



Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Expertise

Eine Expertise von Alexander Klose und Kerstin Kühn
im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes



Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Büro für Recht und Wissenschaft
Binger Straße 71
14197 Berlin
Tel.: +49 30 64821497
E-Mail: mail@recht-wissenschaft.de
Homepage: www.recht-wissenschaft.de

Inhalt

I. Einleitung.....	5
1.1 Ausgangsproblem und Ziel der Expertise.....	5
1.2 Gang und Methodik der Untersuchung.....	6
1.3 Ein Systematisierungsvorschlag.....	7
1.3.1 Echte und unechte Testing-Verfahren.....	8
1.3.2 Initiative und reaktive Testing-Verfahren.....	8
1.3.3 Einzelfallbezogene und wissenschaftliche Testing-Verfahren.....	9
1.4 Erfahrungen mit Testing-Verfahren in Deutschland.....	9
II. Testing-Verfahren in Europa.....	12
2.1 Erfahrungen und Umgang mit Testing-Verfahren in ausgewählten Mitgliedstaaten.....	12
2.1.1 Niederlande.....	12
2.1.2 Vereinigtes Königreich.....	13
2.1.3 Frankreich.....	14
2.1.4 Belgien.....	16
2.1.5 Ungarn.....	17
2.1.6 Schweden.....	18
2.1.7 Österreich.....	19
2.2 Vergleich der Erfahrungen und des Umgangs mit Testing-Verfahren in den ausgewählten Mitgliedstaaten.....	19
III. Rechtliche Beschränkungen und Voraussetzungen von Testing-Verfahren im deutschen Recht.....	21
3.1 Testing-Verfahren durch Private.....	21
3.1.1 Wettbewerbsrechtliche Grenzen.....	21
3.1.2 Strafrechtliche Grenzen.....	23
3.1.3 Arbeitsrechtliche Grenzen.....	26
3.2 Testing-Verfahren durch staatliche Stellen.....	27
3.2.1 Aufgaben und Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes....	28
3.2.2 Durchführung von Testing-Verfahren durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes.....	28
IV. Entwicklung methodischer Standards.....	30
4.1 Methodische Grundprobleme.....	30
4.2 Vorbereitung und Durchführung von Testing-Verfahren.....	33
4.2.1 Vorbereitung des Testing-Verfahrens.....	33
4.2.2 Durchführung des Testing-Verfahrens.....	34
4.2.3 Nachbereitung des Testing-Verfahrens.....	37
4.3 Testing-Verfahren in unterschiedlichen Lebensbereichen.....	38
4.3.1 Gaststätten und Diskotheken.....	38
4.3.2 Wohnungsmarkt.....	38
4.3.3 Arbeitsmarkt.....	39
4.3.4 Weitere Bereiche.....	39

V. Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast	40
5.1 Die Regelung der Beweislast im Gemeinschaftsrecht	40
5.2 Die Regelung der Beweislast in § 22 AGG	41
5.3 Testing-Verfahren und § 22 AGG.....	42
5.3.1 Hilfstatsachen aus Testing-Verfahren	42
5.3.2 Die Vermutungswirkung von Testing-Verfahren	43
5.3.3 Die Einbringung der Ergebnisse der Testing-Verfahren in den Prozess	44
5.3.4 Besonderheiten initiativer Testing-Verfahren	45
VI. Ausblick.....	47
6.1 Herausarbeitung weiterführender Fragestellungen, die im Rahmen der Expertise nicht beantwortet werden konnten	47
6.2 Handlungsempfehlungen für die Beratungsarbeit und die Prüfung der Beweisführung von Diskriminierungsfällen in Deutschland	48
6.2.1 Testing-Verfahren in der Beratungsarbeit	48
6.2.2 Die Prüfung der Beweisführung	50
6.3 Zur Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren	51
Literaturverzeichnis	53

I.

Einleitung¹

1.1 Ausgangsproblem und Ziel der Expertise

Der gerichtsfeste Nachweis von Diskriminierungen² gilt als zentrale Herausforderung für die praktische Durchsetzung des Gleichbehandlungsrechts.³ Eine unmittelbare Benachteiligung setzt voraus, dass eine Person **wegen** eines in § 1 AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (§ 3 Abs. 1 AGG). Ob dies der Fall ist, eine rassistische oder ethnizierende Zuschreibung, das Geschlecht, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung, das Alter oder die sexuelle Identität also zumindest (mit-)ursächlich für die schlechtere Behandlung einer Person war, ist für diese nur dann klar erkennbar, wenn die diskriminierende Motivation offengelegt wird.⁴

Anders ist es dort, wo die Diskriminierung verdeckt erfolgt, sei es, dass kein Grund für eine Auswahlentscheidung genannt wird, sei es, dass ein anderer Grund vorgetäuscht wird.⁵ Ob die ausgeschriebene Stelle tatsächlich schon besetzt, die annoncierte Wohnung schon vermietet ist oder die Diskothek an diesem Abend „nur für Mitglieder“ geöffnet hat, ist für die Zurückgewiesenen kaum ersichtlich.⁶

1 Unser besonderer Dank gilt Andreas Merx (Pro Diversity, Berlin) für die Durchführung der Befragung bei den Antidiskriminierungsstellen der ausgewählten EU-Mitgliedstaaten. Für Anregungen und Kritik bedanken wir uns bei Lea Markard, Ulrike Müller, Hubert Rottleuthner und Michael Wrase.

2 Während verbotene Ungleichbehandlungen im europäischen Recht als Diskriminierungen bezeichnet werden, spricht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von Benachteiligungen. Wir verwenden beide Begriffe synonym. Auf einer anderen Ebene liegt der Begriff Ungleichbehandlung (EU) bzw. unterschiedliche Behandlung (AGG). Eine Diskriminierung/Benachteiligung setzt voraus, dass die Ungleichbehandlung/unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt ist.

3 Wörl, Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2009, S. 17 m. w. N. Dies entspricht den Erfahrungen verschiedener im Rahmen dieser Studie befragter Mitarbeiter_innen von Beratungsstellen und Verbänden (zur Methodik vgl. [1.2]).

4 Die in § 1 AGG genannten Gründe dürfen überhaupt nicht – auch nicht neben anderen, als Teil eines Motivbündels – zulasten der betroffenen Person berücksichtigt werden, vgl. BVerfG v. 16. November 1993, NJW 1994, S. 647, 648 (zu § 611a Abs. 1 BGB a.F.), BAG v. 17. Dezember 2009, NZA 2010, S. 383, 385; Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 37; Rust/Falke-Falke, AGG, 2007, § 22 Rn. 81. Auf ein Verschulden des/der Diskriminierenden, d. h. die Frage, ob die Diskriminierung vorsätzlich oder zumindest fahrlässig begangen wurde, kommt es nicht an, vgl. EuGH v. 22. April 1997, Rs. C-180/95 (Draehmpaehl), NJW 1997, S. 1839; EuGH v. 8. November 1990, Rs. C-177/88 (Dekker), NJW 1991, S. 628, 629.

5 Dass die Antidiskriminierungspolitik der vergangenen Jahre dazu beiträgt, dass Diskriminierungen noch seltener zugegeben werden und darauf geachtet wird, keine „Spuren“ zu hinterlassen, vermutet Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 35.

6 Der Beweis der diskriminierenden Motivation als sog. „innere Tatsache“ ist ohne eine Beweiserleichterung praktisch nicht möglich, wenn es sich um eine verdeckte Benachteiligung handelt. Vgl. Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, S. 92.

Der Gesetzgeber hat auf diese Tatsache mit der Schaffung einer speziellen Beweislastregelung in § 22 AGG reagiert, wonach bereits der Beweis von Indizien, die eine Diskriminierung vermuten lassen, dazu führt, dass nun die Person, der die Diskriminierung vorgeworfen wird, beweisen muss, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.⁷ Er setzt damit nicht nur die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien in deutsches Recht um,⁸ sondern entspricht auch dem Grundsatz des deutschen Prozessrechts, die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast danach zu bestimmen, in wessen Einflussbereich sich bestimmte Vorgänge ereignet haben.⁹

Zu den Indizien, mit deren Hilfe auf eine unzulässige Motivation für die unterschiedliche Behandlung geschlossen werden soll, zählen neben diskriminierenden Stellenausschreibungen und den Ergebnissen von Statistiken auch die Ergebnisse von Testing-Verfahren.¹⁰ Der Gesetzgeber bezeichnet damit Verfahren, bei denen „z. B. eine Vergleichsperson eingesetzt [wird], um zu überprüfen, ob ein Verhalten gegenüber einer Person, bei der eines der in § 1 genannten Merkmale vorliegt, gleichermaßen auch gegenüber der Vergleichsperson, bei der dies nicht der Fall ist, erfolgt.“¹¹ Es erfolgt also eine Inszenierung, bei der die zu testende Person mit einem/einer oder mehreren fiktiven Kandidat_innen konfrontiert wird, um ihr Verhalten beobachten und vergleichen zu können.¹² Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen, innerhalb welcher Grenzen und mit welchen Folgen die Ergebnisse von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislastregelung des § 22 AGG zu berücksichtigen sind.

1.2 Gang und Methodik der Untersuchung

Im Anschluss an einige systematisierende Vorüberlegungen (1.3) sollen angesichts der wenigen Erfahrungen mit Testing-Verfahren in Deutschland (dazu 1.4) zunächst Praxis und rechtliche Bewertung dieses Instruments in sieben europäischen Ländern dargestellt und ausgewertet werden (II.). Die Rechtslage in Deutschland wird sodann auf gesetzliche Beschränkungen und Voraussetzungen hin analysiert, unter denen Testing-Verfahren von Privaten und staatlichen Stellen durchgeführt werden dürfen (III.). Unter Berücksichtigung dieser rechtlichen Rahmenbedingungen und der bisherigen Erfahrungen bei der Durchführung von Testing-Verfahren können nun methodische Standards entwickelt werden, die auch Nutzen und Risiken dieses Instruments reflektieren (IV.). Vor diesem Hintergrund wird schließlich die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren, die diesen Standards entsprechen, im Rahmen der Beweislastregelung in § 22 AGG untersucht (V.). Im abschließenden Kapitel (VI.) werden die gewonnenen Ergebnisse in Handlungsempfehlungen für die Beratungspraxis, die gerichtliche Prüfung der Beweisführung und den Gesetzgeber übersetzt.

7 Die Beweislastregelung in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F., an dessen Stelle § 22 AGG getreten ist, wurde von der Bundesregierung seinerzeit damit begründet, dass das Benachteiligungsverbot vielfach nicht durchgesetzt werden könne, weil die betroffene Person im Streitfall nicht beweisen könne, dass die Benachteiligung wegen des Geschlechts erfolgt sei (BT-Drs. 8/3317, S. 9).

8 § 22 AGG soll Art. 8 RL 2000/43/EG, Art. 10 RL 2000/78/EG und Art. 9 RL 2004/113/EG umsetzen. Im Bereich der Geschlechterdiskriminierung war dieser Grundsatz bereits zuvor in RL 97/80/EG verankert, der richterrechtlich EuGH v. 27. Oktober 1993, Rs. C-127/92 (Enderby), NZA 1994, S. 797, 798 f. vorausgegangen ist.

9 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

10 BT-Drs. 16/1780, S. 47. Zur Indizwirkung von Statistiken vgl. BAG v. 22. Juli 2010, Az. 8 AZR 1012/08.

11 BT-Drs. 16/1780, S. 47. Die beiden Personen werden sich – abgesehen vom Merkmal „Behinderung“ – nicht durch das Vorliegen des Merkmals, sondern durch seine Ausprägung (z. B. Mann, Frau, etc.) unterscheiden.

12 Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 37.

Methodisch beschränkt sich die Expertise nicht auf die Analyse der veröffentlichten Rechtsprechung und die Auswertung der rechts- und sozialwissenschaftlichen Literatur. Die dort gewonnenen Erkenntnisse wurden vielmehr mit einer im Rahmen dieser Studie durchgeführten empirischen Untersuchung ergänzt und abgeglichen. Deren Ziel war es, ein realitätsnahes Bild des Einsatzes von Testing-Verfahren und ihrer Ergebnisse in Deutschland und ausgewählten europäischen Ländern zu erhalten. Unter Rückgriff auf Erkenntnisse des an der Freien Universität Berlin durchgeführten Forschungsprojekts „Realität der Diskriminierung in Deutschland“¹³ konnten zu diesem Zweck Praktiker_innen identifiziert werden, die besonders häufig mit Diskriminierungsfällen befasst sind. Zwischen Anfang April und Ende Juni 2010 wurden insgesamt 27 schriftliche Befragungen durchgeführt, die teilweise durch leitfadengestützte Interviews ergänzt wurden. Um Auskünfte zu ihren Erfahrungen mit Testing-Verfahren wurden

■ Richter_innen an Arbeitsgerichten¹⁴,

■ Rechtsanwalt_innen¹⁵,

■ Mitarbeiter_innen von Beratungsstellen und Verbänden¹⁶,

■ Expert_innen aus nationalen Antidiskriminierungsstellen der ausgewählten EU-Mitgliedstaaten¹⁷

gebeten. Da den Befragten Vertraulichkeit zugesichert wurde, werden diese – soweit im Rahmen der Expertise auf einzelne Antworten Bezug genommen wird – nur in anonymisierter Form zitiert.¹⁸

1.3 Ein Systematisierungsvorschlag

Im Hinblick auf den Kontext des Testing-Verfahrens und die Motivation zu seiner Durchführung kann zwischen echten und unechten sowie initiativen und reaktiven Testing-Verfahren differenziert werden. Gegenstand der Expertise sind lediglich einzelfallbezo-

13 Für weitere Informationen: <http://www.diskriminierung-in-deutschland.de> [31.08.2010].

14 Befragt wurden die Richter_innen der Arbeitsgerichte Berlin, Frankfurt am Main und München, da diese Gerichte ausweislich der Gerichtsumfrage der o. g. Studie in den vergangenen Jahren besonders häufig mit AGG-Verfahren befasst waren. Die Fragebögen wurden in gedruckter Form mit der Bitte um Weiterleitung an die Richter_innen an die Präsident_innen der drei Gerichte geschickt. Dabei erwies es sich in einem Fall als hilfreich, den Fragebogen auch in digitaler Form zur Verfügung zu stellen, der von den Richter_innen dann am PC bearbeitet werden konnte.

15 Befragt wurden 20 Rechtsanwalt_innen, von denen nach den Erkenntnissen der o. g. Studie angenommen werden konnte, dass sie Erfahrungen mit antidiskriminierungsrechtlichen Mandaten haben. Da zu erwarten war, dass Testing-Verfahren ausschließlich vonseiten der ggf. Diskriminierten durchgeführt werden, wurden nur Rechtsanwalt_innen befragt, die in AGG-Verfahren aufseiten der Kläger_innen auftreten.

16 Befragt wurden Beratungsstellen, von denen bekannt war, dass sie selbst bereits Testing-Verfahren durchgeführt hatten oder dies beabsichtigten. Darüber hinaus wurden die Verbände befragt, die von der Antidiskriminierungsstelle des Bundes am runden Tisch „Verbesserung der Vernetzung der Beratung im Bereich Diskriminierung“ beteiligt werden.

17 Antworten liegen aus Österreich, dem Vereinigten Königreich, Schweden und Ungarn vor.

18 Die Antworten der Richter_innen, Rechtsanwalt_innen und Mitarbeiter_innen von Beratungsstellen und Verbänden wurden dabei jeweils mit einer fortlaufenden Nummer versehen. Die anonymisierten Antworten werden von den Verfasser_innen auf Wunsch in Kopie zur Verfügung gestellt.

gene, nicht aber zu wissenschaftlichen Zwecken durchgeführte Testing-Verfahren.¹⁹ Die Unterscheidung hat – wie noch zu zeigen sein wird – Auswirkungen auf die methodischen Anforderungen an die Durchführung des Testing-Verfahrens und seine Anwendbarkeit im Rahmen von § 22 AGG.²⁰

1.3.1 Echte und unechte Testing-Verfahren

Wie oben gezeigt wurde, geht der Gesetzgeber davon aus, dass bei einem Testing-Verfahren das Verhalten der getesteten Person daraufhin überprüft wird, ob sie sich (mindestens) zwei Personen mit unterschiedlicher Merkmalsausprägung gegenüber unterschiedlich verhält. Das zentrale methodische Problem bei diesen im Folgenden als **echt** bezeichneten Testing-Verfahren besteht darin, dass eine unterschiedliche Behandlung der Testpersonen auch auf andere Gründe als die für das AGG relevante Merkmalsausprägung zurückzuführen sein kann. Dies wird umso eher auszuschließen sein, je ähnlicher sich die Testpersonen – mit Ausnahme des zu überprüfenden Merkmals – in ihrem Aussehen und ihrem Verhalten aus Sicht der getesteten Person sind.

In der noch darzustellenden Praxis finden sich jedoch auch Tests, die das (vermeintlich diskriminierende) Verhalten des Getesteten lediglich (noch einmal) auslösen sollen. Da diese **unechten** Testing-Verfahren nicht auf die Aufdeckung verdeckter Diskriminierungen zielen, sondern lediglich zu einer erneuten offenen Diskriminierung vor Zeug_innen führen sollen, stellen sich die für echte Testing-Verfahren beschriebenen methodischen Herausforderungen hier nicht. Es genügt stattdessen, dass die Testpersonen die Merkmalsausprägung aufweisen, von der angenommen wird, dass sie ursächlich für die Diskriminierung ist.

1.3.2 Initiative und reaktive Testing-Verfahren

Nach den bisherigen Ausführungen liegt es nahe, die Motivation zur Durchführung von Testing-Verfahren in der Gewinnung von Beweisen dafür zu sehen, dass es in einer anderen als der durch das Testing-Verfahren herbeigeführten Situation zu einer Diskriminierung gekommen ist. In diesen Fällen, d. h. dort, wo bereits ein realer Sachverhalt vorliegt, der durch das Testing-Verfahren auf ein diskriminierendes Verhalten hin überprüft werden soll, soll im Folgenden von **reaktiven** Testing-Verfahren gesprochen werden. Die Erfahrungen aus der Praxis zeigen jedoch, dass mitunter auch die im Rahmen des Testing-Verfahrens erfolgte Diskriminierung selbst zum Gegenstand eines Rechtsstreits gemacht werden soll. Anlass für ein solches **initiatives** Verfahren, das unabhängig von einem vorherigen Ausgangsfall durchgeführt wird, mögen Beschwerden bei einem Antidiskriminierungsverband über die diskriminierende Einlasspraxis einer Diskothek sein, ohne dass ein_e Beschwerdeführer_in bereit wäre, einen Anspruch nach § 21 AGG geltend zu machen. Denkbar ist aber auch, dass zum Beispiel eine reale Bewerberin aufgrund einschlägiger Erfahrungen mit einem bestimmten Anbieter in der Vergangenheit eine Bekannte bittet, sich gemeinsam mit ihr auf eine erneut ausgeschriebene Stelle oder Wohnung zu bewerben, oder selbst eine entsprechende fiktive, zweite Bewerbung abschickt.

¹⁹ Damit wird eine Systematisierung weiterentwickelt, die von den Autor_innen bereits an anderer Stelle eingeführt wurde: Klose/Kühn, Gewerberecht, rassistische/ethnische Diskriminierung und Testing-Verfahren, 2009, S. 33.

²⁰ Siehe dazu unter [IV.] und [V.].

In methodischer Hinsicht kann an dieser Stelle bereits die Frage festgehalten werden, in welcher Weise der „Ausgangsfall“ bei der Konzeption reaktiver Testing-Verfahren berücksichtigt werden muss, um später vom Ergebnis des Testing-Verfahrens auf diesen schließen zu können. Zudem erscheint aus rechtlicher Perspektive klärungsbedürftig, ob und in welcher Weise zu berücksichtigen ist, dass die Testperson bei einem initiativen Testing-Verfahren mit der später klagenden Person identisch ist.

1.3.3 Einzelfallbezogene und wissenschaftliche Testing-Verfahren

Gemeinsam ist den bisher beschriebenen Testing-Verfahren, dass sie auf die Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts in einem konkreten Einzelfall zielen. Davon zu unterscheiden ist die Verwendung von Testing-Verfahren zu sozialwissenschaftlichen Zwecken. Hier kann z. B. das Ausmaß diskriminierender Einstellungs- oder Vermietungspraxis in einer bestimmten Region oder Branche mithilfe massenhaft durchgeführter Testing-Verfahren bei unterschiedlichen Anbieter_innen überprüft werden. In Deutschland wurden solche Untersuchungen in den vergangenen Jahren auf dem Arbeits- und Wohnungsmarkt durchgeführt.²¹ Diese Studien werden im Rahmen der Expertise nur insoweit berücksichtigt, als methodische Erkenntnisse, die dabei bereits gewonnen wurden, auch für die hier diskutierten Fragen fruchtbar gemacht werden können.²² Dabei wird nicht übersehen, dass wissenschaftlich angelegte Testing-Verfahren etwa in den USA in der Vergangenheit dazu geführt haben, dass diskriminierendes Verhalten auch im Einzelfall unterbunden wurde.²³

1.4 Erfahrungen mit Testing-Verfahren in Deutschland

Die Ergebnisse von Testing-Verfahren spielen bei der gerichtlichen Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts in Deutschland bisher kaum eine Rolle. Eine Analyse der zum AGG veröffentlichten Rechtsprechung zeigt, dass die Ergebnisse eines Testing-Verfahrens nur in einem einzigen Fall entscheidungsrelevant geworden sind.²⁴ Der Entscheidung des Amtsgerichts Oldenburg v. 23. Juli 2008 lag nach der oben entwickelten Systematik ein unechtes, initiatives Testing-Verfahren beim Besuch einer Diskothek zugrunde.²⁵ Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme des Gerichts diente der Besuch der Diskothek durch den Kläger und die ihn begleitenden Zeug_innen (auch) dazu, „auszutesten, ob der Kläger abgewiesen

21 Kaas/Manger, *Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment*, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010; Kilic, *Diskriminierung von Migranten bei der Wohnungssuche – Eine Untersuchung in Berlin*, 2008, unveröffentlichte Diplomarbeit im Fachbereich Sozialwissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin bei Prof. Dr. Häußermann; Planerladen e. V. (Hrsg.): *Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines telefonischen „Paired Ethnic Testing“ bei regionalen Immobilienanzeigen*, 2009; ders. (Hrsg.): *Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Testing zum Diskriminierungsnachweis – Erläuterungen und Empfehlungen zur Anwendung der Methode*, 2008; ders. (Hrsg.): *Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines „Paired Ethnic Testing“ bei Internet-Immobilien-Börsen*, 2007.

22 Die Konsequenzen dieser Expertise für die Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren werden unter [6.3] erörtert.

23 Boggs, *The Future of Civil Rights Testing*, in: Fix/Turner (Hrsg.): *A National Report Card on Discrimination in America*, 1998, S. 118.

24 Die 537 Ende August 2010 in der juris-Datenbank mit einer Norm des AGG verknüpften Entscheidungen wurden in elektronischer Form daraufhin durchsucht, ob der Begriff „Test“ (einschließlich sämtlicher Wortstammerweiterungen, wie z. B. „Testing“) im Langtext der Entscheidung auftaucht. Von den insgesamt 15 „Treffern“ betrafen 13 Entscheidungen, in denen der Begriff „Test“ in anderem Zusammenhang (z. B. Einstellungstest) verwendet wurde. Neben dem sogleich darzustellenden Urteil des AG Oldenburg setzt sich das ArbG Lübeck in seiner Entscheidung v. 29. Mai 2007, SchlHA 2007, S. 445 f. abstrakt mit Testbewerbungen auseinander, ohne dass dem Urteil ein Testing-Verfahren zugrunde gelegen hätte.

