

Wiss. Ass. Dr. iur. Katharina Vera Boesche
Institut für deutsches und europäisches
Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht
Freie Universität Berlin

Anmerkungen zu der Beweislastverteilung und der Klagebefugnis von Verbänden nach dem Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes¹

Motivation zum Erlass eines Antidiskriminierungsgesetzes war neben der Umsetzung einer Triade von Antidiskriminierungs-Richtlinien² und „in Erwartung“ einer vierten Richtlinie³ vor allem die Verbesserung des Rechtsschutzes, da die rechtlichen Möglichkeiten, gegen Diskriminierungen vorzugehen, in Deutschland wenig bekannt seien.⁴ Ob sich durch die „autoritative Wert- und Normsetzung“ allerdings die innere Einstellung der Betroffenen ändern wird,⁵ kann bezweifelt werden. Zumindest lenkt die politische Diskussion Aufmerksamkeit darauf, dass es Diskriminierungen in Deutschland gibt, was gern von Bevorteilten übersehen wird, und das man sich dagegen rechtlich wehren kann. Jedenfalls ist die Bilanz der bestehenden Möglichkeiten gerichtlichen Rechtsschutzes über die §§ 826, 823, 611a Abs. 1 S. 3 BGB eindeutig besser als die der Individualbeschwerde vor dem UN-Ausschuß für die Beseitigung von Rassendiskriminierung (CERD): lediglich 20 Verfahren wurden dort seit 1965 anhängig gemacht, und „immerhin fünf“ (!) davon waren begründet.⁶ Allein die ca. 100 Verfahren zu Diskriminierungssachverhalten, die in den letzten drei Jahren

¹ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, BT-Drs. 15/4538 vom 16. 12. 2004; bislang gab es nur Landesdiskriminierungsgesetze, die sich allerdings überwiegend auf Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts beschränken, z.B. Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz vom 31. 12. 1990 (in: Streit 1991, S. 98 ff.); dazu *Schiek*, Das Berliner Landesdiskriminierungsgesetz, Streit 1991, S. 95 ff.

² Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. 6. 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180 S. 22 (im folgenden **Gleichbehandlungs-RL**); Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303 S. 16 (im folgenden **Beschäftigungs-RL**); Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen ABl. EG Nr. L 2689 S. 15 (im folgenden **Zugangs-RL**).

³ So wörtlich in der Einführung zu dem Gesetzentwurf, BT-Drs. 15/4538, S. 2 bzgl. der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 13. 12. 2004 (im folgenden **Dienstleistungs-RL**).

⁴ Vgl. BT-Drs. 15/4538, S. 4, 20.

⁵ Kritisch schon *Coester-Waltjen*, Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, ZRP 1982, S. 217, 220 ff.

⁶ Näher dazu *Britz*, Die Individualbeschwerde nach Art. 14 des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, EuGRZ 2002, S. 381 ff., die in Bezug auf die erfolgreichen Verfahren, das kühne Wort „immerhin“ wählt (S. 383).

mit einem Urteilsspruch endeten, belegen, daß die Rechtsschutzmöglichkeiten in Deutschland nicht gänzlich unbekannt sind.⁷ Ob die Klagefreudigkeit zunehmen wird, bleibt abzuwarten. Den Betroffenen und ihren Anwälten ist es zu wünschen. Denjenigen, die sich gehäuften Benachteiligungsvorwürfen (zu Unrecht) ausgesetzt sehen, weniger, ihren Anwälten wiederum schon.

I. Beweislastregelung, § 23 ADG-REgE

1. § 23 entspricht zunächst den Grundregeln der Beweislastverteilung nach der ZPO, wonach jede Partei unabhängig von ihrer prozessualen Parteistellung die bejahenden oder verneinenden Tatsachen beweisen muß, aus denen sie Rechte herleitet.⁸ Wer sich auf eine Benachteiligung beruft, trägt daher für die anspruchsbegründenden Tatsache die Beweislast.⁹ Er muß zunächst die Tatsachen schlüssig darlegen, und diese Tatsachen - und nicht „weitere Vermutungstatsachen“ wie es mißverständlich in der Gesetzesbegründung heißt¹⁰ - müssen eine Benachteiligung „vermuten lassen“. Die Benachteiligung selbst ist keine Tatsache, sondern eine rechtliche Wertung. Bestreitet der Beklagte die Tatsachen nicht, kommt es auf Beweisfragen nicht an. Bestreitet er hingegen die Tatsachen, hat der Kläger diese mit den Beweismitteln der ZPO (Zeugen-, Urkundsbeweis, Parteivernehmung etc.) zu beweisen.¹¹ Zwei Ergebnisse sind dann möglich: das Gericht hält das Vorliegen einer Benachteiligung für überwiegend wahrscheinlich oder für eher unwahrscheinlich.¹² Im 2. Fall ist die Klage entscheidungsreif und abzuweisen, und zwar wegen erwiesener Unbegründetheit. Nur im 1. Fall kommt es auf die zweite Stufe der Beweisführung an. Bloßes Bestreiten genügt nun nicht mehr, vielmehr trägt der Beklagte die volle Beweislast dafür, daß ein sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt oder die unterschiedliche Behandlung zulässig war. Nicht ausdrücklich in § 23 geregelt ist, daß der Beklagte auch die Möglichkeit hat, zu beweisen, daß kein Verstoß vorliegt. Die Formulierung in den drei Richtlinien ist insofern

⁷ Z.B. BAG, NJW 1993, S. 3091 ff. (Geschlechterdiskriminierung beim Arbeitsentgelt); BAG, AuA 2000, S. 281 f. und BAG, NZA 2004, S. 540 ff. (Entschädigung wegen Geschlechterdiskriminierung bei Einstellung); BAG NJW 1990, S. 65 ff. (Nachtarbeit); BAG, NJW 1987, S. 397 f. (Frage nach der Schwangerschaft); BAG, § 611a BGB AP Nr. 5, Nr. 6 (Ersatz eines Vertrauensschadens gem. §§ 611a, 611b neben Schadensersatzanspruch (§§ 823, 847 BGB); BAG NJW 1999, S. 164 ff. (Schadensersatz nach Druckkündigung gem. §§ 823 Abs. 1 BGB, 823 Abs. 2 BGB i. V. m. §§ 185, 240 StGB, §§ 824, 826 BGB); BVerfGE 89, S. 276 ff. (Auslegung des § 611a BGB im Lichte des Art. 3 Abs. 2 GG); BVerfG NJW-RR 1989, S. 636, KG, NJW-RR 1993, S. 183, 184 und LG Karlsruhe NJW-RR 2002, S. 111, 112 f. (Aufnahmepflicht); BAG, BB 1995, S. 204f. (Kündigung in der Probezeit wegen Homosexualität).

