei findet sich eine abweichende Definition. Dort wird Bezug genommen auf eine Behandlung, die die Person zu Recht als Belästigung empfinden kann⁵⁷. Damit steht bei dem Belästigungselement das subjektive Element im Vordergrund, während die Definition der Richtlinien eher objektiv anknüpft.

54 Diese Definition findet sich in den Kerngesetzen zur Gleichbehandlung am Arbeitsplatz und zur ethnischen Gleichbehandlung,

55 Hier gilt allerdings in fast jedem der Gesetze eine andere Definition.

56 In Zypern gilt die gleiche Definition in dem bereits 2002 erlassenen Gesetz zur Gleichbehandlung der Geschlechter im Beruf (dort ist insbesondere auch sexuelle Belästigung erfasst und im Behindertenschutz.

57 Abschnitt 2(5) Antidiskriminierungsgesetz, Nr. 365/2004.

§ 21 Abs. 2 des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes wurde 2008 geändert. Nach dem Wortlaut der vorherigen Norm war nur die vollendete, also erfolgreiche Verletzung der Würde der betroffenen Person geregelt. Die heutige Fassung erfasst auch die versuchte, bezweckte Verletzung. Das griechische Gesetz 3304/2005 fügt in seinem Artikel 2 noch eine Generalklausel ein, nach der der Begriff der Belästigung nach den Handelsbräuchen definiert werden soll. Es soll also darauf ankommen, welches Verhalten sozial akzeptiert ist. Das griechische Strafrecht erfasst die Belästigung nicht.

d) Anweisung zur Diskriminierung

Art. 2 Abs 4 der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und Art. 2 Abs. 2 b der Richtlinie 2006/54/EG enthalten eine Bestimmung, die verfügt, dass eine „**Anweisung zur Diskriminierung** (...) als Diskriminierung gilt“. Die große Mehrheit der Mitgliedsstaaten hat eine ähnliche oder wortgleiche Bestimmung in ihr nationales Recht aufgenommen: Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland⁵⁸, Finnland, Frankreich (s. u.), Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Luxemburg, die Niederlande⁵⁹, Österreich, Polen (im Arbeitsrecht), Portugal⁶⁰, Schweden (im neuen Diskriminierungsgesetz), die Slowakei, Slowenien⁶¹, Spanien, Tschechien (im neuen Antidiskriminierungsgesetz), Ungarn und Zypern.

Eine Ausnahme bildete bis 2008 **Frankreich**, wo eine entsprechende Bestimmung fehlte. Allgemeine Rechtsgrundsätze in Bezug auf Mittäterschaft und Haftung konnten jedoch ähnliche Auswirkungen haben. So stellte ein Strafgericht gesetzeswidrige Diskriminierung fest, als es ein Immobilienmakler auf Anweisung des Eigentümers ablehnte, Personen mit einem Familiennamen „ausländischer Herkunft“ eine Wohnung zu vermieten.⁶² Das Gesetz 2008-496 stellt nunmehr die Anweisung zur Diskriminierung der Diskriminierung gleich.

Defizite gibt es nur vereinzelt. So bleibt die Definition in Bulgarien (Art. 5 i. V. m. § 1.1 Diskriminierungsschutzgesetz) hinter den Anforderungen der Richtlinien zurück, da sie erstens Absicht zur Anweisung und zweitens einen Einfluss des Anweisenden auf den Angewiesenen verlangt. In Litauen gibt es eine entsprechende Regelung nur im Strafrecht, die aber die Gründe sexuelle Orientierung, Alter, Behinderung und Geschlecht nicht erfasst. Das rumänische Recht pönalisiert Hassreden; der Anwendungsbereich ist aber enger, als von den Richtlinien umschrieben.

e) Vermutete Diskriminierung

Vermutete Diskriminierung liegt vor, wenn das Vorliegen eines Diskriminierungsgrundes nur angenommen wird, beispielsweise wenn eine Arbeitgeberin einen dunkelhaarigen Mann nicht einstellt, weil sie ihn für einen Roma hält – obwohl das nicht der Fall ist. Etliche Mitgliedsstaaten stellen ein solches Verhalten der Diskriminierung gleich, so auch die Regelung in § 7 Abs. 1 Halbsatz 2 des deutschen AGG, in Frankreich im Zivilrecht, Arbeitsrecht und Strafrecht, in § 1.8 des bulgarischen Diskriminierungsschutzgesetzes, im neuen tschechischen Antidiskriminierungsgesetz und in Art. 8 des ungarischen Gleichbehandlungsgesetzes und im irischen Employment Equality Act 1998–2004 sowie dem Equal Status

58 Im dortigen Strafrecht gelten die allgemeinen Regeln für Anstiftung.

59 Hier war diese Klarstellung Gegenstand einer späteren Anpassung der Gesetze.

60 Nicht in allen Gesetzen, aber jedenfalls im Anwendungsbereich der Richtlinien.

61 Es fehlen allerdings Regeln zur Verantwortlichkeit juristischer Personen.

62 Kassationsgericht, Strafkammer, 7. Juni 2005, Nr. 04-8735.

Act. Die sehr weite Fassung des portugiesischen Arbeitsgesetzbuchs (und weiterer portugiesischer Gesetze) stellt nur auf Diskriminierung „aufgrund von“ ab und erfasst damit sowohl die vermutete als auch die assoziierte Diskriminierung. Eine ähnlich umfassende Regelung enthält das neue schwedische Diskriminierungsgesetz.

In Belgien, Dänemark, Finnland, Italien, Lettland, Malta, den Niederlanden, Österreich, Polen, Slowenien, Spanien und Zypern fehlt eine entsprechende Klarstellung; allerdings schließen die Regelungen dieser Länder eine entsprechende **Auslegung** nicht aus. **Defizite** bei der vermuteten Diskriminierung gibt es nur vereinzelt. So erfasst die griechische Definition die vermutete Diskriminierung nicht; auch in Litauen fehlt eine entsprechende Regelung. In Luxemburg erfasst die strafrechtliche Regelung nur die ethnische Diskriminierung. In Rumänien gibt es keine Regelung, die Rechtslage ist unklar. Die Definitionen in den Gesetzen des Vereinigten Königreichs sind unterschiedlich; bislang nicht erfasst ist die vermutete Diskriminierung wegen Behinderung.

f) Assoziierte Diskriminierung

Von einer **assozierten Diskriminierung** spricht man, wenn jemand wegen der Verbindung zu einer geschützten Personengruppe diskriminiert wird; wenn also beispielsweise eine Arbeitnehmerin nicht befördert wird, weil ihr Kind behindert ist. Eine Regelung der assoziierten Diskriminierung ist von den Richtlinien nicht vorgegeben. Daher finden sich auch im Recht der Mitgliedsstaaten nur vereinzelt entsprechende Regelungen. Ausdrücklich vom Diskriminierungsbegriff erfasst ist die assoziierte Diskriminierung nur in Bulgarien und in Irland; im Einzelnen in § 1.8 des bulgarischen Diskriminierungsschutzgesetzes und in Abschnitt 6(1) des irischen Employment Equality Act 1998–2007 und in Abschnitt 3(1) des Equal Status Act 2000–2004.

Vergleichbare ausdrückliche Regelungen gibt es im Zusammenhang mit dem **Behindertenschutz**. Das im Jahr 2005 in Österreich verabschiedete Behindertengleichstellungsgesetz dehnt den Schutz auf Verwandte aus, die behinderte Menschen betreuen. Im steirischen Gleichbehandlungsgesetz sind allgemein die Angehörigen von Behinderten vor Diskriminierung geschützt. Eine ähnliche Regelung besteht in Frankreich.

In Deutschland wird in der Kommentarliteratur die Auffassung vertreten, wonach der Diskriminierungsbegriff auch die assoziierte Diskriminierung erfasst; der Wortlaut des AGG gibt dafür aber keine Anhaltspunkte. Auch in den Niederlanden und in Spanien werden ähnliche Auffassungen vertreten. In Ungarn wurde ein Fall der assoziierten Diskriminierung als direkte Diskriminierung behandelt⁶³; eine ähnliche Konstellation gab es in Rumänien⁶⁴.

63 Fall Nr. 72/2008 der Gleichbehandlungsbehörde.

64 Daniel Zăvoian v. Distrigaz Sud, Decision 4222, 01.08.2007.

4. Rechtfertigung von Ungleichbehandlung

Das vierte und letzte Element hängt sowohl mit den Diskriminierungsgründen als auch mit den erfassten Handlungen zusammen. Ungleichbehandlung ist keine Diskriminierung, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Dabei genügt es für die Rechtfertigung einer **mittelbaren** Ungleichbehandlung, wenn für sie sachliche Gründe gegeben sind. Für die **unmittelbare** Diskriminierung sind in den Richtlinien **Rechtfertigungsgründe** vorgesehen. Diese knüpfen wiederum oft an bestimmte Diskriminierungsgründe wie Religion oder Alter an. Gleichzeitig legen sie einen bestimmten Bereich fest, in dem die Ungleichbehandlung ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann. Weiterhin ermöglichen es die Richtlinien, eine Ungleichbehandlung durch sog. **positive Maßnahmen** auszugleichen. Sowohl die Ausnahmen als auch positive Maßnahmen sind fakultative Elemente für das nationale Recht und die nationale Praxis. Die Staaten sind weder verpflichtet, die möglichen Ausnahmen ganz oder teilweise einzubeziehen, noch sind sie verpflichtet, positive Maßnahmen zuzulassen. Ein Umsetzungsdefizit liegt allerdings vor, wenn die Gesetze weiter gehende Ausnahmen vorsehen, als in den Richtlinien vorgesehen.

In einigen Mitgliedsstaaten, insbesondere in Frankreich und im Vereinigten Königreich, gelten aufgrund der zersplitterten Rechtslage nicht für alle Diskriminierungsgründe die gleichen Ausnahmen. Die folgende Übersicht richtet sich nach der praktischen Bedeutung der jeweiligen Diskriminierungsgründe.

a) Wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen

Art. 4 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse, Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gestatten den Mitgliedsstaaten eine Regelung, nach der eine Ungleichbehandlung keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine **wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung** darstellt, und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Die meisten Mitgliedsstaaten haben eine entsprechende Ausnahme vorgesehen, so Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland⁶⁵, Frankreich⁶⁶, Griechenland, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, die Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, Ungarn, das Vereinigte Königreich und Zypern.

Besonderheiten gibt es nur vereinzelt. So unterscheidet sich in Bulgarien, Italien, Rumänien und der Slowakei der Wortlaut der Ausnahme von dem der Richtlinien. Eine Abweichung im Diskriminierungsschutz ergibt sich dabei aber jedenfalls nicht zwingend. Die Ausnahme der Niederlande ist enger als die der Antirassismusrichtlinie, da sie die beruflichen Anforderungen auf Umstände beschränkt, in denen die ethnische Erscheinung einer Person eine Rolle spielt (z. B. bei Models oder Schauspielerinnen und Schauspielern)⁶⁷. Dagegen ist in Zypern bei den Anforderungen für den öffentlichen Dienst zwar nicht mehr erforder-

⁶⁵ Die finnische Ausnahme ist allerdings enger, da sie höhere Anforderungen an die berufliche Tätigkeit stellt.

⁶⁶ Eingeführt durch das Gesetz 2008-496; vorher fehlte eine entsprechende Regelung.

⁶⁷ Art. 2 Abs. 4 b des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

lich, dass dessen Angehörige Zypriotinnen oder Zyprioten sind. Erforderlich sind aber sehr gute Griechischkenntnisse, was umso problematischer ist, als Türkisch eine Amtssprache auch im griechischen Teil Zyperns ist.

b) Arbeitgeber, deren Ethos auf religiösen Grundsätzen oder Weltanschauungen beruht

Gemäß Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung sind den Mitgliedsstaaten Bestimmungen in ihren Rechtsvorschriften möglich, welche die Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung einer Person erlauben, wenn Arbeitgeber Kirchen und andere öffentliche oder private Organisationen sind, deren Ethos auf **religiösen Grundsätzen** oder Weltanschauungen beruht. Voraussetzung ist, dass die Religion oder Weltanschauung einer Person in Anbetracht der Gesinnung der Organisation eine echte legitime und begründete berufliche Qualifikation darstellt.

Diese Ausnahme lässt nur eine Ungleichbehandlung aufgrund der Religion oder der Weltanschauung zu und darf nicht zur Rechtfertigung einer Diskriminierung aufgrund eines anderen Merkmals, beispielsweise der sexuellen Orientierung, benutzt werden. Dem widerspricht die Rechtslage in Zypern, wo Homosexualität Positionen in der Kirche ausschließt.

Die meisten Mitgliedsstaaten haben eine der Richtlinie **entsprechende Ausnahme** vorgesehen, so Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Griechenland, Italien, Irland, Lettland (s. o.), Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Polen, die Slowakei, Slowenien, Ungarn, das Vereinigte Königreich und Zypern. In Frankreich wurde eine entsprechende Regelung erst durch das Gesetz 2008-496 eingeführt. In Ungarn fehlt der Begriff „legitim“, die Regelung lässt sich indes richtlinienkonform auslegen. Die Ausnahme des lettischen Arbeitsrechts ist zumindest nach ihrem Wortlaut weiter als in der Richtlinie zugelassen, da sie sich auf einen konkreten religiösen Glauben bezieht. Auch hier ist aber eine richtlinienkonforme Auslegung möglich.

In Litauen, Portugal, Schweden, Spanien und Tschechien gibt es **keine Ausnahme** in Umsetzung dieser in der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme. Das ist indes in Tschechien, Lettland und Litauen darauf zurückzuführen, dass die Beschäftigung bei einer organisierten Religion (z. B. als Priester) im Allgemeinen nicht in den Geltungsbereich des Antidiskriminierungs- oder Arbeitsrechts fällt. In Finnland gibt es ebenfalls keine entsprechende Ausnahme im Arbeitsrecht; der Gesetzgeber scheint aber von einer Sonderbehandlung der hier geschützten Arbeitgeber auszugehen, die sich möglicherweise unter „wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung“ subsumieren lässt.

