

Wiebke Hennig, Susanne Baer

Europarecht als Chance

Zu den Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 und 2000/78/EG vom 27. November 2000 gegen Diskriminierung¹

Europäische Richtlinien verpflichteten die Bundesrepublik Deutschland, wirksames Recht gegen Diskriminierung zu schaffen. Das gilt für geschlechtsbezogene Benachteiligung ausweislich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Richtlinien (RL) zu Art. 141 EGV schon länger.² Es gilt jetzt aber auch für rassistische Benachteiligung und Ausgrenzungen wegen der sexuellen Orientierung, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung oder des Alters. Die RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft³ (hier: *RL ethnische Herkunft*) und die RL 2000/78/EG zur Festlegung des allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf⁴ (hier: *RL Beruf*) zum Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (im deutschen Sprachraum üblicher: Orientierung) zwingen Deutschland, bis zum 19. Juli bzw. 2. Dezember 2003 zu handeln.⁵ Der Gesetzgeber ist also gefordert. Die Erwägungsgründe beider RL besagen, dass es um ein Menschenrecht gehe, Diskriminierung die Ziele Europas gefährde und daher gleiche Teilhabe zu gewährleisten, Ungleichbehandlungen zu beseitigen und vor Diskriminierungen zu schützen sei. Rechtsschutz sollen auch Verbände anstreben können und Beweislast soll angemessen verteilt werden.

In der vergangenen Legislaturperiode hat das Bundesministerium der Justiz zur Umsetzung der Richtlinien einen Entwurf zur Änderung des BGB vorgelegt. Dieser stieß jedoch auf ein überaus geteiltes Echo. Die einen sahen das Ende der Vertragsfreiheit, das jüngst auch wieder zu drohen schien, als das Bundesarbeitsgericht zugunsten einer Muslima entschied, sie dürfe ihr Kopftuch auch als Verkäuferin tragen.⁶ Die anderen – und unter ihnen der Deutsche Juristinnenbund in einer Stellungnahme vom 18.2.2002⁷ – kritisierten das BMJ, weil es nicht weit genug gegangen sei. Hier soll skizziert werden, was die Richtlinien rechtspolitisch bedeuten und welche

Spielräume in Deutschland zu füllen sind und laut Koalitionsvertrag der Regierungsparteien avisiert werden.

Ganzheitlicher Ansatz

Grundlegend anerkennt die EU mit den Richtlinien, dass Ausgrenzung durch Benachteiligung Menschen in ihrer Individualität und nicht nur in einer Hinsicht trifft. Der Schutz vor nur *einer* Form der Ungerechtigkeit ist der Komplexität von Erfahrung unangemessen. Vielmehr geht es um Schutz vor allen kategorialen Ausgrenzungen anderer Menschen. Diesen bietet deutsches Recht bislang nicht. Es schützt zwar vor Volksverhetzung oder vor geschlechtsspezifischen Stellenausschreibungen. So regelt es aber nur punktuell, was Diskriminierung ausmacht. Ganze Lebensbereiche wie das Versicherungsrecht, das Mietrecht oder das Kaufvertragsrecht werden juristisch aus dem Spektrum diskriminierender Praktiken ausgeblendet. Zwar lässt sich argumentieren, dass auch für diese Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes oder die allgemeinen Regeln des Verbots sittenwidrigen Handelns gälten. Doch ist das eine nur theoretische Option: Wirksames Recht muss gerade in Fällen der Diskriminierung auch benennen, was nicht akzeptiert wird, um den Zugang zum Recht für die Betroffenen auch durch Enttabuisierung zu ermöglichen.

„Diskriminierung“

Konzeptionell zentraler Punkt der Richtlinien ist der Diskriminierungsbegriff. In den Richtlinien wird Diskriminierung jeweils in Artikel 2 gleichlautend definiert. Diskriminierung ist die benachteiligende Behandlung, die unmittelbar, also ausdrücklich (Abs. 2 a) oder mittelbar, also tatsächlich (Abs. 2 b) auf die Rasse oder Ethnie, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Orientierung zurückzuführen ist. Hier liegt strukturell keine Neuerung, denn die Unterscheidung zwischen mittelbar und unmittelbar ist in Umsetzung der EU-Gleichstellungsrichtlinie auch Bestandteil des deutschen Arbeitsrechts. Im Detail ergeben sich jedoch Präzisierungen.

