

Das LADG-Berlin

von Roland Hoheisel-Gruler, Sigmaringen

1. Hintergrund

Besonders in den letzten Tagen hat die Auseinandersetzung um das Landesantidiskriminierungsgesetz des Landes Berlin (LADG) an Schärfe und Intensität zugenommen. Bei dieser Auseinandersetzung geht es vordergründig darum, welche Auswirkungen dieses Gesetz auf die innere Sicherheit in Berlin haben könnte. Neben dem Vorwurf, die Polizei werde unter einen Generalverdacht gestellt¹, es gäbe eine Beweislastumkehr zu Lasten der Polizeibeamtinnen und Polizeibeamten, schwerwiegenden Folgen in personalrechtlicher Hinsicht² wurde auch kolportiert, andere Bundesländer würden wegen diesem Gesetz keine Einheiten zur Unterstützung mehr nach Berlin schicken³. Die nachstehende Bearbeitung folgt der Fassung aus der Beschlussempfehlung vom 13. Mai 2020⁴.

2. Gang der Gesetzgebung

Bei dem LADG geht es um ein Projekt, das die R2G-Koalition im Abgeordnetenhaus bereits im Koalitionsvertrag beschlossen und vereinbart⁵ hatte. Der Gesetzesentwurf wurde nach einem Beschluss des Senats vom 4. Juni 2019⁶ beim Abgeordnetenhaus eingebracht⁷.

Mit Beschluss vom 15. August 2019 wurde der Gesetzesentwurf nach erster Lesung an die zuständigen Ausschüsse zur weiteren Beratung verwiesen⁸. Am 13. November 2019 fand eine Anhörung hierzu im Abgeordnetenhaus statt⁹. Der Ausschuss für Verfassungs- und Rechtsangelegenheiten, Geschäftsordnung, Verbraucherschutz, Antidiskriminierung erteilte am 13. Mai 2020 seine Beschlussempfehlung mit den Stimmen der Regierungskoalition¹⁰.

3. Verfassungsrechtlicher Hintergrund – Art. 3 GG, Art. 21 EUGrCH, Art. 19 AEUV

Als wesentliches Argument gegen das LADG wird vorgebracht, dass es eines solchen nicht bedürfe, da doch Art. 3 GG hier bereits den Gleichbehandlungsgrundsatz auf grundrechtlicher Ebene verankere¹¹.

1 Tagesspiegel: „Im Grunde ein Wahnsinn“ Seehofer kritisiert Berliner Antidiskriminierungsgesetz – von Alexander Fröhlich und Frank Jansen, vom 27.05.2020, 17:41 Uhr, zuletzt abgerufen am 29.05.2020

2 Hierfür beispielhaft: Offener Brief zum geplanten Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) der GdP an die Mitglieder des Abgeordnetenhauses Berlin vom 28.05.2020

3 Berliner Zeitung: „Polizisten wollen nicht mehr in Berlin aushelfen“ vom 26.5.2020 - 22:23, Andreas Kopietz, zuletzt abgerufen am 29.05.2020; Tagesspiegel: „Bekommt Berlin keine Hundertschaften anderer Bundesländer mehr?“ vom 26.05.2020 – 18:23, Alexander Fröhlich, zuletzt abgerufen am 29.05.2020

4 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache Drucksache 18/2748 vom 28. Mai 2020

5 „Berlin gemeinsam gestalten. Solidarisch. Nachhaltig. Weltoffen.“ Koalitionsvereinbarung zwischen Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD) Landesverband Berlin und DIE LINKE Landesverband Berlin und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Landesverband Berlin für die Legislaturperiode 2016-2021 vom 08.12.1016, S. 112

6 Pressemitteilung der Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung vom 4. Juni 2019

7 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache 18/1996 vom 12. Juni 2019

8 Abgeordnetenhaus Berlin, 18. Wahlperiode, Beschlussprotokoll der 44. Plenarsitzung vom 18. August 2019

9 Abgeordnetenhaus Berlin: 18. Wahlperiode: Wortprotokoll der Öffentlichen Sitzung des Ausschusses für Verfassungs- und Rechtsangelegenheiten, Verbraucherschutz, Antidiskriminierung, 48. Sitzung vom 13. November 2019, Punkt 2 der Tagesordnung: Anhörung zum LADG Drucksache 18/1996

10 Abgeordnetenhaus Berlin, Drucksache Drucksache 18/2748 vom 28. Mai 2020

11 So mehrfach betont z.B. im Plenum des Abgeordnetenhauses - bei der Anhörung.

Auch die unmittelbare Grundrechtsbindung allen staatlichen Handelns aus Art. 1 Abs. 3 GG genügt nicht: Hier werden dem Bund oder den Ländern keine eigenständigen Kompetenzen zuerkannt¹². Diese Vorschrift besagt lediglich, dass Bund und Länder zur Wahrung der Grundrechte berufen sind. Dies hat nach Maßgabe ihrer durch das Grundgesetz abgegrenzten Zuständigkeiten zu geschehen¹³.

