

Schiek, Dagmar; Busch, Sebastian

**Working Paper**

Proaktiver Schutz vor (rassistischer) Diskriminierung im  
Arbeitsrecht: Lernen von Südafrika? Abschlussbericht des Projekts  
"Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz in der Republik Südafrika"

Arbeitspapier, No. 84

**Provided in Cooperation with:**

The Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Schiek, Dagmar; Busch, Sebastian (2004) : Proaktiver Schutz vor (rassistischer) Diskriminierung im Arbeitsrecht: Lernen von Südafrika? Abschlussbericht des Projekts "Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz in der Republik Südafrika", Arbeitspapier, No. 84, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116542>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

*Dagmar Schiek • Sebastian Busch*

***Proaktiver Schutz vor (rassistischer)  
Diskriminierung im Arbeits-  
recht – lernen von Südafrika?***

# **Proaktiver Schutz vor (rassistischer) Diskriminierung im Arbeitsrecht – lernen von Südafrika?\***

*Dagmar Schiek, Sebastian Busch*

---

\* Abschlussbericht des Projekts „Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz in der Republik Südafrika“, gefördert von 10/2002 bis 3/2003; Antragstellerin: Prof. Dr. Dagmar Schiek, Oldenburg ([dagmar.schiek@uni-oldenburg.de](mailto:dagmar.schiek@uni-oldenburg.de)), Bearbeiter: RA Sebastian Busch ([busch@schanzenhof.de](mailto:busch@schanzenhof.de)), Hamburg.

## Impressum

Herausgeber: **Hans-Böckler-Stiftung**  
Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB  
Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Telefon: (02 11) 77 78-186  
Fax: (02 11) 77 78-177  
E-Mail: Heide-Pfarr@boeckler.de

Redaktion: Prof. Dr. Heide Pfarr, Wissenschaftliche Direktorin des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen  
Instituts in der Hans-Böckler-Stiftung und Mitglied der Geschäftsführung

Best.-Nr.: 11084

Gestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal

Produktion: Der Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, Mai 2004

€ 10,00

# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Problemstellung</b>	<b>5</b>
1. EU-rechtlicher Handlungszwang versus deutsche Diskussionsabstinenz	5
2. Insbesondere: „Zugeschriebene Rasse“	6
3. Effektive Konzeptionierung des Diskriminierungsschutzes	8
4. Anliegen der Untersuchung, Vorgehen	9
<b>II. Zur Konzeption des Diskriminierungsschutzes – reaktive und proaktive Ansätze</b>	<b>11</b>
1. Zur Begrifflichkeit „reaktiv – proaktiv“	11
2. Beispiele proaktiven materiellen Diskriminierungsschutzes	13
a. Recht im Vereinigten Königreich: Positive Pflichten von Behörden	13
aa) Nordirland	13
bb) Race Relations (Amendment) Act 2000	13
cc) Künftige Pläne	14
b. Die sogenannte Frauenquote in der Bundesrepublik	14
c. Verbot, angemessene Vorkehrungen zu verweigern, als neues Element des EU-Rechts	15
3. Proaktiver Diskriminierungsschutz und Verbot der mittelbaren Diskriminierung	17
a) Entstehung und wesentlicher Gehalt	17
b) Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung?	17
c) Zwischenergebnis	20
<b>III. Ansätze eines proaktiven Diskriminierungsschutzes im Recht der Republik Südafrika</b>	<b>23</b>
1. Diskriminierungsschutz vor dem Hintergrund der Überwindung der Apartheid	23
2. Rechtlicher Rahmen und die Ziele des Diskriminierungsschutzes	24
3. Die Ziele des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes	26
4. Diskriminierungsverbote des EEA	27
5. Gebot proaktiver Beseitigung von Diskriminierung und „affirmative action“	28
6. Employment Equity-Pläne	31
7. Insbesondere: Verbot mittelbarer Diskriminierung	32
8. Durchsetzungsmechanismen im südafrikanischen Antidiskriminierungsrecht	34
<b>IV. Schlussfolgerungen mit Blick auf die Weiterentwicklung des nationalen und EU Gleichbehandlungsrechts</b>	<b>37</b>
<b>Selbstdarstellung der Hans-Böckler-Stiftung</b>	<b>41</b>



# I. Problemstellung

## 1. EU-rechtlicher Handlungszwang versus deutsche Diskussionsabstinenz

Aufgrund der Vorgaben der Europäischen Union muss auch die Bundesrepublik Deutschland einen umfassenden Rechtsrahmen gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht schaffen: Bereits im Jahre 2003 war die Richtlinien 2000/43/EG<sup>1</sup> zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse oder ethnischen Herkunft sowie 2000/78/EG<sup>2</sup> zur Schaffung eines Rechtsrahmens zur Gleichbehandlung von Personen in Beschäftigung und Beruf umzusetzen, der die Gleichbehandlung ungeachtet der Religion und der Weltanschauung, der sexuellen Ausrichtung, des Alters und einer Behinderung gewährleisten soll. Erst zum Oktober 2005 muss das Recht der Gleichbehandlung von Frauen und Männern an die mit diesen beiden Richtlinien geschaffenen Standards angepasst sein<sup>3</sup>.

Wie nach der um zwei Jahre verspäteten Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG<sup>4</sup> nicht anders zu erwarten, hat Deutschland die Umsetzungsfristen versäumt: Nach einigen Streitigkeiten über die Federführung innerhalb der Bundesregierung hat im März 2003 eine interministerielle Arbeitsgruppe unter der Federführung des BMFSFJ und Verantwortung von Parl. Staatssekretärin Marie-Louise Beck die konkrete Arbeit aufgenommen, die tatsächliche Umsetzung ist erst für das Jahresende 2004 anvisiert, obwohl die RL 2000/43/EG und 2000/78/EG zum 19.7. bzw. 2.12.2003 umgesetzt sein sollten.

Wenigstens, so könnte man sagen, hat die Politik die europarechtliche Verpflichtung, ein adäquates arbeitsrechtliches Instrumentarium gegen Diskriminierung zu schaffen, nicht vollständig ignoriert. Dies ist auch angemessen, denn bislang schützt das deutsche Arbeitsrecht nur vor Diskriminierung wegen des Geschlechts (§§ 611 a, 611 b und 612 III BGB) und seit dem 19.6.2001 auch wegen der Behinderung (§ 81 Abs. 2 SGB IX<sup>5</sup>). Alle anderen Gründe (zugeschriebene Rasse, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, sexuelle Ausrichtung, Alter) harren noch gesetzgeberischer Aufmerksamkeit. Da ist es nur ein schwacher Trost, dass § 75 BetrVG seit 2001<sup>6</sup> Arbeitgeber und Betriebsrat verpflichtet, u.a. darüber zu wachen, dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer sexuellen Identität unterbleibt und § 80 BetrVG dem Betriebsrat auch aufgibt, Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit zu beantragen. § 80 greift schon begrifflich nur in solchen Betrieben, in denen es einen Betriebsrat gibt; und auch die Eignung des § 75 BetrVG als individualrechtliche Anspruchsgrundlage<sup>7</sup> ist ebenso wie seine Geltung im betriebsratslosen Betrieb<sup>8</sup> umstritten. Diese in Berichten Deutschlands an UN- und ILO-Ausschüsse stets mit Stolz hervorgehobene Vorschrift gilt daher nur für knapp die Hälfte der Beschäftigten<sup>9</sup>; praktisch wirkt sie auch hier nur dort, wo sich Betriebsräte der Problematik annehmen.

1 ABl. EG L 180/22 vom 19.7.2000; diese RL war gem. Art. 16 bis zum 19.7.2003 umzusetzen.

2 ABl. EG L 303/16 vom 02.12.2003; umzusetzen gem. Art. 18 bis zum 02.12.2003.

3 RL 2002/78/EG, ABl. EG L 269/15 vom 15.10.2002; umzusetzen gem. Art. 9 bis zum 05.10.2005.

4 RL 76/207/EWG (ABl. EG L 39/40 vom 14.2.1976 war zum 14.8.1978 umzusetzen (Art. 9 Abs. 1); die Umsetzung in Deutschland erfolgte durch das Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang vom 13.08.1980 (BGBl. I 1980, 1308). Dazu Pfarr, Zur Kritik des Entwurfs eines Gesetzes über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz, BStSozArbR 1980, 17; vgl. auch dieselbe, Das Zweite Gleichberechtigungsgesetz, RdA 1995, 204.

5 Sozialgesetzbuch SGB Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, BGBl. I S. 1046, 1047.

6 Neubekanntmachung des novellierten BetrVG vom 25.9.2001 BGBl. I 2518, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10.12.2001 (BGBl. I 3443).

7 Ablehnend Richardi, BetrVG 8. Aufl. 2002, Rn. 41-43 m.w.N.; a.A. Däubler/Kittner/Klebe-Berg, BetrVG. 9. Aufl. 2003, Rn. 10 zu § 75; für mittelbare individualrechtl. Geltung Fitting/Kaiser/Heither/Engels/Schmidt, BetrVG 21. Aufl. 2002, § 75 Rn. 20.

8 Ablehnend GK-Kreutz, § 75 Rn. 19 m.w.N.

9 Wahsner, Arbeitsbeziehungen jenseits des großbetrieblichen Sektors der Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, ArbuR 2000, 209; Ellguth, Quantitative Reichweite der betrieblichen Mitbestimmung, WSI-Mitteilungen 2003, 194. Derzeit hat etwa jeder neunte betriebsratsfähige Betrieb auch tatsächlich einen Betriebsrat. Da dies vor allem bei größeren Betrieben der Fall ist, sind noch knapp die Hälfte der ArbeitnehmerInnen vertreten.

Dem enormen Regelungsbedarf entsprechend, entdeckte auch die deutsche Rechtswissenschaft das Thema: Aufsätze<sup>10</sup> und die ersten Monographien<sup>11</sup> befürchten den Untergang der Privatautonomie<sup>12</sup> oder beschwören eine Inflation von political correctness<sup>13</sup>, sofern sie nicht die Anforderungen des EU Rechts repetitiv referieren<sup>14</sup> oder auf der Verzichtbarkeit des Diskriminierungsschutzes angelsächsischer Provenienz angesichts des ausgebauten Kündigungsschutzes in sozialstaatlicher Tradition bestehen<sup>15</sup>. Beiträge, die sich differenzierter mit der Thematik auseinandersetzen, weisen zu Recht darauf hin, dass Antidiskriminierungsrecht die Vertragsfreiheit keineswegs abschafft, sondern für bislang benachteiligte Gruppen vielmehr erst ermöglicht<sup>16</sup>. Vor 2000 war das Thema Diskriminierung außerhalb des Geschlechterrechts<sup>17</sup> hierzulande so wenig diskussionswürdig, dass sich die wenigen Ausnahmen an zwei Händen abzählen lassen<sup>18</sup>. Dieser zurückgebliebene Stand der Wissenschaft prägt auch die beginnende Diskussion um die Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien, wobei uns die Diskussionsabstinenz zur rassistischen Diskriminierung und im Hinblick auf eine effektive Konzeptionierung von Diskriminierungsschutz besonders problematisch erscheint. Zu beiden Aspekten kann das südafrikanische Antidiskriminierungsrecht als vorbildlich gelten, weshalb eine Untersuchung seiner Konzeptionen und bisherigen Praxis gerade im Vorfeld der Richtlinienumsetzung sinnvoll erscheint.

## 2. Insbesondere: „Zugeschriebene Rasse“

Die besondere Problematik des Begriffs „Rasse“ wird in der deutschen Diskussion kaum erwähnt: Vor seitenlangen Ausführungen zum Begriff der Behinderung oder des Alters bemerken manche Autoren knapp, der Begriff der Rasse sei klar<sup>19</sup>, manche konstatieren sogar, es handele sich um einen abstammungsbedingten Begriff<sup>20</sup>. Auch der Begriff „Ethnie“<sup>21</sup> ist bei näherer Betrachtung nicht weniger problematisch, was dazu zwingt, an den Beginn jeder Betrachtung eine Position zur Begriffsbestimmung zu stellen.

- 
- 10 Vgl. Schiek, Diskriminierung wegen ‚Rasse‘ oder ‚ethnischer Herkunft‘ - Probleme der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, *ArbuR* 2003, 44; Wiedemann/Thüsing, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, *DB* 2002, 463; Waas, Die neue EG-Richtlinie zum Verbot der Diskriminierung aus rassistischen oder ethnischen Gründen im Arbeitsverhältnis, *ZIP* 2000, 2151; Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtssetzung?, *ZRP* 2002, 290; Nickel, Handlungsaufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen, *NJW* 2001, 2668; Mahlmann, Gleichheitsschutz und Privatautonomie. Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse und ethnischer Herkunft, *ZEuS* 2002, 407; Neuner, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, *JZ* 2003, 57; von Koppenfels, Das Ende der Vertragsfreiheit?, *WM* 2002, 1489; von Westphalen, Einige Überlegungen zum Gesetzentwurf zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, *ZGS* 2002, 283; Laskowski/Welti, Die Integrationsvereinbarung nach § 83 SGB IX – Modell für die Umsetzung ‚positiver Maßnahmen‘ nach Maßgabe der Europäischen Gleichbehandlungsrichtlinien?, *ZESAR* 2003, 215.
- 11 Stalder, Antidiskriminierungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nach Art. 13 EG-Vertrag – unter besonderer Berücksichtigung der Rassistismusbekämpfung und des Minderheitenschutzes, Bonn 2001; Högenauer: Die Europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, Analyse, Umsetzung und Auswirkung der RL 2000/43/EG und 2000/78/EG im deutschen Arbeitsrecht, Hamburg: Kovac 2002; Kummer, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (2000/78/EG), Frankfurt am Main (u.a.), Lang 2003.
- 12 Picker, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, *JZ* 2002, 880; derselbe, Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, *JZ* 2003, 540; Sacker, ‚Vernunft statt Freiheit! – Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner, *ZRP* 2002, 286.
- 13 Braun, Forum: Übrigens – Deutschland wird wieder totalitär, *JuS* 2002, 424.
- 14 Bauer, Europäische Antidiskriminierungsrichtlinien und ihr Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht, *NJW* 2001, 2672.
- 15 Thüsing, Handlungsbedarf im Diskriminierungsrecht, *NZA* 2001, 1061, 1061 li Sp. m.w.N.. Dies war übrigens das Hauptbedenken, das die BDA in ihrer (zweiten) Stellungnahme vom 17.4.2000 gegen das Vorschlagspaket der Kommission zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorbrachte, vgl. die ausführliche Darstellung zum Entwurf der Richtlinie 2000/43/EG bei Högenauer, Die europäischen Richtlinien gegen Diskriminierung im Arbeitsrecht, Dissertation Augsburg 2002, S. 39-41.
- 16 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit? Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, 2000, insb. S. 289-325, 344-358, ausdrücklich zustimmend jetzt Canaris, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer (Hrsg.) *Umwelt, Wirtschaft, Recht: Wissenschaftliches Symposium aus Anlass des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt*, Tübingen: Mohr, 2002, 29-67, 46 mit Fn 61; Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtssetzung?, *ZRP* 2002, 290; s.a. Neuner, a.a.O. (Fn 10), *JZ* 2003, 57.
- 17 Vgl. aus der zahlreichen Literatur etwa Limbach/Eckertz-Höfer, *Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland*, 1993; Pfarr, *Die Frauenquote*, *NZA* 1995, 809; Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl., 1996; Fuchsloch, *Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung*, 1995; Bieback, *Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts*, 1997; Baer, *Würde oder Gleichheit*, 1995; Raasch, *Frauenquoten und Männerrechte*, 1991, Kalkkreuth, *Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk*, 2000; Schweizer, *Der Gleichberechtigungsgrundsatz – neue Form, alter Inhalt?* 1998.
- 18 Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit* (2000, Fn. 16); Nickel, *Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik* (1998); Mager, *Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Maßnahmen gegen die Diskriminierung von Ausländern*, *ZAR* 1992, 170; Rädler, *Verfahrensmodelle zum Schutz vor Rassendiskriminierung* (1999); Rädler, *Gesetze gegen Rassendiskriminierung*, *ZRP* 1997, 5; Findeisen/Faasch-Ibrahim, *Bausteine für ein Antidiskriminierungsgesetz, Vorgänge 1995*, 27ff; Bezenberger, *Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im Bürgerlichen Recht*, *AcP* 1996, 395-434; Blank, *Gleichbehandlung und Integration ausländischer Arbeitnehmer im Betrieb*, *ArbuR* 1994, 286; Derleder, *Ausländer im Mietrecht*, *WuM* 1995, 266; Delbrück, *Drittwirkung der Grundrechte durch völkerrechtliche Verpflichtung?*, in: *FS Weber*, 1973, 223 – 238.
- 19 Thüsing, *Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht*, *ZFA* 2001, 2668, 2670.
- 20 So die überwiegende Auffassung in Kommentaren zu Art. 3 GG, vgl. etwa Sachs, *HdStR V* (1992) 3 126 Rn. 44, Osterloh, in: Sachs (Hrsg.) *GG* 2. Aufl. 1999, Rn. 293 f zu Art. 3 GG; Jarras, in: Jarras/Pieroth, *Grundgesetz*, 5. Aufl. 2001, Rn. 70 zu Art. 3 GG; ebenso Schmidt, *Marlene, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft*, 2001, III Rn. 159f.
- 21 Bevorzugt bei Nickel, *NJW* 2001, 2668; ebenso AK *GG* Eckertz-Höfer, 3. Aufl. 2001, Rn. 115 zu Art. 3 Abs. 2, 3 GG.

Die Orientierung an Abstammungsmythen wird, abgesehen davon, dass sie auch wissenschaftlich unhaltbar ist, der Realität nicht gerecht. Bei Alltagsdiskriminierung ist die genaue Abstammung meist nicht bekannt und den Akteuren überwiegend auch gleichgültig; ebenso wie die Frage, ob das Gegenüber mit „südländischem Äußeren“ einen ausländischen oder deutschen Pass hat.<sup>22</sup> Reell richtet sich rassistische oder fremdenfeindliche Diskriminierung gegen diejenigen, die als fremd wahrgenommen werden.<sup>23</sup> Diese Realität<sup>24</sup> wird durch den Begriff der askriptiven Diskriminierung, also der Diskriminierung aufgrund der zugeschriebenen „Rasse“ eingefangen. Die Auslegung der Begriffe „Rasse“ und ethnische Herkunft im Sinne der Richtlinie kann sich zudem an völkerrechtlichen Normen, insbesondere dem Abkommen zur Eliminierung jeder Form der rassistischen Diskriminierung (CERD<sup>25</sup>) sowie Art. 26 des Internationalen Pakts über zivile und politische Rechte (ICCPR<sup>26</sup>) orientieren. Das CERD erfasst jede Diskriminierung aufgrund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, des nationalen Ursprungs und des Volkstums; Art. 26 ICCPR fügt Sprache und Religion hinzu, ohne das Volkstum zu erwähnen. Beide Abkommen verwenden zwar auch den Begriff „Rasse“, stellen aber klar, dass Diskriminierung aus Gründen der Hautfarbe, Abstammung, des nationalen Ursprungs, des Volkstums, der Sprache und der Religion der Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ gleichgestellt werden. Damit anerkennen sie, dass der Begriff „Rasse“ allein zu unscharf ist und insbesondere um kulturelle Faktoren (Sprache, Religion, Volkstum) ergänzt werden muss. Nimmt man als Auslegungshilfe den sechsten Erwägungsgrund der RL 2000/43/EG hinzu, in dem es heißt, die EU lehne jede Rechtfertigung einer Einteilung der Menschen in Rassen ab, so ergibt sich, dass die Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ die Diskriminierung aufgrund eines Mythos ist, der für „Rasse“ gehalten wird<sup>27</sup>. Die rassistische Diskriminierung knüpft überwiegend an persönlichen Merkmalen an, die aufgrund von Abstammungsmythen als unveränderlich gelten (z.B. Hautfarbe und andere Elemente eines „südländischen Erscheinungsbildes“) bzw. Fremdheit indizieren, wie z.B. die wahrgenommene Zugehörigkeit zu einer Religion, die als Minderheitenreligion gilt, insbesondere dem Islam<sup>28</sup>. Um den Akt der Zuschreibung einer nur mythisch charakterisierbaren Rasse zu kennzeichnen und klarzustellen, dass es keine menschlichen Rassen gibt, wird im folgenden von zugeschriebener „Rasse“ gesprochen.

Die Vernachlässigung der rassistischen Diskriminierung in der deutschen rechtswissenschaftlichen Diskussion ist Anlass genug, sich in diesem Beitrag auf diesen Bereich zu konzentrieren. Damit soll jedoch nicht impliziert werden, dass ein eindimensionaler Diskriminierungsschutz erstrebenswert<sup>29</sup> oder auch nur ein sinnvoller „erster Schritt“ wäre<sup>30</sup>. Wie an anderer Stelle ausführlicher dargestellt<sup>31</sup>, ist es konzeptionell nicht begründbar, askriptive Persönlichkeitsmerkmale wie Geschlecht, zugeschriebene Rasse oder ethnische Herkunft oder sogenannte Behinderung derart unterschiedlich zu behandeln, dass etwa vor Geschlechtsdiskriminierung geschützt wird, nicht aber vor rassistischer Diskriminierung. Auch die umgekehrte politische Orientierung, wie sie in Deutschland derzeit in bezug auf das zivilrechtliche Antidiskrimi-

22 Vgl. Huber-Koller, Keine ‚Einheitsdeutschen‘ – Schwarze Deutsche, Volksmythos und Staatsbürgernation, ZAR 2001, 21.

23 Vgl. Ford, Administering Identity: The determination of ‚race‘ in race-conscious law; California Law Review 1994, 1231 (1232); Hutchinson, Progressive race blindness?: Individual identity, group politics, and reform, UCLA Law Review 2002, 1455 (1459); Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, (Fn. 16) 29.