⁸ Z.B. BVerfGE 54, S. 157 ff.; BGH BB 1999, S. 2161; BGH NJW 1995, S. 50 f.; BGH NJW 1989, S. 1728; BAG BB 1995, S. 468 ff.; *Hartmann* in: Baumbach/Lauterbach/Albers/*Hartmann*, ZPO-Kommentar, 62. Aufl. 2004, Anh § 286 Rn.10 ff.m.w.N.

⁹ Vgl. BT-Drs. 15/4538, S. 45.

¹⁰ BT-Drs. 15/4538, S. 45.

¹¹ Zur Beweislastverteilung nach der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinie *Mahlmann*, Gleichheitsschutz und Privatautonomie. Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG gegen Diskriminierungen aufgrund von Rasse und Herkunft, ZEuS 2002, S. 407, 423; zur Beweislastverteilung nach der ZPO *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 122 Rn.9.

¹² Vgl. *Prütting*, Die Beweislast im Arbeitsrecht, RdA 1999, S. 107, 111.

glücklicher geraten, als sie diesen Fall explizit regelt.¹³ Der deutsche Gesetzgeber sollte, um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, diese klare und zudem knappere Formulierung übernehmen, denn es sind Fälle denkbar, in denen eine Verletzung nicht erst auf der Ebene der Rechtfertigung oder der Zulässigkeit der Ungleichbehandlung, sondern bereits an dem mangelnden Vorliegen einer Benachteiligung scheitert.

2. Mit der Formulierung vom Vollbeweis hinsichtlich der anspruchsbegründenden Tatsachen, den der Gesetzgeber zur Gewissensberuhigung in der Gesetzesbegründung nachschiebt, wird insofern Augenwischerei betrieben, als der Kläger – anders als etwa im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB – nicht alle Tatbestandsmerkmale, etwa die benachteiligende Wirkung, also die Kausalität und ein Verschulden, nachweisen muß. Es handelt sich also um eine **eingeschränkte Beweislastumkehr**.¹⁴ Dies wird nicht zuletzt auch in non liquet-Situationen deutlich, die nach der gewöhnlichen Beweislastverteilung zu Lasten des Klägers gehen, im Falle des § 23 aber zu Lasten des Beklagten.
3. Die Vorschrift des § 23 geht in mehrfacher Hinsicht über die Richtlinienvorgaben hinaus: Zum einen dadurch, daß sie sich einheitlich auf alle Benachteiligungsmerkmale erstreckt und nicht nur arbeitsrechtliche, sondern auch zivilrechtliche Sachverhalte betrifft. Für den zivilrechtlichen Bereich hätte zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben eine Beschränkung auf die Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft genügt. Zudem ist die allgemeine Beweislastvorschrift des § 23 für die Benachteiligung wegen ethnischer Herkunft nicht nur zu weitgehend, sondern auch falsch, da hinsichtlich der ethnischen Herkunft eine sachliche Rechtfertigung ausscheidet (s. §§ 8, 9, 10 und 21). Denn der Beklagte kann in diesen Fällen gerade nicht beweisen, daß sachliche Gründe die Benachteiligung rechtfertigen oder die unterschiedliche Behandlung zulässig war. Vielmehr kann der Beklagte sich nur „entlasten“, indem er beweist, daß keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat (vgl. Art. 8 der RL 2000/43/EG). Viel sinnvoller wäre es daher, zwischen den Beweislastvorschriften zu trennen und die zivilrechtlichen Vorschriften und damit auch § 23 auf Benachteiligungen wegen ethnischer Herkunft zu beschränken. Die Beweislastregelung sollte daher, damit sie „richtig“ wird, die Richtlinien-Formulierung zu übernehmen.
4. Trotz der missverständlichen Wortwahl vom **Glaubhaftmachen** von Tatsachen kann damit keine „Glaubhaftmachung“ im technischen Sinne des § 294 ZPO gemeint sein. Dies ergibt sich nicht nur aus der systematischen Vergleichbarkeit mit § 611a Abs. 1 S. 3 BGB,

¹³ Art. 9 RL 2004/113/EG, Art. 8 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2000/78/EG.

¹⁴ Dogmatisch ungenau bezüglich der Vorbildvorschrift des § 611a Abs. 1 S. 3 BGB MünchKommBGB/Müller-Glöke, § 611a Rn.80 f., der von einer „teilweisen Beweislastumkehr“ und von der Darlegung und dem Beweis von „Hilfstatsachen“ spricht.

für den eine Anwendung des § 294 ZPO überwiegend abgelehnt wird,¹⁵ sondern aus der Systematik des § 294 ZPO selbst, die inkompatibel mit § 23 ist. Während für den Vollbeweis die Überzeugung des Richters von der Wahrheit der Tatsachenbehauptung bzw. einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Tatsache notwendig ist, genügt für ein Glaubhaftmachen, daß die behauptete Tatsache überwiegend wahrscheinlich ist.¹⁶ Es ist der richterlichen Überzeugungsbildung überlassen, wann der ausreichende Grad der Wahrscheinlichkeit erfüllt ist. Wegen der Subjektivität der richterlichen Überzeugungsbildung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit, wird sogar im Schrifttum zu § 294 ZPO gefordert, daß an das **Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit** erhöhte Anforderungen bis zum Vollbeweis zu stellen sind, wenn das Verfahren der einstweiligen Verfügung zur Erfüllung des Hauptsacheanspruchs führt bzw. dieser nahe kommt.¹⁷ Wie heißt es im *Anastasia-Urteil* „der Richter darf und muß sich in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Sicherheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen.“¹⁸ Eine lediglich „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ reicht dazu grundsätzlich nicht.¹⁹ Allerdings ist das Absenken des Wahrscheinlichkeitsgrades im Rahmen des § 823 BGB für Fallgruppen mit typischen Beweisschwierigkeiten ausnahmsweise ebenfalls zulässig (dazu unten).²⁰ Entscheidend ist, daß das Gericht am Ende von dem Vorliegen eines objektiven Benachteiligungstatbestandes überzeugt ist.²¹

5. Ein **Glaubhaftmachen i.S.d. § 294 ZPO** beschränkt sich aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung häufig auf Fragen, über die ohne rechtliches Gehör des Gegners entschieden werden kann, meist betrifft es daher rein prozeßrechtliche Fragen oder Verfahren, in denen eine mündliche Verhandlung entbehrlich ist.²² In Antidiskriminierungs-Fällen bedarf es hingegen i.d.R. keiner Verfahrensbeschleunigung, vielmehr wird es regelmäßig zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung kommen, jedenfalls kann über die Rechtsfrage der Benachteiligung nicht ohne Anhörung des Beklagten entschieden werden. § 294 ZPO ist zudem auf das summarische Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes mit der Besonderheit präsenter Beweismittel ausgerichtet, während der Antidiskriminierungs-Rechtsschutz i.d.R. im normalen Erkenntnisverfahren zu suchen ist. Der Gesetzgeber kann daher keine Beschränkung von Beweismitteln auf

¹⁵ BAG, NZA 2004, S. 540 ff., MünchKommBGB/Müller-Glöke, § 611a Rn.80; a.A. Palandt/Putzo, BGB, 63. Aufl. 2004, § 611a Rn.14.