Dabei ist aber zu beachten, dass Art. 3 Abs. 1 GG gerade nicht selbst den Maßstab vorgibt, an dem ein Gebot sachgerechter Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung auszurichten ist¹⁴. Es kommt demnach darauf an welche unterschiedliche Gerechtigkeitsideale den rechtsethisch fundierten Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft am ehesten entsprechen¹⁵. Dabei ist für die Reichweite und das verfassungsrechtliche Gewicht der besonderen Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 ihre rechtsdogmatische Einordnung als Anknüpfungsverbote, Begründungsverbote oder Gebote rechtlicher Gleichstellung durchaus umstritten¹⁶.

Folgt man der Theorie, dass Art. 3 Abs. 3 GG als Gebot rechtlicher Gleichstellung zu verstehen ist, bedeutet ein Differenzierungsverbot die verfassungsrechtliche Anerkennung rechtlicher Statusgleichheit von Angehörigen verschiedener, anhand der verpönten Differenzierungsmerkmale gebildeter Personengruppen¹⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen zu verstehen gegeben, dass es dieser Auffassung zugeneigt sei¹⁸. Daraus ist zu schließen, dass Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich die Gewährleistung beinhaltet, dass sich die hier besonders genannten personenbezogenen Merkmale, namentlich Geschlecht, Abstammung, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöser oder politischer Anschauungen – sowie dem sowohl rechtlich als auch humanbiologisch nicht vertretbaren und im Übrigen in diesem Zusammenhang auch überflüssigen Begriff der „Rasse“ - nicht auf den rechtlichen Status der Person auswirken dürfen.

Hinzu kommen in diesem Zusammenhang auch europarechtliche Fragestellungen, die vom Landesgesetzgeber zu beachten sind:

Art. 21 Abs. 1 EUGrCH, der ein umfassendes Diskriminierungsverbot enthält, lehnt sich an Artikel 19 AEUV und Artikel 14 EMRK an. Artikel 19 AEUV hat hierbei einen anderen Anwendungsbereich hat verfolgt einen anderen Zweck, denn dieser enthält die Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union zur Bekämpfung bestimmter Formen der Diskriminierung. Hierzu gehört auch die Zuständigkeit im Hinblick auf die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten. Art. 21 Abs. 1 EUGrCH hat daher auch die Diskriminierung seitens der Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung des Unionsrechts zum Inhalt¹⁹.

Ausgangspunkt ist hierbei die Würde des Menschen. Daher entfaltet Art. 21 EUGrCH ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich personengebundener Merkmale. Diese Garantien stellen einklagbare Rechte dar. Verboten sind nicht nur offene Diskriminierungen. Zum Schutzbereich gehört

12 Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke, GG Grundgesetz, 14. Auflage 2017, Art. 1 GG, Rn. 81

13 vgl.: BVerfGE 12, 249; 81, 310

14 Stern / Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage 2019, Artikel 3 GG, Rn. 19

15 Siehe BVerfGE 42, 64 (72) [BVerfG 24.03.1976 - 2 BvR 804/75].

16 Stern / Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage 2019, Artikel 3 GG, Rn. 68

17 Stern / Becker, Grundrechte-Kommentar, 3. Auflage 2019, Artikel 3 GG, Rn. 71

18 Siehe insb. BVerfGE 85, 191 (206 f.); 92, 91 (109); 113, 1 (15 f.); 114, 357 (364); BVerfGE 121, 241 (254) [BVerfG 18.06.2008 - 2 BvL 6/07]

19 Bergmann/Dienelt/Bergmann, 13. Aufl. 2020, EU-Grundrechte-Charta Art. 21, o.Rn.

auch das Verbot von versteckten oder verschleierte Diskriminierungen²⁰. Der erlittene Nachteil muss daher nur kausal auf eine Diskriminierung zurückzuführen sein²¹.

Der europäische Gesetzgeber hat sich des Themas in mehreren Richtlinien angenommen: Hierbei geht es um Diskriminierungen „aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft“ (RL 2000/43/EG), wegen „der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“ (RL 2000/78/EG) und des Geschlechts (RL 76/207/EWG in der Fassung der RL 2002/73/EG inzwischen aufgegangen in RL 2006/54/EG, RL 2004/113/EG).