25 AG Oldenburg v. 23. Juli 2008, Az. E2 C 2126/07.

würde.“ Da die Diskriminierung offen erfolgte („Keine Ausländer! Anweisung vom Chef!“), war der Einsatz einer Testperson entbehrlich.²⁶ Das Testing-Verfahren diente auch nicht der Gewinnung von Indizien für das Vorliegen einer Diskriminierung in einem anderen Fall. Vielmehr bildete die während des Testing-Verfahrens erfolgte Diskriminierung den Gegenstand des Verfahrens und dem zurückgewiesenen „Tester“ selbst wurde eine Entschädigung i. H. v. 500,- € zugesprochen.²⁷

In zwei weiteren, inzwischen gerichtlich entschiedenen, Verfahren wurden Testing-Verfahren durchgeführt, ohne dass sich dies in der Urteilsbegründung niedergeschlagen hätte. Zum einen hatte das OLG Köln am 19. Januar 2010 über einen Fall zu entscheiden, bei dem zuvor von einer Beratungsstelle ein unechtes, reaktives Testing-Verfahren durchgeführt wurde, um Beweismittel für die Diskriminierung der Kläger_innen bei einem Wohnungsbesichtigungstermin zu erlangen.²⁸ Zwei Beschäftigte der Beratungsstelle, die hinsichtlich der Hautfarbe den Kläger_innen ähnelten, nahmen dabei einen Besichtigungstermin für dieselbe Wohnung wie zuvor die Kläger_innen wahr. Auch ihnen verweigerte die Hausmeisterin unter Bezugnahme auf ihre Hautfarbe die Besichtigung der Wohnung. Die von den Testpersonen angefertigten Protokolle wurden zusammen mit der Klageschrift vor Gericht eingereicht, die Aussagen der Zeug_innen jedoch nicht entscheidungserheblich, da die Beklagte den Sachverhalt schließlich zugestand.²⁹

In einem am 26. Januar 2010 vom Arbeitsgericht Hamburg entschiedenen Verfahren wurde von einer Beratungsstelle ein echtes, initiatives Testing-Verfahren durchgeführt.³⁰ Der spätere Kläger hatte sich wiederholt erfolglos um eine Stelle als Briefzusteller beworben. Nach Rücksprache mit der Beratungsstelle bewarb er sich zusammen mit einer Testperson, die ihm im Hinblick auf die Erfüllung der Stellenanforderungen, das Geschlecht und das Alter ähnelte, sich aber in der Hautfarbe von ihm unterschied, erneut um eine Stelle bei der Beklagten. Während der Kläger wiederum abgelehnt wurde, erhielt die Testperson eine Einladung zu einem Bewerbungsgespräch. Auch hier wurde das Testing-Verfahren nicht entscheidungserheblich, da die Beklagte eine Ungleichbehandlung wegen der (angeblich unzureichenden) Deutschkenntnisse des Klägers später einräumte und schließlich wegen mittelbarer Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft verurteilt wurde.

Vonseiten der Anwaltschaft wird schließlich auf eine spezielle Form des Einsatzes von Testing-Verfahren im Rahmen von § 99 Abs. 1 BetrVG hingewiesen.³¹ Die Vorschrift verpflichtet Arbeitgeber_innen in Unternehmen mit in der Regel mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmer_innen dazu, dem Betriebsrat vor jeder Einstellung, Eingruppierung, Um-

26 Auch die gleichzeitige Diskriminierung wegen des Geschlechts wurde, nachdem der weiblichen Begleiterin des Klägers „trotz“ ihrer iranischen Herkunft der Zutritt gestattet worden war, offengelegt, indem die Ungleichbehandlung vom Türsteher damit begründet wurde, dass sie „eine weibliche Ausländerin“ sei.

27 Deutlich wird hier die Bedeutung der Beteiligung von Zeug_innen auch in einem solchen Verfahren, begründete der Beklagte die Abweisung doch u. a. damit, dass der Kläger stark angetrunken gewesen sei. Das Gericht bewertete dies aufgrund der Aussagen der drei den Kläger begleitenden Zeug_innen als Schutzbehauptung.

28 Urteil des OLG Köln v. 19. Januar 2010, NJW 2010, S. 1676; vorgehend: LG Aachen, Urteil v. 17. März 2009, WuM 2009, S. 341. Auskunft Rechtsanwalt/-anwältin#3 sowie Beratungsstelle/Verband#3 und Beratungsstelle/Verband#5.

29 Ob das Zugeständnis auch im Hinblick auf die Ergebnisse des Testing-Verfahrens erfolgte, ist nicht bekannt. Beratungsstelle/Verband#5 hat jedoch darauf hingewiesen, dass das Gericht in der Berufungsverhandlung signalisiert habe, dass es bereit gewesen wäre, (anderenfalls) von den Aussagen der Zeug_innen auf den Ausgangsfall zu schließen.

30 Urteil des ArbG Hamburg v. 26. Januar 2010, Az. 25 Ca 282/09.

31 Rechtsanwalt/-anwältin#6.

gruppierung und Versetzung die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzulegen und Auskunft über die Beteiligten zu geben. Dort, wo der Verdacht besteht, dass der/die Arbeitgeber_in in diskriminierender Weise Bewerbungen „aussortiert“ und dem Betriebsrat nicht vorlegt, können Mitglieder des Betriebsrats oder Dritte Testing-Verfahren durchführen, indem Bewerbungen von (fiktiven) Personen eingereicht werden, die z. B. im Hinblick auf ihr Geschlecht, Alter oder ihre ethnische Herkunft dem vermuteten „Auswahlmuster“ entsprechen. Zeigt sich auf diese Weise, dass der/die Arbeitgeber_in dem Betriebsrat nicht alle eingegangenen Bewerbungsunterlagen vorlegt, kann er/sie auf Antrag des Betriebsrats dazu vom Arbeitsgericht bei Androhung eines Ordnungsgeldes verpflichtet werden.³²

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass kein Fall ermittelt werden konnte, in dem die Ergebnisse von Testing-Verfahren in Deutschland in gerichtlichen Auseinandersetzungen als Indizien i. S. d. § 22 AGG verwendet worden sind. Dies entspricht dem Ergebnis der Befragung der Arbeitsrichter_innen:³³ Bei keinem/keiner der befragten Richter_innen haben Testing-Verfahren in den von ihnen bearbeiteten AGG-Verfahren bisher eine Rolle gespielt. Auch darüber hinaus kommen Testing-Verfahren bisher nur selten zum Einsatz, wobei einzelne Rechtsanwält_innen und Beratungsstellen, aber auch Einzelpersonen die Bedeutung des Instruments inzwischen erkannt und erste Erfahrungen mit der Durchführung von Testing-Verfahren gesammelt haben.³⁴

32 So etwa durch den (nicht veröffentlichten) Beschluss des ArbG Wiesbaden v. 28. August 2009, Az. 4 BV 8/09.

33 Frage: „Haben in den von Ihnen bearbeiteten AGG-Verfahren die Ergebnisse von Testing-Verfahren bisher eine (nicht notwendig entscheidungserhebliche) Rolle gespielt?“.

34 Vgl. dazu auch die Veröffentlichungen der Mitarbeiter_innen des Antidiskriminierungsnetzwerks Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg: dass. (Hrsg.): Antidiskriminierungsreport Berlin, 2006–2008, 2008, S. 32 ff.; Yiğit/Andrades Vazquez/Yazar, Versteckte Diskriminierung beweisen! TESTING als Instrument der Antidiskriminierungsarbeit, 2010.

II.

Testing-Verfahren in Europa

In den Niederlanden stationierte US-amerikanische Soldat_innen sollen „Testing-Verfahren“ in den 70er-Jahren nach Europa gebracht haben, wo das Instrument dann, insbesondere im Vereinigten Königreich von der Commission for Racial Equality, weiterentwickelt wurde.³⁵ Auch Länder wie Frankreich, Belgien, Ungarn, Schweden oder Österreich haben in den vergangenen Jahren mit Testing-Verfahren tatsächliche und rechtliche Erfahrungen gesammelt. In anderen Ländern sind Testing-Verfahren noch weitgehend unbekannt.³⁶ Die zuerst genannten sieben Länder stehen daher im Fokus der Untersuchung.

2.1 Erfahrungen und Umgang mit Testing-Verfahren in ausgewählten Mitgliedstaaten

2.1.1 Niederlande

Testing-Verfahren kommen in den Niederlanden vor allem zum Nachweis von Diskriminierungen auf dem Arbeitsmarkt und im Gaststättengewerbe (Klubs, Bars, Restaurants) zum Einsatz. Sie werden von Nichtregierungsorganisationen, aber auch auf Grundlage individueller Initiative durchgeführt.³⁷ Die Ergebnisse dieser Verfahren haben sowohl zu zivil- als auch zu strafrechtlichen Verurteilungen der getesteten Personen geführt.³⁸

Auch wenn es keine gesetzliche Grundlage für die Durchführung von Testing-Verfahren gibt, werden die so erbrachten Nachweise von der Rechtsprechung sowohl in zivilrechtlichen als auch in strafrechtlichen Verfahren als Beweismittel zugelassen. Drohen strafrechtliche Sanktionen, bestehen jedoch besondere methodische Anforderungen. Testing-Verfahren dürfen hier in keinem Fall provokativ erfolgen und weder die Testpersonen noch die durchführende Organisation dürfen ein Interesse daran haben, dass die getestete Person eine diskriminierende Handlung begeht.³⁹

Auch die niederländische Gleichbehandlungskommission⁴⁰ akzeptiert die Ergebnisse von Testing-Verfahren zum Nachweis von Ungleichbehandlungen. In mehreren Fällen rassis-

35 Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 38.

36 So etwa in Griechenland, Irland, Estland, Litauen, Luxemburg, Malta, Polen, Portugal, Slowenien und Spanien.

37 Holtmaat, Country Report Netherlands, 2008, S. 39.

38 Von drei „Diskothekenfällen“ berichtet: Holtmaat, Country Report Netherlands, 2008, S. 38 f.

39 Holtmaat, Country Report Netherlands, 2008, S. 37 f. mit Beispielen aus der Rechtsprechung.

40 Die „Commissie Gelijke Behandeling“ wurde im Rahmen der Umsetzung der RL 2000/43/EG als gerichtsähnliche Stelle eingesetzt, die u. a. Diskriminierungsvorwürfe untersuchen und unverbindliche Stellungnahmen dazu abgeben kann (<http://www.cgb.nl>) [31.08.2010].

tischer Diskriminierungen beim Zugang zu Diskotheken wurden dabei folgende methodische Anforderungen entwickelt: Die Testpersonen müssen sich – abgesehen vom getesteten Merkmal – im äußeren Erscheinungsbild, insbesondere im Hinblick auf Kleidung und Frisur, möglichst ähnlich sein. Auch die sonstigen Rahmenbedingungen sollten sich ähneln: So dürfen z. B. beide Gruppen keine Mitgliedsausweise der Diskothek besitzen und zwischen den beiden Testbesuchen sollte möglichst wenig Zeit liegen.⁴¹

Die niederländische Regierung empfiehlt in einer Stellungnahme zu einem 2004 veröffentlichten Bericht zu Diskriminierungen im Gaststättengewerbe, Testing-Verfahren in enger Zusammenarbeit mit Antidiskriminierungsbüros, Staatsanwaltschaft und Polizei durchzuführen. Dies wurde von der Rechtsprechung bisher jedoch nicht zur Voraussetzung für deren Verwendbarkeit als Beweismittel gemacht.⁴²

2.1.2 Vereinigtes Königreich

Seit Ende der 70er-Jahre werden Testing-Verfahren im Vereinigten Königreich erfolgreich genutzt, um die Diskriminierungsverbote des Race Relations Act von 1976 gerichtlich durchzusetzen. „Testings“ wurden auf dem Arbeits-,⁴³ und Immobilienmarkt, in Diskotheken, Nachtclubs und Hotels sowie im Einzelhandel und bei Kreditinstituten sowohl von Einzelpersonen als auch von der Commission for Racial Equality (CRE) durchgeführt.⁴⁴

Da unmittelbare Diskriminierungen, wie z. B. rassistische Einlasspraktiken („colour-ban“) bei Nachtclubs, die man auf diese Weise nachweisen könnte, inzwischen selten geworden seien, kommen Testing-Verfahren nach Auskunft von Expert_innen heute nur noch selten zum Einsatz. Dort, wo der Verdacht besteht, dass Gaststätten den Zugang für ethnische Minderheiten beschränken, führen Nichtregierungsorganisationen periodisch Testing-Verfahren mit dem Ziel durch, auf diese Weise Druck auf die Betreiber_innen auszuüben, der zu einer Änderung der diskriminierenden Praxis führt, ohne dass ein Gerichtsverfahren erforderlich wird. Darüber hinaus wird das Verfahren von Behindertenverbänden genutzt, um die Befolgung der antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen zu überprüfen.⁴⁵

41 Jedenfalls innerhalb einer Nacht: Holtmaat, Country Report Netherlands, 2008, S. 37 f.

42 Holtmaat, Country Report Netherlands, 2008, S. 37 f.

43 Hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt wird betont, dass sich hier nur der erste, schriftliche Teil des Bewerbungsverfahrens und dies auch nur bei kleinen und mittleren Unternehmen für den Einsatz von Testing-Verfahren eignet. Großunternehmen und öffentliche Arbeitgeber_innen würden hier in der Regel standardisierte, nicht diskriminierende Verfahren nutzen. Auch Diskriminierende im Bereich des beruflichen Aufstiegs, bei Entlassungen und im Bereich von Belästigungen seien dagegen mithilfe von Testing-Verfahren nicht zu ermitteln (Quelle: von der EHRC zur Verfügung gestellte, nicht veröffentlichte Materialien).

44 Die Befugnisse der CRE umfassten ein spezifisches (Specific or Named Investigations, die sich gegen individuelle Institutionen oder Einzelpersonen richten) sowie ein generelles Untersuchungsrecht (General Investigations, die durch einen bestimmten Untersuchungsgegenstand oder eine bestimmte Region definiert sind). In 13% der insgesamt 70 von der CRE durchgeführten General Investigations kamen Testing-Verfahren zum Einsatz, wobei zu berücksichtigen ist, dass die CRE im Rahmen der General Investigations keine Möglichkeiten hat, die festgestellten Diskriminierungen zu unterbinden. Seit dem 1. Oktober 2007 hat die Aufgaben der CRE (sowie der Equal Opportunities Commission und der Disability Rights Commission) die Equality and Human Rights Commission (EHRC) übernommen (Quelle: von der EHRC zur Verfügung gestellte, nicht veröffentlichte Materialien).

45 O’Cinneide, Country Report United Kingdom, 2008, S. 60.

Während bei – nach der hier entwickelten Systematik – als reaktiv zu bezeichnenden Verfahren ein Testing-Verfahren als ausreichend angesehen wird, das durch die Aussagen der Kläger_innen ergänzt wird, wurden bei initiativen Verfahren von der CRE regelmäßig drei oder mehr Testing-Verfahren durchgeführt, um ein diskriminierendes Verhaltensmuster nachweisen zu können. Als methodische Anforderungen, die sowohl für wissenschaftliche als auch für einzelfallbezogene Testing-Verfahren gelten sollen, werden u. a. genannt: Ermittlung der jeweiligen Rahmenbedingungen (z. B. der beruflichen Anforderungen für einen Arbeitsplatz), größtmögliche Ähnlichkeit der Testpersonen mit Ausnahme des relevanten Merkmals, Training und anschließende Betreuung der Testpersonen im Hinblick auf die erlittene Diskriminierung, Protokollierung der Ergebnisse.⁴⁶

Die Zulässigkeit von Testing-Verfahren als Beweismittel bemisst sich im Vereinigten Königreich nach den allgemeinen Vorschriften. Zwar hat das House of Lords in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004 die Zeugenaussage über ein Testing-Verfahren als relevantes und zulässiges Beweismittel anerkannt,⁴⁷ doch gibt es darüber hinaus keine bedeutsamen Präzedenzfälle. Expert_innen weisen auf Bedenken hin, wonach die durch Testing-Verfahren erbrachten Nachweise in bestimmten Fällen als irrelevant oder unfair betrachtet und daher als Beweismittel ausgeschlossen werden könnten.⁴⁸

Während die EHRC das Instrument angesichts bestehender rechtlicher Unsicherheiten bisher nicht genutzt hat,⁴⁹ erwägen im Bereich des Antidiskriminierungsrechts tätige Rechtsanwält_innen angesichts der wachsenden Bedeutung von Testing-Verfahren in anderen europäischen Ländern in jüngster Zeit wieder verstärkt den Einsatz von Testing-Verfahren.

2.1.3 Frankreich

Seit Ende der 1990er-Jahre führt vor allem die französische Nichtregierungsorganisation „SOS Racisme“ regelmäßig Testing-Verfahren zum Nachweis von rassistischer Diskriminierung durch. Soweit es in diesen Fällen um Straftaten ging,⁵⁰ trat die Organisation in den von ihr angestoßenen Strafverfahren als Nebenklägerin („partie civile“) auf und brachte sich durch das Vorbringen der in eigener Regie durchgeführten Testing-Verfahren in die strafgerichtlichen Ermittlungen ein.⁵¹ Auch die HALDE⁵² (Hohe Behörde für den Kampf gegen Diskriminierung und für Gleichberechtigung) organisiert selbst einzelfallbezogene Testing-

46 Von der EHRC zur Verfügung gestellte, nicht veröffentlichte Materialien. Dazu ausführlich unter [IV].

47 In der Entscheidung *Regina v. Immigration Officer at Prague Airport and another, ex parte European Roma Rights Centre (ERRC) and others v. 9*. Dezember 2004 ging es um die selektive Kontrolle und Befragung von Roma, die von Prag in das Vereinigte Königreich einreisen wollten. Auf der Grundlage von Testing-Verfahren, die sowohl das ERRC als auch das tschechische Fernsehen durchgeführt und die gezeigt hatten, dass Roma deutlich länger und ausführlicher befragt wurden und ihren Aussagen weniger Glaubwürdigkeit geschenkt wurde, entschied das House of Lords, dass die Kontrollen in rechtswidriger und diskriminierender Art und Weise durchgeführt wurden, *Rorive, Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 77 f.

48 O’Cinneide, *Country Report United Kingdom*, 2008, S. 59.

49 O’Cinneide, *Country Report United Kingdom*, 2008, S. 59 f. Von der EHRC wird u. a. auf die Vorschriften des *Regulations of Investigatory Powers Act (RIPA)* aus dem Jahr 2000 verwiesen, der die Befugnisse staatlicher Stellen zur Durchführung von Überwachungsmaßnahmen neu regelt.

50 In Frankreich sind die Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien u. a. in einem Straftatbestand (art. 225 CP – französisches Strafgesetzbuch) umgesetzt worden.

51 Die Organisation hat auf diese Weise Verurteilungen von Arbeitgeber_innen, Immobilienagent_innen, Polizist_innen sowie Eigentümer_innen von Campingplätzen und Diskotheken erwirkt, vgl. *Haute Autorité de Lutte contre la Discrimination et pour l’égalité (Hrsg.)*, *Les tests de discrimination*, 2009, S. 6.

52 Die *Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l’égalité (HALDE)* entspricht in ihrer Funktion der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, hat aber sehr viel mehr Befugnisse als diese.

Verfahren⁵³ und verwendet darüber hinaus die Ergebnisse von Testing-Verfahren, die von Einzelpersonen oder Nichtregierungsorganisationen durchgeführt wurden.⁵⁴

In seinem Urteil vom 11. Juni 2002 entschied der französische Kassationsgerichtshof, dass Testing-Verfahren als Beweise im Strafverfahren zulässig sind und das Strafgericht sie im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen muss.⁵⁵ Durch das Chancengleichheitsgesetz (Loi sur l'égalité des chances) von 2006 wurde darüber hinaus im Strafgesetzbuch geregelt, dass auch initiative Testing-Verfahren den Straftatbestand der Diskriminierung erfüllen können.⁵⁶ Die Debatte um die Frage, ob Testing-Verfahren eine unzulässige Beweismethode sind, ist damit gesetzlich klar mit „Nein“ beantwortet worden.⁵⁷

Trotz der gesetzlichen Regelung und der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist der Beweiswert des Testing-Verfahrens für die Kausalität zwischen Merkmalsausprägung und Ungleichbehandlung von den Umständen des Einzelfalls abhängig.⁵⁸ Angesichts der im Strafprozess geltenden Unschuldsvermutung zugunsten der verdächtigen bzw. beschuldigten Person, wird das Ergebnis eines Testing-Verfahrens allein für den (strafrechtlichen) Beweis der diskriminierenden Motivation im Regelfall nicht ausreichen.⁵⁹ Dagegen soll das „positive“ Ergebnis eines schriftlichen Testing-Verfahrens grundsätzlich für die Begründung eines hinreichenden Tatverdachts und damit für die Klageerhebung genügen.⁶⁰ Wichtig für den Beweiswert eines Testing-Verfahrens ist vor allem, dass eine neutrale dritte Person als Zeugin ihre eigenen Beobachtungen wiedergibt.⁶¹ Diese kann, muss aber keinesfalls, ein_e Gerichtsvollzieher_in (huissier de justice) sein.⁶²

Für den Zivilprozess ist die Frage der Zulässigkeit von Testing-Verfahren als Beweismethode höchstrichterlich noch nicht entschieden worden, es wird aber davon ausgegangen, dass die Erwägungen des Kassationsgerichtshofs zum Strafprozess auch (erst recht) für den Zivilprozess gelten.⁶³

53 In Art. 41 des Chancengleichheitsgesetzes (Loi sur l'égalité des chances) werden Testing-Verfahren zwar nicht explizit erwähnt, doch räumt die Vorschrift der HALDE Prüfungsbefugnisse ein, die auch Testing-Verfahren umfassen sollen.

54 Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Hrsg.), Les tests de discrimination, 2009, S. 2.

55 Cour de Cassation (französischer Kassationsgerichtshof), Urteil v. 11. Juni 2002, no. 01-85559, abrufbar unter <http://www.legifrance.gouv.fr> [31.08.2010].

56 Art. 225-1-3 CP – französisches Strafgesetzbuch. In Art. 21 der Erwägungsgründe werden Testing-Verfahren auch als „unvermutete Überprüfung“ bezeichnet. Ein ministerielles Rundschreiben des Justizministeriums präzisiert die Vorschrift dahin gehend, dass ein strafrechtlich relevantes Verhalten nur dann vorliegt, wenn im Rahmen eines Testing-Verfahrens eine reale (und nicht nur eine fiktive) Person diskriminiert worden ist. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass die diskriminierte Person tatsächlich an dem Vertrag o. Ä. interessiert war, vgl. Burnier/Pesquié, Test de discrimination et preuve pénale, 2007, S. 5 f.

57 Gegen die Zulässigkeit von Testing-Verfahren wurde u. a. angeführt, dass sie willkürlich, unfair und intransparent durchgeführt würden, die Ergebnisse nicht vertrauenswürdig seien und sie die Rechte der Verteidigung verletzen.

58 Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 41.

59 Vgl. Burnier/Pesquié, Test de discrimination et preuve pénale, 2007, S. 3.

60 Die mehrmalige Wiederholung des Testing-Verfahrens ist nicht notwendig. Dies präzisiert das o. g. Rundschreiben des Justizministeriums laut Burnier/Pesquié, Test de discrimination et preuve pénale, 2007, S. 4.

61 Burnier/Pesquié, Test de discrimination et preuve pénale, 2007, S. 1.

62 Burnier/Pesquié, Test de discrimination et preuve pénale, 2007, S. 4.

63 Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Hrsg.), Les tests de discrimination, 2009, S. 11.