24 Vgl. etwa Hähnel, Situation der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen in der Bundesrepublik Deutschland, ZAR 2002, 356. Im Rahmen einer Repräsentativbefragung wurden Türken, Griechen, Italiener und Jugoslawen befragt. 43,6% der Türken und immerhin noch 17,8% der Italiener berichten von Diskriminierungserfahrungen bei der Wohnungssuche; von allgemeiner Diskriminierung berichten 30% der Türken. Zu struktureller Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt vgl. Brüggemann/Riehle, Alltägliche Fremdenfeindlichkeit im Betrieb und gewerkschaftliche Politik (2000), 8ff.; vgl. auch die Studie der ILO (Goldberg/Mourinho/Kulke, ArbeitsmarktDiskriminierung gegenüber ausländischen Arbeitnehmern in Deutschland, 1995), die durch empirische Untersuchungen eine erhebliche Diskriminierung türkischer BewerberInnen beim Zugang zum Arbeitsmarkt feststellte.

25 Convention for the Elimination of all Forms of Racial Discrimination of 7 June 1966, Ratifizierung durch die Bundesrepublik mit Gesetz zu dem internationalen Übereinkommen vom 7. März 1966 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 9.5.1969, BGBl. II, 961.

26 Covenant on Civil and Political Rights of 19 December 1966, Ratifizierung durch die Bundesrepublik mit Gesetz vom 13.11.1973, BGBl. II, 1596.

27 Ebenso Eruferter Kommentar zum Arbeitsrecht (3. Auflage, 2003) – Kania, § 80 BetrVG Rn. 16 (eine Menschenrasse ist, was dafür gehalten wird), der aber gleichwohl im nächsten Satz nicht die Fremdwahrnehmung, sondern die Selbstwahrnehmung der Gruppe für ausschlaggebend hält.

28 Eine erweiterte Diskussion des Antisemitismus, der sich auch in Diskriminierung von Jüdinnen und Juden niederschlägt, kann im vorliegenden Zusammenhang nicht geleistet werden. Als Einstieg vgl. Cohen, Unter die Haut – Antisemitismus und Vorurteile gegen Schwarze, in: Ders., Gefährliche Erbschaften: Studien zur Entstehung einer multirassistischen Kultur in Großbritannien, in: Kalpaka/Rätzel (Hrsg.), Die Schwierigkeit, nicht rassistisch zu sein, 2. Aufl. Berlin 1990, S. 81-144 (85-97).

29 So Thüsing, NJW editorial Heft 24/2002.

30 So implizit Mahlmann, ZEuS 2002, 407 (409).

31 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit (a.a.O., Fn. 16), S. 367, 392.

nierungsgesetz herrscht<sup>32</sup>, verfehlt das gesellschaftliche Problem, das selten in isolierter Diskriminierung wegen Rasse, Behinderung oder Geschlecht, sondern überwiegend in miteinander eng verwobener Ausgrenzung aufgrund mehrerer Merkmale besteht<sup>33</sup>. Da diese intersektionelle bzw. kumulative Diskriminierung oft die gravierendsten Benachteiligungen hervorruft, ist ein einheitlicher Diskriminierungsschutz unverzichtbar. Einige Beispiele aus dem Arbeitsrecht mögen dies illustrieren: Die Weigerung, eine von einem Zeitarbeitsbüro angestellte Arbeitnehmerin zu beschäftigen, die ihr gekräuseltes Haar in kleinen Zöpfchen trägt<sup>34</sup>, ist sicher rassistisch begründet, kann aber Männer nicht treffen; dies gilt auch für die Weigerung, eine muslimische Arbeitnehmerin zu beschäftigen, die ein Kopftuch trägt<sup>35</sup>. Wenn auf die Beschwerde einer schwarzen Beschäftigten wegen rassistischer Bemerkungen im Rahmen einer Fortbildung mit einer Kündigung wegen sexuell zu freizügigen Verhaltens auf eben dieser Fortbildung reagiert wird<sup>36</sup>, so ist auch hier die geschlechtsspezifische Komponente in der Form der Viktimisierung unverkennbar, ebenso wie dies etwa bei einer Weigerung, Männer arabischer Herkunft wegen vermuteter Gewaltbereitschaft in sicherheitssensiblen Bereichen zu beschäftigen, der Fall wäre.

### 3. Effektive Konzeptionierung des Diskriminierungsschutzes

Ebenso wichtig wie die Diskussion der rassistischen Diskriminierung ist die Auseinandersetzung mit Konzeptionen des Diskriminierungsschutzes. Liest man den Text der Richtlinien genauer, so drängt sich die Frage auf, ob Diskriminierungsschutz der richtige Begriff ist. Ausweislich ihrer ersten Artikel zielen alle drei Richtlinien auf die Verwirklichung der Gleichbehandlung von Personen, sprechen also faktische Elemente ausdrücklich an. Dennoch definieren sie Gleichbehandlung als Abwesenheit von Diskriminierung und konzentrieren sich im folgenden auf die Definition der verschiedenen Dimensionen des Diskriminierungsverbotes, weshalb wir den Begriff Schutz vor Diskriminierung im Titel dieses Beitrags für durchaus angemessen halten. Mit ihrer Ausrichtung an der Verwirklichung der Gleichbehandlung knüpfen die Richtlinien auch an völkerrechtlichen Konzeptionen an, insbesondere die RL 2000/43/EG bezieht sich ausdrücklich auf das CERD. Danach ist Diskriminierung definiert als „jede auf der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder dem Volkstum beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“<sup>37</sup>

Die Betonung der tatsächlichen Auswirkung der diskriminierenden Handlung und der Wirkung auf reale soziale Felder unterstreicht, dass das CERD auf die reale soziale Situation derjenigen, die von Diskriminierung bedroht sind, zielt<sup>38</sup>. Vergleichbar ist auch das CEDAW konzipiert, das in den Begründungserwägungen aller drei Richtlinien erwähnt wird.

Mit ihrer Orientierung an reeller Gleichheit stellen die Richtlinien allerdings die Frage, ob und wie der Diskriminierungsschutz auch von seiner materiellen Dimension her auf die Effektivität im Faktischen hin ausgerichtet werden kann. Indem sie über formale Diskriminierungsverbote hinaus auf tatsächliche Veränderungen zielen<sup>39</sup>, folgen die Richtlinien den Ansätzen aus Staaten, die – anders als die Bundesrepublik – auf eine lange Geschichte der Entwicklung des Gleichstellungsrechts auch in bezug auf rassistische und ethnizisti-

32 Mahlmann, ZEuS 2002, 407; Zypries in *Zweiwochendienst Frau und Politik*, Nr. 196/03.

33 Wentholt, *The Dutch General Act on Equal Treatment*, 49, in: *Non-Discrimination and Diversity*, 43; Fredman, *The Future of Equality in Britain*, EOC Working Paper Series No. 5, 2002.

34 Vgl. Kleffner, *Haarspaltereien um ein paar Zöpfchen*, *Frankfurter Rundschau* 24. September 1997, S. 5.

35 Vgl. BAG 10.10.2002, 2 AZR 472/01, NJW 2003, 1685 = NZA 2003, 483, Besprechung mit Nachweisen zur Entscheidung der zweiten Instanz: Hoevens, *Kopftuch als Kündigungsgrund?* NZA 2003, 701-703, zur Kopftuchdiskriminierung als unlösbare Kombination sexistischer und rassistischer Diskriminierung Debus, *Der Kopftuchstreit in Baden-Württemberg – Gedanken zu Neutralität, Toleranz und Glaubwürdigkeit*, KJ 1999, 431; Britz, *Das verfassungsrechtliche Dilemma doppelter Fremdheit: Islamische Bekleidungs Vorschriften für Frauen und das Grundgesetz*, KJ 2003, 95-102; Schiek, *Just a Piece of Cloth? German Courts and Employees with Headscarves*; 33 *Industrial Law Journal* (2004), 68-73.

36 Beispiel aus der Praxis des britischen Antidiskriminierungsrechts, vgl. *Discrimination Law Association*, Briefings 226-278, Februar 2003, No 277.

37 Art. 1 Abs. 1 CERD, BGBl. II (1969), 962 (964). 38 Im Ergebnis ebenso Britz, *EuGRZ* 2002, 381, 386.

39 Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union* (2002), 189; Mahlmann, ZEuS 2002, 410; Schiek, *A new framework on equal treatment of persons in EC law?*, *European Law Journal* 2002, 290 (305).

sche Diskriminierung zurückblicken können.<sup>40</sup> Da es in Deutschland an solchen Erfahrungen mangelt, ist ein Blick über die Grenzen gerade in diesem Rechtsgebiet überaus hilfreich. Dies gilt umso mehr, als bei den Vorarbeiten der Richtlinien auch Erfahrungen aus anderen Rechtsordnungen eingeflossen sind. Eine Umsetzung ohne rechtsvergleichende Seitenblicke wird daher wahrscheinlich deren Intention verfehlen.

#### **4. Anliegen der Untersuchung, Vorgehen**

Das Hauptanliegen der Untersuchung ist es, den Blick für andere Rechtsordnungen bei der Bewältigung dieser konzeptionellen Probleme des Antidiskriminierungsrechts zu öffnen. Dabei soll die Problematik der proaktiven Konzeption des materiellen Antidiskriminierungsrechts im Mittelpunkt stehen. Gerade das südafrikanische Recht verspricht hier besonders lehrreich zu sein, denn es beruht selbst auf umfassenden rechtsvergleichenden Arbeiten, die sich auf das us-amerikanische, britische, kanadische, australische und auch niederländische Recht bezogen, und hat sich außerdem einem proaktiven Ansatz verschrieben<sup>41</sup>.

Die Diskussion der Konzeption von Gleichheitsrecht vor dem Hintergrund der Parameter reaktiv – proaktiv wird, soweit ersichtlich, in Deutschland noch kaum geführt. Deswegen sind die Parameter dieser Diskussion in einem ersten Schritt zu erläutern, wobei die Einordnung des in anderem Zusammenhang als hybride Rechtsfigur<sup>42</sup> bezeichneten Verbotes der mittelbaren Diskriminierung besondere Aufmerksamkeit fordert. Im Anschluss daran erfolgt die problemorientierte Darstellung des südafrikanischen Antidiskriminierungsrechts, wobei der Versuch unternommen wird, rechtspolitische Tendenzen und wesentliche gerichtliche Entscheidungen zu den verschiedenen Elementen des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes auszuwerten, um am Ende Schlussfolgerungen für eine wünschenswerte Strategie der Umsetzung der EU Antidiskriminierungsrichtlinien zu ziehen.

40 Einen knappen Überblick über das Recht aller Mitgliedsstaaten der EU gibt Bell (op. cit. [Fn. 29], 146ff.). Bell differenziert zwischen Staaten mit „equality law“ (Niederlande, Irland, Schweden, Grossbritannien, Belgien und Italien), „antidiscrimination law“ (Dänemark, Frankreich, Luxemburg, Finnland, Spanien, Portugal und Bundesrepublik) und „absence of any specific legal provision“ (Österreich und Griechenland). Die Bundesrepublik entgeht der Einteilung in die letzte Kategorie bei Bell wesentlich durch § 75 BetrVG; Vergleich des deutschen, britischen und niederländischen Rechts auch bei Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit (a.a.O., Fn. 16); S. 96-111; zu neueren Regelungen in Frankreich Le Friant, Rechtstechniken im Kampf gegen die Diskriminierungen: Die Lage in Frankreich, ArbuR 2003, 51.

41 Vgl. hierzu aus dem deutschsprachigen Raum Melot de Beauregard, Gleichheit durch Gesetz?, ZfRV 2002, 66; und differenzierter Gabbert, Die Umsetzung von ‚affirmative action‘ in Südafrika: Employment Equity Act, RIW 1999, 279.

42 Morris: On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law: Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice, 15 Oxford Journal of Legal Studies (1995), 199-228, 199 (Verbot der mittelbaren Diskriminierung als Hybrid zwischen dem deliktsähnlichen individuellen Diskriminierungsverbot und den gruppenorientierten positiven Maßnahmen).



## II. Zur Konzeption des Diskriminierungsschutzes – reaktive und proaktive Ansätze

### 1. Zur Begrifflichkeit „reaktiv – proaktiv“

Es gehört zum Standard der Diskussion des Rechts für Gleichheit und gegen Diskriminierung, seine konzeptionelle Basis aufgrund einer Diskussion von Dualitäten zu entwickeln: Die formale Gleichheit wird der materialen Gleichheit entgegengesetzt, eine symmetrische Konzeption von Diskriminierungsverboten einem asymmetrischen Diskriminierungsschutz, die Chancengleichheit der Ergebnisgleichheit<sup>43</sup>. Bei allen Unterschieden in der Terminologie, läuft die dualistische Konzeption von Gleichheitsrechten auf die Gegenüberstellung zweier Modelle hinaus: Eines wird mit den Schlagworten „liberal“, „formal“, „symmetrisch“ und „individuelle Gerechtigkeit“ charakterisiert und soll – in aristotelischen Begriffen – auf dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit beruhen, während das andere „materiale“ oder „substantielle“ Gleichheit durch „asymmetrisch“ wirkende Diskriminierungsverbote in Orientierung an „gruppenbezogener Gerechtigkeit“ zu erreichen versucht und auf dem Prinzip der Verteilungsgerechtigkeit basieren soll<sup>44</sup>. Die Konzeptionierung des Diskriminierungsschutzes, der aufgrund der drei neuen Gleichbehandlungsrichtlinien der EU zu schaffen ist, kann sich – wie bereits einleitend erwähnt – nicht an nur einer dieser beiden Konzeptionen orientieren, denn die Richtlinien selbst vereinen diverse Elemente in ihrer Definition von Gleichbehandlung und Diskriminierungsverboten einerseits und ihrer Ausrichtung auf die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung andererseits.

Die Unterscheidung von reaktivem und proaktivem Gleichheitsrecht ist bislang außer in der südafrikanischen<sup>45</sup> vor allem in der britischen Diskussion vorgenommen worden<sup>46</sup>. Dahinter steht eine neue Konzeption von Gleichheitsrechten, die sich nach Wahrnehmung zahlreicher Autoren vom Dualismus formell-substantiell grundsätzlich abhebt<sup>47</sup>. Einen wesentlichen Anstoß erhielt die Neukonzeptionierung durch einen Bericht über institutionellen Rassismus in der Londoner Polizei<sup>48</sup>, der sehr viel Wert auf die Feststellung legte, die inadäquate Reaktion der Polizei in einem Londoner Stadtteil auf eine Serie rassistischer Gewalttaten mit Todesfolge sei letztlich nur die Summe zahlreicher institutioneller Fehlkonstruktionen und nicht individuellen Versagens; angezeigt sei daher eine institutionelle Umstrukturierung und keine individuelle Schuldzuweisung. Dies bedeutet auf zwei Ebenen eine Neuerung.

Erstens sollen nicht mehr (nur) Verstöße gegen Verbote angemahnt werden, sondern positive Verpflichtungen zur Verwirklichung von Gleichheit geschaffen werden. Damit werden Adressaten der Gesetze für

43 Vgl. z.B. Schlussanträge vor dem EuGH von GA Saggio in der Rechtssache Badeck (EuGH 28.3.2000 – C-158/97 (Badeck) Slg. 2000, I-1875); Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, 66 *The Modern Law Review* (2003), 16-43, 18-20, der aber für eine alternative Orientierung an verschiedenen Zielen des Diskriminierungsschutzes plädiert, wobei „social inclusion“ den Vorrang erhalten soll; demgegenüber für zielpluralen Diskriminierungsschutz bei kritischer Distanz zu den Dualismen Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit* (a.a.O. Fn. 16), insb. S. 48, 69.

44 Vgl. etwa Bell/Waddington, *Reflecting on Inequalities in European Equality Law*, 28 *European Law Review* (2003), 349-369, 351; Morris, *On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law*, 15 *Oxford Journal of Legal Studies* (1995), 199 – 229 (zu den Dualitäten individuell und gruppenbezogen sowie ausgleichende und Verteilungsgerechtigkeit); zu letzterem Gegensatz auch Canaris, *Aspekte der iustitia commutativa und iustitia distributiva im Vertragsrecht* in: Kostiris (ed) *Law at the Turn of the 20th Century*, Athen, 1996, 281-294.

45 Thompson/Benjamin, *South African Labour Law* (Loseblatt, Stand: Juni 2002) 1-25: „This section (...) requires employers to take steps in advance, to be pro-active in the elimination of unfair discrimination and not simply to sit back and wait to be informed before doing something.“ (Zu section 5 *Employment Equity Act*).

46 Der Dualismus proaktiv-reaktiv wird verwendet von McCrudden, *Mainstreaming Equality in the Governance of Northern Ireland*, in: 22 *Fordham International Law Journal* (1999), 1697-1775, 1768f („How then, does mainstreaming differ from traditional antidiscrimination approaches? Mainstreaming concentrates on government pro-actively taking equality into account. It does not concentrate primarily on discrimination as the problem to be resolved. Mainstreaming approaches are intended to be anticipatory, rather than essentially retrospective.(...)“). Fredman, *Discrimination Law*, 2002, p. 176-177 („The most important response to individualized, retrospective and passive enforcement and remedial structure has, however, taken the form of positive duties to equality. (...) Equality can only be meaningfully advanced if practices and structures are altered pro-actively by those in a position to bring about real change.“)

47 Z.B. Bell/Waddington, a.a.O.(Fn. 44); Collins, *Discrimination, Equality and Social Inclusion*, *Modern Law Review* 2003, 16-43, 40; Barnard et al, *Equality, Non-discrimination and the Labour Market in the UK*, *IJCLIR* 2002, 129.

48 Macpherson of Cluny, *Sir William: The Stephen Lawrence Inquiry: Report of an Inquiry by Sir Willion Macpherson of Cluny*: London, The Stationery Office 1999 (<http://www.official-documents.co.uk/document/cm42/4262/4262.htm>, kostenpflichtig).

Gleichbehandlung diejenigen, die realistisch gesehen, diskriminierende Strukturen beeinflussen können – unabhängig davon, ob sie dafür verantwortlich waren, dass diese Strukturen entstanden sind. Damit geht auch der Verzicht auf individuelles Verschulden sowie die Hoffnung einher, dass diese Gesetze für Arbeitgeber motivierender sein würden als Regelungen, die erst individuell zurechenbares Fehlverhalten identifizieren müssen<sup>49</sup>. Im Hinblick auf die Durchsetzung von Rechten durch benachteiligte Personen ist allerdings zu beachten, dass individuelle Rechte auf die Einhaltung der positiven Handlungspflichten nicht (notwendig) bestehen; folglich wird eine Durchsetzung durch Agenturen oder Organisationen wichtig.

Auf der weniger prozessualen Ebene bedeutet der Übergang von reaktivem zu proaktivem Recht einen veränderten Blick auf das Phänomen Diskriminierung. Während reaktives Recht nur im Nachhinein reagiert und häufig auf Einzelfälle fixiert bleibt, setzen Regelungen der vierten Generation auf proaktive Maßnahmen zur Vermeidung von Diskriminierung und integrationsfreundlichen Umgestaltung von Prozessen. Damit geht eine neue Perspektive auf Gleichheit einher, die mit den Begriffen „Gleichheit durch Teilhabe“<sup>50</sup> und „soziale Inklusion“<sup>51</sup> charakterisiert wird.

Konzeptionell gesehen, kann die proaktive Ausrichtung von Recht sogar als die logische Konsequenz des modernen Gleichheitsrechts begriffen werden. Traditionell meinte Gleichheit als formelle Voraussetzung des Rechts im aristotelischen Sinne die arithmetische oder formale Gleichheit in dem Sinne, dass Gleiches gleich und Ungleiches seiner Ungleichheit entsprechend verschieden behandelt werden sollte<sup>52</sup>. Dieser Begriff der formellen Gleichheit ist sozialer Ungleichheit gegenüber zumindest indifferent; insbesondere die zweite Hälfte des Prinzips mit dem Gebot zur ungleichen Behandlung Ungleicher gilt als grundsätzlich antiegalitär. Es kann zur Stabilisierung jeder gesellschaftlichen Hierarchie herangezogen werden<sup>53</sup>. Das moderne Gleichbehandlungsrecht unterscheidet sich von diesem Ansatz durch seine Ausrichtung auf die soziale Realität. Damit wird es spezifischer: Es benennt spezifische Merkmale, die als persönliche Charakteristika angesehen werden und an denen soziale Diskriminierung anknüpft. Es definiert mehrere Fälle von Diskriminierung und schließlich das soziale Ziel, das es erreichen will, wie die völkerrechtlichen Antidiskriminierungsabkommen illustrieren<sup>54</sup>: Diskriminierung kann durch Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung erfolgen, und es genügt, dass diese Handlung eine Beeinträchtigung des Genusses der Menschenrechte und Grundfreiheiten zur Folge hat; ob sie bezweckt ist, ist gleichgültig. Modernes Gleichheitsrecht zielt damit auf Integration oder Inklusion, es hofft auf die Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse durch Recht. Dies kann aber nicht nur reaktiv gelingen, zugleich sind proaktive Regeln erforderlich.

Die proaktive Perspektive muss nicht notwendig auf eine Kritik der Durchsetzung von Gleichheitsrechten fixiert bleiben<sup>55</sup>, sondern kann sich auch auf die materiell gewährten Rechte auswirken.

