

GUTACHTEN

im Auftrag des Antidiskriminierungsnetzwerks Berlin des
Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (ADNB des TBB)

Gewerberecht, rassistische / ethnische Diskriminierung und Testingverfahren

von

Alexander Klose

Jurist und Rechtssoziologe, freiberuflicher Wissenschaftler und Geschäftsführer des Instituts
für interdisziplinäre Rechtsforschung (LSI Berlin) an der Humboldt-Universität zu Berlin

in Zusammenarbeit mit *Kerstin Kühn*, Juristin

Berlin, Dezember 2009



Impressum

Herausgeber

Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg

Tempelhofer Ufer 21

10963 Berlin

Tel.: 030 – 61 30 53 28

Fax.: 030 – 61 30 43 10

E-Mail: adnb@tbb-berlin.de

Homepage: www.adnb.de

Veröffentlichung Nr. 12

Dezember 2009

A. Einleitung	- 4 -
B. Zum Stand des deutschen und europäischen Gleichbehandlungsrechts	- 5 -
I. Zu den Begriffen „Rasse“ und ethnische Herkunft.....	- 6 -
II. Formen der Diskriminierung	- 7 -
III. Anwendungsbereich.....	- 12 -
IV. Das Verbot der Diskriminierung	- 14 -
V. Intersektionalität.....	- 18 -
C. Analyse der gewerberechlichen Reaktionsmöglichkeiten auf rassistische Diskriminierungen durch Gewerbetreibende (exemplarisch für das Land Berlin)	- 20 -
I. Systematik, Grundbegriffe und Instrumentarien des Gewerberechts.....	- 20 -
II. „Zuverlässigkeit“ als Voraussetzung für den Gewerbebetrieb.....	- 22 -
III. Zur Unzuverlässigkeit aus rassistischen/ethnischen Gründen diskriminierender Gewerbetreibender ...	- 23 -
IV. Unzuverlässigkeit als Prognoseentscheidung.....	- 27 -
V. Die Gewerbeuntersagung als „ultima ratio“	- 28 -
VI. Das Verfahren der Gewerbeuntersagung	- 29 -
VII. Der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel.....	- 31 -
VIII. Zwischenergebnis	- 32 -
D. Diskussion der Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen sog „Testingverfahren“	- 33 -
I. Testingverfahren: Entwicklung in den USA.....	- 33 -
II. Beweislastregeln (§ 22 AGG) und verdeckte Diskriminierung.....	- 34 -
III. Methodische Überlegungen.....	- 35 -
IV. Rechtliche Grenzen von Testingverfahren.....	- 39 -
V. Testingverfahren als Indiz i.S.d. § 22 AGG	- 45 -
VI. Stärken und Schwächen von Testingverfahren	- 47 -
E. Abschließende Bewertung der geltenden Rechtslage und Handlungsempfehlungen	- 49 -
I. Gewerberecht.....	- 49 -
II. Testingverfahren.....	- 49 -

A. Einleitung

Die vorliegende Arbeit baut auf einem Ende Dezember 2004 für den Türkischen Bund Berlin-Brandenburg erstellten Gutachten „Gewerberecht und Rassendiskriminierung“¹ auf, passt dieses der geltenden Rechtslage an und erweitert es um das Thema Testingverfahren.

Seit der Fertigstellung des ersten Gutachtens haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen durch das Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) am 18. August 2006 aber auch durch die Weiterentwicklung des europäischen Gleichbehandlungsrechts gewandelt. So sind Diskriminierungen aufgrund der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft im Zivilrechtsverkehr nun auch in Deutschland einfachgesetzlich weitgehend untersagt. Doch nicht nur der Schutz vor rassistischen Diskriminierungen, sondern auch das Wissen um die Realität von Diskriminierungen hat sich in den letzten fünf Jahren weiterentwickelt. Der Arbeit von Verbänden, staatlichen Stellen und Wissenschaftler/innen ist es zu verdanken, dass wir inzwischen ein klareres Bild von typischen Diskriminierungsmustern und struktureller Benachteiligung haben.

Ein zentrales Ergebnis des ersten Gutachtens war schließlich das Problem des „gerichts-festen“ Nachweises von Diskriminierungen durch die Gewerbeämter. Das AGG erwähnt nun im Zusammenhang mit der Beweislast in der Gesetzesbegründung sog. „Testingverfahren“, d.h. den Einsatz von Vergleichspersonen um zu überprüfen, ob ein Verhalten gegenüber einer Person, bei der eines der in § 1 AGG genannten Merkmale in einer bestimmten Ausprägung vorliegt, gleichermaßen auch gegenüber der Vergleichsperson erfolgt, bei der dieses Merkmal eine andere Ausprägung hat. Hier bedarf es der Klärung, ob und inwieweit der Einsatz dieser Verfahren im Rahmen gewerberechtllicher Aufsichtsmaßnahmen möglich und zulässig ist.

¹ Dokument zu finden unter www.adnb.de (Publikationen)

B. Zum Stand des deutschen und europäischen Gleichbehandlungsrechts

Vor dem Hintergrund rassistischer Gewalttaten und dem Erfolg rechtspopulistischer Parteien in verschiedenen europäischen Ländern erhielt die Europäische Gemeinschaft 1998 mit Art 13 EGV / Art. 19 AEUV² die Kompetenz, Diskriminierungen nicht nur aus Gründen des Geschlechts³ sondern auch aus Gründen der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Bereits im Jahr 2000 machten die Vertreter/innen der Mitgliedstaaten im Rat von dieser Möglichkeit Gebrauch und beschlossen einstimmig die *Antirassismus-Richtlinie* (RL 2000/43/EG) und die *Rahmenrichtlinie* (RL 2000/78/EG). Gemeinsam mit drei weiteren Richtlinien zur Bekämpfung der Geschlechterdiskriminierung (RL 2002/73/EG, RL 2004/113/EG und RL 2006/54/EG) bilden sie den Kern des positivierten, d.h. in Gesetzesform gegossenen europäischen Gleichbehandlungsrechts. Richtlinien gehören zum sog. Sekundärrecht, d.h. dem aus den Verträgen, die zwischen den Mitgliedstaaten geschlossen wurden (Primärrecht), abgeleiteten Recht. Sie sind an die Mitgliedstaaten gerichtet und dienen in erster Linie dazu, die nationalen Rechtsvorschriften anzugleichen.

Sie binden die Mitgliedstaaten im Hinblick auf das zu erreichende Ziel, lassen ihnen jedoch die Wahl der Form und der Mittel, mit denen sie die gemeinschaftlichen Ziele im Rahmen ihrer einzelstaatlichen Rechtsordnungen verwirklichen. Nationale Gesetze (wie z.B. das AGG), die Richtlinien umsetzen, sind so zu interpretieren, dass sie mit den Vorgaben der Richtlinien übereinstimmen. Nur wenn eine Richtlinie von den Mitgliedstaaten nicht in nationales Recht umgesetzt wird oder wenn sie unvollständig oder verspätet umgesetzt wird, können sich Betroffene vor den einzelstaatlichen Gerichten unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbar auf die Richtlinie berufen.

Bereits vor der Umsetzung der genannten Richtlinien durch das AGG, kannte das deutsche Recht Diskriminierungsverbote. Seit 1949 verbietet Art. 3 Abs. 3 GG Benachteiligungen oder Bevorzugungen aufgrund des Geschlechts, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen. Wie alle Grundrechte entfalten auch die Diskriminierungsverbote des Grundgesetzes unmittelbare Wirkung zunächst nur im Verhältnis zwischen Staat und Bürger/innen. Sie verstärken und

² Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) wurde durch Artikel 2 des Vertrags von Lissabon mit Wirkung zum 1. Dezember 2009 in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) umbenannt.

³ Ausgangspunkt des europäischen Gleichbehandlungsrechts war 1957 Art. 141 EG-Vertrag, der die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Entgelts vorschreibt.

ergänzen damit den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, wonach *jede* Ungleichbehandlung von Menschen durch den Staat verboten ist, für die es keinen sachlichen Grund gibt. Im Verhältnis der Bürger/innen untereinander gelten die Benachteiligungsverbote dagegen grundsätzlich nur mittelbar, d.h. sie beeinflussen als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen die Interpretation des Privatrechts mit der Folge, dass diskriminierende Verträge im Einzelfall als sittenwidrig einzustufen sein können. Klar umrissene Benachteiligungsverbote oder Entschädigungsansprüche ergeben sich daraus jedoch nicht.⁴

I. Zu den Begriffen „Rasse“ und ethnische Herkunft

Der Begriff der „Rasse“ verweist auf überholte Vorstellungen von biologisch vererbaren Untergruppen der Menschheit und wird daher in Anführungszeichen gesetzt. Er wird gleichwohl beibehalten, um die rassistischen, d.h. insbesondere an Hautfarbe, Augenform, Haartracht anknüpfenden Diskriminierungen zugrunde liegenden Vorstellungen bezeichnen zu können.⁵ Auch der Begriff der Ethnie ist als kollektive Selbst- und Fremddefinition nicht unumstritten. Die geographische Herkunft, eine gemeinsame Kultur und Geschichte werden als wichtige Abgrenzungskriterien genannt. Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft können an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, wobei jedoch zu beachten ist, dass die unterschiedliche Behandlung von In- und Ausländer/innen jedenfalls dort erlaubt ist, wo es um die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft geht.⁶ Wie bei den anderen in § 1 AGG genannten Merkmalen kommt es nicht darauf an, dass bei der benachteiligten Person die vom Diskriminierenden (ggf. irrtümlich) angenommene Ausprägung des Merkmals (hier z.B. eine bestimmte ethnische Herkunft) tatsächlich vorliegt. Dass dies nicht nur für den Schutz der Beschäftigten gilt (so ließe sich § 7 Abs. 1, 2. Halbsatz AGG systematisch interpretieren),

⁴ Diese Frage wird ausführlich im Kapitel III des ersten Gutachtens (Diskriminierungsschutz und Privatautonomie) erörtert.

⁵ Zum Begriff der „Rasse“ vgl. *Cremer* 2008: „und welcher Rasse gehören Sie an?“ (files.institut-fuer-menschenrechte.de/488/d81_v1_file_48b3bc51eb1d9_pp_rasse.pdf) [29.12.2009]

⁶ So etwa bei der Zuerkennung des Wahlrechts. Im nichtstaatlichen Bereich verbirgt sich hinter der Unterscheidung zwischen „Ausländern“ und „Deutschen“ dagegen häufig ein ethnischer In- bzw. Ausländerbegriff. Dies kann überprüft werden, in dem die Testfrage gestellt wird, ob der Nachweis der deutschen Staatsangehörigkeit durch die benachteiligte Person das Verhalten ändern würde. Ist dies nicht der Fall, liegt eine ethnische Diskriminierung vor. *Schiek/Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 1 Rn. 18.

zeigen rassistische Diskriminierungen, denen aufgrund der Nichtexistenz menschlicher Rassen stets Zuschreibungen zugrunde liegen.⁷

II. Formen der Diskriminierung

Die Antirassismus-Richtlinie (2000/43/EG) unterscheidet vier Formen der Diskriminierung, die der deutsche Gesetzgeber in § 3 AGG fast wortgleich übernommen hat. In Anlehnung an den europäischen Sprachgebrauch wird im Folgenden von „Ungleichbehandlungen“ und „Diskriminierungen“ (im AGG: Benachteiligung) gesprochen. Eine Diskriminierung setzt voraus, dass die Ungleichbehandlung in den Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsrechts fällt (dazu unter III.) und nicht gerechtfertigt ist (dazu unter IV.).

Eine *unmittelbare Diskriminierung* liegt vor, wenn eine Person aufgrund ihrer „Rasse“ oder ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. 2008 hat der EuGH dies dahingehend konkretisiert, dass weder eine echte Vergleichsperson („erfahren würde“) noch eine Person identifizierbar sein muss, die behauptet, Opfer einer Diskriminierung geworden zu sein. Bereits die öffentliche Äußerung eines/r Arbeitgebers/in, er/sie werde keine Arbeitnehmer/innen einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen, begründet daher eine unmittelbare Diskriminierung.⁸

So wurde bei der Jobvermittlung eines Studentenwerkes in einer Stellenanzeige Sicherheitspersonal für die IFA gesucht. In der Anzeige hieß es, dass „der Auftraggeber von der Einstellung farbiger Studenten absieht, daher ist eine Bewerbung von schwarzafrikanischen HZM [Heinzelmännchen, Verf.] ohne Aussicht auf Erfolg“⁹ Da Antidiskriminierungsverbände in Deutschland jedoch – anders als z.B. in Belgien – kein echtes Verbandsklagerecht haben, könnte gegen eine solche „opferlose Diskriminierung“ auch heute nicht präventiv vorgegangen werden.

Keine Diskriminierung liegt dagegen – unabhängig von der ethnischen Herkunft der betroffenen Person – vor, wenn die weniger günstige Behandlung (z.B. ein Hausverbot) an ein Verhalten (z.B. eine gewaltsame Auseinandersetzung mit anderen Gästen) gerade dieser Person anknüpft, da die ethnische Herkunft hier nicht kausal („aufgrund“) für die Ungleichbehandlung ist. Etwas anderes gilt wiederum, wenn die/der Gewerbetreibende aufgrund schlechter

⁷ Schiek/*Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 1 Rn. 7.

⁸ EuGH v. 10. Juli 2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, www.curia.europa.eu.

⁹ Die Welt v. 3. August 2005.

Erfahrungen mit einer bestimmten Person nun alle Menschen benachteiligt, von denen sie/er annimmt, dass sie der gleichen ethnischen Herkunft sind. Hier läge eine Diskriminierung vor, da nicht an das Verhalten der Betroffenen, sondern an deren Herkunft angeknüpft wird.

Irrelevant für das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung sind schließlich (diskriminierende) Einstellungen anderer Kund/innen, mit denen der/die Gewerbetreibende seine Entscheidung ggf. zu rechtfertigen sucht. Wie es der Generalanwalt des EuGH formulierte, sind solche Einstellungen lediglich ein Beleg für die These, dass Märkte kein Heilmittel gegen Diskriminierung sind. Soweit Gewerbetreibende auf daraus zu ihren Lasten entstehende Wettbewerbsverzerrungen verweisen, ist dem entgegenzuhalten, dass das Versagen des Marktes in diesem Bereich nur durch einen konsequenten Einsatz des Antidiskriminierungsrechts bekämpft werden kann.¹⁰

Darüber hinaus erfasst die *mittelbare Diskriminierung* auch dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren, die Personen, die einer „Rasse“ oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich. Ein Beispiel bilden hier diskriminierende Anforderungen an Sprachkenntnisse. Zwar ist das Merkmal Sprache weder in der Antirassismusrichtlinie noch im AGG erwähnt, doch wirken sich Voraussetzungen wie „sehr gute“ oder gar „akzentfreie“ Deutschkenntnisse regelmäßig negativ auf die Einstellungschancen von Migrant/innen aus. Bestimmte Anforderungen können hier jedoch je nach Art der Beschäftigung gerechtfertigt sein.

Das Arbeitsgericht Berlin hatte Anfang 2009 über die Klage einer Bewerberin¹¹ zu entscheiden, deren schriftliche Bewerbung mit dem Hinweis darauf abgelehnt worden war, die ausgeschriebene Stelle richte sich „an deutsche Muttersprachler“. ¹² Das Arbeitsgericht bewertete die Ablehnung als Indiz für eine unmittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft und prüfte eine Rechtfertigung nach § 8 AGG. Zutreffend kam das Gericht zu dem Schluss, dass das Kriterium der deutschen Muttersprache für die in Rede stehende Stelle (Bereich Kasse und Besucherinformation) ungeeignet und die Ungleichbehandlung daher nicht gerechtfertigt sei. Da nicht ersichtlich ist, dass der Arbeitgeber über die Sprachanforderungen hinaus auf die ethnische Herkunft der Bewerberin abgestellt hat, die Sprache hier also nicht (nur) Indiz sondern entscheidender Grund für die Benachteiligung

¹⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Maduro v. 12. März 2008, Rs. C-54/07, *Feryn*, www.curia.europa.eu.

¹¹ Die Bewerberin wurde vom ADNB des TBB als Antidiskriminierungsverband nach § 23 AGG außergerichtlich beraten und vor Gericht als Beistand unterstützt.