2.1.4 Belgien

Testing-Verfahren (damals auch „Rollenspiele“ genannt) wurden in Belgien schon in den 80er-Jahren auf dem Wohnungsmarkt und beim Zugang zu Gaststätten durchgeführt.⁶⁴ Sie wurden in der Anfangszeit teils spontan von den Betroffenen, teils mithilfe zivilgesellschaftlicher Organisationen organisiert.⁶⁵ Die Ergebnisse dieser Testing-Verfahren wurden sowohl im Straf- als auch im Zivil- und Sozialgerichtsverfahren als Beweise anerkannt.⁶⁶

Mit dem Antidiskriminierungsgesetz von 2003, das bis 2007 in Kraft war, wurden Testing-Verfahren (nun als „tests de situation“ bezeichnet) ausdrücklich als eine Möglichkeit zur Umkehr der Beweislast anerkannt. Eine hierzu ergangene Königliche Verordnung (Arrêté Royal) schrieb vor, dass ein_e Gerichtsvollzieher_in oder eine Person, die beim belgischen Zentrum für Chancengleichheit und Kampf gegen Rassismus⁶⁷ eine entsprechende Fortbildung absolviert hatte, das Testing-Verfahren als Verantwortliche zu überwachen hatte. Diese Verfahrensregelung wird rückblickend nicht nur von Nichtregierungsorganisationen und Expert_innen, sondern auch vom Gesetzgeber selbst als kontraproduktiv bewertet.⁶⁸ Zum einen seien die als Verantwortliche infrage kommenden Personen nicht ausreichend erreichbar und z. B. Testing-Verfahren in Nachtclubs mit den Arbeitszeiten von Gerichtsvollzieher_innen schwerlich vereinbar; zum anderen wurde kritisiert, dass mit der Verordnung eine Entwertung spontan organisierter Testing-Verfahren drohe, die von den Gerichten bisher als zulässige Beweise anerkannt worden seien.⁶⁹

Seit der Neuregelung des Antidiskriminierungsrechts 2007 unterscheidet das belgische Recht zwischen den sogenannten „test de récurrence“ und den „test de comparabilité“. Während mit einem „test de récurrence“ überprüft wird, ob sich ein bestimmtes Verhalten bei (verschiedenen) Menschen mit der gleichen Merkmalsausprägung wiederholt, wird bei einem „test de comparabilité“ eine Vergleichsperson eingesetzt, die die fragliche Merkmalsausprägung nicht aufweist. Das Verhältnis der Varianten zueinander und zum „test de situation“ ist in der Rechtswissenschaft bisher nicht vollständig geklärt.⁷⁰ Als gesichert kann jedoch gelten, dass „positive“ Ergebnisse in beiden Fällen zu einer Umkehr der Beweislast führen können und dass andere Formen von Testing-Verfahren auch ohne ausdrückliche gesetzliche Erwähnung weiterhin als Beweise zulässig und von dem/der Richter_in in die freie Beweiswürdigung einzubeziehen sind.⁷¹

64 Van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 3; Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 57.

65 Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 57.

66 Wohl zuerst vom Lütticher Berufungsgericht (Cour d'Appel de Liège) mit Urteil vom 11. März 1988, abrufbar auf der Homepage des Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), www.diversite.be [31.08.2010], im Fall einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft.

67 Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR), dem Äquivalent der deutschen Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

68 Van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 12; Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 57.

69 Belgische Nichtregierungsorganisationen argumentierten mit Verweis auf den Freibeweis im Zivil-, Straf- und Sozialverfahrensrecht, dass die Verordnung an dieser Rechtslage nichts geändert habe. Van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 4.

70 Unter „test de situation“ wurden echte Testing-Verfahren verstanden, bei denen gleichzeitig mehrere Testpersonen auftreten, die sich in der fraglichen Merkmalsausprägung unterscheiden. Der Begriff war jedoch zur Zeit der Gesetzesentstehung derart aufgeladen, dass er im Gesetz vermieden wurde. Vgl. van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 7.

71 Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 58; van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 8.

Bezüglich des Beweiswertes eines Testing-Verfahrens wird in Belgien betont, dass ein einzelner „Beweis“ nicht ausreichen kann, um als Indiz eine Beweislastumkehr zu bewirken (und erst recht nicht, um den Vollbeweis zu führen).⁷² Dafür seien immer mehrere Indizien nötig, die jedoch unter Umständen auch durch ein einziges Testing-Verfahren erbracht werden könnten. Dies sei etwa der Fall, wenn neben der Ungleichbehandlung der Testpersonen zugleich eine Lüge aufgedeckt werde, mit der die getestete Person die Diskriminierung verdecken wollte. Beide Indizien zusammen wurden vom Brüsseler Gericht Erster Instanz als ausreichend angesehen, um die Beweislastumkehr auszulösen.⁷³

2.1.5 Ungarn

Testing-Verfahren werden in Ungarn vor allem von Nichtregierungsorganisationen durchgeführt. Dem „Legal Defence Bureau for National and Ethnic Minorities“ (NEKI) ist es zu verdanken, dass die Ergebnisse von Testing-Verfahren von ungarischen Gerichten inzwischen als Beweise für Diskriminierungen anerkannt werden.⁷⁴ Im letzten Jahrzehnt hat die Organisation mithilfe von Testing-Verfahren zahlreiche Fälle vor die Zivilgerichte und die Gleichstellungsbehörde gebracht, in denen vor allem Roma beim Zugang zu Gaststätten, zum Arbeits- und Wohnungsmarkt diskriminiert wurden.⁷⁵ Eine Regierungsverordnung aus dem Jahr 2004 verleiht darüber hinaus der ungarischen Gleichstellungsbehörde ausdrücklich die Befugnis, Testing-Verfahren durchzuführen und vor Gericht zu verwerfen.⁷⁶ Mangels spezieller Vorschriften im ungarischen Zivilprozessrecht, werden die Ergebnisse von Testing-Verfahren von den Zivilgerichten im Rahmen der freien Beweiswürdigung bewertet.

Ursprünglich führte NEKI Testing-Verfahren in der Weise durch, dass sich bei Vorliegen einer Beschwerde eine Testperson, die sich von der/dem Beschwerdeführer_in im Hinblick auf die fragliche Merkmalsausprägung unterschied, zu einem späteren Zeitpunkt der (vermeintlich diskriminierenden) Behandlung noch einmal aussetzte. Die Ergebnisse dieser reaktiven Testing-Verfahren wurden von den Gerichten jedoch oft deshalb nicht akzeptiert, weil die getestete Situation von der ursprünglichen Situation, welche Grundlage der Beschwerde und des Gerichtsverfahrens war, zu weit entfernt sei.⁷⁷ NEKI änderte seine Strategie daraufhin insofern, als das Testing-Verfahren nun von dem/der Beschwerdeführer_in gemeinsam mit der Testperson durchgeführt wurde. Nach der hier entwickelten Systematik handelte es sich dabei um initiative Testing-Verfahren, da nicht das der Beschwerde zugrunde liegende, sondern das im Rahmen des Testing-Verfahrens beobachtete Verhalten

72 Van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 14.

73 Entscheidung im „emergency proceeding“ vom 3. Juni 2005, Kurzbeschreibung abrufbar auf der Homepage der CECLR, www.diversite.be, Kurzbeschreibung bei Rorive, Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 58.

74 Ein Mitglied von NEKI verbrachte in den 1990er-Jahren ein Jahr beim Fair Housing Council in Washington D. C. und setzte die dort gewonnene Erfahrung mit Testing-Verfahren in Ungarn um. Zu Rechtsprechung vgl. Rorive, Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 68; Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, 2006, S. 255 f.

75 Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 66; Udvari, in: Haute Autorité de Lutte contre la Discrimination et pour l'égalité (Hrsg.), *Les tests de discrimination*, 2009, S. 5. Zahlreiche Fallstudien (auch in englischer Sprache) sind auf der Homepage der Organisation dokumentiert (http://www.neki.hu/index.php?option=com_content&view=category&id=47&Itemid=77 [31.08.2010]).

76 Art. 13 des Regierungsdekrets 362/2004.

77 Dies war vor der Einführung einer § 22 AGG entsprechenden Regelung zur Beweiserleichterung, die erst 2003 mit dem ungarischen Gleichbehandlungsgesetz eingeführt wurde. Ob diese Neuregelung zu einer anderen juristischen Bewertung führen wird, bleibt abzuwarten. Rorive, *Proving Discrimination Cases – The Role of Situational Testing*, MPG/CFER, Stockholm/Brüssel, 2009, S. 69.

zum Gegenstand des Rechtsstreits gemacht wurde.⁷⁸ 2006 hat die Gleichbehandlungsbehörde dann zum ersten Mal auch die Ergebnisse eines reaktiven Testing-Verfahrens als Beweis anerkannt, bei dem zwei Testpersonen, die sich nur hinsichtlich ihres Namens unterschieden, die vorausgegangene Diskriminierung des Beschwerdeführers aufgrund seiner Zugehörigkeit zur Gruppe der Roma auf dem Arbeitsmarkt nachweisen konnten.⁷⁹

Methodisch erhöht NEKI den Beweiswert seiner Testing-Verfahren, indem neben den Aussagen der Testpersonen als Zeug_innen vor Gericht auch Fragebögen, die sowohl die benachteiligte Person als auch die Testpersonen direkt im Anschluss an das Testing-Verfahren ausgefüllt haben, als Beweismittel eingebracht werden. Auf diesen Fragebögen werden detaillierte Angaben zur Situation und zum Verhalten der getesteten Person festgehalten.⁸⁰

2.1.6 Schweden

Testing-Verfahren werden in Schweden vor allem aufgrund privater Initiative durchgeführt. Erwähnenswert sind hier vor allem Jurastudent_innen, die Testing-Verfahren bei verschiedenen Restaurants und Nachtclubs in drei schwedischen Großstädten durchgeführt haben, um deren Einlasspraxis auf rassistische Diskriminierungen hin zu überprüfen.⁸¹ Die Studierenden führten echte, initiative Testing-Verfahren durch, indem sie jeweils zwei Dreiergruppen bildeten, deren Mitglieder sich in ihrem Aussehen („typisch“ schwedisch bzw. nicht schwedisch) unterschieden, dagegen im Hinblick auf Kleidung, Sprache und Verhalten ähnelten.

Dagegen nehmen die schwedischen Behörden, insbesondere die Ombudsperson gegen Diskriminierungen (DO)⁸², eine eher zurückhaltende Position bei der Durchführung von einzelfallbezogenen Testing-Verfahren ein. Grund dafür ist zum einen die neutrale Stellung der DO, die bei Diskriminierungsbeschwerden zunächst beide Seiten anzuhören und die vorgelegten Beweise zu bewerten hat, bevor sie sich ggf. dazu entschließt, für den/die Beschwerdeführer_in Klage zu erheben. Zum anderen wird auf die unklare rechtliche Lage hinsichtlich der Frage verwiesen, ob es sich bei Testing-Verfahren durch Behörden um eine (verbotene) Anstachelung zu einer Straftat handelt. Von der DO wird daher eine ausdrückliche gesetzliche Befugnis zur Durchführung von Testing-Verfahren gefordert.⁸³ Dagegen hat die DO bereits erfolgreich Klage in Fällen erhoben, in denen Testing-Verfahren von Einzelpersonen oder Nichtregierungsorganisationen durchgeführt worden waren.⁸⁴

Die oben genannten Verfahren haben in den vergangenen Jahren zu einer ganzen Reihe gerichtlicher Entscheidungen geführt, in denen Zivil- und Strafgerichte die Beweiskraft von Testing-Verfahren mangels spezieller Regelung am allgemeinen Beweisrecht zu messen hatten. Während ein Berufungsgericht in einem Strafverfahren die durch das Testing-Verfahren gewonnenen Erkenntnisse (u. a. eine Videoaufzeichnung) für nicht ausreichend erachtete, um davon auf die diskriminierende Motivation eines Türstehers schließen zu können, hatte der Oberste Gerichtshof keine Bedenken, eine zivilgerichtliche Verurteilung auf die Ergebnisse eines solchen Verfahrens zu stützen. Lediglich die von der Vorins-

78 Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 67.

79 Rorive, *Proving Discrimination Cases*, 2009, S. 69; Kadar, *Country report Hungary*, 2007, S. 18 f.; Europäische Zeitschrift zum Anti-Diskriminierungsrecht 2006, S. 69.

80 Van der Plancke, *Les tribulations du testing en Belgique*, 2005, S. 14.

81 Rorive, *Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht* 2006, S. 39.

82 Diskriminierungsombudsmannen.

83 Norberg, *Country Report Sweden*, 2008, S. 37 f.

84 Auskunft des Diskriminierungsombudsmannen.

tanz zugesprochene Entschädigung i. H. v. ca. 1.500,- € (15.000 SEK) pro Person wurde auf ca. 500,- € (5.000 SEK) pro Person reduziert, da die eigentliche Motivation der Studierenden die Überprüfung der Zugangspraxis und nicht der Besuch des Klubs gewesen sei.⁸⁵

2.1.7 Österreich

Testing-Verfahren werden in Österreich bisher nur von Nichtregierungsorganisationen genutzt, um die rassistische Einlasspraxis von Bars und Restaurants zu überprüfen. Die Ergebnisse der Überprüfung werden dabei an die Behörden weitergegeben, die ein Verwaltungsverfahren einleiten, an dessen Ende eine Geldbuße stehen kann. Die Testpersonen haben in diesen Verfahren lediglich die Rolle von Zeug_innen und werden nicht über deren Ausgang informiert. In Vorbereitung von Testing-Verfahren, die auch in gerichtlichen Verfahren eingesetzt werden sollen, wurden von Nichtregierungsorganisationen Leitfäden und Handbücher für die Durchführung von Testing-Verfahren entwickelt.⁸⁶

Das österreichische Recht kennt weder spezielle Regelungen zur Verwendbarkeit von Testing-Verfahren als Beweismittel noch liegt dazu einschlägige Rechtsprechung vor. Grundsätzlich kommen deren Ergebnisse danach als Beweismittel infrage, doch kann über das Gewicht, das die Gerichte einem solchen Beweis zukommen lassen würden, bisher nur spekuliert werden.⁸⁷ Angesichts des bisherigen Umgangs österreichischer Gerichte mit Fragen des Antidiskriminierungsrechts und des möglichen Vorwurfs der Provokation des diskriminierenden Verhaltens vermuten Expert_innen hier eher Zurückhaltung.⁸⁸

2.2 Vergleich der Erfahrungen und des Umgangs mit Testing-Verfahren in den ausgewählten Mitgliedstaaten

In den untersuchten Mitgliedstaaten werden Testing-Verfahren meist von nicht staatlichen Organisationen und Einzelpersonen, teilweise aber auch von staatlichen Antidiskriminierungsstellen (so z. B. in Frankreich und Ungarn) durchgeführt. Im Vordergrund steht dabei der Nachweis rassistischer und ethnischer Diskriminierungen im Gaststättengewerbe, auf dem Arbeits- und Wohnungs- bzw. Häusermarkt. Während Testing-Verfahren in den meisten Mitgliedstaaten am Maßstab des allgemeinen Beweisrechts gemessen werden, wurden in Frankreich und Belgien in einem gewissen Umfang spezielle rechtliche Grundlagen geschaffen. Während die damit einhergehende Rechtssicherheit die Durchführung von Testing-Verfahren auf der einen Seite begünstigen kann, zeigt das Beispiel Belgien, dass zu starre und unflexible Verfahrensregelungen für spontan von den Betroffenen durchgeführte Testing-Verfahren von Nachteil sein können.

In keinem der untersuchten Mitgliedstaaten werden die durch Testing-Verfahren gewonnenen Beweise von den Gerichten generell als unzulässig angesehen. Sie finden Eingang in zivil-, aber auch in strafgerichtliche Verfahren durch die Zeug_innenaussagen der Testpersonen, aber auch durch die Vorlage von Protokollen. Um sicherzustellen, dass die

85 Zwei der fünf Richter_innen des Obersten Gerichtshofs sprachen sich in einem abweichenden Votum gegen die Reduzierung der Entschädigung aus. Norberg, Country Report Sweden, 2008, S. 36 f.

86 Schindlauer, Country Report Austria, 2008, S. 25.

87 Schindlauer, Country Report Austria, 2008, S. 25.

88 Auskunft der Gleichbehandlungsanwaltschaft bei der Bundesministerin für Frauen und Öffentlichen Dienst.

Durchführung methodischen Anforderungen genügt und nicht provokativ oder interessegeleitet erfolgt, werden Testing-Verfahren insbesondere dort, wo strafbewehrte Diskriminierungsverbote bestehen, in Zusammenarbeit mit oder in Anwesenheit von neutralen Personen durchgeführt. Methodische Anforderungen beziehen sich sowohl auf die Ähnlichkeit der Testpersonen als auch auf die Vergleichbarkeit von Ausgangs- und Testsituation. Was den Beweiswert der Ergebnisse betrifft, werden in einigen Mitgliedstaaten für eine Umkehr der Beweislast i. S. d. § 22 AGG über die durch das Testing-Verfahren nachgewiesene Diskriminierung hinaus weitere Indizien (z. B. die gleichzeitige Aufdeckung einer Lüge) gefordert.

III.

Rechtliche Beschränkungen und Voraussetzungen von Testing-Verfahren im deutschen Recht

3.1 Testing-Verfahren durch Private

Zunächst sollen die Voraussetzungen untersucht werden, unter denen Private, d. h. nicht staatliche Personen, wie z. B. Einzelpersonen, Vereine oder Unternehmen (als Mitbewerber_innen oder Arbeitgeber_innen), Testing-Verfahren durchführen dürfen.

3.1.1 Wettbewerbsrechtliche Grenzen

Während Testing-Verfahren zum Nachweis von Benachteiligungen i. S. d. AGG bisher kaum zum Einsatz kommen,⁸⁹ sind Testmaßnahmen im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes seit Langem üblich. Sie werden von Warentester_innen, Verbraucherverbänden, Medien und Mitbewerber_innen durchgeführt⁹⁰ und bestehen z. B. im Kauf von Waren, in der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder dem Führen von Kund_innengesprächen.⁹¹ Ihr Ziel ist es in erster Linie, Wettbewerbs- und andere Rechtsverstöße aufzudecken und Beweise dafür zu sichern.⁹² Im Hinblick auf die Förderung der Selbsthilfe des Wettbewerbs (vgl. § 8 Abs. 3 UWG) und den Umstand, dass in der Regel keine andere Möglichkeit besteht, das rechtsverletzende Verhalten aufzudecken bzw. nachzuweisen, gelten solche Kontrollen als schützenswert und grundsätzlich zulässig.⁹³

Das UWG ist auf Verstöße gegen die zivilrechtlichen Diskriminierungsverbote (§§ 19, 20 AGG) anwendbar, wenn aufseiten des Diskriminierenden eine geschäftsähnliche Handlung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorliegt. Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn die diskriminierende Maßnahme unmittelbar oder mittelbar gegen ein Unternehmen gerichtet ist, das Mitbewerber der handelnden Person ist. Bei der Diskriminierung von Kund_innen oder Lieferant_innen setzt dies voraus, dass sie zur Behinderung des Mitbewerbers eingesetzt wird.⁹⁴ Da die §§ 21, 23 AGG nicht abschließend sind, können diese Verstöße auch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG von den nach § 8 Abs. 3 UWG jeweils anspruchsberechtigten Personen

89 Vgl. [1.4].

90 Ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Testperson und getesteter Person muss nicht bestehen, BGH v. 26. Juni 1981 NJW 1981, S. 2752, 2754.

91 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-*Omsels*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 52.

92 Piper/Ohly/Sosnitza-*Ohly*, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 10/20; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-*Omsels*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 52.

93 Friedrich, Der perfide Testkauf, in: Stiefel u. a. (Hrsg.), *Iusto Iure*, Festgabe für Otto Sandrock, 1995, S. 323, 326; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-*Omsels*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 52.

94 Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 4 Rn. 10.209.

und Verbänden auch mithilfe von Testmaßnahmen verfolgt werden.⁹⁵ Aber auch außerhalb des UWG sind die von der Rechtsprechung entwickelten und im Folgenden darzustellenden Grundsätze für die Beurteilung von Testing-Verfahren zu berücksichtigen.⁹⁶

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁹⁷ sind Testmaßnahmen grundsätzlich zulässig, solange sich die Testpersonen wie normale Kund_innen verhalten: Wer sein Unternehmen dem Publikum öffnet, muss auch Testpersonen dulden, sodass die Verhinderung von Testmaßnahmen (z. B. durch Hausverbote) ihrerseits nach § 3 UWG unlauter ist.⁹⁸

Testmaßnahmen sind dagegen ausnahmsweise unzulässig, wenn durch sie der Betriebsablauf des getesteten Unternehmens gestört oder beeinträchtigt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Tester_innen sich als solche zu erkennen geben oder auf andere Weise (z. B. durch auffällige Beobachtungen) bei Kund_innen den Eindruck erwecken, mit dem getesteten Betrieb sei etwas nicht in Ordnung.⁹⁹ Aus diesem Grund wurde bisher auch das ungenehmigte Anfertigen von Fotos innerhalb der Geschäftsräume generell für unzulässig gehalten und im Hinblick auf den Beweiszweck auf die Aussagen von Zeug_innen verwiesen.¹⁰⁰ Angesichts der Verbreitung des Fotografierens mit Handys und kleinen Digitalkameras differenziert der BGH jetzt aber auch hier und hält an seiner Rechtsprechung nur insoweit fest, als bei potenziellen Beobachter_innen der Eindruck erweckt wird, dass mögliche Unregelmäßigkeiten dokumentiert werden sollen.¹⁰¹ Unzulässig ist auch der Einsatz von Tricks, Drohungen oder vergleichbaren verwerflichen Mitteln, um die gestestete Person zu einem Rechtsverstoß anzustiften oder zu verleiten, wozu auch die Anwendung „besonderer Verführungskunst“ zählen soll.¹⁰² Nicht ausreichend ist dagegen der Umstand, dass der Rechtsverstoß zwar provoziert war, er aber auch bei jedem/jeder anderen Kunden_in begangen worden wäre.¹⁰³ Mit Testmaßnahmen darf schließlich auch nicht die Absicht verfolgt werden, den/die Getestete_n „hereinzulegen“, was von der Rechtsprechung angenommen wurde, wenn keine Anhaltspunkte für ein bereits begangenes oder bevorstehendes wettbewerbswidriges Verhalten vorliegen.¹⁰⁴

95 Droht eine unzulässige Benachteiligung (z. B. durch ihre Ankündigung in der Werbung), besteht ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1 S. 2 UWG. Ist es zu einer Diskriminierung gekommen, kann nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr Unterlassung verlangt werden, Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl. 2010, § 4 Rn. 11.16 u. 11.157.

96 Während Tests durch Mitbewerber_innen an § 4 Nr. 10 UWG (gezielte Behinderung von Mitbewerber_innen) zu messen sind, ist bei sonstigen Marktteilnehmer_innen die Generalklausel des § 3 UWG heranzuziehen. Maßstab außerhalb des Wettbewerbs ist § 823 Abs. 1 BGB (i. V. m. dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb), Heermann/Hirsch-Jänich, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 79.

97 BGH v. 2. April 1965, GRUR 1965, S. 607, 609; BGH v. 18. Mai 1966, GRUR 1966, S. 564, 565; BGH v. 13. Juli 1979, GRUR 1979, S. 859, 860; BGH v. 26. Juni 1981, GRUR 1981, S. 827, 828; BGH v. 3. November 1988, GRUR 1989, S. 113, 114.

98 BGH v. 18. Mai 1966, GRUR 1966, S. 564; BGH v. 13. Juli 1979, GRUR 1979, S. 859, 860; BGH v. 26. Juni 1981, GRUR 1981, S. 827; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 55 f.

99 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 58.

100 BGH v. 25. April 1991, GRUR 1991, S. 843, 844; BGH v. 23. Mai 1996, WRP 1996, S. 1099, 1101; Heermann/Hirsch-Jänich, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 82.

101 BGH v. 25. Januar 2007, WRP 2007, S. 1082, 1085; zustimmend: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 58f., wonach dies erst recht für Fotos außerhalb der Geschäftsräume (z. B. in Messehallen oder im Freien) gelten soll.

102 BGH v. 15. Juli 1999, GRUR 1999, S. 1017, 1019; BGH v. 25. Februar 1992, NJW 1992, 2292, 2293; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Omsels, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 57; Heermann/Hirsch-Jänich, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 81; Piper/Ohly/Sosnitzka-Ohly, Unlauterer Wettbewerb-Gesetz, 5. Aufl. 2009, § 4 Rn. 10/21.

103 BGH v. 19. Dezember 1984, GRUR 1985, S. 447, 450; Heermann/Hirsch-Jänich, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 81.