Kaum geregelt ist der Zugang zum **Priesteramt**, der beispielsweise in der katholischen und orthodoxen Kirche Männern vorbehalten ist. Eine ausdrückliche Ermächtigung dafür in Gestalt einer Ausnahme gibt es in Art. 7 (1.3) des Diskriminierungsschutzgesetzes von Bulgarien. Nach dieser Regelung ist unterschiedliche Behandlung aufgrund des Geschlechts erlaubt, wenn eine religiöse Organisation dafür Gründe aus der Natur der Beschäftigung oder aus ihren Bedingungen hat, nach der das Geschlecht eine grundlegende und bestimmende berufliche Voraussetzung nach dem Blickwinkel der Organisation ist und wenn

dieses Ziel legitim und verhältnismäßig ist. Die Richtlinie 2006/54/EG enthält keine ausdrückliche Ausnahme für Religionsgemeinschaften. Allerdings lassen sich entsprechende Regeln unter Art. 14 Abs. 2 der Richtlinie subsumieren⁶⁸.

c) Streitkräfte und andere spezifische berufliche Tätigkeiten

Gemäß Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2000/78/EG können die Mitgliedsstaaten vorsehen, dass die **Streitkräfte** aus dem Geltungsbereich der Antidiskriminierungsvorschriften hinsichtlich der Merkmale Behinderung und Alter ausgenommen werden. Von dieser Möglichkeit haben nur Frankreich, Griechenland, Irland und das Vereinigte Königreich ausdrücklich Gebrauch gemacht. Andere Länder, beispielsweise Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Lettland, Österreich, Portugal, Slowenien und Spanien, haben zwar keine ausdrückliche Ausnahme formuliert, aber die bestehenden Anforderungen in Bezug auf das Alter und die Fähigkeiten in ihren Vorschriften für die Streitkräfte beibehalten. Finnland, Litauen, Luxemburg, die Niederlande, Portugal, Schweden und Ungarn haben von der Ausnahmemöglichkeit keinen Gebrauch gemacht. In irischen Rechtsvorschriften gibt es Ausnahmen für das Merkmal Alter, die für die Polizei, Haftanstalten oder Notfalldienste gelten⁶⁹. Diese Ausnahmen gehen weiter als die Möglichkeiten der Richtlinien. Das dänische Recht enthält eine ministerielle Ermächtigung für abweichende Regelungen.

d) Vom Familienstand abhängige Leistungen

Erwägungsgrund 22 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf lautet aber wie folgt: „Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den **Familienstand und davon abhängige Leistungen** unberührt.“ Wie erwähnt, gehört in etlichen Mitgliedsstaaten der Familienstand einschließlich Heirat zu den von den Gesetzen erfassten Diskriminierungsgründen: Belgien (Bundesgesetz), Bulgarien, Finnland (wörtlich Familienbande), Frankreich (wörtlich familiäre Situation), Irland, Lettland, Litauen (im Arbeitsrecht), Malta, Portugal (im Arbeitsgesetzbuch), Slowakei (im Spezialgesetz), Spanien (im Arbeitsrecht), Ungarn und Vereinigtes Königreich. Derartige Regelungen werden durch die Richtlinien ermöglicht, aber nicht gefordert.

Unklar ist, ob vor diesem Hintergrund berufsspezifische Vergünstigungen für **Verheiratete** eine mittelbare Diskriminierung von Homosexuellen bilden. Unproblematisch ausgeschlossen ist eine Diskriminierung, wenn die Heirat auch gleichgeschlechtlichen Paaren möglich ist, so in Belgien, den Niederlanden und Spanien. In Deutschland, Frankreich und im Vereinigten Königreich gibt es zwar die Möglichkeit für Homosexuelle, eingetragene Partnerschaften einzugehen, aber das bedeutet noch nicht die Ausdehnung aller berufsspezifischen Vorteile auf Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft.

68 Die Regelung lautet: „Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf den Zugang zur Beschäftigung einschließlich der zu diesem Zweck erfolgenden Berufsbildung vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung wegen eines geschlechtsbezogenen Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“.

69 § 37 des Employment Equality Act 1998–2004.

In anderen Mitgliedsstaaten finden sich **spezielle Lösungen** für diese Frage. So stellen in Irland die Rechtsvorschriften, die sich an Familien wenden, homo- und heterosexuelle Partnerschaften gleich. In Italien besteht zwar keine rechtliche Gleichstellung homosexueller Partnerschaften mit der Ehe; allerdings knüpfen einige Regelungen nicht an den Familienstand an, sondern an Personen, mit denen ein dauerhaftes Zusammenleben besteht. In Lettland gibt es keine familienbezogenen Leistungen. Ähnlich ist es in Litauen: Dort sind familienbezogene Leistungen zwar auf verheiratete Paare unterschiedlichen Geschlechts beschränkt; aber insgesamt selten.

Nach der **Entscheidung des EuGH** vom 01.04.2008 zu einem deutschen Fall benachteiligt ein berufsständisches Versorgungswerk überlebende (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner unzulässig, wenn es ihnen – im Gegensatz zu überlebenden Ehegatten, mit denen sie vergleichbar sind – keine Hinterbliebenenversorgung gewährt⁷⁰. Die deutsche Rechtsprechung hat darauf mit europarechtskonformer Auslegung entsprechender Regelungen reagiert⁷¹.

e) Gesundheit und Sicherheit

Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG ermöglicht es den Mitgliedsstaaten, Bestimmungen in Bezug auf Menschen mit Behinderung zum Schutz der **Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz** beizubehalten oder zu erlassen. In Griechenland, Irland, Luxemburg und Zypern sind aufgrund dieser Vorschrift Gesundheits- und Sicherheitsausnahmen für das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Behinderung zulässig. So stellt nach § 4 Abs. 4 des irischen Equal Status Act 2000–2004 die ungleiche Behandlung einer Person mit einer Behinderung, die unter den gegebenen Umständen für die Person oder andere Personen Schaden verursachen könnte, in einem zumutbaren und für die Abwendung eines derartigen Schadens erforderlichen Maße keine Diskriminierung dar. Die anderen Mitgliedsstaaten haben keine entsprechende Ausnahme vorgesehen.

f) Diskriminierung aufgrund des Alters

Die erhebliche praktische Bedeutung des Verbots der Altersdiskriminierung auf die nationalen Rechtssysteme wurde bereits mehrfach erwähnt. Auch im Folgenden kann nicht auf alle Zweifelsfragen eingegangen werden, die sich aus gesetzlichen Altersregelungen ergeben. So bestehen in nahezu allen Mitgliedsstaaten **Altersgrenzen zum Eintritt in den Ruhestand**, deren Vereinbarkeit mit der Richtlinie gegenwärtig noch unklar ist. Der Schwerpunkt liegt hier auf der Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG.

Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf kann die Ungleichbehandlung wegen des Alters **gerechtfertigt** werden. Wörtlich heißt es: Die Mitgliedsstaaten können „vorsehen, dass Ungleichbehandlungen wegen des Alters keine Diskriminierung darstellen, sofern sie objektiv und angemessen sind und im Rahmen des nationalen Rechts durch ein legitimes Ziel, worunter insbesondere rechtmäßige Ziele aus den Bereichen Beschäftigungspolitik, Arbeitsmarkt und berufliche Bildung zu verstehen sind, gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“

⁷⁰ EuGH 01.04.2008 – C-267/06 [Maruko], Slg 2008, I-1757-1816.

⁷¹ BAG 15.09.2009 – 3 AZR 294/09, NZA 2010, 216; BAG 14. 01. 2009 – 3 AZR 20/07, NZA 2009, 489.

Diese Regelung bezieht sich auf unmittelbare wie auf mittelbare Ungleichbehandlung wegen des Alters. Im Weiteren listet die Richtlinie **Beispiele** für zulässige Ungleichbehandlungen auf, wozu auch die Festlegung von Mindestanforderungen an das Alter, die Berufserfahrung oder das Dienstalter für den Zugang zur Beschäftigung zählt.

Fast alle Mitgliedsstaaten haben den **Wortlaut** des Art. 6 in ihren Umsetzungsgesetzen ganz oder teilweise übernommen, so Belgien, Deutschland, Frankreich, Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Malta, die Niederlande für das Arbeitsrecht, Österreich, Portugal, Schweden⁷², die Slowakei, Slowenien, Tschechien, das Vereinigte Königreich und Zypern. Problematisch an der wörtlichen Übernahme ist, dass sich die Regeln der Richtlinie nicht an Private, sondern den Arbeitgeber wenden. So knüpft beispielsweise die Entscheidung des BAG zu Altersgruppen bei der Sozialauswahl mal am Gesetz, mal an der zugrunde liegenden Betriebsvereinbarung an⁷³.

Nach den Diskriminierungsschutzgesetzen von Bulgarien, Polen (im Arbeitsrecht), Rumänien und Spanien kann **nur die mittelbare**, nicht aber die unmittelbare Altersdiskriminierung gerechtfertigt werden. Ähnlich ist es im polnischen Arbeitsrecht. Das Recht von Dänemark sieht eine Grenze von 70 Jahren vor, die in ihrer Pauschalität zweifelhaft ist. Die Regeln in den baltischen Staaten und in Ungarn sind unklar und lückenhaft. Die Normen enthalten verschiedene Regeln der Altersdifferenzierung, wobei ein konkretes Regel-Ausnahmesystem fehlt.

g) Öffentliche Sicherheit etc.

Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung lautet: „Diese Richtlinie berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der **öffentlichen Sicherheit**, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind“. Diese Regelung ist in Griechenland, Malta, der Slowakei und Zypern in die Rechtsvorschriften aufgenommen, in Italien weitestgehend einbezogen worden. Im Vereinigten Königreich enthalten die Rechtsvorschriften üblicherweise eine Ausnahme für Handlungen, die mit dem Zweck begangen werden, die nationale Sicherheit aufrechtzuerhalten oder die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Ordnung zu schützen.

h) Weitere Ausnahmen

Soweit die nationalen Rechtsvorschriften **weitere Ausnahmen** enthalten, ist die Vereinbarkeit mit den Richtlinien fraglich und hängt von der Auslegung durch die Rechtsprechung ab. So gibt es in Belgien gemäß Art. 11 des Gesetzes über Rassengleichheit und im Bundesantidiskriminierungsgesetz eine salvatorische Klausel, nach der direkte Diskriminierung durch Gesetze gerechtfertigt werden kann. Allerdings müssen sich diese Gesetze am Europarecht und der belgischen Verfassung messen lassen.

⁷² Hier allerdings mit stark abweichendem Wortlaut, dessen Konsequenzen noch unklar sind, s. Kapitel 2 Abschnitt 2 Punkt 3 des Diskriminierungsgesetzes.

⁷³ BAG 06.11.2008 – 2 AZR 523/07, ArbuR 2009, 144 = NZA 2009, 361; dazu kritisch **Benecke** ArbuR 2009, 326.

Zahlreiche Ausnahmen sieht das Diskriminierungsschutzgesetz **Bulgariens** vor. Davon wurde die Regelung über die Ausnahme von der Gleichbehandlung der Geschlechter für religiöse Organisationen bereits erwähnt (oben II.4.b). Eine weitere Ausnahme kommt den Religionsgemeinschaften zugute und betrifft religiöse Erziehung und die Ausbildung dazu (Art. 71.4). Weitere Ausnahmen dienen dem **Schutz** der Betroffenen und rechtfertigen gleichzeitig die Ungleichbehandlung nicht Betroffener (z. B. Nichtbehinderter); im Einzelnen vereinfacht: Schutzmaßnahmen für Schwangere und Mütter, Sondermaßnahmen für die Ausbildung Behinderter, Maßnahmen zum Ausgleich von Bildungsnachteilen von Frauen, Schutzmaßnahmen für elternlose Kinder, Minderjährige, Alleinerziehende, Behinderte, Angehörige ethnischer, religiöser und linguistischer Minderheiten und Maßnahmen zu ihrer Bildung, Fortbildung und Unterstützung⁷⁴. Die letzteren Ausnahmen entsprechen **positiven Maßnahmen** (dazu gleich); ihre Vereinbarkeit mit den Richtlinien ist unproblematisch.

Zahlreiche Ausnahmen enthält das **irische** Gleichbehandlungsrecht. So ist es nach Abschnitt 35 (1) des Employment Equality Act 1998–2007 nicht diskriminierend, einem behinderten Arbeitnehmer ein geringeres Entgelt zu zahlen, wenn er weniger produktiv tätig ist. Mit dem Prinzip des gleichen Entgelts ist das kaum zu vereinbaren. Weitere Ausnahmen finden sich in § 5 des irischen Equal Status Act 2000–2004; auch hier ist bei einigen die Vereinbarkeit mit den Richtlinien fraglich⁷⁵. So sind Unterschiede bei Renten und Versicherungen unter dem Risikoaspekt möglich; sehr weitgehende Ausnahmen für unterschiedliche Behandlung aus religiösen Aspekten und für die Organisation sportlicher Ereignisse (!), aus künstlerischen Gründen (beispielsweise Besetzung einer Rolle), Altersgrenzen für Adoptiv- und Pflegeeltern sowie die Verteilung von Gütern und Dienstleistungen, die bestimmten Personen zugedacht sind.

Das Gleichbehandlungsgesetz in **Litauen** (Art. 2 Teil 3) enthält Anforderungen bezüglich der Beherrschung der Landessprache, das Verbot, sich an politischen Aktivitäten zu beteiligen und eine Bestimmung, nach der aufgrund der Staatsbürgerschaft unterschiedliche Rechte gewährt werden. Andere Regelungen des litauischen Rechts konkretisieren spezifische berufliche Anforderungen. Zuletzt sei noch das luxemburgische Recht erwähnt, das zwar keine besonderen Ausnahmen vorsieht, in dem aber noch Regeln über gleiches Entgelt fehlen.

i) Positive Maßnahmen

Artikel 5 der Richtlinie 2000/43/EG und Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie 2000/78/EG erlauben es den Mitgliedsstaaten, zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen aufgrund einer der genannten Merkmale beizubehalten oder einzuführen. Die Umsetzungen der meisten Mitgliedsstaaten sehen solche **positiven Maßnahmen** vor, so in Belgien, Deutschland, Estland (unter sehr einschränkenden Voraussetzungen), Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Malta, den Niederlanden, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden⁷⁶, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, dem Vereinigten Königreich und Zypern.

⁷⁴ Im Einzelnen Art. 71.7, 1.10, 1.13, 1.14, 1.15, 1.16, 1.17 des bulgarischen Diskriminierungsschutzgesetzes.

⁷⁵ S. Länderbericht S. 88 f.

⁷⁶ Hier allerdings nur für Behinderte.

Besonderheiten bei der Umsetzung gibt es nur vereinzelt. So enthält in Bulgarien Art. 7 Diskriminierungsschutzgesetz eine entsprechende Regelung. Jedoch steht das dortige Verfassungsgericht auf dem Standpunkt, wonach eine Bevorzugung einzelner Bevölkerungsgruppen unzulässig ist. In der Praxis gibt es aber positive Maßnahmen, die insbesondere die Förderung von Behinderten und die Integration von Roma betreffen. In Dänemark gibt es positive Maßnahmen nur für den öffentlichen Dienst. Vergleichbare Maßnahmen in der Privatwirtschaft sind aber nicht ausgeschlossen. In Frankreich gibt es keine ausdrückliche Regelung, positive Maßnahmen finden aber statt; ähnlich in der Slowakei. In Lettland sind positive Maßnahmen weder im Gesetz noch tatsächlich vorgesehen.

Die meisten positiven Maßnahmen betreffen das Merkmal der **Behinderung**. So gibt es in Belgien (insbesondere im öffentlichen Sektor), Deutschland, Frankreich, Griechenland, Italien, Litauen, Luxemburg, Malta, Österreich, Polen, Portugal, Slowenien, Spanien, Tschechien und Zypern ein Quotensystem für die Beschäftigung von Personen mit Behinderung. Allerdings ist hier meist eine Alternative zur Einstellung von Personen mit einer Behinderung wie die Zahlung einer Gebühr oder einer besonderen Steuer möglich. In Österreich gilt das Verfehlen der Quote als indirekte Diskriminierung.

Andere positive Maßnahmen betreffen **ethnische Minderheiten** wie Roma und – in Finnland – Samen. Mehrere Mitgliedsstaaten haben unterschiedliche Maßnahmen eingeleitet, um den Zugang von Roma und verwandten Volksgruppen zur schulischen und beruflichen Bildung zu verbessern. Einige positive Maßnahmen erfassen auch den Wohnungsbereich. Die Mitgliedsstaaten Bulgarien, Rumänien, Slowakei und Ungarn beteiligen sich an dem Programm Dekade der sozialen Eingliederung von Roma, in dem die Regierungen Aktionspläne über einen Zeitraum von zehn Jahren ausarbeiten und durchführen.

III.