Materielle Normen haben etwa dann proaktive Elemente, wenn sie – über die Rechtsfolge im individuellen Fall hinaus – eine Motivation zur Umgestaltung von Strukturen schaffen, mit dem Ziel der institutionellen Inklusion von Personen, die bisher ausgegrenzten Gruppen angehören. Diese Motivation kann durch verschiedene Elemente entstehen, die sich im wesentlichen mit den oben aufgeführten Merkmalen eines substantiellen Gleichheitsbegriffs decken. Proaktive Maßnahmen sind überhaupt nur sinnvoll, wenn Gleichbehandlung als Ziel für eine Vielzahl gleichartiger Entscheidungen die Maßgabe ist. Eine einzigartige Maßnahme, die im Unternehmensalltag nie wieder vorkommt, hat keinerlei proaktives Potential. Damit begünstigt eine gruppenbezogene Konstruktion von Gleichheitsrechten ihre proaktive Umsetzung. Die proaktive Umgestaltung orientiert sich stets an Prozessen, hat aber ein bestimmtes Ergebnis vor Augen. Somit ist eine rein prozedurale Ausrichtung von Rechten kein Garant für proaktive Maßnahmen.

49 Fredman, *Discrimination Law*, 2002, S. 122-124.

50 Bell/Waddington, *European Law Review* 2003, 351.

51 Collins, a.a.O. (Fn 47).

52 Vgl. Aristoteles, *Politeia* (Übersetzt von E Rolfes), 1280 a: „So hält man z.B. das Recht für Gleichheit, und das ist es ja auch, aber als Gleichheit nur für Gleiche, aber nicht für alle. Und so hält man auch die Ungleichheit für Recht, und sie ist es ja auch, aber nicht für alle, sondern nur für Ungleiche“.

53 Heute weisen sogar gestandene Grundrechtskommentatoren darauf hin, dass der Satz „Jedem das Seine“, auf den die aristotelische Formel kondensiert werden kann, über dem Eingang des Konzentrationslagers Buchenwald angebracht war (Sachs-Osterloh, Art. 3 GG Rn. 8). Eine bessere Illustration des dem Prinzip inhärenten Antiegalitarismus' kann man sich nicht vorstellen.

54 So etwa die bereits zitierte (Fn 37) Definition des CERD, die sich mit der des CEDAW deckt.

55 So tendenziell Fredman, *Discrimination Law*, 2002, S. 176 ff; s.a. S. 126 ff für einige substantielle Momente des Gleichheitsrechts der vierten Generation.

Wenn proaktiver Diskriminierungsschutz notwendiges Element programmatischen Rechts ist, das auf die Verwirklichung von Gleichbehandlung zielt, so ist auch bei der Umsetzung der o.g. Antidiskriminierungsrichtlinien auf proaktives Recht zu achten.

## 2. Beispiele proaktiven materiellen Diskriminierungsschutzes

Einige Beispiele proaktiven Diskriminierungsschutzes mögen helfen, das Konzept zu veranschaulichen. Dabei sollen zuerst die britischen Reaktionen auf die Anforderung, ein Gleichheitsrecht der vierten Generation zu entwickeln, geschildert werden, um sodann die altbekannte sogenannte Frauenquote und die neue eu-rechtliche Konzeption des Verbotes der Verweigerung angemessener Vorkehrungen hier einzuordnen.

### a. Recht im Vereinigten Königreich: Positive Pflichten von Behörden

Im Vereinigten Königreich von Großbritannien, Schottland und Nordirland versteht man unter proaktivem Recht überwiegend die Festlegung objektiver Pflichten, insbesondere für öffentliche Einrichtungen, deren Einhaltung durch spezifische Kommissionen überwacht wird, die dazu wiederum in den Dialog mit den betroffenen Gruppen treten (sollen).

#### aa) Nordirland

Die erste Regelung dieser Art war der Northern Ireland Act 1998, der auf der Basis des Karfreitagsübereinkommens vom britischen Parlament beschlossen wurde<sup>56</sup>. Für das Arbeitsrecht ist außerdem der mehrfach geänderte FETO (Fair Representation and Equal Treatment Order) maßgebend.

Ziel des Gesetzes ist die angemessene Repräsentation (fair representation) der verschiedenen Bevölkerungsgruppen Nordirlands; insbesondere von Katholiken und Protestanten, auch in der Beschäftigung. Das Gesetz errichtet die Gleichbehandlungskommission für Nordirland und unterwirft alle öffentlichen Einrichtungen einer Verpflichtung, ihr Handeln daraufhin zu prüfen, ob es zum Ziel der Fair Representation beitragen kann und wie es ggf. umzugestaltet wäre. Die Verordnung bindet – weitergehend als ihre Vorläufer – alle privaten Arbeitgeber mit mehr als 10 Beschäftigten sowie die öffentlichen Arbeitgeber. Die Verpflichtungen des FETO umfassen eine Registrierung bei der Equality Commission (NI), die Erstellung von Statistiken zur Zusammensetzung der Belegschaft; bei öffentlichen Arbeitgebern und denen, die mehr als 250 Personen beschäftigen, kommt die Pflicht hinzu, die Veränderungen dieser Proportionen durch Personalbewegungen zu dokumentieren. Darüber hinaus müssen die Beschäftigungspolitiken alle drei Jahre darauf hin ausgewertet werden, wie sie eine angemessen zusammengesetzte Belegschaft unterstützen bzw. was noch getan werden muss, um dieses Ziel zu erreichen.

#### bb) Race Relations (Amendment) Act 2000<sup>57</sup>

Wesentlich weitergehend als der RRA 1976 enthält der RRA 2000 nicht nur ein Diskriminierungsverbot für alle öffentlichen Stellen, sondern verpflichtet diese Stellen auch, „race equality“ in allen ihrer Funktionen zu fördern.<sup>58</sup> Nach aussen gerichtetes Verwaltungshandeln unterliegt damit nicht nur einem Diskriminierungsverbot, sondern ist in jedem Stadium auch auf seine fördernde Funktion im Hinblick auf die angestrebte Gleichstellung zu überprüfen. Wie dieses im einzelnen zu geschehen hat, soll durch den *Secretary of State* nach Konsultation mit der *Commission for Racial Equality* (CRE) festgelegt werden; die CRE hat die Befugnis, diese Verpflichtungen notfalls auch ohne Individualklagen mittels *compliance orders* durchzusetzen.<sup>59</sup> Diese Bestimmungen gelten jedoch nicht für das Arbeitsrecht, auch nicht, soweit die Beschäftigungspolitik öffentlicher Institutionen betroffen ist.

56 Zur Entstehungsgeschichte McCrudden, *Fordham International Law Journal* 1999, 1667 – 1775 (1727-1755).

57 Abrufbar unter <http://www.hmso.gov.uk/acts/acts2000/20000034.htm>.

58 Fredman ILJ 2001, 153; Schiek *ArbuR* 2003, 49.

59 Fredman ILJ 2001, 166.

## cc) Künftige Pläne

Um eine Anpassung des Gleichbehandlungsrechts an veränderte ökonomische Bedingungen sowie die Erfordernisse der Umsetzung der EU-Gleichbehandlungsrichtlinien zu gewährleisten, hat eine Kommission im Auftrag der Regierung Gesetzesvorschläge erarbeitet<sup>60</sup>. Die Kommission betont bei aller Sympathie für Gesetzgebung der „vierten Generation“, dass auch individuelle Rechte gegen Diskriminierung wichtig sind. Für diesen Bereich werden konkrete Vorschläge zum Verbot der mittelbaren Diskriminierung unterbreitet, wenn auch die prozeduralen Empfehlungen im Vordergrund stehen:

- In Bezug auf religiöse Diskriminierung<sup>61</sup> und Diskriminierung Behinderter soll eine faktische Benachteiligung auch dann nicht gerechtfertigt sein, wenn diese durch zumutbare Anstrengungen der Verantwortlichen vermieden werden kann<sup>62</sup>, etwa die Gewährleistung freier Tage an Feiertagen unterschiedlicher Religionen<sup>63</sup>.
- Es sollen proaktive Handlungspflichten etabliert werden, die unabhängig von individuellen Klagen auf die angemessene Beteiligung aller Gruppen im Erwerbsleben zielen<sup>64</sup>, insbesondere durch die Pflicht der Arbeitgeber ab 10 Beschäftigten, die Ergebnisse ihrer Personalpolitik zu dokumentieren und im Falle von Unterrepräsentanz bestimmter ethnischer Gruppen einen *Employment Equity Plan* zu erstellen.<sup>65</sup>
- Ein abgestuftes System der Rechtsdurchsetzung soll vorrangig auf freiwillige Umsetzung durch Unternehmen setzen, aber diejenigen, die sich dieser Pflicht entziehen, harten gesetzlichen Sanktionen unterwerfen<sup>66</sup>, wodurch insgesamt das Eigeninteresse der Arbeitgeber an proaktiver Vermeidung von Diskriminierung geweckt werden soll.<sup>67</sup>
- Schließlich wird angeregt, die Rechtsdurchsetzung nicht mehr nur den betroffenen Individuen zu überlassen. Sowohl Gewerkschaften wie auch *equality agencies* sollten stellvertretende Klagbefugnisse erhalten;<sup>68</sup> die *commission* sollte das Recht erhalten, allein oder auch im Verbund mit Betroffenen Ansprüche für Gruppen von Betroffenen durchzusetzen.<sup>69</sup>

Die Umsetzung der EU-Richtlinien, die rechtzeitig erfolgte, setzt diese Forderungen noch nicht um.

## b. Die sogenannte Frauenquote in der Bundesrepublik

Wie der Bericht über die Situation im Vereinigten Königreich gezeigt hat, ist ein wesentliches Element proaktiver Maßnahmen die Festlegung numerischer Ziele. Solche numerischen Ziele sind auch wesentlicher Bestandteil der sogenannten Frauenquote, die die meisten deutschen Bundesländer für den öffentlichen Dienst inzwischen vorschreiben<sup>70</sup>. In der klassischen Form gebietet die Frauenquote die Einstellung oder Beförderung einer Frau statt eines Mannes unter drei Voraussetzungen: Frauen sind in dem entsprechenden Bereich unterrepräsentiert, die Frau ist als gleich qualifiziert anerkannt worden, und es liegen keine überwiegenden Härtegründe zugunsten des Mannes vor. Diese Quote wird in der Realität wohl recht selten angewandt. Wenn dies dennoch geschieht, so meist in Fällen, in denen man sich fragen kann, ob die an sich geplante Bevorzugung eines Mannes nicht als mittelbar diskriminierend unzulässig sein müsste: Die Frau ist als gleich qualifiziert anerkannt, aber der Mann würde ohne die Frauenquote wegen seines Dienst-

60 Hepple/Coussey/Choudhury, *Equality: A New Framework. Report on the Independent Review of the Enforcement of UK Anti Discrimination Legislation*, 2000.

61 Diese stellt in der Regel gleichzeitig rassistische Diskriminierung dar, da die religiösen Bräuche der Mehrheitsethnie anders gewertet werden als diejenigen der Minderheiten.

62 Hepple/Coussey/Choudhury, a.a.O. (Fn 60), 32: „without causing undue hardship on the person responsible for accommodating those needs“.

63 Hepple/Coussey/Choudhury, 48.

64 Hepple/Coussey/Choudhury, 34.

65 Hepple/Coussey/Choudhury, 71.

66 Vgl. McCrudden, *Regulating Discrimination: Advice to a Legislator on Problems Regarding the Enforcement of Anti Discrimination Law and Strategies to Overcome them*, in: Loenen/Rodrigues (Hrsg.): *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives* (1999), 298.

67 Hepple/Coussey/Choudhury, 57; Fredman *ILJ* 2001, 167.

68 Hepple/Coussey/Choudhury, 95.

69 Hepple/Coussey/Choudhury, 96.

70 Genauere Darstellung Schiek, in: Schiek u.a., *Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder*, 2. Aufl. 2002, Rn. 247-308 (Systematische Darstellung), sowie jeweils Einzelkommentierung zu den Quotenvorschriften.

alters oder sogar wegen der Anzahl seiner Kinder vorgezogen<sup>71</sup>. Gerade weil diese Form der Quote erhebliche Diskussionen ausgelöst hat, die bei ähnlichen Maßnahmen im Bereich der rassistischen Diskriminierung in Deutschland sicher noch aggressiver wären, ist es fraglich, ob diese zurückhaltende Maßnahme den argumentativen Aufwand lohnt. Hinzu kommt, dass die Einführung einer sog. weichen Entscheidungsquote nicht unbedingt zu proaktiver Umgestaltung der Dienststellen im Sinne einer besseren Integration von Frauen führt.

Die Quotierungsvorschriften sind jedoch nur ein Element eines integrierten Konzepts. Sie werden ergänzt durch die Verpflichtung zur gleichstellungsgerechten Personalplanung durch Gleichstellungspläne oder Frauenförderpläne sowie durch Vorschriften zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Vorgehens bei Einstellungen, Entlassungen sowie im Zusammenhang mit der beruflichen Entwicklung einschließlich der Fortbildung. All diesen Maßnahmen ist gemeinsam, dass sie mit den Zielsetzungen der Gesetze in engem Zusammenhang stehen. Diese assoziieren die Verwirklichung der Gleichberechtigung oder die Durchsetzung der Gleichstellung in erster Linie mit einer Erhöhung des Frauenanteils in Bereichen, in denen Frauen bisher unterrepräsentiert sind; das Ziel der Verbesserung der Vereinbarkeit von Familien- und Erwerbsarbeit steht eigenständig daneben. Die Erhöhung des Frauenanteils wird in der Logik der Gleichstellungsgesetze deswegen zum eigenständigen Ziel, weil nach ihrem Verständnis von Gleichheit in einem substantiellen Sinne eine messbare Gleichverteilung von Ressourcen ein Indikator für die Verwirklichung sozialer Gleichheit ist. Zur Verwirklichung sozialer Gleichheit gehört auch die Überwindung struktureller Diskriminierung, die die Eliminierung unmittelbar und mittelbar diskriminierender Praktiken umfasst.

Ebenso wie bei den „4th Generation Maßnahmen“ des nordirischen Rechts steht bei den Regelungen der Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder die angemessene Repräsentation von Frauen im Vordergrund. In der Praxis sind allerdings die Quotierungsvorschriften weniger relevant als die spektakulären Prozesse nahelegen<sup>72</sup>. Wie die Praxis des EuGH zeigt, benachteiligen auch öffentliche Arbeitgeber Frauen durch unmittelbare Benachteiligung Schwangerer<sup>73</sup> oder durch mittelbare Diskriminierung<sup>74</sup>. Deswegen erweist sich gerade das Verbot der (un)mittelbaren Diskriminierung häufig als ein ebenso wichtiges Instrument zur Umgestaltung diskriminierender Prozesse im öffentlichen Dienst wie die so genannte Frauenquote.

### **c. Verbot, angemessene Vorkehrungen zu verweigern, als neues Element des EU-Rechts**

Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU enthalten ein weiteres Element, welches als Unterstützung für proaktive Maßnahmen begriffen werden kann, wobei es jedoch wesentlich näher an einem Diskriminierungsverbot liegt als die sogenannte Frauenquote. In Art. 5 RL 2000/78/EG heißt es, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, angemessene Vorkehrungen zu treffen, um die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu gewährleisten. Die angemessenen Vorkehrungen sind nach derselben Vorschrift konkret-individuelle Maßnahmen, die Menschen mit Behinderungen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg oder die Teilnahme an einer Weiterbildung ermöglichen. Beispiele sind die Stellung eines Computers mit Braille-Tastatur und -Drucker bzw. Voice-Funktion für einen blinden Mitarbeiter oder das Anbringen einer Rampe oder eines Fahrstuhls, um gehbehinderten Beschäftigten den Zugang zu betrieblichen Einrichtungen zu ermöglichen<sup>75</sup>. Damit derartige Vorkehrungen das finanzielle Leistungsvermögen eines Arbeitgebers nicht überfordern, steht die Verpflichtung unter dem Vorbehalt, dass sie keine unverhältnismäßige Belastung darstellt. Diese Regelung deckt sich übrigens zum

71 Vgl. zuletzt BAG 21.1.2003 – 9 AZR 307/02, ArbuR 2003, 318 (juris KARE 600008355), mit höchstrichterlicher Anerkennung der sog. Frauenquote in Rheinland-Pfalz. Entgegen dem Vorbringen des Klägers hielt das BAG – im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH – die Vorschrift nicht deswegen für unzulässig, weil dienstälteren Bewerbern nicht stets der Vorrang vor gleich qualifizierten Frauen gegeben wurde.

72 Vgl. die Auswertung der Ergebnisse unterschiedlicher Gleichstellungsgesetze bei Vieten, in: Schiek u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, 2. Aufl. 2002, Rn. 478-483.

73 Vgl. EuGH v. 3.2.2000 – C-207/88, Slg. 2000, I-3875 (Mahlburg): Beklagte war das Kreiskrankenhaus Rostock.

74 EuGH 20.3.2003 – C-187/00 (Kutz-Bauer), NZA 2003, 506 (Zum Ausschluss von Teilzeitbeschäftigten von einem tariflich vereinbarten Altersteilzeitanspruch).

75 Praktische Beispiele für Maßnahmen, die innerhalb und außerhalb des Arbeitsverhältnisses die Barrierefreiheit herstellen, bei Moritz, ZfSH/SGB 2002, 204-214 (210-212).

Teil mit der Empfehlung der Hepple-Kommission, die Verweigerung angemessener Vorkehrungen für Behinderte im Zusammenhang mit einer statistischen Benachteiligung als Diskriminierung anzusehen; die Empfehlungen fordern weitergehend angemessene Vorkehrungen auch für die Integration religiöser Differenz<sup>76</sup>.

Art. 5 RL 2000/78/EG könnte auch als Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot im Sinne einer Verpflichtung der Arbeitgeber zu positiven Maßnahmen verstanden werden<sup>77</sup>. Gegen eine Gleichsetzung der Verpflichtung aus Art. 5 mit einer Pflicht zu positiven Maßnahmen spricht aber eine systematische Auslegung der Richtlinie, denn Art. 7 Abs. 2 enthält noch eine spezifische Ermächtigung der Mitgliedsstaaten, über die angemessenen Vorkehrungen hinaus Maßnahmen zur Eingliederung von Behinderten zu treffen, die dann einseitig Behinderte begünstigen. Dies sind positive Maßnahmen, während die angemessenen Vorkehrungen nach den Eingangsworten von Art. 5 gerade der Gewährleistung von Gleichbehandlung dienen. Überzeugender ist es deshalb, in der Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, eine besondere Form des Diskriminierungsverbotes zu sehen<sup>78</sup>: Die Verweigerung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, wird einer Diskriminierung gleichgestellt.

Problematisch stellt sich allerdings die Frage der Kosten der Maßnahmen dar. Wie gesagt, ist hier eine allgemeine Abwägung der Zumutbarkeit für den Arbeitgeber vorgesehen, die überwiegend als Abwägung der Kosten verstanden wird<sup>79</sup>. Nach EU-Recht können ökonomische Argumente weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Diskriminierung rechtfertigen. Erkennt man die Verweigerung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, als Diskriminierung an, so wäre mit dem Zumutbarkeitstest zugleich eine ökonomische Rechtfertigung für Diskriminierung anerkannt. Nur wenn man zwischen dem Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung und dem Verbot der Verweigerung angemessener Vorkehrungen mit Recht differenzieren kann, wäre diese Ausnahme weniger problematisch: Wie oben gezeigt, ist die Verpflichtung zu proaktiven Maßnahmen einer weniger stark abwehrrechtlichen und stärker sozialgestaltenden Konzeption von Diskriminierungsschutz verpflichtet. Insbesondere die Instrumente des Antidiskriminierungsrechts der vierten Generation mit dem Ziel, soziale Inklusion oder Integration umfassend zu gewährleisten, sind nicht von der Art, dass die damit verbundenen Verpflichtungen in einer Marktwirtschaft stets als Aufgabe privater Wirtschaftsteilnehmer angesehen werden könnten. Folglich könnte durchaus darüber nachgedacht werden, Kosten in gewissem Umfang durch die Allgemeinheit tragen zu lassen. Da Arbeitgeber von einer diversifizierten Belegschaft auch Vorteile haben, ist es gleichermaßen unangemessen, die Allgemeinheit alle Umstellungskosten tragen zu lassen. Zur Abgrenzung öffentlicher und privater Verantwortung ist der Zumutbarkeitstest, der auch ökonomische Argumente einbezieht, geeignet. Gerade die Nähe des Verbotes der Verweigerung angemessener Vorkehrungen zu positiven Maßnahmen rechtfertigt es, vom strikten Konzept des Diskriminierungsschutzes bei der Rechtfertigung von Verstößen abzuweichen.

Zugleich liegt hier der entscheidende Unterschied zum Verbot der unmittelbaren und ggf. auch mittelbaren Diskriminierung, das eher der Abwehr sozialer Ausgrenzung als dem positiven Ziel der sozialen Integration zuzuordnen ist. Folglich ist eine ökonomische Rechtfertigung etablierter Diskriminierung weniger zu rechtfertigen als die ökonomische Rechtfertigung der Verweigerung angemessener Vorkehrungen.

Aufgrund ihrer konzeptionellen Nähe zum Ziel der sozialen Inklusion kann die Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen zu treffen, auch positive Maßnahmen initiieren. Durch die konkrete Ausgestaltung in der RL 2000/78/EG wird dies aber voraussichtlich nicht in großem Ausmaß gelingen. Der Anspruch auf angemessene Vorkehrungen ist als individueller Anspruch ausgestaltet, ohne dass ihm eine strukturelle Verpflichtung zur Seite gestellt wird. Dementsprechend müssen Arbeitgeber – sofern die Mitgliedsstaaten nicht über die Richtlinie hinausgehen – keine generellen Überlegungen zur Umgestaltung des Betriebs im Hinblick auf künftige Beschäftigung Behinderter anstellen, sofern sie Anträgen im Einzelfall nachkommen. Dennoch steckt auch in diesem Anspruch ein gewisses Potential.