104 BGH v. 29. März 1960 (I ZR 21/59) zitiert bei: Friedrich, Der perfide Testkauf, in: Stiefel u. a. (Hrsg.), Iusto Iure, Festgabe für Otto Sandrock, 1995, S. 327.

Ansprüchen, die auf Tatsachen gestützt werden, die durch – nach den soeben beschriebenen Grundsätzen – unzulässige Testmaßnahmen gewonnen worden sind, kann der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden; zudem kann der/die Getestete auf Unterlassung und Schadensersatz klagen.¹⁰⁵ Dagegen besteht bei zulässigen Testmaßnahmen ein Anspruch gegen den/die Getestete_n auf Ersatz der aus Sicht einer sparsamen und wirtschaftlich denkenden Person für den Test notwendigen Kosten (u. a. Personal-, Honorar-, Material- und Reisekosten).¹⁰⁶

3.1.2 Strafrechtliche Grenzen

a) Urkundenfälschung, § 267 StGB

Da schriftliche Testing-Verfahren regelmäßig die Anfertigung der notwendigen Unterlagen, z. B. für ein Bewerbungsverfahren, voraussetzen, stellt sich die Frage, ob die Herstellung von Lebenslauf, Zeugnis oder Einkommensnachweis für eine (oder mehrere) Testperson(en) den Tatbestand einer Urkundenfälschung gem. § 267 StGB erfüllt.¹⁰⁷ Die Vorschrift verbietet nicht nur den Gebrauch unechter und verfälschter Urkunden, sondern bereits die Herstellung einer unechten Urkunde – selbst dann, wenn später nur die Kopie der falschen Urkunde verwendet werden soll.¹⁰⁸ Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenklärung, die ihrem Inhalt nach dazu geeignet und bestimmt ist, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihre/ihren Aussteller_in erkennen lässt.¹⁰⁹ Schul-¹¹⁰, Arbeits- und sonstige Zeugnisse¹¹¹, aber auch Lebensläufe¹¹² oder Empfehlungen bei einem Stellengesuch erfüllen diese Voraussetzungen; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Unterlagen in Papierform, per E-Mail verschickt werden oder die Bewerbung „online“ erfolgt.¹¹³ Unecht ist eine Urkunde, wenn sie über die **Identität** der/des Ausstellenden, d. h. der Person, die als geistige Urheberin für den Inhalt einsteht, täuscht.¹¹⁴ Der unwahre **Inhalt** einer Urkunde berührt deren Echtheit dagegen nicht, sondern stellt nur eine im Rahmen des § 267 StGB straflose, schriftliche Lüge dar.¹¹⁵

105 Im Anwendungsbereich des UWG nach §§ 4 Nr. 10, 8, 9: Heermann/Hirsch-*Jänich*, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 83.

106 In Betracht kommen Ansprüche auf Schadensersatz (§ 9 UWG), Aufwendungsersatz (§§ 683 S. 2, 677, 670 BGB) und ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch (§ 91 Abs. 1 ZPO), Heermann/Hirsch-*Jänich*, Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, § 4 Nr. 10 UWG Rn. 84. Die Kosten allgemeiner Kontrollmaßnahmen sind danach auch dann nicht erstattungsfähig, wenn dabei ein diskriminierendes Verhalten aufgedeckt wird, da sie sowieso entstanden wären, Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-*Omsels*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 Rn. 62.

107 Dies gilt ohnehin dort, wo fiktive Testidentitäten zum Einsatz kommen, aber regelmäßig auch bei realen Personen, deren „Profil“ entsprechend angeglichen werden muss. Zu den methodischen Anforderungen siehe unten.

108 BGH v. 2. Mai 2001, StV 2001, S. 624; BayOLG v. 19. März 1991, NJW 1991, S. 2163.

109 Ständige Rechtsprechung seit BGH v. 3. Juli 1952, BGHSt 3, S. 85; Schönke/Schröder-*Cramer/Heine*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 2 m.w.N.

110 Für das Reifezeugnis: RG v. 14. Oktober 1926, RGSt 60, S. 375, 376 f.

111 Für privatschriftliche Zeugnisse: RG v. 13. Februar 1933, RGSt 67, S. 117.

112 Für einen eigenhändigen Lebenslauf: OLG Oldenburg v. 15. Juli 1952, JR 1952, S. 410.

113 Vgl. §§ 268 ff. StGB; zur Fälschung beweisheblicher Daten durch Verwendung einer falschen E-Mail-Adresse: Buggisch, NJW 2004, S. 3519 ff.

114 Schönke/Schröder-*Cramer/Heine*, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 48, 16.

115 BGH v. 13. Dezember 1955, BGHSt 9, S. 44. Etwas anderes gilt für öffentliche Urkunden (vgl. §§ 271, 348 StGB).

Soweit es um die Manipulation von Unterlagen geht, die der Bewerbung nur in Kopie beigelegt werden (z. B. Zeugnisse, Empfehlungsschreiben, Praktikumsbescheinigungen), ist Folgendes zu beachten: Wer eine Kopie von einer echten Urkunde herstellt, an dieser Kopie den Text verändert und von der so veränderten Kopie wiederum eine Kopie anfertigt, damit die Manipulation nicht auffällt, stellt – sofern die Täuschung erkennbar als Kopie einer (vermeintlich existierenden) Urkunde und nicht als eine (vermeintlich echte) Originalurkunde Verwendung findet – keine Urkunde her.¹¹⁶ Entsprechendes gilt für Kopien, die aus lose übereinandergelegten Vorlagen hergestellt werden¹¹⁷, und Collagen, bei denen eine Unterschrift in einen bestehenden Text hineinkopiert wird.¹¹⁸ Etwas anderes gilt jedoch dort, wo objektiv der Eindruck eines Originals (z. B. durch Vortäuschen eines Stempels oder der eigenen Unterschrift) erzeugt wird, oder die Kopie mit qualifizierenden Zusätzen (z. B. einer Beglaubigung) versehen wird.¹¹⁹ Da bei Bewerbungen Urkunden regelmäßig nur in Kopie und nicht im Original beigelegt werden, sind bei Anwendung dieser Methode bereits die objektiven Tatbestandsvoraussetzungen einer Urkundenfälschung nicht gegeben.

Anders verhält es sich bei der Herstellung von Unterlagen, die einer Bewerbung im Original beigelegt werden, wie z. B. dem Lebenslauf. Der Lebenslauf einer realen Testperson darf aus den oben genannten Gründen inhaltlich (z. B. im Hinblick auf Geburtsort, Schulabschluss, beruflichen Werdegang) falsch sein, solange der/die Aussteller_in durch seinen/ihren Namen identifiziert werden kann.¹²⁰ Ob dagegen eine Identitätstäuschung vorliegt, wenn real gar keine Person existiert, auf die sowohl der von der/dem Aussteller_in angegebene Name als auch die weiteren Identitätsmerkmale zutreffen, wie dies bei einer fiktiven Testperson der Fall sein wird, ist umstritten. Von der Rechtsprechung und der wohl überwiegenden Auffassung in der Lehre wird dies mit dem Hinweis darauf bejaht, dass es für eine Identitätstäuschung genüge, wenn der Eindruck erweckt wird, eine bestimmte Person mit dem betreffenden Namen wolle sich zu der urkundlichen Erklärung als Aussteller_in bekennen.¹²¹ Die Gegenauffassung lehnt eine Täuschung jedenfalls dann ab, wenn der/die Erklärungsempfänger_in keine Person kennt, auf die sämtliche von der/dem Aussteller_in angegebenen Identitätsmerkmale zutreffen. Da Urkunden nicht die Existenz des/der darauf angegebenen Aussteller_in beweisen, sondern nur die Abgabe einer bestimmten Erklärung durch diesen/diese beweisen sollten, obliege es grundsätzlich dem/der Empfänger_in der Erklärung, sich der Existenz einer solchen Person zu vergewissern.¹²²

Unabhängig von der Entscheidung dieser Streitfrage scheitert eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung in den genannten Fällen jedoch am subjektiven Erfordernis des Handelns „zur Täuschung im Rechtsverkehr“: Dieses Merkmal liegt vor, wenn ein Irrtum über die Echtheit der Urkunde erregt und die/der Getäuschte durch den gedanklichen Inhalt zu

116 Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 42a; BGH v. 26. Februar 2003, wistra 2003, S. 231.

117 BGH v. 26. Februar 2003, NStZ 2003, S. 544.

118 BGH v. 11. Mai 1971, BGHSt 24, S. 140.

119 Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 42b.

120 Dies gilt auch dann, wenn es dem/der Adressat_in der Erklärung gerade auf eine bestimmte fachliche Qualifikation ankommt, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Puppe, Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Aufl. 2010, § 267 Rn. 72 m.w.N. Vgl. auch BGH v. 24. Juni 1993, NJW 1993, S. 2759 ff., der die Annahme einer unechten Urkunde trotz Unterzeichnung mit seinem Namen bei Täuschung über eine nicht bestehende Vertretungsbefugnis auf Fälle beschränkt, in denen die Person des Erklärenden für den Rechtsverkehr weniger wichtig ist als die nach dem Anschein der Urkunde von ihm vertretene Behörde oder Firma.

121 BGH v. 27. September 2002, NStZ-RR 2003, S. 22; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 49 m.w.N.

122 Rudolphi/Wolter-Hoyer, SK-StGB, Band 2, 6. Aufl., 45. Lieferung (Juli 1998), § 267 Rn. 60 m.w.N.

einem rechtlich erheblichen Verhalten bestimmt werden soll.¹²³ Ziel eines schriftlichen Testing-Verfahrens ist es, dass der/die Arbeitgeber_in im Vertrauen auf die Echtheit des fiktiven Lebenslaufs eine Absage bzw. Einladung zum Vorstellungsgespräch aussprechen wird. Auch wenn der durch die Täuschung bezweckte Erfolg nicht rechtswidrig zu sein braucht,¹²⁴ stellt sich die Frage, ob die Tatsache, dass das Testing-Verfahren zur Aufdeckung eines rechtlich missbilligten Verhaltens dienen soll, hier zu berücksichtigen ist. Dafür kann auf eine Überlegung von Freund zurückgegriffen werden, der den subjektiven Tatbestand des § 267 StGB dahin gehend einschränkt, dass ein hinreichend gewichtiges, rechtlich anzuerkennendes Interesse bestehen muss, die Täuschung über den/die Aussteller_in zu vermeiden.¹²⁵ Dies sei zum Beispiel bei einem Schuldner der Fall, der zur Abwehr einer unberechtigten Klage eine Quittung des Gläubigers über die bereits bezahlte Schuld fälscht. Zwar sei hier das Interesse des Gläubigers an einer Vermeidung der Täuschung auf den ersten Blick kaum schutzwürdig, doch sei Folgendes zu bedenken: Die wirkliche Rechtslage sei im Streitfall gerade offen und solle in einem manipulationsfreien Prozess nach den Regeln der zivilrechtlichen Risiko- und Beweislastverteilung geklärt werden.¹²⁶ Von dieser Fallkonstellation unterscheidet sich das Testing-Verfahren jedoch in rechtlich erheblicher Weise. Gegen ein anzuerkennendes Interesse der getesteten Person daran, die Täuschung über die Identität der Testperson zu vermeiden, spricht, dass diese Täuschung in der ggf. anschließenden Auseinandersetzung über einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote des AGG gerade nicht aufrechterhalten wird. Auch dort, wo das Ergebnis des Testing-Verfahrens in einen späteren Prozess eingebracht wird, kann nicht von einer Manipulation des Prozesses gesprochen werden, da die Täuschung den Prozessbeteiligten gerade offengelegt wird. Die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Beweisverkehrs, geschütztes Rechtsgut des § 267 StGB,¹²⁷ wird daher durch eine Urkundenfälschung zum Zwecke eines Testing-Verfahrens nicht gefährdet. Gegen ein rechtlich anzuerkennendes Interesse an der mit einem Testing-Verfahren notwendig verbundenen Täuschung spricht schließlich auch, dass der Gesetzgeber in der Begründung zu § 22 AGG die Ergebnisse von Testing-Verfahren selbst als mögliche Anhaltspunkte im Rahmen der richterlichen Würdigung des Sachverhalts nennt.¹²⁸

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, erfüllen die zum Zwecke eines Testing-Verfahrens hergestellten Urkunden nicht die Voraussetzungen des § 267 StGB, da und solange sie nicht zur Täuschung im Rechtsverkehr dienen sollen. Anderenfalls gelten für Unterlagen, die nicht im Original beigelegt werden, die obigen Ausführungen. Für die Ausstellung aller anderen Urkunden ist dagegen eine reale Testperson erforderlich. Da eine bloße Namens-täuschung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht strafbar ist, solange sich der/die Aussteller_in der Beweiswirkung der Urkunde in Bezug auf seine/ihre Person nicht entziehen will, kann die reale Person den – inhaltlich ggf. falschen – Lebenslauf mit einem falschen Namen unterzeichnen, vorausgesetzt, sie ist für den/die Rezipient_in mithilfe der Absenderangaben identifizierbar.¹²⁹

123 Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 85 m.w.N. Daran soll es jedenfalls dann fehlen, wenn durch die Täuschung lediglich Angehörige beruhigt oder eine schlechte Meinung über einen Dritten hervorgerufen werden soll, a. a. O. Rn. 87b m. w. N.

124 RG v. 26. April 1926, RGSt 60, S. 188.

125 Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 222a.

126 Freund, Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Rn. 223f.

127 Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 267 Rn. 1.

128 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

129 BGH v. 19. März 2003, StraFO 2003, S. 253; BGH v. 21. März 1985, BGHSt. 33, S. 159; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl. 2007, § 267 Rn. 18.

b) Betrug, § 263 StGB

Die mit der Durchführung eines Testing-Verfahrens verbundene Täuschung der getesteten Person könnte weiterhin die Voraussetzungen des § 263 StGB erfüllen. Eine Strafbarkeit wegen Betrugs setzt (unter anderem) voraus, dass aufgrund eines durch Täuschung erregten Irrtums ein Vermögensschaden eintritt. So begeht einen Betrug, wer einen Vertrag abschließt, obwohl er/sie unfähig oder unwillig ist, die versprochene Leistung zu erbringen,¹³⁰ oder eine Stelle erschleicht, die ihm/ihr ohne die vorgetäuschte Ausbildung überhaupt nicht oder nur gegen eine geringe Bezahlung übertragen worden wäre.¹³¹ Selbst wenn es im Rahmen eines Testing-Verfahrens versehentlich zum Abschluss eines Arbeitsvertrages kommen sollte, fehlt es jedoch an der für eine Strafbarkeit nach § 263 StGB erforderlichen Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen.

Ebenso wenig begründet der Verlust von Arbeitszeit, welche die getestete Person, z. B. mit Beratung, Bewerbungsgesprächen oder der Durchsicht von Bewerbungsunterlagen, verbringt, einen Vermögensschaden. Dies gilt auch dann, wenn es mangels ernsthaften Interesses der Testperson von vornherein nicht zu einem Vertragsschluss kommen konnte. Die Arbeitsleistung gilt nämlich nur dann als Bestandteil des Vermögens i.S.d. § 263 StGB, soweit sie unter solchen Umständen eingesetzt wird, die im Geschäftsleben üblicherweise eine Gegenleistung, d. h. in der Regel eine Bezahlung, bedingen.¹³² Weder die Auswahl von Stellenbewerber_innen noch das Führen von Verkaufsgesprächen oder die Durchführung eines Besichtigungstermins erfolgt jedoch – soweit im Einzelfall nichts anderes (z. B. im Rahmen eines Maklervertrages) vereinbart wurde – gegen Bezahlung der Bewerber_innen bzw. Interessent_innen. Die bloße Hoffnung auf eine Gegenleistung im Fall eines Vertragsabschlusses reicht dagegen nicht aus.¹³³

3.1.3 Arbeitsrechtliche Grenzen

Drei der im Rahmen dieser Expertise befragten Arbeitsrichter_innen wiesen auf sog. Ehrlichkeitskontrollen in der Gastronomie und im Einzelhandel hin, mit deren Hilfe das Abrechnungsverhalten von Mitarbeiter_innen und andere Verletzungen des Arbeitsvertrages überprüft werden.¹³⁴ Teilweise erfolgen Testkäufe oder Testbestellungen hier nach einem standardisierten, mit dem Betriebsrat geregelten Verfahren, teilweise führen Arbeitgeber_innen sie nach einem gewissen Anfangsverdacht gegen eine/einen oder alle Mitarbeiter_innen einer Filiale durch. Rechtliche Probleme sehen die befragten Richter_innen hier allenfalls im nachfolgenden „Abpressen“ eines Aufhebungsvertrags durch den/die Arbeitgeber_in.¹³⁵

Das Bundesarbeitsgericht geht von einer Verwertbarkeit der durch Ehrlichkeitskontrollen ermittelten Tatsachen im Kündigungsschutzprozess selbst dann aus, wenn Arbeitgebende

130 Zum Eingehungsbetrug: BGH v. 24. Juli 1991, wistra 1992, S. 25; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 128.

131 Zum Anstellungsbetrug: BGH v. 9. Mai 1978, NJW 1978, S. 2042; Schönke/Schröder-Cramer/Heine, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 154.

132 Schönke/Schröder-Cramer/Perron, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 96.

133 Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 267 Rn. 63.

134 So etwa der dem Urteil des BAG v. 7. September 1988, NJW 1989, S. 545 zugrunde liegende Sachverhalt, bei dem das Verhalten einer Kassiererin daraufhin überprüft wurde, ob sie den Anweisungen des Arbeitgebers entsprach, die Käufer_innen zu veranlassen, die gekaufte Ware auf das Laufband der Kasse zu stellen bzw. die Ware selbst hochzuheben, um nachzuschauen, ob sich daneben etwaige weitere Ware befindet.

135 Richter/-innen#B2.

dabei eine „Verführungssituation“ geschaffen haben.¹³⁶ Zwar werde mit dem Zuverlässigkeitstest in das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht der/des Getesteten eingegriffen, doch sei dieser Eingriff durch überwiegend schutzwürdige Interessen des/der Arbeitgeber_in gerechtfertigt, da dieser/diese keine andere Möglichkeit habe, die Ehrlichkeit seiner/ihrer Mitarbeiter_innen zu überprüfen.¹³⁷ Solange bei diesen Testmaßnahmen keine technischen Einrichtungen i.S.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eingesetzt werden, bedarf es zu ihrer Durchführung auch nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats.¹³⁸ Die „überführten“ Arbeitnehmer_innen trifft dagegen die Pflicht, dem/der Arbeitgeber_in die Kosten der Testmaßnahmen zu ersetzen.¹³⁹ Bedenken richten sich in der arbeitsrechtlichen Literatur allein gegen längerfristige Formen der Überwachung, die sich dem Einsatz verdeckter Ermittler_innen im Strafprozessrecht nähern würden.¹⁴⁰

An diesen Voraussetzungen gemessen, wären auch Testing-Verfahren, mit deren Hilfe Arbeitgeber_innen die Beachtung der Diskriminierungsverbote durch ihre Mitarbeiter_innen überprüfen, arbeitsrechtlich zulässig. Aus den einleitend genannten Gründen hat der/die Arbeitgeber_in auch hier keine andere Möglichkeit, um das Verhalten seiner/ihrer Mitarbeiter_innen auf (verdeckte) Diskriminierungen hin zu überprüfen. Bei der Interessenabwägung ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass den/die Arbeitgeber_in nach § 12 Abs. 1 AGG die Pflicht trifft, die erforderlichen Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierungen zu treffen. Angesichts der naturgemäß kurzfristigen Durchführung von Testing-Verfahren bestehen auch im Hinblick auf die Sorge einer dauerhaften Überwachung der Arbeitnehmer_innen keine Bedenken.

3.2 Testing-Verfahren durch staatliche Stellen

Die Zulässigkeit der Durchführung von Testing-Verfahren durch staatliche Stellen kann angesichts der Bedeutung der Zuständigkeit einer staatlichen Stelle für die Rechtmäßigkeit ihres Handelns nicht allgemein beurteilt werden.¹⁴¹ Angesichts der Erfahrungen in anderen europäischen Ländern soll hier exemplarisch die Zulässigkeit der Durchführung von Testing-Verfahren durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS-Bund) untersucht werden.¹⁴²

136 BAG v. 18. November 1999, NJW 2000, S. 1211; zustimmend Müller-Glöge/Preis/Schmidt-Müller-Glöge, 10. Aufl. 2010, § 626 BGB Rn. 95. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte der Arbeitgeber den Wechselgeldbestand in der Kasse erhöhen lassen, um zu überprüfen, ob die Getestete die Differenz bei der abendlichen Kassenabrechnung ausweisen würde.

137 Vgl. dazu auch: BAG Urteile v. 8. Februar 1984, BAGE 45, S. 111; BGH v. 25. April 1994, NJW 1995, S. 1955.

138 BAG v. 18. November 1999, NJW 2000, S. 1211. Eine technische Einrichtung stellt jedes optische, mechanische, akustische oder elektronische Gerät dar, Müller-Glöge/Preis/Schmidt-Kania, 10. Aufl. 2010, § 87 BetrVG Rn. 48.

139 BAG v. 3. Dezember 1985, BB 1987, S. 689; BAG v. 17. September 1998, NJW 1999, S. 308.

140 Däubler, Gläserne Belegschaften?, 5. Aufl. 2010, S. 172. Bei verdeckten Ermittler_innen handelt es sich um Beamt_innen der Strafverfolgungsbehörden, die unter einer auf Dauer angelegten veränderten Identität (Legende) ermitteln.

141 Zur Bindungswirkung der Zuständigkeit, die Grund und Grenze des Handelns einer Behörde bildet, ohne dass sie die Befugnisse zum Eingriff in die Rechte der Bürger_innen umfassen würde, Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, S. 538.

142 Zur Zulässigkeit der Durchführung von Testing-Verfahren durch Gewerbeaufsichtsbehörden vgl. Klose/Kühn, Gewerberecht, rassistische/ethnische Diskriminierung und Testing-Verfahren, 2009, S. 41 ff.

3.2.1 Aufgaben und Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Die Aufgaben und Befugnisse der ADS-Bund sind in §§ 27 und 28 AGG geregelt.¹⁴³ Die Zuständigkeit der ADS-Bund zur Durchführung von Testing-Verfahren könnte sich zum einen aus § 27 Abs. 2 S. 1 AGG ergeben. Danach unterstützt die ADS-Bund auf unabhängige Weise Personen, die sich an die Stelle wenden, weil sie sich benachteiligt fühlen, bei der Durchsetzung ihrer Rechte zum Schutz vor Benachteiligung. Die Vorschrift wird durch § 27 Abs. 2 S. 2 AGG dahin gehend konkretisiert, dass die Unterstützung durch die ADS-Bund „insbesondere“ die Information über Ansprüche und die Möglichkeiten des rechtlichen Vorgehens (Nr. 1), die Vermittlung von Beratung durch andere Stellen (Nr. 2) und die gütliche Streitbeilegung (Nr. 3) umfasst. Eine Zuständigkeit könnte sich zum anderen aus § 27 Abs. 3 AGG ergeben, wonach zu den weiteren Aufgaben der ADS-Bund, die diese ebenfalls in unabhängiger Weise wahrzunehmen hat, u. a. Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen (Nr. 2) und die Durchführung wissenschaftlicher Untersuchungen zu diesen Benachteiligungen (Nr. 3) gehören.