¹² Arbeitsgericht Berlin (55. Kammer) v. 11. Dezember 2009; Aktenzeichen 55 Ca 16952/08.

gung war, hätte es nahe gelegen von einer mittelbaren Diskriminierung auszugehen. Am Ergebnis hätte dies jedoch nichts geändert.¹³

Insbesondere beim Zugang zu Wohnraum können folgende, vermeintlich neutrale Auswahlkriterien mittelbar diskriminierende Wirkung haben, wobei stets zu prüfen ist, welche Ziele damit verfolgt werden, und ob die Differenzierung im Hinblick auf diese Ziele angemessen und erforderlich ist: Kinderzahl, Zahl der Bewohner/innen, Nachweis eines Aufenthaltstitels, Nachweis von Bürgschaften deutscher Staatsangehöriger.¹⁴

Andere Unterscheidungen wie z.B. die zwischen Raucher/innen und Nichtraucher/innen sind dagegen auch weiterhin unproblematisch möglich. Dies gilt auch für die Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit der Kund/innen als eine der Grundlagen des kapitalistischen Wirtschaftssystems. Bei standardisierten Prognoseverfahren, wie sie z.B. im Versandhandel aber auch bei der Vergabe von Versicherungen und Krediten („credit scoring“) Verwendung finden, ist jedoch zu berücksichtigen, dass sie mittelbar diskriminierende Wirkung haben können.

Ein solches Scoring könnte dem folgenden Fall aus der Beratungspraxis zugrunde liegen: Ein deutscher Student vietnamesischer Herkunft nahm eine telefonische Bestellung bei einem Versandhandel vor. Der Mitarbeiter bestätigte ihm, dass er den Artikel per Ratenzahlung bezahlen kann. Als der Artikel nicht geliefert wurde, teilte ihm ein Mitarbeiter der Kreditabteilung mit, dass dieser Artikel nicht per Ratenzahlung lieferbar wäre, sondern nur per Nachnahme. Daraufhin bat der Student seine Lebenspartnerin (Deutsche ohne Migrationshintergrund), den gleichen Artikel unter denselben Bedingungen (Ratenzahlung und die gleiche Lieferanschrift) zu bestellen. Für sie war eine Ratenzahlung problemlos möglich.¹⁵

In diesen Fällen ist von der/dem Gewerbetreibenden nachzuweisen, dass z.B. die Berücksichtigung der deutschen Staatsangehörigkeit geeignet und erforderlich ist, um die Bonität des/der Kund/in festzustellen.¹⁶ Ein weiteres Kriterium, das sich nachteilig auf ethnische Minderheiten auswirken kann, ist angesichts der ethnischen Segregation im Stadtgebiet der Wohnsitz in

¹³ Anders noch die 14. Kammer des Arbeitsgerichts Berlin in ihrer Entscheidung v. 26. September 2007, Aktenzeichen 14 Ca 10356/07. In Verkennung des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung ging das Gericht hier davon aus, die Anforderungen eines/r Arbeitgebers/in an die Deutschkenntnisse der Bewerber/innen seien gerichtlich nicht überprüfbar.

¹⁴ Däubler/Bertzbach-Ambrosius, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 52 f..

¹⁵ ADNB des TBB (Hrsg.) Antidiskriminierungsreport Berlin 2003-2005 (http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/Antidiskriminierungsreport_Berlin_2003-2005.pdf) [29.12.2009], 2005, S. 18.

¹⁶ Däubler/Bertzbach-Franke/Schlichtmann, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 31, die für eine Pflicht zur Offenlegung der Bewertungskriterien plädieren.

bestimmten Bezirken.¹⁷

Eine weitere Form der Diskriminierung bildet die *Belästigung*. Auch wenn es dabei in erster Linie um die Verletzung von Persönlichkeitsrechten geht, müssen doch die hierfür ursächlichen unerwünschten Verhaltensweisen mit der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft einer Person in Zusammenhang stehen und stellen sich insofern als Diskriminierung dar. Weitere Voraussetzungen sind die Verletzung der Würde der betroffenen Person und die Schaffung eines feindlichen Umfeldes.

Diesen Anforderungen genügt die Aufforderung an eine Arbeitnehmerin, sie möge einen Sprachkurs besuchen, um ihre „unzureichenden Deutschkenntnisse“ zu verbessern, allein jedenfalls nicht.¹⁸ Nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts können ein Hakenkreuz und die Parolen: „Scheiß Ausländer, ihr Hurensöhne, Ausländer raus, ihr Kanaken, Ausländer sind Inländer geworden“ auf der Toilette eines Lagers, in dem die vier türkischstämmigen Kläger beschäftigt waren, zwar grundsätzlich den Tatbestand der Belästigung aufgrund der ethnischen Herkunft erfüllen. Ob durch die Schmiererein jedoch auch das erforderliche feindliche Umfeld geschaffen wurde, soll von der Reaktion des Arbeitgebers abhängen.¹⁹

Schließlich gilt als Diskriminierung auch die *Anweisung* zur Diskriminierung einer Person. Diese erstmals in der Antirassismus-Richtlinie genannte Form der Diskriminierung soll nach der Vorstellung des Europäischen Parlaments, das die entsprechende Ergänzung der Richtlinie vorschlug, Situationen erfassen, in denen z.B. ein/e Hausbesitzer/in eine/n Makler/in anweist, das Haus nicht an Menschen einer bestimmten Hautfarbe zu vermieten. Erfasst wird damit aber auch das Verhalten eines/einer Gewerbetreibenden, der/die Angestellte (z.B. Personalverantwortliche oder Türsteher/in) zur Diskriminierung von Beschäftigten oder Kund/innen anweist.

Die mit dieser Form der Diskriminierung verbundenen prozessualen Schwierigkeiten verdeutlicht der Fall einer rassistischen Diskriminierung in Aachen. Die späteren Kläger/innen nahmen auf eine Wohnungsanzeige hin telefonisch Kontakt mit der gewerblichen Wohnungsverwaltung auf und baten um einen Besichtigungstermin.

¹⁷ Schiek/*Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 3 Rn. 36, die darauf verweist, dass sich niederländische und britische Bankenvereinigungen zu diskriminierungsfreien Scoring-Verfahren verpflichtet haben.

¹⁸ Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (6. Kammer) v. 23. Dezember 2009, Aktenzeichen: 6 Sa 158/09.

¹⁹ Bundesarbeitsgericht v. 24. September 2009, Aktenzeichen: 8 AZR 705/08. Im vorliegenden Fall war umstritten, ob sich der Leiter der Niederlassung dahingehend geäußert hatte, „dass die Leute eben so denken würden“, und darüber hinaus untätig geblieben war. Die Beseitigung der Schmiererein allein hätte indes nicht genügt, um die „feindlichen Umfeld“ im Unternehmen zu beseitigen. Vielmehr hätte der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen gegen die Täter/innen (z.B. Abmahnungen) bzw. – falls diese nicht zu ermitteln waren – im Unternehmen ergreifen müssen (z.B. Diversity-Schulungen und -Trainings).

Die Hausmeisterin, die ihnen die betreffende Wohnung zeigen sollte, wies die Kläger/innen jedoch mit den Worten ab: „Die Wohnung wird nicht an Neger, äh ... Schwarzafrikaner und Türken vermietet“.²⁰ Die Klage gegen die Hausverwaltung, der Anweisung zur Diskriminierung vorgeworfen wurde, blieb zunächst erfolglos. Das Landgericht Aachen entschied, dass sich ein möglicher Anspruch auf Schadensersatz nicht gegen die Hausverwaltung sondern nur gegen die Vermieterinnen richten könne.²¹ Erst in zweiter Instanz kamen die Kläger/innen zu ihrem Recht. Zwar ließ auch das OLG Köln offen, ob ein Anspruch nach dem AGG nur gegen die/den Eigentümer/in oder auch gegen die Hausverwaltung erhoben werden kann, doch hielt es die Hausverwaltung nach allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften für verpflichtet, insgesamt 5.000,- € Entschädigung wegen Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Kläger/innen zu zahlen.²²

Beschäftigte, die sich weigern, eine diskriminierende Anweisung auszuführen, sind durch das Viktimisierungsverbot des § 16 AGG ebenso vor daraus resultierenden Benachteiligungen durch Arbeitgeber/innen geschützt wie Beschäftigte, die sich gegen Diskriminierungen mit rechtlichen Mitteln zu Wehr setzen oder andere dabei unterstützen.

Schließlich kann in der Praxis zwischen „offener“ (z.B. durch ausdrücklichen Hinweis auf die Hautfarbe) und „verdeckter“ Diskriminierung (durch Vorschieben anderer Gründe) unterschieden werden.²³ Beispiele für den Einfallsreichtum diskriminierender Gewerbetreibender liefern zahlreiche Fälle aus der Beratungspraxis:

Eine Tresenkraft weigerte sich, einen dunkelhäutigen Gast zu bedienen, mit der Begründung, dass es sich um eine geschlossene Gesellschaft handele. Nachdem ihm andere Gäste bestätigt hatten, dass dies eine öffentliche Kneipe sei, begab er sich gemeinsam mit zwei anderen Gästen nochmals in die Kneipe, um sich zu beschweren. Erneut verwies ihn die Tresenkraft des Lokals, mit der Begründung, dass es hier keinen Platz für ihn gäbe.²⁴

²⁰ Oberlandesgericht Köln v. 19. Januar 2010, NJW 2010, S. 1676.

²¹ Die Anschrift der Vermieterinnen war den Kläger/innen jedoch nicht bekannt und das Gericht lehnte einen entsprechenden Auskunftsanspruch mit wenig überzeugenden Gründen ab, so dass der Entschädigungsanspruch hier selbst bei nachgewiesener Diskriminierung nicht hätte durchgesetzt werden können. Doch bereits die Rechtsauffassung, dass der/die Benachteiligte im Sinne des § 21 Abs. 2 AGG nur der/die Anbieter/in der begehrten Leistung (hier also die Vermieterinnen) sein könnten, findet im AGG keine Stütze. Vielmehr wird der/die Adressat/in der Diskriminierungsverbote in § 19 Abs. 1 und 2 AGG gerade nicht ausdrücklich benannt, so dass auch die handelnde Person und diejenigen, denen ihr Handeln zuzurechnen ist (hier die Hausverwaltung) Benachteiligte/r und damit Beklagte/r sein kann (Derleder, NZM 2007, S. 625, 630).

²² Die Kläger/innen erhielten Unterstützung durch die „Stiftung Leben ohne Rassismus“ und das Gleichbehandlungsbüro Aachen

²³ Ob die angeblich fehlenden Kapazitäten tatsächlich nicht vorhanden sind oder ob die angebotenen Vertragsbedingungen lediglich den Zweck haben, bestimmte Kunden fern zu halten, lässt sich meist nur durch Testverfahren überprüfen.

²⁴ ADNB des TBB (Hrsg.) Antidiskriminierungsreport Berlin 2003-2005 (http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/Antidiskriminierungsreport_Berlin_2003-2005.pdf) [29.12.2009], 2005, S. 15.

Nach dem Probetraining wurde einem „südländisch“ aussehenden Kunden die Mitgliedschaft in einer Fitnessstudio-Kette von der Zentrale nicht genehmigt; eine Auskunft über die Gründe erfolgte zunächst nicht. Gegenüber dem ADNB des TBB wurde später auf angeblich aggressives Verhalten verwiesen, das von einem Mitarbeiter bemerkt worden sein soll. Ein Gespräch mit dem Mitarbeiter wurde jedoch abgelehnt.²⁵ Inzwischen hat die Kette nach Informationen des ADNB des TBB ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen dahingehend geändert, dass der Antrag auf Mitgliedschaft innerhalb von zwei Wochen ohne Angaben von Gründen abgelehnt werden kann.

III. Anwendungsbereich

Auch wenn inzwischen zu allen in Art 13 EGV / Art. 19 AEUV genannten Merkmalen Richtlinien erlassen wurden, hat dies (noch) nicht zu einem einheitlichen Schutz vor Diskriminierungen geführt. Der Grund liegt im unterschiedlichen Anwendungsbereich der Richtlinien. Während die Rahmenrichtlinie für die Merkmale Religion und Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung lediglich das Arbeitsleben (Beschäftigung und Beruf²⁶) erfasst, ist die Antirassismus-Richtlinie darüber hinaus auch in den Bereichen Sozialschutz (z.B. Gesundheitsdienste), soziale Vergünstigungen (z.B. Sozialhilfe), Bildung sowie Güter und Dienstleistungen anwendbar.²⁷ Der Schutz vor Diskriminierungen wegen des Geschlechts nimmt eine Zwischenstellung ein, umfasst neben dem Arbeitsleben zwar auch den Sozialschutz, soziale Vergünstigungen und den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, gilt jedoch nicht für den Bereich Bildung.

Übereinstimmend gelten die Richtlinien, die das AGG umsetzen soll, für alle Personen „in öffentlichen und privaten Bereichen“, unterscheiden also gerade nicht danach, ob der Diskriminierende als Beamter/in oder private/r Vermieter/in handelt. Dem entspricht auf den ersten Blick § 2 Abs. 1 AGG, der den Anwendungsbereich des Gesetzes regelt und sich dabei weit-

²⁵ ADNB des TBB (Hrsg.) Antidiskriminierungsreport Berlin 2006-2008 (http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/ADNB-Antidiskriminierungsreport_2006-2008.pdf) [29.12.2009], S. 15; vgl. die entsprechende Medienberichterstattung http://www.rbb-online.de/klartext/beitrag/2004/fitness_nur_fuer_deutsche.html aber auch http://www.rbb-online.de/klartext/beitrag/2005/nachgefragt_was_5.html.

²⁶ Erfasst ist neben der Mitgliedschaft in Gewerkschaften, Arbeitgeber/innen- und Berufsverbänden auch die Berufsbildung, wozu nach § 1 des Berufsbildungsgesetzes über die Berufsausbildungsvorbereitung und die eigentliche Berufsausbildung hinaus auch die berufliche Fortbildung und die berufliche Umschulung gehören. Durch § 24 AGG werden auch öffentlich-rechtliche Dienst- und Ausbildungsverhältnisse wie z.B. das Referendariat in den Schutzbereich einbezogen. Däubler/Bertzbach-Däubler, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 35.

²⁷ Die Antirassismus-Richtlinie erfasst hier alle Güter und Dienstleistungen, die *der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen*.

gehend am Wortlaut der Richtlinien orientiert. Dem/Der unbefangenen Leser/in erschließt sich auf den ersten Blick nicht, dass der (eigentliche) Anwendungsbereich des AGG durch den Zusatz, dass Benachteiligungen in den genannten Bereichen nur „nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig“ sind, deutlich hinter dem der Richtlinien zurückbleibt.

Gleichklang zwischen Richtlinien und AGG besteht insoweit allein im Bereich des Arbeitslebens: Von der Bewerbung über die Einstellung, die Beförderung, die Arbeitsbedingungen (also z.B. die Höhe des Einkommens) bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gilt das arbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot des § 7 AGG direkt nicht nur für Beschäftigte in der Privatwirtschaft sondern auch für Arbeiter/innen und Angestellte im öffentlichen Dienst und über § 24 AGG indirekt auch für Beamt/innen, Richter/innen, Zivildienstleistende und Kriegsdienstverweigerer.²⁸

Diskriminierungen in den anderen genannten Bereichen (§ 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG) verbietet das AGG jedoch allein „nach Maßgabe“ von § 19 AGG. Dieses „zivilrechtliche Benachteiligungsverbot“ gilt indes lediglich „bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse“ (z.B. beim Abschluss eines Kaufvertrags oder bei der Kündigung eines Mietvertrags).

Gerade für Leistungen (und Diskriminierungen) in den Bereichen Sozialschutz (z.B. Gesundheitsdienste), soziale Vergünstigungen (z.B. für Großfamilien) und Bildung ist in Deutschland jedoch im Regelfall der Staat verantwortlich, was der Gesetzgeber in der Begründung zum AGG freimütig einräumt.²⁹ Gleichwohl hat er es unterlassen, eine § 24 AGG vergleichbare Regelung zu schaffen, die die Vorschriften des AGG auch auf das Verhältnis zwischen Bürger/innen und Staat anwendbar macht. Während für sozialrechtliche Leistungen (z.B. Ansprüche auf Arbeitslosengeld I oder II) in den jeweiligen Gesetzen spezielle Diskriminierungsverbote geschaffen (§ 33c SGB I und § 19a SGB IV) bzw. modifiziert (§ 36 Abs. 2 Satz 2 SGB

²⁸ Nach § 24 AGG gelten die Vorschriften des Gesetzes unter Berücksichtigung der besonderen Rechtsstellung der genannten Gruppen entsprechend. Dies kann z.B. im Einzelfall eine Ungleichbehandlung aufgrund der Weltanschauung im Hinblick auf die politische Treuepflicht von Beamt/innen rechtfertigen. Um den militärischen Besonderheiten Rechnung zu tragen, wurde für Soldat/innen mit dem Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetz eine spezielle Regelung geschaffen.

²⁹ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S. 31.

III) wurden, erweist sich das AGG für alle anderen staatlichen Leistungen als „Mogelpackung“³⁰.