1 Siehe die Beilagen in diesem Heft.

2 Siehe die Neufassung der RL 76/297/EWG vom 23.9.2002, abgedruckt in der Beilage zu STREIT 3/2002.

3 ABl. EG L 180 v. 19.7.2000, S. 22 ff.

4 ABl. EG L 303 v. 2.12.2000, S. 16.

5 S.a. Nickel, NJW 2001, 2674; Baer, ZRP 34 (2001), S. 500-504.

6 BAG, Urteil vom 10.10.2002 – 2 AZR 472/01.

7 <http://www.djb.de/content.php/pmsn-82.html>.

Unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn die „ethnische Zugehörigkeit“ oder beispielsweise die sexuelle Orientierung einer Person ausdrücklich als Unterscheidungskriterium und damit als Anknüpfungspunkt einer Benachteiligung herangezogen wird. Dies ist etwa der Fall, wenn der Türsteher einer Bar einem Menschen mit den Worten den Zutritt verwehrt, „Türken kommen hier nicht rein“, oder wenn eine Vermieterin den Vertrag nicht schließen will, weil zwei Frauen als Hauptmieterinnen auftreten wollen.

Nach Art. 2 Abs. 4 der Richtlinien ist es auch Diskriminierung, wenn jemand andere Personen zu diskriminierenden Verhaltensweisen anweist. Das dürfte insbesondere im Arbeits- und Wirtschaftsleben eine Rolle spielen, wo Arbeitgeber oder Geschäftsherrn auch durch Unterlassen daran mitwirken können, dass beispielsweise Menschen dunkler Hautfarbe, Homosexuelle oder alte Menschen im Betrieb oder im Dienstleistungsbereich schlecht behandelt werden.

Was „Diskriminierung“ ist, erklärt sich also nicht aus einer abstrakten Rechnung, sondern aus den Erfahrungen der Betroffenen. Es geht um Erfahrungen der sozialen Ausgrenzung, des behinderten Zugangs und eingeschränkter Entfaltungsmöglichkeit, um Schmerz und Leid, um materielle und kulturelle Verluste. So reicht nicht, anders behandelt zu werden (das kann auch der Förderung dienen), sondern diskriminiert wird nur, wer einen Nachteil erleidet. Diskriminierung lebt folglich auch nicht von Vorsatz; sie lebt eher von Verhalten, das als normal empfunden wird, obwohl es benachteiligt. Daher hat der EuGH schon vor einiger Zeit entschieden, dass Schadensersatz bei Diskriminierung nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass jemand gezielt frauenfeindlich gehandelt hat, sondern allein auf die Folge der Handlung abzustellen ist. Auch das Bundesverfassungsgericht sprach bereits von Nachteilen im Geschlechterverhältnis⁸, gegen die das insofern eindeutige Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 GG in seiner durch Satz 2 verstärkten Fassung schützt. Es geht also um einen folgenorientierten Diskriminierungsbegriff.

Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn Unterscheidungen nicht ausdrücklich an ein Merkmal anknüpfen, aber tatsächlich Menschen benachteiligen können, die entsprechend leben. Das klassische Beispiel aus dem Zusammenhang der geschlechtsbezogenen Diskriminierung ist die Benachteiligung von (neutral) Teilzeitarbeitenden, die ganz überwiegend Frauen sind. Im Einzelfall kann es schwierig

sein, genau zu ermitteln, ob eine neutrale Vorschrift oder Handlung mittelbar diskriminiert. Zum Beispiel mag Turbanträgern die Benutzung von Autoscootern aus Sicherheitsgründen untersagt werden. Die neutrale Regelung trifft tatsächlich die Gruppe der Sikhs, die aus religiösen Gründen einen Turban tragen, zahlenmäßig disproportional. Entscheidend ist nun, ob diese Betroffenheit auch eine Benachteiligung darstellt. Dies ist der Fall, wenn die Sicherheit auch ohne das Turbanverbot gewährleistet werden kann oder aber das Verbot für alle entsprechenden Kopfbedeckungen sachlich gefordert ist. Da der folgenreorientierte Diskriminierungsbegriff gilt, kommt es nicht darauf an, ob ein Autoscooterbetreiber rassistisch handelt oder gar denkt. Entscheidend ist allein, ob Sikhs als solche benachteiligt werden. Ein Diskriminierungsverbot zwingt also dazu, „verdächtige“ Regelungen sachlich zu begründen oder aber abzuschaffen.

Eine wichtige Neuerung der RL liegt darin, dass Recht gegen mittelbare Diskriminierung auch wirken soll, wenn Nachteile potentiell vorliegen. Die hohe Wahrscheinlichkeit von Nachteilen genügt, wobei die Mitgliedstaaten entscheiden können, welche Nachweise sie dafür fordern (Entscheidungsgrund 15). Will die Bundesrepublik wirklich gegen Diskriminierung vorgehen, muss sie die Schwelle niedrig ansetzen, denn sonst wirken Beweisanforderungen praktisch rechtsverhindernd.

