

Rechtfertigungen für Diskriminierungen

Marie-Ange Moreau
Professorin an der Universität Aix-Marseille III

Index

1.	Die juristische Einbettung der Rechtfertigungen	169
1.1	Eigenschaften der Rechtfertigungstatbestände	170
1.2	Die im voraus festgelegten Rechtfertigungen	174
2	Gerichtliche Überprüfung der Rechtfertigungen	177
2.1	Die Art des Eingreifens des inländischen Richters	178
2.2	Die Infragestellung des Eingreifens des einzelstaatlichen Richters	182
	Fussnoten	186

Rechtfertigungen für Diskriminierungen

Marie-Ange Moreau

Die Aufnahme des Artikels 13 in den Amsterdamer Vertrag stellt ohne Zweifel einen wichtigen Schritt in dem Aufbau der Gemeinschaft dar: er hat es ermöglicht, die beeindruckende Konstruktion, die der EuGH rund um das Prinzip der Gleichbehandlung¹ errichtet hat, in einen Vertragstext zu übernehmen, und er hat den Willen des EU-Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, die Liste der vom EU-Recht verurteilten Motive der Diskriminierung auszuweiten: Rasse, ethnische Herkunft, Religionszugehörigkeit, Überzeugungen, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Der EU-Gesetzgeber hat sich also bemüht, eine allgemeine Strategie des Kampfes gegen Diskriminierungen in der Europäischen Union in allen Politikbereichen der Gemeinschaft einzurichten.

Das Recht jedes Menschen auf Gleichheit vor dem Gesetz und Schutz gegen Diskriminierung stellt ein allgemeines Recht dar, das in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der UN-Konvention zur Beseitigung jeglicher Form von Diskriminierung der Frauen, durch die Internationale Konvention über die Beseitigung jeglicher Form von Rassendiskriminierung, durch den Internationalen Pakt der Vereinten Nationen über Bürgerliche und Politische Rechte sowie jenen über Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte ebenso anerkannt wird wie durch die Europäische Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten, die alle Mitgliedsstaaten unterzeichnet haben. Außerdem sind diese Prinzipien in sämtlichen Verfassungen der EU-Staaten festgeschrieben und/oder angewendet, die in den Genuss derselben kommen².

Das Bezugsfeld der Dienstverhältnisse bleibt jedoch klarerweise der Hauptbereich eines Kampfes gegen jede Art von Diskriminierung.

Man kann durchaus feststellen, dass die Entwicklung des EU-Rechts im Bereich des Kampfes gegen Diskriminierung und für die Gleichbehandlung in der Konstruktion verankert ist, die der Europäische Gerichtshof in dem Bereich der Gleichbehandlung zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern entwickelt hat: Dadurch wurde erst die Herausbildung von allgemeinen Prinzipien des EU-Rechts und die Verfeinerung der „fundamentalen Begriffe“ für die Anwendung des Prinzips der Gleichbehandlung wie jenes der indirekten Diskriminierung ermöglicht³.

Die beiden Richtlinien vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft und vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf stehen einerseits in der Kontinuität der zuvor bereits etablierten ständigen Rechtsprechung und stellen andererseits wichtige Wendepunkte in der Politik der Gemeinschaft dar: Diskriminierungen werden nicht absolut definiert, wie das seit dem Römischen Vertrag über das Verbot von Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit üblich war, sondern in relativer Form: Unterschiede in der Behandlung werden

rechtlich in einer Weise gefasst, die rund um eine differenzierte Akzeptanz der letzteren sowie der Gründe, die solche Diskriminierungen rechtfertigen können, aufgebaut ist.

Der Ansatz, den das EU-Recht wählt, steht in Wechselwirkung mit den innerstaatlichen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten⁴ und den Kontroversen, die durch die logische Umsetzung des – formell oder konkret aufgefassten – Gleichheitsbegriffs und durch das „Differenzdilemma“⁵ entstanden sind.

Er beruht auf der Notwendigkeit, die Ursachen der Diskriminierungen in ihrem spezifischen Charakter zu erfassen und ein gemeinsames Vorgehen für den Kampf gegen Diskriminierungen zu entwickeln.

Er gründet sich zugleich auf eine allgemeine Anerkennung direkter und indirekter Diskriminierungen, auf eine Beweislastumkehr und auf die Zulässigkeit positiver Akte.

Es ist klar, dass die Entwicklung des EU-Rechts von einer wachsenden Bedeutung der Rolle der Rechtfertigungen gekennzeichnet ist, welche der Beklagte vorzubringen hat, um einer Verurteilung auf Grund eines Verfahrens wegen Diskriminierung zu entgehen: diese gestiegene Bedeutung von Rechtfertigungen beruht zunächst einmal auf dem Begriff der indirekten Diskriminierung an sich: es handelt sich dabei, laut der in den Texten der letzten Richtlinien verwendeten Formulierung, um „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die dennoch geeignet sind, im Verhältnis zu anderen Menschen zu einem besonderen Nachteil für Menschen einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft, einer bestimmten Religion oder Glaubensüberzeugung, einer bestimmten Behinderung, eines bestimmten Alters oder einer bestimmten sexuellen Ausrichtung zu werden, es sei denn, eine solche Bestimmung, ein solches Kriterium oder eine solche Praxis wären objektiv durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles wären angemessen und notwendig“⁶.

Die Rolle des Rechtfertigungsfaktors steht des weiteren offensichtlich im Zentrum der Entwicklung des EU-Rechts rund um die Beweislast. Die Mitgliedsstaaten haben ihr Beweissystem nach den Prinzipien auszurichten, die in den verschiedenen Richtlinien des EU-Rechts bezüglich der Diskriminierungen festgelegt sind⁷: „wer sich durch die Nichtbeachtung des Prinzips der Gleichbehandlung in seinen Rechten verletzt fühlt, hat gegenüber der innerstaatlichen Rechtsprechung den Nachweis für den Sachverhalt zu erbringen, der die Annahme einer direkten oder indirekten Diskriminierung rechtfertigt, und dann obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass tatsächlich kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip vorliegt“.

Ein solcher Beweis beruht also auf den Rechtfertigungsgründen, die der Dienstgeber vorzulegen vermag.

Schließlich sind die innerstaatlichen Rechtsordnungen in Angelegenheiten der Diskriminierung in rascher Entwicklung begriffen, denn die Richtlinie 97/80 über die Beweislast betreffend die Ungleichbehandlung zwischen weiblichen und männlichen Arbeitnehmern ist in Kraft getreten⁸. Die beiden Richtlinien aus 2000 werden gegenwärtig allmählich in den verschiedenen Mitgliedsstaaten umgesetzt. In Frankreich hat diese Umsetzung mit dem Gesetz vom 16. November 2001 stattgefunden. Die Rechtsprechung weist ebenfalls einige Beispiele für Behandlung von Rechtfertigungen auf, vor allem im Bereich der Diskriminierung wegen gewerkschaftlicher Betätigung⁹.

Der Ansatz zur Behandlung der Diskriminierungsproblematik aus einer bewusst rund um die Relativität der Unterschiede konzipierten Optik ist noch zu neu, als dass eine systematische Analyse der Entwicklung in den innerstaatlichen Rechtsordnungen stattfinden könnte, obgleich einige Länder die Richtlinien des Jahres 2000 bereits umgesetzt und wie in Frankreich eine vorzeitige Anwendung der EU-Regeln vorgenommen haben: im Augenblick geht es vielmehr um die Frage, ob in Zukunft der innerstaatliche Richter eine vollständige Freiheit der Beweiswürdigung hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe behalten wird oder nicht.

Diese Frage ist offensichtlich von zentraler Bedeutung, denn wenn der Richter der Rechtfertigung des Verhaltens oder Handelns des Arbeitgebers stattgibt, dann hat er eine Entscheidung zwischen den Werten, die dem Schutz der Person zugrunde liegen, und den in Verbindung mit dem Markt stehenden Werten zu treffen, die meistens im Zentrum der Rechtfertigungen des Arbeitgebers stehen.

Die Zulassung eines Rechtfertigungsgrundes erlaubt es gewissermaßen, „sich von einem Diskriminierungsvorwurf freizukaufen“¹⁰.

Da das EU-Recht die nationalen Gerichtspraktiken umschließt, ist es in einer ersten Phase sinnvoll, sich mit der Konstruktion auseinanderzusetzen, die vom Gerichtshof bezüglich der Kontrollstandards für solche Rechtfertigungen entwickelt wurde; diese Standards werden in den Richtlinien wieder aufgegriffen und für jeden Diskriminierungsgrund angepasst oder in ihren Umrissen festgelegt (I).

Sobald der Rahmen der Standards gerichtlicher Beurteilung festgelegt ist, gilt es, nach dem Modus der Einbeziehung dieser Rechtfertigungen in die Gerichtsverfahren zu fragen, wobei sich dies rund um einige konkrete Fragestellungen konzentrieren wird (II): Kann man zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine europäische Justizpolitik des Kampfes gegen Diskriminierungen aufbauen, gibt es eine kohärente Strategie, die von den Richtern ausgehend von den wirtschaftlichen und sozialen Zielen des EU-Vertrags im Rahmen des Kampfes gegen Diskriminierungen auf EU-Ebene entwickelt werden kann? Sind die gegenwärtigen Prüfstandards für Rechtfertigungen ausreichend, um die Wahrung der Ziele des EU-Rechts zu gewährleisten?

1. Die juristische Einbettung der Rechtfertigungen

Insoweit als die Richtlinien 2000/43 vom 29 Juni 2000 und 2000/78 vom 27. November 2000 in einer Kontinuität stehen, stellen die vom Gerichtshof im Rahmen der Umsetzung der Gleichbehandlung zwischen den männlichen und weiblichen Arbeitnehmern entwickelten Regeln unumgängliche Interpretationshilfen dar: ob es sich nun um Standards handelt, die entwickelt wurden, um indirekte Diskriminierungen zu ermitteln, oder um die Anwendung von Regeln über die Verteilung der Beweislast, der Ansatz des EU-Rechts ist identisch, denn die neuen Texte sehen in der Definition der indirekten Diskriminierung ebenso die Möglichkeit der Rechtfertigung vor, und verweisen wie im Bereich der Beweislast auf denselben, dem Arbeitgeber obliegenden Beweis für einen Rechtfertigungstatbestand.

Selbst dann, wenn nicht im selben Rahmen und nicht im selben Augenblick eine Berufung auf Rechtfertigungstatbestände im streitigen Verfahren wegen einer Diskriminierung erfolgt, hat sie doch eine identische Funktion, die dafür verantwortlich ist, dass ihre Definition durch die Richter auf der Grundlage derselben Referenzkriterien erfolgt¹¹.

Es zeigt sich, dass der Gerichtshof allgemeine Eigenschaften herausgearbeitet hat, denen die von dem Arbeitgeber vorgebrachten Rechtfertigungen (1.1) entsprechen

müssen, und zwar ohne Berücksichtigung der wirtschaftlichen Natur der Rechtfertigung oder des Ursprungs derselben, und die Rechtsvorschriften sehen auch allgemeine Rechtfertigungstatbestände vor, die zu regelrechten Ausnahmen erklärt werden(1.2).