Zu den Ermittlungsbefugnissen der ADS-Bund, die eine Zuständigkeit der Stelle für die Durchführung von Testing-Verfahren begründen könnten, gehört nach § 28 AGG schließlich neben einem Auskunftsrecht gegenüber Bundesbehörden und öffentlichen Stellen des Bundes (Abs. 2) die Möglichkeit, die an einer gütlichen Streitbeilegung i.S.d. § 27 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 AGG Beteiligten, d. h. zum einen die Person, die sich an die ADS-Bund gewandt hat, zum anderen die Person, gegen die ein Benachteiligungsvorwurf erhoben wird, um Stellungnahme zu ersuchen, vorausgesetzt, die Person, die die Stelle angerufen hat, ist damit einverstanden (Abs. 1). Eine Verpflichtung der Beteiligten zur Abgabe einer Stellungnahme besteht nicht.¹⁴⁴

3.2.2 Durchführung von Testing-Verfahren durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Anders als z. B. die ungarische Gleichstellungsbehörde ist die ADS-Bund jedenfalls nicht ausdrücklich zur Durchführung von Testing-Verfahren befugt. Ihre Zuständigkeit könnte sich jedoch aus der allgemeinen Aufgabenbeschreibung in § 27 Abs. 2 S. 1 AGG, die über die im folgenden Satz genannten Beispiele hinaus Raum für eine weiter gehende praxisgerechte Ausgestaltung der Unterstützungsfunktion belässt.¹⁴⁵ Bei der Auslegung der Vorschrift ist jedoch in systematischer Hinsicht der Ansatz des Gesetzgebers zu berücksichtigen, der ADS-Bund grundsätzlich nicht die Aufgabe der konkreten Einzelfallbearbeitung zuzuweisen.¹⁴⁶ So sollen Personen, die die ADS-Bund angerufen haben, zwar allgemein über etwaige Ansprüche und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung informiert werden, die einzelfallbezogene Beratung soll dann jedoch durch „andere Stellen“ erfolgen, an die die jeweiligen Personen weiterverwiesen werden.¹⁴⁷ Allein die in § 27 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 AGG geregelte Schlichtungsfunktion durchbricht diesen Grundsatz, indem der ADS-Bund hier selbst die Möglichkeit eingeräumt wird, eine einvernehmliche Konfliktbereinigung zwischen den

¹⁴³ Damit sollen Art. 13 RL 2000/43/EG, Art. 8a RL 76/207/EG und Art. 12 RL 2004/113/EG umgesetzt werden.

¹⁴⁴ BT-Drs. 16/1780, S. 52.

¹⁴⁵ Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 27 Rn. 4.

¹⁴⁶ Rudolf/Mahlmann-Hühn, Gleichbehandlungsrecht, 2007, Kapitel 9, Rn. 33.

¹⁴⁷ BT-Drs. 16/1780, S. 50.

Beteiligten zu erzielen.¹⁴⁸ Da es sich bei der hier diskutierten Durchführung von Testing-Verfahren jedoch um eine einzelfallbezogene Unterstützungsmaßnahme handelt, spricht eine systematische Auslegung von § 27 Abs. 2 AGG gegen eine Zuständigkeit der ADS-Bund. Für dieses Ergebnis spricht weiterhin, dass sich auch die in § 28 Abs. 1 AGG geregelten Ermittlungsbefugnisse der ADS-Bund nur auf Fälle beziehen, in denen eine gütliche Streitbeilegung angestrebt wird, und Informationen von den Beteiligten nach § 28 Abs. 1 AGG – anders als bei einem Testing-Verfahren – freiwillig an die ADS-Bund übermittelt werden.¹⁴⁹

Eine Zuständigkeit könnte sich aber aus § 27 Abs. 3 Nr. 2 AGG ergeben, wenn Testing-Verfahren als „Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen“ zu begreifen wären. Einige wollen in der Vorschrift eine umfassende Befugnis sehen und vergleichen sie mit den polizeilichen Generalklauseln auf Landesebene.¹⁵⁰ Dies entspricht jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der damit der ADS-Bund die Aufgabe zuweisen wollte, Präventionsmaßnahmen, wie z. B. das Angebot und die Durchführung einschlägiger Fortbildungen in Betrieben, durchzuführen.¹⁵¹

Die in § 27 Abs. 3 Nr. 3 AGG geregelte Aufgabe, wissenschaftliche Untersuchungen zu Benachteiligungen durchzuführen, ermöglicht es der ADS-Bund schließlich, Testing-Verfahren mit sozialwissenschaftlicher Zielsetzung selbst durchzuführen oder Dritte damit zu beauftragen. Eine Zuständigkeit zur Durchführung einzelfallbezogener Testing-Verfahren lässt sich der Vorschrift indes nicht entnehmen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Durchführung von einzelfallbezogenen Testing-Verfahren derzeit nicht zu den Aufgaben der ADS-Bund gehört und daher unzulässig wäre.

148 Rudolf/Mahlmann-*Hühn*, Gleichbehandlungsrecht, 2007, Kapitel 9, Rn. 33.

149 Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit den Vorgaben der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien, wonach zu den Zuständigkeiten der Stelle neben der Durchführung unabhängiger Untersuchungen und der Veröffentlichung unabhängiger Berichte nur allgemein die Unterstützung der Opfer von Diskriminierungen dabei gehört, ihrer Beschwerde wegen Diskriminierung nachzugehen.

150 Adomeit/Mohr, KommAGG, 2007, §§ 25–30 AGG, Rn. 11; Philipp, NVwZ 2006, S. 1235, 1236.

151 BT-Drs. 16/1780, S. 51.

IV.

Entwicklung methodischer Standards

Im Fehlen methodischer Standards für die Durchführung von Testing-Verfahren wird von vielen Richter_innen, Rechtsanwält_innen und Mitarbeiter_innen von Beratungsstellen und Verbänden, die im Rahmen dieser Expertise befragt wurden, das zentrale Hindernis für den Einsatz dieses Instruments bei der Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts gesehen.¹⁵² Um diesem Problem abzuhelpfen, werden im Folgenden die (wenigen) Erfahrungen aus der deutschen Gerichts- und Beratungspraxis um Erkenntnisse aus Ländern, in denen einzelfallbezogene Testing-Verfahren bereits in größerem Umfang durchgeführt werden, sowie aus sozialwissenschaftlichen Studien, denen wissenschaftliche Testing-Verfahren zugrunde lagen, und deren kritischer Reflexion in der Literatur ergänzt.

4.1 Methodische Grundprobleme

Testing-Verfahren weisen Ähnlichkeiten mit sogenannten Feldexperimenten auf. Darunter wird in der sozialwissenschaftlichen Forschung eine experimentelle Untersuchung in natürlicher Umgebung verstanden, bei der die Versuchspersonen nicht wissen, dass sie an einem Experiment teilnehmen, sodass sie sich – so die Erwartung der Forscher_innen – ganz „natürlich“ verhalten.¹⁵³

a) Echte und unechte Testing-Verfahren

Wie bei einem medizinischen Experiment geht es auch bei einem echten Testing-Verfahren darum, den Zusammenhang zwischen einer bestimmten Variablen (z. B. der Einnahme eines Medikaments/dem Geschlecht der/des Bewerber_in) und einem beobachtbaren Verhalten (z. B. der Wirkung dieses Medikaments/Einstellung) nachzuweisen.

Bei einem Experiment werden zu diesem Zweck zwei Gruppen gebildet (Versuchs- und Kontrollgruppe), von denen eine das Medikament (den sog. Stimulus), die andere nur ein Scheinmedikament ohne Wirkstoff, ein Placebo, erhält. Der Rückschluss vom Stimulus auf das beobachtete Verhalten ist jedoch nur dann zulässig, wenn beide Gruppen sich im Hinblick auf möglichst alle anderen Merkmale (insbesondere aber bzgl. solcher, die für die Wirkung des Medikaments von Relevanz sein können) gleichen. Die Forderung „ceteris paribus“ („wobei die übrigen Dinge gleich sind“) wird in der Forschungspraxis dadurch er-

¹⁵² Die Frage lautete: „Welche rechtlichen und tatsächlichen Risiken und Probleme sehen Sie allgemein bei der Durchführung von Testing-Verfahren (z. B. Täuschung des Getesteten, Datenschutz, Aufwand und Kosten, fehlende Standards)?“

¹⁵³ Diekmann, Empirische Sozialforschung, 20. Aufl. 2009, S. 630.

reicht, dass die Versuchspersonen auf die Versuchs- und Kontrollgruppe per Zufallsverfahren verteilt werden.¹⁵⁴

Testing-Verfahren weichen von diesem experimentellen Design jedoch in verschiedener Hinsicht ab: Zwar werden auch hier (z. B. in Person der beiden Bewerber_innen um eine Stelle) zwei Gruppen gebildet; das zu beobachtende Verhalten (Einstellung) zeigt sich jedoch anders als beim medizinischen Experiment nicht bei diesen, sondern bei einer dritten Person – hier dem/der Arbeitgeber_in. Die An- und Abwesenheit des Stimulus, also eines bestimmten Geschlechts der/des Bewerber_in, variiert also nicht zwischen zwei Personen(-gruppen), sondern zwischen zwei Situationen, die die getestete Person nacheinander durchlebt. Dies hat Konsequenzen für die Forderung „ceteris paribus“, die ebenfalls nicht nur im Hinblick auf die Testpersonen, sondern auch hinsichtlich der Testsituationen erfüllt sein muss. Es muss also nicht nur sichergestellt werden, dass sich die beiden Bewerber_innen – abgesehen von dem zu untersuchenden Merkmal – in ihrer „Papierform“ (Qualifikation, Berufserfahrung etc.), ihrem äußeren Erscheinungsbild und ihrem Verhalten (z. B. während des Bewerbungsgesprächs) so weit wie möglich ähneln, sondern es müssen darüber hinaus Veränderungen der Rahmenbedingungen (z. B. die zwischenzeitliche Vergabe der Stelle) berücksichtigt werden, die ihrerseits auch durch das Verhalten der ersten Testperson verursacht werden können.¹⁵⁵ Trotz aller im Folgenden darzustellenden Anforderungen an Vorbereitung und Durchführung von Testing-Verfahren wird man bereits an dieser Stelle festhalten müssen, dass es unmöglich ist, eine vollständige Entsprechung der Testpersonen zu gewährleisten.¹⁵⁶ Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass Unterschiede zwischen den Testpersonen im Hinblick auf andere in § 1 AGG genannte Merkmale insoweit unschädlich sind, als eine Ungleichbehandlung aufgrund dieser Merkmale ihrerseits einen Verstoß gegen die Diskriminierungsverbote begründen würde – vorausgesetzt, das AGG ist auch insoweit anwendbar und die Ungleichbehandlung ist nicht gerechtfertigt.¹⁵⁷

Dies führt zum Problem der Intersektionalität, bei der eine bestimmte Kombination der in § 1 AGG genannten Merkmale ursächlich für das diskriminierende Verhalten ist.¹⁵⁸ Hier muss das Testing-Verfahren entsprechend erweitert werden, sodass bei zwei zu überprüfenden Merkmalen insgesamt vier Testpersonen erforderlich sind.

Ein letzter Unterschied zum klassischen Experiment betrifft schließlich die Variation des Stimulus. Die klare Unterscheidung zwischen Experiment und Placebo lässt sich auf die in § 1 AGG genannten Merkmale und ihre Ausprägungen nicht ohne Weiteres übertragen. Dies betrifft zum einen das Problem der Zuschreibung einer bestimmten Merkmalsausprägung. Nur dort, wo davon ausgegangen werden kann, dass die getestete Person eine bestimmte Ausprägung eines Merkmals (z. B. des Geschlechts, der ethnischen Herkunft oder der sexuellen Identität) überhaupt als solche (also z. B. als weiblich, türkisch oder homosexuell) wahrgenommen hat, kann sie ursächlich für ihr späteres Verhalten werden. Zum

154 Diekmann, *Empirische Sozialforschung*, 20. Aufl. 2009, S. 337 ff.

155 Da beide Stimuli bei der gleichen Person erfolgen, stellt der erste Stimulus zum Zeitpunkt t2 eine Drittvariable dar.

156 Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F483.

157 So wird eine getestete Person, die zwei Stellenbewerber_innen unterschiedlicher Hautfarbe unterschiedlich behandelt, dies nicht mit dem unterschiedlichen Geschlecht der beiden Testpersonen erklären können, ohne sich für diese – nur unter den Voraussetzungen des § 8 AGG zulässige – Ungleichbehandlung rechtfertigen zu müssen.

158 So wurde in der oben genannten Entscheidung des AG Oldenburg nur Personen der Zutritt zur Diskothek verweigert, die männlich und ausländischer Herkunft waren.

anderen stellt sich die Frage, welche Ausprägung des Merkmals als „Placebo“ anzusehen ist, bei ihr also kein diskriminierendes Verhalten erwartet wird. Hier wird man anhand der Umstände des Einzelfalls z. B. das Alter oder die Religionszugehörigkeit ermitteln müssen, die aus Sicht der getesteten Person keinen Grund für eine Benachteiligung bildet. Wird eine Diskriminierung wegen hohen Alters vermutet, stellt sich die Frage, welches Alter die getestete Person als „normal“ ansieht.¹⁵⁹

Allein das Problem der Zuschreibung einer bestimmten Merkmalsausprägung stellt sich auch bei unechten Testing-Verfahren. Da die (vermutete) Diskriminierung hier „offen“ erfolgt, geht es nicht darum, die Kausalität der Merkmalsausprägung für ein bestimmtes Verhalten aufzudecken, sodass die Anforderungen des „ceteris paribus“ hier nicht zu beachten sind.¹⁶⁰ Das Testing-Verfahren dient vielmehr dazu, das diskriminierende Verhalten vor Zeug_innen noch einmal hervorzurufen. Es genügt daher, dass die Testperson die Merkmalsausprägung aufweist, von der angenommen wird, dass sie ursächlich für die Diskriminierung sein wird.

b) Reaktive und initiative Testing-Verfahren

Die Durchführung echter, reaktiver Testing-Verfahren dient nicht nur dem Nachweis, dass eine bestimmte Merkmalsausprägung ursächlich für ein bestimmtes Verhalten ist. Darüber hinaus soll von dem Verhalten der getesteten Person während des Testing-Verfahrens auf ihr Verhalten während des eigentlich interessierenden Ausgangsfalls geschlossen werden können. Dass dies umso eher möglich ist, je ähnlicher sich der dem Ausgangsfall und der dem Testing-Verfahren zugrunde liegende Sachverhalt sind,¹⁶¹ muss bei dessen Durchführung beachtet werden.

Dies gilt insbesondere dort, wo ein dem Ausgangsfall zugrunde liegendes Auswahlverfahren bereits abgeschlossen ist, die fragliche Stelle oder Wohnung vor Durchführung des Testing-Verfahrens vergeben wurde. Hier muss darauf gewartet werden, bis der/die gleiche Anbieter_in erneut eine vergleichbare Stelle bzw. Wohnung ausschreibt, auf die sich die Testpersonen, die den oben genannten Anforderungen entsprechen und darüber hinaus der Person ähneln sollten, die sich im Ausgangsfall benachteiligt fühlt, bewerben können. Ist eine Durchführung dagegen noch vor Abschluss des Auswahlverfahrens möglich, ist es denkbar, das Testing-Verfahren so zu beschränken, dass sich (nur) eine Testperson, die der dem realen Bewerber_in mit Ausnahme der fraglichen Merkmalsausprägung ähnelt, auf die Stelle oder Wohnung bewirbt.¹⁶² Gegen eine solche „verkürzte“ Durchführung spricht jedoch, dass den Aussagen des/der Kläger_in in einem späteren Verfahren in der Regel weniger Beweiskraft beigemessen wird als der einer (zweiten) Testperson.¹⁶³

159 Auf das Problem „gleitender Übergänge“ beim Merkmal Alter weist ArbG Lübeck v. 29. Mai 2007, SchIHA 2007, S. 445 f. hin.

160 In dem oben erwähnten, später vom OLG Köln entschiedenen Fall wäre es z. B. nicht erforderlich gewesen, im Rahmen des Testing-Verfahrens zu überprüfen, ob die Hausmeisterin sich gegenüber Testpersonen mit einer anderen Hautfarbe anders verhalten hätte, da die diskriminierende Motivation in der Abweisung („Die Wohnung wird nicht an Neger [...] vermietet.“) klar zum Ausdruck kam.

161 So für den „umgekehrten“ Schluss von einem früheren benachteiligenden Verhalten auf den aktuellen Fall Schiek-Kocher, AGG, 2007, § 22 Rn. 31.

162 Vgl. den oben geschilderten, schließlich vom ArbG Hamburg entschiedenen Sachverhalt.

163 So warnt die britische CRE in Fortbildungsseminaren davor, den/die Beschwerdeführer_in an der Durchführung des Testing-Verfahrens zu beteiligen.

Entsprechendes gilt für unechte Testing-Verfahren: Auch hier ist bei einer reaktiven Durchführung darauf zu achten, dass neben der Ausprägung des Merkmals, von dem erwartet wird, dass es die offene Diskriminierung auslöst, auch die Rahmenbedingungen mit denen des Ausgangsfalls vergleichbar sind. Da bei der initiativen Durchführung eines Testing-Verfahrens der diesem zugrunde liegende Sachverhalt selbst Gegenstand des Rechtsstreits werden soll, kommt es auf die Ähnlichkeit mit etwaigen vorangegangenen Fällen nicht an.

4.2 Vorbereitung und Durchführung von Testing-Verfahren

Einzelfallbezogene Testing-Verfahren sollten nur dort zum Einsatz kommen, wo es Hinweise auf diskriminierendes Verhalten gibt. Gegen eine verdachtsunabhängige, ggf. flächendeckende Durchführung sprechen nicht nur die bereits dargestellten wettbewerbsrechtlichen Bedenken.¹⁶⁴ Zu berücksichtigen sind – jenseits rechtlicher Grenzen – auch die mit dem Testing-Verfahren notwendig einhergehende Täuschung der getesteten Person und deren dabei in Anspruch genommenen (Zeit-)Ressourcen, was aus (forschungs-)ethischen Gründen jedenfalls dort problematisch erscheint, wo diese Person dafür überhaupt keinen Anlass für eine Überprüfung gegeben hat. Auch sollte bedacht werden, dass Testing-Verfahren den Ausgang von Auswahlverfahren beeinflussen können, wenn (echte) Bewerber_innen, die anderenfalls in Betracht gekommen wären, aufgrund der Testbewerbungen abgelehnt werden.¹⁶⁵

4.2.1 Vorbereitung des Testing-Verfahrens

Vor der Durchführung sollte zunächst der Sachverhalt, der Grundlage für das Testing-Verfahren ist, gründlich recherchiert und in rechtlicher sowie tatsächlicher Hinsicht bewertet werden. Dabei sollten u. a. die folgenden Fragen beantwortet werden:

- Würde das Verhalten der zu testenden Person, wenn es in der erwarteten Art und Weise erfolgt, überhaupt gegen ein Diskriminierungsverbot verstoßen? Die Durchführung eines Testing-Verfahrens ist überflüssig, wenn sich bei der Prüfung herausstellt, dass das AGG auf den fraglichen Fall überhaupt nicht anwendbar ist oder Rechtfertigungsgründe eingreifen.
- Ist der Sachverhalt zur Durchführung eines Testing-Verfahrens geeignet? Dies ist grundsätzlich nur dort der Fall, wo es möglich ist, die zu überprüfende Person mit einer Testperson zu konfrontieren, nicht dagegen dort, wo der Kreis der Personen, die eine bestimmte Behandlung erfahren, von vornherein begrenzt ist, wie dies z. B. bei der Entscheidung über eine Kündigung der Fall ist.¹⁶⁶
- Liegen bereits hinreichende Beweise oder Indizien für das diskriminierende Verhalten vor? Wo Diskriminierungen offen und vor unabhängigen Zeug_innen erfolgen, wird ein

¹⁶⁴ Siehe [3.1.1].

¹⁶⁵ Dies spricht nicht grundsätzlich gegen die Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren, sollte im Vorfeld jedoch bedacht werden, Diekmann, Empirische Sozialforschung, 20. Aufl. 2009, S. 640.

¹⁶⁶ Für „positive Beispiele“ siehe [4.3].

Testing-Verfahren regelmäßig nicht erforderlich sein. Auch dort, wo dies nicht der Fall ist, sollte zunächst nach Anhaltspunkten für eine verdeckte Diskriminierung geforscht werden.¹⁶⁷

Über das „Ob“ und „Wie“ des Testing-Verfahrens ist schließlich im Einvernehmen mit der ggf. betroffenen Person zu entscheiden.

4.2.2 Durchführung des Testing-Verfahrens

Für die Durchführung des Testing-Verfahrens von entscheidender Bedeutung ist die Frage, ob es dabei zu einem persönlichen Kontakt zwischen Tester_in und Getestetem/Getesteter kommt oder nicht. Dort, wo dies wie etwa bei telefonischen oder face-to-face durchgeführten Testing-Verfahren der Fall ist und reale Testpersonen zum Einsatz kommen (in Großbritannien wird hier von „situation tests“, in den USA von „audit tests“ gesprochen),¹⁶⁸ bestehen besondere, noch zu erörternde methodische Anforderungen. Weniger aufwendig in der Durchführung sind dagegen schriftliche Testing-Verfahren, in denen der Kontakt per Brief oder E-Mail erfolgt (sog. „correspondence tests“). Die Form der Durchführung ist bei reaktiven Testing-Verfahren vom Ausgangsfall abhängig, d. h. der Frage, in welcher Weise die (vermutete) Diskriminierung stattgefunden hat.¹⁶⁹

a) Schriftliche Testing-Verfahren

Unter Beachtung der oben erörterten strafrechtlichen Vorgaben werden dabei zunächst fiktive Bewerbungsschreiben erstellt.¹⁷⁰ Entsprechend den oben entwickelten Anforderungen des „ceteris paribus“ sollten die Bewerbungen – mit Ausnahme der Merkmalsausprägung (dazu sogleich) – zwar weitgehend identisch sein, doch kann durch kleinere Variationen vermieden werden, dass das Testing-Verfahren als solches erkannt wird. Dies gilt auch für die jeweiligen Absenderinformationen (E-Mail-Adresse oder Hausanschrift und ggf. Telefonanschluss) und die formale Aufmachung der Bewerbungen, die auf einen privaten Hintergrund schließen lassen muss.¹⁷¹ Umfang und Ausgestaltung der Bewerbung hängen vom jeweiligen Lebensbereich ab und werden daher bereichsspezifisch erörtert.¹⁷² Im Hinblick auf die oben angesprochene Veränderung der Rahmenbedingungen ist zu beachten, dass die Bewerbungen zwar nicht am gleichen Tag, aber zeitnah versendet werden sollten, um zu verhindern, dass die fragliche Wohnung oder Stelle inzwischen vergeben worden ist.

167 Neben der bereits einleitend genannten diskriminierenden Stellenausschreibung (§ 11 AGG) und den Ergebnissen von Statistiken kommen Äußerungen der/des Arbeitgeber_in oder einer anderen entscheidungsbefugten Person, diskriminierende Inserate sowie vorangegangene Diskriminierungen als Indizien in Betracht, Säcker-*Thüsing*, AGG, 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 11, 13 m.w.N.

168 Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F481.

169 So entspräche der Beschwerde über eine diskriminierende Behandlung bei der telefonischen Bewerbung um eine Wohnung die Durchführung eines telefonischen Testing-Verfahrens.

170 Nach hier vertretener Auffassung erfüllt die Herstellung von Urkunden zum Zwecke eines Testing-Verfahrens nicht die Voraussetzungen des § 267 StGB, da sie nicht zur Täuschung im Rechtsverkehr dienen sollen. Nach der Gegenauffassung, die grundsätzlich von einer Strafbarkeit ausgeht, ist zu berücksichtigen, dass die Manipulation an der Kopie einer Urkunde (z. B. eines Zeugnisses) und die nachfolgende Anfertigung einer Kopie der so veränderten Kopie nicht strafbar ist, sofern diese erkennbar als Kopie, nicht als Originalurkunde Verwendung findet. Für die Ausstellung aller anderen Urkunden ist dagegen eine reale Testperson erforderlich.

171 Ist kein anschließendes telefonisches Testing-Verfahren geplant, sollten eingehende Anrufe auf eine Mailbox umgeleitet werden.