¹⁶ Z.B. BGHZ 53, 245 ff.; BGH MDR 1983, S. 749 ff.; Scherer, S. 40.

¹⁷ MünchKommZPO/Prütting, Bd. 3, § 920 Rn.14; Schellhammer, Zivilprozeßrecht, Rn.574; Scherer, S. 42, 46, 59 f., 87 ff., 92, 95.

¹⁸ BGHZ 53, S. 245, 256 *Anastasia* = NJW 1970, 946; vgl. auch BGH NJW 2003, S. 1116, 1117.

¹⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn.9), § 112 Rn.13 f.

²⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO. (Fn.9), § 112 Rn.13, § 114 Rn.19

²¹ Vgl. Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, 1983, S. 111. Wichtig erscheint hier allerdings die Klarstellung, daß die Beweislastvorschrift im zukünftigen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsgesetz und im BGB nicht für Strafverfahren gilt (vgl. EU-Vorgaben in Art. 8 Abs. 2 der Gleichbehandlungs-RL (RL 2000/43/EG) und Art. 10 Abs. 3 der Beschäftigungs-RL (RL 2000/78/EG)).

sofort zu erbringende Beweise wie dies die Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 2 ZPO vorsieht, bezweckt haben. Dies liefe nicht nur dem Normzweck, nämlich der Erleichterung des vom Benachteiligten zu erbringenden Beweises, entgegen,²³ sondern auch den zivilprozessualen Grundsätzen für das Erkenntnisverfahren. Hinzu kommt, daß das Beweismaß der Glaubhaftmachung i.S.d. § 294 ZPO stets für beide Parteien gilt. Nähme man den Wortlaut des § 23 ernst, könnte der Beklagte eine Benachteiligung durch eine Gegenglaubhaftmachung erschüttern.²⁴ Da bereits eine eidesstattliche Versicherung zur Glaubhaftmachung genügt, müßte auch dem Beklagten das Recht eingeräumt werden, seine Position mittels einer eidesstattlichen Versicherung ausreichend glaubhaft zu machen, was die non liquet-Situation zum Regelfall werden ließe. Dies kann vom Gesetzgeber jedoch nicht beabsichtigt gewesen sein. Mit der bezweckten Absenkung des Beweismaßes wollte der Gesetzgeber offenbar eine ausschließlich für den Kläger positive Wirkung der Glaubhaftmachung erreichen, diese Einseitigkeit ist § 294 ZPO aber fremd. Hätte der Gesetzgeber das für die Glaubhaftmachung typische Beweismittel der eidesstattlichen Versicherung zulassen wollen, hätte er dies ausdrücklich regeln bzw. durch einen Verweis auf § 294 ZPO klarstellen müssen. Daß dies beabsichtigt war, ergibt sich allerdings weder aus dem Wortlaut, noch aus der Gesetzesbegründung.

6. Als begrifflich-mißglückte Fehlkonstruktion und in Konsequenz zur Gesetzesbegründung sollte daher der Begriff der Glaubhaftmachung durch den des Beweises ersetzt werden (**Formulierungsvorschlag:** „Hat die eine Partei Tatsachen einer benachteiligenden Behandlung dargelegt und bewiesen, die das Vorliegen einer Benachteiligung vermuten lassen...“). Zusätzlich sollte – entsprechend den Richtlinienvorgaben - getrennt werden zwischen einem Absatz des § 23, der sich auf alle Merkmale erstreckt, sich aber nur auf das Arbeitsrecht erstreckt und einem Absatz, der die zivilrechtlichen Benachteiligung, und zwar ausschließlich wegen ethnischer Abstammung betrifft (**Formulierungsvorschlag:** „es obliegt dem Beklagten zu beweisen, daß keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.“).
7. Zur schlüssigen Tatsachendarlegung wird es nicht genügen, wenn ein Kläger lediglich behauptet, ein Arbeitgeber oder Vermieter habe sich gegen ihn wegen seines Mann- oder Frauseins, wegen einer Behinderung, wegen seiner Hautfarbe oder wegen seines Glaubens entschieden. Es wird im weiteren auch nicht genügen, wenn er vorträgt, der Arbeitgeber oder Vermieter habe sich für etwas, z.B. eine Frau bzw. einen Mann, oder einen Menschen hellerer oder dunklerer Hautfarbe entschieden. Bewirbt sich aber eine Frau mit

²² Hartmann in: Baumbach, § 294 Rn.2; Scherer, S. 40.

²³ BAG NZA 2004, S. 540 ff m. w. N.; ebenso Westenberger, die Entschädigungs- und Beweislastregelungen des § 611a BGB im Lichte des deutschen und europäischen Rechts, 2001, S. 130 f.

²⁴ Vgl. BGH MDR 1983, S. 749; Hartmann in: Baumbach, § 294 Rn.3; Prütting, S. 334, 339; Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung, 1993, S. 180; MünchKommBGB/Müller-Glöge, § 611a Rn.80; a.A. Eich, NJW 1980, S. 2329, 2332; Lorenz DB 1980, S. 1745 f.