76 Näher oben bei Fn. 61 ff.

77 So etwa Schmidt, Marlene, Das Arbeitsrecht der Europäischen Gemeinschaft, III Rn. 199, die Art. 5 RL 2000/78/EG als eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen bezeichnet.

78 So insbesondere Waddington/Hendriks, The expanding Concept of Employment Discrimination in Europe: From Direct and Indirect Discrimination to reasonable Accommodation Discrimination, IJCLIR 2002, 403-427.

79 Vgl. Waddington/Hendriks, a.a.O. m.w.N.

### 3. Proaktiver Diskriminierungsschutz und Verbot der mittelbaren Diskriminierung

Während die Einordnung des Verbots der Verweigerung angemessener Vorkehrungen als eine Regelung, die proaktive Maßnahmen fördern kann, noch relativ leicht gelingt, ist dies für das Verbot der mittelbaren Diskriminierung problematisch. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung entzieht sich nämlich schon einer klaren Zuordnung zu einem der konträren Ansätze, die oben mit formaler und substantieller Gleichheit bezeichnet wurden<sup>80</sup>. Erst recht ist seine Einordnung zwischen den beiden Polen proaktiv-reaktiv schwierig.

#### a) Entstehung und wesentlicher Gehalt

Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung wurde in den USA im Zusammenhang mit der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ entwickelt.<sup>81</sup> Basis war die Erkenntnis, dass das Verbot direkter Diskriminierung nicht dazu beitragen konnte, die sozioökonomische Lage der „Farbigen“ zu verbessern.<sup>82</sup> Ebenfalls im Kontext der rassistischen Diskriminierung wurde das Verbot der mittelbaren Diskriminierung in Europa zuerst in das britische Antidiskriminierungsrecht übernommen.<sup>83</sup> Der EuGH übernahm das Konzept in den Bereichen Diskriminierung wegen des Geschlechts sowie der Staatsangehörigkeit.<sup>84</sup>

Bei der mittelbaren Diskriminierung trifft eine merkmalsneutrale Differenzierung überwiegend Personen nachteilig, denen die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe zugeschrieben wird.<sup>85</sup> Rechtswidrig ist die Differenzierung dann, wenn sie nicht erforderlich ist um das mit ihr angestrebte Ziel zu erreichen oder wenn sie – gemessen an diesem Ziel – nicht angemessen ist. Erforderlich ist die im Ergebnis differenzierende Maßnahme nur dann, wenn eine weniger diskriminierende Alternative nicht besteht.<sup>86</sup>

Der Kern des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung ist eine Vermutung dahingehend, dass eine überwiegende Benachteiligung einer von den Diskriminierungsverboten geschützten Gruppe in der Regel kein Zufall ist, sondern kausal mit der spezifischen Diskriminierung zusammenhängt. Diese Vermutung wird auf dem Hintergrund verfestigter gesellschaftlicher Benachteiligung aufgestellt. Sie kann widerlegt werden durch den Nachweis einer alternativen Kausalität. Dazu ist es erforderlich, zunächst das Ziel der Differenzierung zu isolieren. Nur dann, wenn dieses nichts mit dem verpönten Kriterium zu tun hat, kann die Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Differenzierung beginnen. Ergibt diese, dass eine weniger diskriminierende Regelung ebenso geeignet wäre, das Ziel zu erreichen, ist die diskriminierend wirkende Regelung oder Verfahrensweise unzulässig.

#### b) Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung?

So gefasst, wäre das Verbot der mittelbaren Diskriminierung dem Pol der individuellen Diskriminierungsverbote zuzuordnen, und es gäbe keinen Grund, über die bei der unmittelbaren Diskriminierung anerkannten Ausnahmen hinaus weitere zuzulassen. Im Gegensatz dazu differiert die Position unterschiedlicher Rechtsordnungen jedoch bezüglich der Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung ganz außerordentlich.

80 Vgl. Bieback, 1997, a.a.O. (Fn. 17), 36; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit (a.a.O., Fn. 16), S. 68g, m.w.n.; Dies. ELJ 2002, 302 ff.; Fredman ILJ 2001, 145; Fredman, Discrimination Law, 126 ff.; Barnard/Hepple, Substantive Equality, C.L.J. 2000, 562 (563).

81 Vgl. Bieback, ebenda, 20. In dem Ausgangsfall Griggs v Duke Power Co hatte die Beklagte nach Inkrafttreten des Bürgerrechtsgesetzes auf direkte Diskriminierung verzichtet und stattdessen Testkriterien eingeführt, die ebenso wie die offene Diskriminierung zu einem Ausschluss „farbiger“ BewerberInnen führten. Die Anwendung auf Einstellungstests und -kriterien stellt in den USA nach wie vor den Schwerpunkt der Diskussion um disparate impact discrimination und affirmative action dar; vgl. Ballam, Affirmative Action: Purveyor of preferential treatment or guarantor of equal opportunity? A call for a „revisioning“ of affirmative action; Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 1997, 1; Farber, The outmoded debate over affirmative action, California Law Review 1994, 893; Hunter/Shoben, Disparate impact discrimination: American oddity or internationally accepted concept?; Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 1998, 108.

82 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn. 45) 1-33.

83 Bieback, 1997, a.a.o. (Fn. 17) 21; Fredman, Discrimination Law, 106.

84 Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, a.a.O. (Fn. 16), 63/64 mit zahlreichen Nachweisen.

85 Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 63.

86 Vgl. Note: The Civil Rights Act of 1991 and less discriminatory alternatives in disparate impact litigation; Harvard Law Review 1993, 1621; Barnard/Deakin/Kilpatrick, IJCLIR 2002, 137; Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 65, verweist darauf, dass dieser Punkt in den USA die Rechtsprechung beschäftigt, in der Rechtsprechung des EuGH sowie in der Bundesrepublik bislang jedoch nicht präzisiert worden ist (Fn. 246); Zur ‚less discriminatory alternative‘ in den USA auch Schiek, WSI-Mitt. 1996, 343.

Nach dem Recht der EU ist eine Rechtfertigung einer manifesten mittelbaren Diskriminierung nicht möglich. Allerdings behandeln der EuGH und auch die neugefassten Gleichbehandlungsrichtlinien den Test zur Widerlegung der Kausalität zwischen überwiegender Benachteiligung und verpöntem Merkmal als Rechtfertigung; in den Richtlinien wird dieser Begriff ausdrücklich verwendet.

In der Rechtsprechung des EuGH muss die differenzierende Maßnahme zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>87</sup> Ausgehend von dieser Rechtsprechung wurde die mittelbare Diskriminierung in der Beweislastrichtlinie<sup>88</sup> definiert; diese stellt für die Rechtmäßigkeit einer im Ergebnis differenzierenden Maßnahme darauf ab, ob die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren angemessen und notwendig sowie durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt sind. Auch die RL 2000/43/EG schließlich verweist in Art. 2 (2) b. auf die Kriterien der Erforderlichkeit und Angemessenheit, erleichtert die Darlegung mittelbarer Diskriminierung jedoch dadurch, dass kein Nachweis einer tatsächlichen Benachteiligung gefordert wird.

Die Definition mittelbarer Diskriminierung im australischen *Equal Opportunity Act* verbietet jede mittelbar benachteiligende Anforderung, Bedingung oder Praxis die „not reasonable“ ist. Inwieweit etwas reasonable ist, hängt ab von

- „(a) the consequences of failing to comply with the requirement, condition or practice;
- (b) the cost of alternative requirements, conditions or practices;
- (c) the financial circumstances of the person imposing, or proposing to impose, the requirement, condition or practice.“<sup>89</sup>

Hier wird maßgeblich auf Kostengesichtspunkte abgestellt. Dass diese in der Abwägung eine Rolle spielen müssen, ist weitgehend anerkannt; ungeklärt ist jedoch, wie hier abzuwägen ist.<sup>90</sup> Hierbei wird zu trennen sein zwischen einmaligen Umstellungskosten und Kosten des laufenden, geänderten Arbeitsablaufs. Jedenfalls die Kosten einer einmaligen Umstellung werden es grundsätzlich nie rechtfertigen können, mittelbar benachteiligende Praktiken aufrecht zu erhalten.

Damit ist grundsätzlich eine weitgehende Rechtfertigung auch manifesten mittelbarer Diskriminierungen möglich. Dem steht jedoch eine relative große Bereitschaft zur Erweiterung des Anwendungsbereichs des Verbotes gegenüber.

In Australien stellte das *Victorian Civil and Administrative Tribunal* gar die Pflicht zur ständigen Anwesenheit am Arbeitsplatz vor dem Hintergrund mittelbarer Diskriminierung in Frage. Die Beschwerdeführerin wollte 2 Wochentage von zu Hause aus arbeiten, da sie ein chronisch krankes Kind hatte, das ihre Anwesenheit erforderte. Das Tribunal stellte fest, die Anforderung jeden Arbeitstag im Büro zu verbringen benachteilige Eltern mittelbar, und stellte dann konsequent die Frage, ob diese Anforderung *reasonable* sei. Das Tribunal war der Ansicht, die Kosten für die Umstellung auf teilweise Heimarbeit seien *reasonable*, so dass sich die Anforderung nach ständiger Anwesenheit als *non-reasonable* und diskriminierend darstellte.<sup>91</sup> Diese Entscheidung des *Tribunal* wurde durch den *Supreme Court* anschließend aufgehoben; dieser war der Ansicht, das *Tribunal* habe sich mit der Arbeitsorganisation auf ein Gebiet begeben, das der Gesetzgeber mit dem *Equal Opportunity Act* nicht habe antasten wollen.<sup>92</sup>

87 Bieback, 1997, a.a.O. (Fn. 17), 25, mit zahlreichen Nachweisen.

88 RL 97/80/EG vom 15.12.1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, AbIEG L 014, 6; geändert durch RL 98/52/EG, AbIEG L 205, 66.

89 Sec. 9 EOA, vgl. Gaze, Context and interpretation in Anti-discrimination law, Melbourne University Law Review, 2002, 325 (342). Eigene Übersetzung: (a) den Konsequenzen daraus, der Anforderung, Bedingung oder Praxis nicht zu entsprechen; (b) den Kosten alternativer Anforderungen, Bedingungen oder Praktiken; (c) den finanziellen Verhältnissen der Person, die die Anforderung, Bedingung oder Praxis auferlegt oder aufzuerlegen beabsichtigt.

90 Note: The Civil Rights Act of 1991 and less discriminatory alternatives in disparate impact litigation, Harvard Law Review 1993, 1621; Fredman, The Future of Equality in Britain, 16.

91 Vgl. Gaze, Context and Interpretation in Anti-Discrimination Law, Melbourne University Law Review 2002, 325 (342/343)

92 Vgl. Gaze a.a.O. 344, die dem Gericht nicht folgt. Das Gericht sei offenbar „uneasy with the potential for indirect discrimination to disturb existing practices which it has never before seen questioned“ (346); „Because the Court could not accept that the EOA was directed to changing social practices, it had only the alternative of reading it down to be ineffective.“ (351).

Obwohl es fast ein Wagnis darstellt, zum unübersichtlichen US-amerikanischen Antidiskriminierungsrecht eine Bewertung abzugeben, seien doch einige Hinweise erlaubt. Zunächst zeigt die jüngere Rechtsprechung des *Supreme-Courts*, dass es den Klägern insbesondere bei Kündigungsfällen kaum mehr gelingt, den Beweis einer mittelbaren Diskriminierung zu führen. Eine Ursache hierfür ist, dass die Prüfung der „objektiven Rechtfertigung“ sich als fast freie Abwägung unterschiedlicher ökonomischer Interessen darstellt<sup>93</sup>. Dementsprechend wird in der Literatur auch diskutiert, den Anwendungsbereich des „echten“ Verbotes der mittelbaren Diskriminierung auch zugunsten der Anerkennung einer Pflicht zur „accomodation“ zu reduzieren. Die Verpflichtung, angemessene Vorkehrungen („accomodation“) zu treffen, sei distributiven Zielen zuzuordnen. Daher müsse entweder der Anwendungsbereich auf besonders schutzbedürftige Gruppen eingengt oder eine weitgehende ökonomische Rechtfertigung erlaubt werden<sup>94</sup>.

Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass klassische Anwendungsbereiche des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung nun verschwinden. Anerkannt und Gegenstand der Rechtsprechung in den Vereinigten Staaten ist etwa, dass das Erfordernis einer bestimmten Mindestgröße der BewerberInnen Frauen und Angehörige bestimmter ethnischer Gruppen benachteiligen kann.<sup>95</sup> Ist die geforderte Mindestgröße für den Job nicht erforderlich, so liegt eine rechtswidrige mittelbare Diskriminierung vor.

Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit wirft jedoch Fragen auch dann auf, wenn ein Kriterium oder eine Praxis nach den gegebenen Umständen notwendig ist, eine Änderung dieser Umstände jedoch möglich wäre. Wie etwa ist zu entscheiden, wenn ein Arbeitsplatz tatsächlich eine bestimmte Mindestgröße voraussetzt, weil er nach der Durchschnittsgröße „weißer“ Männer konzipiert ist?<sup>96</sup> Kann der Ausschluss der Mehrheit der Frauen oder Ostasiaten dann damit gerechtfertigt werden, dass diese bislang für den Arbeitsplatz nicht vorgesehen waren und dieser deshalb nicht an ihnen ausgerichtet ist? Oder müssen Arbeitgeber hier Veränderungen vornehmen, um die (zunehmende) Differenz der BewerberInnen berücksichtigen zu können?

Hier muss die Abgrenzung zwischen Diskriminierungsschutz und integrativer Sozialpolitik ähnlich wie beim Verbot der Verweigerung angemessener Vorkehrungen aufgrund einer Einzelfallabwägung erfolgen. Das US-amerikanische Recht krankt also daran, dass die sorgfältige dogmatische Abgrenzung zwischen Verbot der mittelbaren Diskriminierung und dem Verbot der Verweigerung angemessener Vorkehrungen nicht erfolgt, die nunmehr im jüngeren EU-Recht angelegt ist.

In Kanada schließlich hat der *Supreme Court* einen neuen Test für die Rechtmäßigkeit einer Differenzierung entwickelt, dessen Abwägungskriterien wie folgt gestaltet sind: Der differenzierende Standard muss nicht nur notwendig sein, um ein legitimes Ziel zu erreichen. Um den Standard als *reasonably necessary* anzusehen, „it must be demonstrated that it is impossible to accommodate individual employees sharing the characteristics of the claimant without imposing undue hardship upon the employer“.<sup>97</sup> Damit kann die strittige Maßnahme nicht mehr allein damit gerechtfertigt werden, dass sie erforderlich bzw. nicht unvernünftig ist. Sie muss sich auch als diejenige Maßnahme darstellen, die die betroffene Beschäftigengruppe von allen in Frage kommenden Maßnahmen am geringsten belastet. Hat ein Arbeitgeber eine derartige Prüfung nicht vorgenommen und eine unnötig belastende Variante gewählt, ist Prüfungsmaßstab das Verhältnis dieser Varianten zueinander, nicht jedoch, ob eine nachträgliche Umstellung eine besondere Härte

93 So Brors, RdA 2003, 223-228, 226-227.

94 Kelman, Market Discrimination and Groups, 53 Stanford Law Review (2001), 834-896.

95 Vgl. Hunter/Shoben, Disparate Impact Discrimination: American Oddity or Internationally Accepted Concept?, Berkeley Journal of Employment and Labor Law, 1998, 108 (146); natürlich werden von einer solchen Regelung auch kleinere Männer benachteiligt, diese sind jedoch als Gruppe nicht strukturell benachteiligt, so dass sie sich lediglich auf ein allgemeines Willkürverbot berufen können. Der Gruppenbezug des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung zeigt sich auch daran, dass die Betroffenen sich in zahlreichen Rechtsordnungen nur dann auf mittelbare Diskriminierung berufen können, wenn sie Mitglied einer Gruppe sind, deren strukturelle Diskriminierung anerkannt ist; vgl. Hunter/Shoben, 148; Kelman, Market Discrimination and Groups, Stanford Law Journal 2001, 833 (865): „Only members of historically subordinated groups will persistently face market-irrational treatment“.

96 Vgl. dazu ausführlich Kelman, Market Discrimination and Groups, Stanford Law Journal 2001, 833.

97 British Columbia v B.C.G.S.E.U. vom 09. September 1999, 68 Canadian Rights Reporter (2000), 1. Übersetzt etwa: „Es ist nachzuweisen, dass es unmöglich ist, den Bedürfnissen von Beschäftigten mit den Eigenschaften des Klägers Rechnung zu tragen, ohne dass für den Arbeitgeber eine unangemessene Härte entsteht“. In dem Fall ging es um Fitness-Anforderungen für Feuerwehrleute, die von weniger Frauen als Männern erfüllt werden konnten und die nicht zwingend erforderlich waren, um den Job auszuüben.

darstellen würde. Es geht also nicht nur darum, ob dem jeweiligen Kläger mit einer Anpassung geholfen werden kann, sondern auch darum, ob von vornherein die Bedürfnisse der Gruppe, der der Kläger angehört, angemessen berücksichtigt wurden.<sup>98</sup>

### c) Zwischenergebnis

Dieser kurze Überblick zeigt, dass das Verbot der mittelbaren Diskriminierung um so strenger gehandhabt wird, je weniger eine Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen anerkannt ist. Wird eine solche Pflicht anerkannt, so ist dies mit einer erweiterten Abwägung der Interessen der Arbeitnehmer an Barrierefreiheit mit den ökonomischen Interessen der Arbeitgeber verbunden.

Im Hinblick auf das Verhältnis der mittelbaren Diskriminierung zu proaktiven Maßnahmen kritisieren manche Autoren grundsätzlich, dass eine Verurteilung wegen mittelbarer Diskriminierung keine Verpflichtung zur proaktiven Umgestaltung der inkriminierten Regelung mit sich bringt<sup>99</sup>. Insbesondere das britische Recht sieht – soweit nicht das EU Recht im Recht der Geschlechtergleichheit Anpassungen erzwingt – bei den nicht vorsätzlichen mittelbaren Diskriminierungen nur Entschädigungszahlungen vor<sup>100</sup>.

Unter den Bedingungen der Anerkennung von Gruppenklagen<sup>101</sup> und abschreckender Entschädigungsleistungen hat die *disparate impact* Rechtsprechung des US Supreme Court in den 80er Jahren durchaus zu proaktiven Maßnahmen der Unternehmen beigetragen. In den USA wurden sogar Quoten- oder Zielvorgaben zunächst als Reaktion auf festgestellte Diskriminierungen entwickelt<sup>102</sup>: Zum einen entwickelten die Gerichte Quotenvorgaben als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Recht; zum anderen entwickelten Unternehmen Strategien, die eine ausgewogene Beschäftigtenstatistik gewährleisten, als Abwehrinstrument gegen mögliche *disparate impact* Klagen.<sup>103</sup> Aus dieser Zeit resultiert auch die intensive Diskussion über die Gestaltung von Einstellungstests und -kriterien in den Vereinigten Staaten: Werden diese mit dem Ziel verändert, die Einstellungschancen ethnischer Minderheiten zu verbessern, so lässt sich dieses als positive Maßnahme begreifen. Gleichzeitig jedoch lässt sich hierin auch die Beseitigung bislang diskriminierender Einstellungskriterien sehen, wodurch die Änderung der Kriterien als Beseitigung mittelbarer Diskriminierung anzusehen wäre.<sup>104</sup> Dies jedenfalls dann, wenn die diskriminierenden Anforderungen sich – was regelmäßig der Fall ist – als nicht erforderlich bzw. nicht verhältnismäßig darstellen, um das mit der merkmalsneutral formulierten Differenzierung angestrebte Ziel zu erreichen.<sup>105</sup>

Neben seiner abwehrenden, reaktiven Funktion kann das Verbot mittelbarer Diskriminierung auch im Sinne eines proaktiven Ansatzes genutzt werden. Wird die Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen der Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung konsequent durchgeführt, ergibt sich ein Ansatz zur Umgestaltung diskriminierender Strukturen.<sup>106</sup>

98 Vgl. Pretorius/Klinck/Ngwena, *Employment Equity Law* (Durban 2001), 4-13 ff.

99 Bieback, 1997, a.a.O. (Fn. 17), 37; Wentholt, *The Dutch General Act on Equal Treatment*, 63; in: Westerman, *Non-discrimination and Diversity*, Den Haag 2000, 43. Wentholt bemerkt zutreffend, dass das Verbot mittelbarer Diskriminierung ein wertvolles Instrument zur Analyse benachteiligender Strukturen ist, auf deren Erkenntnisse dann der Gesetzgeber reagieren kann (und sollte). Das gesetzliche Verbot der Benachteiligung Teilzeitschäftiger etwa wäre ohne die auf mittelbarer Diskriminierung beruhenden Klagen kaum festgeschrieben worden.

100 Vgl. Fredman *ILJ* 2001, 163; Barnard/Hepple *C.L.J.* 2000, 565; Barnard/Deakin/Kilpatrick, *Equality, Non-discrimination and the Labour Market in the UK*, *IJLLIR* 2002, 129 (133); Wentholt, *The Dutch General Act on Equal Treatment*, 63; in: Westerman, *Non-discrimination and Diversity*, Den Haag 2000, 43.