172 Siehe [4.3].

Schließlich stellt sich die Frage der Operationalisierung der Merkmalsausprägungen. Während Geschlecht und ethnische Herkunft der Bewerber_innen in wissenschaftlichen Testing-Verfahren über deren Namen vermittelt werden,¹⁷³ müssen Hinweise auf die sexuelle Identität, das Alter, eine Behinderung oder die Religion zusätzlich, sei es im Lebenslauf oder im Anschreiben, erfolgen.¹⁷⁴

In einigen Forschungsprojekten wird den Bewerbungsschreibern darüber hinaus ein Foto der Bewerber_innen beigelegt.¹⁷⁵ Dafür spricht, dass dies auf dem deutschen Arbeitsmarkt noch immer üblich ist, und anderenfalls die Ablehnung beider Bewerber_innen droht. Auch können auf diese Weise weitere Merkmalsausprägungen abgebildet werden. Andererseits tritt mit dem (als mehr oder weniger attraktiv empfundenen Foto) eine weitere „Drittvariable“ hinzu, die die Aussagekraft des Testing-Verfahrens reduzieren kann.¹⁷⁶

Auswahlentscheidungen um eine Arbeitsstelle oder eine Wohnung werden in den meisten Fällen nicht allein auf Grundlage schriftlicher Bewerbungen getroffen. Während von den Ergebnissen schriftlicher Testing-Verfahren nur auf Diskriminierungen in der ersten Phase der Bewerbung geschlossen werden kann, kann eine erfolgreiche schriftliche Bewerbung Voraussetzung dafür sein, um das darauf folgende Bewerbungsgespräch oder den Besichtigungstermin auf Diskriminierungen hin zu überprüfen.

b) Telefonische Testing-Verfahren

Telefonische Testing-Verfahren können alternativ¹⁷⁷ oder im Anschluss an ein schriftliches Testing-Verfahren durchgeführt werden.¹⁷⁸ Der direkte Kontakt mit der/dem Anbieter_in macht hier den Einsatz realer Testpersonen erforderlich. Soweit erforderlich, sollte bei deren Auswahl auf eine gewisse Übereinstimmung mit der gespielten „Identität“

173 Für das Geschlecht gilt dies nur für die Ausprägungen männlich/weiblich. Um ethnische Diskriminierungen auf dem deutschen Arbeitsmarkt wissenschaftlich nachzuweisen, führten Kaas/Manger ein schriftliches Testing-Verfahren durch, bei dem einer der beiden (fiktiven) Bewerber einen deutsch klingenden („Dennis Langer“ bzw. „Tobias Hartmann“), der andere einen türkisch klingenden Namen („Fatih Yildiz“ bzw. „Serkan Sezer“) erhielt. Nach Auskunft der Autoren gehören die „deutschen“ Namen zu den 30 häufigsten der für die Studie relevanten Geburtsjahrgänge in Deutschland; auch die türkischen Namen seien üblich für Menschen mit entsprechendem Migrationshintergrund, Kaas/Manger, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010, S. 7. Auch bei dem von Planerladen e. V. per E-Mail durchgeführten Testing-Verfahren zur Ungleichbehandlung von Migrant_innen auf dem Wohnungsmarkt ließ nur der Name die ethnische Herkunft der Tester_innen erkennen, Planerladen e. V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines „Paired Ethnic Testing“ bei Internet-Immobilien-Börsen, 2007, S. 11. Auch in der von Kilic auf dem Berliner Wohnungsmarkt durchgeführten Untersuchung zur Diskriminierung von Migrant_innen sollte der Name den deutschen bzw. türkischen Hintergrund vermuten lassen, Kilic, unveröffentlichtes Manuskript, S. 74.

174 Ob und wenn ja, in welcher Form dies möglich ist, wird wiederum vom Lebensbereich und den Umständen des Einzelfalls abhängen. So ist der Hinweis auf Alter und Religionszugehörigkeit bei der Bewerbung um eine Arbeitsstelle (noch immer) üblicher als auf dem Wohnungsmarkt. Dort kann dagegen die sexuelle Identität der Bewerber_innen durch eine Bewerbung gemeinsam mit dem Ehe- bzw. Lebenspartner sichtbar gemacht werden.

175 So bei Kaas/Manger, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010, S. 6 f. Verwendet wurde ein einheitliches Foto, das zu beiden Testpersonen „passte“. Dies ist bei einzelfallbezogenen Testing-Verfahren nicht möglich und wohl auch nicht notwendig, wenn es darum geht, rassistische oder ethnische Diskriminierungen zu testen, Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F484.

176 So auch ArbG Lübeck v. 29. Mai 2007, SchIHA 2007, S. 445 f.

177 Ohne ein vorangegangenes schriftliches Verfahren wurde ein telefonisches Testing-Verfahren zu wissenschaftlichen Zwecken von Planerladen e.V. durchgeführt, Planerladen e.V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines telefonischen „Paired Ethnic Testing“ bei regionalen Immobilienanzeigen, 2009, S. 12.

178 In der von Kilic auf dem Berliner Wohnungsmarkt durchgeführten Untersuchung wurden die Testpersonen, die auf ihre schriftliche Bewerbung eine Zusage erhielten, von den Anbieter_innen aufgefordert, per Telefon einen Besichtigungstermin zu vereinbaren, Kilic, unveröffentlichtes Manuskript, S. 75.

(z. B. einen türkischen Akzent) geachtet werden.¹⁷⁹ Idealerweise handelt es sich bei den Testpersonen um Unbeteiligte.¹⁸⁰ Personen aus dem Umfeld des/der (potenziell) Diskriminierter müssen dagegen mit dem Vorwurf der Parteilichkeit rechnen, was sich negativ auf ihre Glaubwürdigkeit im späteren Verfahren auswirken kann.¹⁸¹

Die Anforderung des *ceteris paribus* gilt bei einem telefonischen Testing-Verfahren zwar nicht für das Aussehen der Testpersonen, wohl aber für deren (Antwort-)Verhalten während des Telefonats. Neben dem Einstudieren der für die Bewerbung relevanten Informationen sollten auch der Gesprächsverlauf und Reaktionen auf mögliche Nachfragen der zu testenden Person so weit wie möglich abgestimmt und gemeinsam trainiert werden. Dabei kann das geplante Telefonat realitätsnah durchgespielt und dokumentiert werden. Während des Testing-Verfahrens sollte das Verhalten der Testpersonen dann von einer dritten Person verfolgt werden, die die Vergleichbarkeit später ggf. bestätigen kann.¹⁸²

Auch bei einem telefonischen Testing-Verfahren lassen sich mithilfe des Namens und der Stimme die Merkmale Geschlecht und (in einem gewissen Umfang) ethnische Herkunft variieren. Weitere Merkmalsausprägungen können nur dort einbezogen werden, wo sie sich sinnvoll in den Gesprächsverlauf integrieren lassen.

c) Face-to-Face-Testing-Verfahren

Die größten methodischen Anforderungen stellen schließlich sog. Face-to-Face-Testing-Verfahren, bei denen die Testpersonen z. B. an einem Bewerbungsgespräch oder einer Wohnungsbesichtigung teilnehmen oder eine Diskothek besuchen.¹⁸³ Je wichtiger das Ansehen der Person für den/die Vertragspartner_in ist, desto eher besteht die Möglichkeit, dass eine methodisch nicht kontrollierbare „Sympathie“ oder „Antipathie“ ursächlich für die Auswahlentscheidung wird.¹⁸⁴

Um ausschließen zu können, dass andere Eigenschaften als das zu überprüfende Merkmal für die unterschiedliche Behandlung ursächlich sind, ist bereits bei der Auswahl der Testpersonen auf eine möglichst große Ähnlichkeit im Hinblick auf ihr äußeres Erscheinungsbild zu achten, die vorab durch unbeteiligte Dritte bestätigt worden sein sollte.¹⁸⁵ Bei Testing-Verfahren auf dem Arbeitsmarkt müssen die Testpersonen darüber hinaus in der Lage sein, den Erwartungen der/des Arbeitgeber_in an Bewerber_innen um die jeweilige

179 Planerladen e. V. (Hrsg.) Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines telefonischen „Paired Ethnic Testing“ bei regionalen Immobilienanzeigen, 2009, S. 14.

180 Die Auswahl der Testpersonen ist in den USA und Großbritannien Gegenstand einer intensiven Methodendiskussion und gilt manchen als deren „Achillesferse“. Insbesondere wird die Frage diskutiert, ob Testpersonen, die der jeweiligen Minderheitengruppe angehören, bewusst oder unbewusst dazu beitragen, dass Diskriminierungen nachgewiesen werden können. Für die Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren werden z. T. Schauspieler_innen eingesetzt, Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F483 f.

181 Auf die geringere Glaubwürdigkeit einer Testperson, die „zielorientiert“ von einer Partei eingesetzt wird, verweist eine/einer der befragten Richter_innen, Richter/-in#F7.

182 Dagegen ist das heimliche Aufzeichnen von Gesprächen nicht nur nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar, sondern verstößt auch gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), sodass die Aufzeichnung im Zivilprozess unverwertbar ist. Zur Verwertung von Zeugenaussagen über den Inhalt von Telefongesprächen, die von den Zeug_innen über eine Mithörvorrichtung mit Wissen nur eines der Gesprächspartner mitverfolgt worden waren vgl. BVerfG v. 9. Oktober 2002, NJW 2002, S. 3619.

183 Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (Hrsg.), Antidiskriminierungsreport Berlin 2006–2008, 2008, S. 32 ff.

184 Vgl. auch ArbG Lübeck v. 29. Mai 2007, SchlHA 2007, S. 445 f.: Es sei lebensfremd, dass jede Entscheidung des/der Arbeitgeber_in auf bloßer Subsumtion unter Auswahlkriterien beruhe.

185 Dies gilt nicht nur für äußere Faktoren wie Größe, Gewicht und Kleidung, sondern auch im Hinblick auf Ausdrucksvermögen, nonverbale Kommunikation und physische Attraktivität.

Stelle überzeugend zu entsprechen.¹⁸⁶ Da der Verlauf eines face-to-face durchgeführten Testing-Verfahrens noch schwerer vorherzusehen ist als bei einem telefonischen Testing-Verfahren, sollte eine umso ausführlichere Vorbereitung der Testpersonen erfolgen. Wie beim telefonischen Testing kommt es auch hier entscheidend darauf an, dass die Testpersonen keinen Anlass dafür geben, die unterschiedliche Behandlung später z. B. mit unfreundlichem oder provozierendem Verhalten zu begründen.¹⁸⁷ Dass sich Testpersonen dort, wo sie als Kund_innen auftreten, so verhalten sollten, dass sie den Betriebsablauf nicht stören, folgt bereits aus den oben dargestellten wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen.¹⁸⁸ Wo dies möglich ist, sollte das Verhalten der Testpersonen auch hier von Dritten beobachtet werden.

Häufig fällt die eigentliche Auswahlentscheidung über eine Bewerbung nicht während des Vorstellungsgesprächs- oder Besichtigungstermins. In diesen Fällen 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.

4.2.3 Nachbereitung des Testing-Verfahrens

Um die Ressourcen der Anbieter_innen nicht unnötig in Anspruch zu nehmen und die Chancen anderer, realer Bewerber_innen nicht weiter zu schmälern, ist bei allen Testing-Verfahren darauf zu achten, dass Bewerbungen zurückgezogen und ggf. vereinbarte Termine abgesagt werden, sobald das Testing-Verfahren zum Abschluss gekommen ist.

Für die spätere Verwendbarkeit in einem Rechtsstreit von zentraler Bedeutung ist die Dokumentation des Testing-Verfahrens und seiner Ergebnisse. So sollten bei einem schriftlichen Testing-Verfahren sowohl die Versendung der Bewerbungen als auch das Antwortverhalten der Rezipient_innen (innerhalb einer festgesetzten Frist) genau dokumentiert werden. Bei telefonischen und Face-to-Face-Testing-Verfahren sollten die Testpersonen im Anschluss an das Gespräch dessen Verlauf zeitnah so genau wie möglich protokollieren. Dies sollte neben einem unmittelbar im Anschluss auszufüllenden Fragebogen auch einen von der Testperson verfassten Bericht umfassen.¹⁸⁹

Testing-Verfahren zielen darauf, Diskriminierungen nachzuweisen. Dies bedeutet für die Testpersonen, dass sie mit einer Ablehnung, z. B. aufgrund ihrer Hautfarbe, ihrer sexuellen Identität oder ihrer Religion, rechnen müssen.¹⁹⁰ Auch wenn es sich bei Testing-Verfahren um „Rollen spiele“ handelt, sollten die damit verbundene Kränkung und Zurücksetzung ernst genommen und die beteiligten Personen bereits im Vorfeld auf die möglichen Reaktionen vorbereitet werden. Im Anschluss an das Testing-Verfahren sollte sichergestellt werden, dass die Erlebnisse gemeinsam verarbeitet werden können.

186 Bei wissenschaftlichen Testing-Verfahren ist es nicht unüblich, eine Testperson aus 80–100 Bewerber_innen auszuwählen, Pager, ANNALS, 609 (2007), S. 104, 122.

187 Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 41 f.

188 Vgl. [3.1.1].

189 Pager, ANNALS, 609 (2007), S. 104, 124.

190 Der Mitarbeiter einer Beratungsstelle weist zutreffend darauf hin, dass gerade die Testpersonen, die rassistischen Diskriminierungen ausgesetzt werden, häufig auch in ihrem realen Leben von entsprechenden Verhaltensweisen betroffen sein werden. Beratungsstellen/Verbände#5.

4.3 Testing-Verfahren in unterschiedlichen Lebensbereichen

Als geeignete Einsatzgebiete für Testing-Verfahren gelten neben Bewerbungen auf dem Arbeitsmarkt die Wohnungssuche und der Besuch von Gaststätten und Diskotheken.¹⁹¹

Aus den bisherigen methodischen Überlegungen folgt, dass Sachverhalte umso geeigneter für die Durchführung von Testing-Verfahren sind, je weniger Bedeutung die Individualität der Bewerber_innen für die Entscheidung der getesteten Person hatte oder typischerweise hat.

4.3.1 Gaststätten und Diskotheken

Die Überprüfung von Diskotheken im Hinblick auf eine rassistische Einlasspraxis zählt dementsprechend wohl zu den bekanntesten Anwendungsbereichen für Testing-Verfahren.¹⁹² Hier kommen nur Face-to-Face-Testing-Verfahren in Betracht, die jedoch im Hinblick auf die für die Auswahlentscheidung relevanten Merkmale weniger komplex als auf dem Arbeits- und Wohnungsmarkt sind. Ungleichbehandlungen werden überzeugend nicht mit den (dem/der Türsteher_in nicht bekannten) unterschiedlichen Berufsqualifikationen oder Einkommensverhältnissen, sondern in erster Linie mit dem äußeren Erscheinungsbild und dem Verhalten am Eingang begründet werden können.¹⁹³ Dies ist bei der Auswahl der Testperson und deren Vorbereitung daher in erster Linie zu berücksichtigen. Auszuschließen ist darüber hinaus, dass einzelne Testpersonen dem Personal als „Stammgäste“ bekannt sind oder einen Mitgliedsausweis besitzen. Von größerer Bedeutung ist dagegen die zeitliche Nähe der Testbesuche. Gaststätten und Diskotheken haben beschränkte Kapazitäten, die im Laufe einer Nacht erschöpft sein können. Um zu verhindern, dass die Abweisung damit begründet werden kann, dass inzwischen keine Plätze mehr frei seien, sollten die Testpersonen die Gaststätte oder Diskothek möglichst zeitnah besuchen, wobei die Person, von der erwartet wird, dass sie diskriminiert wird, den Anfang machen sollte.

4.3.2 Wohnungsmarkt

Diskriminierungen auf dem Wohnungsmarkt können bereits bei der ersten Kontaktaufnahme per E-Mail oder Telefon, aber auch erst im Rahmen des Besichtigungstermins erfolgen. Die Überprüfung der ersten Phase im Wege schriftlicher oder telefonischer Testing-Verfahren ist zwar methodisch weniger anspruchsvoll, kann jedoch Diskriminierungen zu einem späteren Zeitpunkt nicht ausschließen. Soll das Verfahren dagegen bis hin zur Vergabeentscheidung getestet werden, müssen schriftliche und persönliche Testing-Verfahren hintereinander geschaltet und aufeinander abgestimmt werden.¹⁹⁴ Während sich das schriftliche Testing-Verfahren noch auf die Bitte um einen Besichtigungstermin beschränken kann, ohne Hinweise auf Einkommen, Familienstand und weitere biografische Angaben zu geben, ist bei telefonischen und Face-to-Face-Testing-Verfahren mit entsprechenden

191 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 55.

192 Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 35, 37.

193 Im Rahmen der in Belgien durchgeführten Kampagne „Die Direktion behält sich das Recht auf Zugang vor“ (http://www.mrax.be/article.php?id_article=194 [31.08.2010]) wurde insbesondere darauf geachtet, dass die Testpersonen „korrekt“ und ähnlich gekleidet und frisiert waren, der gleichen Altersgruppe angehörten, keinen Alkohol und keine Drogen zu sich genommen hatten und sich am Eingang höflich und zurückhaltend verhielten.

194 So etwa bei Kilic, unveröffentlichtes Manuskript.

Nachfragen zu rechnen. Auch hier ist darauf zu achten, dass der Zeitraum zwischen beiden Anfragen bzw. Besichtigungsterminen möglichst gering ausfällt, da anderenfalls mit einer Vergabe der Wohnung zu rechnen ist.¹⁹⁵

4.3.3 Arbeitsmarkt

Auch auf dem Arbeitsmarkt erfolgen Auswahlentscheidungen in der Regel mehrstufig, sodass insoweit auf die Ausführungen zum Wohnungsmarkt verwiesen werden kann. Anders als dort, sind hier jedoch bereits bei einem schriftlichen Testing-Verfahren detaillierte Auskünfte über zahlreiche Eigenschaften der Testpersonen erforderlich, die für die Auswahlentscheidung ursächlich werden können.¹⁹⁶ Ausbildung und Berufserfahrung sollten eine hohe, für die angebotene Stelle jedoch realistische Qualifikation signalisieren, um zu vermeiden, dass beide Bewerbungen abgelehnt werden.¹⁹⁷

Die größere Anzahl der für eine Auswahlentscheidung relevanten und daher zu kontrollierenden Merkmale erfordert auch eine entsprechend intensivere Vorbereitung der Testpersonen für ein telefonisches oder Face-to-Face-Testing-Verfahren, wobei die Anforderungen mit den Qualifikationsanforderungen der Stelle steigen.¹⁹⁸

4.3.4 Weitere Bereiche

Wissenschaftliche Testing-Verfahren wurden darüber hinaus insbesondere bei Autoverkäufer_innen, im Taxigewerbe, bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen durchgeführt, wobei stets Face-to-Face-Testing-Verfahren zur Anwendung kamen.¹⁹⁹ In methodischer Hinsicht eignen sich grundsätzlich die im AGG als „Massengeschäfte“ bezeichneten Schuldverhältnisse zur Durchführung von Testing-Verfahren, da hier die Individualität der Vertragspartner_innen keine oder nur eine geringe Bedeutung hat. Vorsicht ist hier jedoch geboten bei Dauerschuldverhältnissen wie z. B. Fitnessstudio- oder Mobilfunkverträgen, bei denen sich eine Diskriminierung in der Regel erst bei Abschluss des Vertrages zeigt. Ob Testpersonen, die nicht diskriminiert wurden und sich daher vertraglich gebunden haben, ein außerordentliches Kündigungsrecht (z. B. nach § 314 BGB) zusteht, wurde bisher nicht entschieden.

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

196 Die Bewerbungen um Praktikumsplätze für Studierende der Wirtschaftswissenschaften in der von Kaas/Manger durchgeführten Studie bestanden aus einem – auf die jeweilige Stelle abgestimmten – Anschreiben, einem Lebenslauf, dem Abitur- und einem Universitätszeugnis. Abgestimmt wurden insbesondere die Angaben zu: Geburtsort (unterschiedliche Regionen Westdeutschlands), Wehrdienst, Berufserfahrung, angestrebtem Hochschulabschluss (an unterschiedlichen Universitäten), Studiensemester, Noten (Abitur und Hochschule), Sprach- und EDV-Kenntnissen, Kaas/Manger, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010, S. 5 ff.

197 Bei Kaas/Manger hätten die Bewerber_innen zum besten Viertel ihres Jahrgangs gehört, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010, S. 6.

198 Zur Diskussion in den USA: Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F483.

199 Riach/Rich, *The Economic Journal*, 112 (2002), S. F480, F514.

V.

Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast

5.1 Die Regelung der Beweislast im Gemeinschaftsrecht

Der Europäische Gerichtshof hat der Schwierigkeit von Frauen, nachzuweisen, dass ihre im Vergleich zu Männern geringere Entlohnung auf einer Diskriminierung beruht, bereits in den 80er-Jahren mit einer Erleichterung der Beweislast Rechnung getragen. Zumindest dort, wo einem Entlohnungssystem jede Durchschaubarkeit fehlt, soll danach dem/der Arbeitgeber_in der Nachweis obliegen, dass seine/ihre Lohnpolitik nicht diskriminierend ist, sofern eine Arbeitnehmerin auf der Grundlage einer relativ großen Zahl von Arbeitnehmer_innen belegt, dass das durchschnittliche Entgelt der Arbeitnehmerinnen niedriger ist als das der Arbeitnehmer.²⁰⁰ Diese Möglichkeit eines „statistischen Beweises“ wurde vom EuGH später dahin gehend verallgemeinert, dass dort, wo aus aussagekräftigen Statistiken ein merklicher Unterschied beim Entgelt für zwei gleichwertige Tätigkeiten hervorgeht, von denen die eine fast ausschließlich von Frauen und die andere hauptsächlich von Männern ausgeübt wird, der/die Arbeitgeber_in verpflichtet sei, diesen Unterschied durch objektive Faktoren zu rechtfertigen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.²⁰¹ Dieser Grundsatz wurde 1997 in der sog. Beweislast-Richtlinie (97/80/EG) positiviert und in den seitdem erlassenen Gleichbehandlungsrichtlinien fortgeschrieben. Danach haben die Mitgliedstaaten 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/der Beklagten obliegt zu beweisen, dass keine Diskriminierung vorgelegen hat.²⁰² Eine Verlagerung (keine Umkehr) der Beweislast hat also (nur) dann zu erfolgen, wenn „ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung“ besteht.²⁰³ Ob dies der Fall ist, „obliegt den einzelstaatlichen gerichtlichen Instanzen oder anderen zuständigen Stellen nach den nationalen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten.“²⁰⁴ Während in den Erwägungsgründen ausdrücklich auf das Instrument des statistischen Beweises hingewiesen wird,²⁰⁵ werden Testing-Verfahren nicht ausdrücklich genannt.

Wie in den meisten europäischen Ländern hat auch der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Beweislastregelung in § 22 AGG, der an die Stelle von § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F. getreten ist, darauf verzichtet, einzelne Instrumente zu nennen. Die Gesetzesbegründung stellt jedoch klar,²⁰⁶ dass neben Ergebnissen von Statistiken auch Testing-Verfahren als Indizien für Diskriminierungen in Betracht kommen.

200 EuGH v. 17. Oktober 1989, Rs. C-109/88 (Danfoss), Slg. 1989, S. 3199.

201 EuGH v. 27. Oktober 1993, Rs. C-127/92 (Enderby), Slg. I 1993, S. 5535.

202 Art. 8 Abs. 1 RL 2000/43/EG, Art. 10 Ab. 1 RL 2000/78/EG, Art. 9 Abs. 1 RL 2004/113/EG, Art. 19 Abs. 1 RL 2006/54/EG.