1.1 Eigenschaften der Rechtfertigungstatbestände

Seit dem Bilka-Urteil¹² hat der EuGH festgestellt, dass in den Fällen, in denen eine statistisch identifizierbare Gruppe nachweisbar ungünstige Voraussetzungen in bestimmten Bereichen aufweist, der Arbeitgeber den Beweis dafür erbringen kann, dass die Maßnahme, die als versteckte Diskriminierung angesehen werden könnte, durch die Absicht, ein rechtmäßiges und von jeglicher Diskriminierung freies Ziel durch Mittel zu erreichen, die einem tatsächlichen, notwendigen und angemessenen Bedürfnis des Unternehmens entsprechen, gerechtfertigt ist. Dieselben Kriterien werden von den Richtlinien wieder aufgenommen: die Rechtfertigungen müssen objektiven Charakter haben, durch ein rechtmäßiges Ziel gerechtfertigt sein und durch angemessene und notwendige Mittel umgesetzt werden.

1.1.1 Der objektive Charakter der Rechtfertigung

Dieser Charakter setzt selbstverständlich voraus, dass die Rechtfertigung keinen subjektiven Charakter hat, also nicht an die Person selbst gebunden ist: mit anderen Worten, sobald die von dem Arbeitgeber geltend gemachte Rechtfertigung sich auf eine Eigenschaft des Individuums beziehen könnte, besteht die Gefahr, dass sie diskriminierenden Charakter annimmt, insbesondere im Bereich der indirekten Diskriminierungen, wo die entsprechende Gruppe stets eine, meist statistisch, spezifisch qualifizierte Gruppe ist¹³, auch wenn sie nach den neuen Richtlinien nur noch „identifizierbar“ sein muss.

So hat der Gerichtshof nicht zugelassen, dass ein Arbeitgeber sich auf die mangelhafte Qualität der Arbeit von Frauen beruft (weil sie Frauen sind...)¹⁴.

Die Forderung nach einem objektiven Kriterium zielt darauf ab, unterschiedliche richterliche Beurteilungen zu vermeiden. Natürlich verweist diese Forderung auf die „objektiv wirtschaftlich gerechtfertigten“ Gründe, die aus dem Status des Arbeitsmarktes oder der wirtschaftlichen Krisensituation auf einem Markt abgeleitet werden. Diese Gründe können aus der Betriebsführung des Unternehmens¹⁵ oder aus im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Richtlinien hergeleitet werden; eine Bestimmung hat dann objektiven Charakter, „wenn sie zu einem Maßnahmenpaket gehört, das darauf abzielt, den wirtschaftlichen Druck auf die kleineren Betriebe, die bei der Schaffung von Arbeitsplätzen eine wesentliche Rolle spielen, zu erleichtern“¹⁶.

Das objektive Kriterium muss per definitionem frei von jeder Diskriminierung sein: diese Feststellung erscheint selbstverständlich, wird jedoch vom Gerichtshof ausgesprochen, denn in Rechtssachen, in denen es um indirekte Diskriminierungen geht, sind die Abschnitte der Argumentation sind nicht genau unterschieden zwischen erstens der Phase des Nachweises für die Vermutung einer Diskriminierung, von der eine Gruppe betroffen ist (in Form früherer Teilzeitarbeitskräfte, die Frauen sind) und zweitens der Rechtfertigung, auf die sich ein Arbeitgeber beruft (Notwendigkeit der Teilzeit, um die entsprechende Flexibilität sicherzustellen)¹⁷: so kann das Hin- und Herschieben zwischen den beiden Bereichen leicht stattfinden, wenn es darum geht, eine Entscheidung über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu treffen, die nur Arbeitskräften zugebilligt wird, die

eine Mindestzahl von Stunden im Monat oder in der Woche arbeiten¹⁸, oder über einen Lohnzuschlag, berechnet auf der Grundlage des Dienstalters, der Arbeitskräften mit einer ausreichenden Arbeitsstundenanzahl vorbehalten bleibt¹⁹. Der Arbeitgeber weiß, dass die Gruppe von Arbeitskräften, der diese Vergünstigung vorenthalten wird, sich vorwiegend aus Frauen zusammensetzt, aber die Rechtfertigung wird stets an das Erfordernis gebunden werden, die Arbeitnehmer zu fördern, die in dem Betrieb in wesentlichem Umfang engagiert sind.

Dieser Standard des objektiven Kriteriums erlaubt es somit, alle Arten von Gründen zu berücksichtigen: so wurde im Enderby-Urteil²⁰ die Berufung auf die Arbeitsmarktsituation als Rechtfertigungsgrund für eine unterschiedliche Entlohnung zwischen männlichen und weiblichen Arbeitskräften akzeptiert. In anderen Entscheidungen wurden auch Elemente betreffend die Arbeitskraft, die Geschicklichkeit oder die Flexibilität hinsichtlich der Arbeitszeiten²¹, die Förderung der Beschäftigung oder die berufliche Ausbildung²² ins Treffen geführt.

Die Argumente aus dem Bereich der Betriebsführung und der Anforderungen des Arbeitsmarkts können daher in unbegrenzter Weise vorgebracht werden. Der Gerichtshof misst dem Ursprung des Rechtfertigungsgrundes keine Bedeutung bei: ob dieser nun einer unternehmensspezifischen Eigentümerentscheidung entspringt oder einem Argument, das in der innerstaatlichen Rechtsordnung wurzelt²³, wie die Achtung vor der Sozialpolitik²⁴ oder die Klausel der Sozialwahl bei den Kündigungen²⁵, die Rechtfertigung wird stets als objektive angesehen.

Indem der Gerichtshof darauf besteht, dass die Würdigung dieser Rechtfertigung an den innerstaatlichen Richter verwiesen wird – besonders in der letzten Zeit,²⁶ scheint er sehr wohl zu berücksichtigen, dass diese Eigenschaft nicht ausreicht, um die Situation tatsächlich zu überprüfen und so in effizienter Weise gegen Diskriminierungen vorzugehen.

1.1.2. Der vom Arbeitgeber angestrebte Zweck

Der Gerichtshof führt eine Kontrolle der Legitimität des von dem Arbeitgeber verfolgten Ziels durch, er behält sich daher die Möglichkeit vor, die tatsächliche Existenz desselben und seine Angemessenheit angesichts der Größe des Unternehmens, der Umstände der Branche, des Bezugszeitraums, usw. zu beurteilen.

Dieses dem vorhergehenden sehr nahestehende Kriterium zielt darauf ab, den innerstaatlichen Richter dazu zu zwingen, die wahren Antriebsmotive des Arbeitgebers zu erforschen: oft werden sie verborgener Natur sein, vor allem dann, wenn sie im Zusammenhang mit dem Geschlecht, der Religion, dem Alter oder der sexuellen Ausrichtung der Arbeitnehmer stehen.

Die wirtschaftliche Rechtfertigung wird in systematischer Weise akzeptiert, denn man geht von der Annahme aus, dass die wirtschaftliche Entwicklung im Rahmen der Wettbewerbsfähigkeit in der Europäischen Union ein vorrangiges und damit jedenfalls legitimes Ziel darstellt.

Bei der Überprüfung der Zulässigkeit der Rechtfertigung lassen sich manche Unschärfen nicht vermeiden, wie zum Beispiel im Rechtsfall Lewen²⁷, in dem der Gerichtshof es für zulässig erklärt hat, dass ein Arbeitgeber eine Prämie einer im Erziehungsurlaub befindlichen Arbeitnehmerin mit der Begründung verweigert hat, dass diese Prämie lediglich als Gegenleistung für die Anwesenheit der Arbeitnehmer im Unternehmen gezahlt würde. Es ist offensichtlich, dass die Freistellung, die auf einen Mutterschutzurlaub folgt, vorzugsweise von Frauen in Anspruch genommen wird: Ziel der Prämie ist der Kampf gegen die allzu häufigen

Abwesenheiten vom Arbeitsplatz – wenngleich das legitim ist, war es auch unabhängig vom Geschlecht? Diese Unschärfe, die dem Hin und Her entspricht, das man auch im französischen innerstaatlichen Recht antrifft²⁸, ist die Folge von zwei unterschiedlichen Ansätzen zur Auffassung von Gleichheit – abstraktes bzw. konkretes Gleichheitsprinzip.

Das EU-Recht versucht jedoch insgesamt eine konkrete Gleichstellung zu erreichen, und dieses Ziel, das in den neuen Richtlinien besonders deutlich zum Ausdruck kommt, müsste eigentlich vom Gerichtshof unterstützt werden.

Hier lässt sich erneut feststellen, dass diese Kontrolle der Rechtfertigungsgründe auf ihr Ziel zu der Annahme sämtlicher Rechtfertigungsgründe führen kann. In Großbritannien, einem Land, in dem die gerichtliche Überprüfung der Rechtfertigungsgründe bereits lange Zeit üblich ist, wird die allzu große Akzeptanz gegenüber wirtschaftlichen Argumenten beklagt, die eng mit dem liberalen, um nicht zu sagen ultraliberalen Umfeld zusammenhängt, und mit dem Vertrauen, das die Richter in die kaufmännische Regelung der Arbeitsverhältnisse haben²⁹.

Die Überprüfung der angestrebten Zweckbestimmung hat jedoch eine negative Funktion: gelingt es dem Arbeitgeber nicht, den Richter von der Schlüssigkeit seines Ziels zu überzeugen, dann kann der Richter leicht daraus schließen, dass der angestrebte Zweck nicht völlig von Diskriminierung frei ist³⁰. So kam der Gerichtshof im Danfoss-Fall zu dem Schluss, dass die auf das Interesse des Gehaltssystems des Unternehmens gegründete Rechtfertigung auf Grund ihrer Undurchsichtigkeit nicht zulässig wäre. In einem System individueller Gehaltsaufstockung, das durch einen völligen Mangel an Transparenz gekennzeichnet ist, muss die unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen als diskriminierend betrachtet werden.

Der Gerichtshof setzt voraus, dass der Arbeitgeber bei seinen Entscheidungen auf Grund einer bestimmten strategischen Auswahl vorgegangen ist, wenn diese zu einer Ungleichbehandlung führen, und dass er diese Wahl erklären kann: sobald die eingeschlagene Strategie undurchsichtig oder nicht transparent ist, kann der Zweck als diskriminierend angesehen werden³¹. Im Rahmen der Bestimmungen über die Beweisführung haben alle von den Arbeitgebern nicht eingestandenen oder auf undurchsichtigen Entscheidungskriterien beruhenden Strategien diskriminierenden Charakter.

Die Richtlinie vom 29. Juni 2000 verlangt, dass das angestrebte Ziel rechtmäßig und frei von jeder Form rassistischer oder ethnischer Diskriminierung sein muss: man kann wohl annehmen, dass es dem Arbeitgeber obliegt zu beweisen, dass er die Auswirkungen seiner Maßnahme auf die betroffene Gruppe bzw. die betroffenen Arbeitnehmer erwogen hat.³²

Die Beweispflicht für den willentlichen und transparenten Charakter der vom Arbeitgeber gesetzten Maßnahme ist außerdem so beschaffen, dass dadurch die Überprüfung der Notwendigkeit und Angemessenheit dieser Maßnahme erleichtert wird.

1.1.3. Notwendigkeit und Angemessenheit der gesetzten Schritte

Die Überprüfung der Notwendigkeit und Angemessenheit der vom Arbeitgeber vorgenommenen Maßnahmen erlaubt es dem Richter, auch ihre Übereinstimmung mit dem angestrebten Ziel zu prüfen: So müssen die Richter prüfen, ob das eingerichtete Entlohnungssystem es ermöglicht, viele Bewerber anzuziehen³³ oder sie durch die nach dem Dienstalter der Vollzeit-Dienstnehmer ausgerichteten

Systeme tatsächlich in ihrer Treue zum Unternehmen gestärkt werden, ob die Flexibilität in den Entlohnungssystemen es ermöglicht, einen Ausgleich für die von den Dienstnehmern verlangte Anpassungsbereitschaft in der Organisation der Arbeit zu schaffen³⁴, ob das Prämiensystem tatsächlich dem Missbrauch von Krankenständen entgegenwirkt³⁵.