IV. Das Verbot der Diskriminierung

1. Vorgaben der Antirassismus-Richtlinie

Nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund eines der in Art. 13 EG genannten Merkmale, die in den Anwendungsbereich der Richtlinien fällt, muss von den Mitgliedstaaten verboten werden. Das europäische Antidiskriminierungsrecht sieht vielmehr ein nach Merkmalen und Lebensbereichen differenziertes System von Rechtfertigungsmöglichkeiten und Tatbestandsausschlüssen vor. Nur wenn eine Ungleichbehandlung nicht unter eine dieser Ausnahmeregelungen fällt, handelt es sich um eine verbotene Diskriminierung. Generell zulässig sind sog. *positive Maßnahmen*, d.h. Maßnahmen zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung in der Praxis, mit denen Benachteiligungen verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

Ungleichbehandlungen aufgrund der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft können nach den Vorgaben der Richtlinien nur gerechtfertigt sein, wenn das betreffende Merkmal eine wesentliche und entscheidende Berufsvoraussetzung darstellt (Art. 4 RL 2000/43/EG). Weitere Rechtfertigungsgründe sind dagegen nicht vorgesehen. Lediglich in Erwägungsgrund 4 der Antirassismus-Richtlinie wird darauf hingewiesen, dass es wichtig sei, „dass im Zusammenhang mit dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen der Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens sowie der in diesem Kontext getätigten Geschäfte gewahrt bleibt.“

2. Umsetzung durch das AGG

a) Im Arbeitsleben

Im Bereich des Arbeitslebens verbietet § 7 Abs. 1 AGG die Diskriminierung Beschäftigter³¹ und stellt darüber hinaus klar, dass eine Diskriminierung auch dann vorliegt, wenn die/der Diskriminierende einen Diskriminierungsgrund (z.B. eine bestimmte ethnische Herkunft) nur irrtümlich annimmt. Eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der „Rasse“ oder ethnischen

³⁰ Rudolf/Mahlmann-Rudolf, Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007, S. 187.

³¹ Als Beschäftigte gelten gemäß § 6 Abs. 1 AGG auch Auszubildende, Scheinselbständige, Bewerber/innen und ehemalige Beschäftigte.

Herkunft ist nach § 8 AGG nur zulässig, wenn das Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Die strengen Voraussetzungen dieses Rechtfertigungsgrundes werden nur selten gegeben sein. In der Praxis kommen Tätigkeiten im Bereich der Interessenvertretung oder Beratung für bestimmte Gruppen (z.B. Migrant/innen) in Betracht.

So hielt es das Arbeitsgericht Köln für zulässig, dass eine Informations-, Bildungs- und Beratungsstelle für Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen zur Durchführung des Projektes „Recht auf Selbstbestimmung gegen Zwangsverheiratung“ eine Mitarbeiterin mit Migrationshintergrund suchte. Nach intensiver Auseinandersetzung mit der Tätigkeit der Stelle und den besonderen Situation der Rat suchenden Mädchen und Frauen kam das Gericht zu dem Schluss, dass sowohl die Differenzierung nach dem Geschlecht als auch nach dem „Migrationshintergrund“ hier ausnahmsweise gerechtfertigt seien.³²

b) Im Zivilrechtsverkehr

Im Zivilrechtsverkehr verbietet § 19 Abs. 2 AGG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG Diskriminierungen auf Grund von „Rasse“ und ethnischer Herkunft beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum.³³ Trotz der fehlenden Klarstellung im Wortlaut ist es auch hier irrelevant, ob die benachteiligte Person tatsächlich den ethnischen Hintergrund hat, dessentwegen sie benachteiligt wird, oder ob der/die Gewerbetreibende dies nur annimmt.³⁴

Obwohl rassistische Diskriminierungen damit auch im Rahmen von Finanzdienstleistungen verboten sind, berichten sowohl Verbraucherzentralen als auch Antidiskriminierungsverbände von zahlreichen Beschwerden über den verweigerten Zugang zu Girokonten, Verbraucherkrediten und Kreditkarten. In bestimmten Versicherungszweigen soll die Höhe der Provisionen für den/die Vermittler/in von der ethnische Herkunft des/der Versicherungsnehmers/in abhängig sein.³⁵

³² Arbeitsgericht Köln (9. Kammer) v. 6. August 2008, Aktenzeichen: 9 Ca 7687/07.

³³ Bei sog. „Massengeschäften“ und bei privaten Versicherungen ist nach § 19 Abs. 1 darüber hinaus auch die Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verboten. Erfasst sind damit Geschäfte, bei denen typischerweise das Ansehen der Person keine oder eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Solche „Massengeschäfte“ sind in der Gastronomie, im Einzelhandel und im Transportgewerbe üblich.

³⁴ Däubler/Bertzbach-Franke/Schlichtmann, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 19.

³⁵ Vgl. Country report Germany on the use of age, disability, sex, religion or belief, race or ethnic origin and sexual orientation in financial services, in particular in the insurance and banking sectors. Die im Auftrag der EU-Kommission verfasste, unveröffentlichte Studie wird vom Verfasser auf Wunsch zur Verfügung gestellt.

Die Frage, wann z.B. ein Wohnungsangebot der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, ist bisher nicht abschließend geklärt. So sollen nach einer engen Auffassung nur Angebote von Unternehmer/innen erfasst sein.³⁶ Auch wenn es angesichts der Zielsetzung des Gutachtens auf die Klärung dieser Frage nicht ankommt, da Gewerbetreibende regelmäßig Unternehmer/innen sein werden,³⁷ sei darauf hingewiesen, dass die inzwischen wohl überwiegende Auffassung davon ausgeht, dass das AGG bereits dann anwendbar ist, wenn die Wohnung z.B. durch Anzeigen in Tageszeitungen oder im Internet öffentlich angeboten wird.³⁸ Nur dort, wo ein Gut oder eine Dienstleistung ausschließlich einem privaten Kreis zugänglich gemacht wird, greift das AGG mit Rücksicht auf die Privat- und Familiensphäre nicht ein.

Aus dem gleichen Grund sind nach § 19 Abs. 4 AGG familien- und erbrechtliche Geschäfte (z.B. Eheschließung, Scheidung, Testament) vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots ausgenommen. Dies soll nach dem Wortlaut von § 19 Abs. 5 S. 1 AGG auch für Verträge gelten, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis begründet wird, was z.B. dann der Fall sein soll, wenn Vermieter/in und Mieter/in auf demselben Grundstück wohnen. § 19 Abs. 5 S. 1 AGG ist jedoch angesichts der Vorgaben der Richtlinie, die keine solche Ausnahme vom Diskriminierungsverbot vorsieht, dahingehend eng auszulegen, dass die Vorschrift lediglich dem Schutz der Privatsphäre und des Familienlebens dient.³⁹ Damit dürfte die Regelung im gewerblichen Bereich praktisch keine Rolle spielen.

Relevant ist dagegen § 19 Abs. 3 AGG, wonach Ungleichbehandlungen aus rassistischen Gründen oder wegen der ethnischen Herkunft bei der Vermietung von Wohnraum auch dann zulässig sein sollen, wenn damit „sozial stabile Bewohnerstrukturen und ausgewogene Siedlungsstrukturen“ sowie „ausgeglichene wirtschaftliche, soziale und kulturelle Verhältnisse“ geschaffen oder erhalten werden. Offizielles Ziel des Gesetzgebers war es, mit dieser Vorschrift „die Voraussetzungen für ein Zusammenleben der Kulturen ohne wechselseitige Aus-

³⁶ MüKo-Thüsing, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 5. Aufl. 2007, § 2 Rn. 36.

³⁷ Unternehmer/in ist nach § 14 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

³⁸ Däubler/Bertzbach-Franke/Ambrosius, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 2 Rn. 56.

³⁹ So mit Verweis auf Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2000/78/EG auch Däubler/Bertzbach-Ambrosius, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 59. Andere halten § 19 Abs. 5 S. 1 für europarechtswidrig, z.B. MüKo-Thüsing, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 102f..

grenzung“ zu stärken.⁴⁰ Gleichwohl ist die Vorschrift in der bestehenden Form kaum mit den europäischen Vorgaben zu vereinbaren, da die Antirassismus-Richtlinie keinen vergleichbaren Rechtfertigungsgrund vorsieht.⁴¹ Die Vorschrift kann richtlinienkonform daher nur als spezielle Form einer „positiven Maßnahme“ interpretiert werden.⁴² Höchstquoten für eine bestimmte Ethnie sind danach nur dann zulässig, wenn sie zugleich Förderquoten sind.⁴³ Solche Quoten können vorsehen, dass bis zur Erreichung eines bestimmten Anteils einer Bevölkerungsgruppe in einem Stadtteil, einem Straßenzug, eventuell auch in einem Mehrfamilienhaus, Angehörige dieser Gruppe bei der Vermietung bevorzugt werden. Einer entsprechenden Maßnahme muss jedoch ein schlüssiges wohnungspolitisches Konzept mit dem Ziel zugrunde liegen, den Anteil dieser Gruppe in dem jeweiligen Gebiet soweit zu erhöhen, dass er dem Anteil der Gruppe an der (weiter gefassten) örtlichen Bevölkerung entspricht.⁴⁴ Dies setzt zum einen voraus, dass auch Bewerber/innen der ethnischen Mehrheit abgelehnt werden, wenn ihr Anteil in dem jeweiligen Objekt überproportional hoch ist. Zum anderen muss in jedem Einzelfall eine individuelle Bewertung erfolgen, die in Härtefällen (z.B. bei drohender Obdachlosigkeit) den Zugang trotz Quote ermöglicht.⁴⁵ In keinem Fall rechtfertigt § 19 Abs. 3 AGG rassistische Diskriminierungen mit dem Ziel, Wohnungsbestände (auch weiterhin) der ethnischen Mehrheit vorzubehalten.

Neben dem oben geschilderten Fall offener Diskriminierung wird in diesem Zusammenhang von verdeckten und mittelbaren Diskriminierungen berichtet: So erhielten Bewerber/innen, deren Name und Akzent auf einen „Migrationshintergrund“ hindeuteten, die Auskunft, dass die inserierte Wohnung schon vergeben sei; die Annonce fand sich jedoch wenige Tage später wieder in der Zeitung.⁴⁶ Eine Hausverwaltung lehnte es ab, an Menschen ohne Deutschkenntnisse zu vermieten, da diese den Mietvertrag nicht lesen und verstehen könnten; auch die

⁴⁰ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S.42. Zu den ganz anderen Motiven der Wohnungswirtschaft, die eine solche Ausnahme forderte, siehe Schiek/*Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 19 Rn. 20.

⁴¹ MüKo-*Thüsing*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 5. Aufl. 2007, § 19 Rn. 89.

⁴² Nach § 5 AGG sind positive Maßnahmen zulässig, wenn sie geeignet und angemessen sind, und durch sie bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

⁴³ Däubler/Bertzbach-*Ambrosius*, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 19 Rn. 45ff..

⁴⁴ Wie das zu ermitteln sein soll, insbesondere welches Gebiet das Vergleichsgebiet sein soll, ist bisher nicht abschließend geklärt.

⁴⁵ Schiek/*Schiek*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 19 Rn. 23.

⁴⁶ Planerladen e.V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Testing zum Diskriminierungsnachweis - Erläuterungen und Empfehlungen zur Anwendung der Methode, 2008, S. 11.

angebotenen Dolmetscher konnten daran nichts ändern.⁴⁷ Eine Familie mit Migrationshintergrund bewarb sich um eine Wohnung in einer Siedlung mit geringem Migrant/innenanteil. Die Wohnungsgesellschaft lehnte die Bewerbung mit dem Hinweis darauf ab, dass man der Familie negative Reaktionen der Nachbarschaft ersparen wolle.⁴⁸

Ein allgemeiner, mit § 8 AGG vergleichbarer Rechtfertigungsgrund für Ungleichbehandlungen aufgrund der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft besteht im Zivilrechtsverkehr nicht.

V. Intersektionalität

Der Türsteher und der später hinzugezogene Inhaber der Diskothek verweigerten dem Kläger den Zutritt. Der Türsteher begründete dies mit der Äußerung „Keine Ausländer! Anweisung vom Chef!“. Auf Nachfrage der Begleiterin des Klägers, weshalb sie eingelassen werde, antwortete der Türsteher: „Weil Du eine weibliche Ausländerin bist.“ Die spätere Erklärung im Prozess, der Kläger sei stark angetrunken und deshalb nicht eingelassen worden, wurde vom Gericht als unzutreffende Schutzbehauptung bewertet.⁴⁹

Das Beispiel veranschaulicht die Problematik der Intersektionalität. Darunter werden Benachteiligungen verstanden, die das Zusammenwirken mehrerer Diskriminierungsmerkmale voraussetzen: Weder ein (vermeintlich) deutscher Mann noch eine (vermeintlich) ausländische Frau wären im vorliegenden Fall benachteiligt worden. Die Lösung solcher Fälle ist problematisch, wenn die Bildung der Vergleichsgruppe zu starr vorgenommen wird.⁵⁰ Der/die Gewerbetreibende könnte hier zu seiner Verteidigung gegen den Vorwurf der Diskriminierung des Besuchers darauf verweisen, eine weibliche Person derselben ethnischen Herkunft eingelassen zu haben. Es ist daher wichtig, die spezifische Überschneidung bestimmter Diskriminierungsmerkmale auch rechtlich zu berücksichtigen. Solche Ungleichbehandlungen sind nach § 4 AGG nur zulässig, wenn sie im Hinblick auf jedes einzelne Merkmal (im Beispiel also sowohl wegen der ethnischen Herkunft als auch wegen des Geschlechts) zulässig sind. Soweit hier nach dem AGG für die betroffenen Merkmale unterschiedliche Anforderungen an eine Rechtfertigung gelten, kann eine auf einer Kombination von Merkmalen beruhende Un-

⁴⁷ ADNB des TBB (Hrsg.) Antidiskriminierungsreport Berlin 2006-2008 (http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/ADNB-Antidiskriminierungsreport_2006-2008.pdf) [29.12.2009], S. 14.

⁴⁸ Planerladen e.V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Testing zum Diskriminierungsnachweis - Erläuterungen und Empfehlungen zur Anwendung der Methode, 2008, S. 11.

⁴⁹ Sachverhalt nach AG Oldenburg v. 23. Juli 2008, Az. E2 C 2126/07.

⁵⁰ Vgl. Schieck/Schieck, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 4 Rn.7f. und 10ff.. Sie wird noch schwieriger, wenn man berücksichtigt, dass in der Praxis häufig das Alter als weiterer Differenzierungsgrund hinzutritt.

gleichbehandlung nur gerechtfertigt sein, wenn sie der „strengeren“ Regelung genügt. In Fällen mittelbarer intersektionaler Diskriminierungen kann es darüber hinaus schwierig sein, den erforderlichen Nachweis einer diskriminierenden Wirkung zu führen, da entsprechend differenzierende Statistiken womöglich (noch) nicht vorliegen.

C. Analyse der gewerberechtlichen Reaktionsmöglichkeiten auf rassistische Diskriminierungen durch Gewerbetreibende (exemplarisch für das Land Berlin)

Die Antirassismus-Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten in Art. 15 weitgehend frei, für welche Form der Sanktionierung von Diskriminierungen sie sich entscheiden. Vorausgesetzt wird lediglich, dass die gewählten Reaktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen. Während etwa Frankreich auf die Symbolwirkung strafrechtlicher Verurteilungen setzt, sieht das AGG als Rechtsfolge einer Diskriminierung einen Anspruch auf Entschädigung des Betroffenen vor, der von diesem individuell geltend zu machen ist (§§ 15, 21 AGG).

Es stellt sich jedoch die Frage, ob neben diesen privatrechtlichen Sanktionen im Rahmen des AGG auch gewerberechtliche Reaktionsmöglichkeiten bestehen, um rassistische Verhaltensweisen von Gewerbetreibenden zu unterbinden.

I. Systematik, Grundbegriffe und Instrumentarien des Gewerberechts

Das für die Beantwortung dieser Frage maßgebliche *Gewerberecht* ist auf Bundesebene⁵¹ nicht nur in der Gewerbeordnung sondern auch in verschiedenen gewerberechtlichen Nebengesetzen (Gaststättengesetz, Handwerksordnung, Ladenschlussgesetz usw.) geregelt. Darüber hinaus sind Rechtsverordnungen und Ausführungsvorschriften des Bundes und der Länder zu beachten. Als Teil des öffentlichen Rechts dient es der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung.

Im Bereich des Gewerberechts ist eine Tätigkeit dann *Gewerbe*, wenn es sich dabei um eine nicht generell verbotene, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit handelt.⁵² Die Gewerbeordnung (GewO), die das grundlegende Gesetz im Gewerberecht ist, kennt mit dem Reisegewerbe,⁵³ dem Marktgewerbe⁵⁴ und dem stehenden Ge-

⁵¹ Das Gewerberecht ist Teil des „Rechts der Wirtschaft“ i.S.d. Art. 74 Nr.11 GG. Dem Bund steht damit ein konkurrierendes Gesetzgebungsrecht zu.