Belästigungen

Eine weitere Neuerung liegt darin, dass die RL in Art. 2 Abs. 3 ausdrücklich auch Belästigungen als Diskriminierungen definieren. Auch hier eröffnen die RL den Mitgliedstaaten Gestaltungsspielraum, denn Belästigung darf im Einklang mit innerstaatlichen Gepflogenheiten definiert werden. Nach der RL sind es Handlungen, die bezwecken *oder* bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt und ein von Einschüchterungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird. In Deutschland regelt dies im Ansatz für den Erwerbsarbeitsplatz das Beschäftigungsschutzgesetz⁹; für bestimmte Fälle des „stalking“ gilt das Gewaltschutzgesetz¹⁰. Hier hat die Bundesrepublik aber die Chance, die Rechtslage zu verbessern. Insbesondere ist das Vorsatzerfordernis des § 2 Abs. 2 BSchG europarechtswidrig.

Ausnahmen

Die RL definieren zudem ausdrücklich, dass bestimmte Fälle der Ungleichbehandlung keine Diskri-

8 BVerfGE 85, 191 (207); BVerfGE 57, 335 (343).

9 Gesetz zum Schutz der Beschäftigten vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz, BGBl. 1994, II, S. 1412. Umfassend dazu Baer

1995. Problematisch aber z.B. LArbG Köln, ZTR 1999, 274 (rassistische und sexistische Witze kein Kündigungsgrund).

10 Dazu Schweikert/Baer, Das neue Gewaltschutzrecht, NOMOS, Baden-Baden 2002.

minierung sind. Nach Art. 5 RL wie auch Art. 141 Abs. 4 EGV gilt dies für „spezifische Vergünstigungen“, wenn sie als „positive Maßnahmen“ konsequent im Sinne des Gleichstellungsgebotes und Diskriminierungsschutzes ergriffen werden. Es gilt für Maßnahmen, „mit denen Benachteiligungen ... verhindert oder ausgeglichen werden“. Regelungen, die z.B. im Mitbestimmungsrecht Minderheiten Plätze in Betriebs- und Personalräten sichern sollen, sind danach ebenso zulässig wie die Einsetzung von besonderen Beauftragten oder aber die finanzielle Förderung besonderer Programme für Migrantinnen und Migranten. Das gilt nach Art. 5 *RL Beruf* insbesondere für Behinderte.

Nach Art. 4 RL liegt außerdem keine Diskriminierung vor, wenn eine Ungleichbehandlung „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“. Das gilt nach Art. 6 *RL Beruf* insbesondere für alte Menschen. Bei ethnischen Differenzierungen ist dagegen nach dem 18. Erwägungsgrund der RL nur ein enger Bereich gemeint, in denen eine bestimmte Herkunft unverzichtbar sein kann. Beispiele sind das Schauspiel oder die Beratung, wenn ein bestimmter Erfahrungshintergrund gefordert ist, also Migrantinnen nur von Migrantinnen beraten werden wollen. Keine derartige Ausnahme liegt aber – im Einklang mit der deutschen Rechtsprechung – vor, wenn ein Kaufhaus keine Muslime einstellt, weil die Kunden das angeblich nicht mögen. Dem Gesetzgeber ist es zwar nach Art. 3 Abs. 4 *RL Beruf* erlaubt, Behinderte aus den Streitkräften auszuschließen, doch dürfte ein Ausschluss von *allen* Arbeitsplätzen in der Bundeswehr mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG nicht zu vereinbaren sein.

Eine weitere Ausnahme gibt es bei Diskriminierungen aufgrund der Religion und des Glaubens nach Art. 4 Abs. 2 *RL Beruf*. Religionsgemeinschaften dürfen nach dem Glauben entscheiden, wenn dieser für eine Tätigkeit wesentlich, rechtmäßig und dies gerechtfertigt ist. Eine Einrichtung in kirchlicher Trägerschaft muss also Andersgläubige nicht in jedem, aber doch in den meisten Bereichen einstellen. Auch verbietet die RL jede Diskriminierung aus einem anderen Grund. Die Benachteiligung von Homosexuellen in zahlreichen Glaubensgemeinschaften ist also nicht mehr zulässig. Auch hier hat der Gesetzgeber also zu tun.