Rechtsfolgen

Die vorzusehenden Sanktionen werden in allen Richtlinien gleich umschrieben. Nach Art. 15 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse, Art. 17 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf und nach Art. 8 d der Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen müssen bei Verstößen gegen die Antidiskriminierungsvorschriften „**wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen**“ verhängt werden, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können“. Die Richtlinien werden auch entsprechend ausgelegt, sodass vor allem die umfassende Rechtsprechung zu den Sanktionen bei Geschlechtsdiskriminierung auf die anderen Richtlinien übertragen werden kann.

1. Art der Sanktionen: Schadensersatz und andere Ansprüche

Das Bild bei den Sanktionen ist außerordentlich breit. Das ergibt sich bereits daraus, dass die Mitgliedsstaaten in ihren Umsetzungen **zivil-, straf- und verwaltungsrechtliche Rechtsfolgen** vorsehen – einige auch eine Kombination aus beiden. Damit korrespondieren auch Unterschiede im **Rechtsschutz**, insbesondere der Art der Gerichtsbarkeit und des Prozessrechts. Am meisten verbreitet sind solche Rechtsfolgen, die Kompensation, also Abhilfe und Entschädigung für die Diskriminierungsopfer, vorsehen. Dazu gehört vor allem die Entschädigung für vergangene und künftige materielle Verluste, aber auch für immaterielle Schäden (Ehre) und für persönliche Verletzungen wie psychische Schäden. Einige Rechtsordnungen sehen darüber hinaus die individuelle Sanktionierung der Person vor, die diskriminiert hat, indem diese eine **Strafe oder ein Bußgeld** verwirkt hat. Weiter gibt es Ansprüche auf Einhaltung der Regeln (z. B. **Unterlassungsansprüche**), auf positive Maßnahmen oder besondere Regelungen wie eine korrigierende Besteuerung.

a) Zivilrechtliche Lösungen

Einige Mitgliedsstaaten sind den rein zivilrechtlichen Weg gegangen. Ihr Rechtssystem sieht als Sanktion **Schadensersatz** vor, also Kompensationszahlungen, die an das Diskriminierungsopfer gezahlt werden. Neben dem Schadensersatz sind andere **zivilrechtliche Rechtsfolgen** möglich, so die Unwirksamkeit der diskriminierenden Maßnahme (insbesondere der Kündigung) sowie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Dazu gehören: Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Irland, Italien, Lettland, die Niederlande, Polen, Schweden und das Vereinigte Königreich (hier jeweils auch Ersatz immaterieller Schäden).

Einige dieser Staaten verfügen auch über einzelne **Strafvorschriften** für Diskriminierungen, meist bei rassistischer Diskriminierung. Das gesetzliche System fußt aber auf dem Zivilrecht. Ein Beispiel dafür bieten die irischen Rechtsvorschriften, die eine große Anzahl von Rechtsbehelfen vorsehen: Schadensersatz, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und Wiedereinstellung bis hin zu Anordnungen, die vom Arbeitgeber das Ergreifen spezifischer Maßnahmen verlangen⁷⁷. In einigen Fällen sind auch strafrechtliche Sanktionen möglich.

Vereinzelt sind für die Kompensationszahlung **besondere Regeln** vorgesehen, die vom sonstigen Zivilrecht abweichen. So darf sie in Polen nicht niedriger als der Mindestlohn (ca. 300 €) sein. Auch immaterielle Schäden können ausgeglichen werden. In Schweden bestehen Schadensersatzansprüche, die bei Diskriminierung höher sind als in anderen Fällen. Voraussetzungen sind die Anerkennung als Diskriminierung und die kompensierende Wirkung. Generell sind Schadensersatzansprüche in Schweden eher niedrig. Bisherige Kompensationen liegen im vierstelligen Eurobereich, zum neuen Recht gibt es noch kaum Fälle⁷⁸.

b) Kombinationslösungen

Die meisten Mitgliedsstaaten haben in ihren Rechtsordnungen eine **Kombination** aus zivilrechtlichen Kompensationsregeln und strafrechtlichen Folgen bzw. Ordnungswidrigkeiten vorgesehen. Die Bußgelder werden dabei oft von der spezialisierten Stelle festgesetzt. In alphabetischer Reihenfolge bestehen folgende Konzepte.

In **Bulgarien** ist alternativ der Zivilrechtsweg oder ein quasiprozessuales Verfahren vor der Gleichheitsstelle möglich. Letzteres hat bislang deutlich größere praktische Bedeutung. Allerdings kann hier kein Schadensersatz zugesprochen werden; die Gleichheitsstelle kann aber Sanktionen in Höhe von umgerechnet 125 bis 1.250 € verhängen.

In **Finnland** gilt grundsätzlich der Zivilrechtsweg. Allerdings gibt es für die Fälle der ethnischen Diskriminierung auch einen Ombudsmann für Minderheiten und ein Diskriminierungstribunal, das vermitteln kann, bindende justizförmige Entscheidungen trifft und auch Bußgelder verhängen kann.

Luxemburg sieht Strafen von sechs Tagen bis zwei Jahren Haft und/oder Geldstrafen von 250 bis 25.000 € vor. Es gibt aber auch Wege der Kompensation einschließlich Wiederherstellung eines Arbeitsverhältnisses bei diskriminierender Entlassung oder der Nichtigkeit der entsprechenden sonstigen Maßnahmen.

Die **österreichischen** Rechtsvorschriften stützen sich vor allem auf Kompensation, allerdings sehen §§ 14, 26 und 37 des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes für Gesellschaften, die die Diskriminierungsverbote nicht beachten, einen Ausschluss von öffentlicher Förderung durch den Bund vor. Die Voraussetzungen und die Verhängung der Sanktion sind jedoch nur vage geregelt, sodass die Vorschrift bislang wenig praktische

⁷⁷ Spezifische Maßnahmen können nach bisherigen Urteilen sein: Entwicklung einer Gleichstellungspolitik, Umschulungen für das Personal, Überprüfung der Einstellungsverfahren, Überprüfung von Verfahren bezüglich der sexuellen Belästigung, formelle Ausbildung der für Einstellungen zuständigen Personen, Überprüfung der beim Kundendienst üblichen Verfahren, Gleichbehandlungskurse für das Personal.

⁷⁸ Zur Höhe der Kompensationen im Einzelnen unten III.2.

Bedeutung hatte. Ähnlich ist die Rechtslage in Malta, wo vor allem Kompensation nach Zivilrecht vorgesehen ist, aber auch Bußgelder bis umgerechnet 11.647 € möglich sind.

Eine besondere Vielfalt möglicher Rechtsfolgen findet sich in **Portugal**. Neben verwaltungsrechtlichen Bußgeldern stehen in allen Fällen von Diskriminierung folgende Mittel zur Verfügung: Veröffentlichung der Entscheidung, Tadel des Täters für diskriminierende Praktiken, Konfiszierung von Vermögen, Verbot der Ausübung eines Berufes oder einer Aktivität, bei der Gemeinnützigkeit involviert ist oder die von der Ermächtigung oder offiziellen Genehmigung einer öffentlichen Behörde abhängt, Entzug des Rechts auf Teilnahme an Messen, Entzug des Rechts auf Teilnahme an öffentlichen Märkten, Verbot des Zugangs zu den Unternehmen, Suspension von Konzessionen und anderen Bewilligungen, Entzug des Rechts auf Leistungen von öffentlichen Einrichtungen oder Diensten.

In **Rumänien** ist die zivilrechtliche Kompensation – seit 2007 auch für immateriellen Schaden – neben der Möglichkeit von Bußgeldern vorgesehen. Diese werden von der spezialisierten Stelle verhängt (s. u.). Strafen sind für diskriminierendes Verhalten nur vereinzelt vorgesehen.

Ähnliche Lösungen gibt es in der **Slowakei**. Dort ist Kompensation auch für immaterielle Schäden vorgesehen, unabhängig davon sind aber für private Arbeitgeber auch Bußgelder möglich. Diese werden verhängt von Institutionen, die Arbeitgeber generell kontrollieren und können bis ca. 30.000 € betragen.

In **Slowenien** sehen die zivilrechtlichen Gesetze Kompensation, aber auch eine Art Schadensersatz in unterschiedlicher Höhe vor (natürliche Personen bis 1.200 €, juristische Personen bis 40.000 €). Daneben ist Diskriminierung aus allen angeführten Gründen bis auf das Alter strafbar.

In **Spanien** füllt das Gesetz 49/2007 Lücken des bisherigen Rechts. Es führte Sanktionen für Diskriminierung aufgrund von Behinderung im Bereich Beschäftigung ein. Der Gesetzesentwurf macht auch das Nichteinhalten von gesetzlich vorgeschriebenen positiven Maßnahmen zu einer Ordnungswidrigkeit, die je nach Schwere mit Geldbußen zwischen 300 € und 1 Mio. € bestraft wird. Zur Umsetzung der Antirassismusrichtlinie gibt es keine entsprechenden Maßnahmen, allerdings sind einige rassistische Verhaltensweisen strafbar.

In **Tschechien** ist vorrangig Schadensersatz vorgesehen, es sind aber auch Bußgelder möglich bis etwas über 30.000 €. Die Lösung in **Ungarn** ist mit denjenigen in Rumänien und der Slowakei vergleichbar. Dort steht der Zivilrechtsweg mit allen Kompensationsmöglichkeiten offen, auch auf Unterlassung kann geklagt werden. Daneben besteht aber auch die Möglichkeit des Weges über die Gleichbehandlungsbehörde, die Bußgelder zwischen 200 und 24.000 € verhängen kann.

c) Lösungen, die im Wesentlichen Strafe oder Bußgeld vorsehen

aa) Etliche Mitgliedsstaaten sehen als Rechtsfolgen allein oder ganz vorrangig Strafen und **Bußgeldzahlungen** vor. Dazu gehört vor allem Griechenland: Das griechische Antidiskriminierungsgesetz sieht keine Entschädigung, sondern nur Bußgelder vor, die grundsätzlich an den Staat zu zahlen sind.

Demgegenüber sieht die Rechtslage in Litauen **strafrechtliche** Sanktionen vor, die aber nicht alle Diskriminierungsgründe erfassen. Im Arbeitsrecht besteht zwar eine Regelung, die Diskriminierungen verbietet, es sind aber keine spezifischen Sanktionen vorgesehen.

In anderen Staaten ist Kompensation zwar möglich, hat aber kaum **praktische Bedeutung**. So ist nach Art. 24 des estnischen Gleichbehandlungsgesetzes auch Kompensation möglich, aber praktisch nie eingeklagt worden. Eine Möglichkeit, auf Eingang eines Arbeitsverhältnisses zu klagen, besteht nicht. Im Wesentlichen fußt das Rechtssystem auf strafrechtlichen Sanktionen.

bb) Wie bereits im Rahmen der Kombinationslösungen erwähnt, sind in etlichen Mitgliedsstaaten für die Verhängung der Sanktionen nicht die Gerichte zuständig, sondern eine spezielle Einrichtung für Diskriminierungsfragen, meist die **spezialisierte Stelle**.

So gibt es in Zypern einen Verwaltungskommissar, der begrenzte Bußgelder verhängen kann, darunter auch Bußgelder bei Nichteinhaltung seiner Empfehlungen. Der Bericht des Kommissars kann auch zum Erhalt von Schadensersatz vor einem regionalen oder einem Arbeitsgericht verwendet werden. In Großbritannien und in Nordirland besteht zwar grundsätzlich eine zivilrechtliche Lösung, die Kommission für Rassengleichheit kann aber Organisationen überprüfen, die sie für diskriminierend hält. Wird eine ungesetzliche Diskriminierung festgestellt, kann sie eine Anordnung zur Nichtdiskriminierung ausstellen und rechtliche Schritte einleiten, um nochmalige Diskriminierungen zu verhindern. Die Kommission hat auch prozessuale Befugnisse.

2. Umfang: Höhe von Schadensersatz oder von Geldbußen/-strafen

a) Höchstgrenzen und andere Besonderheiten

Ist Rechtsfolge der Diskriminierung die **Entschädigung** des oder der Betroffenen, so gilt nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, dass diese den Schaden vollständig gutmachen muss. **Höchstgrenzen** sind grundsätzlich nicht möglich, es sei denn, der Schaden ist nicht ausschließlich durch die Diskriminierung entstanden. Dennoch gibt es in etlichen Rechtsordnungen Höchstgrenzen; so in Ungarn (zwölf durchschnittliche Monatslöhne zusätzlich zur Wiedereinstellung bei diskriminierender Kündigung), Irland (im Kündigungsfall maximal zwei Jahresgehälter sowie knapp 6.500 € laut Equal Status Act) und Schweden (32 Monatslöhne bei Entlassungen nach zehnjähriger Beschäftigung; 48 Monatslöhne, wenn das Diskriminierungsopfer mindestens 60 Jahre alt ist). In Finnland gibt es eine informelle Höchstgrenze von 15.000 €; diese Grenze kann aber bei besonderen Gründen überschritten werden.

Gesetzlich festgelegte Höchstgrenzen für Entschädigungen bei **immateriellen Schäden** gibt es offenbar in Malta (200 MTL, umgerechnet 465 €). In Lettland gibt es zwar keinen Höchstbetrag, aber das Wiedergutmachungsgesetz für Schäden durch staatliche Verwaltungsinstitutionen setzt Höchstbeträge bis zu 20.000 LVL (rund 24.000 €) fest. In Österreich sehen die Rechtsvorschriften eine Höchstgrenze von 500 € bei Nichteinstellung oder unter-

lassener Beförderung vor, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass das Opfer auch ohne die Diskriminierung nicht eingestellt oder befördert worden wäre. Für Belästigung gilt für den Ersatz immateriellen Schadens eine Mindestsumme von 720 €.

Bemerkenswert ist die Rechtslage in Irland, wo es keine vergleichbaren, gesetzlich vorgesehenen Grenzen für Entschädigungen von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gibt. In Polen gibt es keine Höchstgrenze, sondern eine Mindestgrenze für Entschädigungen, die an den Mindestlohn geknüpft ist. In Schweden sind die Kompensationen für Diskriminierungen höher als nach dem allgemeinen Zivilrecht⁷⁹.

b) Höhe der Kompensationszahlungen

Bei der Höhe des Schadensersatzes wirkt sich oft die **Rechtstradition** des Landes aus, so beispielsweise die Funktion von Schadensersatz als Ausgleich oder als Strafschadensersatz. So sind in Frankreich die Beträge relativ niedrig. In einem Einzelfall hat ein Gericht 3.000 € für immateriellen Schaden zugesprochen⁸⁰. Die niederländischen Gerichte bewilligen in der Regel nur widerwillig Schadensersatzzahlungen für nicht finanzielle Schäden. Im Vereinigten Königreich lag im Jahr 2004 die durchschnittliche Schadensersatzzahlung in Fällen von Diskriminierung aufgrund von Behinderung bei 28.889 GBP (42.899 €) und 13.720 GBP (20.373 €) in Fällen von Diskriminierung aufgrund der Rasse. In Irland lag die durchschnittliche Zuerkennung in den Beschäftigungsfällen bei 12.798 €.

In Schweden reicht der Schadensersatz für Verstöße gegen Nichtdiskriminierungsvorschriften je nach Umständen von 4.450 € bis 11.110 €. In einigen ersten Fällen in Ungarn im Zusammenhang mit Diskriminierung beim Zugang zu Diensten lag der Schadensersatz durchweg bei etwa 400 €; allerdings gab es in späteren Fällen der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft auch Schadensersatzhöhen von etwa 2.000 €. In Österreich wurden Ersatzansprüche wegen immateriellen Schadens zuerkannt in Höhe von 400 bis 4.500 €. Die bisherigen Kompensationsansprüche in Dänemark reichten bis knapp 10.000 €.

c) Höhe von Geldbußen und Strafen

Auch bei Geldbußen und Strafzahlungen bzw. Freiheitsstrafen sind die in den einzelnen Mitgliedsstaaten vorgesehenen **Rechtsfolgen ganz unterschiedlich**.