203 Erwägungsgrund 21 der RL 2000/43/EG; Erwägungsgrund 31 der RL 2000/78/EG.

204 Erwägungsgrund 15 der RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG.

205 Erwägungsgrund 15 der RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG.

206 BT-Drs. 16/1780, S. 47.

5.2 Die Regelung der Beweislast in § 22 AGG

§ 22 AGG verschafft der diskriminierten Person, die in der Regel die klagende Partei sein wird, eine Beweiserleichterung.²⁰⁷ Ohne diese Vorschrift müsste sie nach dem Grundsatz des deutschen Zivilprozesses, dass jede Partei das Vorliegen der rechtsbegründenden Tatbestandsmerkmale beweisen muss,²⁰⁸ den Verstoß gegen die Benachteiligungsverbote des AGG voll beweisen.²⁰⁹

Die Beweiserleichterung in § 22 AGG erfolgt in zweierlei Hinsicht: Zum einen ermöglicht sie es der diskriminierten Person, über die eigentlichen im Tatbestand genannten Tatsachen (auch: Haupttatsachen) hinaus auch Indizien,²¹⁰ d. h. andere, einfacher zu beweisende Tatsachen (auch: Hilfstatsachen), zu beweisen, wodurch der Kreis der beweiserheblichen Tatsachen und somit die Handlungsmöglichkeit der klagenden Partei erweitert werden.²¹¹ Zum anderen senkt § 22 AGG („vermuten lassen“) das Beweismaß, d. h. die Anforderung an den Grad der Überzeugung des Gerichts vom Vorliegen der durch das Indiz zu beweisenden Haupttatsache: Die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens der Haupttatsache genügt, das Gericht muss nicht vollständig überzeugt sein.²¹²

Umstritten ist, ob sich die Beweiserleichterung auf sämtliche Tatbestandsmerkmale der Benachteiligungsverbote bezieht²¹³ oder lediglich auf die Frage der Kausalität der (angenommenen) Merkmalsausprägung für die Ungleichbehandlung.²¹⁴ Für die zuletzt genannte Auffassung wird angeführt, dass eine (mit dem Nachweis der Kausalität) vergleichbare Beweisnot hinsichtlich der anderen Merkmale der Diskriminierungstatbestände, insbesondere hinsichtlich des Vorliegens einer Ungleichbehandlung, nicht bestehe.²¹⁵ Von der Gegenauffassung wird dies zwar für den Regelfall zugestanden, doch könne nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall z. B. bereits der Zugang einer Bewerbung streitig ist. Für eine Anwendung der Beweislastregelung auf den gesamten Diskriminierungstatbestand sprechen die Vorgaben des europäischen Antidiskriminierungsrechts. So könne weder der RL 97/80/EG noch den Antidiskriminierungsrichtlinien eine Beschränkung auf das Merkmal der Kausalität entnommen werden.²¹⁶ Erforderlich sei daher eine richtlinienkonforme Auslegung von § 22 AGG, der dafür auch zugänglich sei, indem man die Worte „wenn [...] die eine Partei Indizien beweist“ auch auf die „Benachteiligung“ und nicht nur auf die Worte „wegen eines in § 1 genannten Grundes“ bezieht.²¹⁷ Auch wenn fraglich erscheint, ob der

207 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 6.

208 BGH v. 14. Januar 1991, BGHZ 113, S. 222, 224 f.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl. 2010, Anh. § 286 Rn. 10.

209 Ein Verstoß gegen ein Benachteiligungsverbot ist Voraussetzung der Ansprüche aus § 15 und § 21 AGG, auf die sich eine Klage nach dem AGG regelmäßig stützen wird.

210 Über die genannten hinaus finden sich weitere Beispiele für Indizien bei Wörl, Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2008, S. 146 ff.

211 Rauscher-Prütting, ZPO, 3. Aufl. 2008, § 284 Rn. 24; Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, S. 93, 95.

212 BT-Drs. 16/1780 S. 47; BAG Urteil v. 17. Dezember 2009, NZA 2010, S. 383; Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 25 m.w.N.; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 2, 6.

213 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 15 ff.; v. Roetteken, AGG, Band 1, 17. Lieferung (Stand: September 2010), § 22 Rn. 29 f., beide m.w.N.

214 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 6; Säcker-Thüsing, AGG, 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 6; Rust/Falke-Falke, § 22 Rn. 43.

215 Säcker-Thüsing, AGG, 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 6. Von Rust/Falke-Falke, § 22 Rn. 43 wird auf die bisherige Praxis zu § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F. verwiesen (BAG v. 5. Februar 2004, NJW 2004, S. 2112). Auch die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass der/die Kläger_in „nach den allgemeinen Grundsätzen zunächst den Vollbeweis führen [muss], dass er/[sie] gegenüber einer anderen Person ungünstig behandelt worden ist.“ (BT-Drs. 16/1780, S. 47).

216 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 15 ff. Dies gelte auch für die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH.

217 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 21.

europäische Gesetzgeber auch Beweisprobleme ganz allgemeiner Natur (wie z. B. die des Zugangs eines Briefs) zugunsten der diskriminierten Person lösen wollte, überzeugt diese Auffassung jedenfalls dort, wo auch über die Kausalität hinaus typischerweise Beweisschwierigkeiten auftreten. Angesichts der Tatsache, dass Diskriminierungen häufig „unter vier Augen“ erfolgen, erscheint es nicht abwegig, dass nicht nur die Kausalität der Merkmalsausprägung, sondern bereits das Vorliegen einer Benachteiligung geleugnet wird.²¹⁸ Eine richtlinienkonforme Auslegung von § 22 AGG ist jedenfalls insoweit geboten.

Steht die Hilfstatsache hinreichend fest, entscheidet das Gericht aufgrund von Sätzen der allgemeinen Lebenserfahrung, ob dies das Vorliegen der Haupttatsache „vermuten lässt“, d. h. dieses als überwiegend wahrscheinlich angesehen wird.²¹⁹ Ist die Haupttatsache hier nach für das Gericht überwiegend wahrscheinlich, tritt die Rechtsfolge, die Beweislastumkehr des § 22 AGG ein: Die beklagte Partei hat nun den Vollbeweis zu führen (d. h. das Gericht vollständig davon zu überzeugen), dass keine benachteiligende Handlung vorliegt oder für die Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund besteht.²²⁰

5.3 Testing-Verfahren und § 22 AGG

Die Gesetzesbegründung zu § 22 AGG erwähnt die Ergebnisse von Testing-Verfahren zwar ausdrücklich als mögliche Indizien für eine verbotene Benachteiligung, beantwortet aber nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie als Indizien zu berücksichtigen sind und ggf. eine Diskriminierung vermuten lassen. Diese Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr soll im Folgenden untersucht werden, welche Aussagen (Hilfstatsachen) durch die unterschiedlichen Arten und Formen von Testing-Verfahren erlangt werden können und welche anderen Faktoren für den Beweiswert von Testing-Verfahren im Rahmen des § 22 AGG eine Rolle spielen.

5.3.1 Hilfstatsachen aus Testing-Verfahren

Bei den hier als „echt“ bezeichneten Testing-Verfahren, bei denen das Verhalten der getesteten Person daraufhin überprüft wird, ob sie sich (mindestens) zwei Personen mit unterschiedlicher Merkmalsausprägung gegenüber unterschiedlich verhält, wird – wo dies der Fall ist – die Hilfstatsache gewonnen, dass trotz der Vergleichbarkeit der Personen im Übrigen eine Ungleichbehandlung erfolgte. Testing-Verfahren, die vor Abschluss des fraglichen Auswahlverfahrens oder Änderung der relevanten Rahmenbedingungen stattfinden, können darüber hinaus auch eine Lüge nachweisen, wenn für die Ablehnung einer Person Gründe gegeben wurden (z. B. die Erschöpfung der Kapazität, die Beschränkung des Zugangs nur für Mitglieder, die Qualifikationen der abgelehnten Person etc.). Wird die Vergleichsperson ohne Mitgliedsausweis eingelassen oder zur Besichtigung der angeblich schon vergebenen Wohnung eingeladen, ist die Lüge aufgedeckt. Die erste Hilfstatsache liegt hier in der Ungleichbehandlung der Testpersonen, eine zweite darin, dass die getestete Person sich veranlasst sah, zur Verdeckung der Ungleichbehandlung zu lügen.

²¹⁸ Dies gilt insbesondere bei (nicht schriftlich dokumentierten) Massengeschäften i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG, da es in diesen Fällen schwierig sein dürfte, die Benachteiligung anders zu begründen. Darauf, Zeug_innen z. B. für die Abweisung durch eine_n Türsteher_in oder eine_n Taxifahrer_in zu finden, kann sich die diskriminierte Person jedenfalls nicht verlassen.

²¹⁹ Bauer/Cöpfert/Krieger, 2. Aufl. 2008, AGG Kommentar, § 22 Rn. 10; Scholten, Diskriminierungsschutz im Privatrecht?, 2004, S. 97.

²²⁰ Rust/Falke-Falke, § 22 Rn. 76 ff.; Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, Rn. 58 ff.

Bei einer reaktiven Durchführung des Testing-Verfahrens im Anschluss an die Ungleichbehandlung, die Gegenstand des Rechtsstreits werden soll, indiziert ein „positives“ Ergebnis neben der Ungleichbehandlung der Testpersonen zugleich, dass die Ungleichbehandlung unter vergleichbaren Bedingungen wie denen des Ausgangsfalls erfolgt ist.

Bei unechten Testing-Verfahren werden bei einer initiativen Durchführung, bei der die Benachteiligung der Testperson selbst zum Gegenstand des Rechtsstreits werden soll, durch die offene Diskriminierung vor Zeug_innen keine Hilfs-, sondern Haupttatsachen für das Vorliegen einer Diskriminierung gewonnen.²²¹ Folgt man der hier vertretenen Auffassung und hält § 22 AGG auch für das Vorliegen der Diskriminierung (und nicht nur für die Kausalität der Merkmalsausprägung) für anwendbar, kann die reaktive Durchführung eines unechten Testing-Verfahrens Hilfstatsachen für das Vorliegen der (offenen) Diskriminierung im (vergleichbaren) Ausgangsfall erbringen.

5.3.2 Die Vermutungswirkung von Testing-Verfahren

Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob das „positive“ Ergebnis eines Testing-Verfahrens allein ausreicht, um eine verbotene Benachteiligung vermuten zu können. Dabei ist daran zu erinnern, dass die Hilfstatsachen nicht zu einem zwingenden Schluss auf die Kausalität der Merkmalsausprägung zu führen brauchen. Es genügt stattdessen, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Diskriminierung begründet wird. Die Anforderungen an den Vortrag der Hilfstatsachen sollen dabei umso geringer sein, je schwieriger es für den/die Kläger_in ist, diese zu erfahren.²²²

Die Vermutungswirkung echter Testing-Verfahren steht und fällt mit dem Grad der Vergleichbarkeit der Testpersonen. Je höher er ist, desto eher können andere Gründe für die Ungleichbehandlung ausgeschlossen werden. Entscheidend ist daher die Berücksichtigung der oben dargestellten methodischen Anforderungen an die Vorbereitung und Durchführung des Testing-Verfahrens.²²³ Doch selbst dort, wo der zu testenden Person zwei mit Ausnahme der Merkmalsausprägung identische Bewerbungen um eine Stelle vorliegen, wie dies bei einem schriftlichen Testing-Verfahren möglich ist, ist die Wahrscheinlichkeit nicht zu vernachlässigen, dass die Auswahlentscheidung vom Zufall und nicht von der Merkmalsausprägung bestimmt wird.²²⁴ Dagegen wird die Wahrscheinlichkeit für die Ursächlichkeit der Merkmalsausprägung dort umso höher sein, wo Anbieter_innen typischerweise mit allen (solventen) Interessent_innen einen Vertrag abschließen wollen.

Auch von einer Lüge allein kann nicht mit Sicherheit auf die Kausalität einer Merkmalsausprägung für die Ungleichbehandlung geschlossen werden. So werden aus „Höflichkeit“ „Notlügen“ erfunden, um eine_n Bewerber_in nicht zu verletzen oder eine Ablehnung statt auf eigene Entscheidung auf äußere Umstände zu schieben. In Zusammenhang mit der Ungleichbehandlung der Testpersonen verstärkt das Aufdecken einer Lüge jedoch die Vermutungswirkung des Testing-Verfahrens.

²²¹ Dementsprechend wird in der Begründung des Urteils des AG Oldenburg v. 23. Juli 2007, Aktenzeichen: E2 C2126/07, § 22 AGG überhaupt nicht erwähnt.

²²² Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 22 Rn. 26.

²²³ Siehe [4.2].

²²⁴ Auch eine_r der befragten Richter_innen verwies auf die mögliche Bedeutung zwischenmenschlicher Aspekte: So könne eine der Testpersonen dem/der Arbeitgeber_in bzw. Anbieter_in schlicht unsympathischer gewesen sein, Richter/-in#F7. Andere betonen, dass Zufallsergebnisse ausgeschlossen werden müssten, Richter/-in#B1.

Bei reaktiven Testing-Verfahren kommt hinzu, dass eine Vermutungswirkung für den relevanten Ausgangsfall nur dann eintreten kann, wenn die jeweiligen Rahmenbedingungen vergleichbar sind.²²⁵

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Ungleichbehandlung der Testpersonen im Rahmen eines Testing-Verfahrens ausreichen kann, um davon auf die Kausalität der Merkmalsausprägung zu schließen.²²⁶ In der Regel wird jedoch eine weitere Hilfs Tatsache hinzutreten müssen, um die Beweislastumkehr des § 22 AGG auszulösen. Diese kann – wie im Fall der aufgedeckten Lüge oder durch den Einsatz mehrerer Testpersonen-Paare – durch das gleiche Testing-Verfahren gewonnen werden oder, wie z. B. bei einem reaktiven Testing-Verfahren, ihren Ursprung im Ausgangsfall haben. Angesichts der zahlreichen möglichen Fallgestaltungen für die Durchführung von Testing-Verfahren und der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (§ 286 Abs. 1 ZPO) ist bei generalisierenden Aussagen Zurückhaltung geboten.²²⁷ Durch methodologische Strenge und Wahl möglichst verlässlicher Beweismittel (dazu sogleich) wird jedoch der Beweiswert von Testing-Verfahren maximiert.

5.3.3 Die Einbringung der Ergebnisse der Testing-Verfahren in den Prozess

Die Ergebnisse von Testing-Verfahren können auf unterschiedliche Art und Weise in den Prozess eingebracht werden.²²⁸ Die Zivilprozessordnung kennt fünf sog. förmliche Beweismittel (§§ 371 ff. ZPO). Dabei handelt es sich um den/die Sachverständige_n, den Augenschein, die Parteivernehmung, die Urkunde und den/die Zeug_in.

Die Ergebnisse von Face-to-Face-Testing-Verfahren werden meistens durch Zeug_innenaussagen der Testpersonen in das Gerichtsverfahren eingebracht. Der Beweis durch Zeug_innen (§§ 373 ff. ZPO) hat in der Praxis zwar eine herausragende Bedeutung, er gilt jedoch auch als das unsicherste Beweismittel.²²⁹ Auch wenn die Glaubwürdigkeit von Zeug_innen immer individuell zu würdigen ist,²³⁰ besteht die Gefahr, dass bei Testing-Verfahren, in denen die Testpersonen und späteren Zeug_innen den Test gemeinsam planen und das gemeinsame Ziel des Nachweises einer Diskriminierung verfolgen, der Verdacht der Parteilichkeit aufkommt.²³¹ Soweit das Testing-Verfahren es zulässt, sollten daher weitere, unabhängige Zeug_innen hinzugezogen werden.

Denkbar wäre auch der Beweis in Form des relativ verlässlichen Augenscheins (§§ 371 ff. ZPO) durch heimlich aufgenommene Fotos, Ton- oder Videoaufzeichnungen des Testing-Verfahrens. Ton- und Videoaufnahmen, die ohne Wissen der getesteten Person entstanden sind, sind aufgrund der darin liegenden Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

²²⁵ Für das umgekehrte Indiz, nämlich den Schluss aus vergangenem diskriminierendem Verhalten auf die Gegenwart, wird in der Literatur vertreten, es müsse mindestens drei Vorkommnisse geben, Wörl, Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2008, S. 160 m.w.N.

²²⁶ So auch Wörl, Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2008, S. 159 für schriftliche Testing-Verfahren.

²²⁷ So im Ergebnis auch Bauer/Göpfert/Krieger, 2. Aufl. 2008, AGG Kommentar, § 22 Rn. 11. Gegen einen „Automatismus“: Mückl, BB 2008, S. 1842, 1842.

²²⁸ Nach dem sog. Beibringungsgrundsatz haben die Parteien die Aufgabe, dem Gericht den notwendigen Tatsachenstoff zu präsentieren. Eine Amtsermittlung wie im Strafprozess findet grundsätzlich nicht statt.

²²⁹ Schreiber, Die Beweismittel im Zivilprozess, JURA 2009, S. 269, 270 m.w.N.

²³⁰ BGH v. 18. Januar 1995, BGHZ 128, S. 307.

²³¹ So verschiedene befragte Richter_innen. Rorive, Proving Discrimination Cases, 2009, S. 50; (für Frankreich) Collet-Askri, Le Dalloz 2003, S. 1309, 1311.

(Recht am eigenen Bild bzw. Wort) prozessrechtlich jedoch nicht verwertbar.²³² Der Rechtsprechung zu Testkäufen im Recht des unlauteren Wettbewerbs kann entnommen werden, dass zumindest das Anfertigen von Fotos in öffentlich zugänglichen Räumen zu Beweis-zwecken zulässig ist.²³³

Durch die Vorlage der Protokolle sowie bei schriftlichen Testing-Verfahren der Briefe ist schließlich ein Urkundenbeweis (§§ 416 ff. ZPO) möglich, dem im Allgemeinen ein hoher Beweiswert zugeschrieben wird.

5.3.4 Besonderheiten initiativer Testing-Verfahren

Werden Testing-Verfahren initiativ durchgeführt und soll die dadurch hervorgerufene Diskriminierung später geltend gemacht werden, muss das Testing-Verfahren nicht nur Indizien für die Kausalität der Merkmalsausprägung, sondern auch Beweise für alle übrigen Tatbestandsmerkmale der jeweiligen Anspruchsgrundlage liefern.

Dabei ist 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 in Betracht komme.²³⁴ Diese Voraussetzungen sind nicht nur bei reaktiven Testing-Verfahren, sondern auch in Fällen der initiativen Durchführung 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.²³⁵ Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1998, auf die in diesem Zusammenhang verwiesen wird, hat zwar nicht den 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 an den/die Bewerber_in abhängig gemacht.²³⁶ 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 jedoch, ob diese Überlegungen auf das AGG übertragbar sind. Dagegen spricht, dass sich in den europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien eine solche Voraussetzung an die Bewerbung jedenfalls ausdrücklich nicht findet.²³⁷ Dem wird entgegengehalten, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs zu den anerkannten Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts zählt.²³⁸ Dies führt zum Kern des Problems. Die Anforderung der subjektiven

232 Zu Tonaufnahmen grundlegend: BVerfG v. 31. Januar 1973, BVerfGE 34, S. 247; zur prozessualen Verwertung der Videoaufnahme des Prozessgegners: OLG Düsseldorf v. 5. Mai 1997, MDR 1997, S. 1062.

233 Siehe [3.1.1].

234 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 7 Rn. 9, § 15 Rn. 53 jeweils m.w.N.

235 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG Kommentar, 2. Aufl., 2008, § 22 Rn. 11. Bei schriftlichen bzw. Online-Testing-Verfahren, bei denen es nur fiktive Bewerber_innen gibt, scheidet die Geltendmachung von Ansprüchen bereits am Fehlen eines Anspruchsinhabers.

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

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

238 Däubler/Bertzbach-Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 53.

Ernsthaftigkeit und objektiven Geeignetheit wurde von der Rechtsprechung entwickelt, um Bewerbungen zurückweisen zu können, deren Zweck lediglich in der Erlangung eines Entschädigungsanspruchs besteht.²³⁹ Darum geht es bei Testing-Verfahren 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.²⁴⁰ Die besonderen Umstände eines Testing-Verfahrens können jedoch bei der Bemessung der Höhe der immateriellen Entschädigung zu berücksichtigen sein. So auch das Amtsgericht Oldenburg, in der mehrfach erwähnten Entscheidung:

„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“²⁴¹

239 So auch Säcker-*Thüsing*, AGG, 5. Aufl. 2007, § 22 Rn. 6; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 17, der auf Ziel und Zweck des Diskriminierungsschutzes abstellen will: Es diene nicht der Verwirklichung des § 1 AGG, wenn Bewerbungen berücksichtigt werden, die allein mit dem Ziel der Entschädigung eingereicht werden.

240 So im Ergebnis auch Schiek-*Kocher*, AGG, 2007, § 15 Rn. 45. Auch erschiene es widersprüchlich, ein in der Gesetzesbegründung erwähntes Verfahren als rechtsmissbräuchlich bewerten zu wollen. Rust/Falke-*Rust*, § 7 Rn. 33 weist auch mit Blick auf AGG-Hopper zu Recht darauf hin, dass es nicht Aufgabe der Arbeitsgerichte sein könne, eine rechtswidrige Ausschreibungspraxis zu schützen.

241 AG Oldenburg v. 23. Juli 2008, Aktenzeichen: E2 C 2126/07.

VI.

Ausblick

6.1 Herausarbeitung weiterführender Fragestellungen, die im Rahmen der Expertise nicht beantwortet werden konnten

Zwei der im Rahmen dieser Expertise befragten Richter_innen gaben als Voraussetzung für die Berücksichtigung der Ergebnisse von Testing-Verfahren im Rahmen von § 22 AGG deren Durchführung durch eine „neutrale“ Stelle an.²⁴² Die (wenigen) in Deutschland ermittelten Testing-Verfahren wurden dagegen teils von den späteren Kläger_innen, teils von (parteiischen) Beratungsstellen durchgeführt.

Während Testing-Verfahren in einigen Mitgliedstaaten der EU von nationalen Gleichstellungsbehörden durchgeführt werden, was in Deutschland aus den oben genannten Gründen nicht möglich ist,²⁴³ nehmen in anderen Staaten Beamt_innen als unabhängige Zeug_innen an Testing-Verfahren teil.²⁴⁴ Diese kontrollieren vor Ort die Einhaltung der methodischen Anforderungen, sichern so die Aussagekraft der Ergebnisse zusätzlich ab und stehen in einem Gerichtsverfahren als unparteiische und daher besonders glaubwürdige Zeug_innen zur Verfügung. Diese von europäischen Expert_innen empfohlene Methode²⁴⁵ ist für Face-to-Face-Testing-Verfahren in ihrem Anwendungsbereich allerdings auf Situationen beschränkt, in denen die Anwesenheit einer dritten Person unauffällig möglich ist, sodass z. B. Bewerbungsgespräche von vornherein ausscheiden. In Deutschland stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Amtsträger_innen für eine solche Aufgabe infrage kämen. Dabei sind auch die Erfahrungen aus Belgien zu berücksichtigen, dass sich bestimmte Testing-Verfahren (z. B. in Diskotheken) nur schwer mit den üblichen Arbeitszeiten vereinbaren lassen. Als mögliche Alternative kann ebenfalls auf Belgien verwiesen werden: Von staatlicher Seite, z. B. der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, könnten Fortbildungen in der Methodik und Durchführung von Testing-Verfahren angeboten und die erfolgreiche Teilnahme mit einem Zertifikat bestätigt werden. Testing-Verfahren, die von entsprechend zertifizierten Personen durchgeführt oder überwacht werden, wären damit zwar nicht „neutral“, doch bestünde eine gewisse Gewähr für eine methodengerechte Durchführung.

In diesem Zusammenhang wird von den befragten Rechtsanwält_innen, Beratungsstellen und Verbänden auf ein weiteres ungelöstes Problem hingewiesen. Die geringe Verbreitung von Testing-Verfahren in Deutschland wird insbesondere mit den fehlenden zeitlichen und

²⁴² Richter/-innen #B1 und #F3.

²⁴³ Siehe [3.2].

²⁴⁴ So etwa in Frankreich oder bis 2007 in Belgien. In den Niederlanden wird eine enge Zusammenarbeit mit Polizei und Staatsanwaltschaft empfohlen, siehe [2.1.1, 2.1.3, 2.1.4].