⁵² Ausgenommen sind die Urproduktion (z.B. Bergbau, Landwirtschaft, Jagd), die freien Berufe (z.B. Arzt, Rechtsanwalt, Künstler) und die bloße Verwaltung eigenen Vermögens (z.B. Vermietung einzelner Eigentums- oder Ferienwohnungen). Um Bagatellen abzugrenzen soll es auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommen. Ständige Rechtsprechung (Urteil des BVerwG v. 24. Juni 1976, Aktenzeichen: I C 56.74, GewArch 1976, S. 293, 294), die in der Literatur fast uneingeschränkte Zustimmung gefunden hat.

⁵³ Reisegewerbe ist nach § 55 GewO das Anbieten oder Bestellen von Waren und gewerblichen Leistungen sowie das Darbieten von Schaustellungen in eigener Person außerhalb der Räume einer eigenen gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche.

⁵⁴ Die §§ 64 bis 68 GewO unterscheiden zwischen Messen, Ausstellungen, Großmärkten, Wochenmärkten sowie Spezial- und Jahrmärkten.

werbe⁵⁵ drei verschiedene Formen des Gewerbebetriebes.

Jede die/den Gewerbetreibende/n belastende staatliche Maßnahme ist zugleich ein Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte *Gewerbefreiheit*.⁵⁶ Danach ist der Betrieb eines Gewerbes jedermann vorbehaltlich der gesetzlichen Ausnahmen und Beschränkungen gestattet.⁵⁷ Jeder Eingriff der Behörden in die Gewerbefreiheit setzt also eine gesetzliche Grundlage voraus. Die Gewerbeordnung sieht daher verschiedene Eingriffsinstrumentarien vor, derer sich die zuständigen Behörden zum Zweck der Gefahrenabwehr bedienen können. Abhängig von den potentiellen Gefahren, die der Öffentlichkeit durch den Betrieb des Gewerbes drohen, wird dabei zwischen erlaubnisfreiem und erlaubnispflichtigem Gewerbe unterschieden.⁵⁸

Ein *erlaubnisfreies* Gewerbe darf ohne vorherige Erlaubnis aufgenommen werden. Die/Der Gewerbetreibende ist allerdings verpflichtet, die Behörde darüber durch eine Anzeige (vgl. §§ 14, 55c GewO) in Kenntnis zu setzen, damit sie das Gewerbe überwachen kann. Stellt sich dabei heraus, dass bei einem erlaubnisfreien Gewerbe Gefahren auftreten, so ist die weitere Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 1 GewO (bzw. §§ 59 und 70a GewO) zu untersagen. Setzt die/der Gewerbetreibende die nunmehr durch die Untersagung illegale Tätigkeit dennoch fort, so kann die Behörde die Untersagungsverfügung mit Zwangsmitteln nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz durchsetzen.

Bei einem *erlaubnispflichtigen* Gewerbe (z.B. dem Gaststätten-, dem Spiel- oder dem Bewachungsgewerbe)⁵⁹ ist neben der Anzeige der Nachweis einer entsprechenden, vorher zu beantragenden Erlaubnis erforderlich. Schon bei der Erteilung der Erlaubnis prüft die Behörde, ob die Gefahrenabwehr eine Versagung der Erlaubnis erfordert. Die Behörde hat außerdem die Möglichkeit, die Erlaubnis mit einer sog. Nebenbestimmung zu verbinden, um auf diese Weise sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt werden. Hat die Behörde die Erlaubnis erteilt, stellt aber zu einem späteren Zeitpunkt dennoch Gefahren fest, z.B. weil

⁵⁵ Alle gewerbliche Tätigkeit, die weder Reise- noch Marktgewerbe ist.

⁵⁶ Gewerbefreiheit als Teil der Berufsfreiheit, vgl. Entscheidung des BVerfG v. 1. März 1979 (BVerfGE 50, S. 290, 362).

⁵⁷ Einfachgesetzlich: § 1 Abs. 1 GewO.

⁵⁸ Diese Unterscheidung entspricht dem allgemeinen Grundsatz des Gefahrenabwehrrechts, umso strengere Anforderungen an die Zulässigkeit einer Tätigkeit zu stellen, je schutzwürdiger die Rechtsgüter sind, die gefährdet werden können, und je höher der mögliche Schaden ist. So liegt es auf der Hand, dass für den Betrieb eines Atomkraftwerks andere, strengere Anforderungen gelten als für den Betrieb eines Zeitungskiosks.

⁵⁹ § 2 Abs. 1 S. 1 GastG, § 33 c Abs.1 S. 1 GewO, § 34a Abs. 1 S. 1 GewO.

die/der Gewerbetreibende die erforderlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt oder nie erfüllt hat, so kann sie die Erlaubnis widerrufen bzw. zurücknehmen.⁶⁰ Stellt die/der Gewerbetreibende die Tätigkeit nach Aufhebung der Erlaubnis nicht ein oder übt sie/er das Gewerbe von Beginn an ohne Erlaubnis aus, gibt § 15 Abs. 2 S. 2 GewO der Behörde die Möglichkeit, die Fortsetzung des Betriebes zu verhindern. Diese sog. Schließungsverfügung kann im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ebenfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden.

Sowohl gegenüber Gewerbetreibenden, die eine Erlaubnis für ihre Tätigkeit bedürfen, als auch gegenüber Gewerbetreibenden, die ein erlaubnisfreies Gewerbe betreiben, gegen die aber ein Untersagungsverfahren eröffnet wurde, haben die Behörden ein *Recht auf Auskunft und Nachschau*.⁶¹ Dieses umfasst unter anderem die Befugnis, die Geschäftsräume zu betreten und Einsicht in die geschäftlichen Unterlagen zu nehmen.⁶²

Für den Fall, dass sich Gewerbetreibende Vorschriften der Gewerbeordnung bzw. des Gaststättengesetzes widersetzen, drohen die §§ 144ff. GewO bzw. § 28 GastG schließlich *Straf- und Bußgeldvorschriften* an.⁶³

II. „Zuverlässigkeit“ als Voraussetzung für den Gewerbebetrieb

Im gesamten Gewerberecht gilt der Grundsatz, dass ein/e Gewerbetreibende/r die für das konkrete Gewerbe erforderliche *Zuverlässigkeit* besitzen muss, da der Öffentlichkeit anderenfalls Gefahren drohen können. Diese Voraussetzung der Zuverlässigkeit findet sich nicht nur in den zentralen Untersagungsnormen (§§ 35, 59 i.V.m. § 57, § 70a GewO und §§ 15 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG), sondern auch dort, wo die gewerbliche Tätigkeit eine Erlaubnis voraussetzt, wie z.B. im Gaststättenrecht, wo die Zuverlässigkeit regelmäßig eine persönliche Er-

⁶⁰ § 15 GastG, § 33 d Abs. 4 und 5 GewO, §§ 48, 49 VwVfG.

⁶¹ § 29 GewO, § 22 GastG.

⁶² Zu den geschäftlichen Unterlagen zählen alle Unterlagen, die auch nur indirekt über die Geschäftsbeziehungen des/der Gewerbetreibenden Auskunft geben, neben Lohnlisten und Bankbelegen z.B. auch Kundendaten und Personalakten. Die Überprüfung wird regelmäßig unangemeldet erfolgen, da die Nachschau nur dann ihren Zweck erfüllen kann, wenn der/die Gewerbetreibende sich nicht darauf einstellen kann.

⁶³ Ordnungswidrig handelt z.B., wer der Anzeigepflicht nach § 14 GewO nicht nachkommt (§ 146 Abs. 2 Nr.1 GewO).

laubnisvoraussetzung ist⁶⁴; wird die/der Gewerbetreibende später unzuverlässig, ist die Erlaubnis zu widerrufen.⁶⁵

Von zentraler Bedeutung für die vorliegende Fragestellung ist also, ob Gewerbetreibende, die ihre Kunden in oben dargestellter Weise diskriminieren, „unzuverlässig“ im Sinne des Gewerberechts sind.

III. Zur Unzuverlässigkeit aus rassistischen/ethnischen Gründen diskriminierender Gewerbetreibender

Nach ganz überwiegender Auffassung ist unzuverlässig, wer „nach dem Gesamtbild seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt“⁶⁶. Die Unzuverlässigkeit bezieht sich damit auf die *aktuellen* und *zukünftig* drohenden Gefahren. Sie bezweckt nicht die Bestrafung für vergangenes Fehlverhalten, sondern die Beseitigung gegenwärtiger und künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Entscheidung über die Unzuverlässigkeit ist also eine Prognoseentscheidung. Fehlverhalten in der Vergangenheit ist allerdings Grundlage dieser Prognose, soweit aus ihm auf die Zukunft geschlossen werden kann und ein Bezug zum Gewerbe und damit zur gewerberechtlichen (Un)zuverlässigkeit besteht.

Die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit darf nicht auf „charakterliche Mängel“, sondern nur auf Gefahren für die Allgemeinheit und die Beschäftigten gestützt werden⁶⁷; anderenfalls bestünde die Gefahr behördlicher Willkür. Ein für die Prognose relevantes Fehlverhalten liegt dagegen immer dann vor, wenn durch das Verhalten ein Gesetz verletzt wird, das die Allgemeinheit oder Beschäftigte des/der Gewerbetreibenden schützen soll.

Die Gewerbeausübung ist jedenfalls dann nicht ordnungsgemäß, wenn der/die Gewerbetreibende dabei gegen Vorschriften des *Strafrechts oder Ordnungswidrigkeitenrechts* verstößt. Entscheidend ist dabei nicht die Strafbarkeit des Verhaltens, sondern die Frage, ob nach Auffassung der Behörde der jeweilige Tatbestand objektiv verwirklicht wurde.⁶⁸ In den hier dis-

⁶⁴ § 4 Abs. 1 Nr.1 GastG; § 13 Abs. 1 Nr. 2 PBefG.

⁶⁵ § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr.1 GastG; § 25 Abs. 1 PBefG.

⁶⁶ Ständige Rechtsprechung des BVerwG (Urteil v. 2. Februar 1982, BVerwGE 65, S. 1f.), die in der Literatur allgemeine Anerkennung gefunden hat.

⁶⁷ BVerwG v. 27. Juni 1961, GewA 1961, S. 166.

⁶⁸ Tettinger/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung – Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO Rn. 36.

kutierten Fällen kommt neben den Straftatbeständen der Volksverhetzung (§ 130 StGB) und der Beleidigung (§ 185 StGB) als Ordnungswidrigkeit die Belästigung der Allgemeinheit (§ 118 OWiG) in Betracht. Es wurde bereits in der ersten Fassung dieses Gutachtens gezeigt, dass lediglich die in der Praxis seltene offene und unmittelbare Diskriminierung, bei denen der Gewerbetreibende die Zurückweisung ausdrücklich mit der ethnischen Herkunft der Betroffenen begründet, den objektiven Tatbestand von Verbotsnormen des StGB bzw. OWiG erfüllt.⁶⁹ Das Strafrecht muss im Rechtsstaat das letzte Mittel des Rechtsgüterschutzes bleiben.⁷⁰

Es ist jedoch nicht das einzige Mittel: Unter den oben dargestellten Voraussetzungen verstoßen Diskriminierungen auch unterhalb der Schwelle des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts gegen die Vorschriften des AGG.

Ob Verstöße gegen das AGG die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden begründen können, ist – soweit ersichtlich – gerichtlich bisher nicht entschieden. Die gewerberechtliche Literatur steht einer Gewerbeuntersagung wegen Verletzung des AGG skeptisch gegenüber. Begründet wird dies in erster Linie mit dem Sanktionsapparat des AGG. Das Gesetz gehe davon aus, dass Verstöße gegen dort geregelte Pflichten durch zivil- und arbeitsrechtliche Ansprüche kompensiert werden sollen. Es bestehe also ein „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ zugunsten einer „Konfliktlösung“ auf dem Privatrechtsweg mit der Folge, dass nur bei beharrlicher und massiver Missachtung der Pflichten des AGG ausnahmsweise auf § 35 GewO zurückgegriffen werden dürfe.⁷¹

Diese Argumentation überzeugt nicht: Lindner selbst weist darauf hin, dass weder dem AGG noch der Gesetzesbegründung eine Aussage darüber zu entnehmen ist, ob neben den Sanktionen des AGG auch andere z.B. ordnungsrechtliche Vorschriften zur Anwendung kommen

⁶⁹ Ob bereits die bloße Abweisung des Besuchers einer Gaststätte ohne erkennbaren sachlichen Grund den Tatbestand der Beleidigung erfüllt, ist umstritten. Dafür: BayObLG, Urteil v. 7. März 1983, NJW 1983, S. 2040, 2041 – dagegen: NK-Zaczyk, Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, 2010, § 185 Rn. 10; Molkelein, GewArch 1989, S. 86, 91.

⁷⁰ Mager, ZAR 1992, S. 170, 172.

⁷¹ Lindner, GewArch 2008, S. 436, 437. Noch weiter geht Heß in Friauf, Kommentar zur Gewerbeordnung, Gewerberechtlicher Teil nebst Ausführungsverordnungen, April 2009, § 35 Rn. 78, der für eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO neben den Sanktionen des AGG überhaupt keinen Raum sieht.

können.⁷² Gleichwohl wird aus diesem „Schweigen“ des Gesetzes unter Rückgriff auf dessen (vermeintliche) Systematik die These vom Vorrang privatrechtlicher Sanktionen abgeleitet. Dagegen streitet zunächst das AGG selbst, das in § 2 Abs. 3 ausdrücklich regelt, dass die Geltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die dem Schutz bestimmter Personengruppen dienen, gerade nicht berührt wird. Der Gesetzgeber wollte damit klarstellen, dass das AGG lediglich der Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien dient und gerade keine vollständige und abschließende Regelung des Schutzes vor Benachteiligung darstellt.⁷³ Auch § 15 AGG, der mit den Ansprüchen auf Entschädigung und Schadensersatz die zentralen Sanktionen des AGG regelt, bestimmt in Absatz 5, dass Ansprüche, die sich aus anderen Rechtsvorschriften ergeben, unberührt bleiben. Gegen die These vom abschließenden Charakter der AGG-Sanktionen spricht schließlich auch die bereits erörterte Strafbarkeit bestimmter Formen diskriminierendes Verhaltens (z.B. als Beleidigung), die unabhängig von privatrechtlichen Ansprüchen und nicht nur „ausnahmsweise“ besteht.

Doch selbst wenn das AGG insoweit abschließend *wäre*, ließe sich die These vom „Regel-Ausnahme-Verhältnis“ der Sanktionen des AGG gegenüber der Gewerbeuntersagung nicht mit dem eigentlichen Zweck des Gewerberechts vereinbaren. Die Gewerbeordnung ist als besonderes Ordnungsrecht zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bestimmt.⁷⁴ Dementsprechend dient das Verdikt der Unzuverlässigkeit gerade *nicht* der Sanktionierung vergangenen Fehlverhaltens sondern der Beseitigung aktueller und zukünftig drohender Gefahren. Für die Feststellung der Unzuverlässigkeit bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten hat das BVerwG ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Grundlage insoweit nicht die Verurteilung ist, sondern das Handeln des Gewerbetreibenden, das der Sanktionierung zugrunde lag.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund ist es nicht verständlich, warum der Sanktionsapparat des AGG überhaupt für die Frage von Bedeutung sein soll, ob Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden begründen können. Die individualrechtlichen Ansprüche des AGG, die den Diskriminierenden zum Ersatz materieller und im-

⁷² Lindner, GewArch 2008, S. 436, 437. Den Gesetzesmaterialien lässt sich lediglich entnehmen, dass im AGG selbst auf „öffentlich-rechtliche Elemente, wie z.B. Bußgelder oder eine behördliche Aufsicht“ verzichtet wurde.

⁷³ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S. 32.

⁷⁴ Urteil des BVerwG v. 24. Juni 1976, Aktenzeichen: I C 56.74, GewArch 1976, S. 293.

⁷⁵ Urteil des BVerwG v. 9. Februar 1967, Aktenzeichen: I C 2/66, GewArch 1967, S. 166.

materieller Schäden verpflichtet, stehen damit unabhängig neben der Frage, ob diese Person weiterhin die erforderliche Zuverlässigkeit für den Betrieb eines Gewerbes besitzt.