heller Hautfarbe um die Stelle eines „Doorman“ in einem Hotel und stellt dieses Hotel seit Jahren lediglich Männer dunklerer Hautfarbe ein, spricht diese Praxis für ein diskriminierendes Verhalten. Trägt die Frau dies schlüssig und – bei Bestreiten durch den beklagten Hotelier - unter Zeugenbeweis oder Inaugenscheinnahme vor, genügt dies aufgrund der Offenkundigkeit den Anforderungen an den von § 23 verlangten Vollbeweis hinsichtlich der benachteiligenden Tatsachen. Entsprechendes gilt, wenn ein Hotel seit Jahren Männer mit dunklerer Hautfarbe, die sich um die Stelle eines Kellners bewerben, diese verweigert und ihnen statt dessen nur die Stelle eines „Doorman“ oder eine Stelle in der Küche anbietet. Dies sind Fälle offenkundiger Diskriminierungen, für die der Regierungsentwurf zu Recht entsprechend den Richtlinien keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund vorsieht. Eine ähnlich **offenkundige Benachteiligung** liegt vor, wenn Versicherungen allein wegen des Geschlechts unterschiedliche Tarife, die häufig 100% teurer sind, anbieten. Hier erschöpft sich die Beweislast darin, die eigenen Erfahrungen bei Abschluß des Versicherungsvertrages darzulegen und die entsprechenden Allgemeinen Vertrags- und Geschäftsbedingungen als Beweismittel vorzulegen. Auch dies sind Fälle einer offenkundigen Diskriminierung, in denen eine sachliche Rechtfertigung nicht greifen kann. Fehlt es allerdings an einer länger geübten Benachteiligungspraxis wie in den Hotelfällen oder an AGBs, aus denen Benachteiligungen offenkundig zu Tage treten, bedarf es mehr, als des bloßen Hinweises auf das Merkmal, dessen Träger man ist, und mehr, als des bloßen Hinweises auf das Merkmal, dessen Träger der Vertragskontrahent ist. Sei es durch Zeugenbeweis über benachteiligende Äußerungen, durch Urkundsbeweis, z.B. Formulierungen, die ein konkretes benachteiligendes Verhalten oder bestimmte Vorurteile erkennen lassen. Da der Bezug auf eine günstigere Behandlung genügt, die eine **Vergleichsperson**, die nicht über das Benachteiligungsmerkmal verfügt, erfahren würde (so bei der unmittelbaren Diskriminierung, § 3 Abs. 1 S. 1), bedarf es keiner konkreten Erfahrung in der Vergangenheit oder eines aktuellen Verhaltens, vielmehr soll in Einklang mit den Richtlinien²⁵ das Projizieren ins Hypothetische genügen. Entsprechend soll bei der mittelbaren Diskriminierung ein „Benachteiligen-Können“ ausreichen. Es bedarf also keiner realen Vergleichsperson (so auch § 3 Abs. 2 TzBfG). Ist eine reale Vergleichsperson vorhanden, wäre das so, als müßte ein Beleidigter zunächst vortragen, daß er eine ihm vergleichbare Person kennt, die vom Beleidiger in einer vergleichbaren Situation nicht beleidigt wurde, damit der Beleidigungstatbestand bejaht werden könnte.²⁶ Fehlt es an einer realen Vergleichsperson, müßte der Beleidigte vortragen, daß eine fiktive, ihm vergleichbare Person in einer vergleichbaren Situation nicht beleidigt worden wäre. Vertrakt wird es, wenn ein Betroffener gar nicht Träger eines Merkmals ist, sondern ein Arbeitgeber oder ein Vermieter dies lediglich unterstellt, wie im Fall *Kießling*. In

²⁵ Jeweils Art. 2 Abs. 2 lit. a) der Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG und Art. 2 lit. a) RL 2004/113/EG.

²⁶ Bsp. nach *Wank*, Diskriminierung in Europa, BB Sonderbeilage zu Heft 22/2004, S. 16, 21.

diesen Fällen hat der Zurückgewiesene oder Entlassene darzulegen, dass er wegen eines vom Arbeitgeber unterstellten Merkmals benachteiligt behandelt wurde, z.B. indem er durch schlüssigen Sachvortrag darlegt, daß er nicht befördert oder entlassen wurde, weil der Arbeitgeber meint, er sei homosexuell. Er braucht sich allerdings nicht dazu zu äußern, ob er tatsächlich homosexuell ist oder nicht.²⁷

8. Daß die klägerseits dargelegten Tatsachen eine Benachteiligung „vermuten“ lassen müssen, macht **§ 23 nicht zu einer gesetzlichen Vermutungsregelung i. S. von § 292 ZPO**,²⁸ denn die schlüssig dargelegten Tatsachen sind keine feststehenden Tatsachen, die automatisch den Rückschluß auf eine andere Tatsache zulassen. Noch wird von einer tatbestandsfremden Tatsache auf das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals geschlossen (Tatsachenvermutung), z.B. der Schluß aus dem Besitz des Gläubigers am Hypothekenbrief auf dessen Übergabe.²⁹ Denn sowohl das Benachteiligungsmerkmal wie die Tatsachen, die die Benachteiligung begründen, sind keine tatbestandsfremden Tatsachen. Allerdings gelten als Tatsachenvermutung auch solche, die an die aus der Lebenserfahrung gezogene Schlüsse anknüpfen. Die Lebenserfahrung begründet dann die hohe Wahrscheinlichkeit eines gewissen Ablaufs oder eines typischen Erfahrungssatzes, die bei freier Beweiswürdigung weiteren Beweis überflüssig macht.³⁰ Da nach der Gesetzesbegründung auch Statistiken oder Testing-Verfahren mit Vergleichspersonen als ein tatsächlicher Anhaltspunkt eingesetzt werden können, könnte dies dafür sprechen, daß der Gesetzgeber in § 23 eine Tatsachenvermutung etablieren wollte. Die durch solche Verfahren oder Statistiken gewonnenen Erkenntnisse können allerdings nie singulär, sondern nur neben anderen die Vermutung einer Benachteiligung begründen. Ist § 23 als Tatsachenvermutung zu verstehen, so bedeutet dies folgendes: die Beweislast wird nicht geändert, lediglich der Beweis wird erleichtert und der Gegenbeweis bleibt möglich. Wenn man schon an dem Vermutungsbegriff festhalten will bzw. in Zufriedenstellung des EU-Gesetzgeber wohl festhalten muß, wäre um theoretische Schlachten zu vermeiden und Klarheit für die Praxis zu schaffen, ein Hinweis, daß es sich nicht um eine Vermutungsregelung i.S.d. § 292 ZPO handelt, in der Gesetzesbegründung zu begrüßen,.
9. Da der Zugriff auf Beweismittel in Diskriminierungsfällen häufig schwierig ist, und zwar für beide Seiten, ist in der Rechtsprechung zu § 611 Abs. 1 S. 3 BGB anerkannt, das man sich anstelle eines Beweises mit **Indizien** begnügt.³¹ So hat das BAG in einer Entscheidung vom 5. 2. 2004 bzgl. einer geschlechtsspezifischen Stellenausschreibung,

²⁷ Vgl. *Oliver*, Industrial Law Journal 33, 3/2004, S. 1, 4; Wank, Diskriminierung in Europa, BB Sonderbeilage zu Heft 22/2004, S. 16, 21; so auch der RegE.

²⁸ Vgl. zu § 611 Abs. 1 S. 3 BAG NZA 2004, S. 540 ff.

²⁹ § 1117 Abs. 3 (vgl. auch §§ 938, 1253 Abs. 2, 1377 Abs. 1, 3, 2009 BGB; vgl. BVerfGE 89, S. 276; BAG NZA 2004, S. 540 ff. m. w. N.

³⁰ *Hartmann* in Baumbach, § 292 Rn.6, Anh. § 286 Rn.14.