Die Überprüfung der Notwendigkeit der Maßnahme erlaubt es auch, den tatsächlichen Charakter derselben zu prüfen und vermeidet, dass Rechtfertigungsgründe auf der Grundlage stereotyper Verhaltensmodelle in den Unternehmen eingeführt werden³⁶: so wird das den Arbeitgeber daran hindern, unberechtigterweise kommerzielle Überlegungen gegenüber Dienstnehmern ins Treffen zu führen, die sich durch eine Ausschlussmaßnahme auf Grund von Alter, sexueller Orientierung oder einer Behinderung betroffen fühlen.

Die strikte Kontrolle des Erfordernisses einer direkten Kausalitätsbeziehung zwischen Rechtfertigungsgrund und rechtmäßigem Ziel, das der Arbeitgeber vorbringt, erweist sich als sehr wichtig, insbesondere in allen Situationen, in denen eine Diskriminierungsvermutung bezüglich der Rasse oder der ethnischen Herkunft vorliegt: führen Anforderungen hinsichtlich fachlicher Qualifikation tatsächlich zum Ausschluss von aus den Maghreb-Staaten stammenden Dienstnehmern für ein vorübergehendes Arbeitsverhältnis, sind die medizinischen Eignungsbedingungen, die ein Arbeitsmediziner festgestellt hat, tatsächlich gegeben und für die Stelle in dem Ausmaß unerlässlich, dass die Eignung eines dunkelhäutigen Arbeitnehmers verneint werden muss, rechtfertigen die Sicherheitsanfordernisse im Unternehmen tatsächlich, dass ein behinderter Arbeitnehmer nicht befördert wird, usw.?

Schließlich ist die Angemessenheit der eingesetzten Maßnahmen dergestalt, dass sie die – im übrigen als rechtmäßig eingestufte – Einschränkung der Grundrechte möglichst gering hält.

Die durch diese Angemessenheitsprüfung entstehenden Anforderungen erlauben es, die Entscheidungen der Unternehmensführung im Bereich der dadurch erzielten Ergebnisse zu überprüfen. Der Ausgleich zwischen den verschiedenen auf dem Spiel stehenden Interessen ist eine allgemeine Technik des EU-Rechts³⁷, die den Richter dazu verhält zu ermitteln, ob das Ziel nicht durch andere Mittel hätte erreicht werden können, die die Grundrechte nicht beeinträchtigen³⁸. So stellt die bevorzugte Zulassung von männlichen Kandidaten, die den Militärdienst bereits absolvieren mussten, zum juristischen Referendariat keine unangemessene Praxis dar, weil sie nur während einer kurzen Zeitspanne in Entsprechung mit der eingetretenen Karriereverspätung von Belang ist³⁹.

Bislang prüft der Richter die Angemessenheit auf der Grundlage der objektiven Situation des Unternehmens, ohne Bezug auf eine Pflicht zum positiven Eingreifen zwecks Bereinigung der die Grundrechte verletzenden Situation⁴⁰.

Diese Eigenschaften, welche die Rechtfertigungsgründe aufweisen müssen, sind also Referenz-Standards, die für den innerstaatlichen Richter bei seiner Beurteilung der Rechtfertigungen Bindungswirkung haben.

Die Prüfung dieser Einstufungen zeigt, dass der Bezugsrahmen vom EU-Recht festgelegt wird, aber die Einstufung selbst der Beurteilung durch den innerstaatlichen Richter vorbehalten bleibt. Das französische Recht ist im Bereich der Prüfung der Rechtfertigungsgründe eher rudimentär ausgebildet, weil der Begriff der indirekten Diskriminierung erst im Gesetz vom 16. November 2001 eingeführt wurde und noch kein Echo in der französischen Rechtsprechung gefunden hat.

Die staatlichen Richter haben dagegen im Bereich des Beweisrechts für Diskriminierungen 1999 einen Wendepunkt gesetzt⁴¹, der die ganz neue Möglichkeit eines streitigen Verfahrens – das bislang als „untunlich“ gegolten hatte⁴² – eröffnet, vor allem im Bereich der gewerkschaftlichen Diskriminierung, und zwar auf Grund der Wechselwirkung, die zwischen der Beweislastregelung und der grundsätzlichen Zulässigkeitserklärung der Diskriminierung besteht⁴³.

Die französischen Richter nehmen bislang nicht in systematischer Weise die Prüfung der Qualität der vom Arbeitgeber vorgebrachten Rechtfertigungsgründe in Angriff, sondern konzentrieren sich auf den Nachweis, dass die von dem Arbeitgeber vorgebrachten Argumente keinerlei Diskriminierung enthalten⁴⁴. Dieses Recht der Diskriminierungstatbestände ist in Frankreich immer noch sehr neu, auch auf Grund der großen Schwierigkeit der Integration der EU-Überlegungen in Frankreich⁴⁵.

Der Verweis der Beurteilung der Rechtfertigungen an den innerstaatlichen Richter gilt auch für die spezifischen Rechtfertigungstatbestände, welche in den beiden Richtlinien vom 29. Juni 2000 und vom 27. November 2000 enthalten sind.

1.2 Die im voraus festgelegten Rechtfertigungen

Wichtig ist es zu unterstreichen, dass die beiden Richtlinien versucht haben, die allgemeinen Ausnahmen genauer zu fassen. Dagegen wird man feststellen, dass der EU-Gesetzgeber die Gründe für Diskriminierungen nicht in ähnlicher Weise behandelt: er hat die unterschiedlichen wirtschaftlichen Anforderungen und sozialen Situationen in den einzelnen Mitgliedsstaaten zum Anlass genommen, sehr weitgefaste Ausnahmeregelungen vorzusehen. Die Mitgliedsstaaten können die Streitkräfte vom Anwendungsbereich ihrer Rechtsvorschriften ausschließen⁴⁶. Die Ausnahme auf Grund von beruflichen Voraussetzungen⁴⁷ stellt einen allgemeine Ausnahmetatbestand für alle Gründe von Diskriminierung dar.

Spezifische Rechtfertigungen sind auch auf Grund von Alter und etwaiger Behinderung des Arbeitnehmers vorgesehen.

1.2-1 Die entscheidenden und wesentlichen beruflichen Voraussetzungen

Artikel 4 der Richtlinie vom 29. Juni 2000 erlaubt es den Mitgliedsstaaten, eine auf einem Diskriminierungsgrund beruhende Ungleichbehandlung zuzulassen, „wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt“.

Artikel 4 der Richtlinie vom 27. November 2000 geht in dieselbe Richtung. Außerdem muss das angestrebte Ziel rechtmäßig und angemessen sein.

Diese Texte nehmen die in der Richtlinie 76/207 über die Gleichbehandlung in den Arbeitsbedingungen zwischen männlichen und weiblichen Arbeitnehmern vorgesehene Ausnahmeregel auf.

Bekanntlich hat der EuGH den Text sehr restriktiv ausgelegt, um das Ziel der Gleichheit zu unterstützen. Ursprünglich geht es in dem Text nur um die „entscheidende Voraussetzung“; aber im Verlauf seiner Entscheidungen hat der Gerichtshof versucht, den Kreis der Stellen, für die das Geschlecht tatsächlich eine wesentliche Voraussetzung darstellt, immer mehr einzuengen. Der Gerichtshof hat eine bedeutende Zahl von Urteilen gefällt, die Stellen im Rahmen der Polizei, der Streitkräfte oder der schnellen Eingreifdienste betrafen. Er schränkt bekanntlich den Kreis der Posten, für die ein bestimmtes Geschlecht eine entscheidende und

wesentliche Voraussetzung darstellt, auf Stellen ein, bei denen eine Tätigkeit im Umgang mit Situationen höchster Gewaltanwendung zu erwarten ist⁴⁸.

Diese Beurteilung, die immer im Zusammenhang mit der Reihe von Urteilen steht, die eine mehr oder weniger strikte Auslegung zulassen, war stets von der Orientierung an dem wesentlichen Ziel der EU-Politik getragen.

Es ist offensichtlich, dass der Gerichtshof die Anstellungen definieren wird müssen, für welche die Rasse oder die ethnische Herkunft, die Religion, das Alter oder die Freiheit von einer Behinderung entscheidende und wesentliche Voraussetzungen darstellen. Es ist ebenso gewiss, dass er diese Ausnahme in restriktiver Form auslegen wird.

Es bleibt bestehen, dass die Konzeption dessen, was entscheidend und wesentlich sein kann, der richterlichen Würdigung überlassen bleibt und damit der Entwicklung der Ideen und der Gesellschaft unterliegt. Das verweist jedoch auf den allgemeinen evolutiven Charakter des EU-Recht, der im Bereich der Beurteilung von Diskriminierungen von besonderer Wichtigkeit ist.

Die Richtlinie vom 27. November 2000 hat auch spezifische Bestimmungen für in den sogenannten „Körperschaften mit bestimmter weltanschaulicher Ausrichtung“ ausgeschriebenem Posten ins Auge gefasst. Die Richtlinie erlaubt es einem Mitgliedsland, die bestehenden Bestimmungen beizubehalten, nicht jedoch, neue einzuführen.

Die Ungleichbehandlung auf der Grundlage der Religionszugehörigkeit oder der Überzeugungen einer Person stellen keine Diskriminierung dar, wenn die Religionszugehörigkeit oder die persönlichen Überzeugungen angesichts der ethischen Grundlage der entsprechenden Körperschaft eine essentielle, rechtmäßige und gerechtfertigte Anforderung darstellen.

Auch hier sind nur die Anforderungseigenschaften ausgeführt, die Beurteilung wird wiederum de facto an den innerstaatlichen Richter delegiert. Die vom EU-Recht eingeführten Begrenzungen bestehen in einem Verweis auf die internen verfassungsmäßigen Rechte der einzelnen Mitgliedsstaaten.

In Frankreich wurde keine Bestimmung über diesen Punkt in das Gesetz vom 16. November 2001 aufgenommen. Die vorausgehende Rechtsprechung zu den spezifischen Anforderungen für Körperschaften mit bestimmter weltanschaulicher Ausrichtung bei gleichzeitiger Zulassung derselben sollte vom EU-Recht nicht mehr in Frage gestellt werden⁴⁹.

Der Richter kann eine Überprüfung der Angemessenheit zwischen den Anforderungen des Arbeitgebers und dem religiösen und ethischen Engagement des Arbeitnehmers vornehmen. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Anforderungen des Arbeitgebers kann bei diesem Punkt besonders heikel werden: ist die Rechtmäßigkeit im Verhältnis zur Bedeutung der Anforderung oder in dem zu deren Natur zu prüfen? Mit anderen Worten, ist der Richter berechtigt, auf dem Umweg dieser Überprüfung auch die Rechtmäßigkeit des Glaubens oder der Überzeugung zu prüfen?

Noch frappierender erscheint die Relativität des Begriffs der Diskriminierung, wenn man sich auf die spezifischen Rechtfertigungsgründe konzentriert.