Geschützte Personen

Die RL löst nicht das Problem allen Antidiskriminierungsrechtes, Menschen zu stereotypisieren, um gegen das Stereotyp anzugehen. So besagt die *RL ethni-*

sche Herkunft in Art. 2, dass sie die Benachteiligungen erfasst, die „aus Gründen“ (Abs. 1) oder „im Zusammenhang mit“ (Abs. 3) der Rasse oder der ethnischen Herkunft erfolgen. Was aber bedeutet das genau? Klar ist, dass die Regelungen auf den Schutz von natürlichen Personen zielen, die aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer „Gruppe“ benachteiligt werden. Sie etabliert nicht Gruppenrechte – die Verbandsklage ermöglicht auch nur Repräsentation –, sondern ermöglicht individuellen Rechtsschutz gegen gruppenbezogene Nachteile. Es heißt zwar in Art. 2 Abs. 2 b), dass es um die Verhinderung von Nachteilen geht, die „Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören“ erleiden können. Damit ist aber gemeint, dass Diskriminierung erst vorliegt, wenn Menschen aufgrund eines stereotypen Kriteriums benachteiligt werden. Jemanden nicht zu mögen ist auch im Rahmen dieser Richtlinie etwas grundlegend anderes als ein Handeln, in dem die Konsequenzen solcher Apathie beispielsweise überwiegend Menschen dunkler Hautfarbe tragen.

Die RL zielt also darauf, Menschen nicht auszugrenzen, in dem sie in Gruppen eingeteilt, Stereotype genutzt oder gar Teilaspekte essentialisiert werden. So nutzt die RL den Begriff „Rasse“, wendet sich aber in Erwägungsgrund (6) ausdrücklich gegen „Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen“.¹¹ „Rasse“ wird wie „ethnische Herkunft“¹² als Marker verstanden, als Bezeichnung, stereotypisierende Zuweisung, als, wie in den Geschlechterstudien formuliert wird, „Platzanweiser“. Ebenso verbietet das Grundgesetz in

Art. 3 Abs. 3 S. 1 die Benachteiligung aufgrund der „Rasse“ und wollte damit nicht den nationalsozialistischen Ideologien folgen, sondern gerade ein Zeichen gegen sie setzen. Desgleichen findet sich in völkerrechtlichen Pakten, die sich gegen Diskriminierung wenden, der Ausdruck „menschliche Rasse“. Auch die Vertragsstaaten dieser Übereinkünfte gingen nicht davon aus, dass es biologisch determinierte „Rassen“ gibt, sondern handelten in dem Bewusstsein, dass Menschen aufgrund ihrer Hautfarbe oder angeblichen „Rassenzugehörigkeit“ verfolgt und diskriminiert werden.

„Rasse“ oder „ethnische Herkunft“ bezeichnen also einen Anlass zur Diskriminierung, nicht aber eine „Tatsache“, auf die unsachlich Bezug genommen wird. Wer Menschen *als* ethnisch anders behandelt, diskriminiert im Regelfall bereits. Häufig ist den Handelnden auch gar nicht bekannt oder nicht ersichtlich, ob „tatsächlich“ der- oder diejenige vor ihnen stehen, die sie „anders“ behandeln wollen.¹³ Staatsangehörigkeit oder Herkunft und sogar Geschlechtszugehörigkeit sind keinesfalls immer so eindeutig erkennbar, wie es eine Diskriminierungsideologie glauben machen will.

Anwendungsbereich

Der öffentliche Streit des letzten Jahres entzündete sich vor allen Dingen daran, dass die RL nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 alle öffentlichen und privaten Akteure an das Diskriminierungsverbot binden. Sie setzen gewissermaßen Verfassungsrecht in das private Vertragsrecht um, binden also insbesondere die Vertragsfreiheit an das Toleranzgebot.¹⁴ Die RL definieren detailliert, wo das Diskriminierungsverbot gilt.

Nach Art. 3 Abs. 1 a), b) und c) RL gilt das Diskriminierungsverbot in Bezug auf den Zugang zu und die Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt, Vergünstigungen, Beförderungen oder freiwillige Leistungen, Schulungen, Maßnahmen zur Weiterbildung oder disziplinarische Maßnahmen innerhalb eines Arbeitsverhältnisses uneingeschränkt. Damit wird geltendes Recht wesentlich ergänzt.¹⁵

Nach Art. 3 Abs. 1 d) RL gilt das Diskriminierungsverbot auch für die Mitgliedschaft in Arbeit-

nehmer- oder Arbeitgeberorganisation oder sonstigen berufsständischen Organisationen. § 27 GWB kennt bereits den Aufnahmewang von Wirtschafts- und Berufsvereinigungen. In Anlehnung daran und an § 826 BGB, Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG sehen Gerichte auch den Zwang zur Aufnahme Beitrittswilliger für Gewerkschaften,¹⁶ wenn eine Ablehnung sachlich nicht gerechtfertigt ist und unbillig benachteiligt. Doch kann der Gesetzgeber nun klarstellen.