²⁴⁵ Rorive, Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 34.

personellen Ressourcen bei den Berater_innen erklärt.²⁴⁶ Angesichts der geringen Streitwerte seien die zeitintensiven und schwierigen Verfahren nach dem AGG von anwaltlicher Seite ohnehin kaum kostendeckend zu betreiben,²⁴⁷ sodass die Durchführung von Testing-Verfahren nur bei Unterstützung durch Nichtregierungsorganisationen oder die Mandant_innen selbst möglich sei. Von den Beratungsstellen und Verbänden wird darüber hinaus angemerkt, dass es vor Ort mitunter am erforderlichen Wissen und „prozessorientierten Denken“ mangle, sich angesichts knapper Ressourcen aber auch die Frage nach dem Ertrag einzelner, mit hohem Aufwand erzielter Verurteilungen stelle. Schließlich müsse auch die politische Akzeptanz des Instruments bei den jeweiligen Geldgeber_innen berücksichtigt werden.²⁴⁸

Hinsichtlich der Ressourcen wäre hier die Frage zu prüfen, ob und inwieweit auch im Rahmen der §§ 15, 21 AGG ein Anspruch gegen den/die (erfolgreich) Getestete_n auf Ersatz der durch das Testing-Verfahren entstandenen Personal-, Honorar- und ggf. Reisekosten besteht.²⁴⁹

6.2 Handlungsempfehlungen für die Beratungsarbeit und die Prüfung der Beweisführung von Diskriminierungsfällen in Deutschland

Die Erfahrungen anderer europäischer Länder und erste Einsätze in Deutschland haben gezeigt, dass Testing-Verfahren ein wichtiges Instrument in der Bearbeitung von AGG-Fällen sind, um das Gleichbehandlungsrecht auch dort durchzusetzen, wo Diskriminierungen bisher nicht nachweisbar waren, sei es, dass sie verdeckt erfolgten, sei es, dass es an aussagebereiten Zeug_innen fehlte. Der Vielzahl der denkbaren Formen, Merkmale und Lebensbereiche möglicher Diskriminierungen entsprechen verschiedene Testing-Verfahren, die sich nicht nur in ihren methodischen Anforderungen, sondern auch in ihrer Bedeutung als Indizien im Rahmen von § 22 AGG unterscheiden.

Im Folgenden sollen die zentralen Ergebnisse der Expertise in stichwortartige Handlungsempfehlungen für die Beratungspraxis und die Prüfung der Beweisführung übersetzt werden.

6.2.1 Testing-Verfahren in der Beratungsarbeit

Verdacht diskriminierendes Verhaltens

Da verdachtsunabhängige, einzelfallbezogene Testing-Verfahren bereits im Hinblick auf die Ressourcen der durchführenden Organisation vermieden werden sollten, werden am Beginn eines jeden Testing-Verfahrens Hinweise auf (angeblich) diskriminierende Praktiken eines/einer bestimmten Arbeitgeber_in oder eines/einer Anbieter_in von Gütern und Dienstleistungen stehen.

²⁴⁶ Rechtsanwalt/-anwältin#1, #2, #3, #5, Beratungsstellen/Verbände#1.

²⁴⁷ Für die im Vordergrund stehenden arbeitsgerichtlichen Verfahren wird auf § 12a ArbGG verwiesen, wonach die obsiegende Partei in Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines/einer Rechtsanwalts/-anwältin hat.

²⁴⁸ Beratungsstellen/Verbände#1, #2, #5.

²⁴⁹ Daneben kommen wohl auch hier ein Anspruch auf Aufwendungsersatz (§§ 683 S. 2, 677, 670 BGB) und ein prozessualer Kostenerstattungsanspruch (§ 91 Abs. 1 ZPO) in Betracht. Siehe auch [3.1.1].

Entscheidung über das „Ob“ der Durchführung

Im Einvernehmen mit einem/einer ggf. vorhandenen Beschwerdeführer_in wird nach Recherche der Umstände des Einzelfalls darüber entschieden, ob die Durchführung eines Testing-Verfahrens sinnvoll und erforderlich ist. Bisher wurden auch in Deutschland Testing-Verfahren vor allem mit dem Ziel durchgeführt, rassistische und ethnische Diskriminierungen nachzuweisen. Wissenschaftliche Testing-Verfahren zeigen jedoch, dass sich das (entsprechend angepasste) Instrument auch zum Nachweis von Diskriminierungen aufgrund aller anderen in § 1 AGG genannten Merkmale eignet. Auch die denkbaren Lebensbereiche sind nicht auf den Arbeits- und Wohnungsmarkt sowie den Zugang zu Diskotheken beschränkt. Insbesondere Massengeschäfte eignen sich als Anwendungsgebiet, da es hier typischerweise nicht auf das „Ansehen der Person“ ankommt.

Entscheidung über das „Wie“ der Durchführung

In Abhängigkeit von der vermuteten Diskriminierung ergibt sich die Wahl des passenden Testing-Verfahrens. Genügt bei einer offenen, jedoch in Abwesenheit von Zeug_innen erfolgten Diskriminierung ein „unechtes“ Testing-Verfahren, das sich darauf beschränkt, das diskriminierende Verhalten noch einmal auszulösen, wird im Regelfall einer verdeckten Diskriminierung ein „echtes“ Testing-Verfahren erforderlich sein. Dabei wird die zu testende Person in schriftlicher oder persönlicher Form mit zwei Personen konfrontiert, die sich idealerweise nur im Hinblick auf die fragliche Merkmalsausprägung unterscheiden sollten. Ob schriftlich, telefonisch oder face-to-face getestet wird, hängt ebenfalls von der vermuteten Diskriminierung ab, wobei die (Face-to-Face-)Überprüfung der letzten Stufe eines mehrphasigen Auswahlverfahrens (z. B. eines Bewerbungsgesprächs oder einer Wohnungsbesichtigung) die vorherige Durchführung eines schriftlichen und/oder telefonischen Testing-Verfahrens bedingen kann.

Vorbereitung und Durchführung des Testing-Verfahrens

Während sich die Vorbereitung eines unechten Testing-Verfahrens darauf beschränken kann, eine Testperson zu finden, die die Merkmalsausprägung aufweist, von der angenommen wird, dass sie Grund für die Diskriminierung ist, müssen bei echten Testing-Verfahren Testidentitäten kreiert werden, die sich möglichst nur in dieser Ausprägung des Merkmals unterscheiden. Dies gelingt leichter bei schriftlichen Testing-Verfahren, bei denen die Testpersonen fiktiv am PC erschaffen werden können. Hier sollte jedoch eine mögliche Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung berücksichtigt und in der oben beschriebenen Art und Weise vermieden werden. Bei persönlichen Testing-Verfahren sind dagegen Testpersonen zu rekrutieren, die nicht nur in ihrem äußeren Erscheinungsbild (bzw. ihrer Stimme), sondern auch in ihrem Verhalten größtmögliche Ähnlichkeit aufweisen und zu diesem Zweck entsprechend trainiert werden sollten. Die Vorbereitung wird hier umso anspruchsvoller, je mehr Informationen der zu testenden Person für ihre Auswahlentscheidung zur Verfügung gestellt werden müssen (Türsteher_in vs. Personalverantwortlicher/Personalverantwortlichem). Wird das Testing-Verfahren im Hinblick auf einen bestimmten Ausgangsfall durchgeführt, muss auch insoweit Vergleichbarkeit sichergestellt werden. Wo immer möglich, sollten eine Supervision und Zeug_innen in das Testing-Verfahren integriert werden. Bei der Durchführung ist darauf zu achten, dass die potenziell diskriminierte Person zuerst „auftritt“, um eine zwischenzeitliche Veränderung der Rahmenbedingungen (z. B. die Vergabe der Wohnung oder Stelle) als Erklärung der Ungleichbehandlung ausschließen zu können.

Nachbereitung des Testing-Verfahrens

Bereits im Rahmen der Vorbereitung, aber insbesondere unmittelbar im Anschluss an die Durchführung sollte das Testing-Verfahren genauestens dokumentiert und protokolliert werden. Bei realen Testpersonen ist eine gemeinsame Verarbeitung der gesammelten Erfahrungen sicherzustellen.

6.2.2 Die Prüfung der Beweisführung

§ 22 AGG reagiert auf die zuerst im europäischen Antidiskriminierungsrecht positiviert Erkenntnis, dass die von Diskriminierung Betroffenen, insbesondere hinsichtlich der Kausalität der Merkmalsausprägung für die Diskriminierung, häufig in Beweisnot geraten. Die Grundsätze der Zivilprozessordnung werden daher in zweifacher Hinsicht verändert: Zum einen können statt der eigentlichen Tatbestandsmerkmale sog. Indizien bewiesen werden; zum anderen genügt es, wenn diese Indizien eine Diskriminierung vermuten lassen. Während es außer Frage steht, dass die Ergebnisse von Testing-Verfahren grundsätzlich als Indizien i.S.d. § 22 AGG infrage kommen, hängt insbesondere die Vermutungswirkung der Ergebnisse von der Art des Testing-Verfahrens und der Form seiner Durchführung ab.

Unechte initiative Testing-Verfahren

Kein Fall des § 22 AGG: Da es hier darum geht, ein offen diskriminierendes Verhalten vor Zeug_innen noch einmal auszulösen und zum Gegenstand eines Rechtsstreits zu machen, bedarf es keiner Beweiserleichterung.

Unechte reaktive Testing-Verfahren

Ein Fall für § 22 AGG, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung annimmt, dass die Beweiserleichterung nicht nur für das Merkmal der Kausalität gilt. Unter dieser Voraussetzung kann von der (offenen) Diskriminierung im Testing-Verfahren auf eine Diskriminierung im Ausgangsfall geschlossen werden, vorausgesetzt die Rahmenbedingungen sind hinreichend vergleichbar.

Echte initiative Testing-Verfahren

Vom unterschiedlichen Verhalten der getesteten Person gegenüber den beiden Testpersonen kann hier auf eine Diskriminierung geschlossen werden, wenn es nach allgemeiner Lebenserfahrung überwiegend wahrscheinlich ist, dass die Ungleichbehandlung keinen anderen Grund als die unterschiedliche Merkmalsausprägung hat. Dies wird zum einen davon abhängen, wie ähnlich sich die Testpersonen in ihren anderen, der getesteten Person bekannten und für sie typischerweise relevanten Eigenschaften sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dies bei einem schriftlichen Testing-Verfahren methodisch grundsätzlich leichter zu kontrollieren ist als bei einem Auftritt „face-to-face“. Zum anderen kommt es auf das fragliche Schuldverhältnis an. Die Auswahlentscheidung eines/einer Taxifahrer_in, der Fahrgäste typischerweise ohne Ansehen der Person und in einer Vielzahl von Fällen befördert, wird hier anders zu beurteilen sein als die Einstellungsentscheidung eines/einer Arbeitgeber_in. Dort, wo die Vermutungswirkung der durch das Testing-Verfahren bewiesenen Ungleichbehandlung für eine Umkehr der Beweislast nicht ausreicht, ist zu berücksichtigen, dass durch das gleiche Testing-Verfahren ein weiteres Indiz gewonnen werden kann, wenn nachgewiesen wird, dass die getestete Person die Ungleichbehandlung mit einer Lüge verdeckt hat (z. B. „nur für Mitglieder“).

Echte reaktive Testing-Verfahren

Wie bei unechten reaktiven Testing-Verfahren ist auch hier über die Vergleichbarkeit der Testpersonen und ihres Verhaltens hinaus zu fragen, ob die dem Testing-Verfahren zugrunde liegende(n) Situation(en) mit der des Ausgangsfalls vergleichbar ist. Nur unter dieser Voraussetzung ist ein Schluss vom Testing-Verfahren auf die Kausalität der Merkmalsausprägung im Ausgangsverfahren zulässig.

6.3 Zur Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren

Die im dritten Kapitel entwickelten rechtlichen Anforderungen gelten auch für die Durchführung wissenschaftlicher Testing-Verfahren.²⁵⁰ Möglich sind auch hier zunächst schriftliche Testing-Verfahren, bei denen vor allem das Verbot der Urkundenfälschung zu beachten ist. Folgt man der hier vertretenen Auffassung, wonach die Herstellung von Urkunden zur Durchführung von Testing-Verfahren den subjektiven Tatbestand des § 267 StGB nicht erfüllt, nicht, sind auch hier reale Testpersonen erforderlich, die jedoch über ihren Namen und den Inhalt ihres Lebenslaufs täuschen dürfen. Zeugnisse und andere Urkunden, die Bewerbungen nur in Form von Kopien beigelegt werden, können im Wege der Fotomontage hergestellt werden. Bei persönlichen Testing-Verfahren ist aus wettbewerbsrechtlichen Gründen darauf zu achten, dass sich die Testpersonen wie normale Kund_innen verhalten und den Betriebsablauf des getesteten Unternehmens nicht stören. Da die Durchführung von Testing-Verfahren mit der Erhebung von Daten einhergeht, sollten Testing-Verfahren von staatlichen Stellen (z. B. durch die Antidiskriminierungsstelle des Bundes) darüber hinaus in anonymisierter Form erfolgen.²⁵¹ In methodischer Hinsicht kommt es auch für die Aussagekraft wissenschaftlicher Testing-Verfahren entscheidend darauf an, inwieweit den oben dargestellten Anforderungen des „ceteris paribus“ entsprochen worden ist.²⁵²

Schließlich stellt sich die Frage, ob auch die Ergebnisse wissenschaftlicher Testing-Verfahren im Rahmen der Beweisführung berücksichtigt werden können. Hier ist zunächst daran zu erinnern, dass wissenschaftliche Testing-Verfahren regelmäßig nicht das Ziel haben, das Verhalten eines/einer einzelnen Anbieter_in zu überprüfen, sondern der Messung der Verbreitung von Diskriminierungen in einer bestimmten Branche und/oder Region dienen. Dies schließt es dort, wo wissenschaftliche Testing-Verfahren nicht in anonymisierter Form durchgeführt werden, nicht aus, Verhalten, das im Rahmen einer solchen Untersuchung dokumentiert wird, zum Gegenstand eines Rechtsstreits zu machen.²⁵³ Soweit es sich dabei nicht um offene Diskriminierungen handelt, ist jedoch zu berücksichtigen, dass ein „positives“ Testergebnis allein im Regelfall nicht ausreichen wird, um nach § 22 AGG eine Beweislastumkehr bewirken zu können.²⁵⁴ Wissenschaftliche Testing-Verfahren können jedoch Anbieter_innen identifizieren, bei denen der Verdacht diskriminierendes Verhaltens besteht, der dann durch einzelfallbezogene Testing-Verfahren zu überprüfen ist.

250 Ausführlich zur Methodendiskussion: Pager, ANNALS, 609 (2007), S. 104, 114 ff.

251 Vgl. Klose/Kühn, Gewerberecht, rassistische/ethnische Diskriminierung und Testingverfahren, 2009, S. 41 ff.

252 Dazu siehe unter [IV.]. Zur Kontrolle des Verhaltens der Testpersonen werden bei wissenschaftlichen Testing-Verfahren über die Anfertigung von Protokollen und Berichten hinaus regelmäßige Besprechungen der/des Projektverantwortlichen mit den Testpersonen sowie (heimliche) Überprüfungen bei Anbieter_innen, die mit dem Projekt zusammenarbeiten, empfohlen. Pager, ANNALS, 609 (2007), S. 104, 124.

253 Dass das Testing-Verfahren verdachtsunabhängig erfolgte, ist unschädlich, da es wissenschaftlich und nicht von der Absicht motiviert war, den/die Getestete „hereinzulegen“, vgl. [3.1.1].

254 Vgl. [5.3.2]. Auch im Hinblick auf die subjektive Ernsthaftigkeit und die objektive Geeignetheit der (Test-)Bewerbung gilt das oben Gesagte [5.3.4].

Dagegen kann von den Ergebnissen wissenschaftlicher Testing-Verfahren nicht auf das Verhalten von Anbieter_innen geschlossen werden, die zwar der gleichen Branche angehören oder in der gleichen Region ansässig sind, selbst aber nicht getestet wurden. Ein solcher „Statistikbeweis“ stünde im Widerspruch zum Anliegen des Gleichbehandlungsrechts, den Einzelnen davor zu schützen, dass ihm das Verhalten Dritter allein aufgrund einer geteilten Gruppenzugehörigkeit zugerechnet wird.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus; Mohr, Jochen: KommAGG – Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2007, Stuttgart

Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (Hrsg.): Antidiskriminierungsreport Berlin 2006–2008, 2008, http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/ADNB-Antidiskriminierungsreport_2006-2008.pdf [31.08.2010]

Bauer, Jobst-Hubertus; Göpfert, Burkard; Krieger, Steffen: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2008, München

Baumbach, Adolf; Lauterbach, Wolfgang; Albers, Jan; Hartmann, Peter (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 68. Aufl. 2010, München

Boggs, Roderic: The Future of Civil Rights Testing: Current Trends and New Directions, in: Fix, Michael; Turner, Margery Austin (Hrsg.): A National Report Card on Discrimination in America. The Role of Testing, 1998, http://www.urban.org/UploadedPDF/report_card.pdf [31.08.2010]

Buggisch, Walter: Fälschung beweiserheblicher Daten durch Verwendung einer falschen E-Mail-Adresse?, in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 3519–3522

Burnier, Frédéric; Pesquié, Brigitte: Test de discrimination et preuve pénale, in: Horizons Stratégiques no. 5 (Juli 2007), http://www.strategie.gouv.fr/revue/article.php?id_article=496 [31.08.2010]

Collet-Askri, Laurence: Testing or not testing? La Chambre criminelle de la Cour de cassation valide ce mode de preuve, serait-il déloyal ... (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 11 juin 2002), in: Le Dalloz 2003, S. 1309–1314

Däubler, Wolfgang: Gläserne Belegschaften? – das Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz, 5. Aufl. 2010, Frankfurt am Main

Däubler, Wolfgang; Bertzbach, Martin (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Handkommentar, 2. Aufl. 2008, Baden-Baden

Diekmann, Andreas: Empirische Sozialforschung: Grundlagen, Methoden, Anwendungen, 20. Aufl. 2009, Reinbek

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 57. Auflage 2010, München

Freund, Georg: Urkundenstraftaten, 2. Aufl. 2010, Heidelberg

Friedrich, Manfred: Der perfide Testkauf, in: Stiefel, Ernst C. u. a. (Hrsg.): Iusto Iure, Festgabe für Otto Sandrock, 1995, Heidelberg, S. 323–333

Harte-Bavendamm, Henning; Henning-Bodewig, Frauke: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2. Aufl. 2009, München

Haute Autorité de Lutte contre la Discrimination et pour l'égalité (HALDE) (Hrsg.): Les tests de discrimination: pratiques et perspectives, 2009, <http://www.halde.fr/IMG/pdf/colloque-tests-2.pdf> [31.08.2010] Heermann, Peter W.; Hirsch, Günter (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1, 2006, München

Holtmaat, Rikki: Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008, The Netherlands, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-NL-Country%20Report%20final.pdf> [31.08.2010]

Kaas, Leo; Manger, Christian: Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, IZA Discussion Paper No. 4741, 2010

Kadar, András: Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2006, Hungary, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2006%20Hungary%20country%20report.pdf> [31.08.2010]

Kindhäuser, Urs; Neumann, Ulfrid; Paeffgen, Hans-Ullrich: Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 2010, Baden-Baden

Klose, Alexander; Kühn, Kerstin: Gewerberecht, rassistische/ethnische Diskriminierung und Testingverfahren – Gutachten im Auftrag des Antidiskriminierungsnetzwerks Berlin des Türkischen Bundes in Berlin-Brandenburg (ADNB des TBB), 2009, http://www.tbb-berlin.de/downloads_adnb/ADNB_Gutachten_Gewerberecht_final_07.07.2010.pdf [31.08.2010]

Köhler, Helmut; Bornkamm, Joachim: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 28. Aufl. 2010, München

Kummer, Pierre M.: Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), 2003, Frankfurt am Main

Lackner, Karl; Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch – Kommentar, 26. Aufl. 2007, München

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, München

Mücl, Patrick: Erfolgreiche Taktik im Diskriminierungsprozess, in: Betriebs-Berater 2008, 1842–1846

Müller-Glöge, Rudi; Preis, Ulrich; Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, München

Norberg, Per: Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008, Sweden, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-SE-Country%20Report%20final.pdf> [31.08.2010]

O’Cinneide, Colm: Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008, United Kingdom, http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-UK-Country%20Report_final.pdf [31.08.2010]

Pager, Devah: The Use of Field Experiments for Studies of Employment Discrimination: Contributions, Critiques, and Directions for the Future, in: The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 609 (2007), S. 104–133

Philipp, Wolfgang: Ein verfassungswidriges Monstrum – Die „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“, in: NVwZ 2006, S. 1235–1239

Piper, Henning; Ohly, Ansgar; Sosnitza, Olaf: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Kommentar, 5. Aufl. 2010, München

Planerladen e. V. (Hrsg.): Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Ergebnisse eines telefonischen „Paired Ethnic Testing“ bei regionalen Immobilienanzeigen, 2009, Dortmund

Planerladen e. V. (Hrsg.): Ungleichbehandlung von Migranten auf dem Wohnungsmarkt. Testing zum Diskriminierungsnachweis – Erläuterungen und Empfehlungen zur Anwendung der Methode, 2008, Dortmund

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

Rauscher, Thomas (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2008, München

Riach, P. A.; Rich, J.: Field Experiments of Discrimination in the Market Place, in: The Economic Journal, 112 (2002), S. F480–F518

Roetteken, Torsten von: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, Band 1, 17. Lieferung (Stand: September 2010), Heidelberg

Rorive, Isabelle: Der Situationstest in Europa: Mythen und Wirklichkeit, in: Europäische Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht 2006, S. 35–42

Rorive, Isabelle: Proving Discrimination Cases – the Role of Situation Testing, 2009, http://www.migpolgroup.com/public/docs/153.ProvingDiscriminationCases_theroleofSituation-Testing_EN_03.09.pdf [31.08.2010]

Rudolf, Beate; Mahlmann, Matthias (Hrsg.): Gleichbehandlungsrecht. Handbuch, 2007, Baden-Baden

Rudolphi, Hans-Joachim; Wolter, Jürgen (Hrsg.): Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 6. Aufl., 45. Lieferung (Stand: Juli 1998), Neuwied

Rust, Ursula; Falke, Josef (Hrsg.): AGG. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften. Kommentar, 2007, Berlin

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, AGG, 5. Aufl. 2007, München

Schiek, Dagmar (Hrsg.): Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007, München

Schiek, Dagmar; Waddington, Lisa; Bell, Mark: Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, 2007, Oxford

Schindlauer, Dieter: Report on measures to combat discrimination. Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC. Country report 2008, Austria, <http://www.non-discrimination.net/content/media/2008-AT-Country%20Report%20final.pdf> [31.08.2010]

Scholten, Ingo: Diskriminierungsschutz im Privatrecht? Beweis- und verfahrensrechtliche Probleme der Umsetzung der Richtlinie 2000/43/EG, 2004, Köln

Schönke, Adolf; Schröder, Horst (Hrsg.): Strafgesetzbuch – Kommentar, 28. Aufl. 2010, München

Schreiber, Klaus: Die Beweismittel im Zivilprozess, JURA 2009, S. 269–274

Udvari, Marton, in: Haute Autorité de Lutte contre la Discrimination et pour l'égalité (HALDE) (Hrsg.): Les tests de discrimination: pratiques et perspectives, 2009, <http://www.halde.fr/IMG/pdf/colloque-tests-2.pdf> [31.08.2010]

Van der Plancke, Véronique: Les tribulations du testing en Belgique, in: Horizons Stratégiques no. 7 (Juli 2005), http://www.strategie.gouv.fr/revue/article.php?id_article=524 [31.08.2010]

Wörl, Christian: Die Beweislast nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2009, Baden-Baden

Yiğit, Nuran; Andrades Vazquez, Eva Maria; Yazar, Serdar: Versteckte Diskriminierung beweisen! TESTING als Instrument der Antidiskriminierungsarbeit, 2010, http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2541.asp [31.08.2010]

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig von den Autoren verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.

Herausgeber:

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes
Glinkastraße 24
10117 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt:

Zentrale: 03018 555-1855
Beratung: 03018 555-1865 (Mo. bis Fr., 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 03018 555-41865
Besuchszeiten nach Vereinbarung
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung:

www.avitamin.de

Stand:

November 2010