³¹ BVerfGE 89, S. 276; BAG AuA 2000, S. 281 ff.; BAG NZA 2004, S. 540 ff.

die dreimal eine „-in-Endung“ enthielt (gesucht wurde eine „Volljuristin“ bzw. „Anwältin“ auch „Wiedereinsteigerin“) festgestellt, dass „Indizien, die aus einem regelhaft einem Geschlecht gegenüber geübten Verhalten“ auf eine entsprechend motivierte Entscheidung schließen lassen. Ein solches „Vergehen“ begründet grds. die Vermutung, daß ein Arbeitnehmer eines bestimmten Geschlechts, und zwar unabhängig davon, ob noch andere Gründe wie berufliche Erfahrung und Examensnoten für die Einstellungsentscheidung maßgebend sind, wegen seines Geschlechts benachteiligt worden ist. Werden nur 1/10 der Frauen bei gleicher Arbeit, aber 50 % ihrer männlichen Kollegen über Tarif bezahlt, sind dies ebenfalls Tatsachen, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen. Die Benachteiligung ist allein durch die zahlenmäßig größere Betroffenheit der Angehörigen eines Geschlechts glaubhaft gemacht.³² Die Frage nach der Schwangerschaft der Bewerberinnen ist allerdings dann kein Indiz für eine geschlechtsspezifische Benachteiligung, wenn sich nur Frauen um eine ausgeschriebene Stelle beworben haben, denn alle Frauen könnten schwanger sein bzw. es werden.³³ Da Indizienbeweise immer ein schwacher Beweis sind, sollte ihre Anwendung soweit wie möglich beschränkt werden. Auch aus diesem Grunde ist es wichtig, das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nur auf die ethnische Herkunft zu beschränken.

10. Liegt eine vermutete Benachteiligung vor, hat der beklagte Arbeitgeber, die beklagte Immobilien-, Bank- oder Versicherungsgesellschaft die vermutete Benachteiligung zu entkräften. Sie sehen sich dabei leicht einer Offenbarungspflicht ausgesetzt und dies, obgleich ein Arbeitgeber oder eine Dienstleistungsgesellschaft nicht verpflichtet ist, dem unberücksichtigt gebliebenen Bewerber die Auswahlgründe mitzuteilen (grundsätzlich haben sie keine Auskunftspflicht). Ein privater Arbeitgeber ist keine Behörde, die dem Bürger einen beantragten begünstigenden Verwaltungsakt versagt und dies begründen muß. Er unterläßt nur die Abgabe einer Willenserklärung.³⁴ Um die vermutete Benachteiligung zu erschüttern, muß er aber ausreichend gute, oft auch gut erdachte Gründe liefern, die seine Entscheidung als die Objektivste der Welt erscheinen lassen.³⁵ Dazu reicht es nicht, auf die bessere Eignung des ausgewählten Kandidaten gegenüber seinen Mitbewerbern zu verweisen. Auch Bewerber, die bei benachteiligungsfreier Auswahl nicht eingestellt worden wären, erhalten eine Entschädigung, wenn sie durch die Formulierung der Stellenausschreibung und Durchführung des Bewerbungsverfahrens (Nichteinladung zum Vorstellungsgespräch) wegen eines bei ihnen vorhandenen Merkmals benachteiligt wurden. Es bedarf keiner besonderen Vorstellungskraft, den Begründungsaufwand eines Vermieters zu ermessen, der zehn Interessenten abgelehnt und

³² Vgl. BAG NZA 1993, S. 891 ff.

³³ BAG NJW 1987, S. 397 ff

³⁴ MünchKommBGB/Müller-Glöge, aaO. (Fn.13), § 611a Rn.38.

³⁵ Kritisch zur Umkehr der Beweislast zu Lasten des „Inkriminierten“ vgl. Adomeit, aaO. (Fn.10), S. 1623; zu den Einzelheiten der Entschädigung im Rahmen des § 611a BGB Annuß, Grundfragen der Entschädigung bei unzulässiger Geschlechtsdiskriminierung, NZA 1999, S. 738, 740 ff., zur Entschädigungshöhe S. 742 f.

sich für einen elften entschieden hat, und nun nachweisen muß, daß eine Benachteiligung wegen des Alters des 1. Bewerbers, der Abstammung des 2. Bewerbers, der sexuellen Identität des 3. Bewerbers oder des Geschlechts des 4. Bewerbers, nicht entscheidungserheblich war.³⁶ Ausreichend ist, wenn in einem „**Motivbündel**“, das die Entscheidung beeinflußt hat, das Benachteiligungsmerkmal als ein Kriterium enthalten ist.³⁷ Entsprechendes gilt für ein Verhalten und Äußerungen während eines Beschäftigungsverhältnisses – falls es dazu überhaupt noch kommt -, bzgl. der Entlohnung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses. Jeder, der eine Benachteiligung überwiegend wahrscheinlich begangen hat, wird sich in Extremfällen einem Dutzend oder mehr Entschädigungs- oder gar Vertragsabschlußforderungen ausgesetzt sehen, mit der Folge, ein Dutzend oder mehr Mal zu einer Entschädigungsleistung oder einem Vertragsabschluß verurteilt zu werden. Abgesehen davon stellt sich die Frage, ob nicht hinsichtlich des Benachteiligungsschadens (§§ 15, 16, 22 Abs. 3) eine höhenmäßige Begrenzung – wie in § 611 Abs. 3 BGB – einzufügen ist.

11. Während das Arbeitsrecht mit § 611a Abs. 1 S. 3 BGB eine mit § 23 verwandte Beweiskonstellatation kennt, hat ein Kläger nach den **deliktsrechtlichen Vorschriften**, über die bislang eine Verletzung wegen eines Benachteiligungsmerkmals verfolgt werden kann,³⁸ alle Tatbestandsmerkmale, einschließlich des Verschuldens, zu beweisen. Er muß also nicht nur das Verhalten belegen, sondern auch die Kausalität, z.B., daß er gerade wegen seiner ethnischen Herkunft schlechter gestellt wurde, als Personen anderer Herkunft in sonst gleicher Lage. Da nach § 23 nur das zugrundeliegende Verhalten dargelegt werden muß, nicht aber die darin liegende Benachteiligung, denn diese wird vermutet, und auch nicht die Kausalität, führt § 23 mit der **eingeschränkten Beweislastumkehr** zu einer Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht. Allerdings sind auch dem Deliktsrecht **Beweiserleichterungen** zugunsten des Benachteiligten nicht vollkommen fremd. Ist die Schadenshöhe streitig oder ist zweifelhaft, ob bestimmte Schäden auf der Rechtsgutsverletzung beruhen, greifen auch hier Beweiserleichterungen (**§ 287 ZPO**). So werden im Rahmen der Beweiswürdigung gem. § 287 ZPO geringere Anforderungen an die Überzeugungsbildung des Gerichts gestellt, auch hier genügt je nach Einzelfall eine „höhere oder deutlich höhere Wahrscheinlichkeit für die Überzeugungsbildung.“³⁹ Daneben gelten auch im Rahmen des § 823 BGB weitere Durchbrechungen der Beweislast in Form des Anscheinsbeweises und der Beweislastumkehr: so wird z.B. bei typischen Geschehensabläufen auf den

³⁶ Vgl. *Adomeit*, Diskriminierung - Inflation eines Begriffes, NJW 2002, S. 1622, 1623.