1.2.2 Die spezifischen Rechtfertigungsgründe

Sie sind das Ergebnis von Kompromissen, die auf zwei Ebenen ausgehandelt werden mussten: einerseits auf der traditionellen Ebene der Mitgliedsstaaten der Union im Moment der Ausarbeitung der Richtlinien, zudem aber auch auf

Gemeinschaftsebene hinsichtlich der wirtschaftlichen Zielsetzungen, die den Vorrang in der Beschäftigungspolitik im Rahmen des „Lissabon-Prozesses“ haben, und den prinzipiellen Zielen, wie sie im Rahmen von Artikel 13 formuliert sind.

Hinsichtlich der Behinderten ist der Arbeitgeber verpflichtet, in zumutbarem Ausmaß für eine entsprechende behindertengerechte Ausstattung zu sorgen, es sei denn, diese Maßnahmen würden für den Arbeitgeber eine unangemessene Belastung bedeuten. Die Kriterien für die Beurteilung der Zumutbarkeit werden dem Richter überlassen; die Angemessenheit der Belastung ist in Funktion der Größe und der Mittel des Unternehmens zu entscheiden.

Die Richtlinie hat das Verdienst, die Staaten, die noch keine Politik für Behinderte umgesetzt haben, zu der Einrichtung einer solchen zu zwingen, insofern als in Zukunft die aufgrund fehlender behindertengerechter Ausstattung erfolgte Weigerung des Arbeitgebers, einen behinderten Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, per se bereits als diskriminierend gilt. Ebenso sind die Verpflichtungen zur Einrichtung von Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen für den Zugang zu Stellen in den Mitgliedsstaaten umzusetzen.

Aber die Hindernisse finanzieller Art sind immer als gerechtfertigt anzusehen. Sie sind vom Richter zu überprüfen. Hier erlauben es spezifische Rechtfertigungsgründe dem Arbeitgeber, jeden Diskriminierungsvorwurf zu vermeiden, sobald der Beweis für die Schwere der durch die Integration des behinderten Arbeitnehmers geschaffene finanzielle Last vorgelegt wird.

Der französische Gesetzgeber hat es nicht für notwendig erachtet, eine spezifische Bestimmung vorzusehen, da bereits so viele verschiedene Behinderte betreffenden Vorschriften einen bevorzugten Zugang dieses Personenkreises zu Anstellungen⁵⁰, das Recht auf behindertengerechte Arbeitsplatzausstattung⁵¹, die Organisation von Finanzierungen im Rahmen der Agefip⁵² und vor allem Verpflichtungen zur Anpassung und Neueinstufung einer Stelle vorsehen, die für den Arbeitgeber gelten, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig und behindert wird⁵³.

Man kann jedoch bedauern, dass der französische Gesetzgeber die Gelegenheit nicht genutzt hat, um eine allgemeine Verpflichtung zu einer in zumutbarem Umfang behindertengerechten Ausstattung der Arbeitsplätze im Unternehmen zu normieren, die vielleicht eine Auswirkung auf die Sozialpartner zwecks Beschleunigung des Abschlusses von Kollektivverträgen zugunsten der Einstellung von Behinderten bewirkt hätte⁵⁴. Der inländische Richter kann eine solche, sollte sich die Gelegenheit ergeben, im Rahmen der Verpflichtung zur Auslegung des französischen Rechts im Einklang mit dem EU-Recht immer noch statuieren.

Hinsichtlich der auf das Alter gestützten Rechtfertigungsgründe gilt, dass diese als rechtmäßig eingestuft werden, wenn sie sich auf beschäftigungspolitische, arbeitsmarktpolitische oder die Fachausbildung betreffende Überlegungen stützen. Artikel 6 enthält eine nicht taxative Aufzählung der ohne gerichtliche Überprüfung zulässigen Rechtfertigungsgründe: man kann sich freilich fragen, in welchen Fällen noch eine weitere auf Altersgründe gestützte Diskriminierung auftreten könnte, denn die Liste versteht sich zwar nur als Beispielsaufzählung, rechtfertigt aber sämtliche Ausschlusssituationen, die sich auf das Alter gründen, sowohl im Rahmen der Anstellung, als auch hinsichtlich der sozialen Schutzvorschriften.

Die französische Rechtsordnung hat im Artikel L 122-45-3 die Liste der rechtmäßigen Unterschiede aufgenommen, die in dem Verbot des Zugangs zu bestimmten Stellen oder der Einrichtung besonderer Arbeitsbedingungen im Hinblick auf den Schutz der Jugendlichen und der älteren Arbeitnehmer, in der

Festlegung eines Mindesteintrittsalters auf Grund der für die Stelle erforderlichen Ausbildung oder im Erfordernis einer angemessenen Beschäftigungszeit vor dem Eintritt in den Ruhestand bestehen können.

Der Richter hat dennoch die Verpflichtung zu überprüfen, dass die Unterschiede in der Behandlung, die auf das Alter gegründet sind, objektiv und in zumutbarer Weise durch einen rechtmäßigen Zweck gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angemessen und notwendig sind⁵⁵.

Diese Prüfung der Rechtfertigungsgründe, so wie sie in den Rahmen des EU-Rechts eingefügt sind, zeigt, dass das Ziel des Kampfs gegen die Diskriminierungen durch eine Ausweitung der EU-Politik zu neuen Diskriminierungsursachen hin erweitert wurde, gleichzeitig aber auch die Möglichkeiten für Rechtfertigungen, also für den Nachweis der Rechtmäßigkeit diskriminierender Sachverhalte, wesentlich weiter gefasst wurden. Man kann diese also als Gegengewicht zu einer Entwicklung darstellen, die im Bereich der Anerkennung der Diskriminierungen für die Geschädigten günstig ist, insbesondere im Bereich der indirekten Diskriminierungen, und die – auf Grund der Beweislastverteilung – ebenso ungünstig für die Arbeitgeber ist.

Diese sehr großzügig konzipierte Zulässigkeit der Rechtfertigungsgründe macht freilich die Verfolgung des Zieles im Kampf gegen alle Formen von Diskriminierung schwieriger: aber werden nicht manche diese Großzügigkeit als mit der wirtschaftlichen Konstruktion des gemeinsamen europäischen Marktes eher vereinbar empfinden?

Die Anerkennung von Diskriminierungen hat daher sehr relativen Charakter. Die Wirksamkeit der diesbezüglichen Bestimmungen hängt von der Hartnäckigkeit des Richters ab, denn die Prüfungsstandards beruhen sämtlich auf der treffsicheren Beurteilung des Richters hinsichtlich der Frage, was als „Zweck“, als „rechtmäßig“, „angemessen“, „notwendig“, „zumutbar“, „bestimmend“ und „wesentlich“ anzusehen ist.

Das Recht im Bereich der Diskriminierungen hat einen vordringlich relativen Charakter hinsichtlich der zu beurteilenden Eigenschaften.

2. Gerichtliche Überprüfung der Rechtfertigungen

Der Gerichtshof und der EU-Gesetzgeber delegieren die Zulassung der Rechtfertigungen an den inländischen Richter. Der Einfluss des angelsächsischen Rechts ist hier deutlich zu sehen: das Vertrauen, das man dem Richter bei der Anwendung von Einstufungsstandards schenkt, ist in den Ländern, in denen es die Tradition des Common Law gibt, immer wesentlich stärker gewesen.

Die Erfahrung zeigt auch, dass die Unterschiedlichkeit der Sachverhalte und ihre Komplexität im Bereich der Diskriminierungstatbestände es erforderlich machen, dem Richter einen sehr breiten Ermessensspielraum einzuräumen.

Das Vertrauen in die dem inländischen Richter überlassene Würdigung des Sachverhalts erlaubt auch eine Entwicklung in der Einschätzung der Rechtfertigungstatbestände entsprechend der Entwicklung der Gesellschaft.

Außerdem ist dieses Vertrauen in die richterliche Beurteilungsfähigkeit der Eckstein des von den drei Richtlinien aus 1997 und 2000 eingeführten Beweissystems.

Zudem kann es nützlich sein, sich zunächst mit den Umständen des Eingreifens des inländischen Richters im Bereich der Rechtfertigungsgründe zu beschäftigen, ehe man die Frage nach der Eingrenzung dieses Eingreifens stellt.

2.1 Die Art des Eingreifens des inländischen Richters

Die Tendenzen erscheinen uns hier nicht einheitlich zu sein: einerseits scheint es, dass man sich der Tatsache bewusst wird, dass die sehr große Relativität, die das EU-Recht in der Konstruktion der Rechtsfigur der Diskriminierungen bewirkt, bei der Zulassung der Rechtfertigungsgründe zu der Möglichkeit der Akzeptanz von allgemeinen und abstrakten Rechtfertigungsgründen führt, die der Zulassung diskriminierender Unterschiede in der Behandlung Tür und Tor öffnen, und andererseits, dass die Richter versuchen, im konkreten Bereich nur jene Rechtfertigungen zuzulassen, die sie überzeugt haben.

2.1.1 Die Zulässigkeit allgemeiner Rechtfertigungsgründe

Diese erste Tendenz geht vor allem auf eine Orientierung des Gerichtshofs zurück, in systematischer Weise wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe zuzulassen. Auch dann, wenn die Rechtsvorschriften die Eigenschaften der Rechtfertigungsgründe der rechtlichen Würdigung durch den innerstaatlichen Richter vorbehalten, behält sich der Gerichtshof die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der Zwecke für den Fall vor, „dass das Problem die Vereinbarkeit einer nationalen Rechtsordnung oder der Bestimmungen eines Abkommens mit dem EU-Recht betrifft“⁵⁶. In den meisten Fällen handelt es sich jedoch um eine betriebswirtschaftliche Frage oder um ein Problem der Sozialpolitik der einzelnen Staaten. Im Kachemann-Urteil stellt der Gerichtshof sehr deutlich fest, „dass angesichts des Standes des Sozialrechts auf EU-Ebene die Sozialpolitik bei den einzelnen Mitgliedsstaaten liegt, die über einen vernünftigen Ermessensspielraum hinsichtlich der Natur der sozialen Schutzmaßnahmen und der konkreten Umstände von deren Umsetzung verfügen. Solche Maßnahmen können daher, wenn sie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und zu diesem Zweck notwendig sind, wenn sie also durch Gründe gerechtfertigt sind, die mit jeglicher Diskriminierung auf Grund des Geschlechts nichts zu tun haben, nicht als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung gewertet werden“.

Diese jüngste Orientierung des EuGH zeigt, dass dieser es zwar dem innerstaatlichen Richter überlässt, seine Kriterien anzuwenden, die, wie wir gesehen haben, kaufmännischen Überlegungen breiten Raum zubilligen, sich aber dennoch eine Leitfunktion hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe im Bereich der Sozialpolitik vorbehalten möchte: Das lässt den Staaten, die im Rahmen ihrer sozialpolitischen Maßnahmen Unterschiede in der Behandlung zu verankern wünschen, ein beträchtliches Feld von Möglichkeiten hierfür offen⁵⁷.

Der Gerichtshof lässt in sehr weitem Umfang Rechtfertigungsgründe zu, die aus den sozialpolitischen Zielsetzungen der Staaten herrühren, freilich unter Prüfung der Frage, ob sie tatsächlich nichts mit jeglicher Art von Diskriminierung zu tun haben⁵⁸.