Zu berücksichtigen bleibt jedoch, dass Verstöße gegen zivil- und arbeitsrechtliche Pflichten nicht ohne weiteres zur Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führen. Die Zuwiderhandlungen müssen zunächst einen spezifischen Bezug zum Betrieb des jeweiligen Gewerbes aufweisen, um eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit begründen zu können.⁷⁶ Soweit Gewerbetreibende Beschäftigte oder Kund/innen diskriminieren, ist ein solcher *Gewerbebezug* jedoch unproblematisch gegeben, erfolgen entsprechende Handlungen doch gerade in Ausübung des Gewerbes.⁷⁷

Schließlich müssten Verstöße gegen das AGG über die Verletzung privatrechtlicher Pflichten auch den Schluss auf die Verletzung anderer, der Allgemeinheit dienender Rechtsgüter zulassen.⁷⁸ Die Diskriminierungsverbote des AGG dienen der Verwirklichung gleicher Freiheit als Folge der Wertgleichheit der Menschen. Sie sind zugleich notwendige Einschränkung und Voraussetzung universalisierbarer (Vertrags-)Freiheit. Ein Verstoß gegen diese Verbote stellt mit der Wertgleichheit des Diskriminierten dessen in der Menschenwürde wurzelnden Anspruch auf gleiche Achtung in Frage. Ein/e Gewerbetreibende/r, der/die entgegen der §§ 7, 19 AGG Beschäftigte⁷⁹ oder Kund/innen ungerechtfertigt benachteiligt, verletzt damit nicht nur eine zivilrechtliche Verpflichtung, sondern auch ein zentrales Rechtsgut menschlicher Gemeinschaft, dessen Schutz auch das Gewerberecht verpflichtet ist.⁸⁰

An dieser Stelle sind die (inzwischen nicht mehr geltenden) Ausführungsvorschriften im Land Berlin zum Gaststättengesetz und zur Gaststättenverordnung vom 14. April 1994 zu erwähnen. Darin hieß es unter Ziffer 3.2.1:

[...] „Die Unzuverlässigkeit eines Gastwirts kann sich auch daraus ergeben, dass er seine Befugnis, nach den Regeln der Vertragsfreiheit Gästen den Besuch seiner Gaststätte zu untersagen, in der Weise missbraucht, dass er willkürlich Personen lediglich wegen ihrer Hautfarbe, Rasse, Herkunft oder Nationalität vom Besuch seiner Gaststätte ausschließt.“

⁷⁶ Leisner, GewA 2008, 225, 229.

⁷⁷ Anders wären Fälle zu beurteilen, in denen der/die Gewerbetreibende außerhalb seiner Tätigkeit, z.B. als private/r Vermieter/in gegen § 19 Abs. 2 AGG verstößt.

⁷⁸ Landmann/Rohmer-Marcks, Gewerbeordnung, Juni 2006, § 35 Rn. 62; Eifert, JuS 2004, 565, 570.

⁷⁹ Dass die GewO auch dem Schutz der Beschäftigten dient, stellt § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ausdrücklich klar.

⁸⁰ Rudolf/Mahlmann-Klose, Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007, Kapitel 6, Rn. 189.

Damit entsprach die Rechtsauffassung der Berliner Behörden schon vor Inkrafttreten des AGG dem hier gewonnenen Ergebnis. Wie Nachfragen bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft und Betriebe ergaben, hat sich durch das Außerkrafttreten dieser verwaltungsinternen Vorschrift am 30. April 2004 die Rechtsauffassung der Senatsverwaltung zu dieser Frage nicht geändert.⁸¹

IV. Unzuverlässigkeit als Prognoseentscheidung

An die Stichhaltigkeit der Prognoseentscheidung müssen wegen der weit reichenden Konsequenzen für das Berufsleben des/der Gewerbetreibenden und weil ihr/sein Interesse, ein Gewerbe zu betreiben, grundrechtlich geschützt ist, strenge Maßstäbe gestellt werden. Bloße Zweifel an der zukünftigen Zuverlässigkeit reichen nicht aus.⁸² Ebenso wenig muss ein späteres Fehlverhalten aber gewiss sein (wirklich gewiss kann etwas in der Zukunft Liegendes nie sein) oder unmittelbar bevorstehen.⁸³ Seit der Gewerberechtsnovelle von 1974 wird für eine Untersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO das Vorliegen einer sog. „abstrakten“ Gefahr gefordert; d.h. die Gefahr zukünftigen schädigenden Tuns muss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich sein.⁸⁴ Der Prognose liegen in der Regel keine empirischen Erkenntnisse, sondern Alltagsplausibilitäten zugrunde.⁸⁵ Dabei wird grundsätzlich von der Wiederholungswahrscheinlichkeit beobachteten Fehlverhaltens ausgegangen. Es gilt der rechtsstaatliche Grundsatz, dass die Wahrscheinlichkeit des Wiederholung umso geringer sein kann, je höher ein potentiell drohender Schaden wäre.⁸⁶

Daraus ergibt sich, dass sich die Unzuverlässigkeit sowohl aus einem gravierenden als auch aus vielen kleineren Verstößen, die für sich genommen zur Feststellung der Unzuverlässigkeit nicht ausreichen würden, ergeben kann.⁸⁷ Ausreichen dürfte es danach, wenn ein/e Gewerbe-

⁸¹ Nach Auskunft der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen erlässt das Land Berlin keine Ausführungs-/Verwaltungsvorschriften mehr, da davon ausgegangen wird, dass die in den einschlägigen juristischen Kommentaren veröffentlichten Mustervorschriften als Arbeits- und Entscheidungshilfe für die Mitarbeiter/innen der Gewerbeämter ausreichend sind.

⁸² Tettinger/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung – Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO, Rn. 30.

⁸³ Urteil des BVerwG v. 12. Juli 1973 (DVBl. 1973, S. 857, 859).

⁸⁴ Tettinger/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung – Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO, Rn. 30.

⁸⁵ Eifert, JuS 2004, S. 565, 568.

⁸⁶ Beschluss des VGH Mannheim v. 26. Juli 1993 (NVwZ-RR 1994, S. 20), Tettinger/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung – Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO, Rn. 30.

⁸⁷ Metzner, GastG, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 80.

treibende/r sich weigert, ein Schild zu entfernen, das die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.⁸⁸ Bei verdeckten diskriminierenden Zurückweisungen unter dem vorge-täuschten Hinweis fehlender Kapazitäten und bei mittelbaren Benachteiligungen wird man dagegen verlangen müssen, dass die einzelnen Vorfälle „gleichsam als Kette negativer Fak-ten“ eine erhebliche Ordnungsstörung darstellen. Dies gilt erst recht, wenn die/der Gewerbe-treibende das diskriminierende Verhalten trotz behördlicher Abmahnung fortsetzt.⁸⁹ Die Un-zuverlässigkeit erfordert zwar keine „subjektive Vorwerfbarkeit“ im Sinne strafrechtlicher Schuld, insbesondere für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr ist die innere Einstellung des Gewerbetreibenden jedoch von großer Bedeutung. So wird bei offen rassistischer Gesin-nung der/des Gewerbetreibenden eher mit weiteren Diskriminierungen zu rechnen sein als in Fällen, in denen sich die/der Gewerbetreibende der mittelbar benachteiligenden Wirkung ei-nes scheinbar neutralen Kriteriums nicht bewusst war oder sie/er auf das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes vertraut hat.⁹⁰

Ein/e Gewerbetreibende/r ist somit unzuverlässig, wenn die von der Behörde ermittelten Tat-sachen den Schluss zulassen, dass entweder wegen der Erheblichkeit oder der Häufigkeit des festgestellten Verhaltens und unter Berücksichtigung der inneren Einstellung der/des Gewer-betreibenden mit weiteren Diskriminierungen von Kund/innen wegen ihrer ethnischen Her-kunft zu rechnen ist.

V. Die Gewerbeuntersagung als „ultima ratio“

Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist schließlich nur dann zulässig, wenn sie „zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“. Angesichts der existenziellen Konsequenzen der Untersagung für die/den Gewerbetreibenden sowie seine Angestellten und Vertragspartner/innen muss sie als schwerwiegender Eingriff in Art. 12 GG „ultima ratio“, also letztes Mittel sein und setzt die Wirkungslosigkeit weniger einschneidender Maßnahmen wie z.B. Informationen über festgestellte Vorkommnisse, Kon-trollen, Abmahnungen, Auflagen oder eine Teiluntersagung voraus.⁹¹

⁸⁸ Lohse, NJW 1985, S. 1677, 1681.

⁸⁹ Rudolf/Mahlmann-Klose, Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007, Kapitel 6, Rn. 191.

⁹⁰ Rudolf/Mahlmann-Klose, Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007, Kapitel 6, Rn. 191.

⁹¹ Tettinger/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung - Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO, Rn. 114. Ein milde-res Mittel kann auch das Verbot der Weiterbeschäftigung einzelner diskriminierender Mitarbeiter/innen sein.

Stehen mildere Mittel nicht zur Verfügung oder haben sie sich als wirkungslos erwiesen, so ist die Behörde jedoch zur Untersagung verpflichtet, wenn sich der Gewerbetreibende als unzuverlässig erwiesen hat. Gleichwohl muss die Entscheidung dem rechtstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, d.h. sie darf nicht zu einem Nachteil führen, der zu dem angestrebten Erfolg außer Verhältnis steht. Eine solche Unverhältnismäßigkeit ist bei Bejahung der Erforderlichkeit jedoch nur in extremen Ausnahmefällen anzunehmen.⁹² Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gewerbeuntersagung wie im vorliegenden Fall dem Schutz grundlegender Gemeinwohlinteressen dient.

Entsprechendes gilt für den Widerruf bzw. die Rücknahme einer Erlaubnis. Auch hier folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass Eingriffe in die Gewerbefreiheit unzulässig sind, wenn ein weniger schwerwiegendes Mittel voraussichtlich bewirkt, dass das Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß ausgeübt wird.⁹³ So wird einem Wirt, der seine Gaststätte mit einem der bereits erwähnten Schilder volksverhetzenden Inhalts versehen hat, die Erlaubnis erst nach vergeblicher Abmahnung entzogen werden können.⁹⁴

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass unmittelbare und mittelbare Diskriminierungen von Kund/innen oder Beschäftigten aufgrund ihrer ethnischen Herkunft durch Gewerbetreibende die Unzuverlässigkeit der/des Gewerbetreibenden begründen können. Dies setzt voraus, dass aufgrund der von der Behörde ermittelten Tatsachen auch in Zukunft mit einem entsprechenden Fehlverhalten zu rechnen ist. Eine Schließung des Gewerbebetriebes kommt jedoch auch dann nur in Betracht, wenn mildere Mittel sich als unzureichend erwiesen haben.

VI. Das Verfahren der Gewerbeuntersagung

Zuständig für die Gewerbeuntersagung und Vorfeldmaßnahmen wie Abmahnungen oder die Erteilung von Auflagen sind in Berlin die Gewerbeaufsichtsbehörden bei den Bezirksamtern.⁹⁵

Zur Ermittlung des Sachverhalts ist die Behörde von Amts wegen verpflichtet, sobald sie Kenntnis von Umständen erlangt, die die Unzuverlässigkeit begründen können. Erlangt also

⁹² Beschluss des BVerwG v. 19. Januar 1994 (GewArch 1995, S. 115, 116).

⁹³ Metzner, GastG, 6. Aufl. 2002, § 15 GastG Rn. 50.

⁹⁴ Kühner, NJW 1986, S. 1397, 1400.

⁹⁵ Nr. 21 des ZustKatOrd.

eine Person oder ein Verband Kenntnis von diskriminierendem Verhalten einer/eines Gewerbetreibenden, sollte er/sie dies der Gewerbeaufsichtsbehörde melden.

Die Gewerbeaufsichtsbehörde darf bei dieser Gelegenheit nicht nach dem Aufenthaltsstatus der Person fragen, welche den diskriminierenden Vorfall meldet, oder Informationen über den Aufenthaltsstatus an die Ausländerbehörde weiter leiten.⁹⁶

Diese Meldung ist kein Antrag auf Gewerbeuntersagung (einen solchen gibt es nicht), sondern lediglich eine Anregung der Behörde, den Wahrheitsgehalt der Aussage, die Häufigkeit der Vorkommnisse etc. zu ermitteln. Hierfür wird sie dem/der Gewerbetreibenden Gelegenheit zur Äußerung geben, eventuell wird sie auch (verdeckt oder offen) ermitteln, z.B. mit Mitarbeiter/innen und Kund/innen sprechen oder ein Testing durchführen (hierzu siehe unten). Welche Maßnahmen die Behörde im Einzelfall ergreift, steht in ihrem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessen.

Stellt die Behörde die Unzuverlässigkeit fest, wird sie den/die Gewerbetreibenden abmahnen (also eine „Warnung“ vor einer Untersagung des Gewerbes aussprechen) oder eine Auflage erlassen mit dem Inhalt, dass das Verhalten zu unterlassen ist. Treten in dieser Phase erneut Vorfälle von Diskriminierung durch den/die Gewerbetreibenden auf, sollten auch diese der Gewerbeaufsichtsbehörde gemeldet werden.

Entschließt sich die Behörde letztendlich mangels Wirksamkeit anderer Maßnahmen dazu, das Gewerbe zu untersagen, ist damit zu rechnen, dass die/der Gewerbetreibende dagegen Widerspruch einlegen bzw. die Gewerbeuntersagung später vor Gericht anfechten wird. Diese Klage vor dem Verwaltungsgericht richtet sich gegen die Behörde, die die Gründe für die Untersagung, also die Unzuverlässigkeit wegen der Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG, nachweisen muss. Nicht anwendbar ist in einem solchen Verfahren die Beweislastleichterung des § 22 AGG, wonach die diskriminierte Person lediglich Indizien beweisen muss. Zwar ist die Vorschrift richtlinienkonform auch auf Ansprüche außerhalb des AGG anwendbar, doch ist dabei zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 8 Abs. 5 RL 2000/43/EG davon absehen, die Beweislastleichterung auf Verfahren anzuwenden, in denen dem Gericht oder der zuständigen Stelle die Ermittlung des Sachverhalts obliegt. Die-

⁹⁶ Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, 1. Auflage 2008, Rn. 929ff..

ser sog. Untersuchungsgrundsatz gilt nach § 24 Abs. 1 VwVfG und § 86 Abs. 1 VwGO sowohl im Verwaltungsverfahren als auch im Verwaltungsprozess.⁹⁷

Ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch darauf, dass die Behörde Ermittlung aufnimmt und nach deren Abschluss ggf. eine Gewerbeuntersagung ausspricht, besteht nur dann, wenn es sich bei der diskriminierten Person um eine/n Beschäftigten des Gewerbes handelt.⁹⁸ Nur insoweit ist § 35 GewO eine Norm mit drittschützendem Charakter, d.h. eine Norm, die nicht nur Interessen der Allgemeinheit, sondern (auch) Interessen Einzelner schützt. Auch für eine solche Klage der/des diskriminierten Beschäftigten wegen der Untätigkeit der Gewerbeaufsichtsbehörde gelten jedoch die normalen, nicht nach § 22 AGG erleichterten Beweisregeln.

VII. Der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel

In der konkreten Situation einer Diskriminierung, insbesondere beim Besuch einer Gaststätte, kann es auch sinnvoll sein, die Polizei zu rufen. Diese kann schnell vor Ort sein, anders als die Gewerbeaufsichtsbehörde. Sie ist ermächtigt, Maßnahmen gegen Rechtsverstöße, z.B. einen Verstoß gegen das AGG, einzuleiten und durchzusetzen. Dies kann den Betroffenen in der konkreten Auseinandersetzung den Rücken stärken, indem die Polizei z.B. darüber aufklärt, dass eine diskriminierende Ausübung des Hausrechts unzulässig ist. Darüber hinaus wird die Polizei den Vorfall aktenkundig machen und die Gewerbeaufsicht informieren, die dann, wie oben dargestellt, Ermittlungen aufnehmen kann. Die Polizei ist aufgrund der polizeilichen Generalklausel (§ 17 Abs. 1 ASOG Berlin) ermächtigt, Maßnahmen gegen die Diskriminierung zu ergreifen, solange sie nicht einer Gewerbeuntersagung gleichkommen (hierfür ist allein die Gewerbeaufsichtsbehörde zuständig).⁹⁹

In einer förmlichen Nachricht des Berliner Polizeipräsidenten an alle Dienststellen wird klargestellt, dass Verstöße gegen das AGG neben zivilrechtlichen auch hoheitliche, insbesondere polizeiliche Handlungspflichten

⁹⁷ Anwendbar ist § 22 AGG dagegen über § 24 AGG auf Klagen, die Benachteiligungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse zum Gegenstand haben (z.B. die Klage eines/r Beamten/in gegen ihren Dienstherrn). MüKo-*Thüsing*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 5. Zu § 24: Däubler/Bertzbach-*Mahlmann*, Handkommentar zum AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 77.

⁹⁸ Tettinger/Wank-*Tettinger*, Gewerbeordnung Kommentar, 7. Aufl. 2004, § 35 Rn. 126ff., 112. Anders als im AGG, gilt als Beschäftigte/r i.S.d. Gewerberechts jedoch nur, wer schon bzw. noch im Betrieb beschäftigt ist, nicht aber z.B. ein/e Bewerber/in.