³⁷ BVerfGE 89, S. 276; BAG NZA 2004, S. 540 ff.

³⁸ *Picker* hält die Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB für weitaus besser als die Festschreibung die kasuistischen Tatbeständen eines Antidiskriminierungsgesetzes (Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm? JZ 2003, S. 540, 544 f.); ähnlich auch *Säcker*, „Vernunft statt Freiheit!“ - Die Tugendrepublik der Jakobiner, ZRP 2002, S. 286, 287 ff.

³⁹ Vgl. BGH NJW 2003, S. 1116, 1117 *HWS-Verletzung*, der damit der ständigen Rspr. folgt, vgl. nur BGH VersR 1970, S. 924, 926 f. und BGHZ 137, S. 142 ff. = NJW 2000, S. 862 ff.

Sorgfaltspflichtverstoß geschlossen, da die kausale Verknüpfung von dem Unterscheidungsmerkmal und der Ungleichbehandlung häufig schwer zu beweisen ist.⁴⁰ Werden Waren oder Leistungen, insbes. Gegenstände des täglichen Bedarfs, allgemein und öffentlich angeboten, aber Menschen verweigert, die ersichtlich oder bekanntermaßen anderer ethnischer Herkunft als der Anbietende sind, so spricht die **typische Lebenserfahrung** dafür, daß gerade diese Unterscheidungsmerkmale maßgeblich waren für die Verweigerung des Vertragsabschlusses oder die Aufnahme in einen Verein. Es müssen dann Gründe dargetan werden, die diesen **Anscheinsbeweis** erschüttern und es rechtfertigen können. Der Beklagte hat dann darzulegen, warum jemand vom allgemein zugänglichen Leitungsverkehr ausgeschlossen wird, etwa wegen erschöpfter Kapazität einer Ware, mangelnder Zahlungsfähigkeit des Kunden oder Forderungsrückständen.⁴¹ Selbst für den verschuldensunabhängigen Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch des § 1004 BGB gilt letztlich hinsichtlich der Beweislastverteilung nichts anderes,⁴² so hat der Beklagte die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung bzw. eine Duldungspflicht des Klägers vorzutragen.

II. Unterstützung durch Verbände

1. Nach der einheitlich für das Arbeits- und das Zivilrecht geltenden § 24 können Verbände als Bevollmächtigte oder Beistände Benachteiligter in gerichtlichen Verfahren auftreten, in denen kein Anwaltszwang vorgesehen ist, vorausgesetzt sie haben entsprechend den Vorschriften des UklG entweder mindestens 75 Mitglieder oder bilden einen Zusammenschluß von sieben Verbänden. Damit werden die Richtlinienvorgaben⁴³ nur insoweit überschritten, als die Vorschrift sich auch für den zivilrechtlichen Bereich auf alle Benachteiligungsmerkmale erstreckt, statt sich auf das der ethnischen Herkunft zu beschränken. Zu begrüßen ist, daß die Formulierungen des Referentenentwurfs vom Mai 2004 aufgegeben wurden, wonach Verbände an Stelle des Beschäftigten treten und mit seinem Einverständnis⁴⁴ Rechte des Verletzten im eigenen Namen geltend machen sollten.⁴⁵ Durch die neue Regelung ist klargestellt, daß die Verbände lediglich als Vertreter des bzw. neben dem Benachteiligten auftreten können. Kläger ist allein der Benachteiligte, das Urteil wirkt für und gegen ihn. Hierzu hätte es allerdings keiner Regelung bedurft, da sich dies **unmittelbar aus dem Gesetz** ergibt (§§ 79, 90 ZPO). Man

⁴⁰ Vgl. MünchKommBGB/Wagner, § 823 Rn.356, 315; zudem sind bei § 823 Abs. 2 BGB Spezialregeln der Schutzgesetze zu beachten, wie die Beweislastumkehr in Bezug auf die Wahrheit einer vom Schädiger verbreiteten ehrenrührigen Tatsache (§ 186 BGB); vgl. auch BGH NJW 1985, 1774 f.; BGH NJW 1983, 2935 *Trinkwasserverschmutzung*.

⁴¹ *Bezenberger*, *Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung*, AcP 1996, S. 395, 432.

⁴² MünchKommBGB/Medicus, Bd. 6, 4. Aufl. 2004, § 1004 Rn.103.

⁴³ Art. 7 Abs. 2 RL 2000/43/EG, Art. 6 Abs. 3 RL 2002/73/EG und Art. 9 Abs. 2 RL 2000/78/EG.

⁴⁴ Das Einverständnis des Betroffenen ist Prozeßvoraussetzung und muß vom Verband nachgewiesen werden.

⁴⁵ Kritisch zum Verbandsklagerecht *Picker*, aaO. (Fn.23), S. 542: die „berufsmäßig tätigen neuen Verfolger“ zögen „aus den aufzuspürenden Diskriminierungsversuchen ihre Existenzberechtigung und -sicherung“.

sollte daher schon zur Entschlackung des Gesetzes auf § 24 Abs. 2 verzichten. Da allein der Benachteiligte Partei ist, hat er auch die Kosten zu tragen. Dies müßte nach §§ 79, 90 ZPO auch für die Kosten des Vereins, die als außergerichtliche Kosten auf den Prozeß bezogen sind gelten.⁴⁶ Diese sind also für den Fall des Obsiegens auch von der gegnerischen Partei zu tragen; man kann nur hoffen, daß der Stundensatz nicht so hoch ist, einheitliche, von jedem einsehbare Gebührenordnungen für Verbände – vergleichbar dem RVG für Rechtsanwälte - gibt es allerdings bislang nicht.