Besonders interessant scheint es, dass der Generalanwalt Saggio in dieser Rechtssache darauf gedrungen hatte, keine A-priori-Verallgemeinerung der Rechtfertigungsgründe vorzunehmen und die innerstaatlichen Richter dazu anzuhalten, die Lage der Arbeitnehmer in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen, um etwa in dem konkreten Fall zu ermitteln, ob die Anwendung des Kriteriums der sozialen Wahlentscheidung, die eine Unterscheidung zwischen den Vollzeit- und den Teilzeit-Arbeitskräften im Rahmen der deutschen Rechtsordnung herstellt⁵⁹, für jeden einzelnen Vertrag gegeben war oder nicht. Der Gerichtshof hat sich dieser Rechtsmeinung nicht angeschlossen, obwohl diese sich auf Präzedenzfälle stützte,

in denen der Gerichtshof anerkennen konnte, „dass eine einfache Verallgemeinerung hinsichtlich bestimmter Kategorien von Arbeitnehmern es nicht ermöglicht, objektive Kriterien zu ermitteln, die nichts mit jeglicher Diskriminierung zu tun haben“⁶⁰.

Der konkrete Ansatz der Überprüfung von Fall zu Fall unter Vermeidung jeglicher Verallgemeinerung zulässiger Rechtfertigungsgründe wird also vom Gerichtshof nicht übernommen, wenngleich er dennoch eine Garantie auf individueller Ebene darzustellen scheint. Er lässt freilich dem innerstaatlichen Richter jegliche Freiheit bei der Beweismittelwürdigung hinsichtlich der ihm vorgelegten Beweismittel.

2.1.2 Das Erfordernis eines überzeugenden Rechtfertigungsnachweises

Gerade im Rahmen der Beweismittelwürdigung bei den Rechtfertigungstatbeständen zeigt sich eine Tendenz zu stärkerem Schutz für die Dienstnehmer.

Das System der Beweislastverteilung beruht auf der Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs seit 1993, wobei versucht wurde, die Anerkennung von Diskriminierungen zu erleichtern, indem man den Beweisgegenstand für den Kläger auf den Tatbestand einschränkte, aus dem sich der Anschein einer Ungleichbehandlung ergibt. Den Beklagten trifft die Beweislast für die Rechtfertigung. Diese Abänderung der Beweislastverteilung hat in Frankreich zu ersten Polemiken sowohl auf ideologischer als auch auf technischer Ebene geführt. Das Gesetz vom 16. November 2001 hat dergestalt die Richtlinien vom 29. Juni 2000 und vom 27. November 2000 umgesetzt, indem es ausführt, dass der Kläger „dem Richter die Tatbestandselemente vorlegen muss, die die Annahme einer direkten oder indirekten Diskriminierung erlauben“. Dieselbe Formel wurde vom französischen Gesetzgeber in dem Gesetz vom 17. Januar 2002 in den Bestimmungen über die Beweisführung im Fall von Mobbing übernommen: Wer sich durch fortgesetzte Handlungen, die als Mobbing einzustufen sind, verletzt fühlt, hat ebenfalls „Tatbestandselemente nachzuweisen, die die Annahme eines solchen Mobbing erlauben“.

Angesichts dieser Tatbestandselemente obliegt es der beklagten Partei zu beweisen, dass diese Handlungen kein solches Mobbing darstellen.

Der Verfassungsrat hat bezüglich dieser Bestimmung einen Interpretationsvorbehalt ausgesprochen, indem er konkretisierte, dass der Rechtsvorteil für die Kläger nicht dazu führen kann, diese von der Verpflichtung des Nachweises für das tatsächliche Vorliegen präziser und übereinstimmender Tatbestandselemente zu befreien.

Der Hinweis auf das Erfordernis präziser und übereinstimmender Tatbestandselemente scheint uns nicht im Widerspruch zu der Logik des EU-Rechts zu stehen, das verlangt, dass der Nachweis für Tatbestandselemente, die eine Ungleichbehandlung oder eine Belästigung ausmachen, erbracht werden muss.

Hier scheint es wichtig, jede Verwechslung zwischen der Einführung einer rechtlichen Vermutung einer Diskriminierung und dem Anschein einer Diskriminierung zu vermeiden.

Der Wortlaut des Gesetzes vom 16. November 2001, so wie auch die vorangehende Rechtsprechung des EuGH, scheinen uns durchaus mit der vom Verfassungsrat hinsichtlich des Mobbing aufgestellten Forderung vereinbar zu sein. Tatsächlich wäre es höchst ärgerlich, wenn die beiden in ähnlicher Formulierung gehaltenen Texte, die beide zu der Schaffung einer einheitlichen

Rechtslage im Bereich des Schutzes der Grundrechte der Person beitragen sollen, in zwei unterschiedlichen Weisen angewendet werden sollten.

In diesem Zusammenhang scheint klar, dass der Nachweis des Vorbringens, wenn man dies nach der Motulsky-Formel versteht, nämlich als „sämtliche Tatbestandsumstände, die den rechtserzeugenden Elementen entsprechen“⁶¹, das Herzstück der neuen Beweisrechtsregelung darstellt. Er ist dem Richter sorgfältig und in präziser Form vorzulegen⁶².

Klar ist, dass im EU-Recht, ganz wie im französischen innerstaatlichen Recht, die Richter einerseits den Nachweis präziser und übereinstimmender Tatbestandselemente verlangt haben, die die Annahme rechtfertigen, dass eine Ungleichbehandlung stattgefunden hat, die diskriminierenden Charakter gehabt haben könnte, und andererseits dem Arbeitgeber die Beweislast dafür übertragen haben, die Behauptung eines diskriminierenden Charakters durch eine Rechtfertigung auf der Grundlage objektiver Tatbestandselemente, die nichts mit jeglicher Diskriminierung zu tun haben, zu entkräften.

Es erscheint jedoch so, als würden die Richter, vielleicht im Einklang mit einem analogen Beweiserfordernis in den USA und Kanada⁶³ danach streben, von der vom Arbeitgeber vorgebrachten Rechtfertigung tatsächlich überzeugt zu werden. Diese Überzeugungsarbeit erfolgt natürlich durch die Feststellung des rechtmäßigen und notwendigen Charakters der Rechtfertigung, es scheint jedoch, als wäre es dabei essentiell, dass der Richter tatsächlich überzeugt wird.

Die Bedeutung dieser Forderung nach Überzeugung des Richters wird durch das Gesetz vom 16. November 2001 über die Diskriminierung⁶⁴ und das Gesetz vom 17. Januar 2002 über Mobbing unterstrichen: „der Richter bildet sein Urteil, nachdem er erforderlichenfalls die notwendigen Ermittlungsschritte angeordnet hat“.

Die Rolle der erforderlichen Überzeugung des Richters wird durch praktische Beispiele unterstrichen: So hat im Enderby-Fall der Richter eingeräumt, der Mangel an Bewerbern könne die Tatsache rechtfertigen, dass ein Arbeitgeber Dienstnehmer durch eine höhere Entlohnung anlockt. Er verlangt jedoch, noch weiter zu gehen und zu überprüfen, „in welchem Ausmaß diese Zwecke eine unterschiedliche Entlohnung rechtfertigen“.

Tatsächlich verlangt der EU-Richter vom nationalstaatlichen Richter, dass dieser von der Notwendigkeit der Ungleichbehandlung überzeugt ist.

Ebenso hat bei einigen Rechtssachen der Gerichtshof zu guter Letzt die wirtschaftliche Rechtfertigung nicht anerkannt: so etwa in der Rechtssache Rinner-Kühne, wo der EU-Richter dem Argument der geringeren Integration der Teilzeitarbeitskräfte in das Unternehmen oder des weniger starken ökonomischen Abhängigkeitsverhältnisses gegenüber diesen Arbeitnehmern nicht gefolgt ist.

Dieses Erfordernis der Überzeugung hinsichtlich der vom Dienstgeber vorgebrachten Rechtfertigung hat also eine transversale Bedeutung hinsichtlich der Überprüfung der Eigenschaften, die eine Rechtfertigung besitzen muss.

Dieselbe Tendenz findet sich auch in der französischen Rechtsprechung.

Zunächst bereits im Bereich der ungleichen Bezahlung, wo der Kassationsgerichtshof, der die neue Beweislastregelung eingesetzt hat, in einem Urteil vom 19. Dezember 2000⁶⁵ sehr deutlich ausspricht, dass der Dienstgeber keine überzeugenden objektiven Gründe vorgebracht hat, die die unterschiedliche Bezahlung von Männern und Frauen erklären könnten, angesichts der Tatsache, „dass die Frauen ebenso wie die Männer Nachtarbeit verrichten, dass sie eine wenigstens

ebenso lange Vordienstzeit aufweisen wie die Männer, und dass ihre tatsächlichen Funktionen denselben Wert hatten wie die der Männer, da die Einführung der neuen Techniken dazu führt, dass die verschiedenen Arbeitsplätze an Maschinen einen gleich hohen technischen Anspruch aufweisen“.

Im Bereich der Diskriminierung von gewerkschaftlich Tätigen zeigen die Urteile ebenfalls, dass Rechtfertigungen überzeugend sein müssen, um jeden Diskriminierungsverdacht auszuschließen.

Der Kassationshof hat im Vorgriff die neuen Beweisregeln auf im Rahmen der beruflichen Laufbahn von gewerkschaftlichen Vertretern auftretende Diskriminierungen angewendet: Nachdem bewiesen wurde, dass die Laufbahnen der Gewerkschaftsvertreter über einen längeren Zeitraum betrachtet Gegenstand von sehr ausgeprägten Ungleichbehandlungen gewesen waren, mussten die Richter überprüfen, ob der Dienstgeber rechtmäßige Rechtfertigungsgründe vorbringen konnte, die mit jeglicher Diskriminierung nichts zu tun hatten: weder die Beschwerden gegen die Arbeitnehmer⁶⁶, noch ihre fachlichen Mängel, noch die Weiterbildungserfordernisse, noch die angebliche Ablehnung der Arbeitnehmer, ihre fachlichen Qualifikationen anpassen oder vervollkommen zu lassen, wurden anerkannt⁶⁷. In seinem Urteil vom 4. Juli 2000⁶⁸ führt der Gerichtshof aus, dass der Arbeitgeber zur Rechtfertigung der verspäteten Beförderung des geschützten Arbeitnehmers objektive Kriterien fachlicher Kompetenz anführte, aber „er brachte kein Tatbestandselement vor, das begründet hätte, die fachlichen Eigenschaften des Arbeitnehmers wären die einzige Ursache für die festgestellten Ungleichbehandlungen“.

Es ist also nicht nur die Art des angeführten Rechtfertigungsgrundes, in Abhängigkeit von den Bedürfnissen des Unternehmens und von dessen Interessen, oder deren rechtmäßiger Charakter und deren Zweck, die für die Zurückweisung ursächlich waren, sondern auch das Fehlen einer eindeutigen Wirkung hinsichtlich der konkreten Überzeugung, die der Richter bezüglich des Nichtvorliegens einer Diskriminierung gewinnen musste.

Man kann jedoch von den Rechtfertigungen überrascht sein, die die Arbeitgeber angesichts der Entwicklung der beruflichen Laufbahn von Dienstnehmern vorbrachten: Sie haben einfach festgestellt, die Beförderungen wären Wahlscheidungen, und es wäre nicht bewiesen, dass diese Benachteiligungen nicht den fachlichen Qualifikationen der Dienstnehmer entsprächen, die sich in ihren Rechten verletzt fühlten⁶⁹.