Bereits erwähnt wurde das Gesetz 49/2007 in Spanien, nach dem das Nichteinhalten von gesetzlich vorgeschriebenen positiven Maßnahmen zur Behindertenförderung zu einer Ordnungswidrigkeit wird, die je nach Schwere mit Geldbußen zwischen 300 € bis zu 1 Mio. € bestraft wird. Bemerkenswert ist, dass zu den Kriterien, anhand derer über die Höhe der Geldbuße entschieden wird, auch der Umsatz des Unternehmens gehört. Auch in Portugal richten sich Geldstrafen gegen Arbeitgeber nach deren Umsatz; sie können bis ca. 50.000 € betragen. Im Arbeitsrecht ist auch Kompensation mit Summen von 2.000 bis 4.000 € möglich.

⁷⁹ Zu beidem oben.

⁸⁰ Tribunal d'Instance de Montpellier, April 3, 2008, Drucker c. Galerie Gregoire RG no. 11-07-001540.

In Bulgarien kann die Gleichheitsstelle – wie erwähnt – Sanktionen in Höhe von umgerechnet 125 bis 12.500 € verhängen. Die bisherigen Sanktionen betragen zwischen 250 und 2.500 €, in einem Einzelfall auch 5.250 €. Auch auf Zypern kann die spezialisierte Stelle Bußgelder verhängen, deren maximale Höhe 4.000 Zyperndollar beträgt, das entspricht knapp 7.000 €. Die Bußgelder in Tschechien haben eine Obergrenze von etwas über 30.000 €. Die bisherigen praktischen Fälle betrafen fast alle Rassendiskriminierung, dabei wurden Bußgelder von CZK 20.000 bis CZK 200.000 verhängt, das sind umgerechnet 645 € bis 6.451 €. Die in Ungarn von der Gleichbehandlungsbehörde verhängten Bußgelder können bis zu 12.000 € betragen, in der Praxis meist 2.000 oder 3.000 €. In Rumänien bewegt sich die Höhe von Bußgeldern gegen Einzelpersonen bis 1.100 €, gegen Vereinigungen bis 2.300 €.

Relativ hoch können **Strafen** sein, so sind in Frankreich nach dem Strafrechtsreformgesetz von 2004 für Diskriminierung maximal 5 Jahre Gefängnis und eine Geldstrafe bis zu 75.000 € vorgesehen. In Griechenland sind bei Strafbarkeit eine Freiheitsstrafe zwischen sechs Monaten und drei Jahren und bei Verletzung des Arbeitsrechts Bußgelder zwischen 500 und 30.000 € möglich. In der Praxis sind die Höchststrafen aber nie verhängt worden: Es gibt keine Berichte über Gefängnisstrafen wegen Diskriminierung, von extremen Fällen rassistischer Diskriminierung abgesehen.

3. Sonstige Pflichten und Rechtsfolgen

a) „Angemessene Vorkehrungen“ des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin

Die Pflicht zu „**angemessenen Vorkehrungen**“ trifft nur Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und ist nur in der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vorgesehen (Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG). Weiterhin ist nur das Diskriminierungsmerkmal der Behinderung betroffen: Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind verpflichtet, die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen, es sei denn, diese Maßnahmen führen zu einer unverhältnismäßigen Belastung des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin.

Fast alle Mitgliedsstaaten haben eine entsprechende Verpflichtung in ihre rechtlichen Bestimmungen aufgenommen; Ausnahmen bilden nur Italien und Polen. Im Einzelnen gibt es aber erhebliche **Unterschiede**. So normiert beispielsweise Litauen zwar die Verpflichtung des Arbeitgebers/der Arbeitgeberin, die Rechtsnorm macht aber nur wenig Angaben, wie diese umzusetzen ist. Demgegenüber finden sich in den Regeln des Vereinigten Königreichs ausführliche Angaben zur praktischen Durchführung. In Frankreich ist die Pflicht zum Treffen von angemessenen Vorkehrungen begrenzt auf Personen, die bereits offiziell als Behinderte anerkannt sind. Ungarn differenziert zwischen bereits beschäftigten und beschäftigungssuchenden Personen, wobei die bereits beschäftigten stärker geschützt sind.

In den meisten Mitgliedsstaaten wurde die Beschränkung übernommen, wonach die Vorkehrungen keine „**unverhältnismäßige Belastung**“ für Arbeitgeberin oder Arbeitgeber darstellen dürfen; so in Belgien, Deutschland, Frankreich, Irland, Lettland, Litauen,

den Niederlanden, Österreich, Portugal, der Slowakei, Spanien und Zypern. Dabei werden meist die drei Aspekte berücksichtigt, die in Erwägungsgrund 21 zur Richtlinie aufgezählt sind. So berücksichtigen den **finanziellen und sonstigen Aufwand**: Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Malta, Spanien, das Vereinigte Königreich und Zypern. Die Belastung durch die Größe und die **finanziellen Ressourcen der Organisation** oder des Unternehmens findet sich in den Regeln von Finnland, Irland, Malta, Österreich, der Slowakei, dem Vereinigten Königreich und Zypern. Zuletzt berücksichtigen folgende Staaten die Möglichkeit, öffentliche Mittel oder andere Unterstützung zu erhalten: Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Malta, die Niederlande, Österreich, Portugal, Spanien, die Slowakei, das Vereinigte Königreich und Zypern.

Unterschiede bestehen auch bei der gesetzlichen Bewertung für den Fall, dass angemessene Vorkehrungen **nicht erbracht** werden. In Frankreich und Dänemark gilt ein Nichterfüllen dieser Pflicht als gesetzeswidrige Diskriminierung; allerdings wird nicht definiert, ob es sich hierbei um unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung handelt. In Schweden liegt in diesem Fall eine unmittelbare Diskriminierung vor; demgegenüber in der Slowakei und in Spanien eine mittelbare Diskriminierung. Im Vereinigten Königreich wiederum wird das fehlende Erbringen angemessener Vorkehrungen als eigene Form von Diskriminierung definiert.

b) Unterrichtung und sozialer und ziviler Dialog

Die Art. 10, 11 und 12 der RL 2000/43/EG bzw. Art. 12, 13, 14 der RL 2000/78/EG enthalten Vorgaben für die **Unterrichtung** über Diskriminierungsschutz und den **sozialen sowie zivilen Dialog**. Für diese Vorgaben finden sich nur in wenigen Mitgliedsstaaten konkrete Umsetzungsvorschriften. Das mag an dem vagen Wortlaut der Richtlinien liegen, aber auch darauf zurückzuführen sein, dass viele Mitgliedsstaaten der Ansicht waren, diese Vorgaben bereits auf andere Weise zu erfüllen oder keine Rechtsregeln für die Umsetzung zu benötigen.

Von den Maßnahmen, die in diese Richtung gehen, können nur **Beispiele** genannt werden. So hat Ungarn ein nationales Netz für Chancengleichheit mit einem Büro in jeder Grafschaft und in Budapest und organisiert Forschungsarbeiten, Konferenzen, die Vorbereitung und Verbreitung von Informationsmaterialien sowie die Pflege von Kontakten mit Zivilorganisationen und die Einrichtung von deren Netzwerken. In Finnland wurden Informationen über das Antidiskriminierungsgesetz in Braille und als Printausgabe sowie im Internet auf Finnisch, Schwedisch, Englisch, Sami, Russisch, Arabisch und Spanisch zur Verfügung gestellt. Die französischen Kampagnen im Fernsehen oder Internet sind an Personen mit beeinträchtigtem Hör- oder Sehvermögen angepasst.

In einigen Mitgliedsstaaten gehören **Informationen** über Diskriminierungsschutz zu den Aufgaben der spezialisierten Stelle, so in Dänemark, Deutschland, Estland, Frankreich, Irland, Schweden und dem Vereinigten Königreich. In Italien ist diese Stelle allerdings nur für die Merkmale Rasse und ethnische Herkunft zuständig. Andere Mitgliedsstaaten haben in ihre Rechtsvorschriften eine Verpflichtung der Arbeitgeber zur Information ihrer Beschäftigten über die Antidiskriminierungsvorschriften aufgenommen, hierzu gehören Malta, Polen und Portugal. In Frankreich versammelt auf lokaler Ebene der Ausschuss zur Förderung der Gleichstellung (COPEC) alle lokalen Akteure im Auftrag der staatlichen Vertreter im département zum Dialog und zur Zusammenarbeit.

IV.

Rechtsschutz

Die materiellen Regeln über Rechtsschutz sind nur dann wirksam, wenn der individuelle Schutz vor Diskriminierung auch durchgesetzt werden kann. In allen Mitgliedsstaaten finden sich Regelungen für den **gerichtlichen wie den außergerichtlichen Rechtsschutz**. Dabei machen die Richtlinien prozessuale Vorgaben und sehen außerdem in Form der Antidiskriminierungsstelle oder Gleichbehandlungsstelle zumindest eine Instanz des außergerichtlichen Rechtsschutzes vor.

1. Gerichtlicher Rechtsschutz

Prozessual ist die Umsetzung der **Richtlinienvorgaben** zur Beweislast von besonderer praktischer Bedeutung, da Diskriminierungen oft schwer zu beweisen sind. Daneben sehen die Richtlinien Sonderregeln für die Prozessführungsbefugnis vor, insbesondere die Prozessführungsbefugnis von Verbänden.

a) Beweiserleichterungen, Beweislast und weitere Besonderheiten

aa) Art. 8 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Art. 10 der Richtlinie zur Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf legen fest, dass Personen, die sich diskriminiert fühlen, nur bei einem Gericht oder einer anderen zuständigen Stelle Tatsachen glaubhaft machen müssen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen. Die **Beweislast** liegt dann bei der beklagten Partei, die beweisen muss, dass es keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gegeben hat. Zu der Frage, was solche Tatsachen sind, besteht in den Mitgliedsstaaten keine Einigkeit. Das Urteil des EuGH im Fall „Feryn“ hat jedenfalls dahin gehend Klarheit geschaffen, dass sehr verschiedene Verhaltensweisen genügen können, so auch öffentliche Äußerungen, die nicht auf den konkreten Fall bezogen sind⁸¹.

Die Beweiserleichterung gilt nicht für **Strafverfahren** (Art. 8 Abs. 3 bzw. Art. 10 Abs. 3). Außerdem können sich die Mitgliedsstaaten dafür entscheiden, die Beweiserleichterungen nicht auf Verfahren anzuwenden, in denen den Gerichten die **Ermittlung des Sachverhalts** obliegt (Art. 8 Abs. 5 bzw. Art. 10 Abs. 5). Von dieser Möglichkeit haben Frankreich, Griechenland, Luxemburg, Portugal, die Slowakei (seit 2008), Slowenien und Zypern Gebrauch gemacht: Hier gelten die Sonderregeln zur Beweislast nicht in Strafverfahren oder in Verfahren, in denen dem Gericht – in Zypern auch der spezialisierten Stelle – die Ermittlung

81 EuGH 10.07.2008 (Feryn) C-54/07, ABl. EU 2008, Nr. C 223, 11 = NZA 2008, 929.

des Sachverhalts obliegt. In den Niederlanden gilt die Regelung nicht zwingend für die Gleichbehandlungskommission, doch diese wendet die Umkehr der Beweislast auf freiwilliger Basis an.

bb) In den Rechtsregeln etlicher Mitgliedsstaaten bestehen **Defizite** bei der Umsetzung der Bestimmung über die Umkehr der Beweislast. Das betrifft vor allem Italien, wo die gesetzlichen Regelungen keine Beweislastumkehr aufweisen; ein erhebliches Defizit der Umsetzung. In Österreich kehrt sich die Beweislast nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht vollständig um, da Beklagte nur beweisen müssen, dass ein nicht diskriminierendes Motiv wahrscheinlicher ist. Der österreichische OGH legt diese Regelung allerdings dahin gehend aus, dass der Beklagte beweisen muss, dass er nicht diskriminierend gehandelt hat⁸². Auch in Bulgarien findet sich im Diskriminierungsschutzgesetz eine der Richtlinie entsprechende Regelung, es fehlt aber an einer Abgrenzung mit dem allgemeinen Prozessrecht, sodass die Reichweite dieser Regelung noch ungeklärt ist.

In Lettland, Malta und Polen verschiebt sich die Beweislast nur in Fällen im Zusammenhang mit Beschäftigung; in Lettland auch bei Zugang zu öffentlichen Gütern. Litauen und Luxemburg haben bislang keine spezifischen Bestimmungen für die Umkehr der Beweislast bei von den Richtlinien erfassten Diskriminierungen – in Litauen gibt es eine solche Regelung nur für Diskriminierungen wegen des Geschlechts. Vergleichbare Defizite gab es bis 2008 auch in Estland, das neue Gleichbehandlungsgesetz sieht aber seit 01.01.2009 Bestimmungen über eine Aufteilung der Beweislast vor.

In Belgien hat sich das Bundesgericht in den oben erwähnten Entscheidungen aus dem Jahr 2009 auch zur Beweislast geäußert. Danach muss der beklagten Partei bewiesen werden, dass ihr die diskriminierende Situation bewusst war. Insbesondere in Fällen der indirekten Diskriminierung ist damit eine erhebliche Einschränkung des Rechtsschutzes verbunden. In Belgien ist die Auffassung verbreitet, wonach diese Rechtsprechung europarechtswidrig ist. Zuletzt bezieht sich die Regelung in Art. 20 Abs. 6 und Art 27 Abs. 4 des Antidiskriminierungsgesetzes von Rumänien nach ihrem Wortlaut nur auf direkte und indirekte Diskriminierung, wird aber zumindest von der spezialisierten Stelle (Nationaler Rat, s. u.) auf alle Fälle der Diskriminierung angewandt.

cc) Einige Mitgliedsstaaten sind in ihrer Umsetzung auch über die **Vorgaben der Richtlinien hinausgegangen**. So enthält in Ungarn Art. 19 Gleichbehandlungsgesetz eine umfassende Beweislastumkehr. Auch im Vereinigten Königreich finden sich in allen Gesetzen umfassende Regelungen zur Beweislast, die aber Unterschiede in der Formulierung aufweisen. Nach Art. 7 des estnischen Gesetzes über Gleichbehandlung besteht bei einem Diskriminierungsvorwurf die gesetzliche Pflicht, innerhalb von 15 Tagen prozessual zu reagieren. Bei Verletzung dieser Pflicht ist allerdings keine Sanktion vorgesehen.

82 OGH 09.07.2008 – 9ObA177/07f.

b) Prozessfähigkeit von Verbänden

aa) Gemäß Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse und Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Beschäftigung müssen die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass **Verbände, Organisationen oder andere juristische Personen** sich an den Gerichts- und/oder Verwaltungsverfahren beteiligen können, die zur Durchsetzung der Ansprüche nach der Richtlinie vorgesehen sind. Voraussetzung ist, dass die Verbände gemäß den in ihrem einzelstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein rechtmäßiges Interesse daran haben, für die Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie zu sorgen. Die Beteiligung kann entweder im Namen der beschwerdeführenden Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung erfolgen.

bb) In den Regeln der meisten Mitgliedsstaaten wurde die zweite Alternative gewählt, also eine Beteiligung am Verfahren zur Unterstützung der Diskriminierungsopfer. Die Wege dazu sind unterschiedlich; so beschränken sich die Rechtsvorschriften in etlichen Ländern auf die **ohnehin vorgesehenen Regeln** zur Unterstützung im Prozess. Beispielsweise gibt es in Dänemark, Finnland, Litauen, Schweden und dem Vereinigten Königreich zwar keine Spezialvorschriften für ein Klagerecht von Verbänden in Diskriminierungsverfahren, es können aber einzelne Rechtsanwälte – auch solche, die für eine Organisation arbeiten – ein Opfer mit dessen Einwilligung vor Gericht vertreten. Entsprechendes gilt für die Mitglieder von Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen.