⁹⁹ Rudolf/Mahlmann-*Klose*, Gleichbehandlungsrecht – Handbuch, 2007, Kapitel 6, Rn. 193.

auslösen.¹⁰⁰ Eine Zuständigkeit der Polizei sei sowohl nach § 1 Abs. 1 (Gefahr für die öffentliche Sicherheit) als auch nach § 1 Abs. 4 ASOG Berlin (Schutz ziviler Rechte der Betroffenen) gegeben. Auch wenn im konkreten Fall kein Anfangsverdacht einer Straftat angenommen werde, sei in jedem Fall ein Tätigkeitsbericht zu fertigen, der Hergang, Örtlichkeit und die zurückweisende Person beweissicher feststellt.¹⁰¹ Es kann in der Praxis sinnvoll sein, Polizeibeamt/innen, die unsicher über die Grenzen der zulässigen Ausübung des Hausrechts durch den/die Gewerbetreibenden und den Umgang mit Diskriminierungen sind, auf diese Einschätzung des Polizeipräsidenten hinzuweisen.

VIII. Zwischenergebnis

Diskriminierendes Verhalten durch Gewerbetreibende, sei es gegenüber Beschäftigten oder Kund/innen, verstößt in vielen Fällen gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, zum Teil darüber hinaus auch gegen das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht. Bei schweren oder wiederkehrenden Verstößen kann sich hieraus die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit des/der Gewerbetreibenden ergeben, welche eine Gewerbeuntersagung nach sich ziehen kann.

¹⁰⁰ Die förmliche Nachricht des Polizeipräsidenten ist auf Initiative des ADNB des TBB entstanden, nachdem sich Beschwerden über die Polizei gehäuft hatten, weil Anzeigen u.a. gegen Diskothekenbetreiber/innen mit dem Hinweis auf deren Hausrecht nicht aufgenommen wurden. Die förmliche Nachricht liegt den Verf. vor und wird auf Nachfrage vom ADNB des TBB zur Verfügung gestellt.

¹⁰¹ Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass auch unbegründete Zurückweisungen den Tatbestand der Beleidigung (§ 185 StGB) erfüllen können (vgl. dazu Fn.68). Die Notwendigkeit der Anfertigung eines Tätigkeitsberichts wird u.a. damit begründet, dass rassistische Diskriminierungen z.B. eine Gewerbeuntersagung nach sich ziehen können.

D. Diskussion der Möglichkeiten und rechtlichen Grenzen sog. „Testingverfahren“

Bei Testingverfahren werden Vergleichspersonen (als Testpersonen bzw. Testbewerber/innen) eingesetzt, um zu überprüfen, ob ein Verhalten gegenüber einer Person, die eine bestimmte Eigenschaft aufweist, gleichermaßen auch gegenüber der Vergleichsperson, bei der dies nicht der Fall ist, erfolgt. Auf diese Weise kann nicht nur das Ausmaß von Diskriminierungen wissenschaftlich gemessen werden. Im konkreten Diskriminierungsfall kommen Testingverfahren darüber hinaus auch als gerichtliche Beweismittel in Betracht.

Dabei sollen zwei unterschiedliche Formen des Testings unterschieden werden: Während beim *initiativen* Testing beide (oder mehrere) Personen z.B. an einem Auswahlverfahren teilnehmen, erfolgt das *reaktive* Testing im Anschluss an ein vorausgegangenes Verhalten und dient der Überprüfung der Angaben der Person, von der vermutet wird, dass sie diskriminiert hat (z.B. ob die Stelle tatsächlich schon besetzt, die Wohnung tatsächlich schon vergeben ist). Als geeignete Einsatzgebiete gelten neben Bewerbungen auf dem Arbeitsmarkt die Wohnungssuche und der Besuch von Gaststätten und Diskotheken.¹⁰²

I. Testingverfahren: Entwicklung in den USA

Bereits in den 1960er Jahren kamen Testingverfahren auf dem US-amerikanischen Wohnungsmarkt zur Durchsetzung des Verbots rassistischer Diskriminierungen zum Einsatz.¹⁰³ Es handelte sich dabei zunächst um reaktive Testings: Berichte über Diskriminierungen wurden überprüft, indem eine (abgesehen von der Hautfarbe) vergleichbare „weiße“ Person sich um die (angeblich schon vergebene) Wohnung bzw. das Haus bewarb. Wurde der Testperson das Objekt angeboten, bewerteten die Gerichte dies als Beweis für eine Diskriminierung. Die in den folgenden Jahren von spezialisierten privaten und öffentlichen Antidiskriminierungsbüros (fair housing agencies) gesammelten Erfahrungen wurden in den 70er Jahren in ersten Handbüchern veröffentlicht. Zur gleichen Zeit wurden Testingverfahren sowohl in den USA als auch in Großbritannien verstärkt auch zu wissenschaftlichen Zwecken eingesetzt. Das sog. „paired ethnic testing“ bezeichnet dabei ein initiatives Verfahren: Zwei Personen, die sich im Wesentlichen nur durch ihre ethnische Herkunft oder ihre Hautfarbe unterscheiden und vorab im Hinblick auf ihr Frage- und Antwortverhalten geschult wurden, geben vor, eine Wohnung

¹⁰² Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Auflage 2008, § 22 Rn. 55.

¹⁰³ Sog. „fair housing tests“, vgl. Rorive, Proving Discrimination Cases: the Role of Situation Testing, 2009, S. 43. (http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theRoleofSituationTesting_EN_03.09.pdf) [29.12.2009].

oder ein Haus anmieten oder kaufen zu wollen. Nach dem Termin mit dem/der Vermieter/in bzw. Makler/in wird der Verlauf des Gesprächs (Art der Behandlung, angebotene Wohnungen etc.) in einem Protokoll dokumentiert. Die Ergebnisse dieser häufig von staatlicher Seite finanzierten Untersuchungen führten mitunter zu Ergänzungen der Antidiskriminierungsgesetzgebung.¹⁰⁴ In den 90er Jahren kamen Testingverfahren dann auch auf dem Arbeitsmarkt, bei Restaurants und Taxiunternehmen zum Einsatz.¹⁰⁵

II. Beweislastregeln (§ 22 AGG) und verdeckte Diskriminierung

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass Diskriminierungen selten offen stattfinden. Dies hat seinen Grund nicht nur darin, dass Verstöße aus Sorge vor Sanktionen in der Praxis zunehmend verheimlicht werden, sondern ist auch darauf zurückzuführen, dass Diskriminierungen häufig auf Vorurteilen und Stereotypen beruhen, derer sich der Handelnde gar nicht bewusst ist. Wenn die betroffene Person die Diskriminierung in diesen Fällen überhaupt als solche wahrnimmt, wird es ihr doch kaum gelingen, Tatsachen wie z.B. die Behandlung anderer Bewerber/innen für einen Arbeitsplatz oder eine Wohnung oder gar die Motivation des Diskriminierenden vor Gericht nachzuweisen.

Nach Art. 8 der Antirassismus-Richtlinie haben die Mitgliedstaaten daher zu gewährleisten, dass immer dann, wenn Personen, die der Auffassung sind, diskriminiert worden zu sein, und Tatsachen glaubhaft machen, die das Vorliegen einer Diskriminierung vermuten lassen, es dem Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorgelegen hat. Dies entspricht dem Grundsatz des deutschen Prozessrechts, wonach die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast danach zu bestimmen sind, in wessen Einflussbereich sich bestimmte Vorgänge ereignet haben.¹⁰⁶

Die Gesetzesbegründung des AGG stellt klar,¹⁰⁷ dass neben Ergebnissen von Statistiken auch Testingverfahren als Indizien für Diskriminierungen in Betracht kommen.

¹⁰⁴ *Yinger*, Testing for Discrimination in Housing and Related Markets in: Fix / Turner (ed.): A National Card on Discrimination in America: The Role of Testing (http://www.urban.org/UploadedPDF/report_card.pdf) [29.12.2009], S. 28.

¹⁰⁵ *Rorive*, Proving Discrimination Cases: the Role of Situation Testing, 2009, S. 44f.. (http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theoleofSituationTesting_EN_03.09.pdf) [29.12.2009].

¹⁰⁶ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S. 47.

¹⁰⁷ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S. 47.

III. Methodische Überlegungen

Aus der Perspektive der empirischen Sozialforschung handelt es sich bei *initiativen* Testingverfahren um sog. Feldexperimente, d.h. experimentelle Untersuchungen in natürlicher Umgebung.¹⁰⁸ Es geht darum, ein beobachtbares Verhalten (z.B. die Wirkung eines Medikaments oder eine Ungleichbehandlung) auf eine bestimmte Variable (z.B. das Medikament bzw. die Hautfarbe) zurückzuführen. Dafür werden beim klassischen Experiment zwei Gruppen gebildet (Versuchs- und Kontrollgruppe). Während die Versuchsgruppe das Medikament erhält, wird der Kontrollgruppe ein Placebo verabreicht. Für experimentelle Untersuchungsdesigns gilt die Forderung „ceteris paribus“ („wobei die übrigen Dinge gleich sind“). Damit ist gemeint, dass sich die Versuchs- und die Kontrollgruppe möglichst nur im Hinblick auf die untersuchte Variable unterscheiden sollten. Dies wird – niemals vollständig – dadurch erreicht, dass die Versuchspersonen den beiden Gruppen per Zufallsverfahren zugewiesen werden.¹⁰⁹ Übertragen auf Testingverfahren bedeutet das, dass man umso eher davon ausgehen kann, dass die Ungleichbehandlung gerade auf die zu überprüfende Eigenschaft (z.B. die Hautfarbe) zurückzuführen ist, je ähnlicher sich die beiden Untersuchungspersonen im Übrigen sind.¹¹⁰

Verschiedene Testingvarianten sind denkbar: In Anlehnung an wissenschaftliche Testingverfahren können Versuchs- und Kontrollperson fiktiv sein bzw. ihr Interesse an der Stelle, Wohnung etc. nur vorgeben. Daneben sind aber auch Fälle denkbar, bei denen ein Testing begleitend zu einer „realen“ Bewerbung durchgeführt wird. Die Versuchsperson hofft hier tatsächlich auf eine Zusage und nur die Bewerbung der Kontrollperson ist fingiert.

Zum Nachweis intersektionaler Diskriminierungen muss das Untersuchungsdesign entsprechend erweitert werden. Soll z.B. überprüft werden, ob insbesondere Bewerberinnen mit türkischem Hintergrund von Diskriminierungen betroffen sind, müssen zwei Variablen variiert werden, so dass für jeden Test vier Untersuchungspersonen erforderlich sind.¹¹¹

Diese methodischen Anforderungen gelten auch für *reaktive* Testingverfahren. Hier geht es darum zu überprüfen, ob die Angaben des/der Gewerbetreibenden, die nach Ansicht der Tes-

¹⁰⁸ Diekmann, Empirische Sozialforschung, 18. Auflage 2007, S. 630.

¹⁰⁹ Diekmann, Empirische Sozialforschung, 18. Auflage 2007, S. 337ff..

¹¹⁰ Rorive, Der Situationstest in Europa: Mythen und Wirklichkeit, S. 35, 40, European Anti-Discrimination Law Review No. 3 (2006).

¹¹¹ Jeweils eine männliche Person und eine weibliche Person mit und ohne türkischen Hintergrund.

tenden eine Diskriminierung verdecken sollen, zutreffend sind. Wird einem dunkelhäutigen Gast der Zugang zu einer Diskothek mit dem Hinweis darauf verweigert, es handle sich um eine geschlossene Gesellschaft, der testenden Person aber ohne weiteres gestattet, ist zwar bereits der Nachweis erbracht, dass der/die Türsteher/in gelogen hat. Ob die Lüge aber dazu diene, eine rassistische Diskriminierung zu verschleiern oder ob z.B. Alter, Geschlecht oder nur die Kleidung ausschlaggebend für die Abweisung waren, kann nur bei größtmöglicher Übereinstimmung der beiden Personen überprüft werden.¹¹²

1. Schriftliche Testingverfahren

Zur Ermittlung rassistischer Diskriminierungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt, d.h. insbesondere bei Bewerbungen, eignen sich schriftliche Testingverfahren. Zu Durchführung eines initiativen Testings wird dabei ein fiktives Paar von Bewerbungsschreiben erstellt. Im Hinblick auf die zu untersuchende Variable „Rasse“ und ethnische Herkunft unterscheiden sich die Bewerbungen durch den Namen der Person. Während die Versuchsperson einen „türkisch“ klingenden Namen erhält, wird für die Kontrollperson ein typisch „deutscher“ Name gewählt. Während die Bewerbungen im Übrigen weitgehend identisch sein sollen (etwa im Hinblick auf Geschlecht, Alter, (deutsche) Staatsangehörigkeit, Ausbildung, Berufserfahrung),¹¹³ können kleinere Variationen vermeiden, dass die Rezipient/innen Verdacht schöpfen. In einigen Forschungsprojekten wird den Bewerbungsschreiben darüber hinaus ein „passendes“ Foto der Bewerber/innen beigelegt. Dafür spricht, dass dies auf dem deutschen Arbeitsmarkt noch immer üblich ist, und anderenfalls die Ablehnung beider Bewerber/innen droht. Andererseits tritt mit dem (als mehr oder weniger attraktiv empfundenem Foto) eine weitere „Drittvariable“ hinzu, die die Aussagekraft des Testingverfahrens schmälert. Die Bewerbungen sollten zwar nicht am gleichen Tag abgesendet werden; eine zeitnahe Versendung ist jedoch geboten, da eine unterschiedliche Behandlung anderenfalls auf den zeitlichen Abstand zurückzuführen sein kann.¹¹⁴ Sowohl die Versendung der Bewerbungen als auch das Antwortverhalten der Arbeitgeber/innen (innerhalb einer festgesetzten Frist) sollten genau doku-

¹¹² Entsprechendes gilt für die angeblich bereits vergebene bzw. sehr teure Wohnung, die auf Nachfrage der Testperson hin doch noch frei ist bzw. günstiger angeboten wird.

¹¹³ Ausbildung und Berufserfahrung sollten eine hohe (gleichwohl für die angebotene Stelle realistische) Qualifikation signalisieren, um zu vermeiden, dass beide Bewerbungen abgelehnt werden.

¹¹⁴ Die Aufmachung der Bewerbung muss dem vorgetäuschten „privaten“ Hintergrund entsprechen (also z.B. keine Frankiermaschine benutzen). Für die Antworten müssen zwei „echte“ Privatadressen gefunden werden.

mentiert werden. Erhält der/die vermeintlich deutsche Bewerber/in eine Einladung zum Vorstellungsgespräch, der/die „türkische“ aber eine Ablehnung, weist das Testergebnis auf eine Diskriminierung hin.

Auch beim Online-Testing kann mit fiktiven Identitäten gearbeitet werden, die lediglich mit E-Mail-Adressen und Telefonnummern¹¹⁵ ausgestattet werden müssen. Für die Anfragen per E-Mail gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Gerade im Bereich des Wohnungsmarkts, für den sich Online-Tests empfehlen, ist darauf zu achten, dass der Zeitraum zwischen beiden Anfragen möglichst gering bleibt, da anderenfalls mit einer zwischenzeitlichen Vergabe der Wohnung zu rechnen ist. Um diesen Effekt zu kontrollieren, sollte die erste Anfrage abwechselnd mal von der einen, mal von der anderen Testperson gestellt werden.¹¹⁶

Deutlich sollte schließlich geworden sein, dass auf diesem Weg Diskriminierungen nur in der ersten Phase der Bewerbung ermittelt werden können. Um Aussagen über Diskriminierungen im späteren Bewerbungsgespräch bzw. Besichtigungstermin machen zu können, muss das Testingverfahren entsprechend erweitert werden.

2. Telefonische Testingverfahren

Telefonische Testingverfahren sind in Deutschland bisher vor allem zum Nachweis von Diskriminierungen beim Zugang zu Wohnraum, d.h. bei Ungleichbehandlungen auf dem Wohnungsmarkt zum Einsatz gekommen.¹¹⁷

Anders als beim schriftlichen und Online-Testing kommt es hier zu einem direkten Kontakt zwischen „Interessent/innen“ und Anbieter/in. Die damit verbundene Möglichkeit zu Rückfragen erfordert es, die Testpersonen nicht nur mit einem Namen, einer Telefonnummer und einer „Legende“ (etwa in Bezug auf Familienstand, berufliche Situation, Grund des Umzugs) auszustatten, sondern sie auch auf ihre Rolle vorzubereiten. Dabei sollte der Gesprächsverlauf und insbesondere Reaktionen auf Nachfragen so weit wie möglich abgestimmt und standardi-

¹¹⁵ Anrufe können auf einen Anrufbeantworter umgeleitet werden.

¹¹⁶ Planerladen (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines „Paired Ethnic Testing“ bei Internet-Immobilien-Börsen, 2007.