101 Dazu Pfarr/Kocher, *Kollektivverfahren im Arbeitsrecht*, 1998.

102 Vgl. Schiek *WSI-Mitt.* 1996, 343; Schlachter, *Wege zur Gleichberechtigung*, 345 ff.; Raasch, *Frauenquoten und Männerrechte*, 54 ff.; Diese Vorgaben erfolgten zumeist in der Form von Zielvorgaben zur Erhöhung des Anteils von Mitgliedern der diskriminierten Gruppe.

103 Schiek *WSI-Mitt.* 1996, 343; Eine ausgewogene Zusammensetzung der Belegschaft ist allerdings nach der Rechtsprechung in den USA keine hinreichende Verteidigung gegen festgestellte mittelbare Diskriminierung. Ein Arbeitgeber darf auch dann nicht Individuen wegen ihrer Rasse oder ihres Geschlechts mittelbar benachteiligen, wenn er in der Regel Mitglieder dieser Gruppen bevorzugt; vgl. Hunter/Shoben, a.a.O. (Fn. 81), 150; Pretorius/Klinck/Ngwena, *Employment Equity Law* (Durban 2001), 4-7.

104 Vgl. zur Geschlechterdiskriminierung Schiek, *Anm. BAG AP Nr. 226 zu Art. 3 GG*, Bl. 597 ff.; Dieselbe, *Differenzierte Gerechtigkeit*, (a.a.O., Fn. 16) 73; Sporrer, *Bevorzugende Quoten widersprechen EU – Recht*, *DRdA* 1995, 442 ff.

105 Eben diese Unterscheidung wurde auch in bezug auf ‚Frauenquoten‘ im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik diskutiert. Diese wurden weitgehend als Bevorzugung der Frauen angesehen; sie lassen sich jedoch auch als ausgleichende Gegenmaßnahme zu strukturell diskriminierenden Auswahlverfahren begreifen; vgl. oben.

106 Vgl. Barnard/Hepple, *C.L.J.* 2000, 584: „(...) a flexible concept of indirect discrimination coupled with an obligation to make reasonable adjustments, offers an alternative approach towards equality of results.“

Benachteiligende Strukturen und Anforderungen, die auf der – auch unbewussten – Anpassung an das dominante Modell des (mittel-)europäischen Mannes beruhen, können als rechtswidrige Diskriminierung betrachtet werden;<sup>107</sup> an die Stelle einer „Förderung“ von Frauen oder ethnischen Gruppen tritt die Verpflichtung, deren Rechte durch die Reflektion und Beseitigung strukturell diskriminierender Strukturen zu gewährleisten.<sup>108</sup> Das gesonderte Verbot der Verweigerung angemessener Maßnahmen ermöglicht darüber hinaus die Berücksichtigung von Differenz. Demgegenüber können Bevorzugungsregelungen jedenfalls dann den Anreiz zur genauen Analyse struktureller Benachteiligung nehmen, wenn sie nicht an erkannten Benachteiligungen ansetzen, sondern undifferenziert die Erreichung bestimmter Zielvorgaben genügen lassen.<sup>109</sup>

---

107 Vgl. Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit (Fn. 16) 355: „(...) Diskriminierung ist unabhängig von persönlicher Gesinnung möglich, indem Marktteilnehmer Gewohnheiten gehorchen, die zu systematischer Benachteiligung ‚Anderer‘ führen, obwohl andere Gewohnheiten (mindestens) ebenso effizient wären.“; Fredman, ILJ 2001, 164: „(...) societal discrimination extends well beyond individual acts of racist prejudice.“; Fredman, The Future of Equality in Britain, 8.

108 Vgl. Tobler, Von der Geschlechter- zur Rassendiskriminierung, 104; in: Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung, Basel 1999, 95: „Das Recht soll Geschlecht und Rasse nicht einfach ignorieren, sondern vielmehr in Anerkennung ihrer sozialen Wirkungen dafür sorgen, dass sie nicht zu benachteiligenden Faktoren werden.“; Schiek, WSI-Mitt. 1996, 347: „Die ‚Frauenquote‘ setzt damit in vielen Fällen nur einen Auswahlmechanismus außer Kraft, der schon unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Diskriminierung unzulässig ist“.

109 Vgl. zur ‚Frauenquote‘ im öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Schiek WSI-Mitt. 1996, 344, 346; im Kontext rassistischer Diskriminierung in den USA Farber, The Outmoded Debate over Affirmative Action, California Law Review 1994, 893 (919).



### III. Ansätze eines proaktiven Diskriminierungsschutzes im Recht der Republik Südafrika

Im Kontext der Konzeption des Diskriminierungsschutzes ist das südafrikanische Gleichheitsrecht von besonderem Interesse, weil es vor dem Hintergrund der Apartheid unter besonderem Erfolgsdruck steht: Es lässt deshalb umfangreiche positive Maßnahmen zu und geht damit über ein formales Gleichheitskonzept hinaus, verstärkt jedoch gleichzeitig Diskriminierungsverbote. Dies provoziert die Frage, wie die scheinbare Bevorzugung der bislang Benachteiligten sich zu dem auch für Weiße geltenden Diskriminierungsverbot verhält.

#### 1. Diskriminierungsschutz vor dem Hintergrund der Überwindung der Apartheid

Das südafrikanische Recht gegen Diskriminierung muss vor dem Hintergrund der Apartheid verstanden und eingeordnet werden. Diese war von den UN als Verbrechen gegen die Menschlichkeit gekennzeichnet worden; vor den 90er Jahren war das südafrikanische Rechtssystem eines der wenigen mit einer „*active discriminatory normative basis*“.<sup>110</sup> Im Erwerbsleben war die Differenzierung aufgrund der zugeschriebenen „Rasse“ ausdrücklich zulässig; Schwarze waren per Definition keine *employees*<sup>111</sup> und konnten deshalb auch keine Mitglieder der offiziellen Gewerkschaften sein.<sup>112</sup>

Das Apartheidregime hat eine nach der zugeschriebenen Rasse tief gespaltene Gesellschaft hinterlassen. Ein 1996, also im Jahre der Verabschiedung der endgültigen Nach-Apartheid-Verfassung<sup>113</sup>, veröffentlichter Report der ILO charakterisiert Südafrika als das Land mit dem weltweit höchstem Level an ökonomischer Ungleichheit, auch nach Überwindung der Apartheid ist der Reichtum des Landes<sup>114</sup> extrem unterschiedlich auf die Bevölkerungsgruppen verteilt.<sup>115</sup> Im Jahre 1998, zur Zeit der Beratung des Employment Equity Bill, stellten Schwarze<sup>116</sup> 76 % der Bevölkerung, jedoch lediglich 3 % des Top-Managements; Weiße 96 % des Top-Managements bei einem Bevölkerungsanteil von 11 %. 65 % der Schwarzen, aber lediglich 0,7 % der Weißen galten als arm. Die Arbeitslosenrate der Schwarzen lag bei 41 %, verglichen mit 6,4 % bezüglich der weißen Bevölkerungsgruppe.<sup>117</sup> Für die Bevölkerungsgruppe der Weißen hatte die Apartheid sich ökonomisch durchaus ausgezahlt, und die während der Apartheid begründete ökonomische Ungleichheit besteht im wesentlichen auch weiterhin. Eine Untersuchung der Erfahrungen mit Rassismus und der empfundenen Relevanz rassistischer Zugehörigkeiten aus dem Jahre 2001 ergab dennoch (oder folglich), dass die erheblichen ökonomischen Probleme des neuen Südafrika wie Armut, Arbeitslosigkeit und Mangel an Bildungsmöglichkeiten, von der Bevölkerung als akuter bedrohlich empfunden werden als Vorfälle, die als Diskriminierung eingeordnet werden.<sup>118</sup>

110 Carey-Miller, South Africa: A world in one country on the long road to reality; in: Harding/Oeruecue, Comparative Law in the 21st Century, London 2002, 281 (286).

111 Dies erinnert an den Ausschluss der „Fremdarbeiter“ aus der deutschen Betriebsgemeinschaft durch die nationalsozialistischen Arbeitsrechtler; Vgl. Seifert, Anm. zu BAG v. 16.02.2000, ArbUR 2000, 228.

112 Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC 1 – 5, Fn 28; In dieser Situation schlossen die weißen Gewerkschaften Abkommen, die qualifizierte Berufe den Mitgliedern der offiziellen Gewerkschaften vorbehalten.

113 Als Nachfolgerin der Interim-Verfassung (Gesetz Nr. 200 des Jahres 1993) wurde die nunmehr gültige Verfassung als Gesetz Nr. 108 des Jahres 1996 verabschiedet; die Interimsverfassung hat jetzt keine Bedeutung mehr.

114 Südafrika verfügt etwa über große Vorkommen an Platin, Gold und Diamanten.

115 Vgl. Gutto, Equality and Non-Discrimination in South Africa: The Political Economy of Law and Law Making (2001), 239: „(...) obscene wealth in the hands of a few on the one hand and grinding poverty among millions on the other“.

116 Verstanden im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs, die südafrikanische equality-Gesetzgebung fasst unter „blacks“ auch Mischlinge und Personen indischer Abstammung.

117 Vgl. Explanatory Memorandum to the Employment Equity Bill, ILJ 1998, 1345.

118 Schlemmer (Vizepräsident des südafrikanischen Instituts der Rassenbeziehungen), National Survey of Race Relations, Durban, August 2001 (Zusammenfassung: <http://www.sairr.org.za/publications/pub/ff/200109/life.htm>).

Wie auch diese Studie bestätigte, ist eines der größten Probleme in diesem Kontext der unterschiedliche Bildungs- und Ausbildungsgrad der Bevölkerungsgruppen. Die Apartheid schuf gezielt eine Reserve billiger Arbeitskraft, indem alle Nicht-Weißen von angemessener Bildung ausgeschlossen wurden.<sup>119</sup> Die weit überwiegende Mehrheit der Arbeitskräfte verfügt deshalb noch nicht über den Grad an Berufskennntnissen, der im allgemeinen für höhere berufliche Positionen verlangt wird.<sup>120</sup> Antidiskriminierungspolitik in Südafrika muss deshalb einen Schwerpunkt auf (primäre und nachholende) Aus- und Fortbildung bislang benachteiligter Gruppen setzen<sup>121</sup>, weshalb der „Skills Development Act“ ein integraler Bestandteil des Gleichheitsrechts ist.<sup>122</sup> Gleichheitspolitik zielt – jedenfalls kurz- und mittelfristig – nicht darauf ab, die Lebensverhältnisse der bislang Benachteiligten insgesamt denjenigen der (weißen) Oberschichten<sup>123</sup> anzupassen. Vielmehr geht es zunächst darum, ein ausgewogeneres Verhältnis der ethnischen Gruppen in den einflussreicheren Positionen zu erreichen. Schon dieses zurückhaltende Ziel muss in einem explosiven Spannungsfeld angestrebt werden. Auf der einen Seite muss eine Verbesserung der Lage der schwarzen Bevölkerung zumindest in Aussicht stehen, wenn eine chaotische Umverteilung vermieden werden soll. Gleichzeitig darf auch der weißen Bevölkerungsgruppe nicht jede Perspektive genommen werden, da deren *know how* für die südafrikanische Wirtschaft derzeit noch unverzichtbar<sup>124</sup> ist.<sup>125</sup>

*Equality* stellt sowohl als Recht als auch als Wert das Kernstück des Transformationsprozesses zu einem demokratischen Gemeinwesen dar.<sup>126</sup> Dies gilt nicht ausschließlich für die vormaligen Opfer der Apartheid. Die institutionalisierte Diskriminierung während der Apartheid scheint vielmehr ein Bewusstsein gegen alle Formen der Diskriminierung geschärft zu haben, so dass jedenfalls auf der Ebene des Rechts auch der Gleichstellung der Geschlechter sowie der verschiedenen sexuellen Orientierungen ein hoher Stellenwert zukommt.

## 2. Rechtlicher Rahmen und die Ziele des Diskriminierungsschutzes

Das südafrikanische Gleichheitsrecht schlägt sich in verschiedenen Gesetzen nieder, was den Überblick über den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz erschwert.

Die südafrikanische Verfassung enthält das Diskriminierungsverbot in Artikel 9. Dessen erste vier Absätze lauten:

- (1) *Everyone is equal before the law and has the right to equal protection and benefit of the law.*
- (2) *Equality includes the full and equal enjoyment of all rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to protect or advance persons or categories of persons, disadvantaged by unfair discrimination, may be taken.*

119 Gutto, a.a.O. (Fn 115), 251: „(...) education was one of the pillars and foundations of colonial and apartheid racism and racial domination“. Hierbei gab es graduelle Abstufungen nach Hautfarbe bzw. Herkunft. Durch die unterschiedliche Qualität der Schulsysteme waren für Nicht-Weiße zwar Fächer wie Botanik und Zoologie teils zugänglich, technische Universitätsabschlüsse etwa jedoch faktisch unmöglich.

120 Bain/Jain, *Equality in employment in South Africa and the United States*; Paper presented at the 3rd African Regional Congress of the International Industrial Relations Association, Cape Town März 2002.

121 Gleichzeitig enthält der EEA Bestimmungen, die den Ausschluss Nicht-weißer im Bewerbungsverfahren wegen mangelnder Qualifikation erschweren, dazu unten.

122 Gesetz Nr. 97 aus dem Jahre 1998 (<http://www.labour.gov.za/docs/legislation/skills/act98-097.html#01>). Der Skills Development Act dient der beruflichen und berufsbegleitenden Weiterbildung und wurde verabschiedet „to provide an institutional framework to devise and implement national, sector and workplace strategies to develop and improve the skills of the South African workforce; to integrate those strategies within the National Qualifications Framework contemplated in the South African Qualifications Authority Act, 1995; to provide for learnerships that lead to recognised occupational qualifications; to provide for the financing of skills development by means of a levy-grant scheme and a National Skills Fund; to provide for and regulate employment services; and to provide for matters connected therewith.“

123 Verglichen mit der Gesamtbevölkerung sind auch die Lebensumstände „ärmer“ Weißer überdurchschnittlich gut.

124 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC 1 – B – 17, Im Kontext der Bestimmung des EEA, dass keine absoluten Barrieren für die Einstellung oder Beförderung weißer Männer errichtet werden sollen: „The retention of existing skills, primarily the domain of white male employees, appears to be the primary motivator for such a provision.“

125 Südafrika steht vor dem Problem einer massiven Auswanderung hochqualifizierter Personen. Neben der Verunsicherung zahlreicher Weißer über die weitere politische Entwicklung des Landes trägt hierzu auch ein extremes Niveau an Gewaltkriminalität bei, das durch die Apartheid bedingt ist.

126 Albertyn/Goldblatt, *Facing the challenge of transformation: Difficulties in the development of an indigenous jurisprudence of equality*; 1998 SAJHR, 248 (249); Constitutional Court in *The President of the RSA v Hugo* (1997): „But in the light of our own particular history, and our vision of the future, a Constitution was written with equality at its centre. Equality is our Constitution’s focus and its organising principle.“

- (3) *The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth.*
- (4) *No person may be unfairly discriminated directly or indirectly against anyone on one or more grounds in terms of subsection (3). National legislation must be enacted to prevent or prohibit unfair discrimination.*<sup>127</sup>

Absatz 5 bestimmt, dass Diskriminierung entgegen Absatz 3 unfair ist, sofern nicht anerkannt ist, dass Diskriminierung fair sein kann<sup>128</sup>. Obwohl Art. 9 Abs. 4 die unmittelbare Horizontalwirkung der Gleichheitsklausel etablieren sollte<sup>129</sup>, bringt die Vorschrift doch auch zum Ausdruck, dass eine Umsetzung der verfassungsrechtlichen Gleichheitsklausel in einfaches Gesetz erforderlich ist. Im Arbeitsrecht galt zunächst der Labour Relations Act (1995, abgekürzt LRA<sup>130</sup>) als die einzige Form der Umsetzung<sup>131</sup>, bis im Jahre 2000 der Employment Equity Act (1998, abgekürzt EEA<sup>132</sup>) in Kraft trat. Dieser verweist nach wie vor auf den LRA sowie den Basic Conditions of Employment Act (1997, BCEA<sup>133</sup>), soweit die Rechtsdurchsetzung betroffen ist. Außerdem enthält der LRA weiterhin ein spezifisches Verbot der diskriminierenden Entlassung<sup>134</sup>. Das jüngste Element des südafrikanischen Gleichheitsrechts ist der Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act (2000, abgekürzt PEPUDA<sup>135</sup>). Dieser gilt sowohl für den Staat als auch für private Akteure (sec 5 [1]), und darüber hinaus gehen seine Bestimmungen denen anderer, ihnen widersprechender Gesetze vor (sec 5 [2]). Allerdings gilt der PEPUDA im Anwendungsbereich des EEA nicht (sec 5 [3]). Für die abhängige Arbeit wirken seine Bestimmungen direkt, sofern abhängige Selbständige betroffen sind<sup>136</sup>. Außerdem gilt der PEPUDA, soweit der EEA eine spezifische Diskriminierungsform nicht abdeckt, wie etwa „hate speech“. Bei der Auslegung des EEA entfaltet der PEPUDA jedoch indirekte Wirkung, denn die Bestimmungen des EEA sind im Lichte der Verfassung auszulegen (sec 3 EEA). Da der PEPUDA das Gesetz ist, das den Auftrag aus Art. 9 (4) der Verfassung erfüllt, sind seine Bestimmungen als quasi-legislatorische Auslegung und Spezifizierung des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgebotes auch bei der Auslegung des EEA maßgebend.

Diskriminierung und Gleichheit sind im PEPUDA wie folgt definiert:

**Discrimination** *is any act or omission which directly or indirectly*

- a) *imposes burdens, obligation or disadvantage on or*  
 b) *withholds benefits, opportunities or advantages from any person on one or more of the prohibited grounds.*

127 Eigene Übersetzung:

„(1) Jeder ist gleich vor dem Gesetz und hat das Recht auf gleichen Schutz und Nutzen durch das Recht.

(2) Gleichheit schließt den vollen und gleichen Genuss aller Rechte und Freiheiten ein. Um die Verwirklichung der Gleichheit zu erreichen, können gesetzgeberische oder andere Maßnahmen ergriffen werden, um durch unfaire Diskriminierung benachteiligte Personen oder Gruppen von Personen zu fördern.

(3) Der Staat darf niemanden weder mittelbar noch unmittelbar wegen eines oder mehrerer Gründe diskriminieren, insbesondere nicht wegen der Rasse, des Geschlechts, einer Schwangerschaft, des Familienstandes, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der Hautfarbe, der sexuellen Orientierung, des Alters, einer Behinderung, Religion, Überzeugung, eines Glaubens, einer Kultur, Sprache oder Geburt.

(4) Keine Person darf unmittelbar oder mittelbar auf unfaire Weise diskriminiert werden wegen eines oder mehrerer Gründe im Sinne von Absatz 3. Nationale Gesetzgebung muss verabschiedet werden, um unfaire Diskriminierung zu verbieten oder zu verhüten.“

128 Vgl. O'Reagan, Equality in the South African Constitution, in: Loenen, Rodrigues (eds), Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives, Den Haag u.a.: Kluwer, 1999, S. 13-24, S.18f.

129 O'Reagan, ebenda.

130 Gesetz Nr. 1877 vom 13.12.1995, <http://www.labour.gov.za/docs/legislation/lra/act95-066.html>. Dazu Lentz, Das kollektive Recht der Republik Südafrika; Groß, Die südafrikanische Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration; Weiss, Die Neuregelung des kollektiven Arbeitsrechts in Südafrika, ArbuR 1998, 301; Zelewski, Die Beilegung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten in Südafrika, NZA 2001, 196.

131 Hier war das Verbot der Diskriminierung unter der Überschrift „sonstige unfaire Arbeitsverhältnispraktiken“ (residual unfair labour practices) im Anhang 7 Teil B (Schedule 7 Part B) enthalten.

132 Gesetz Nr. 55 vom 5. Oktober 1998, Statutes of the Republik of South Africa – Labour, Issue No. 34; <http://www.labour.gov.za/docs/legislation/eea/act98-055.html>.

133 Gesetz Nr. 75 aus dem Jahre 1997; <http://www.labour.gov.za/docs/legislation/bcea/act75-97.pdf>. Artikel 78-82 verleihen den Beschäftigten besondere Rechte zur Durchsetzung des Rechts auf Nichtdiskriminierung.

134 Gem. Section 187 (1) (f) LRA ist die Kündigung in jedem Fall unfair und damit unwirksam, wenn sie auf unfairen Diskriminierung beruht.

135 Gesetz Nr. 4 aus dem Jahre 2000, Republic of South Africa, Government Gazette, 2000, No 20876 (<http://www.gov.za/gazette/acts/2000/a4-00.pdf>).

136 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC 1 – 20.

**Equality** includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms as contemplated in the Constitution and includes de jure and de facto equality and also equality in terms of outcomes.<sup>137</sup>

Da die Verfassung die unfaire Diskriminierung in den Vordergrund stellt, geht der PEPUDA davon aus, dass Diskriminierung auch fair sein kann. Die entsprechende Definition in sec. 14 hebt zunächst in Übereinstimmung mit Art. 9 Abs. 2 der Verfassung hervor, dass Maßnahmen die den Schutz und die Förderung von Personen oder Gruppen von Personen bezwecken, die durch unfaire Diskriminierung benachteiligt sind, keine Diskriminierung sind (Art. 14 Abs. 1). Nach Art. 14 Abs. 2 muss in Diskriminierungsfällen der Beklagte beweisen, dass die Diskriminierung (ausnahmsweise) fair war, wobei der Gesamtzusammenhang und die Frage zu berücksichtigen ist, ob die Diskriminierung durch objektiv bestimmbare Kriterien gerechtfertigt werden kann, die der Tätigkeit inhärent sind. Gemäß sec. 14 Abs. 3 kommt es außerdem auf eine Reihe von Faktoren an, u.a. eine drohende Beeinträchtigung der menschlichen Würde, die zu erwartende tatsächliche Wirkung, die Position des Beschwerdeführers in der Gesellschaft und seine Zugehörigkeit zu einer bisher benachteiligten Gruppe sowie das Vorliegen eines rechtmäßigen Zwecks der Diskriminierung<sup>138</sup>.