2. Wie oft im Leben, hat man sich jedoch zu früh gefreut, wenn man nur die ersten drei Absätze des § 24 gelesen hat, denn in Abs. 4 ist die **Abtretung** von Schadens- und Entschädigungsansprüchen (§§ 15 Abs. 1, 22 Abs. 3 S. 3) an einen Verband vorgesehen, die sehr stark an die im alten Entwurf enthaltene Prozeßstandvorschrift erinnert. Die Verbände reißen sich damit in einen durch gesetzliche Verankerungen festgelegten, illustren Kreis von Insolvenzverwaltern über Testamentsvollstrecker bis hin zu Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ein. Grundsätzlich wirkt ein Urteil in diesen Fällen der gesetzlichen Prozeßstandschaft zwar nur für und gegen den Prozeßführungsbefugten – und damit für und gegen den Verein - und nicht für und gegen den Rechtsträger (§ 325 ZPO). Da der Benachteiligte seine Ansprüche abgetreten hat, erstreckt sich die Rechtskraft des Urteils auf ihn, er kann seinen Anspruch dann nicht mehr erneut selbst oder durch einen anderen Verband geltend machen. Vorteile der Prozeßstandschaft gegenüber der rechtlichen Vertretung des Benachteiligten bestehen zum einen darin, daß der Verband selbst Partei wird, so daß im Rahmen der Beweiserhebung der benachteiligte Rechtsinhaber als Zeuge vernommen werden kann.⁴⁷ Zudem hat der Verband die Kosten zu tragen. Problematisch ist hingegen die Übertragbarkeit bereits entstandener Entschädigungsansprüche wegen Verletzungen von Persönlichkeitsrechten und die darüber hinaus dem Verband eingeräumten gerichtlichen und außergerichtlichen **Einziehungsbefugnisse**. Letztere erinnern an die rechtlich eigenartige Konstruktion in § 10 des neuen UWG, wonach Verbände den Gewinn als Partei einziehen können, der Gewinn aber an einen Dritten, nämlich den Bundeshaushalt herauszugeben ist.
3. Bis vor Aufnahme der gesetzlichen Prozeßstandschaft für Verbände bei Verletzung der Rechte behinderter Menschen in das IX. Sozialgesetzbuch (§ 63, vgl. § 12 BGG) gab es eine formale Zuständigkeit für die Durchsetzung von Diskriminierungsverboten im deutschen Recht nur für die Betriebs- und Personalräte (nach §§ 75, 80 BetrVG), die aber nicht mit einer Prozeßstandschaft verbunden ist. Zudem kennt man im deutschen Arbeitsrecht die Verbandsklagebefugnis aus eigenem Recht und im kollektiven

⁴⁶ Vgl. *Hartmann* in Baumbach, aaO. (Fn...), Übers. § 91 Rn.22, 23.

⁴⁷ Zu den Vorteilen einer prozeßstandschaftlichen Vertretung *Kocher*, Antidiskriminierungsrecht vor den Arbeitsgerichten – Perspektiven des kollektiven Rechtsschutzes, Streit 2003, S. 139, 141.

Mitgliederinteresse. So steht Gewerkschaften aus Art. 9 Abs. 3 GG ein Unterlassungsanspruch zu, wenn betriebliche Regelungen Tarifbestimmungen rechtswidrig verdrängen.⁴⁸ Die Verbandsklage ist zudem als Unterlassungsklage vorgesehen im Wettbewerbsrecht und zum Schutz vor Verstößen gegen Verbraucherschutzgesetz.⁴⁹ Ein wesentlicher Unterschied zu der Verbandsklage wegen einer Diskriminierung liegt aber darin, daß die „Antidiskriminierungs-Verbände“ an Stelle des Rechtsträgers und nur mit seiner Ermächtigung tätig werden. Die „Wettbewerbs“-Verbände können hingegen unabhängig von der Klage eines in seinen Rechten verletzten Mitbewerbers und unabhängig von einer Ermächtigung oder Zustimmung Unterlassung begehren, wenn sie die Kollektivinteressen der Verbraucher als berührt ansieht.⁵⁰

4. Ein weiterer zentraler Unterschied besteht darin, daß die Antidiskriminierungsverbände auch Schadensersatz verlangen können. Dies ist darin begründet, daß die Verbände die Rechtsinteressen eines einzelnen vertreten, der mit der Geltendmachung einverstanden sein muß.⁵¹ Begrüßenswert ist, daß der Entwurf gerade kein Verbandsklagerecht vorsieht, daß unabhängig von der Zustimmung des Betroffenen existiert und die Verbände ermächtigt, als Sachwalter des Allgemeininteresses gegen Diskriminierungen vorzugehen und der Befugnis, Gewinne abzuschöpfen.

III. Schlußbemerkungen:

1. In der Rechtsprechung zu Diskriminierungssachverhalten haben sich bereits Beweiserleichterungen herausgebildet bzw. ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz, so daß es insofern einer weiteren ausdrücklichen Norm nicht bedarf. Die Neuregelungen im Zivil- und Arbeitsrecht wären damit nicht systemfremd, sie wären aber auch nicht unbedingt systembereichernd.
2. Abgesehen von den Kostenvorteilen und der Möglichkeit der Zeugenaussage des Betroffenen wird auch eine Verbandsklage zumindest einem Arbeitnehmer nicht die reifliche Überlegung abnehmen, gerichtlich gegen seinen Arbeitgeber vorzugehen und dadurch Nachteile zu riskieren oder lieber darauf zu verzichten. Auch ein Mieter, der seinen Vermieter im Klagewege „bezwungen“ hat, wird nach dem naturgemäßen Lauf der Dinge nicht notwendig in einem friedfertigen Mietverhältnis koexistieren. Gerade der

⁴⁸ Vgl. *Kocher*, S. 140; *Mühlenbruch*, Symposium „Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland“, ZWR 2003, S. 144, 146; zum Anspruch auf Aufnahme gegen Gewerkschaften auf Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG, § 38 BGB vgl. BGH NJW 1985, S. 1216 ff.

⁴⁹ § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (vormals § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG, § 4 Abs. 2 UKlaG, im GebrMG, MarkenG und nunmehr auch in § 44 Abs. 2 TKG, § 33 Abs. 2 Nr. 1 GWB-Entwurf (7. GWB-Novelle), § 28 EnWG-Entwurf.

⁵⁰ Die Klagebefugnis von Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen i. S. d. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG wird damit begründet, dass die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs auch im öffentlichen Interesse liege. Diese müssten kollektiv und damit über den auf den Schutz individueller Rechte beschränkten Zivil- und Deliktsrechts hinaus wahrgenommen werden. Vgl. zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 BGH, GRUR 1990, S. 282, 284 *Wettbewerbsverein IV*; GRUR 1994, S. 304, 305 *Zigarettenwerbung in Jugendzeitschriften. Beater*, Unlauterer Wettbewerb, 2002, § 30 Rn.123; *Köhler/Piper*, UWG Kommentar, 3. Aufl. 2002, § 13 Rn.17.