Nach Art. 3 Abs. 1 e) und f) *RL ethnische Herkunft* gilt dieses Diskriminierungsverbot auch im sozialen Bereich, also für jede Form der sozialen Sicherung und alle sozialen Leistungen, die an den Wohnsitz anknüpfen.¹⁷ Auch dies muss der deutsche Gesetzgeber nun regeln. Sozialrecht darf dagegen nach Behinderung und Alter differenzieren, Art. 3 Abs. 3, aber nicht benachteiligen (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG), wohingegen Unterschiede nach der sexuellen Orientierung oder der Weltanschauung schwerer zu rechtfertigen sein dürften.

Nach Art. 3 Abs. 1 g) *RL ethnische Herkunft* gilt das Diskriminierungsverbot zudem für den Bereich der „Bildung“. Dazu gehört der Zugang zu Bildungseinrichtungen und deren Inhalte, also zum Beispiel die Gestaltung der Schulbücher und sonstigen Unterrichtsmaterialien. Dies ist insbesondere für die privaten Bildungsangebote in der Bundesrepublik juristisches Neuland.

Nach Art. 3 Abs. 1 h) der *RL ethnische Herkunft* erstreckt sich das Diskriminierungsverbot auf „den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“. Hier ist der heftigste Protest entbrannt. Dabei ist die Reichweite eines Diskriminierungsverbots im Dienstleistungssektor der Miet-, Dienst-, Versicherungs- oder Kaufverträge besonders relevant. Hier sind Diskriminierungen häufig und immateriell wie materiell erheblich. Dagegen steht das Interesse, bei „privaten“ Entscheidungen in Ruhe gelassen zu werden. Im Klartext steht dahinter der Wunsch, in den eigenen vier Wänden auch diskriminierende Entscheidungen treffen zu können, also nicht mit einem Araber unter einem Dach leben zu müssen, die Großmutter nicht von einer Polin pflegen zu lassen oder die

11 Auch in einem deutschen Gesetzestext sollte klargestellt werden, dass die Verwendung des Begriffs „ethnische Zugehörigkeit/Zuordnung“ nicht die Annahme der Existenz verschiedener statischer und nach eindeutigen Kriterien voneinander abgrenzbarer Ethnien impliziert. Zum einen wäre die Aufnahme eines begriffserläuternden und klarstellenden Absatzes im ADG empfehlenswert. Insofern kommt Begründungserwägung (6) der Richtlinie Vorbildcharakter zu. Außerdem empfiehlt es sich, nicht die Formel „Benachteiligung aufgrund/wegen der ethnischen Zugehörigkeit...“ zu verwenden, sondern besser die Formulierung „an (vermeintliche) ethnische Zugehörigkeit anknüpfende Benachteiligung“ zu verwenden.

12 Als objektive Merkmale einer „ethnischen Gruppe“ gelten gemeinsame Kultur, Geschichte, Sprache und teilweise Religion und Abstammung; subjektiv wird Eigenwahrnehmung als Grup-

pe vorausgesetzt. Eine immer passende Definition der „ethnischen Gruppe“ gibt es damit gerade nicht.

13 Berühmt ist der amerikanische Fall der Rassendiskriminierung mit den Menschen weißer Hautfarbe, die „one drop“ schwarzes Blut in sich hätten.

14 Dazu ausführlich Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung?, 35 ZRP 7/2002, S. 290-294.

15 Im Erwerbsleben fand sich bislang nur im Mitbestimmungsrecht ein Ansatz für Schutz vor Rassismus. § 75 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz regelt und die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers besagt, dass an ethnische Herkunft anknüpfende Ungleichbehandlungen zu unterbleiben haben.

16 BGH, 10.12.1984, II ZRR 91/84.

17 S. VO zur Freizügigkeit, Art. 7 Abs. 2 VO 1612/68.

Kinder nicht von einem Türken betreut zu sehen. Will der deutsche Gesetzgeber diesen Freiraum erhalten? Was also ist „öffentlich“? Ist die Zeitungsannonce „Suche Reinigungskraft“ privat, wenn sie ein Einzeler aufgibt, und nicht mehr privat, wenn dieser Einzelne die Kraft für Dritte sucht? Und wie verhält es sich mit den Märkten der Beratung und Therapie, die nicht privat und doch „intim“ arbeiten?