Schon diese verfassungsrechtlichen Vorschriften zeigen, dass in Südafrika nahezu unbestritten ein substantieller Ansatz von *equality* im Vordergrund steht.<sup>139</sup> Nach Jahrzehnten der ganz offiziellen Unterdrückung aller „Nicht-Weißen“<sup>140</sup> sind es nur ganz vereinzelte Stimmen, die eine Beschränkung auf rein formale Gleichheit fordern.<sup>141</sup>

### 3. Die Ziele des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutzes

Das Ziel des Employment Equity Act 1998 besteht zum einen in der Förderung von Chancengleichheit und fairer Behandlung am Arbeitsplatz durch die Aufhebung von bestehenden Diskriminierungen (sec 2 a), zum anderen darin, positive Maßnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen der sog. *designated groups*<sup>142</sup>

137 Eigene Übersetzung: Diskriminierung ist jede Handlung oder Unterlassung, die aus einem oder mehreren der verbotenen Gründe einer Person direkt oder indirekt Belastungen, Verpflichtungen oder Nachteile auferlegt oder Vergünstigungen, Möglichkeiten und Vorteile vorenthält. Gleichheit beinhaltet die umfassende und gleiche Ausübung der in der Verfassung gewährleisteten Rechte und Freiheiten und beinhaltet rechtliche und tatsächliche Gleichheit ebenso wie Gleichheit bezüglich der Ergebnisse.

138 (1) It is not unfair discrimination to take measures designed to protect or advance persons or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination or the members of such groups or categories of persons.  
(2) In determining whether the respondent has proved that the discrimination is fair, the following must be taken into account:  
(a) The context;  
(b) the factors referred to in subsection (3);  
(c) whether the discrimination reasonably and justifiably differentiates between persons according to objectively determinable criteria, intrinsic to the activity concerned.  
(3) The factors referred to in subsection (2)(b) include the following:  
(a) Whether the discrimination impairs or is likely to impair human dignity;  
(b) the impact or likely impact of the discrimination on the complainant;  
(c) the position of the complainant in society and whether he or she suffers from patterns of disadvantage or belongs to a group that suffers from such patterns of disadvantage;  
(d) the nature and extent of the discrimination;  
(e) whether the discrimination is systemic in nature;  
(f) whether the discrimination has a legitimate purpose;  
(g) whether and to what extent the discrimination achieves its purpose;  
(h) whether there are less restrictive and less disadvantageous means to achieve the purpose;  
(i) whether and to what extent the respondent has taken such steps as being reasonable in the circumstances to—  
(j) address the disadvantage which arises from or is related to one or more of the prohibited grounds; or  
(k) accommodate diversity.

139 Vgl. Leonhard Dingler Employee Representative Council v. Leonhard Dingler (PTY) LTD & others, (1998) 19 ILJ 285 (Labour Court), 294: „A substantive and contextual approach to equality has received strong support from the constitutional court“; Yacoob, Some perspectives on the movement towards and the struggle for equality in our context, Acta Juridica 2001, 1 (2); De 59; Gutto, a.a.O. (Fn 115), 126; sowie die Definition von Equality im PEPUDA: „Equality includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms as contemplated in the Constitution and includes de jure and de facto equality and also equality in terms of outcomes“.

140 Die Definition eines Weißen gem. dem *Population Registration Act* lautet wie folgt: „white person“ means a person who in appearance obviously is, or who is generally accepted as a white person, but does not include a person who, although in appearance obviously a white person, is generally accepted as a coloured person“; vgl. zum südafrikanischen Klassifikationssystem Ford, Administering Identity: The Determination of „Race“ in Race-Conscious Law, California Law Review 1994, 1231 (1277).

141 Brassey, The Employment Equity Act: Bad for Employment and bad for Equity, ILJ 1998, 1359.

142 Dies sind „black people“ (inklusive Coloureds und Indians), Frauen sowie Behinderte (sec 1); ausgeschlossen von affirmative action sind lediglich nichtbehinderte weiße Männer. Angesichts eines weißen Bevölkerungsanteils von 11 % dürfte affirmative action in Südafrika mehr als 90 % der Bevölkerung erfassen.

in Kraft zu setzen mit dem Ziel, ihre gerechte Repräsentation in allen Hierarchieebenen der Unternehmen zu erreichen (sec. 2 b)<sup>143</sup>. Hierzu wird zunächst ein für alle Arbeitgeber geltendes Verbot der Diskriminierung ausgesprochen. Arbeitgeber ab 50 Beschäftigten bzw. einem bestimmten Mindestumsatz<sup>144</sup> sind des weiteren zu *affirmative action* verpflichtet, wobei der EEA unter *affirmative action* sowohl bevorzugende Maßnahmen wie auch proaktive Maßnahmen zur Beseitigung struktureller Diskriminierung fasst.<sup>145</sup>

#### 4. Diskriminierungsverbote des EEA

Die materiellen Vorschriften des EEA beginnen in Chapter 2 nicht mit einem abwehrenden Diskriminierungsverbot, sondern mit der positiven Verpflichtung jedes Arbeitgebers, unfaire Diskriminierung in „employment practices“ aufzuheben<sup>146</sup>, wofür in der Literatur der Begriff „proaktiv“ verwendet wird<sup>147</sup>. Erst dann folgt das Verbot der Diskriminierung, das sowohl indirekte als auch direkte Diskriminierungen erfasst, ohne dass diese definiert werden würden<sup>148</sup>. Der Verzicht auf die Definition ist absichtsvoll, denn die Entwicklung der für Südafrika angemessenen Definitionen ist den Gerichten überlassen.<sup>149</sup> Die nicht abschließende Liste explizit verbotener Diskriminierungsgründe ist recht umfassend. Als Diskriminierung gilt auch die sog. Belästigung (englisch: harassment, also Hetze), für die das Gesetz auch eine Definition enthält.

Diskriminierung ist unzulässig in „any employment policy or practice“, und zusätzlich zu dieser weiten Definition enthält der EEA eine ausführliche, jedoch nicht abschließende Liste von Maßnahmen, die als *employment policy or practice* gewertet werden können. Damit sollen die Probleme vermieden werden, die sich insbesondere in Großbritannien bei der praktischen Anwendung des Verbotes der indirekten Diskriminierung stellen. Wer sich durch Diskriminierung für beschwert hält, muss in Südafrika keine Anforderung oder Bedingung<sup>150</sup> isolieren, die im Ergebnis zur Benachteiligung führt; es genügt, wenn das Ergebnis des gesamten Prozesses benachteiligend ist.<sup>151</sup>

Ebenso wie die Verfassung, statuiert der EEA ausdrücklich, dass Diskriminierung auch fair sein kann, wobei die beiden wesentlichen Rechtfertigungsgründe für die Durchbrechung des Diskriminierungsverbotes zugunsten von „affirmative action“ sowie die Unterscheidung, der Ausschluss oder die Bevorzugung von Personen um einer der spezifischen Aufgabe innewohnenden Anforderung (*inherent requirement of a job*<sup>152</sup>) willen sind<sup>153</sup>. Anders als im europäischen Recht, wird also nicht zwischen zulässiger Differenzierung

143 Sec 2 des EEA lautet: **Purpose of this Act.** – The purpose of this Act is to achieve equity in the workplace by –  
a. promoting equal opportunity and fair treatment in employment through the elimination of unfair discrimination; and  
b. implementing affirmative action measures to redress the disadvantages in employment experienced by designated groups, in order to ensure their equitable representation in all occupational categories and levels in the workforce.

144 Vgl. Chapter I sec. 1 – Definitions – des EEA.

145 Vgl. Bain/Jain, Equality in Employment in South Africa and the United States (Fn 120).

146 Sec 5: **Elimination of unfair discrimination.** – Every employer must take steps to promote equal opportunity in the workplace by eliminating unfair discrimination in any employment policy or practice.

147 Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), 1-25: „This section (...) requires employers to take steps in advance, to be pro-active in the elimination of unfair discrimination and not simply to sit back and wait to be informed before doing something.“

148 Sec 6: **Prohibition of unfair discrimination.** –

(1) No person may unfairly discriminate, directly or indirectly, against an employee, in any employment policy or practice, on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, family responsibility, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, HIV status, conscience, belief, political opinion, culture, language and birth.

(...)

(3) Harassment of an employee is a form of unfair discrimination and is prohibited on any one, or a combination of grounds of unfair discrimination listed in subsection (1).

149 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), 1-16: „It is clear that the legislator wanted to avoid some of the problems of proof that have beset applicants in those jurisdictions in which the terms are extensively defined“ – Das südafrikanische Recht ist sehr offen für Einflüsse aus anderen Rechtsordnungen, es besteht jedoch die berechtigte Sorge, dass die bloße Übernahme auswärtigen Antidiskriminierungsrechts den besonderen Bedingungen des Landes nicht gerecht wird.

150 So das britische Recht; Vgl. zur Problematik Barnard/Hepple, Indirect Discrimination: Interpreting Seymour-Smith; Cambridge Law Journal 1999, 399.

151 Vgl. Thompson/Benjamin a.a.O. (Fn 45), 1-45.

152 Diese Ausnahme folgt der Convention Nr. 111 der ILO, vgl. Thompson/Benjamin 1 – 58; Die Interpretation in Südafrika ist strikt, so etwa bezogen auf das Geschlecht in Association of Professional Teachers & Another v Minister of Education and Others (1995) 16 ILJ 1048 (IC): Diese Verteidigung „should only be allowed in very limited circumstances and should not be allowed where the decision to differentiate is based on subconscious (or worse, a conscious) perception that one sex is superior to the other.“

153 Section 6 para 2 enthält die Bestimmungen zur Rechtfertigung einer Diskriminierung:

(2) It is not unfair discrimination to-

a) take affirmative action measures consistent with the purpose of this Act; or

b) distinguish, exclude or prefer any person on the basis of an inherent requirement of a job.

und unzulässiger Diskriminierung unterschieden, sondern zwischen Diskriminierung und unfairer Diskriminierung.

In der Praxis des Diskriminierungsrechts folgt daraus insbesondere, dass nicht nur die spezifischen Arbeitsplatzanforderungen sowie das Ziel, strukturelle Diskriminierungen und Benachteiligungen zu überwinden (*affirmative action*) als Rechtfertigung von Diskriminierung anerkannt werden, sondern sich darüber hinaus ein allgemeines „Fairnesskriterium“ zu etablieren beginnt. Zuerst war dies nur für Diskriminierung aus anderen Gründen als der Zugehörigkeit zu einer „designated group“ der Fall. In solchen Fällen wurde überlegt, ob die Diskriminierung anhand eines anderen Kriteriums unfair war, wobei es darauf ankam, ob das gewählte Differenzierungskriterium geeignet ist, grundsätzliche Ausgrenzungen mit sich zu bringen<sup>154</sup>. In diesen Fällen muss der Kläger beweisen, dass Unfairness vorliegt, wodurch der Anwendungsbereich des gesetzlichen Schutzes in durchaus sinnvoller Weise auf diejenigen Gruppen beschränkt wird, zu deren Ungunsten die institutionalisierte Diskriminierung des Apartheidsystems wirkte<sup>155</sup>. Darüber hinaus hat der Labour Court in dem Leitfall zur mittelbaren Diskriminierung angedeutet, dass es einen darüber hinausgehenden allgemeinen Rechtfertigungsgrund geben könnte, da Diskriminierung nur dann als unfair angesehen werden könne, wenn sie nach den in einer Gesellschaft vorherrschenden Normen als tadelnswert angesehen werden müsse. Dies hänge wiederum davon ab, welches Ziel mit der Diskriminierung verfolgt werde und ob es in sich gerechtfertigt ist und die Mittel, um es zu erreichen, angemessen und rational sind<sup>156</sup>. Allerdings ist diese weite Rechtfertigung wohl bisher nicht in Fällen der unmittelbaren Diskriminierung aufgrund eines der verpönten Merkmale verwendet worden<sup>157</sup>.

## 5. Gebot proaktiver Beseitigung von Diskriminierung und „affirmative action“

Ergänzend zur positiven Verpflichtung aller Arbeitgeber, spezifische Maßnahmen zur Überwindung von Diskriminierung zu ergreifen, müssen „designated employers“<sup>158</sup> gem. Chapter 3 des EEA „affirmative action“ in ihrem Unternehmen verankern<sup>159</sup>.

Hier wird ein formalisiertes System des *mainstreaming* aller Beschäftigungsbedingungen und Einstellungskriterien etabliert, welches die tatsächliche Umsetzung von *equality* den Unternehmen als Aufgabe zuweist. Diskriminierungsverbote sind hier nicht nur Abwehrensprüche einzelner Betroffener, es sind vielmehr alle benachteiligenden Praktiken in proaktiver Weise zu identifizieren und zu beseitigen.

Chapter 3 trägt die Überschrift „affirmative action“, fasst unter dieser jedoch sowohl proaktive Maßnahmen zur Beseitigung rechtswidriger Diskriminierung wie auch positive Maßnahmen, die bestimmte Gruppen bevorzugen.<sup>160</sup> Das Gesetz gibt mit der anteiligen Vertretung der Bevölkerungsgruppen an der Belegschaft das Ziel vor; die Umsetzung dieses Ziels kann durch die betrieblichen Akteure selbst den jeweiligen Umständen angepasst werden.<sup>161</sup>

154 Entscheidung des südafrikanischen Constitutional Court in *Harksen v Lande NO and Others* (1997) 11 BLLRN 1489 (CC), para 53.

155 Zuweilen mussten die Klagen auch geradezu provozierend erscheinen. So klagte etwa im Falle *Harksen* die deutsche Ehefrau des nach Kapstadt geflohenen Millionenbetrügers Jürgen Harksen.

156 Entscheidung *Dingler, a.a.O.*, 1448 E: „Discrimination is unfair if it is reprehensible in terms of the society's prevailing norms. Whether or not the society will tolerate the discrimination depends on what the object is of the discrimination and the means used to achieve it. The object must be legitimate and the means proportional and rational“.

157 Dupper, O. „Old Wine in a New Bottle? Indirect Discrimination and its Application in the South African Workplace“ (2003) 13 SA *Mercantile Law Journal* (im Erscheinen).

158 Arbeitgeber ab 50 Beschäftigten oder einem bestimmten Mindestumsatz, öffentliche Arbeitgeber sowie solche, die durch Kollektivvertrag zum designated employer erklärt wurden; vgl. Chapter 1 sec. 1 EEA.

159 Die Begründungen für den Schwellenwert sind nicht eindeutig. Häufig wird die Belastung kleinerer Unternehmen mit dem Verwaltungsaufwand genannt, den die Erstellung von Employment Equity Plänen mit sich bringt. Das Explanatory Memorandum to the Employment Equity Bill (Seite 1353) nennt als Begründung allerdings auch den Umstand, dass in den ersten Jahren der Implementierung des EEA eine Überwachung aller Arbeitgeber schlicht nicht zu leisten ist. („to ensure effective monitoring and administration of the legislation in its first few years of operation“)

160 Chap. 3 sec. 15 (1): „Affirmative action measures are measures designed to ensure that suitable qualified people from designated groups have equal employment opportunities and are equitable represented in all occupational categories and levels in the workforce of a designated employer.“

161 Eine derartige Konzeption von Antidiskriminierungsrecht ist im Vordringen; vgl. für die Bundesrepublik etwa den Expertinnenentwurf für ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft aus dem Jahr 2001.

Zur Umsetzung des EEA hat das Arbeitsministerium in Zusammenarbeit mit der *Commission for Employment Equity* einen *Code of Good Practice* erstellt.<sup>162</sup>

Im Kontext der Versuche, eine proaktive Wirkung von Antidiskriminierungsrecht zu erreichen, sind die folgenden Bestimmungen bedeutsam:

- Jeder *designated employer* muss Maßnahmen treffen, um „employment barriers“ zu identifizieren und zu beseitigen, die die Beschäftigung von Menschen aus den *designated groups* beeinträchtigen können. Hierzu gehört eine Überprüfung aller Einstellungskriterien und -Methoden sowie der Beschäftigungsbedingungen, der *Code of Good Practice* führt hier u.a. auf:
  - Stellenausschreibungen, Bewerberauswahl und Einstellungstests;
  - Weiterbildungsmethoden und -Strategien;
  - Überprüfung der Arbeitsbedingungen darauf hin, ob diese unterschiedliche kulturelle und religiöse Bedürfnisse berücksichtigen;
  - Überprüfung der ‚Unternehmenskultur‘ unter dem Gesichtspunkt, ob diese bestimmte Gruppen ausschließt.
- durch „reasonable accommodation“<sup>163</sup> ist sicherzustellen, dass Personen aus allen Bevölkerungsgruppen gleichartige Chancen haben; der *Code of Good Practice* führt hier als Beispiel die Beachtung religiöser Feiertage an;
- Maßnahmen müssen ergriffen werden, um sicherzustellen, dass alle hinreichend qualifizierten Personen aus den *designated groups* in allen Hierarchieebenen angemessen vertreten sind. Als hinreichend qualifiziert sind dem EEA zufolge auch Personen zu betrachten, die innerhalb angemessener Zeit die für den Job notwendigen Fähigkeiten erwerben können. Formelle Qualifikationen dürfen herangezogen werden, sind jedoch gleichwertig mit dem vorgenannten Kriterium und bisherigen Erfahrungen in die Auswahlentscheidung einzubeziehen. Unzulässig ist es, eine Person lediglich wegen mangelnder bisheriger Erfahrung als nicht qualifiziert einzustufen.<sup>164</sup> Diese Bestimmungen gelten unabhängig davon, ob der Arbeitgeber ein *designated employer* ist.<sup>165</sup> Schließlich sind Maßnahmen zu ergreifen, die Training und Fortbildung von Personen aus den *designated groups* sicherstellen.<sup>166</sup>

Obwohl das geschriebene Recht affirmative action so versteht, dass sie auch über die Beseitigung identifizierbarer bestehender Diskriminierungen hinausgehen kann, ist die Arbeitsgerichtsbarkeit bisher bemerkenswert zurückhaltend mit der Anerkennung sogenannter „umgekehrter Diskriminierungen“. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass die personelle Kontinuität zur alten Ordnung in der Justiz weit stärker ausgeprägt ist als in der Gesetzgebung.

Schon in der ersten Grundsatzentscheidung zur Zulässigkeit solcher Maßnahmen (*Public Servants Association v Minister of Justice*<sup>167</sup>) nahm die südafrikanische Arbeitsgerichtsbarkeit eine eher restriktive Haltung ein. Zur Vorbereitung der Einstellung eines Bezirksstaatsanwaltes waren zum Vorstellungsgespräch drei Frauen eingeladen worden, die weniger Berufserfahrung sowie geringere formale Qualifikationen als der weiße Mann hatten, der im Klagewege die Einstellung begehrte. Das Justizministerium stützte sich in seiner Entscheidung auf sec. 212 der Verfassung, die u.a. fordert, dass der öffentliche Dienst im wesentlichen

162 *Code of Good Practice: Preparation, Implementation and Monitoring of Employment Equity Plans* (1999); Dessen Regelungen sind nicht rechtsverbindlich; sie sind jedoch bei der Auslegung des EEA zu berücksichtigen und geben Arbeitgebern und Beschäftigten eine Hilfe bei der Ausfüllung der gesetzlichen Bestimmungen.

163 Definiert als „any modification or adjustment to a job or the working environment that will enable a person from a designated group to have access to or participate or advance in employment“. 164 Chapter III sec. 20 EEA.

164 Chapter III sec. 20 EEA.

165 Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC1 – B – 16.

166 Die letztgenannten Bestimmungen dienen dem Ausgleich der durch die Apartheid begründeten Ausbildungsdifferenzen; vgl. Bain/Jain, a.a.O. (Fn 120): „Currently few black men and woman are qualified to fill semi-skilled, skilled and professional jobs, due to apartheid practised by the previous white regime.“

167 *The Public Servants' Association of South Africa and others v The Minister of Justice and others* 1997 (3) SA 925 (T).

repräsentativ für die Zusammensetzung der südafrikanischen Gesellschaft sein soll („broadly representative of the South African community“). Das Gericht befand, dass die konkrete Entscheidung nicht auf einem durchdachten Konzept beruhte und das Prinzip des effektiven öffentlichen Dienstes der „affirmative action“ opferte. Als Anforderungen an sog. umgekehrte Diskriminierung gelten seither eine durchdachte Konzeption, die konkrete Ziele sowie eine kausale Beziehung der „affirmative action“ zu diesen Zielen aufweisen muss, sowie spezifische Maßnahmen zur Berücksichtigung der Rechte der ggf. beeinträchtigten Bewerberinnen und Bewerber und des Prinzips der Effektivität des öffentlichen Dienstes. Diese Rechtsprechung erschwert in der Praxis wirksame affirmative action. Möglicherweise kann sie jedoch zu deren Akzeptanz beitragen, da sie sicherstellen will, dass Entscheidungen auf nachvollziehbarer und kontrollierbarer Grundlage ergehen.