In Litauen dürfen Nichtregierungsorganisationen (NGO) gemäß Art. 56 Abs. 3 der Zivilprozessordnung an Zivilverfahren teilnehmen. Nach der schwedischen Prozessordnung kann jeder ein Verfahren einleiten oder eine Beschwerde unterstützen. In Großbritannien werden Kläger von den Gleichstellungseinrichtungen, Gewerkschaften, sog. race equality councils sowie anderen Einrichtungen, die ehrenamtlich Rat erteilen, sowie Klägerhilfsorganisationen nach den allgemeinen Zivilprozessbestimmungen unterstützt. Auch in Zypern ist vor Arbeitsgerichten nach den allgemeinen Regeln Unterstützung durch Arbeiterorganisationen möglich. Keine Sonderregeln gibt es ferner in Slowenien.

cc) Andere Mitgliedsstaaten haben zwar prozessuale Spezialregeln erlassen, stellen aber auch darin die Unterstützung des Diskriminierungsopfers in den Mittelpunkt. So ermöglicht es das griechische Antidiskriminierungsgesetz juristischen Personen mit einem legitimen Interesse an der Gewährleistung des Gleichstellungsgrundsatzes, eine Person vor Gericht oder einer Verwaltungseinrichtung zu vertreten, wenn sie das schriftliche Einverständnis dieser Person haben (Art. 13 Abs. 3 des Gesetzes 3304/2005). In Irland können Kläger eine Einzelperson oder eine Einrichtung mit ihrer Vertretung vor dem Gleichstellungsgericht oder dem Arbeitsgericht beauftragen (Art. 77 Abs. 11 des Employment Equality Act 1998–2004). Nach Art. 23 Abs. 2 des estnischen Gesetzes über den Justizkanzler kann eine Person, die ein rechtmäßiges Interesse an der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat, in Schlichtungsverfahren vor dem Büro des Justizkanzlers als Vertreter auftreten.

dd) Viele Mitgliedsstaaten regeln besondere **Anforderungen an die vertretenden Verbände**. So lässt das slowakische Antidiskriminierungsgesetz die Vertretung von Opfern durch eine juristische Person zu; beispielsweise NGO. Diese muss aber nach einem separaten Gesetz dazu ermächtigt sein (so z. B. das dortige Nationale Zentrum für Menschenrechte)

oder sich mit Diskriminierung befassen. Ähnliche Regelungen enthält § 23 des deutschen AGG, wonach Antidiskriminierungsverbände als Beistände von Klägern in der Verhandlung auftreten können, sofern sie die dort aufgeführten Kriterien erfüllen. Gemäß dem allgemeinen Diskriminierungsgesetz in Luxemburg müssen Vereinigungen vom Justizministerium als im Bereich Antidiskriminierung national repräsentativ anerkannt sein und offiziell seit fünf Jahren existieren, um ein Diskriminierungsopfer vor Gericht unterstützen zu können. Das französische Gesetz vom 16.11.2001 erlaubt es repräsentativen Gewerkschaften und NGO, die seit mindestens fünf Jahren bestehen und deren Satzung die Bekämpfung von Diskriminierung oder Sklaverei enthält, in Verfahren wegen Diskriminierung mitzuwirken. Auch die italienische Regelung Gemeinsames Dekret der Ministerien für Arbeit, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit vom 16.12.2005, Nr. 215⁸³ stellt Anforderungen an Verbände auf, die sich zur Unterstützung oder im Namen des Klägers am Verfahren beteiligen können.

ee) Nur in wenigen Staaten ist eine Regelung vorgesehen, nach der **Verbände „im Namen“ von Diskriminierungsopfern** vor Gericht handeln können. Die weitestgehende Regelung gibt es in den Niederlanden, wo Interessengruppen Klagen anstrengen können, auch ohne dabei ein konkretes Opfer zu präsentieren. Ferner sind Verbandsklagen möglich. In Bulgarien haben NGO sehr umfangreiche prozessuale Befugnisse: Nach dem dortigen Diskriminierungsschutzgesetz dürfen NGO oder Gewerkschaften einem Diskriminierungsprozess beitreten – auch ohne das formelle Einverständnis der Betroffenen. Sie können aber auch von sich aus Prozesse in Gang setzen. Diese Regeln gelten, wenn mehrere Personen betroffen sind, aber auch als Popularklage. An die dortige Gleichheitsstelle kann sich jede Person oder Personenvereinigung wenden, ohne selbst Diskriminierungsopfer zu sein. Ähnlich ist es in Ungarn, wo Organisationen, die Soziales und Interessen repräsentieren (Selbsthilfegruppen, Gewerkschaften u. a.) mit dessen Einverständnis anstelle des Opfers klagen oder auch Popularklagen erheben können. Auch in Lettland können Menschenrechtsorganisationen mit dem Einverständnis der Betroffenen Verfahren initiieren.

Art. 31 des spanischen Gesetzes 62/2003 erlaubt es in Fällen außerhalb des Beschäftigungsbereichs juristischen Personen, die vom Gesetz dazu berechtigt sind, im Namen der klagenden Partei mit deren Einverständnis in jedes Rechtsverfahren einzutreten. Das ist allerdings nur bei ethnischer Diskriminierung möglich. Für Fälle im Beschäftigungsbereich gibt es keine entsprechende Bestimmung, dort haben jedoch Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen Parteifähigkeit. In Polen ermöglicht die allgemeine Vorschrift Art. 63 der Zivilprozessordnung gemeinnützigen sozialen Organisationen, eine Klage oder Beschwerde im Namen einer Person einzureichen. Sie können auch als Sachverständige auftreten und dem Gericht ihre Stellungnahme vorlegen. Nach dem ungarischen Gleichbehandlungsgesetz können Organisationen, die soziale und andere Interessen vertreten, und die Gleichbehandlungsbehörde im Namen des Opfers ein Verfahren wegen einer vermutlichen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anstrengen und Verwaltungsverfahren einleiten. In Belgien können das Zentrum für Chancengleichheit, Verbände sowie Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen aufgrund einer Diskriminierung Klage erheben. Wenn ein Opfer benannt werden kann, ist sein Einverständnis erforderlich.

83 Veröffentlicht am 12. Januar 2006 in der Gazzetta Ufficiale serie generale Nr. 9.

Österreich verfolgt ein anderes Modell. In informellen Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission kann jede und jeder ein Diskriminierungsopfer vertreten. Für Gerichtsverfahren hat allerdings nur eine gesetzlich anerkannte Nichtregierungsorganisation (Klagsverband zur Durchsetzung der Rechte von Diskriminierungsopfern) das Recht, im Namen der klagenden Partei mit deren Einverständnis als Nebenklägerin aufzutreten zu dürfen (§ 62 des Gleichbehandlungsgesetzes). Die Rechte sind relativ schwach, da sie dem Verband nicht gestatten, die Kosten und Risiken des Verfahrens zu tragen, denn diese hat weiterhin der Kläger zu tragen. Im Bereich Behinderung ist die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (eine NGO) begrenzt befugt, im Namen einer unidentifizierbaren Gruppe betroffener Personen eine Sammelklage einzureichen. Im Übrigen sind Sammelklagen nicht möglich.

ff) Vereinzelt werden beide **Möglichkeiten miteinander kombiniert**. So können auf Malta Organisationen im Prozess/Verfahren behilflich sein, aber auch anstelle oder im Namen (die Rechtslage ist unklar) des Betroffenen aufzutreten. In Portugal ist die Unterstützung durch Verbände möglich; Gewerkschaften können auch anstelle der Betroffenen klagen. Auch in Rumänien können NGO sowohl Klagen vor Gericht bringen als auch Betroffenen helfen.

c) Rechtsweg und weitere Mittel

In Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2000/78/EG heißt es: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass alle Personen, die sich durch die Nichtanwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes in ihren Rechten für verletzt halten, ihre Ansprüche aus dieser Richtlinie auf dem **Gerichts- und/oder Verwaltungsweg** sowie, wenn die Mitgliedstaaten es für angezeigt halten, in Schlichtungsverfahren geltend machen können, selbst wenn das Verhältnis, während dessen die Diskriminierung vorgekommen sein soll, bereits beendet ist.“ Diese Sicherstellung erfolgt in keiner der betroffenen Rechtsordnungen allein auf dem gerichtlichen Wege. Vielmehr existieren verschiedene außergerichtliche Verfahren wie Mediation und Schlichtung, bei denen oft die spezialisierte Stelle einbezogen wird (dazu unten). Bei gerichtlichen Verfahren kommt es darauf an, ob der Zivil-, Straf-, Arbeits- oder Verwaltungsweg eröffnet ist.

aa) In den meisten Mitgliedsstaaten gelten keine Besonderheiten für den **Rechtsweg**; dieser ergibt sich vielmehr aus dem betroffenen materiellen Recht: Ist es das Zivil- bzw. Arbeitsrecht, ist der Rechtsweg zu den Zivil- oder Arbeitsgerichten eröffnet, so beispielsweise in Frankreich, Österreich, Portugal, der Slowakei⁸⁴, Spanien, Schweden und dem Vereinigten Königreich⁸⁵. Soweit das Recht Elemente des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts enthält, folgt auch daraus meist die Zuständigkeit der dafür vorgesehenen Gerichte. So ist die Rechtslage in Griechenland, wo der Rechtsschutz durch Gerichte oder Verwaltungsstellen erfolgt. In Finnland ist grundsätzlich der Zivilrechtsweg mit Kompensation möglich, einzelne Formen der Diskriminierung sind aber auch strafbar. Ähnliches gilt in Frankreich. In Luxemburg ist je nach verletztem Gesetz eine Strafanzeige, der Arbeitsrechtsweg oder bei öffentlichem Dienst der Verwaltungsweg möglich.

84 Hier besteht aber erhebliche Skepsis in der Praxis, da das Rechtssystem sehr kompliziert ist.

85 Es gibt arbeitsgerichtliche Tribunale, deren Stellung dem Arbeitsgericht vergleichbar ist. Im Vereinigten Königreich werden vergleichsweise viele Prozesse geführt, die aber selten erfolgreich sind.

In einigen Ländern gibt es **spezielle Gerichtsverfahren**. So wurde in Italien bereits durch das Einwanderungsgesetz aus dem Jahr 1998 ein spezielles Verfahren für Diskriminierungsfälle eingerichtet, das nun auf alle Merkmale Anwendung findet. In Irland übernimmt ein spezielles Gleichstellungsgericht (Equality Tribunal) die Ermittlungen bei der Anhörung über die Beschwerde. Für Verfahren aus dem öffentlichen Sektor oder öffentlichen Dienst bestehen meist andere gerichtliche Zuständigkeiten als zwischen Privaten. In Litauen haben Kommissionen für Arbeitsstreitigkeiten die Erstzuständigkeit. Als Besonderheit besteht ein Ausgleichs- oder Versöhnungskomitee, das nur von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern angerufen werden kann. Außerdem ist der normale Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten möglich.

Mediation oder Schlichtungsverfahren können als obligatorische Teile der Gerichtsverfahren zur Verfügung stehen, wie in Frankreich, Portugal und Spanien, oder getrennt davon, wie in Ungarn und der Slowakischen Republik. Dabei können allgemeine außergerichtliche Verfahren zur Anwendung kommen, wie Dienstaufsichtsbehörden, Ombudsleute und Menschenrechtseinrichtungen. Diese Verfahren sind meist älter als die Richtlinien. In Spanien können Opfer auch Beschwerde bei der Bildungsaufsichtsbehörde einreichen, und in Ungarn können sie sich an die Verbraucherschutzbehörde wenden. In Finnland, Frankreich, Lettland, Litauen, Griechenland, Portugal, Spanien und Ungarn sind Arbeitsaufsichtsbehörden mit der Durchsetzung des Arbeitsrechts, einschließlich der Bestimmungen zur Gleichbehandlung, beauftragt.

In Ungarn kann die Gleichbehandlungsbehörde gegen jede Diskriminierung vorgehen und über Personen und Einrichtungen, die das Verbot der Diskriminierung verletzt haben, harte Sanktionen verhängen. Der Ombudsmann für Bürgerrechte und der Ombudsmann für die Rechte von nationalen und ethnischen Minderheiten können Diskriminierungen untersuchen, die von einer öffentlichen Einrichtung begangen wurden. Auch in Finnland gibt es einen Ombudsmann für Minderheiten; außerdem eine Diskriminierungsschiedsstelle.

bb) Die meisten Mitgliedsstaaten sehen meist nach Wahl des Diskriminierungsopfers zwei Rechtswege vor: einen vor den ordentlichen Gerichten und einen vor der unabhängigen Stelle. Eine **spezialisierte Stelle** ist in Art. 13 der Antirassismusrichtlinie vorgesehen, in den meisten Staaten ist diese Stelle aber für alle Diskriminierungen zuständig (im Einzelnen unten). Dabei gibt es die unterschiedlichsten Kombinationsmöglichkeiten. In Zypern ist zwar materiell-rechtlich praktisch keine Kompensation möglich, die vorgesehenen Bußgelder können aber im Rahmen eines Verfahrens vor der Gleichheitsstelle, dem Arbeitsgericht oder vor ordentlichen Gerichten verhängt werden. In Dänemark ist nach Wahl der Rechtsweg vor ordentliche Gerichte möglich (Arbeitsgerichte sind dort nur für kollektives Arbeitsrecht zuständig) oder das Verfahren vor der Beschwerdestelle für ethnische Gleichstellung. Bei Letzterem sind die Entscheidungen aber nicht bindend. In Estland bestehen ebenfalls zwei Möglichkeiten, die im Rechtsschutz vor den unabhängigen Stellen oder einem strafrechtlichen Vorgehen bestehen.

Sehr umfassend ist der Rechtsschutz in **Ungarn**: Für Klagen auf Schadensersatz, Unterlassen u. a. ist der Rechtsweg vor die Zivilgerichte möglich; für arbeitsrechtliche Verfahren vor die Arbeitsgerichte. Es kann aber auch die Gleichbehandlungsbehörde angerufen werden, die Sanktionen verhängen kann. Ähnlich viele Varianten gibt es in **Malta**, wo der Rechtsweg zu den ordentlichen Zivilgerichten besteht, außerdem zum sog. Industrietribunal (eine Art

Arbeitsgericht) oder zur Public Service Commission (eine öffentliche Beschwerdestelle mit Befugnis zu bindenden Entscheidungen). Sonderstellen bestehen für die Angelegenheiten behinderter Menschen.

In Lettland sind grundsätzlich die allgemeinen Zivilgerichte zuständig; bei Diskriminierung durch eine öffentliche Stelle muss man sich an eine höherrangige Stelle wenden; außerdem an spezialisierte Stellen (s. u.). Auch in den Niederlanden besteht der gewöhnliche Zivil- bzw. Arbeitsrechtsweg und daneben ein halbgerichtliches Verfahren vor der Gleichbehandlungskommission mit nicht bindender Entscheidung. In Slowenien bestehen sogar bis zu vier Möglichkeiten: der Zivilrechtsweg, ggf. der strafrechtliche Weg, bei Verletzung durch öffentliche Organe Amtsermittlung und der Weg über die spezialisierte Stelle, die aber keine bindenden Entscheidungen trifft.