Nach dem Wortlaut meint „öffentlich“ ein allgemeines Angebot an einen unbestimmten Personenkreis. Das umfasst auch Fälle, in denen z.B. Zimmer der eigenen Wohnung untervermietet werden, Pflegekräfte für ältere Menschen in deren privater Umgebung arbeiten oder Kinder betreut werden sollen. Handelt es sich nicht um Leistungen, die aufgrund von Verwandtschaft oder Freundschaft erbracht werden, sondern um Leistungen, die Beliebigen angeboten wird und für die Andere bezahlt werden, wird sie „öffentlich“. Aus dem nachteilsbezogenen Diskriminierungsbegriff ergibt sich, dass die RL umgesetzt wird, wenn alle Handlungen des Wirtschaftslebens erfassen sind, die Nachteile bewirken. Derartiges Recht tangiert die Privatsphäre nicht, da es nicht gesinnungs-, sondern folgenorientiert strukturiert ist. Es geht nicht um rassistisches Denken, das dem Zugriff des Rechts entzogen ist (und daher mit anderen Mitteln der Bildungs-, Sozial- und Kulturpolitik beeinflusst werden kann), sondern um rassistisches Handeln, das europarechtlich nicht mehr toleriert wird.

Nach Art. 6 bzw. 8 RL besteht auch die Möglichkeit, den Anwendungsbereich der RL zu erweitern. Der deutsche Gesetzgeber hat hier die Chance, mit europäischer Rückendeckung Diskriminierungen bei Dienstleistungen auch zum Schutz von Homosexuellen, alten Menschen, Gläubigen und Behinderten zu unterbinden. Die RL treffen keine Regelung zu Diskriminierungen bei der Mitgliedschaft in einem Verein, einer Gesellschaft oder einer Partei. Das wollte aber Bündnis 90/Die GRÜNEN in den Anwendungsbereich eines deutschen ADG einbeziehen. Allerdings sind Art. 9 Abs. 1 oder 21 GG zu beachten. Es stehen sich Individualrechte auf chancengleiche parteipolitische Betätigung aus Art. 9 Abs. 1 i.V.m. 21 GG (Parteien als Vereinigungen), Art. 3 Abs. 1 (Gleichbehandlung), Art. 20 Abs. 1, 2, (Demokratie und Rechtsstaat), Art. 38 Abs. 1 GG (Wahlrechtsgrundsätze), das effektive passive Wahl- und Wahlvorschlagsrecht in Art. 38 Abs. 1, 2 GG und die objektiv-rechtliche Absicherung dieser Grundsätze in Art. 21 Abs. 1 S.3 GG einerseits und die Freiheit der Parteigründung und Tendenzfreiheit der Parteien in Art. 9 und 21 GG andererseits gegenüber. Der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes meinte, § 10 Abs. 1 S.1 Parteiengesetz („Parteien entscheiden frei über

die Aufnahme ihrer Mitglieder“) lasse für Aufnahmepflichten zwar wenig Raum, doch bezog er das ausdrücklich nicht auf den „(Extrem-) Fall, [...] wie die Frage, wie es sich verhielte, wenn sich die Ablehnung eines Aufnahmeantrags auf Satzungsbestimmungen stützte, die gegen die elementaren Grundsätze der demokratischen Verfassung wie Art. 3 Abs. 3 GG verstießen.“¹⁸ So scheint eine Ausweitung des Diskriminierungsverbotes auf politische Parteien unter dem Vorbehalt der Art. 4 und 5 RL vertretbar: will eine Partei gerade Interessen von Menschen bestimmter Herkunft vertreten, kann sie sich dafür entscheiden, nur diese aufzunehmen, will dagegen eine Partei das Diskriminierungsverbot unterminieren, steht ihr dieses Recht – jenseits des wohl praktisch fehlenden Interesses der Bekämpften, Mitglied zu werden – nicht zu.

Durchsetzung

Recht gegen Diskriminierung tendiert dazu, ein Papiertiger zu bleiben. Daher haben Frauen lange – und oft vor dem EuGH – darum gekämpft, effektive Bedingungen der Rechtsdurchsetzung als Teil adäquaten Rechts gegen Diskriminierung zu verstehen. Feministische Rechtswissenschaft hat herausgearbeitet, dass Regeln zur Beweislast, zu Sanktionen, zu Instanzen der Durchsetzung und zum Rechtsschutz entscheidend sind. Auch hier fordert Europa nun Verbesserungen.