¹¹⁷ Planerladen e.V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines telefonischen „Paired Ethnic Testing“ bei regionalen Immobilienanzeigen, 2009. *Kilic*, Diskriminierung von Migranten bei der Wohnungssuche – Eine Untersuchung in Berlin, Diplomarbeit an der Humboldt-Universität zu Berlin, Institut für Sozialwissenschaften, Fachbereich Stadt- und Regionalsoziologie, Betreuer: Prof. Dr. rer. pol. Hartmut Häußermann.

siert werden. Nach Möglichkeit sollte bei der Auswahl der Testpersonen auf eine gewisse Übereinstimmung mit der gespielten Identität (z.B. einen türkischen Akzent) geachtet werden. Relevantes Ergebnis des Telefonats ist es, ob der Testpersonen angeboten wird, die Wohnung zu besichtigen. Soll dieser Termin nicht im Rahmen eines weiteren Face-to-face-Tests wahrgenommen werden, ist darauf zu achten, dass letztlich keine Besichtigung vereinbart wird, um die Ressourcen der Vermieter/innen nicht unnötig in Anspruch zu nehmen.

Aufwändiger ist hier auch die Dokumentation des Verfahrens. So sollten der Verlauf der Gespräche im Anschluss an das Telefonat so genau wie möglich protokolliert werden. Die Auswertung der Protokolle sollte nicht durch die Testpersonen selbst sondern durch Dritte erfolgen. Dabei muss deutlich werden, welche Anbieter/innen wann von wem mit welcher Reaktion kontaktiert wurden. Als Beweismittel vor Gericht kommen dann neben den Protokollen und Auswertungen als Urkunden auch die Aussagen der Testpersonen als Zeug/innen in Betracht.

3. Face-to-face Testing

Nicht nur bei Bewerbungsgesprächen oder Wohnungsbesichtigungen sondern auch beim Besuch von Diskotheken¹¹⁸ oder Fitnessstudios können Face-to-face-Testings zum Einsatz kommen. Abhängig von den Besonderheiten des „Einsatzgebiets“ erfolgt die Auswahl der Testpersonen.¹¹⁹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die betreffenden Personen zwar in dem zu testenden Merkmal unterscheiden, in allen anderen äußerlichen Eigenschaften (insb. Alter und Geschlecht) aber möglichst ähneln. Die Testpersonen sollten ein mehrstündiges Training durchlaufen, in dem sie nicht nur mit dem Ablauf und den Erfordernissen des Testings sowie ihrer fiktiven Biografie und weiteren Eigenschaften sondern auch mit den notwendigen Hintergrundinformationen über die anvisierte Stelle, Wohnung oder Bar vertraut gemacht werden. Soweit wie möglich sollten Reaktionen auch hier im Vorfeld abgestimmt werden. Das Bewerbungsgespräch oder der Besichtigungstermin kann im Rahmen der Vorbereitung realitätsnah durchgespielt werden und auf Video aufgezeichnet werden. Wie beim telefonischen Testing kommt es auch hier entscheidend darauf an, dass die Testpersonen kei-

¹¹⁸ ADNB des TBB (Hrsg.) Antidiskriminierungsreport Berlin 2006-2008 (http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/ADNB-Antidiskriminierungsreport_2006-2008.pdf) [29.12.2009], S. 32ff..

¹¹⁹ Idealerweise handelt es sich bei den Testpersonen um unbeteiligte Schauspieler/innen. Personen aus dem Umfeld des (potentiell) Diskriminierten müssen dagegen mit dem Vorwurf der Parteilichkeit rechnen, was sich negativ auf ihre Glaubwürdigkeit im späteren Verfahren auswirken kann.

nen Anlass dafür geben, die unterschiedliche Behandlung später z.B. mit unfreundlichem oder provozierendem Verhalten zu begründen.

Gerade in Situationen, in denen die Anwesenheit von Zeugen ausgeschlossen ist, ist die zeitnahe Protokollierung der Geschehnisse von besonderer Bedeutung, die im Anschluss an ein Gespräch mit den Organisator/innen des Testing ergänzt werden kann. Für die Auswertung gilt das oben Gesagte. Wo die unterschiedliche Behandlung wie bei Bewerbungen nicht während des Gesprächs erfolgt, ist sicherzustellen, dass schriftliche oder telefonische Zu- oder Absagen die Testpersonen innerhalb eines vorher festgelegten Zeitraums erreichen können. Hierfür sind wiederum Telefonanschlüsse oder Privatadressen vorzuhalten.

IV. Rechtliche Grenzen von Testingverfahren

1. **Testings durch Private**

Auch vor Inkrafttreten des AGG waren „Tests“ dem deutschen Recht nicht fremd. Der Rechtsprechung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb kann entnommen werden, dass Testkäufe durch Privatpersonen grundsätzlich zulässig sind, vorausgesetzt, dass sich die Testkäufer/innen wie „normale“ Kund/innen verhalten. Bei fiktiven Bewerbungen stellen sich darüber hinaus straf- (z.B. nach dem Vorliegen eines Anstellungsbetruges oder einer Urkundenfälschung) aber auch diskriminierungsrechtliche Fragen (dazu unter V.).

Ein Anstellungsbetrag, der nach § 263 StGB strafbar ist, kann erst bei Abschluss eines Arbeitsvertrags vorliegen. Da es dazu im Rahmen eines Testingverfahrens nicht kommen wird, besteht keine Gefahr, dass die Testpersonen bzw. die den Test konzipierenden Personen sich wegen Betrugs strafbar machen.¹²⁰ Doch selbst beim Zustandekommen eines Arbeitsvertrages würde es an der erforderlichen Absicht fehlen, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

¹²⁰ Auch der (aus Sicht der Arbeitgeber/innen bei Scheinbewerbungen nutzlose) Verlust von Arbeitszeit begründet keinen Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB und somit auch keine Strafbarkeit wegen Betrugs. Die Arbeitskraft gilt nämlich nur dann als Bestandteil des „Vermögens“, wenn sie unter solchen Umständen eingesetzt wird, die im Geschäftsleben üblicherweise eine Gegenleistung, d.h. in der Regel eine Bezahlung, bedingen (Schönke/Schröder-Cramer/Perron, Strafgesetzbuch – Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 263 Rn. 96). Dies ist bei der Durchsicht und Auswahl von Bewerbungsunterlagen jedoch nicht der Fall.

Auf dem deutschen Arbeitsmarkt haben Bewerbungen ohne Schulzeugnisse und Nachweis der Berufsqualifikation wenig Aussicht auf Erfolg.¹²¹ Werden aber neben einem Anschreiben und einem erdachten Lebenslauf Urkunden fingiert, ist zu beachten, dass bereits die Herstellung einer unechten Urkunde nach § 267 StGB strafbar ist. Eine Urkunde ist eine verkörperte Erklärung, die ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt ist, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen und die ihren Aussteller erkennen lässt.¹²² Ein Zeugnis oder ein Einkommensnachweis erfüllen diese Voraussetzungen, so dass deren Herstellung strafbar ist, selbst wenn später nur die Kopie dieser „Urkunde“ Verwendung finden soll.¹²³ Eine Kopie oder eine Collage ist selbst jedoch keine Urkunde. Nicht nach § 267 StGB strafbar ist daher, wer eine Fotokopie von einer echten Urkunde herstellt, an dieser Fotokopie etwas verändert und dann wiederum eine Fotokopie fertigt, damit die Manipulation nicht auffällt, sofern die Fotokopie dann erkennbar als Fotokopie und nicht als vermeintliche Originalurkunde verwendet wird.¹²⁴ Ebenso wenig stellt eine Urkunde her, wer eine Collage herstellt (d.h. mehrere Vorlagen zusammen klebt oder sie lose übereinander legt), dann kopiert und diese Kopie als Kopie einer vermeintlich vorliegenden Urkunde verwendet.¹²⁵ Dies sollte bei der Durchführung schriftlicher Testingverfahren beachtet werden.

Unecht ist eine Urkunde nur, wenn sie über die Identität der/des Ausstellenden, d.h. der Person, die als geistiger Urheber für den Inhalt einsteht, täuscht.¹²⁶ Deshalb darf bei einem fiktiven Lebenslauf zwar über den Inhalt des Lebenslaufs (z.B. Geburtsort, Schulabschluss etc.), nicht aber über dessen Urheber/in getäuscht werden – es bedarf also einer realen Person als Aussteller/in.

¹²¹ *Kaas/Manger*, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, S. 5. (<http://ftp.iza.org/dp4741.pdf>) [29.12.2009].

¹²² *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*, Strafgesetzbuch – Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 2 m.w.N..

¹²³ BayOLG NJW 1991, S. 2163.

¹²⁴ *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*, Strafgesetzbuch – Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 42a; BGH Beschluss v. 26. Februar 2003, Aktenzeichen. 2 StR 411/02, wistra 2003, S. 231. Bewerbungen werden Urkunden regelmäßig nur in Kopie und nicht im Original beigelegt.

¹²⁵ *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*, Strafgesetzbuch – Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 42a m.w.N..

¹²⁶ *Schönke/Schröder-Cramer/Heine*, Strafgesetzbuch – Kommentar, 27. Aufl. 2006, § 267 Rn. 16, 48.

2. Testings durch staatliche Stellen

Auch im Bereich der Gewerbeüberwachung wird seit vielen Jahren über die Zulässigkeit von „Testkäufen“ diskutiert. Dabei zeigt sich, dass gerade der Einsatz von hoheitlichen „Tester/innen“ besonderen rechtsstaatlichen Anforderungen unterliegt.

a. Ermächtigungsgrundlage zur Durchführung von Testings

Greift eine Behörde in die Grundrechte des/der Bürger/in ein, ist dafür eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich. In Betracht käme ein Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung der/des Gewerbetreibenden¹²⁷, da bei einem Testing Daten erhoben werden.¹²⁸ § 11 Abs. 1 S. 1 GewO ermächtigt die Gewerbeaufsichtsbehörden, personenbezogene Daten zu erheben, soweit diese zur Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden erforderlich sind. Nach § 11 Abs. 2 S. 1 GewO sind diese Daten primär „beim Betroffenen“ zu erheben. Dieser datenschutzrechtliche Grundsatz der „Direkterhebung“ verlangt nicht nur, dass die Daten direkt bei der betroffenen Person erhoben werden, sondern auch, dass die betroffene Person daran mitwirkt, um von dem Erhebungsvorgang Kenntnis zu erlangen.¹²⁹ An dieser notwendigen Mitwirkung fehlt es jedoch, wenn Daten wie bei einem Testingverfahren heimlich erhoben werden.¹³⁰

Die Zulässigkeit einer Datenerhebung „ohne Mitwirkung“ der/des Betroffenen regelt § 11 Abs. 2 S. 2 GewO.¹³¹ Die Vorschrift erfasst nicht nur die Datenerhebung bei einer anderen Person oder Stelle, sondern auch den Fall, dass die Daten zwar bei der betroffenen Person erhoben werden, diese die Datenerhebung aber gerade nicht bemerken soll, um den Zweck der Datenerhebung nicht zu vereiteln.¹³² Dies hat zur Folge, dass § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GewO

¹²⁷ Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, vgl. BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, BVerfGE 65, S. 1.

¹²⁸ Nach § 4 DSGVO Bln ist unter dem Erheben von Daten die Beschaffung von Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person zu verstehen.

¹²⁹ Erbs/Kohlhaas-Ambis, Strafrechtliche Nebengesetze, 177. Aufl. 2009, § 11 GewO Rn. 11. Für § 4 Abs. 2 BDSG, dem § 11 GewO insoweit entspricht: Simitis-Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006, § 4 Rn. 23.

¹³⁰ Simitis-Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006, § 4 Rn. 23

¹³¹ Danach dürfen Daten ohne Mitwirkung der/des Gewerbetreibenden nur erhoben werden, wenn
1. die Entscheidung eine Erhebung bei anderen Personen oder Stellen erforderlich macht oder
2. die Erhebung bei der/dem Betroffenen einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass überwiegende schutzwürdige Interessen des/der Betroffenen beeinträchtigt werden.

¹³² Für den insoweit gleich lautenden § 4 BDSG: Simitis-Walz, Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl. 2006, § 4 Rn. 28.

auch dann (jedenfalls analog) anwendbar ist, wenn die Entscheidung eine Datenerhebung *bei der betreffenden Person ohne deren Wissen* erforderlich macht und dem keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Den Gesetzesmaterialien kann entnommen werden, dass dies u.a. dann der Fall sein soll, wenn der Verdacht besteht, dass der Gewerbetreibende falsche Informationen gegeben hat.¹³³

Für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Testingverfahren ergibt sich daraus, dass vor dessen Durchführung durch die Gewerbeämter zunächst der Verdacht bestehen muss, dass der/die Gewerbetreibende im Hinblick auf ein ihm vorgeworfenes diskriminierendes Verhalten falsche Angaben gemacht hat. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn ein/e Gewerbetreibende/r trotz vorliegender Beschwerden die Diskriminierung gegenüber dem Gewerbeamt nur pauschal bestreitet oder keine nachvollziehbaren Gründe für eine ausnahmsweise zulässige Ungleichbehandlung nennt. Weiterhin dürfen die erforderlichen Daten zur Entscheidung über die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nicht durch andere, mildere Mittel, d.h. insbesondere nicht im Wege der Direkterhebung ermittelt werden können (z.B. durch ein Auskunftsersuchen der Behörden oder eine Nachschau im Gewerbebetrieb). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, werden einer heimlichen Datenerhebung regelmäßig auch keine überwiegend schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Dabei ist zunächst daran zu erinnern, dass die Diskriminierungsverbote des AGG mit der Wertgleichheit aller Menschen ein zentrales Rechtsgut schützen, was für Diskriminierungen aufgrund der „Rasse“ und der Herkunft in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG seinen verfassungsrechtlichen Niederschlag gefunden hat. Darüber hinaus sind die Schwierigkeiten zu berücksichtigen, die sich beim Nachweis von Diskriminierungen nicht nur für deren Opfer sondern auch für die Gewerbeämter stellen. Bei einer direkten Abwägung zwischen dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des/der Gewerbetreibenden und dem Grundrecht auf Nichtdiskriminierung einer Vielzahl von Betroffenen ist letzterem jedenfalls dann der Vorrang einzuräumen, wenn der konkrete Verdacht diskriminierendes Verhaltens besteht. Den datenschutzrechtlichen Interessen des/der Gewerbetreibenden ist insoweit Rechnung zu tragen, als der Mangel der fehlenden Kenntnis durch eine nachträgliche

¹³³ BT-Drs. 365/93 v. 28. Mai 1993, S. 29.

Unterrichtung des Gewerbetreibenden über die Durchführung des Testing und die dabei erhobenen Daten umgehend beseitigt werden muss.¹³⁴

b. Vereinbarkeit der Ermittlungsmethode mit rechtstaatlichen Verfahrensgrundsätzen

Hier stellt sich zunächst die Frage, ob es sich bei Testingverfahren um eine verbotene Ermittlungsmethode handelt. Über § 18 ASOG Bln. sind neben der Polizei auch die Ordnungsbehörden an § 136a StPO als grundlegende rechtstaatliche Prozessvorschrift gebunden. Danach sind bei Vernehmungen im Rahmen von Strafverfahren Beeinflussungen der Willensentscheidung und Willensbetätigung, unter anderem durch Täuschung¹³⁵ verboten. Eine Vernehmung ist eine Situation, in der/die Vernehmende der/dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenüber tritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt.¹³⁶ Eine solche Vernehmungssituation liegt bei Testings jedoch gerade nicht vor, so dass das Täuschungsverbot des § 136a StPO hier nicht greift.¹³⁷

Jedenfalls dort, wo die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten besteht (z.B. nach §§ 130, 185 StGB, § 118 OWiG), dürfen Selbstbelastungsfreiheit und Auskunftsverweigerungsrechte (z.B. aus § 29 Abs. 3 GewO) nicht durch Tests ausgehebelt werden. Dies wäre aber nur zu befürchten, wenn die/der Gewerbetreibende dazu gebracht würde, sich selbst „durch eigene Offenbarung“¹³⁸ zu belasten. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn die Beamt/innen bei dem Testing als vermeintliche Privatpersonen explizit nach dem Grund für eine Ungleichbehandlung fragen und der/die Gewerbetreibende daraufhin, vermeintlich vertraulich, einen ungerechtfertigten Grund

¹³⁴ Dieses Ergebnis entspricht zum einen der grundsätzlichen Konzeption des Datenschutzrechts, wonach Datenerhebungen nicht grundsätzlich verboten sind, sondern ihre Zulässigkeit Gegenstand einer Interessenabwägung ist. Zum anderen entspricht es der gesetzlichen Wertung des § 19a BDSG, wonach der/die Betroffene, wenn Daten ohne seine/ihre Kenntnis erhoben werden, von der Speicherung, der Identität der verantwortlichen Stelle sowie über die Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung zu unterrichten ist.

¹³⁵ Beim Testing durch staatliche Stellen täuschen diese, indem die hoheitlichen Testpersonen dem/der Gewerbetreibenden ausdrücklich oder durch ihr Verhalten vorspiegeln, normale Kund/innen, Bewerber/innen etc., also Privatpersonen, zu sein.

¹³⁶ *Meyer-Göfner* Strafprozessordnung Kommentar 52. Aufl. 2009, § 136a Rn. 4 m.w.N..