Der Weg über die spezialisierte Stelle ist in etlichen Mitgliedsstaaten so ausgestaltet, dass diese auch **von Amts wegen** ermitteln kann. Auch das ist meist mit der alternativen Möglichkeit der Zivilklage verbunden. Ein Beispiel ist das Rechtssystem von Rumänien: Dort können Betroffene zwischen einer Zivilklage und dem Weg vor den nationalen Rat zur Bekämpfung von Diskriminierung wählen – es ist auch beides nebeneinander möglich. Der Rat kann auch von Amts wegen ermitteln und den Konflikt (z. B. durch Mediation) lösen oder Sanktionen verhängen (Verwarnungen oder Bußgelder). In einigen Fällen ist auch strafgerichtliches Vorgehen möglich. Auch der schwedische Ombudsmann hat seit 2009 investigative Kompetenzen. Außerdem kann er Personen vor Gericht vertreten und auf eine Einigung hinwirken.

2. Außergerichtlicher Rechtsschutz: die Antidiskriminierungsstellen

a) Unabhängige spezialisierte Stelle

Art. 13 der Antirassismusrichtlinie verlangt die Einrichtung einer unabhängigen **spezialisierten Stelle** für die Förderung der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft. Inzwischen haben fast alle Mitgliedsstaaten entsprechende Stellen geschaffen. Die jüngste gesetzliche Umsetzung erfolgte Ende 2009 in der Tschechischen Republik in Gestalt eines Ombudsmannes. In den meisten Staaten ist die spezialisierte Stelle nicht nur für die Diskriminierung wegen der Rasse, sondern auch für andere, oft auch für alle Diskriminierungsgründe zuständig⁸⁶.

Zu diesem Zweck wurden in etlichen Staaten bereits **existierende Stellen** zur Artikel-13-Stelle ernannt. Dazu gehören der estnische Justizkanzler, der Ombudsmann für Chancengleichheit in Litauen, die Gleichstellungskommission in Malta, die Gleichheitskommission in Nordirland, das slowakische Zentrum für Menschenrechte und der Ombudsmann in Zypern.

⁸⁶ Eine Ausnahme bilden z. B. Dänemark und Spanien, wo die spezialisierte Stelle nur für Rassendiskriminierung zuständig ist; im Einzelnen dazu unten IV.2.b).

In den meisten Staaten wurde aber eine **neue Stelle** eingerichtet, die vorher nicht existierte. Dazu gehört beispielsweise in Dänemark die Beschwerdestelle für ethnische Gleichstellung im dänischen Menschenrechtszentrum⁸⁷, in Deutschland die Antidiskriminierungsstelle des Bundes, in Estland der Kommissar für Geschlechtergleichheit und Gleichbehandlung, in Frankreich die Hohe Behörde gegen Diskriminierung und für Gleichstellung (HALDE), in Griechenland der Gleichbehandlungsausschuss und Gleichbehandlungsdienst⁸⁸, in Italien das Nationale Büro gegen rassistische Diskriminierungen, in Malta die Nationale Kommission zur Förderung der Gleichheit, in Rumänien der Nationale Rat zur Bekämpfung von Diskriminierung, in Slowenien der Anwalt für den Gleichstellungsgrundsatz und Rat für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und in Ungarn die Gleichbehandlungsbehörde.

Die Kommission für Gleichheit und Menschenrechte in Großbritannien wurde 2007 eingerichtet, die Gleichheitskommission in Nordirland ist älter (s. o.). Beide haben keine justiziellen Kompetenzen. In Luxemburg führte das allgemeine Diskriminierungsgesetz vom 28. November 2006 ein Zentrum für Gleichbehandlung ein, das die bestehende Kommission gegen Diskriminierung ablösen soll. Sein Aufbau verzögerte sich lange. Auch in Spanien wurde zwar der Rat für die Förderung der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft vom Gesetz 62/2003 zur Umsetzung der Richtlinien eingerichtet, es fehlen aber noch königliche Verordnungen zur Regelung von Einzelheiten.

In **Lettland** fungierte früher das schon vor den Richtlinien bestehende Menschenrechtsbüro als spezialisierte Stelle. Seit 2007 wurde es ersetzt durch eine neue Stelle, den Ombudsmann, der mit beratenden und politischen Kompetenzen ausgestattet ist. Art. 12 des Gesetzes über den Ombudsmann zählt zahlreiche Kompetenzen auf, die vor allem die Überwachung der Politik erfassen, aber auch Hilfe für Individuen und Möglichkeiten der Streitbeilegung. Gleichzeitig ist der Ombudsmann für alle Diskriminierungen zuständig, da die Diskriminierungsgründe nicht spezifiziert sind.

Auch in **Schweden** gab es in jüngerer Zeit eine Neuregelung. Die früher vier Ombudsleute mit jeweils anderer Zuständigkeit wurden durch Gesetz seit 01.01.2009 durch einen Ombudsmann ersetzt. Die Behörde des Ombudsmanns hat investigative Kompetenzen. Außerdem kann sie Personen vor Gericht vertreten und auf eine Einigung hinwirken.

In einigen Mitgliedsstaaten werden die Aufgaben aus Artikel 13 von **mehreren Organisationen** wahrgenommen oder untereinander aufgeteilt. Dazu gehört Griechenland, wo nach Art. 19 Gesetz 33304/2005 ein Ombudsmann bei Verletzung durch den öffentlichen Dienst vorgesehen ist, für den Bereich des Arbeitsrechts die Arbeitsinspektion, für die übrigen Bereiche das Gleichbehandlungskomitee. Eine besondere Vielfalt besteht in Bulgarien: Es gibt eine Gleichheitsstelle, die Diskriminierungsschutzkommission heißt. Sie ist unabhängig und kann auch quasiprozessuale Verfahren durchführen, die zu urteilsähnlichen Sprüchen und Sanktionen (s. o.) führen. Für Genderfragen besteht beim bulgarischen Ministerium für Arbeit und Soziales eine beratende Kommission für gleiche Chancen für

87 Diese Beschwerdestelle wird gegenwärtig abgeschafft und durch eine neue gemeinsame Gleichbehandlungs-Beschwerdestelle ersetzt, die mehrere Gründe einschließlich aller in den Richtlinien erwähnten Gründe behandeln soll.

88 Beide teilen sich die Aufgaben der Förderung des Gleichbehandlungsgrundsatzes mit dem Ombudsmann, der Arbeitsaufsichtsbehörde und dem Wirtschafts- und Sozialausschuss.

Männer und Frauen und ein Rat für Gleichheit von Männern und Frauen. Einen ähnlichen Rat gibt es für Behindertenfragen. Diese Gremien haben vor allem politische und beratende Funktion.

Defizite gibt es in **Polen**. Dort wurde der Generalbevollmächtigte für die Gleichstellung von Mann und Frau, dessen Mandat im Jahr 2002 um die Bekämpfung rassistischer und ethnischer Diskriminierung erweitert wurde, im Jahr 2005 abgeschafft, und sein Zuständigkeitsbereich wurde dem Ministerium für Arbeit und Soziales zugewiesen. Eine spezialisierte Stelle im Sinne der Richtlinie gibt es aber nicht; stattdessen einige Institutionen und Ombudsleute mit geringerer Zuständigkeit.

b) Kompetenzen der Stelle oder der Stellen

aa) Zuständigkeiten

Wie bereits deutlich geworden ist, unterscheiden sich die Umsetzungen in Bezug auf die spezialisierte Stelle bereits im Ansatz: Einige Staaten haben mehrere Stellen eingerichtet, andere eine, einige haben gerichtsähnliche Kompetenzen, andere eher politische. Insgesamt bestehen hier die **wohl größten Unterschiede** bei den Umsetzungen, sodass im Folgenden nur markante Besonderheiten hervorgehoben werden können. Die Unterschiede bei der Umsetzung sind auch auf die vergleichsweise offene Formulierung des Art. 13 der Antirassismusrichtlinie zurückzuführen.

Diese Regelung stellt an die Mitgliedsstaaten die **Mindestanforderung**, eine oder mehrere Einrichtungen für die Förderung der Gleichstellung ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft zu schaffen, die a) Opfern von Diskriminierung unabhängige Unterstützung bei der Verfolgung ihrer Beschwerden wegen Diskriminierung leisten, b) unabhängige Untersuchungen zum Thema der Diskriminierung durchführen und c) unabhängige Berichte und Empfehlungen zu allen Aspekten, die mit Diskriminierung in Zusammenhang stehen, veröffentlichen. In den meisten Mitgliedsstaaten geht die Umsetzung in unterschiedlicher Weise über diese Anforderungen hinaus.

So sind die meisten Stellen nicht nur für die Ungleichbehandlung wegen der Rasse zuständig. **Mehrere Formen der Diskriminierung** behandeln: das belgische Zentrum für Chancengleichheit und zur Bekämpfung von Rassismus, die deutsche Antidiskriminierungsstelle des Bundes, der estnische Justizkanzler, die französische Hohe Behörde gegen Diskriminierung und für Gleichstellung, die griechischen Verwaltungseinrichtungen, die irische Gleichstellungsbehörde, der Ombudsmann für Chancengleichheit in Litauen, die niederländische Gleichbehandlungskommission, die Gleichbehandlungskommission und die Stelle zur Bekämpfung von Diskriminierungen⁸⁹ in Österreich, der slowenische Anwalt für den Gleichstellungsgrundsatz und Rat für die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die ungarische Gleichbehandlungsbehörde und der Ombudsmann in Zypern.

Die Gleichstellungskommission für Nordirland ist zuständig für Diskriminierungen aufgrund der Rasse, religiöser Überzeugungen oder politischer Meinung, Geschlecht, sexueller Orientierung, Familienstand, Behinderung und Alter. In Großbritannien wurden die

89 In Österreich gibt es weitere vergleichbare Stellen in den Bundesländern.

Commission for Racial Equality, Disability Rights Commission und die Equal Opportunities Commission am 1. Oktober 2007 durch eine Kommission für Gleichstellung und Menschenrechte (Commission for Equality and Human Rights) ersetzt.

Zu den Einrichtungen, die einzig für Diskriminierungen aufgrund der **Rasse und ethnischen Herkunft** zuständig sind, gehören die dänische Beschwerdestelle (im dänischen Menschenrechtszentrum angesiedelt)⁹⁰, der finnische Ombudsmann für Minderheiten, das italienische Nationale Büro gegen rassistische Diskriminierung, der portugiesische Hohe Kommissar für Einwanderung und ethnische Minderheiten sowie der spanische Rat für die Förderung der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft. Der schwedische Ombudsmann gegen ethnische Diskriminierung ist für Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft und der Religion zuständig und andere Ombudsleute sind jeweils für die Merkmale Geschlecht, Behinderung und sexuelle Orientierung zuständig.

bb) Rechte und Kompetenzen

Auch hinsichtlich der **Kompetenzen** der spezialisierten Stellen gibt es etliche Besonderheiten, die oft über die Anforderungen der Richtlinien hinausgehen. Einige spezialisierte Stellen unterstützen die Diskriminierungsopfer durch das **Erheben von Klagen**. Hierzu gehören die Stellen in Belgien, Finnland, Irland, Italien, Großbritannien, Nordirland, Schweden und Ungarn⁹¹. Andere geben ihre – meist nicht rechtsverbindliche – **Stellungnahme** zu ihnen vorgelegten Beschwerden ab, z. B. die Gleichbehandlungskommissionen in Österreich und in den Niederlanden, die dänische Beschwerdestelle für ethnische Gleichstellung, der zypriotische Ombudsmann, die ungarische Gleichbehandlungsbehörde, das lettische Nationale Amt für Menschenrechte (demnächst: Ombudsmann), der litauische Ombudsmann für Chancengleichheit, der griechische Ombudsmann und der griechische Gleichbehandlungsausschuss sowie der slowenische Anwalt für den Gleichstellungsgrundsatz. Gerichtsverfahren sind daneben möglich.

Einige spezialisierte Stellen, z. B. in Frankreich, Irland, Litauen, Österreich, Schweden, Ungarn und Zypern können **von Amts wegen** Beschwerden wegen Diskriminierung untersuchen und meist auch die Einhaltung ihrer Entscheidung durch alle beteiligten Personen erzwingen⁹².

Die meisten Stellen können allerdings nur für eine Schlichtung zwischen den Parteien sorgen, Gesetzesvorschläge und die Reform bestehender Rechtsvorschriften überprüfen und kommentieren. Solche eingeschränkte Bedeutung hat beispielsweise der tschechische Ombudsmann, der im Übrigen Prozesse weder initiieren noch an solchen teilnehmen kann, also vor allem politische und überwachende Bedeutung hat. Ähnlich ist die Lage in Griechenland. Der dortige Ombudsmann bietet zwar juristischen und tatsächlichen Rat und Hilfe bei Diskriminierungen; das Gleichbehandlungskomitee hat aber kaum Befugnisse – es ist eher eine Beratungsstelle – und bislang auch kaum praktische Bedeutung. Ähnlich ist die Stellung des Arbeitsinspektors. Auch das slowakische Zentrum für Menschenrechte hat nur sehr allgemeine Kompetenzen.

90 Es gibt aber Pläne für die Erweiterung der Zuständigkeit.

91 Im Einzelnen oben.

92 S. bereits oben.

Andere **rechtsvergleichend bemerkenswerte Kompetenzen** können nur exemplarisch aufgezählt werden. In alphabetischer Reihenfolge der Länder sind das folgende: Das **belgische** Zentrum für Chancengleichheit und Bekämpfung von Rassismus kann auch im Namen des öffentlichen Interesses Gerichtsverfahren anstrengen; allerdings hängt seine Handlungsfähigkeit nach Art. 31 des zugrunde liegenden Gesetzes grundsätzlich von dem Einverständnis des Opfers ab. In **Bulgarien** hat die Gleichheitsstelle (Diskriminierungsschutzkommission) mehrmals Diskriminierungstäter dazu gezwungen, sich in den Medien zu entschuldigen und die Entscheidung der Stelle gegen sie auf eigene Kosten zu veröffentlichen. Darüber hinaus hat die Stelle rechtsprechende Gewalt, die bislang aber widersprüchlich ist und wenig Rechtssicherheit bietet.

In **Estland** kann der Justizkanzler als quasijuristische Institution Vorschläge zur Streitbeilegung machen. Das Verfahren ist gratis. Außerdem gibt es nach dem neuen Gesetz noch einen Kommissar für Geschlechtergleichheit und Gleichbehandlung. Auch deren Entscheidungen haben empfehlenden Charakter. Die **französische** Hohe Behörde (HALDE) spielt die Rolle einer „Justizhilfe“: Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichte können ihre Stellungnahme bei anhängigen Fällen beantragen. Zusätzlich kann die Hohe Behörde um Erlaubnis bitten, ihre Stellungnahme zu Strafverfahren abgeben zu dürfen.

Die **niederländische** Gleichbehandlungskommission verfasst auf Antrag von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern eine Stellungnahme darüber, ob ihre Einstellungsverfahren gegen die Rechtsvorschriften zur Nichtdiskriminierung verstoßen. Außerdem hat sie die Stellung einer halbgerichtlichen Institution. Die **irische** Gleichstellungsbehörde besitzt Rechtsfähigkeit, um beim Gleichstellungsgericht Beschwerden bezüglich Diskriminierungsmustern, diskriminierender Werbung oder des Inhalts von Tarifverträgen einzureichen. Die Gleichstellungsbehörde kann auch Überprüfungen des Niveaus der Gleichstellung in bestimmten Gewerbe- oder Wirtschaftszweigen durchführen.