Beweislast

Nach Art. 8 bzw. 10 RL muss auf nationaler Ebene bei mutmaßlichem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Erleichterung der Beweisführung gewährleistet werden. Das gleicht § 611a Abs. 1 S. 3 BGB. Wenn im Streitfalle die betroffene Person Tatsachen glaubhaft macht, die den Verstoß gegen das

Diskriminierungsverbot glaubhaft vermuten lassen, trägt der andere Teil die Beweislast dafür, dass keine Diskriminierung vorliegt. Es handelt sich also nicht um eine Beweislastumkehr, sondern bloß um eine Erleichterung der Beweisführung, die aus der Erfahrung resultiert, gerade unbewusste Diskriminierungen im Bereich des Erwerbs- und Geschäftslebens selten von Seiten der Betroffenen nachweisen zu können, umgekehrt aber mit der Nachweispflicht für Handelnde auch ein gewisses Bewusstsein dafür induzieren zu können, die eigenen Verhaltensweisen auf ihren diskriminierenden Gehalt zu überprüfen.

Konkret folgt daraus, dass eine Klägerin beispielsweise durch Zeugenaussagen es dem Gericht als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen muss, dass ein Vermieter gegenüber fünf Interessenten mit „ausländisch“ klingenden Nachnamen behauptet hat, ein Mietobjekt sei bereits vergeben, während das Objekt Interessenten mit „gut deutschen“ Nachnamen weiter angeboten wurde. Dann obliegt es dem beklagten Vermieter, darzulegen, dass der Anschein der Diskriminierung nicht an der (mutmaßlichen) ethnischen Herkunft der Interessenten anknüpft oder im Rahmen von Art. 4 oder 5 der RL zu rechtfertigen wäre. Allerdings kann eine solche Beweiserleichterung nur im Zivil- und Verwaltungsrecht greifen; im Strafrecht dominiert dagegen der Grundsatz des in dubio pro reo.

Sanktionen

Die RL treffen auch Aussagen über Sanktionen. Art. 15 bzw. 17 enthalten die Vorgabe, dass „Sanktionen, die auch Schadensersatzleistungen an die Opfer umfassen können, wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“ müssen. Hier wird normiert, was bei geschlechtsbezogener Diskriminierung vor Gerichten erstritten wurde. Effektiv können Vorschriften sein, die, so der EuGH, „den Arbeitgeber zur Einstellung des diskriminierten Bewerbers verpflichten oder eine angemessene finanzielle Entschädigung gewähren und die gegebenenfalls durch eine Bußgeldregelung verstärkt werden.“ Und: Eine Entschädigung müsse dann „in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz hinausgehen“.¹⁹

Auch hier muss der deutsche Gesetzgeber handeln. Denkbar ist ein Individualanspruch auf Vertragsschluss, d.h. Kontrahierungszwang als weitestgehende Maßnahme zur Durchsetzung des Diskriminierungsverbots. Den Kontrahierungszwang gibt es bereits, wenn Leistungen zur Daseinsvorsorge von (regionalen) Monopolisten angeboten werden, wie bei der Personenbeförderung, oder wenn Bauord-

nungen einen behindertengerechten Zugang zu Gebäuden sichern. Sachgerecht erscheint der Kontrahierungszwang also jedenfalls für Vertragsverhältnisse kurzer Dauer, die einer breiten anonymen Öffentlichkeit angeboten werden (in Restaurants, Kinos, Diskotheken, ...). Daneben stehen Individualansprüche auf Schadensersatz, da es sich bei Recht gegen Diskriminierung um ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB handelt und Diskriminierung das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt. Für Erwerbsarbeitsverhältnisse bietet hier auch § 611 a Abs. 3 BGB ein Beispiel, das für andere Rechtsgebiete genutzt werden kann. In Fällen der Belästigung kann der Gesetzgeber das Beschäftigungsschutzgesetz erweitern und Ansprüche wie jene aus culpa in contrahendo und pVV sowie auf Prävention für diese Bereiche fixieren.

Es kommt auch in Betracht, gegen Diskriminierung einen Individualanspruch auf Unterlassung zu etablieren. Er könnte sich gegen Betriebe richten, wenn Angestellte diskriminieren. Begrenzte Vorbildfunktion haben §§ 2, 4 Beschäftigtenschutzgesetz und § 13 Abs. 4 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb.