¹³⁷ Da das Täuschungsverbot (anders als das Folterverbot) nicht durch den Menschenwürdeschutz aus Art. 1 Abs. 1 GG geboten ist, gilt es außerhalb von Vernehmungssituationen nicht. *Pewestorf/Söllner/Tölle*, Polizei- und Ordnungsrecht. Berliner Kommentar 2009, § 18 ASOG Rn. 41, *Meyer-Göfner*, Strafprozessordnung - Kommentar 52. Aufl. 2009, § 136a Rn. 12. So ist etwa die „legendenbedingte“ Täuschung eines verdeckten Ermittlers über seine Identität und Zugehörigkeit zu einer Behörde zulässig, vgl. *Rogall*, NStZ 2008, S. 110, 111.

¹³⁸ *Thiel*, GewA 2001, S. 403, 407, mit Verweis auf *Scholl*, Behördliche Prüfungsbefugnisse im Recht der Wirtschaftsüberwachung, 1989.

offenbart. Durchleben die hoheitlichen Testpersonen lediglich eine Situation mit dem/der Gewerbetreibenden und beobachten sein/ihr Verhalten, liegt darin keine Aushebelung der Selbstbelastungsfreiheit.¹³⁹

Das hoheitliche Testing weckt eine weitere rechtstaatliche Besorgnis. Bei „Testkäufen“, beispielsweise zur Überführung von Drogendealer/innen, stellt sich regelmäßig das unter dem Stichwort *agent provocateur* (polizeilicher Lockspitzel, wörtlich: provozierender Handelnder) diskutierte Problem. Damit ist gemeint, dass der Staat eine Person nicht zu einem strafbaren Verhalten anstacheln und sie danach dafür bestrafen darf. Dies würde dem durch Art. 6 EMRK garantierten Recht auf ein faires Verfahren (fair-trial-Grundsatz) widersprechen. Die Grenze zwischen zulässiger verdeckter Ermittlung und unzulässigem Anstacheln der/des Verdächtigen liegt dort, wo die Ermittlungen nicht mehr bloß passiv sind, sondern den Entschluss zur Rechtsverletzung mit verursachen.¹⁴⁰ Auch nach § 163 StPO darf ein *agent provocateur* nicht eingesetzt werden, um den Täter erst durch nachhaltige Einwirkung zur Tatbegehung zu bestimmen.¹⁴¹ Testingverfahren, welche die methodische Vorgabe beachten und lediglich die „Gelegenheit“ zur Diskriminierung geben, ohne diese zu provozieren, überschreiten diese Grenze jedoch nicht.

c. Strafrechtliche Grenzen

Auch für die behördlichen Ermittler/innen gilt der Straftatbestand des § 267 StGB, so dass ihnen die Fälschung von Urkunden ebenso wenig erlaubt ist wie einer Privatperson. Auch hier ist jedoch das Herstellen von Collagen und Fotokopien möglich. Die Voraussetzungen der speziellen öffentlich-rechtlichen Rechtfertigung des § 26 Abs. 2 ASOG Bln zur Herstellung von falschen Urkunden etc. für den Einsatz verdeckter Ermittler/innen der Polizei sind in Fällen von Benachteiligungen nicht erfüllt.¹⁴²

¹³⁹ Hier wird die Behörde in Wahrnehmung ihrer Überwachungsbefugnisse tätig, *Thiel*, GewA 2001, S. 403, 406 m.w.N..

¹⁴⁰ EGMR v. 9. Juni 1998, *Teixeira de Castro v. Portugal*, EuGRZ 26 (1999), S. 660 ff.. *Rorive*, Proving Discrimination Cases: the Role of Situation Testing, 2009, S. 48ff. m.w.N.. (http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theroleofSituationTesting_EN_03.09.pdf) [29.12.2009].

¹⁴¹ *Meyer-Goßner* Strafprozessordnung Kommentar 52. Aufl. 2009, § 163 Rn. 34a m.w.N..

¹⁴² Voraussetzung ist, dass der Einsatz zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Die Regelung erlaubt auch nur den Einsatz von Ermittler/innen der Polizei nicht aber der Ordnungsbehörden (§§ 26, 25 Abs. 1 S. 1 ASOG Bln).

V. Testingverfahren als Indiz i.S.d. § 22 AGG

In der Literatur wird die Indizwirkung von Testingverfahren zum Teil auf reaktive Verfahren beschränkt; zudem soll – im Einzelfall¹⁴³ – über das Testergebnis hinaus ein weiteres Indiz erforderlich sein.¹⁴⁴ Diese Einschränkungen der Indizwirkung von Testingverfahren lassen sich jedoch weder mit Wortlaut noch mit den Gesetzesmaterialien begründen, in denen die Ergebnisse von Testingverfahren als „tatsächliche Anhaltspunkte“ für Diskriminierungen bezeichnet werden.¹⁴⁵ Der Beklagte hat dazu gem. § 138 ZPO Stellung zu nehmen und kann beweisen, dass er nicht gegen das AGG verstoßen hat. Sei es, dass im konkreten Fall überhaupt keine Ungleichbehandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals stattgefunden hat, sei es, dass die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes vorlagen.

Bei der Verwendung der Ergebnisse initiativer Testingverfahren zum Beweis von „Indizien“ i.S.d. § 22 AGG in einem konkreten Gerichtsverfahren ist jedoch zu beachten, dass zumindest im Bereich des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots die Auffassung vertreten wird, Voraussetzung für eine Diskriminierung (§ 7 AGG) bzw. einen Anspruch auf Entschädigung oder Schadensersatz (§ 15 AGG) sei, dass die Bewerbung „ernst gemeint“ sei und die sich um die Stelle bemühende Person objektiv für diese in Betracht komme.¹⁴⁶ Diese Voraussetzungen sind nicht nur beim reaktiven Testing (hier bzgl. des vorangegangenen Vorfalls) sondern auch in Fällen des begleitenden initiativen Testings unproblematisch gegeben, in denen die/der zurückgewiesene Kläger/in tatsächlich an der ausgeschriebenen Stelle oder der annoncierten Wohnung interessiert war.

An beidem wird es jedoch fehlen, wenn bei initiativen Testings auch die Versuchsperson kein Interesse an der ausgeschriebenen Stelle hat.¹⁴⁷ Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1998, auf die in diesem Zusammenhang verwiesen wird, hat zwar nicht den

¹⁴³ *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG Kommentar, 2. Auflage, 2008, § 22 Rn. 11.

¹⁴⁴ *Adomeit/Mohr*, KommAGG, 2007, § 22 Rn. 43f..

¹⁴⁵ BT-Drs. 16/1780 v. 8. Juni 2006, S. 47.

¹⁴⁶ *Däubler/Bertzbach-Bertzbach*, AGG, 2. Auflage 2008, § 7 Rn. 9, § 15 Rn. 53 jeweils m.w.N.. *Wrase*, Gleichbehandlung im Alter – Was kann das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz bei der Bekämpfung von Altersdiskriminierung leisten?, S. 13

(http://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/beitrag_wrase_altersdiskriminierung_lang.pdf?start&ts=1262093902&file=beitrag_wrase_altersdiskriminierung_lang.pdf) [29.12.2009].

¹⁴⁷ Bei schriftlichen bzw. online-Testingverfahren, bei denen es nur fiktive Bewerber/innen gibt, scheidet die Geltendmachung von Ansprüchen bereits am Fehlen eines/r Anspruchsinhabers/in.

Verstoß gegen das Verbot der Geschlechterdiskriminierung (§ 611a Abs. 1 BGB a.F.), wohl aber den Anspruch auf Entschädigung in § 611a Abs. 2 S. 1 BGB a.F. vom Vorliegen der genannten Voraussetzungen in der Person des/der Bewerbers/in abhängig gemacht.¹⁴⁸ Begründet wurde dies mit dem Gesetzeswortlaut des § 611a BGB a.F., der in Absatz 2 vom „benachteiligten Bewerber“ sprach. Daraus wurde gefolgert, dass nicht „jeder“, sondern nur der objektiv geeignete Bewerber Entschädigung beanspruchen könne.

Es fragt sich, ob diese Überlegungen auf das AGG übertragbar sind. Dagegen spricht, dass sich in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien eine entsprechende Einschränkung des Diskriminierungsverbots oder des Sanktionsanspruchs nicht findet.¹⁴⁹ Dem wird entgegen gehalten, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu den anerkannten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählt.¹⁵⁰ Dies führt zum Kern des Problems. Die Anforderung der subjektiven Ernsthaftigkeit und objektiven Geeignetheit wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um Bewerbungen zurückweisen zu können, deren Zweck lediglich in der Erlangung eines Entschädigungsanspruchs besteht. Darum geht es bei Testingverfahren jedoch gerade nicht. Statt sich rechtsmissbräuchlich durch Diskriminierungsklagen eine Einnahmequelle zu verschaffen, fördern sie – häufig mit großem ehrenamtlichen Engagement – das in § 1 AGG formulierte Ziel, Benachteiligungen zu verhindern und zu beseitigen.¹⁵¹ Die besonderen Umstände eines Testingverfahrens können jedoch bei der Bemessung der Höhe der Entschädigung zu berücksichtigen sein. So auch das Amtsgericht Oldenburg, in der bisher einzigen veröffentlichten Entscheidung, die sich mit Testingverfahren befasst:

„Er [der Kläger] hatte von vornherein auch vor, das Verhalten der Türsteher und des Betreibers zu testen und musste somit auch mit einer Abweisung rechnen. Der dadurch entstandene Schaden, die Verletzung seiner Persönlichkeit, ist demnach nicht so groß, als wenn jemand völlig unverhofft an einer Diskothek abgewiesen und öffentlich diskriminiert wird. Er konnte sich also im gewissen Maße auf die Diskriminierung vorbereiten – nachdem er sie ja förmlich erwartet hatte.“¹⁵²

¹⁴⁸ BAG v. 12. November 1998, Aktenzeichen: 8 AZR 365/97, BB 1999, S. 372ff..

¹⁴⁹ *Kummer*, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), 2003, S. 93.

¹⁵⁰ Däubler/Bertzbach-*Bertzbach*, AGG, 2. Auflage 2008, § 15 Rn. 53.

¹⁵¹ So im Ergebnis auch Schiek/*Kocher*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, § 15 Rn. 45. Auch erschiene es widersprüchlich, ein in der Gesetzesbegründung erwähntes Verfahren als rechtsmissbräuchlich bewerten zu wollen.

¹⁵² AG Oldenburg v. 23. Juli 2007, Aktenzeichen: E2 C2126/07.

Aus den oben genannten Gründen kommt die Beweislast erleichterung des § 22 AGG den Behörden im Verfahren der Gewerbeuntersagung nicht zugute. Gleichwohl sind die Ergebnisse von Testingverfahren bei der Frage der Zuverlässigkeit des/der Gewerbetreibenden zu berücksichtigen. Dabei ist jedoch daran zu erinnern, dass nur schwere oder wiederkehrende Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote die Unzuverlässigkeit begründen können. Nur wiederholte negative Testergebnisse oder aber einem Test vorausgehende Verurteilungen nach dem AGG werden daher eine Gewerbeuntersagung tragen können.

VI. Stärken und Schwächen von Testingverfahren

Aus forschungsethischen Gründen müssen Testingverfahren sofort abgebrochen werden, wenn sie ihr Ziel erreicht haben, oder nicht mehr erreichen können. So sollten Bewerbungen nach einem positiven Bescheid bzw. nach Ablauf der gesetzten Frist sofort schriftlich zurückgezogen, angebotene Arbeitsstellen oder Wohnungen unverzüglich abgelehnt werden. Gleichwohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass Testingverfahren den Ausgang eines Auswahlverfahrens beeinflussen. (Echte) Bewerber/innen, die anderenfalls zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden wären, können aufgrund der Testpersonen aussortiert worden sein, ohne dass nach Rückzug der Bewerbung wieder auf sie zurückgegriffen wird. Diese möglichen Konsequenzen für die „unfreiwilligen“ Versuchspersonen sollten vor Beginn des Projekts diskutiert und abgewogen werden.¹⁵³

Darüber hinaus sollten weitere Bedenken gegen initiative Testingverfahren ernst genommen werden: Dies gilt zunächst für die damit verbundene Überprüfung und notwendige Täuschung des/der Arbeitgebers/in bzw. Anbieter/in, der/die dafür ggf. überhaupt keinen Anlass gegeben hat. Testingverfahren mit dem Ziel eines anschließenden AGG-Verfahrens sollten sich daher auf Gewerbetreibende konzentrieren, über die bereits Beschwerden bei Antidiskriminierungsstellen oder Gewerbeaufsichtsämtern vorliegen. Für eine solche Beschränkung spricht auch die Forderung, neben den eigenen auch die Ressourcen der getesteten Personen nicht über Gebühr in Anspruch zu nehmen. Dem möglichen Vorwurf der Provokation diskriminierendes Verhaltens kann durch die sorgfältige Auswahl und Schulung der Testpersonen und eine ausführliche Dokumentation des Verfahrens begegnet werden.

¹⁵³ Diekmann, Empirische Sozialforschung, 18. Auflage 2007, S. 640.

Da sich der deutsche Gesetzgeber im AGG für ein individualrechtliches Sanktionsregime entschieden hat, ist die Beweisfrage auf der andern Seite ein zentrales Hindernis bei der Durchsetzung der Diskriminierungsverbote. Den vorgenannten Einwänden sind daher die individuellen und gesellschaftlichen Folgen von Diskriminierungen gegenüberzustellen. Werden die o.g. methodischen und rechtlichen Anforderungen beachtet, überwiegt nach hier vertretener Auffassung das Interesse an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung.

E. Abschließende Bewertung der geltenden Rechtslage und Handlungsempfehlungen

I. Gewerberecht

Die Untersuchung hat gezeigt, dass wiederholte Verstöße gegen die Diskriminierungsverbote des AGG die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden begründen können. Dies gilt gleichermaßen für Diskriminierungen von Beschäftigten und Kund/innen von Gewerbetreibenden. Auch wenn die Gewerbeaufsichtsämter diese Rechtsauffassung grundsätzlich teilen, spiegelt sich in der Behördenpraxis Unsicherheit über die eigenen Möglichkeiten und Pflichten bei Hinweisen auf diskriminierende Praktiken.¹⁵⁴ Positive Erfahrungen bei der Berliner Polizei legen es daher nahe, die 2004 außer Kraft getretenen Ausführungsvorschriften mit dem Ziel der Sensibilisierung der Verwaltung für vorhandene Diskriminierungsstrukturen und der Vereinheitlichung und Weiterentwicklung der Verwaltungspraxis neu zu fassen.¹⁵⁵ Darin sollten neben einer Klarstellung der Rechtslage auch konkrete Handlungsanleitungen für den Umgang mit Hinweisen auf und Beschwerden über Diskriminierungen aufgenommen werden. Wie bei anderen Gefahren, die die Unzuverlässigkeit des/der Gewerbetreibenden begründen können, haben die Behörden auch hier die Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse des Gewerbe-rechts in verhältnismäßiger Weise zu nutzen.

II. Testingverfahren

Testingverfahren sind nicht nur ein unentbehrliches Mittel zur Aufhellung des Dunkelfeldes „Diskriminierung“. Ihre Ergebnisse sind nach dem Willen des Gesetzgebers auch geeignet, in AGG-Verfahren als Indizien zur Linderung der Beweisnot beizutragen. Das Gutachten hat methodische und rechtliche Anforderungen herausgearbeitet, die bei der Durchführung zu berücksichtigen sind. Dazu gehört insbesondere, dass sich die Untersuchungspersonen soweit wie möglich nur in den zu überprüfenden Merkmalen unterscheiden, sich der/dem Gewerbetreibenden gegenüber weitgehend identisch verhalten und das Verfahren ausführlich und genau dokumentiert wird. Als zentrales Ergebnis kann festgehalten werden, dass Testingverfahren, die diesen Anforderungen entsprechen, nicht nur rechtlich zulässig und ethisch vertretbar, sondern auch vor Gericht verwertbar sind. Antidiskriminierungsstellen aber

¹⁵⁴ Die den Verf. vorliegende Korrespondenz des ADNB mit den Gewerbeaufsichtsämtern ist auf Seiten der Behörden von Zurückhaltung und Abwarten geprägt.

¹⁵⁵ Dies entspräche auch den Zielen des in Vorbereitung befindlichen Landesaktionsplans gegen Rassismus und ethnische Diskriminierung.

auch Behörden sind nun aufgerufen, das in Deutschland noch weitgehend ungenutzte Instrument in den beschriebenen vielfältigen Ausprägungen zum Einsatz zu bringen. Erste Ergebnisse sprechen dafür, dass auf diese Weise nicht nur Diskriminierungen verhindert, sondern auch das Bewusstsein von Jurist/innen für Diskriminierungen geschärft und Handlungsbedarf des Gesetzgebers ermittelt werden können.