In **Portugal** hat der hohe Kommissar weniger gerichtliche Funktionen, er soll aber die Öffentlichkeit auf Diskriminierungen aufmerksam machen und Dialoge zu und zwischen Institutionen führen. Die **ungarische** Gleichbehandlungsbehörde kann (ähnlich wie die belgische) im öffentlichen Interesse vor Gericht gehen, um für den Schutz der verletzten Rechte von Personen und Gruppen einzutreten. Der Ombudsmann auf **Zypern** hat das Recht, über Diskriminierungsfragen in einem gerichtsförmigen Verfahren zu entscheiden. Bislang gab es wesentlich mehr Verfahren als vor den Gerichten. Dennoch hat diese Möglichkeit insgesamt geringe praktische Bedeutung, da die Stelle personell unterbesetzt ist.

V.

Bewertung

1. Formale Seite: Abschließende vergleichende Darstellung der Umsetzung

a) Wenige Defizite, viele Mittel der Übererfüllung

Zu der formalen Seite ergeben sich aus der Untersuchung zunächst einige grundlegende Feststellungen. Erstens kann für das Jahr 2010 festgehalten werden, dass es nur noch **wenige grundlegende Defizite** bei der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien gibt. Die meisten Mitgliedsstaaten haben ihre Gesetzgebungsverfahren beendet, bestehende Defizite sind inzwischen nachgebessert worden. Maßgebliche Defizite mit praktischer Bedeutung bestehen vor allem noch in Polen und Italien. Wie bereits mehrfach erwähnt, fehlt in Polen eine Umsetzung außerhalb des Arbeitsrechts. In Italien hat neben einigen Details des Gesetzes vor allem die fehlende Beweislastumkehr praktische Bedeutung. Bei beiden Staaten gibt es auch Defizite hinsichtlich der spezialisierten Stelle.

Dem steht gegenüber, dass fast alle Staaten die Vorgaben der Richtlinien deutlich **übererfüllt** haben. Das folgt in der Reihenfolge der Bedeutung vor allen aus drei Faktoren:

- | Erstens wurden die strengeren und umfassenderen Vorgaben der Antirassismusrichtlinie und der Richtlinie 2004/113/EG bei den weitaus meisten Umsetzungen auf alle Diskriminierungsgründe ausgedehnt; das betrifft vor allem die **Geltung außerhalb des Arbeitsrechts**.
- | Zweitens ist die **spezialisierte Stelle** in den meisten Staaten ebenfalls für alle Diskriminierungsgründe zuständig und hat oft auch inhaltlich wesentlich weiter gehende Kompetenzen als von den Richtlinien vorgesehen.
- | Drittens haben viele Mitgliedsstaaten den von den Richtlinien vorgegebenen **Gründen rechtswidriger Diskriminierung** weitere hinzugefügt.

Alle drei Gründe führen im Ergebnis dazu, dass die Sonderstellung der **Rassendiskriminierung**, die in den Richtlinien vorgegeben ist, gegenüber den anderen Diskriminierungsgründen nivelliert wird. Das ist allerdings kein Defizit, da es – wie erwähnt – eine „Angleichung nach oben“ mit sich bringt. Über die Ursache kann nur spekuliert werden. Möglicherweise haben einfach die zeitliche Nähe des Inkrafttretens der Richtlinien⁹³ und ihre inhaltlichen und sprachlichen Parallelen viele Mitgliedsstaaten dazu veranlasst, alle Diskriminierungsfragen einheitlich zu regeln. Immerhin behält die Rassendiskriminierung eine Sonderstellung dadurch, dass sie in besonders vielen Mitgliedsstaaten strafbar ist.

⁹³ Die Richtlinien zur Gleichbehandlung der Geschlechter sind zwar älter, ihre Neufassung stammt aber ebenfalls aus den letzten 10 Jahren.

b) Gruppenbildung innerhalb der Mitgliedsstaaten

Nur geringe Defizite und viel Übererfüllung – dieses Gesamtbild gibt bereits vor, dass eine **Gruppenbildung** in Übererfüllung, „1:1“ und Untererfüllung wenig effizient wäre. Möglich ist aber etwas anderes und möglicherweise aufschlussreicher, nämlich eine Einteilung in verschiedene **Umsetzungstypen**. Sehr vereinfachend und geografisch geordnet kann man drei Umsetzungsgruppen unterscheiden: die nordwesteuropäische Gruppe einschließlich des Vereinigten Königreichs und Skandinavien, die südeuropäische Gruppe, also die meisten Mittelmeeranrainer, und die osteuropäische Gruppe, die die neuen Mitgliedsstaaten aus den früher sozialistischen Ländern zusammenfasst.

Die **nordwesteuropäische Gruppe** erfasst neben den skandinavischen Mitgliedsstaaten und dem Vereinigten Königreich die Beneluxländer, Deutschland und Österreich. Seit den Reformen von 2008 kann auch Frankreich dazugerechnet werden; davor eher zur südeuropäischen Gruppe. Kennzeichnend für diese Gruppe ist eine Umsetzung, die schlagwortartig als „**routiniert**“ bezeichnet werden kann – trotz der Probleme, die es im Einzelnen gegeben haben mag und noch gibt. Es gibt keine erheblichen Defizite, aber auch keine ungewöhnliche Übererfüllung. Der Schwerpunkt liegt im Zivilrecht einschließlich des Arbeitsrechts. Diese Staaten hatten meist Erfahrung mit der Gesetzgebung gegen Diskriminierungen, bereits Gesetze zumindest gegen Geschlechtsdiskriminierung und Diskriminierung behinderter Menschen und auch Erfahrung mit der Umsetzung von Richtlinien. Das und die Tatsache, dass diese Gruppe die wohlhabendsten Mitgliedsstaaten erfasst (Prozesskosten), mögen dazu beitragen, dass zu ihr auch die Staaten mit den meisten Prozessen auf diesem Gebiet zählen.

Die **südeuropäische Gruppe** erfasst neben Portugal die Mittelmeeranrainer bzw. Inselstaaten Spanien, Italien, Malta, Griechenland und Zypern. Ohne die gesetzgeberische Leistung dieser Mitgliedsstaaten herabwürdigen zu wollen, kann hier etwas ironisch von einer „**widerwilligen**“ Umsetzung gesprochen werden. Verbreitet ist hier die oft wörtliche Wiedergabe des Richtlinien textes, die gelegentlich auch mit Defiziten verbunden ist. Die spezialisierte Stelle hat meist wenige Kompetenzen und ist unterbesetzt. Verbreitet ist die Umsetzung im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht, was Vorteile hat, aber Schadenskompensation erschwert. Obwohl zu dieser Gruppe langjährige Mitglieder und Italien als Gründungsstaat gehören, gibt es in diesen Staaten wenig Tradition der Antidiskriminierungsgesetzgebung. Die rechtlichen Schwerpunkte liegen meist woanders. Dementsprechend ist auch die praktische Bedeutung eher gering.

Die **osteuropäische Gruppe** des ehemaligen „Ostblocks“ erfasst die baltischen Staaten, Polen, Bulgarien, Rumänien, Slowenien, die Slowakei, Tschechien und Ungarn. Ungeachtet der Unterschiede im Einzelnen kann hier schlagwortartig von der „**ambitionierten**“ Umsetzung gesprochen werden. Hier gibt es die umfangreichsten Abweichungen von den Richtlinien und bemerkenswerte gesetzgeberische Wege, aber auch Defizite. Polen hat von dieser Gruppe die größten Umsetzungsdefizite, zeigt aber die gleichen Besonderheiten. Kennzeichnend ist die Aufnahme z. T. zahlreicher weiterer Diskriminierungsmerkmale und umfangreicher, z. T. ungewöhnlicher Kompetenzen der spezialisierten Stelle. In den meisten dieser Staaten hat sie gerichtsähnliche Funktion. Zivilrechtliche Kompensation steht neben der Möglichkeit, Bußgelder zu verhängen. Einer der Gründe für diese Besonder-

heiten ist sicherlich die Erfahrung mit totalitären Systemen und schwerer Diskriminierung. Dennoch ist die praktische Bedeutung bislang gering, was an verbleibendem Misstrauen gegenüber der Justiz, aber auch an der relativen Armut in diesen Staaten und dem Prozesskostenrisiko liegen mag.

c) Kernelemente der Umsetzungsvarianten

Im Folgenden soll auf Grundlage dieser Grobsystematisierung ein Überblick über die gesetzgeberisch, aber vor allem auch praktisch wichtigsten Elemente der Umsetzungsvarianten herausgearbeitet werden, der die Einzelergebnisse vereinfachen soll und dem Ziel einer abschließenden Bewertung auf ihre Effizienz hin dient.

Wenige Besonderheiten gibt es hinsichtlich des **materiellen Geltungsbereichs** der Umsetzungsgesetze. Wie erwähnt, ist hier die Ausdehnung des Geltungsbereichs der Antirassismusrichtlinie auf die anderen Diskriminierungsgründe ein Hauptelement der Übererfüllung. In Süd- und Osteuropa finden sich häufiger Sondergesetze für die rassistische Diskriminierung.

Hinsichtlich des **personellen Geltungsbereichs** hat die Zurechnung des Verhaltens von Dritten größte praktische Bedeutung. In Ost- oder Südeuropa ist man da eher zurückhaltender als in Nordwesteuropa. Allerdings liegt die umfassendere Möglichkeit, beispielsweise Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber auch für das Verhalten von Personen aus dem Arbeitnehmer- und Kundenkreis haften zu lassen, in Nordwesteuropa weniger an neuer Gesetzgebung als an dem bestehenden, umfassenden Zurechnungssystem, das sich bereits im Verbraucherschutz entwickelt hat.

Ganz erhebliche praktische Bedeutung haben die Unterschiede bei den aufgenommenen **Diskriminierungsgründen**. Bereits erwähnt wurde, dass sich hier in Osteuropa, aber auch in Südeuropa die Tendenz zu einer Aufnahme weiterer Gründe neben den in der Richtlinie vorgegebenen findet.

Von den vorgegebenen Gründen spielen **Geschlecht und Behinderung** eine besondere Rolle; gerade zum Schutz behinderter Menschen gibt es oft Sondergesetze. Im ersten Fall ist das vermutlich einfach auf die längere gesetzgeberische Aktivität der Union zurückzuführen. Im zweiten Fall besteht offenbar ein weitgehender Konsens, wonach behinderte Menschen besonderen Schutz und besondere Förderung benötigen. Auch dieser Konsens ist älter als die Richtlinien.

Weitere Diskriminierungsgründe neben den durch die Richtlinien vorgegebenen finden sich – wie erwähnt – in erster Linie in der osteuropäischen Gruppe, in zweiter in der südeuropäischen und am seltensten in der nordwestlichen. Vor allem osteuropäische Staaten haben zumal die Aufzählung nicht abschließend gestaltet. Von den vier Gruppen ist diejenige, die der **Klarstellung** und Erweiterung der in den Richtlinien vorgesehenen Gründe dient, überall verbreitet. Besondere praktische Bedeutung hat hier der Schutz der **Krankheit** neben der Behinderung, der entsprechende Abgrenzungen überflüssig macht.

Ebenfalls verbreitet ist der Schutz von **politischer und gewerkschaftlicher Tätigkeit und Ansicht**. Auch hier besteht eine führende Stellung der osteuropäischen Gruppe, die sich aus der Geschichte dieser Staaten erklärt, aber auch durch einen umfassenden Schutz, der in den anderen Staaten bereits zuvor für diese Merkmale bestand. Häufig sind ferner die Diskriminierungsgründe **Familienstand** und sozialer bzw. wirtschaftlicher **Status** i. w. S., wobei Letzterer vor allem in eher ärmeren Mitgliedsstaaten erwähnt wird. Demgegenüber haben Staaten mit besonderen ethnischen Gruppen meist spezielle Gesetze zu deren Schutz.

Wenige Unterschiede in der Umsetzung finden sich hinsichtlich der erfassten **Formen** der Diskriminierung und den Möglichkeiten einer **Rechtfertigung**. Die meisten Mitgliedsstaaten lehnen sich hier eng an den Richtlinien text an. Bestehende Defizite sind überwiegend in den vergangenen Jahren beseitigt worden.

Ganz erhebliche Unterschiede bestehen wieder bei den vorgesehenen **Sanktionen**. Wie erwähnt, ist in Nordwesteuropa der Kompensationsweg besonders verbreitet, in Südeuropa spielen strafrechtliche Lösungen und solche über Bußgelder eine besondere Rolle und Osteuropa bietet oft Kombinationslösungen an. Hinsichtlich der **Höhe** der möglichen Schadensersatzansprüche, Bußgelder oder Strafen spielen vor allem individuelle Besonderheiten der Mitgliedsstaaten eine Rolle, wie Lebensstandard und Rechtstradition bezüglich Höhe der Zahlungen.

Hinsichtlich der **Durchsetzung** gibt es zwar etliche Unterschiede hinsichtlich der Einbeziehung von Verbänden und NGO, von denen aber auch einiges auf die nationalen Prozessrechtstraditionen zurückzuführen sein mag. Die Unterschiede im Prozessrecht folgen vor allem aus dem **materiellen Recht**, also der Zuständigkeit der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit für zivilrechtliche Ansprüche und der Behörden und Strafgerichte für die Verhängung von Bußgeldern und Strafen. Vor allem in Osteuropa sind Regelungen verbreitet, die der spezialisierten Stelle justizähnliche Funktionen und Befugnisse zuweisen.

Ebenfalls grundlegende Unterschiede bestehen auch im Übrigen bei der Konzeption der **spezialisierten Stelle** oder Stellen. Es ist kaum eine der denkbaren Varianten in Umsetzung der Richtlinien nicht Realität geworden: Anzahl der Stellen, Größe, Zuständigkeit, Befugnisse, Rechtsnatur und Name. Fast überall geht indes ihre Zuständigkeit über die Rassendiskriminierung hinaus. Insgesamt geben die osteuropäischen Staaten ihren spezialisierten Stellen besonders umfangreiche rechtliche Kompetenzen, wobei die Umsetzung in die Realität noch Mängel hat. Die geringsten Kompetenzen haben die Stellen in Südeuropa.

Insgesamt lassen sich also drei Gebiete ausmachen, auf denen es die größten und praktisch wichtigsten Unterschiede bei der Umsetzung gibt: erstens der Umfang der erfassten **Diskriminierungsgründe**, zweitens die Art der **Sanktion** einschließlich ihres Umfangs und drittens die Ausstattung und Befugnisse der **spezialisierten Stelle**. Vor allem diese Aspekte sollen daher im Folgenden auf ihre Effizienz hin untersucht werden.

2. Inhaltlich: Effizienz der gesetzgeberischen Wege

Auch in der Gesetzgebung gilt, dass der Grundsatz „Viel hilft viel“ nicht immer effizient ist. Wenn beispielsweise die Rechte einer bestimmten Gruppe erweitert werden, die Rechtslage nun aber so kompliziert ist, dass sie unverständlich und unsicher ist, dann ist den Geschützten damit weniger genützt als mit der vorherigen Regelung. Das gilt in besonderer Weise für Antidiskriminierungsgesetzgebung, die neben ihren technischen Zielen auch die politische Absicht verfolgt, die Sensibilität gegenüber Diskriminierungen zu steigern und das Bewusstsein auf beiden Seiten zu schärfen. Das bedeutet, dass sorgfältig **abgewogen** werden muss, um auf der einen Seite keine Umgehungsmöglichkeiten für Diskriminierungsverbote zu schaffen, auf der anderen Seite aber auch keinen Missbrauch durch nicht Geschützte zu ermöglichen.

a) Diskriminierungsgründe

aa) Abschließende und nicht abschließende Aufzählung

Insbesondere in der osteuropäischen Gruppe sind Umsetzungen verbreitet, die die Aufzählung der Gründe unrechtmäßiger Diskriminierung nicht abschließend, sondern nur **beispielhaft** gestalten. Auf den ersten Blick ein großartiger Einfall: Diskriminierung ist generell rechtswidrig, die Abgrenzungsprobleme bei möglicherweise zu eng gefassten Regelungen fallen weg, das Gesetz kann flexibel auf gesellschaftliche Veränderungen reagieren.