Dialog, „Stellen“, Individualrechtsschutz und Verbandsklage

Verbote wirken nur, wenn sie durchgesetzt werden können. Die RL sehen verschiedene Instrumente vor, um dies zu gewährleisten. So gilt ein Transparenzgebot, wonach Recht bekannt zu machen ist. Art. 11, 12 *RL Beruf* bzw. 13, 14 *RL ethnische Herkunft* fordern den sozialen Dialog zwischen den Tarifvertragsparteien mit dem Ziel, selbst Regelungen gegen Diskriminierung zu verabschieden, und mit zivilgesellschaftlichen Organisationen, die sich gegen Diskriminierung engagieren.

Zudem müssen die Mitgliedstaaten Stellen bezeichnen, die sich der Arbeit gegen rassistische Diskriminierung widmen und zur Umsetzung entsprechenden Rechts beitragen, Art. 13 *RL ethnische Herkunft*. Diese Stelle soll unterstützen, forschen, beraten und informieren. Folgt Deutschland dem ganzheitlichen Ansatz des neuen europäischen Rechts, so darf diese Aufgabe allerdings nicht mehr für verschiedene Gruppen separat wahrgenommen werden. Auch hier ist also Neuland zu betreten.

Daneben steht der schlichte Rechtsschutz, allerdings nicht nur vor Gerichten. Die Mitgliedstaaten müssen sicherstellen, dass Individuen und Verbände „ihre Ansprüche aus der Richtlinie auf dem Gerichts-/Verwaltungs- oder Schlichtungswege geltend

¹⁹ EuGH (Colson und Kamann gegen NRW), Rs. 14/83; Slg. 1984, S. 1891; s. insb. Rn. 18, 22 und Leitsatz 2.

machen können“. Hier eröffnen sich Spielräume, auch wenn die Forschung zu sexueller Diskriminierung zeigt, dass informelle Verfahren oft nicht geeignet sind, Diskriminierung zu bewältigen²⁰. Art. 7 bzw. 9 Abs. 2 RL verpflichten die Mitgliedstaaten allerdings auf das Verbandsklagerecht. Festzulegen ist, wer wann ein rechtmäßiges Interesse daran hat, für die Einhaltung des Diskriminierungsverbots zu sorgen, sich also entweder im Namen der beschwerten Person oder zu deren Unterstützung und mit deren Einwilligung an den zur Durchsetzung deren Ansprüche vorgesehenen Gerichtsverfahren zu beteiligen. Nach den RL müssen die Selbstbestimmungsrechte der Betroffenen geachtet werden. Erfahrungen gibt es zudem im Verbraucherschutz- oder Naturschutzrecht. So besteht die Möglichkeit, Verbänden wie in § 13 Abs. 2 Nr. 2 und 3 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch auf Unterlassung zuzubilligen. Schließlich ist in § 63 SGB IX ein Verbandsklagerecht zu Gunsten Behinderter bereits geltendes Recht.

Perspektive?

Die neuen europäischen RL bieten – einschließlich der geänderten Gleichstellungsrichtlinien – einen umfassenden Ansatz zum Schutz vor Diskriminierung. Das entspricht auch Art. 13 EGV, den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG oder den Regelungen des internationalen Rechts. Der deutsche Gesetzgeber darf nach Art. 8 *RL Beruf*, Art. 6 *RL ethnische Herkunft* über das europäische Minimum ausdrücklich hinausgehen und damit Zeichen setzen. Allerdings ist nicht eindeutig, ob die Bundesregierung dazu bereit ist. 1998 hieß es in der Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Bündnis 90/Die GRÜNEN noch, man werde ein Antidiskriminierungsgesetz machen. 2002 heißt es für die Rechts- und Innenpolitik: „Die Förderung von Toleranz, die Achtung der Rechte von Minderheiten und die Selbstbestimmung der Menschen sind Leitziele unserer Politik. Wir gestalten Einwanderung, schützen Flüchtlinge und fördern Integration. Demokratie lebt von Einmischung und gesellschaftlichem Engagement. Wir wollen die politischen Beteiligungsrechte erweitern, die Bürgerrechte ausbauen und gezielt Diskriminierungen beseitigen.“ Daneben spricht die Vereinbarung von „Gender Mainstreaming“, also durchgängiger Orientierung auf die geschlechtsbezogene Gleichstellung. Effektives, ganzheitlich orientiertes Antidiskriminierungsrecht muss beides beachten. Tut der Gesetzgeber nichts, gelten die Richtlinien unmittelbar. Es wäre dann wohl besser, selbst gestaltend einzugreifen. Die Politik ist also, wie gesagt, gefordert.