⁵¹ Zwar können Verbände sich nach geltendem Recht am Prozeß einer Privatperson beteiligen, insbesondere kann ihm durch gewillkürte Prozeßstandschaft die Prozeßführungsbefugnis durch Rechtsgeschäft übertragen werden. Vorausgesetzt, der Verein hat ein eigenes rechtliches Interesse. D. h., das Verfahren muß Einfluß auf die eigene Rechtslage haben.⁵¹ Da dies regelmäßig nicht der Fall sein wird, besteht Umsetzungsbedarf.

Zwang zum vertrauensvollen „Sich-Vertragen“ erscheint in personenbezogenen Verträgen – und das sind nun einmal alle Rechtsgeschäfte, außer die mit Warenautomaten abgeschlossenen - wenig glücklich.⁵²

3. Es stellt sich daher die Frage: was wird tatsächlich gewonnen? Ist nicht vor allem der „Gewinn“ an Verunsicherung die Folge? Die Frage, ob sich dadurch etwas an den gesellschaftlichen Zuständen ändert und an der Motivationslage, die immer auf subjektiven Ansichten erbaut ist, beantwortet sich von selbst: Wohl kaum. Oder doch, ja insofern, als Begründungszwang und Argumentationsaufwand größer geworden sind.
4. Um eine Klage erst gar nicht zu provozieren, sollte ein Arbeitgeber darauf bestehen, daß ihm Bewerbungsunterlagen zugesandt werden, in denen Altersangaben, also das Geburtsdatum, fehlt. Auch auf weitere Jahreszahlen, die einen Schluß auf das Alter zumindest mittelbar zulassen, also die Schul- und spätere Bildung – soweit vorhanden -, sollte aus demselben Grund verzichtet werden. Mit etwaigen Angaben über die Religion sollte ein zukünftiger Arbeitgeber ebenso wenig belastet werden wie über den Status als verheiratet, ledig, geschieden oder verwitwet, da sich auch daraus Rückschlüsse auf die sexuelle Identität ziehen lassen. Fehlen sollten auch Hinweise auf die Art der besuchten Schule, z. B. einer Rudolf-Steiner-Schule, da diese Erkenntnisse bzgl. einer möglichen weltanschaulichen Prägung nach sich ziehen könnten. Der Geburtsort sowie Hinweise auf die Eltern müssen unbedingt eliminiert werden, schließlich könnten sie Aufschluß über die ethnische Abstammung offenbaren. Schließlich muß die Angabe des Vornamens unbedingt fehlen bzw. durch Initialen neutralisiert werden, da er – zumindest im Regelfall - eindeutig auf ein Geschlecht hinweist. Besser sollte auch auf den Nachnamen verzichtet werden, da sich auch daraus Schlüsse auf eine ethnische Abstammung ziehen lassen. Derartig abgespeckte Bewerbungsunterlagen würden für alle Beteiligten eine erhebliche Erleichterung bedeuten. Der Bewerber könnte sich viel Arbeit sparen, der Arbeitgeber braucht sich keine Argumentationskette zur Begründung seiner Einstellung für einen und gegen zehn andere zurechtzulegen, da sie jedenfalls frei von den Benachteiligungsmerkmalen wäre, denn solche sind ihm ja gar nicht erst bekannt geworden. Er darf seine Entscheidung nun frei und rein subjektiv begründen. Es bleiben allerdings noch all die anderen Diskriminierungsfallen im Arbeitsleben und im durch den Abschluß von Rechtsgeschäften durchkreuzten Alltag, die dann anhand des neuen Gesetzes glimpflich gelöst werden können.
5. Den Begriff der „Rasse“ habe ich bewußt ignoriert. Der deutsche Gesetzgeber sollte klüger sein als der europäische und Abstand nehmen vom Begriff der „Rasse“. Man muß sich nicht der Sprache der Täter bedienen, um etwas zu benennen, was es nicht gibt.⁵³ Es wird der falsche Schluß gezogen, wenn festgestellt wird, daß es zwar keine menschlichen Rassen im biologischen Sinne gibt und gleichwohl an dem Begriff klammert. Hinter dem Euphemismus der „Signalwirkung“, die vermeintlich von der Begriffsbenutzung ausgehen soll,⁵⁴ birgt jede Benutzung des Begriffs eine weitere Verletzung, eine erneute Stigmatisierung, die überflüssig ist. Wer möchte schon gern wegen seiner „Rasse“ benachteiligt werden? Die Benutzer dieses Begriffs fühlen sich deshalb frei genug, sich er Tätersprache und nicht einmal in Anführungsstrichen zitierend zu bedienen, weil sie glauben, daß sie ohnehin nicht darunter fallen und ihnen nie eine

⁵² Vgl. zum Kontrahierungszwang *Reichold*, Sozialgerechtigkeit versus Vertragsgerechtigkeit - arbeitsrechtliche Erfahrungen, JZ 2004, S. 384, 392.

⁵³ Um dies zu erkennen, muß man nicht erst *Klemperes* „LTI“ über die Sprache des Dritten Reiches (Lingua Tertii Imperii) lesen; sehr lesenswert ist es allerdings.

⁵⁴ So die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/4538, S. 28.

„Rassendiskriminierung“ zugefügt werden kann. Der Begriff ist im übrigen völlig überflüssig, denn es gibt keinen Sachverhalt oder kein Merkmal, das sich nicht unter den Begriff der „ethnischen Herkunft“ subsumieren läßt; eine mangelnde Richtlinienumsetzung könnte also niemandem vorgehalten werden. Der deutsche Gesetzgeber sollte daher, statt die bemühten Rechtfertigungsversuche der EU-Kommission zu übernehmen,⁵⁵ den Begriff aufgeben. Davon würde dann eine echte Signalwirkung ausgehen.

6. Am Ende soll aber eine positive Aussicht stehen: Da also zu erwarten ist, daß der Erfolg, den die Umsetzung der Richtlinien in allen Mitgliedstaaten haben wird, ebenso groß und gut sein wird, wie der gute Wille, der die Kommission zu diesen Richtlinien veranlasst hat, groß ist, kann man nur hoffen, daß in die Reihe der alten und in jeder allen mitgliedstaatlichen Verfassung normierten Diskriminierungsmerkmale weitere neue Merkmale aufgenommen werden. Ich habe dabei an folgende Merkmale gedacht: Niemand darf benachteiligt werden wegen seines Gewichts, seiner Größe, weil er ein Kind ist, weil er kinderlos ist, weil er Raucher ist, weil er Eigentümer eines Hauses ist, weil er Markenkleidung trägt, weil er Auto fährt. Zu all diesen Merkmalen gibt es täglich zu erlebende offenkundige Benachteiligungssituationen, aber das würde jetzt zu weit führen. Der EU-Gesetzgeber sollte die ihm zur Verfügung stehende Plattform nutzen, um über eine entsprechende Ausweitung der Benachteiligungsverbote nachzudenken.

⁵⁵ BT-Drs. 15/4538, S. 28.