Durch diese Argumente wird sehr direkt die Frage der Art der Überprüfung der Abwicklung von Beförderungen durch den Arbeitnehmer aufgeworfen⁷⁰: „wenn der Richter sich auch nicht an die Stelle des Arbeitgebers setzen darf, so obliegt es ihm doch, angesichts einer möglichen Diskriminierung wegen gewerkschaftlicher Betätigung die Umstände zu überprüfen, unter denen die Laufbahn des Betroffenen abgelaufen ist. Dann können Richter im Rahmen eines Verfahrens auf Grund eines Verdachts auf Diskriminierung wegen gewerkschaftlicher Betätigung – wie in der mit Urteil vom 13 Februar 2001 durch den Kassationsgerichtshof entschiedenen Rechtssache – durch eine Rechtfertigung nicht überzeugt werden, die sich auf die Beurteilung „der Verdienste der Dienstnehmer, die am Ende zu einer global negativen Beurteilung führen kann“ durch den Arbeitgeber gründet⁷¹. Mit anderen Worten, der Dienstgeber kann seine Rechtfertigung nicht allein auf die Umstände der Ausübung seiner Führungsbefugnis gründen, weil es dabei der Argumentation an Objektivität mangelt.

Diese auf dem konkreten Sachverhalt jedes Falls gegründete Überzeugung ist tatsächlich die Art von Überprüfung, die der Generalanwalt Saggio in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Kachelmann gefordert hat.

Man kann auch meinen, dass diese Forderung nach Überzeugung des Richters das Ergebnis ist, das sich aus der von den neuen Richtlinien eingeführten Aufteilung hinsichtlich der Beweislast ergibt, denn hier trägt der Dienstgeber das Beweisrisiko.

Diese Forderung nach Überzeugung wird auch durch den Modus der Überprüfung der Eigenschaften, welche die Rechtfertigungsgründe haben müssen, gestützt, denn der innerstaatliche Richter hat die Möglichkeit, auf der Grundlage seiner eigenen Wertvorstellungen die Überzeugungskraft der vom Arbeitgeber ins Treffen geführten wirtschaftlichen Argumente und ihres Kausalnexus mit dem Tatbestand, der die Ungleichbehandlung ausmacht, zu beurteilen.

Es zeigt sich also, dass die Ansätze im Bereich der Rechtfertigungen nicht immer von einer perfekten Kohärenz gekennzeichnet sind.

Die allgemeine Konstruktion beruht jedoch – ausgehend von dem vom Gerichtshof festgelegten Modus der Überprüfung – darauf, den innerstaatlichen Richter nach dessen eigenem Beweissystem und seiner eigenen Werteordnung die Beurteilung der Frage zu überlassen, ob die Rechtfertigung überzeugend ist oder nicht.

Das Ergebnis, das es verdienen würde, in einer umfassenden Studie in den verschiedenen Ländern der Union genauer untersucht zu werden, läuft notwendigerweise darauf hinaus zuzugeben, dass die Anerkennung der Rechtfertigung vom politischen, wirtschaftlichen und philosophischen Kontext des Richters abhängt.

Man kann sich daher auch fragen, ob die Entscheidungen über solche Rechtfertigungen tatsächlich auf der Ebene des einzelstaatlichen Richters fallen müssen oder ob diese Funktion nicht anderen Ebenen vorbehalten bleiben sollte⁷².

Diese Konstruktion führt zu einer ganzen Reihe von Fragen, weil sie zugleich auf einer Relativität des Ansatzes bei Diskriminierungen beruht, und weil sie auf eine Überzeugung des Richters verweist, die zwar in einen bestimmten Rahmen gestellt, aber doch rechtlich entscheidend ist.

2.2 Die Infragestellung des Eingreifens des einzelstaatlichen Richters

Der Verweis an den einzelstaatlichen Richter zur Beurteilung des notwendigen und rechtmäßigen Charakters der Rechtfertigung hat offensichtlich den Nachteil, dem einzelstaatlichen Richter einen äußerst hohen Ermessensspielraum zu gewähren, weil der Gerichtshof sich nicht zu den Werten äußert, die die einzelstaatlichen Richter zur Ausbildung einer gemeinsamen Linie führen könnte.

Nun sieht es aber sehr wohl so aus, als ob trotz des Beweissystems, der ohne jeden Zweifel die Opfer einer möglichen Diskriminierung begünstigt, der einzelstaatliche Richter zwischen den wirtschaftlichen Erfordernissen, die sich aus dem Konkurrenzdruck und – allgemeiner – aus den kommerziellen Werten ergeben, und dem Schutz der Rechte der Personen entscheiden und einen Ausgleich herstellen muss. Führt beispielsweise ein Arbeitgeber die Belastungen ins Treffen, die für ihn mit der Einstellung eines behinderten Arbeitnehmers verbunden wären, dann hat der Richter auf der Grundlage des vernünftigen und angemessenen Charakters die Trennungslinie zwischen dem Interesse des Unternehmens und dem Schutz von Behinderten zu ziehen. Auch zwischen den Anforderungen der Betriebs-

organisation und dem Schutz der Gebetsituation für die mohammedanischen Arbeitnehmer oder der Verweigerung der Arbeit in einer Fleischhauerei auf Grund religiöser Überzeugungen hat der Richter abzuwägen und zu entscheiden.

Dieses Gleichgewicht zwischen einander entgegengesetzten Werten ist gegenüber einer indirekten Diskriminierung noch schwieriger zu erreichen.

Man kann also absehen, dass das Fehlen von Richtlinien hinsichtlich der Werte, die der Richter vorrangig berücksichtigen muss, zu der Konsequenz führen kann, dass die Beurteilungen der Rechtfertigungsgründe noch unvorhersehbarer werden und sich der Graben zwischen den einzelstaatlichen Ansätzen der Mitgliedsstaaten der Union noch weiter auftut.

Das bedeutendste Risiko liegt darin, dass das Vorbringen von Rechtfertigungen, die auf das Interesse des Unternehmens und seine Konkurrenzfähigkeit gegründet ist, systematische Rechtfertigungen von Diskriminierungen in der gesamten Europäischen Union erlauben: diese Bewegung wurde in Großbritannien bereits festgestellt.

Außerdem ist es wichtig, dass die einzelstaatlichen Richter ihre Beweiswürdigung durch Bezugnahme auf starke Wertekataloge, die die Beurteilung des rechtmäßigen, notwendigen und angemessenen Charakters der Rechtfertigung stützen können, transparent machen.

Kann man annehmen, dass es eine gewisse Kohärenz zwischen den vom EU-Recht normierten Zielen gibt?

Können die in den Richtlinien – in der Präambel der Urkunden – angeführten Ziele hier als Bezugsquelle dienen?

Sie enthalten die deutliche Zwiespältigkeit, die sich auch in den Rechtsnormen selbst zeigt: die wirtschaftlichen Ziele werden stets als soziale Ziele im Hinblick auf den sozialen Fortschritt und den Kampf gegen Diskriminierungen definiert.

Zwar bleibt das Hauptziel der Kampf gegen Diskriminierungen, in den Präambeln der Richtlinien werden jedoch auch Ziele im Zusammenhang mit Beschäftigungspolitik, der sozialen Eingliederung benachteiligter Gruppen angesprochen, ebenso auch die Förderung qualifizierter, gut ausgebildeter, anpassungsfähiger Arbeitskräfte.

Die Richtlinie vom 27. November 2000 nennt außerdem Ziele, die in den Normtexten nicht wirklich ihren Niederschlag finden: so wird festgestellt, dass „die Richtlinien für die Beschäftigungspolitik im Jahr 2000, die der Europäische Rat von Helsinki am 10. und 11. Dezember 1999 beschlossen hat, die Notwendigkeit der Förderung eines für die soziale Eingliederung günstigen Arbeitsmarkts unterstreichen, indem ein kohärentes System von Strategien zum Kampf gegen die Diskriminierung von Gruppen wie Behinderten ausgearbeitet wird. Sie unterstreichen auch die Notwendigkeit, der Unterstützung älterer Arbeitnehmer besondere Aufmerksamkeit zu schenken, damit sie stärker am Berufsleben teilnehmen können“.

Nun, wenn auch das Ziel der sozialen Eingliederung von benachteiligten Gruppen ausgesprochen wird, dann drückt sich das nicht direkt in deutlichen Verbotsnormen gegenüber Diskriminierungen aus⁷³.

Mit diesem Ziel werden positive Aktionspläne gerechtfertigt⁷⁴. Es scheint im übrigen, als bestünde das Gegenstück der sehr weitgehenden Zulassung von Rechtfertigungsgründen bezüglich behinderter oder älterer Arbeitnehmer in den Möglichkeiten, die man den Mitgliedsstaaten eingeräumt hat, positive Aktionen zu setzen⁷⁵.

Wenn man den Rahmen der Beurteilung von Rechtfertigungen, wie ihn der EuGH gezogen hat, und diese Ziele der sozialen Eingliederung sowie der Beschäftigung von Arbeitnehmern oder von Personengruppen, die Gegenstand von Diskriminierungen sein können, sowie die deutliche Orientierung des EU-Rechts in jüngster Zeit im Bereich positiver Maßnahmen, mit einander in Bezug setzt, könnte angeregt werden, dass der einzelstaatliche Richter immer den Forderungen nach sozialer Eingliederung und Integration in das Beschäftigungsverhältnis im Rahmen der Beurteilung der Angemessenheit der Anforderungen des Arbeitgebers den Vorrang einräumt.

Im Bereich der indirekten Diskriminierungen kann die Beurteilung der Angemessenheit der Beeinträchtigung der Rechte der betroffenen Personen den Richter auch zu der Nachforschung bezüglich der Frage führen, ob nicht andere Maßnahmen es dem Arbeitgeber gestatten könnten, dasselbe Ziel zu erreichen. In die Beurteilung der dem Arbeitgeber offenstehenden Alternativen durch den Richter könnten diese Ziele der sozialen Eingliederung und Beschäftigungspolitik für benachteiligte Gruppen einfließen.

Das würde voraussetzen, dass der Richter über die einfache Feststellung des Bestehens anderer Möglichkeiten hinausgeht⁷⁶ und der Arbeitgeber zur Suche nach Alternativlösungen verpflichtet würde. Die Beurteilung der Angemessenheit der Einschränkung der Rechte der Personen durch eine Ungleichbehandlung könnte nur dann erfolgen, wenn der Arbeitgeber alle notwendigen Maßnahmen ergriffen hätte, um diesen Nachteil zu vermeiden oder zu begrenzen. Diese Logik wurde für die Behinderten eingebaut. Man könnte das verallgemeinern.

Diese Suche nach einem Ausgleich zwischen miteinander in Konflikt stehenden Werten im Streit um die Diskriminierung im Rahmen einer den Richter bindenden Bestimmung findet sich im amerikanischen und kanadischen Recht⁷⁷: in Kanada hat der Erlass einer Charta der Menschenrechte es ermöglicht, zu einer sehr wesentlichen Tradition der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof von Kanada zu gelangen, der eine regelrechte Strategie des Kampfes gegen Diskriminierungen unter gleichzeitiger Begünstigung der Minderheiten einzurichten versuchte. Dieses Bemühen um Integration und soziale Eingliederung hat dazu geführt, im Bereich der indirekten Diskriminierung eine Verpflichtung „zumutbaren Ausgleichs“ einzuführen⁷⁸: der Arbeitgeber muss nachweisen, dass er sich bemüht hat, zu einer Absprache mit den indirekt durch seine beruflichen Ansprüche benachteiligten Arbeitnehmern zu gelangen, um so eine Vereinbarung zu treffen, die es ihm ermöglicht, die Bedürfnisse der Arbeitnehmer ebenso zu berücksichtigen wie die Bedürfnisse des Unternehmens: so hat, um nur einige Beispiele anzuführen, der Arbeitgeber den Kurs, an dem ein orthodox-jüdischer Mechaniker teilnehmen sollte, auf einen Zeitpunkt verschieben müssen, der mit dessen Glaubensüberzeugungen nicht im Konflikt stand⁷⁹, die Sikhs wurden von der Uniformtragepflicht ausgenommen, um den Kirpan tragen zu können⁸⁰, die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer wurden gezwungen, Kompromisse auszuhandeln, um den Arbeitnehmern zu ermöglichen, samstags nicht zu arbeiten⁸¹.