Dies wurde zum Beispiel in einer Entscheidung über die Einstellung eines schwarzen Finanzstadtrates<sup>168</sup> bestätigt, wo es ausdrücklich hieß, wenn von drei qualifizierten Bewerbern der einzige Schwarze unter Berufung auf „affirmative action“ ausgewählt werde, so sei dies nur dann gerechtfertigt, wenn ein formell verabschiedeter Gleichstellungsplan zugrunde liege, der auf die spezifische Förderung bestimmter Gruppenziele, dieses Ziel mit vergangenen Defiziten begründen könne und darüber hinaus die Rechte derjenigen, die sich anderen Gruppen zurechnen, nicht beeinträchtigt. Nach einigen Entscheidungen, in denen den Klagen von weißen Frauen und Männern gegen „affirmative action“ Ernennungen statt gegeben wurde<sup>169</sup>, entschied der Labour Court außerdem, dass jemand, der sich zu einer „designated group“ rechne, nicht unter Berufung auf „affirmative action“ die Einstellung oder Beförderung einer Person, die sich zu einer bisher bevorrechtigten Gruppe zähle, angreifen könne<sup>170</sup>. Affirmative Action ist nach diesem Verständnis eine Verteidigung gegen Diskriminierungsklagen bislang Bevorzugter, nicht jedoch Anspruchsgrundlage für bislang Benachteiligte. Diese Rechtsprechung ist nicht ohne Kritik geblieben<sup>171</sup>; wobei auch auf etwas großzügigere Urteile des Constitutional Court hingewiesen wurde, die scheinbar eine Legitimation von affirmative action erlaubten<sup>172</sup>.

Andere Entscheidungen haben die Zulässigkeit der affirmative action ohne Einschränkungen bejaht. So bestätigte ein Schiedsgericht die Entscheidung des Stadtbezirks Durban, einen „African“<sup>173</sup> Bewerber vorrangig vor einem „Coloured“<sup>174</sup> einzustellen, da die Entscheidung im Einklang mit einem verabschiedeten Employment Equality Plan stand, der auf eine Zusammensetzung der Beschäftigten des Innenstadtbereichs entsprechend der seiner Bewohner zielte; wobei die Qualifikationsunterschiede zwischen den Bewerbern nur gering waren<sup>175</sup>. In der Entscheidung Thomas auf der Heyde v University of Cape Town<sup>176</sup> hielt der

168 Independent Municipal & Allied Workers Union v Greater Louis Trichardt Transitional Local Council, (2000) 21 ILJ 1119 (LC).

169 ESKOM v Hiemstra (1999) 10 BLLR 1041 (LC) (Hier klagte der Arbeitgeber gegen den Vorsitzenden der Schiedskommission, der auf die Beschwerde der weißen Konkurrentin die Einstellung einer schwarzen Frau für unfair erklärt hatte und die Beförderung der Konkurrentin auf einen vergleichbaren Posten vorschlug); George v Liberty Live Association of Africa Ltd (1996) 17 ILJ 571 (IC) (Bevorzugung eines externen Bewerbers unter Berufung auf affirmative action und unter Verletzung einer Kollektivvereinbarung, die die Bevorzugung interner Bewerber vorsah).

170 Abbot v Bargaining Council for the Motor Industry (Western Cape) (1999) 20 ILJ 330 (LC).

171 Zu der Leitentscheidung Public Servants' Association vgl. Niekerk, Affirmative action – three cases, two views, 7 Contemporary Labour Law (1997), 9; Hodges-Aeberhard, Affirmative Action in employment: Recent court approaches to a difficult concept (1999) 138 International Labour Review 247 (261).

172 Vgl. Du Toit, Justification for Sex Discrimination in the Work Place, Paper submitted to the 7th European Congress of the International Society of Labour Law and Social Security, Stockholm 4-6 September 2002, p. 7 unter Verweis auf President of the Republic of South Africa and another v Hugo (1997) 6 BCLR 708 cc. Allerdings muss beachtet werden, dass der Constitutional Court in der Rechtssache City Council of Pretoria v Walker (1998) 2 SA 363 (CC), 1998 (3) BCLR 257 (CC) ebenfalls enge Maßstäbe angelegt hatte. Die Stadt Pretoria hatte hier Bewohner unterschiedlicher Stadtteile unterschiedlich behandelt und von den Bewohnern früher ausschließlich weißer Stadtteile die pünktliche Bezahlung öffentlicher Abgaben wie Siedgebühren etc verlangt, während Bewohner früher ausschließlich schwarzer Stadtteile nur eine Grundgebühr zahlen mussten. Diese Maßnahme war zum Ausgleich für den schlechten Zustand der überwiegend schwarzen Stadtteile aufgrund deren jahrelanger Vernachlässigung gedacht, wurde aber vom CC dennoch als unfaire Diskriminierung klassifiziert. Andererseits hat der Constitutional Court in der Entscheidung Grootboom einen sehr stark substantiellen Ansatz vertreten, indem er die Räumung eines besetzten Stück Landes deswegen als Verstoß gegen Art. 9 der Verfassung ansah, weil die betroffenen Africans (Schwarze) zum Teil seit Jahren keine Chance auf die Zuweisung einer Sozialwohnung gehabt hatten und sich hierin die strukturelle Ungleichheit beim Zugang zu Wohnraum spiegelte (vgl. 2000 [11] BCLR 1169 [CC], dazu de Vos, Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as guiding value in equality jurisprudence, Beitrag zur Konferenz EQUALITY – THEORY AND PRACTICE IN SOUTH AFRICA AND ELSEWHERE University of Cape Town 18 – 20 January 2001; <http://web.uct.ac.za/depts/lrgu/equality.htm>).

173 „African“ bezeichnet die unter der Apartheid als schwarz klassifizierten Menschen.

174 „Coloured“ bezeichnet – wieder im Einklang mit den Apartheidkategorien – diejenigen, die sich einer klaren Einordnung in Kategorien wie Schwarz, Weiß, Indisch oder Asiatisch entziehen.

175 Durban Metropolitan Council (Parks Department) and SAMWU obo Lootzy and Eskom (1998) ARB 6.9.5.

176 (2000) 21 ILJ 1758 (LC).

Labour Court „spezial treatment“ zweier schwarzer Lektoren im Vergleich mit einem weißen für gerechtfertigt, wenn er auch die Universität verpflichtet, auch dem weißen eine Verlängerung seines Arbeitsvertrages für zwei Jahre anzubieten. Der zugrunde liegende affirmative action plan verlangte, dass bei Personalscheidungen u.a. der Wert der „Diversity“ im Lehrkörper sowie die Fähigkeit der Bewerber, angemessene und akzeptable Vorbilder für eine sich verändernde Studentenschaft zu sein, in Betracht zu ziehen waren.

Insgesamt ist also durchaus in Einzelfällen umgekehrte Diskriminierung akzeptiert worden, wenn es auch zweifelhaft erscheint, ob „affirmative action“ in Equality Plans (dazu sogleich) stets als rechtmäßig anerkannt wird, wo sie über die proaktive Beseitigung bestehender Diskriminierungen hinaus geht.

## 6. Employment Equity-Pläne

Kernstück des EEA ist die Verpflichtung jedes *designated employers*, einen *Employment Equity Plan* zu erstellen. Ebenso wie *affirmative action* generell, dient auch der *employment equity plan* sowohl der proaktiven Beseitigung von Diskriminierungen wie auch der Umsetzung von positiven Maßnahmen.

Er kann nicht vom Arbeitgeber einseitig aufgestellt werden; vielmehr ist in allen Stufen die Konsultation mit den Beschäftigten bzw. deren Gewerkschaft vorgesehen. Der EEA verpflichtet den Arbeitgeber, möglichst eine Einigung mit den Beschäftigten zu erreichen. Soweit in dem Unternehmen ein *workplace forum* besteht<sup>177</sup>, ist der Prozess der Erstellung des *Employment Equity Plan* mitbestimmungspflichtig, so dass eine Einigung mit dem *workplace forum* erzielt werden muss.<sup>178</sup>

Der EEA stellt insoweit eine Basisstruktur zur Verfügung, mit der Arbeitgeber, Arbeitnehmer und Gewerkschaften befähigt werden sollen, die für das jeweilige Unternehmen angemessenen Lösungen und numerischen Ziele zu entwickeln.<sup>179</sup> Als ersten Schritt verpflichtet der EEA Arbeitgeber dazu, eine *employment equity analysis* zu erstellen, die Benachteiligungen identifizieren soll. Diese Analyse muss ein Profil der Beschäftigten enthalten, das für jede Beschäftigtengruppe das Ausmaß der Unterrepräsentanz der *designated groups* feststellt.<sup>180</sup>

Anschließend ist der eigentliche *Employment Equity Plan* zu erstellen. Dieser muss zum einen die Maßnahmen ausweisen, durch die die festgestellten diskriminierenden Anforderungen und Strukturen beseitigt werden sollen. Des weiteren sind numerische Ziele für diejenigen Beschäftigtengruppen aufzustellen, in denen eine Unterrepräsentanz festgestellt wurde. Der Plan muss Zielvorgaben enthalten, bis zu welchem Zeitpunkt diese Ziele erreicht werden sollen, und muss die Strategien ausweisen, mit denen die Ziele verwirklicht werden sollen.

Um sicherzustellen, dass auch nach Erstellung des Plans an den aufgeführten Zielen gearbeitet wird, muss dieser des weiteren die Verfahren ausweisen, die seine Implementierung im Unternehmen begleiten sollen, sowie die hierfür verantwortliche Person benennen.<sup>181</sup>

Die Erstellung der Employment Equity Pläne ist bisher nicht flächendeckend erfolgt<sup>182</sup>. Die *Commission for Employment Equity* beklagt in der ersten Auswertung der eingegangenen Berichte der Unternehmen<sup>183</sup>, *Employment Equity* Pläne seien häufig oberflächlich; es bestünde oft keinerlei Zusammenhang zwischen

177 Dies sind den deutschen Betriebsräten ähnliche Beschäftigtenvertretungen, die in Betrieben ab 100 Beschäftigten etabliert werden können (s. 78 pp. LRA).

178 Joint decisions making gem. s. 86 LRA; mitbestimmungspflichtig sind „measures designed to protect and advance persons disadvantaged by unfair discrimination.“

179 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC1 – B – 6.

180 Im *Code of Good Practice* ist weiterhin vorgesehen, dass die Beschäftigtenstruktur in vergleichbaren Unternehmen in die Analyse miteinbezogen wird.

181 Jeder designated employer ist verpflichtet, wenigstens einem „senior manager“ die Verantwortung für den employment equity plan zuzuweisen; der code of good practice regt an, Fortschritte in employment equity zu Performancekriterien dieser Manager zu machen und diesen spezielles Training zukommen zu lassen.

182 Du Toit, When does affirmative action in favour of certain employees become unfair discrimination against others? (2001) 5 International Journal of Discrimination and the Law, 147-166.

183 Commission for Employment Equity, Report 1999 – 2001.

den identifizierten *employment barriers* und den Maßnahmen zur Beseitigung der Unterrepräsentanz der *designated groups*. Die Ursachen sind sicher vielfältig, werden aber von gewerkschaftlicher Seite u.a. auf mangelnde Kompetenz der Verhandlungspartner der Arbeitgeber zurückgeführt. COSATU<sup>184</sup> etwa berichtete im Jahre 2000, das Verständnis der Gewerkschaftsfunktionäre auf Betriebsebene sei bei weitem noch nicht ausreichend, um diese zu gleichberechtigten Verhandlungen mit dem Management über Employment Equity Pläne zu befähigen.<sup>185</sup>

## 7. Insbesondere: Verbot mittelbarer Diskriminierung

Wenn, wie einleitend hergeleitet wurde, das Verbot der mittelbaren Diskriminierung auf der Schnittstelle zwischen abwehrendem Diskriminierungsschutz und proaktiven Maßnahmen anzusiedeln ist, so wäre an sich zu erwarten, dass das Verbot der mittelbaren Diskriminierung im südafrikanischen Gleichheitsrecht eine prominente Rolle spielt. Schließlich setzt der EEA zuvörderst auf das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung und die proaktive Beseitigung bestehender Diskriminierungen, während Maßnahmen der „affirmative action“, die über diese Beseitigung bestehender Diskriminierung hinaus gehen, nur von Arbeitgebern einer bestimmten Mindestgröße ergriffen werden müssen.<sup>186</sup>

Dennoch spielt das Verbot in der bisherigen Praxis in Südafrika keine so hervorragende Rolle<sup>187</sup>. Auch hier sind sicherlich zahlreiche Faktoren ausschlaggebend, die von einer europäischen Warte aus wahrscheinlich nicht durchgängig richtig beurteilt werden können.

Zum einen dürfte es eine Rolle spielen, dass die Bekämpfung der Folgen der ganz direkten und augenfälligen Diskriminierung während des Apartheidregimes noch im Vordergrund steht. Unterschiedliche Einkommen, Ausbildungsgrade, Lebens- und Wohnbedingungen aufgrund der zugeschriebenen „Rasse“ sind in Südafrika so offensichtlich, dass für eine Beschäftigung mit den eher subtileren Formen mittelbarer Diskriminierung derzeit wenig Raum bleibt. Andererseits zeigen Fallkonstellationen wie in City Council of Pretoria<sup>188</sup>, dass gerade die Spuren der Apartheid wie überwiegend segregierte Wohngegenden zahlreiche Anknüpfungspunkte für mittelbare Diskriminierungen bieten. Die teilweise restriktive Rechtsprechung bietet allerdings auch keinen Anlass, der gesetzlichen Zulassung von „affirmative action“ einen solchen Effekt zuzugestehen, dass man annehmen könnte, die planvolle Beseitigung mittelbarer Diskriminierung sei demgegenüber überflüssig.

Zum anderen ist das Konzept der mittelbaren Diskriminierung, insbesondere in seiner angelsächsischen Ausprägung, nicht nur rechtsdogmatisch kompliziert, sondern zum Teil schlicht unverständlich. Dementsprechend wird es von südafrikanischen Juristinnen und Juristen zum Teil als Fremdkörper betrachtet, der jedenfalls der südafrikanischen Realität noch anzupassen sei<sup>189</sup>. Dem entspricht nicht nur der Verzicht auf jede gesetzliche Definition der mittelbaren Diskriminierung<sup>190</sup>, sondern auch die konsequente Weigerung des Gesetzgebers, zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung überhaupt zu unterscheiden. Zusammen mit der Eigentümlichkeit des südafrikanischen Antidiskriminierungsrechts, dass nicht die Diskriminierung selbst, sondern nur die unfaire Diskriminierung als unzulässig gilt, ist der Verzicht auf eine dogmatisch genaue Konstruktion des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung nahezu zwangsläufig<sup>191</sup>.

184 Congress of South African Trade Unions.

185 COSATU Submission on Employment Equity Act v. 11.4.2000.

186 Allerdings kann der Gesetzesbegründung entnommen werden, dass durchaus eine Ausdehnung der spezifischen Pflichten auf alle Arbeitgeber längerfristig anvisiert wird (vgl. FN 159). Des weiteren verpflichtet Chap. 5 Sec. 24 PEPUDA nun alle Personen, Gleichheit zu fördern („All persons have a duty and responsibility to promote equality“). Hieraus wird in ersten Interpretationen abgeleitet, dass auch kleinere Arbeitgeber Verpflichtungen zu „positive action“ treffen, wenn auch nicht in der formalisierten Form der Employment Equity Pläne; vgl. Albertyn/Goldblatt/Roederer, Introduction to the Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act (2001), 15.

187 Vgl. Thompson/Benjamin, a.a.O. (Fn 45), CC 1-36, dort wird das Konzept als „important but to date undervalued“ bezeichnet.

188 Oben Fn. 172

189 Vgl. Dupper, Proving indirect Discrimination in employment: A South African view (2000) 2 ILJ 747; s.a. Dupper (2003) (N. 154).

190 Vgl. bereits oben bei Fn. 149.

191 So auch Dupper, Justifying Unfair Discrimination: The Development of a „General Fairness Defence“ in South African (Labour) Law, Presentation as work in progress at the conference „EQUALITY – THEORY AND PRACTICE IN SOUTH AFRICA AND ELSEWHERE University of Cape Town 18 – 20 January 2001 (<http://web.uct.ac.za/depts/lrgu/equality.htm>), unter 3.1. (bei Fn. 45-51, wobei er allerdings überwiegend das US-amerikanische Recht zitiert, das den zweiten Prüfungsschritt der mittelbaren Diskriminierung ganz klar als relativ leicht zu überspringende Rechtfertigungshürde fasst, während das neuere EU-Antidiskriminierungsrecht schon die Feststellung des Tatbestandes der mittelbaren Diskriminierung davon abhängig macht, dass eine objektive Rechtfertigung der Verwendung des neutralen Differenzierungskriteriums nicht möglich ist.)

Erschwerend mögen Defizite bei der Ausbildung demokratischer Juristinnen und Juristen hinzukommen.<sup>192</sup> So wurden Beschwerden wegen mittelbarer Diskriminierung mit der Begründung abgewiesen, die benachteiligten Anforderungen hätten nicht die Intention Schwarze zu benachteiligen.<sup>193</sup>

Trotz dieser strukturellen Schwierigkeiten hatte der *Labour Court* sich bereits mehrfach mit mittelbarer Diskriminierung zu befassen, wobei die Rechtssache *Dingler*<sup>194</sup> als Grundsatzentscheidung gilt. Kläger war hier ein *Employee Representative Council*, welches sich gegen ein diskriminierendes betriebliches Pensionssystem wandte. Alle Beschäftigten der Firma Dingler (Pty) Ltd waren Mitglieder in je einem von drei verschiedenen Rentenfonds, wobei die Mitglieder des „staff benefit fonds“ eine Monatsvergütung erhielten und bis auf vier Personen weiß waren, die Mitglieder des „provident fond“ ebenfalls monatlich vergütet wurden, jedoch alle schwarz waren, während die Mitglieder des „pension fond“ auch alle schwarz waren und Wochenlohn erhielten. Der Arbeitgeber zahlte zum „staff benefit fond“ höhere Zuschüsse als zu den anderen beiden Fonds. Das Gericht musste hier erst die gesetzlich nicht fixierte Definition der mittelbaren Diskriminierung entwickeln<sup>195</sup>. Danach liegt indirekte Diskriminierung vor, wenn anscheinend neutrale Kriterien, Bedingungen oder Verfahren angewandt werden, die eine unverhältnismäßige Anzahl der Mitglieder einer bestimmten ethnischen Gruppe nachteilig betreffen, sofern dies nach den Umständen nicht gerechtfertigt ist. Der *Labour Court* setzte die Argumentation mit der Prüfung dieser Rechtfertigung fort, wobei er davon ausging, dass Diskriminierung generell gerechtfertigt werden könne, was der *Labour Court* für ein wesentliches Merkmal eines substantiellen Gleichheitsbegriffs hielt. Das entscheidende Kriterium für die Rechtfertigungsfähigkeit einer Unterscheidung sei deren Wirkung auf die benachteiligte Gruppe sowie die Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung im Hinblick auf die Ziele der Regelung, wobei die Beweislast für die objektive Rechtfertigung beim Arbeitgeber liege. Der *Labour Court* bejahte im Ergebnis das Vorliegen einer unfairen Diskriminierung.

In der unveröffentlichten Entscheidung *Till v Unilever SA Pension Fund*<sup>196</sup> wurden die Prinzipien der Entscheidung *Dingler* auf den Ausschluss einer Witwenpension für einen homosexuellen Partner übertragen und auch diese Differenzierung als unfaire mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts angesehen.

Das Potential des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung gerade unter den spezifischen Umständen des südafrikanischen Arbeitsmarkts, der von dem Mangel an formeller Schulbildung auf Seiten der nicht-weißen Südafrikaner geprägt ist, wurde in der Entscheidung *Lagadien and University of Cape Town*<sup>197</sup> deutlich. Die 41jährige schwarze Klägerin, die seit einem Verkehrsunfall dauerhaft behindert ist, bewarb sich um die Leitung der Behinderteneinheit der Universität. Sie hatte nur eine geringe Schulbildung erreicht, da sie aufgrund einer krankheitsbedingten Heimunterbringung ihres Vaters bereits als Jugendliche zum Familienunterhalt beitragen musste. Dennoch gelang es ihr, Fortbildungskurse in Buchhaltung, Texterfassung, Computermanagement etc zu absolvieren. Nach ihrem Unfall war sie mehr als sechs Jahre für Interessenorganisationen von Behinderten tätig. An der Universität Kapstadt<sup>198</sup> war sie ein halbes Jahr als Koordinatorin der Behinderteneinheit tätig gewesen. Nach der Ausschreibung waren Erfahrungen im Bereich Management, Mitteleinwerbung, Umgang mit behinderten Studierenden, Kenntnisse in Behindertenpolitik und Erfahrung mit Arbeit im Universitätsbereich erforderlich, eine „tertiary-level education“ war erwünscht, und früher benachteiligte Südafrikaner wurden speziell zur Bewerbung aufgefordert. Anstelle der Klägerin

192 Vgl. unter Hinweis auf Verständnismängel der arbitrators der Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration (CCMA) mit konkreten Beispielen *Thompson/Benjamin*, a.a.O. (Fn 45), CC 1-43.

193 Ebenda.

194 *Leonard Dingler Employee Representative Council & others v Leonard Dingler (Pty) Ltd & others*, (1998) 19 ILJ 285 (LC).

195 In der knapp vorher entschiedenen Rechtssache *Pretoria City Council v Walker* (1998 [2] SA 363 [CC], 1998 [3] BCLR 257 [CC]) hatte der Constitutional Court die Definition gerade offen gelassen. Hier wurde zwischen Bewohnern verschiedener Stadtviertel differenziert, wobei in den einen fast ausschließlich Weiße und in den anderen fast ausschließlich Schwarze wohnten. *Langa DP* argumentierte für den Gerichtshof „It is not necessary in the present case to formulate the precise definition of indirect discrimination (...) It is sufficient (...) to say that this conduct which differentiated between the treatment of residents of townships which were historically black areas and whose residents are still overwhelmingly black, and residents in municipalities which were historically white and whose residents are still overwhelmingly white constituted indirect discrimination on grounds of race“.