Auf den zweiten Blick ergeben sich allerdings **Bedenken**. Diskriminierung ist auch nach dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinien zunächst nichts anderes als Ungleichbehandlung, die nicht gerechtfertigt werden kann. Wenn eine Arbeitgeberin von zwei Bewerbern für die Stelle eines Illustrators den zeichnerisch begabteren Bewerber einstellt, wird niemand ihr vorwerfen, dass sie den anderen wegen mangelnder Begabung diskriminiert hat. Bei einer nicht abschließenden Aufzählung beginnen aber schon hier die Abgrenzungsprobleme. Da Menschen nun einmal unterschiedlich sind, ist es nicht möglich, jede Ungleichbehandlung gesetzgeberisch zu untersagen.

Selbstverständlich wird man diese Aufzählungen so auslegen können, dass nur diejenige Ungleichbehandlung erfasst sein soll, die eine „typische“ Diskriminierung bildet. Dann bleibt aber von **Rechtssicherheit** nicht mehr viel übrig. Das folgt vor allem aus der zweiten Stufe, der **Rechtfertigung**. Diskriminierung ist Ungleichbehandlung ohne Rechtfertigung und entsprechend sehen die Richtlinien auch für fast alle Diskriminierungsgründe Rechtfertigungsmöglichkeiten vor. Dieses System funktioniert aber nur, wenn Diskriminierungsgrund und Rechtfertigung sorgfältig abgewogen sind. Bei einer nicht abschließenden Aufzählung wird es relativiert und führt dazu, dass das Gesetz als ein vages, unrealistisches Gebilde wahrgenommen wird. Insgesamt sind nicht abschließende Aufzählungen trotz ihrer Vorteile also nicht zu empfehlen.

bb) Weite oder enge Aufzählung

Oft in Kombination mit der nicht abschließenden Aufzählung findet sich in Osteuropa, aber auch in einigen südeuropäischen Staaten eine sehr **umfangreiche Aufzählung** von Diskriminierungsgründen. Betrachtet man sie genauer, dann zeigt sich, dass einige von ihnen

nur eine Klarstellung anderer darstellen, beispielsweise hängen Hautfarbe, Rasse und ethnische Herkunft weitgehend zusammen. Solche Regelungen sind unschädlich, machen aber das Gesetz eher unübersichtlich und können den Eindruck gesetzgeberischer Kosmetik erwecken.

Die im weiteren Sinne **arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote** wie Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft sind durchaus sinnvoll, wenn gewerkschaftliche Aktivitäten nicht bereits – wie z. B. in Deutschland durch Art. 9 Abs. 3 GG – anderweitig geschützt sind. Spezialgesetze können den Schutz in diesen Fällen meist besser gewährleisten; auch in Bezug auf die Rechtfertigungsgründe. Insgesamt hat eine große Anzahl von Kriterien verbotener Diskriminierung auch für die Geschützten nicht nur Vorteile. Wie bei der nicht abschließenden Aufzählung besteht auch hier die Gefahr einer Relativierung und mangelnder **Rechtssicherheit**.

Einen **eigenständigen Regelungsgehalt**, den die meisten nordwesteuropäischen Staaten nicht erfassen, haben aber drei Diskriminierungsgründe, die in Ost- und Südeuropa verbreitet sind. Es handelt sich um die Kriterien Gesundheit, Familienstand (einschließlich verwandter Regelungen) und diejenigen, die den sozialen und wirtschaftlichen Status im weiteren Sinne erfassen. Diese sollen daher im Folgenden gesondert untersucht werden.

cc) Diskriminierungsgrund „Gesundheitszustand“

Wenn Antidiskriminierungsgesetze auch die Diskriminierung wegen des **Gesundheitszustandes** erfassen, hat das zunächst einmal den großen Vorteil, dass die schwierige Abgrenzung zwischen der typischerweise vorübergehenden Krankheit und der typischerweise andauernden **Behinderung** für chronische oder lang andauernde Leiden vermieden wird. Gleichzeitig wird ein erheblich größerer Teil der Bevölkerung vor Benachteiligung geschützt, da Krankheit deutlich verbreiteter ist als Behinderung.

Darin liegt aber auch gleichzeitig die Schwierigkeit dieses Diskriminierungsgrundes, da sie auch den **Anwendungsbereich** insbesondere für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber erhöht. Beispielsweise ist es in Deutschland üblich, bei Einstellungen den Gesundheitszustand zu testen und die krankheitsbedingte Kündigung ist als personenbedingte Kündigung anerkannt. Gehörte Krankheit zu den anerkannten Diskriminierungsverboten, brächte das eine erhebliche Belastung für Wirtschaft und Allgemeinheit mit sich: Immerhin hat Krankheit, anders als andere Diskriminierungskriterien, konkrete wirtschaftliche Auswirkungen. Allerdings entsteht in Deutschland dieser Effekt vor allem durch den hohen Kündigungsschutz und die gute soziale Absicherung bei Krankheit, sodass es nicht verwundert, dass dieses Kriterium vor allem in Staaten verbreitet ist, deren soziales Netz weniger eng ist.

Vor dem Hintergrund der betroffenen Interessen ist daher der Schutz von Krankheit und Gesundheitszustand nur dann sinnvoll, wenn er mit einem ausgewogenen System von **Rechtfertigungsgründen** verbunden ist. Der Schutz ins Blaue hinein ist wenig sinnvoll, da er zu Umgehungen verleitet und die sozialen Sicherheitssysteme bei Krankheit nicht ersetzen kann.

dd) Diskriminierungsgrund „Familienstand“

Erstaunlich viele Mitgliedsstaaten aus allen drei Gruppen haben den **Familienstand** oder verwandte Kriterien zu ihren Diskriminierungsgründen gefügt, obwohl sich keine Verwandtschaft zu einem vorgegebenen Diskriminierungsgrund findet. Allenfalls kann darin ein „Ausgleich“ für den Schutz der sexuellen Ausrichtung gesehen werden, um bei Förderung von Familien nicht eine mittelbare Diskriminierung Homosexueller zu sehen. Das ist allerdings im Ergebnis unbegründet, da Homosexualität Elternschaft keineswegs ausschließt⁹⁴.

Zu beachten ist, dass bei Einführung dieses Diskriminierungsgrundes auch Menschen ohne Partner und Familie vor Diskriminierung geschützt werden. Das verhindert jedoch nicht eine gezielte Familienförderung, wenn entsprechende positive Maßnahmen als Rechtfertigungsgrund vorgesehen werden. Bei einer solchen gesetzgeberischen Flankierung ist der Diskriminierungsgrund Familienstand im Ergebnis sinnvoll.

Das folgt bereits daraus, dass Diskriminierung aufgrund des Familienstandes durchaus verbreitet ist; oft sind davon kinderlose und nicht verheiratete Menschen betroffen. Es besteht auch ein indirekter Zusammenhang mit dem **Geschlecht**. So wird bei Einstellungsentscheidungen der Familienstand „verheiratet“ bei Männern eher positiv beurteilt, weil er für Zuverlässigkeit steht, bei Frauen führt er dagegen eher zu der „Befürchtung“ inflexibler Planung und baldiger Mutterschaft.

ee) Diskriminierungsgrund „Sozialer Status“

Die Diskriminierungsgründe sozialer und wirtschaftlicher Status sind wieder vor allem in Osteuropa verbreitet und möglicherweise auf die sozialistische Vergangenheit zurückzuführen. Sie klingen ebenfalls auf den ersten Blick sinnvoll und engagiert. Im Arbeitsrecht dürften sie allerdings **wenig praktische Bedeutung** haben. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind normalerweise weder besonders reich – sonst müssten sie nicht arbeiten – noch besonders arm, da sie ja Arbeit haben. Im Übrigen haben Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber meist wenig Interesse an derartigen Hintergründen ihrer Angestellten.

Praktische Bedeutung kann dieser Diskriminierungsgrund eher **außerhalb des Arbeitsrechts** haben, wenn beispielsweise Vermieter an der Solvenz künftiger Mieterinnen und Mieter interessiert sind. Jedoch ist die Zahlungsfähigkeit eine in einer freien Wirtschaftsordnung durchaus legitime Erwägung, deren Verbot zur Umgehung einlädt und nicht akzeptiert werden dürfte. Insgesamt überwiegen die Gefahren einer Relativierung und von Rechtsunsicherheit durch solche Diskriminierungsgründe.

94 Ausführlich zur mittelbaren Diskriminierung und Familie: **Benecke**, Familien und arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz; in: Familienschutz und Familienverträglichkeit des Arbeitsrechts, München 2007, S. 61–77.

b) Sanktionen und Rechtsweg

Diese beiden Besonderheiten hängen eng zusammen und stehen für die Frage, ob für die **Sanktionierung von Diskriminierungen** der Zivilrechtsweg, der strafrechtliche oder Bußgeldweg und der entsprechende Rechtsschutz der sinnvollste ist – oder möglicherweise eine Kombination von beiden. Wie erwähnt, steht Nordwesteuropa eher für den zivilrechtlichen Kompensationsweg, Südeuropa hat verbreitet Sanktionierungselemente, vor allem über Bußgelder, und Osteuropa oft eine Kombinationslösung.

Für die **zivilrechtliche Lösung** spricht, dass sie das Opfer und seine Interessen in den Vordergrund stellt. Nur sie bietet die Möglichkeit, die entstandenen Schäden auszugleichen. Das betrifft ganz konkret den materiellen Schaden, beispielsweise den Verdienstausfall bei diskriminierungsbedingten beruflichen Nachteilen. Aber auch bei immateriellen Schäden, insbesondere durch Verletzung der Persönlichkeitsrechte, stellen finanzielle Ansprüche zumindest eine gewisse Genugtuung und einen Ausgleich. Zuletzt bietet nur das Zivilrecht die Möglichkeit, auf Unterlassung und Beseitigung der Diskriminierung zu klagen. Die im Zivilprozess oft schwierige Beweislage ist durch die Beweislastmodifikation der Richtlinien vermieden.

Diese Konzentration auf das Opfer ist aber auch ein **Nachteil** des Zivilrechtsweges. Im Bewusstsein der beklagten Partei, der Öffentlichkeit und vielleicht auch des Opfers selbst entsteht der Eindruck, es gehe vor allem darum, dem Opfer einen geldwerten Vorteil zuzusprechen. Es besteht die Gefahr tatsächlichen oder vermuteten Missbrauchs des Rechts, um diesen geldwerten Vorteil zu erlangen. Prozessual besteht trotz aller Hilfsmöglichkeiten immer ein Prozesskostenrisiko. Insbesondere aber hat der zivilrechtliche Weg gegen Diskriminierungen den Nachteil, zu einer zweigeteilten Rechtslage zu führen. Opfer von Persönlichkeitsrechtsverletzungen stehen wesentlich besser da, wenn sie das „Glück“ haben, unter ein Diskriminierungsmerkmal zu fallen. Das wird oft als unangemessen empfunden.

Diese Nachteile bestehen beim Weg über **Bußgelder oder Strafen** nicht. Hier stehen nicht die geldwerten Ansprüche des Opfers im Vordergrund, sondern die Sanktionierung bringt zum Ausdruck, worum es dem Richtlinien- und Gesetzgeber eigentlich geht: die staatliche Missbilligung gegenüber Diskriminierungen. Gleichzeitig bietet die Verfolgung durch staatliche Stellen dem Opfer die Möglichkeit, selbst im Hintergrund zu bleiben und vor allem Kostenrisiken zu vermeiden.

Dabei ist der Weg über **Bußgelder** der sinnvollere. Diskriminierungsschutz durch Strafrecht unterliegt durch das rechtsstaatliche Verhältnismäßigkeitsprinzip engen Grenzen und kann nur auf extreme Fälle angewendet werden. Eine Beweislastmodifikation zulasten von Straftäterinnen und Straftätern ist aus demselben Grund nur eingeschränkt möglich. Es empfiehlt sich daher, die Vorteile der beiden Wege über Zivilrecht und Ordnungswidrigkeit miteinander zu kombinieren, indem man beide Wege nebeneinander, evtl. modifiziert, zur Verfügung stellt. Diese in Osteuropa verbreitete Gesetzgebungstechnik ermöglicht einen flexiblen Umgang mit dem einzelnen Fall und der individuellen Interessenlage.

c) Kompetenzen der spezialisierten Stelle

Wie bereits erwähnt, bestehen bei der Ausgestaltung der **spezialisierten Stelle** und ihrer Kompetenzen die wohl größten Unterschiede der Umsetzungen. Es kann und soll daher nicht auf jedes Detail eingegangen werden, sondern nur auf die beiden interdependenten Kernfragen: Soll die spezialisierte Stelle eher umfassend oder eher zurückhaltend mit Kompetenzen ausgestattet werden und soll sie insbesondere gerichtsähnliche Möglichkeiten haben?

Zu Recht hat keiner der Mitgliedsstaaten den Rechtsschutz in Diskriminierungsangelegenheiten allein der spezialisierten Stelle überlassen. Die Problematik würde damit aus der Mitte der Gesellschaft verdrängt. Überdies kann die Tätigkeit eines mehrinstanzlichen Systems von Zivilgerichten durch eine derartige Behörde auch nicht adäquat ersetzt werden.

Sinnvoll ist es aber, der spezialisierten Stelle Kompetenzen zur **Rechtshilfe** und zum Verhängen von **Bußgeldern** zu geben. Sie bekommt auf diese Weise größere öffentliche Aufmerksamkeit und bietet die Möglichkeit zu einfachem und preiswertem Rechtsschutz. Aus rechtsstaatlichen Gründen muss ein Rechtsmittel zur Justiz möglich sein.

Die **sonstigen Kompetenzen** der spezialisierten Stelle folgen im Wesentlichen aus der Richtlinie 2000/43/EG. Entscheidend ist auf diesem Gebiet nicht die Menge der Kompetenzen und Zuständigkeiten, sondern ihre Ausgestaltung. Ziel muss auch eine gute Vernetzung in Medien und Gesellschaft sein. Wie Probleme in vielen Mitgliedsstaaten zeigen, ist eine ausreichende personelle und sachliche Ausstattung dafür notwendig.

VI.

Fazit

Der Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht führt zu der positiven Zwischenbilanz, dass 10 Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG nur noch wenige Defizite bestehen. Gleichzeitig existiert eine erhebliche gesetzgeberische Vielfalt, deren Ursache unterschiedliche Rechts- und Gesellschaftskulturen, aber auch praktische Gründe sind. Die Rechtsvergleichung ermöglicht es, durch den Blick über den Tellerrand Anregungen für das eigene Rechtssystem zu erhalten.

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig von der Autorin verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.

Herausgeber:

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes
Glinkastraße 24
10117 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt:

Zentrale: 03018 555-1855
Beratung: 03018 555-1865 (Mo bis Fr, 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 03018 555-41865
Besuchszeiten nach Vereinbarung
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung:

www.avitamin.de

Stand:

August 2010