Dieses Bemühen um Anpassung verhält den Arbeitgeber dazu, den Nachweis dafür zu erbringen, dass er sich tatsächlich um eine Vereinbarung mit den Arbeitnehmern bemüht hat. Seine Verpflichtung ist dann eingeschränkt, wenn die Vereinbarung für ihn zu einer nicht mehr zumutbaren Zwangssituation führt. Es ist interessant zu unterstreichen, dass die Verpflichtung zum „zumutbaren Ausgleich“ seit 1999 auf alle Formen von Diskriminierungen ausgedehnt wurde⁸².

Schlüsselbegriffe im Bereich des zumutbaren Ausgleichs sind Flexibilität, Kooperation und Kompromiss⁸³.

Es war gerade dieser Ansatz, den das EU-Recht hinsichtlich der Behinderten zwecks Förderung der Eingliederung dieser Personengruppe in Arbeitsverhältnisse gewählt hat.

Nichts würde den Richter daran hindern, bei der Überprüfung der Angemessenheit der fachlichen Anforderung oder der betriebswirtschaftlichen Maßnahme eine allgemeine Verpflichtung zum Interessensausgleich einzuführen, die sich auf die Zwecke des Bemühens um eine soziale Eingliederung stützen würde. Die allgemeine Anerkennung des verpflichtenden Charakters von Eingliederungsmaßnahmen im Bereich des Kampfes gegen Diskriminierungen wäre geeignet, insbesondere den Schutz von wegen ihres Gesundheitszustands, ihrer sexuellen Ausrichtung und vor allem ihrer Religion diskriminierten Personen zu verstärken.

Die Anerkennung eines solchen verpflichtenden Charakters von Maßnahmen in der EU-Rechtsprechung fände seine Grundlage auf der Ebene der Überprüfung der Eigenschaft der Rechtfertigungsgründe, denn die Anforderungen des Dienstgebers könnten als unangemessen eingestuft werden, wenn dieser nicht alle tunlichen Maßnahmen gesetzt hat, um zu einer Ausgleichvereinbarung zu gelangen, um so das allgemeine Ziel der Bemühung um soziale Integration zu fördern. Ebenso kann man auch im Rahmen der Prüfung der Notwendigkeit der Rechtfertigung, wenn dieses Ziel der Eingliederung prioritären Charakter erhält, in Erwägung ziehen, dass eine berufliche Anforderung niemals notwendig sein wird, wenn ein zumutbarer Ausgleich erreicht werden kann.

Das französische Recht hat hier implizite Verpflichtungen für Maßnahmen im Rahmen des Arbeitsvertrages entwickelt, um spezifische Ziele im Bereich der Beschäftigungspolitik zu verfolgen: die Verpflichtungen zur Anpassung und Neueinstufung, die dem Arbeitgeber seit 1992 auferlegt wurden, zeigen die Nützlichkeit dieser dem Arbeitsvertrag eigenen Verpflichtungen im Rahmen einer Unterstützung der allgemeinen Strategie im Bereich der Beschäftigungspolitik.

Die Entwicklung einer Verpflichtung zu Eingliederungsmaßnahmen, gegründet auf die Verpflichtung zur gutgläubigen Suche nach Ausgleichvereinbarungen für Arbeitnehmer, die durch ein in Artikel L 122-45 angeführtes Motiv beeinträchtigt werden, läge ganz auf derselben Linie.

Eine derartige Verpflichtung ist bereits hinsichtlich des Gesundheitszustands anerkannt, im Rahmen der Verpflichtung zur Neueinstufung behinderter Personen, und sie könnte zur allgemeinen Norm werden.

Das wäre auch ein Mittel für den Richter, den überaus relativen Ansatz im Bereich der Diskriminierungen einzugrenzen, der dann, wenn er auf einer Logik der Unterschiede beruht und sich auf einen soziologischen Ansatz betreffend die sozialen Reaktionen gegenüber solchen Unterschieden stützt, sehr schnell zu einer Negierung des eigentlich verfolgten Zwecks führen könnte.

Die gegenwärtige Konstruktion des EU-Rechts, so wie es in den kommenden Jahren eine Entwicklung in allen Mitgliedsstaaten ermöglichen wird, weist unbestreitbare Vorzüge auf: allgemeine Strategie des Kampfes gegen Diskriminierungen, Vorgehen gegen indirekte Diskriminierungen, Umgestaltung der Beweisregeln, um in allen Mitgliedsstaaten, selbst in jenen, die hier am zögerlichsten sind, die Möglichkeit für ein wirksames gerichtliches Vorgehen im Rahmen der Bekämpfung von Diskriminierungen zu schaffen.

Die Überprüfung beruht jedoch auf der Wachsamkeit der Richter und auf dem Gleichgewicht, das sie zu guter Letzt zwischen der Ungleichbehandlung und der objektiven Rechtfertigung derselben herstellen wird.

Natürlich darf man hier nicht einer sehr französischen Haltung nachgeben, die sofort zum Misstrauen gegenüber dem innerstaatlichen Richter neigt. Sicher besteht in den angelsächsischen oder unter angelsächsischem Einfluss stehenden Ländern die Gewohnheit der Verwendung von juristischen Standards, insbesondere des Kriteriums der „Zumutbarkeit“, aber auch alle anderen Länder der Union kennen einen Ansatz nach solchen Standards, der im übrigen durch die Anwendung von EU-Normen gefördert wird. Es geht also nicht darum, sich an die Stelle des Richters zu setzen, sondern nur um eine Harmonisierung auf europäischer Ebene.

Die Bekämpfung der Ungleichbehandlung ist ohne Zweifel ein Eckstein des sozialen Gebäudes der Europäischen Union: Er bedarf lediglich noch weiterer Verfeinerung auf der Gemeinschaftsebene, um eine gemeinsame Orientierung zu einer sozialen Integration der durch diskriminierende Haltungen benachteiligten Gruppen durchzusetzen, damit die Überprüfung der Rechtfertigungsgründe nicht in die Gegenrichtung zu jener verläuft, nach der sich die Aktionsprogramme der Europäischen Union oder die positiven Aktionen, die die einzelnen Staaten umgesetzt haben, ausrichten.

Aber man kann noch weiter gehen. Es wurde in beeindruckender Weise nachgewiesen,⁸⁴ dass das Prinzip der Gleichheit im europäischen Haus einen sozialen, transversalen Wert angenommen hat, der den Aufbau einer sozialen Gemeinschaft ermöglicht: Es ist zu einem „eigenständigen Ziel, einem Zeichen des Engagements der Gemeinschaft zum Schutz der grundlegenden Menschenrechte“ geworden.

Zum Aufbau großer rechtlicher Gebäude bedarf es einer Politik der kleinen Schritte.

Die Prüfung der Rechtfertigungsgründe bei Diskriminierungen ist einer von diesen.

Fussnoten

- 1 S. Robin-Olivier, Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques (Das Gleichheitsprinzip im EU-Recht. Eine Studie ausgehend von den wirtschaftlichen Freiheitsrechten), P.U. d'Aix-Marseille, 1999, 550 S..
- 2 Siehe die Präambeln der beiden Richtlinien Nr.2000/43 EG zur Anwendung des Gleichheitsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft vom 29. Juni 2001[sic] und Nr. 2000/78 vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.
- 3 S. Robin-Olivier, op.cit. S. 415–485, F. Baron, Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne [Binnenmarkt und Sozialrecht in der Europäischen Union], P.U. d'Aix-Marseille, 1998, S. 225–280, m.w.H. sowie auch P.Rodière, Droit social de l'Union européenne [Sozialrecht der Europäischen Union], LGDJ, 2. Aufl. 2002, Nr.261f., B. Teyssie, Droit européen du travail [Europäisches Arbeitsrecht], Litec, 2001, S. 216–247
- 4 Sämtliche Dokumente über Diskriminierungen weisen deutliche Einflüsse des nord-amerikanischen und des englischen Rechts auf. Die rechtsvergleichenden Untersuchungen der Kommission zeigen, dass alle Staaten der Union ein entwickeltes Normensystem der Bekämpfung von Diskriminierung auf der Grundlage ihrer

- Verfassung (oder eines Gesetzes, für Großbritannien das Gesetz von 1998 über die Menschenrechte) besitzen, Rapport des dispositions juridiques des Etats membres pour combattre la discrimination, Commission européenne [Bericht über die Rechtsnormen der Mitgliedsstaaten zur Bekämpfung von Diskriminierung der Europäischen Kommission], Beschäftigung und Soziales, Februar 2000
- 5 Martha Minow Making all the difference, Cornell University Press, Ithaca, 1990, M. Mercat-Bruns, « Les discriminations », Liaisons sociales, Nr. 14/2001,16/02/2001, über den unterschiedlichen Ansatz hinsichtlich des Gleichheitsbegriffs im französischen Recht, M.T. Lanquetin, Geld, loc.cit., S.13. A. Lyon-Caen, « Egalité et différence dans l'ordre du droit », in La place des femmes, Verl. La découverte, 1995 Reihe Recherches.
 - 6 Die Definition stimmt nicht ganz genau mit der aus der Rechtsprechung resultierenden überein, M.T. Lanquetin, « Le principe de non-discrimination », Droit ouvrier 2000, S. 186–193, die Rechtsprechung zielte auf die unangemessene Auswirkung einer Maßnahme; hinsichtlich der Verwendung von Statistiken und die Identifizierung der Gruppen traten Schwierigkeiten auf, die zu einer flexibleren Formel hinsichtlich der Benachteiligung geführt haben. Zu den indirekten Diskriminierungen siehe R. Rodière, loc. cit., Nr.266, P. Garenne, « Les discriminations indirectes, vers une théorie générale » RTDE 1994, S. 425, D. Martin, « Discriminations, entraves et raisons impérieuses d'intérêt général, trois concepts en quête d'identité », Cah.dr.eur. 1998, 261 und 561
 - 7 M.T. Lanquetin, « Discrimination à raison du sexe, Commentaire de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 », Droit social, 1998, S. 688, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », Droit social 2000, S.589, GELD Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations : la question de la preuve, Oktober 2000, Anmerkung Nr. 2, M. Miné, « Les discriminations dans l'emploi », La Semaine sociale Lamy suppl., 1055, 17/12/2001
 - 8 M.T Lanquetin, loc.cit.
 - 9 M. Miné, loc.cit., Liaisons sociales, Nr. 8232, 29. November 2001
 - 10 P. Rodière, op. cit., Nr. 267
 - 11 Zur allgemeinen Frage der Rechtfertigungen siehe F. Guiomard, La justification des mesures de gestion du personnel, Diss. Paris X Nanterre, 2000
 - 12 EuGH 13/05/1986, Bilka, Rechtssache C-189/84, Samml. 1607
 - 13 Der Gerichtshof hat versucht, die Bedeutung des statistischen Kriteriums seit dem Regina/Seymour-Urteil zurückzudrängen – 9. Februar 1999, Rechtssache C-167/97, TPS 04/99 S.24 Anmerkung P.H. Antonmattei
 - 14 Danfoss-Urteil cit.
 - 15 Bilka-Urteil cit.
 - 16 Kisammer-Hack-Urteil, 30/1993, Rechtssache C-189–91, Samml. S.122, allgemeiner im Bereich Bezahlung, hinsichtlich des Verweises auf die von der Rechtsprechung als Rechtfertigungen akzeptierten Tatbestandselemente: « L'égalité des rémunérations au regard de la jurisprudence de la EuGH », RRJ 2000/1, S. 301
 - 17 S. Robin-Olivier, op. cit., S. 479f.
 - 18 Rinner-Kühn-Urteil, 19. Juli 1989, Samml. I-5535
 - 19 Nimz-Urteil, Rechtssache 7. Februar 1991, C-184/89, Samml.I-314
 - 20 27/10/ 1993, C-127/92, Samml. S.5566
 - 21 EuGH 30. März 2000, Jämstalldhtsombudsmannen,
 - 22 EuGH 17. Oktober 1989, Danfoss, Rechtssache 109/88, Samml. S.3220, EuGH 2. Oktober 1997, Gerster
 - 23 Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination en matière d'égalité entre hommes et femmes », Droit ouvrier 2000, S. 229
 - 24 Y. Leroy, loc. cit. S.234
 - 25 Nolte-Urteil, 14/12/85,C 217–93, Samml. I-4625
 - 26 Rechtssache Kachelmann, unten angeführt
 - 27 EuGH 21/10/1999,RechtssacheC-33/97, Europe 1999, Nr. 414
 - 28 Betreffend den Entzug der Vergünstigungen auf Grund eines Mutterschaftsurlaubs,