196 PFA/GA/788/99/SM, zitiert nach: Labour Project of the Centre for Applied Legal Studies (University of Witwatersrand), Labour Law Updates, February 2001, p. 4).

197 *Labour Court*, 26. 9.2000, Case No 498/98 (*Fadila Ethne Lagadien and University of Cape Town*), *Jammy AJ* for the Court.

198 UCT, neben dieser existiert in Kapstadt mit der UWC eine weitere Universität, die in Lehrkörper und Studentenschaft sehr viel eher als die UCT die Bevölkerungsstruktur widerspiegelt.

wurde eine andere Kandidatin, die ebenfalls schwarz und behindert war, eingestellt. Die Klägerin macht mittelbare Diskriminierung durch das Bildungserfordernis geltend. Der Labour Court nahm auf die o.g. Definition der mittelbaren Diskriminierung Bezug und ergänzte, dass eine Anforderung dann mittelbar diskriminierend sei, wenn sie nicht durch arbeitsplatzbezogene Anforderungen gerechtfertigt werden könne, wobei als Beispiel ausdrücklich Anforderungen an die Schulbildung oder z.B. Körpergröße genannt werden, die eben nicht mit den Anforderungen des Arbeitsplatzes gerechtfertigt werden können. Für die Zurückweisung der Klage war entscheidend, dass die Klägerin in einem der arbeitsplatzbezogenen Kriterien, nämlich der Dauer ihrer Erfahrung in einer universitären Tätigkeit, der tatsächlich berücksichtigten Kandidatin unterlegen gewesen war. Damit ist implizit anerkannt, dass gerade wegen der häufig sozial begründeten Bildungsdefizite nicht weißer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Verwendung von Bildungsstandards mittelbar diskriminierend sein kann, sofern sie nicht wirklich arbeitsplatzbezogen sind. Unter Berufung auf diese Entscheidung kann die unsachgemäße Verwendung von Bildungsanforderungen daher als Diskriminierung entlarvt werden; und die Betroffenen müssen nicht als förderbedürftige Nutznießer von „affirmative action“ gekennzeichnet werden<sup>199</sup>. Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung ist daher in der Lage, die auf Bildungsnachteile gestützten „Bevorzungen“ zum Teil zu ersetzen.

Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass der EEA die Durchführung von medizinischen (sec 7) und psychologischen (sec 8) Tests grundsätzlich untersagt. Insbesondere psychologische Tests sind in der us-amerikanischen Rechtsprechung zum Diskriminierungsschutz häufig unter dem Aspekt der mittelbaren Diskriminierung angegriffen worden<sup>200</sup>. Der EEA untersagt in sec 7 generell medizinische Untersuchungen, soweit sie nicht gesetzlich ausdrücklich erlaubt oder gefordert sind oder unter Berücksichtigung der Arbeitsbedingungen und der medizinischen Tatsachen gerechtfertigt sein können. Zusätzlich wird die Möglichkeit der Durchführung von HIV Tests generell von einer gerichtlichen Erlaubnis abhängig gemacht (sec 7 [2]), eine Vorschrift, die im heutigen Südafrika erhebliche praktische Bedeutung hat. Ihre diskriminierungsrechtliche Relevanz folgt daraus, dass HIV Infektionen unter Schwarzen aufgrund der unterschiedlichen sozialen Bedingungen wesentlich verbreiteter sind als unter Weißen. An die gerichtliche Zulassung von HIV Tests werden hohe Anforderungen gestellt<sup>201</sup>.

## 8. Durchsetzungsmechanismen im südafrikanischen Antidiskriminierungsrecht

Dass in Südafrika eine tatsächliche Durchsetzung des Gleichstellungsrechts angestrebt wird, zeigt sich auch in den Mechanismen zur Durchsetzung des Rechts. Hier ist in Chapter V des EEA eine Mischung aus individuellen, kollektiven und institutionellen Methoden der Durchsetzung vorgesehen.

Der EEA ist weit davon entfernt, sich für die tatsächliche Einhaltung des Rechts auf individuelle Beschwerden betroffener Beschäftigter oder Bewerberinnen zu verlassen. Auch wenn die Anzahl der *designated employers* durch die Schwellenwerte begrenzt ist, stellt die Überwachung der Bestimmungen eine kaum überschaubare Aufgabe dar.

Als „first line of inspectors“ dienen deshalb Beschäftigte und Gewerkschaften, die zu diesem Zwecke durch den Arbeitgeber umfassend über alle Schritte informiert werden müssen. Sämtliche Dokumente, die mit dem *Employment Equity Act* in Verbindung stehen, müssen den Beschäftigten zugänglich gemacht werden. Dies umfasst auch etwa *compliance orders* gegen den Arbeitgeber oder dessen Berichte an die zuständigen Behörden.

199 Zum negativen Effekt dieser Praktik auf das Selbstbewusstsein der Betroffenen, aber auch auf die rechtliche und politische Kritik an affirmative action measures vgl. Farber, The outmoded debate over affirmative action, California Law Review 1994, 893 („Affirmative action provides one possible remedy; the other possibility is to replace unjustified requirements with better ones. Revision of job qualifications is a superior remedy to affirmative action since it avoids any implication that African Americans are obtaining jobs despite deficient qualifications. Indeed, this preference for improved employment standards over affirmative action is essentially the law today.“)

200 Vgl. Kelman, Concepts of Discrimination in General Ability Job Testing, in: Harvard Law Review (1991) 1157 ff; zu Anwendungsmöglichkeiten im deutschen Recht vgl. Schiek, Frauenförderung oder Diskriminierungsschutz? WSI Mitteilungen 1996, 341-349.

201 Vgl. Labour Court, Case No J 158/02, zitiert nach www.caselaw.co.za, März 2002.

Vermuten Beschäftigte oder Gewerkschaften einen Verstoß gegen den EEA, so können sie diesen den zuständigen Stellen auch dann anzeigen, wenn eine eigene Betroffenheit nicht vorliegt.<sup>202</sup> Es ist auch nicht erforderlich – anders als z.B. in § 17 des deutschen Arbeitsschutzgesetzes vorgesehen – dass Beschäftigte sich erst an den Arbeitgeber wenden, bevor sie die Behörden informieren.

Staatlicherseits wird die Einhaltung der Bestimmungen zunächst durch die *labour inspectors* überwacht.<sup>203</sup> Die *labour inspectors* können von sich aus tätig werden oder veranlasst durch Beschwerden von Beschäftigten oder Gewerkschaften Untersuchungen aufnehmen.<sup>204</sup> Kommt ein *labour inspector* zu der Vermutung, der Arbeitgeber verstoße gegen Bestimmungen des EEA, so hat er zunächst eine schriftliche Verpflichtungserklärung anzufordern, in der der Arbeitgeber sich zur Beseitigung des Missstandes innerhalb einer bestimmten Frist verpflichtet. Kommt der Arbeitgeber dieser Anforderung nicht nach, oder handelt er nicht gemäß der Verpflichtung, so kann der *labour inspector* eine *compliance order* erlassen.<sup>205</sup> In dieser ist das geforderte Verhalten zu bestimmen sowie die maximale Strafe bei einem Verstoß darzulegen; der Arbeitgeber muss die *compliance order* seinen Beschäftigten zugänglich machen.<sup>206</sup>

Dem *Labour Court* werden durch den EEA spezielle Entscheidungsmöglichkeiten eröffnet, die teils weit über die Entschädigung Betroffener für Verstöße hinausgehen.<sup>207</sup> Insbesondere die folgenden im EEA vorgesehenen Optionen können im Prozess festgestellte Diskriminierungen mit einer über den Kläger hinausgehenden, proaktiven Wirkung beseitigen:

- Das Gericht kann dem Arbeitgeber auferlegen, Maßnahmen zu treffen, die eine vergleichbare Diskriminierung anderer Beschäftigter in Zukunft ausschließen;
- Das Gericht kann einem bis dahin non-designated Arbeitgeber als Reaktion auf eine festgestellte Diskriminierung auferlegen, in Zukunft wie ein designated Arbeitgeber formalisierte Antidiskriminierungsmaßnahmen nach Chap. 3 des EEA zu treffen.

Die Möglichkeiten der Gerichte korrespondieren mit der proaktiven Ausgestaltung des materiellen Diskriminierungsverbotes. Wo auch der Arbeitgeber mit nur wenigen Beschäftigten verpflichtet ist, direkte und indirekte Diskriminierung von sich aus aufzudecken und zu beheben, kann sich auch ein Gericht, das sich mit einer individuellen Klage gegen Diskriminierung zu befassen hat, nicht allein mit dem Ausspruch eines individuellen Rechtsbehelfes begnügen. Die Labour Courts nutzen ihre Möglichkeiten darüber hinaus durchaus praktisch.

So erschöpfte sich z.B. in der Rechtssache Dingler<sup>208</sup> die ausgeurteilte Rechtsfolge nicht in einem Schadensersatzanspruch. Der Arbeitgeber wurde vielmehr verurteilt, das angegriffene Pensionssystem in Übereinkunft mit der klagenden Arbeitnehmervertretung auf ein diskriminierungsfreies System umzustellen. Schon dieser eine entschiedene Fall enthielt mit kollektiver Klage sowie der Rechtsfolge Elemente, die im Recht der Bundesrepublik wohl noch lange fehlen werden.

202 Vgl. Pretorius/Klinck/Ngwena, *Employment Equity Law*, 11-3.

203 Bei diesen handelt es sich um für die Überwachung arbeitsrechtlicher Bestimmungen quasi berufene Personen. Die Funktion wurde durch den Basic Conditions of Employment Act (BCEA) etabliert. Die *labour inspectors* haben umfangreiche Befugnisse, um Arbeitsplätze besichtigen und Untersuchungen durchführen zu können.

204 Gewerkschaftsvertreter bewerten die Zusammenarbeit positiv; Beschwerden werden nach deren Angaben ernstgenommen und führen in der Regel zu Untersuchungen der *labour inspectors*.

205 Die *compliance order* des *labour inspectors* ist nicht automatisch wirksam. Kommt der Arbeitgeber ihr nicht nach, so kann der Director-General des Department of Labour beim Labour Court beantragen, die *compliance order* zu einer order des Gerichts zu machen, die dann wirksam und vollstreckbar ist. Ein Widerspruch des Arbeitgebers gegen eine *compliance order* des *labour inspector* muss sich zunächst an den Director-General wenden, der diese dann bestätigen, verändern oder aufheben kann. Bleibt die *compliance order* bestehen, so kann der Arbeitgeber beim Labour Court deren Aufhebung beantragen; dieser Antrag hat aufschiebende Wirkung. Der Director-General kann des weiteren von sich aus die Einhaltung des EEA durch designated employers überprüfen. Als Ergebnis können u.a. Änderungen in Design und Implementierung des Employment Equity Plan verlangt werden; die order des Director-General kann wiederum durch den Labour Court überprüft werden.

206 Vgl. Pretorius/Klinck/Ngwena, a.a.O. (Fn 98), 11-6; EEA Chap. V sec. 37: „must display a copy of that order prominently at a place accessible to the affected employees at each workplace named in it.“

207 Chapter V sec. 50 EEA.

208 Oben Fn. 194.



## **IV. Schlussfolgerungen mit Blick auf die Weiterentwicklung des nationalen und EU Gleichbehandlungsrechts**

Wie bereits einleitend betont, ist es fast unmöglich, Erfolge des südafrikanischen Rechts gegen Diskriminierung bereits jetzt zu beurteilen. Selbst wenn der Zeitraum von fünf Jahren, der seit der Verabschiedung des EEA bis heute vergangen ist, unter den Bedingungen der Bundesrepublik als lang genug erscheint, um den Erfolg einer gesetzlichen Regelung zu beurteilen, so gilt jedenfalls unter den Bedingungen Südafrikas etwas anderes. Das Antidiskriminierungsrecht ist hier zusammen mit und als wesentliches ideologisches Teilelement einer fundamentalen gesellschaftlichen Umwälzung eingeführt worden, die mit dem Anspruch angetreten ist, den sozialen Ergebnissen der auf Ausgrenzung basierenden Apartheid möglichst schnell und effektiv entgegenzuwirken. Zugleich führte die Umwälzung jedoch zum Zusammenbruch vorher bestehender gesellschaftlicher Strukturen, was gerade die Umsetzung komplexer Rechtskonzepte erschwert. Deswegen können die praktischen Erfolge der südafrikanischen Regelungen derzeit nicht wirklich bewertet werden. Diese praktischen Probleme ändern jedoch nichts am fortschrittlichen Potential der südafrikanischen Ausgestaltung. Insofern ist es unseres Erachtens durchaus möglich, qualitative Trends zu erkennen, aus denen Schlüsse für die Umsetzung der neuen EU-Antidiskriminierungsrichtlinien in das nationale Recht gezogen werden können.

So zeigt die Praxis des südafrikanischen Antidiskriminierungsrechts, dass selbst in einer Situation, in der die Notwendigkeit der Überwindung der Folgen krasser Ungerechtigkeiten generell anerkannt wird, bei der Durchführung von „affirmative action“ in Form von sogenannter umgekehrter Diskriminierung die bisher Begünstigten jede einzelne Bevorzugungsentscheidung in unermüdlicher Prozesswut angreifen. Die Rechtsprechung der südafrikanischen Gerichte zeigt sich hier nicht „großzügiger“ als die Rechtsprechung in den USA, mit der Folge, dass die Erstellung wirksamer affirmative action mit „umgekehrter Diskriminierung“ jedenfalls mittlere Arbeitgeber überfordert.

Dagegen kann die konsequente Verwendung des Verbotes der mittelbaren Diskriminierung strukturell ungerechte Personalpolitiken stärker auch moralisch in Frage stellen und ist so gerade in gesellschaftlich konfliktiven Situationen eher geeignet, Diskriminierung im Tatsächlichen zu überwinden.

Allerdings bleibt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung sicher wirkungslos, wenn es als individualistisch ausgestaltetes materielles Recht in einem Modell der „individual justice“ auch prozessual nur von Individuen durchgesetzt werden kann. Daraus folgt dann in der Regel, dass die mittelbar diskriminierende Praktik allenfalls gegenüber den Klägern nicht mehr angewandt wird; eine Breitenwirkung bleibt ausgeschlossen.

Das südafrikanische Recht ist hier sowohl auf der materiellen als auch auf der prozeduralen Ebene innovativ. Materiell werden alle Arbeitgeber zur proaktiven Beseitigung von Diskriminierungen unmittelbarer und mittelbarer Art verpflichtet. Prozessual wird diese Verpflichtung nicht in die Hände einzelner Angehöriger diskriminierter Gruppe gelegt. Klagebefugt sind vielmehr auch die genannten labour inspectorates sowie selbstverständlich Gewerkschaften; der PEPUDA ermöglicht jetzt ausdrücklich auch Gruppenklagen.

Weitere Voraussetzung dafür, dass die proaktive Verpflichtung zur Beseitigung mittelbarer Diskriminierung auch wirklich erfüllt wird, sind begleitende Maßnahmen wie die Verpflichtung zur Erstellung von Analysen, die bestehende faktische Ungerechtigkeiten überhaupt erst sichtbar machen.

Unverzichtbar erscheint die Etablierung eines Netzes von Agenturen für die Durchsetzung der Gleichheitsrechte. Die von der Richtlinie allein vorgesehenen „Gleichbehandlungsstellen“ können sicher Musterprozesse begleiten oder sogar anregen und andere sinnvolle Maßnahmen ergreifen. Die flächendeckende Überwachung der Einhaltung des neuen Antidiskriminierungsrechts im Stil der Labour Inspectorates erscheint ohne weiteres als wesentlich effektiver.

All dies ist von den einleitend zitierten EU-Antidiskriminierungsrichtlinien nicht zwingend vorgegeben<sup>209</sup>. Sie verpflichten die Mitgliedsstaaten zwar dazu, das Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung bei Einstellung, Arbeits- und Entlassungsbedingungen sowie bei Zugang zu allen Formen der beruflichen Bildung und zu Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und anderen Berufsverbänden sicherzustellen, lassen aber darüber hinausgehende „affirmative action“ im Belieben der Mitgliedsstaaten. Bezüglich der Rechtsfolgen von Diskriminierung ist lediglich vorgesehen, dass sie wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein sollen, nicht aber, dass sie die Logik des individuellen Falles verlassen müssen.

Die proaktiven Elemente des in den Richtlinien verankerten Diskriminierungsschutzes gleichen demgegenüber vorsichtig tastenden Schritten in die zweifellos richtige Richtung, wobei das Ergebnis zuweilen an symbolische Rechtssetzung grenzt.

Zum einen verpflichten sie die Mitgliedsstaaten, den sozialen Dialog mit den Gewerkschaften und Arbeitgeberorganisationen aufzunehmen, um die Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu fördern, insbesondere durch Überwachung der betrieblichen Praxis, durch Tarifverträge, Verhaltenskodizes und Forschungsarbeiten (Art. 11 RL 2000/43/EG, Art. 13 RL 2000/78/EG, Art. 8b RL 76/207/EWG Neufassung). Dabei sollen die Sozialpartner aufgefordert (RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG) bzw. ersucht (RL 76/207/EWG Neufassung) werden, Antidiskriminierungsvereinbarungen zu schließen. Der ebenfalls von den Mitgliedsstaaten zu initiiierende Dialog mit Nichtregierungsorganisationen (Art. 12 RL 2000/43/EG, Art. 14 RL 2000/78/EG und Art. 8c RL 76/207/EWG Neufassung) soll den Grundsatz der Gleichbehandlung und nicht seine Verwirklichung fördern. Angesichts der fehlenden Vertretung sogenannter ethnischer Minderheiten in den deutschen Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften hätte dies jedenfalls hier eine gewisse praktische Bedeutung. Die Umsetzung dieser Artikel erfordert jedoch nicht zwingend gesetzgeberische Maßnahmen.

Die RL 2002/73/EG<sup>210</sup> geht hier noch ein Schrittchen weiter und spricht auch die systematische Förderung der Gleichbehandlung durch die Arbeitgeber an, ohne jedoch den Rahmen symbolischer Gesetzgebung zu verlassen. Die Arbeitgeber sollen um Maßnahmen zur systematischen Förderung der Gleichbehandlung (Art. 8 b Abs. 3) und außerdem darum ersucht werden, die Arbeitnehmer bzw. ihre Vertreter regelmäßig über den Stand der Gleichbehandlung von Frauen und Männern an ihrem Arbeitsplatz zu informieren (Art. 8 b Abs. 4 UA 1), wobei auch Statistiken über den Frauenanteil auf verschiedenen Hierarchieebenen vorgelegt werden können (Art. 8b Abs. 4 UA 2). Eine Verpflichtung zumindest der größeren Arbeitgeber, regelmäßig Statistiken zu erstellen, die strukturelle Ungleichbehandlung sichtbar machen und so Handlungsbedarf aufzeigen könnte, wie sie das Europäische Parlament gefordert hatte, ließ sich nicht durchsetzen. Auch hier gilt selbstverständlich, dass die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, strenger zu regulieren.<sup>211</sup>

Die positiven Erfahrungen des südafrikanischen Rechts trotz der relativ kurzen Anwendungszeit und der erschwerten Anwendungsbedingungen sollten die Mitgliedstaaten dazu ermutigen, bei der Umsetzung der EU-AntidiskriminierungsRL nicht bei einer sklavischen Übernahme der Richtlinientexte stehen zu bleiben, sondern die angeregten proaktiven Elemente – ganz im Sinne der Mindestharmonisierung – offensiv nutzen, um Integration tatsächlich zu fördern.

Südafrika hat – obwohl die Apartheid von den Kolonialmächten und in der Folge eingewanderten Europäern begründet wurde – Elemente des US-amerikanischen und kanadischen sowie auch des europäischen Rechts aufgegriffen. Das Ergebnis ist ein relativ effektiver Rechtsrahmen gegen Diskriminierung. Wenn die europäischen Staaten im Gegenzug von diesen Vorbildern profitieren, so würde dies einen innovativen Austausch zwischen ehemaligen Kolonialmächten und sich befreienden Staaten darstellen.

209 Im Einzelnen Schiek, EU Gleichbehandlungsrichtlinien und deutsches Arbeitsrecht, NZA 2004, im Erscheinen.

210 S.o. Fn. 3.

211 Ein Vorschlag hier wurde von einer Expertinnenkommission bereits im August 2001 unterbreitet, ist jedoch bei der Bundesregierung nicht auf Gegenliebe gestoßen. Dokumentation des Gesetzesvorschlags und andere Materialien: Pfarr, Heide (Hrsg.) Ein Gesetz zur Gleichstellung in der Privatwirtschaft, Düsseldorf 2001.

## **Hans-Böckler-Stiftung**

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

## **Mitbestimmungsförderung und -beratung**

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen, Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

## **Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)**

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

## **Forschungsförderung**

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Strukturpolitik, Mitbestimmung, Erwerbsarbeit, Kooperativer Staat und Sozialpolitik. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

## **Studienförderung**

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

## **Öffentlichkeitsarbeit**

Im Magazin „Mitbestimmung“ und den „WSI-Mitteilungen“ informiert die Stiftung monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der homepage [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) bietet sie einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung  
Abteilung Öffentlichkeitsarbeit  
Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Telefax: 0211/7778 - 225  
[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)

**Hans Böckler  
Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.