- der als Missbrauch des Krankenstands oder als direkte Diskriminierung eingestuft wurde, siehe Kass. 30. März 1984, Droit social 1984, Komm. M.A. Moreau, und Kass. 16. Juli 1998, M. Mine, « Le droit communautaire dans la pratique du droit social, Droit ouvrier 2000, S. 97
- 29 R. Townshend-Smith, « Economic defences to Equal pay Claims », in K.T. Hervey, D. O'Keefe, Sex equality law in the European Union, ed. John Willey and sons, Chichester, 1996, S.96, das Argument wird weiterentwickelt von F. Guiomard, Diss., cit. S. 368
- 30 siehe unten
- 31 F. Guiomard, Diss., cit. ; dieser Punkt kann von großer Bedeutung sein, insbesondere für Diskriminierungen im Zusammenhang mit der sexuellen Ausrichtung, hinsichtlich der Schwierigkeiten im EU-Recht vor 2000 siehe B. Guiguet, « Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe », Cahiers de droit européen 1999, S. 537
- 32 Indirekt stellt diese Verpflichtung zur Darstellung einer betrieblichen Strategie eine Rechtfertigung für die „testing“-Praxis – Situationstests im Bereich Diskriminierungen auf Grund von Rasse oder ethnischer Zugehörigkeit – dar: betreffend die diskriminierende Selektion bei der Gewährung des Zutritts zu einer Diskothek, Crim. 12. September 2000, M. Miné, loc. cit. Hinsichtlich der Schwierigkeit, die Diskriminierungskategorie juristisch zu fassen siehe M. Miné, « Approche juridique de la discrimination raciale au travail : une comparaison France, Royaume-Uni, Travail et Emploi, September 1999, S.99
- 33 Enderby-Urteil, loc. cit.
- 34 Danfoss-Urteil, loc. cit.
- 35 Lewen-Urteil, loc. cit.
- 36 M. Miné, loc. cit.
- 37 X. Philippe,
- 38 siehe unten hinsichtlich einer dynamischeren Interpretation des Angemessenheitskriteriums
- 39 EuGH 7/12 ? 2000, Rechtssache C-79- 99 Schorbus, Samml. I-
- 40 siehe unten
- 41 M. T. Lanquetin, loc. cit.,
- 42 in dem Geld-Bericht, op.cit. S. 22, verwendeter Ausdruck, der unterstreicht, dass es in Frankreich lediglich zwei Entscheidungen des Höchstgerichts in 10 Jahren über Rassendiskriminierung gegeben hat. Die am Ende des Berichts vorgelegte Liste über die Verurteilung durch Gerichte der ersten Instanz oder im Berufungsverfahren betreffen fast ausschließlich Diskriminierungen bei der Einstellung, wenn ein Zeugenbeweis möglich war oder bisweilen eine Schriftstück des Arbeitgebers (Dienstanweisung, Aushänge) vorlag
- 43 Geld-Bericht cit., Kass 14. Juni 2000 und Kass 23. November 2000 cit., dargestellt in la Semaine sociale Lamy, suppl Nr. 1055, cit. S. 47
- 44 siehe unten II. Teil
- 45 trotz einer in jüngster Zeit sehr deutlichen Weiterentwicklung.
- 46 J. Gerkrath, « Le principe de l'égalité de traitement et l'accès des femmes aux emplois dans les unités armées de la Bundeswehr, Europe, Dezember 2000, S. 5. Diese Möglichkeit des Vorbehalts ist nicht ohne Bedeutung, wenn man an die starken Reaktionen denkt, die das Kreil-Urteil in Deutschland ausgelöst hat,
- 47 F. Guiomard, Diss. cit. S. 329f.
- 48 Artikel L 123-1 des Arbeitsgesetzbuchs bezieht sich nur auf die entscheidende Bedingung.
- 49 Kass 27. November 1986, Droit social 1987, S.379, Bem. J. Savatier, JCP éd. G 1987 II 20798, Komm. Th. Revet, Kass. Soc. 17. April 1991, Droit social 1991, S. 489, Bem. J. Savatier, „eine Kündigung kann vorgenommen werden, deren objektive Ursache in einem Verhalten des Dienstnehmers liegt, welches unter Berücksichtigung der Art seiner Funktion und des besonderen Betriebszwecks des Unternehmens, zu einer bestimmten

- Problemsituation in demselben geführt hat“
- 50A. Jeammaud, J. Pelissier, A. Supiot, Droit du travail, Dalloz, Nr. 368
- 51 Gesetz 9-663 vom 13. Juli 1991; es enthält verschiedene Maßnahmen zur Förderung der Möglichkeiten des Zugangs zu Wohnbereichen, Arbeitsstätten und dem Publikum offenstehenden Anlagen für behinderte Menschen.
- 52 Agentur, die den Beitrag der Arbeitgeber einkassiert, die ihre Verpflichtung zur Anstellung von 6% Behinderten im Unternehmen nicht einhalten, und die damit Finanzierungen für alle Projekte sozialer Integration Behinderter abwickelt
- 53 zur überreichen Rechtsprechung siehe A. Jeammaud et alii, op. cit. Nr.368f., für eine Synthese siehe S. Bourgeot, *Maladie et Inaptitude*, RJS 1/ 00, S. 10
- 54 Artikel L 323-8 des Arbeitsgesetzbuchs: Vereinbarungen müssen wenigstens zwei der 4 angeführten Maßnahmen enthalten: Rekrutierungsplan in einer normalen Arbeitsumgebung, Plan zur Eingliederung und Schulung, Plan zur Anpassung an technologische Veränderungen, Plan zur Weiterbeschäftigung im Unternehmen im Fall der Kündigung.
- 55 Dieser Artikel des Gesetzes vom 16. November 2001 nimmt also genau die Eigenschaften auf, die allen Rechtfertigungen zukommen müssen. Im Gesetz selbst werden sie allerdings nur für Diskriminierungen aus dem Grund des Alters ausgeführt.
- 56 EuGH 15 Dezember 1994, Rechtssache. Stadt Lengerich, C-399-92, Samml. I S. 5727
- 57 S. Robin-Olivier, op. cit. S. 482
- 58 Rechtssache Seymour-Smith, 9 Februar 1999, Rechtssache C-167/97, Rec I-S. 5566
- 59 Schlussfolgerungen vom 14. März 2000, Samml. I 7507 Punkt 33
- 60 Urteil Gerster C-1-95, Samml. I-S. 5253
- 61 H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948, S.87, bezüglich der Diskussion siehe F. Guiomard, Diss. cit. S. 115, wo dieser Ansatz abgelehnt wird
- 62 im Rahmen des Kündigungsrechts – F. Favennec-Hery, La preuve en droit du travail Diss. Paris-X, 1983, Droit social 1985, S. 172
- 63 Texas Department of Community Affairs gg. Burdine, 450 U.S. 248 (1981), zitiert von M. Mercat-Bruns, loc.cit ;, Liaisons sociales Nr. 14/2001, D. Proulx, Les discriminations dans l'emploi : les moyens de défense selon la Charte québécoise et la loi canadienne, Verl. Y. Blais, 1993
- 64 Artikel L 123-1 und L 122- 42
- 65 Droit social 2001, S. 314, Komm. C. Radé
- 66 Crim 14. Juni 2000 cit. M. Miné, loc. cit. S. 10
- 67 Kass 4. Juli 2000, Droit social 2000, S. 919, Komm. J. Mouly, Droit Social 2000, S. 1152, Komm. M.T. Lanquetin
- 68 cit.
- 69 Kass 23. November 1999 und Kass 28. März 2000, Droit Social 2000 S. 593, M. T. Lanquetin, loc. cit.,M.T. Aubert-Monpeyssen, JCP Ausg. E Februar 2000, S.233 707070 F. Guiomard, zit. Diss.
- 71 Droit social 2001, S. 566, Komm. Radé
- 72 Grundlegende Diskussion über den Aufbau von Rechtsnormen, die wir hier nicht weiterführen wollen.
- 73 siehe oben
- 74 A. Haquet, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », R.T.D. eur. 37 (2) April-Juni 2001, S.325, J. Hodges, « L'action positive dans l'emploi », R.L.T. 1999, S. 271, m. Schmit, « Une nouvelle approche de l'égalité professionnelle : les actions positives », Droit ouvrier 2001, S. 56
- 75 eine Bewegung, die sich auch in der Rechtsprechung wiederfindet, wenn Rechtsordnungen akzeptiert werden, die positive Aktionen zugunsten der Frauen vorsehen – zuletzt K. Abrahamson, 6. Juli 2000, C-407/98
- 76 siehe oben
- 77 D. Proulx, op. cit. S. 73f.

- 78 D. Proulx op. cit ; S. 73f., wo zahlreiche Beispiele zitiert werden – und zudem im Detail die richterliche Würdigung der übermäßigen Belastung analysiert wird, durch welche die Verpflichtung des Arbeitgebers eingeschränkt wird.
- 79 Sehdevc. Bayview Glen Junior School (1988) 9 CHRR D/4881 (Ontario)
- 80 Pandori gg. Peel Board of Education (1990) 12 CHRR D/ 364 (ont)
- 81 Gomm gg. Domtar (1990) 12 CHRR D/ 161 (Ont)
- 82 British Columbia gg. BCGSEU, 9. September 1999, CSC. Nr. 26274; für eine quantitative Bewertung der Rolle des zumutbaren Ausgleichs siehe C. Robert et G. Vallée, « Le traitement des plaintes concernant la discrimination en matière d'emploi par l'arbitre de griefs et par la tribunal des droits de la personne du Québec : une étude comparative exploratoire », Les Cahiers de droit, vol. 41, mars 200, S. 95
- 83 Zusammenfassung von D. Proulx cit.
- 84 S. Robin-Olivier, op. cit., – das Defrenne-Urteil sprach übrigens aus, dass die Gleichbehandlung zu den Grundrechten des Menschen gehört.