Dabei hat der Richtlinien gesetzgeber ein weitgehend übereinstimmendes Instrumentarium zur Durchsetzung der Diskriminierungsverbote vorgesehen. Allerdings gibt es Unterschiede in den jeweiligen Anwendungsbereichen. Allerdings ist unbestritten, dass alle Richtlinien gleichermaßen für Personen in öffentlichen wie in privaten Bereichen einschließlich öffentlicher Stellen Geltung beanspruchen.

Weil die Richtlinien ihrerseits in nationales Recht der Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen, besteht für die Regelungsbereiche, die nach dem Grundgesetz den Ländern gemäß Art. 70 GG vorbehalten sind oder in denen der Bund entweder von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 72 GG nicht Gebrauch gemacht oder den Ländern eine Abweichungsbefugnis zusteht, eine Schutzlücke. Diese muss vom zuständigen Landesgesetzgeber geschlossen werden.

4. Einzelne Problemstellungen

4.1. Adressaten des Gesetzes

4.1.1. Berechtigte

Durch das LADG sollen alle Personen ausdrücklich vor Diskriminierungen im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Handelns des Landes Berlin geschützt werden. Dieser Schutz beruht sowohl auf dem Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 GG als auch auf europäischem Recht.

4.1.2 Verpflichtete

Ziel des Gesetzes ist die Konkretisierung von Pflichten der Berliner Verwaltung gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern.

Auf der anderen Seite sollten aber auch die Dienstkräfte des Landes Rechts- und Anwendungssicherheit gewinnen können.

Adressaten des Gesetzes als Verpflichtete sind die jeweils handelnden Behörden:

Das Diskriminierungsverbot des LADG beschränkt sich gemäß § 2 LADG auf das öffentlich-rechtliche Handeln des Landes Berlin. Für weitergehende Regelungen fehlt dem Landesgesetzgeber, wie oben gezeigt, die Gesetzgebungskompetenz, da der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden

²⁰ Siehe hierzu auch: EuGH: Urteil vom 16.7.2015 – Rs C-83/14 – Nikolova (Anbringen von Stromzählern in unzugänglicher Höhe)

²¹ Bergmann/Dienelt/Bergmann, 13. Aufl. 2020 Rn. 1, EU-Grundrechte-Charta Art. 21 Rn. 1

Gesetzgebungskompetenz aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG für den Zivilrechtsverkehr Gebrauch gemacht hat. Der Geltungsbereich des Gesetzes ist daher in § 3 LADG entsprechend gefasst:

Zur Negativabgrenzung ist zunächst der Geltungsbereich des bundesrechtlichen AGG heranzuziehen: In dessen Regelungsbereichen kann das LADG keine Anwendung finden.

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 LADG erstreckt sich der unmittelbare Geltungsbereich des Gesetzes zunächst auf die Berliner

Verwaltung. Zwar wird der persönliche Anwendungsbereich für die Beamtinnen und Beamten und Beschäftigten des Landes Berlin nicht ausgeklammert, wie sich aus § 3 Abs. 1 S.1 LADG ergibt, diese Verpflichtung gilt aber lediglich im Außenverhältnis. Eine unmittelbare Außenhaftung der Beamtinnen kommt wegen Art. 34 GG nicht in Betracht. Art. 34 GG regelt der Haftung des Staates für den Fall, dass jemand in Ausübung eines öffentlichen Amtes eine ihm gegenüber einem Dritten obliegende Amtspflicht verletzt²². Die Vorschrift ist die bundeseinheitliche Grundlage über die Haftung für pflichtwidriges hoheitliches Handeln²³. Darin kann die Institutsgarantie der Staatshaftung gesehen werden²⁴.

Weil privatrechtlich geführte Beteiligungsunternehmen des Landes Berlin sind keine öffentlichen Stellen gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 LADG sein können und deren Handlungen nach außen privatrechtlicher und nicht öffentlich-rechtlicher Natur sind, kann das LADG keine direkte Anwendung finden. Möglich ist im Rahmen der Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin allenfalls, Handlungsanweisung an die Vertreterinnen und Vertreter des Landes Berlin zu formulieren. Ähnliche Regelungen für Mehrheitsbeteiligungen des Landes finden sich bereits in § 3 Abs. 2 PartIntG, § 1 Abs. 2 Satz 2 LGBG sowie in § 1a Absatz 1 LGG.

Aus dem normierten Geltungsbereich wird aber auch ersichtlich, dass die vielfach geäußerte Befürchtung, nach Berlin entsandte Polizistinnen und Polizisten könnten persönlich in Haftung genommen werden können²⁵ und Länder würden wegen dem Haftungsrisiko keine Einheiten nach Berlin entsenden wollen²⁶, hier keinen Wiederhall finden kann. Adressat und damit Verpflichtete ist in jedem Fall das Land Berlin und damit die für den konkreten Einsatz verantwortliche Stelle.

Aufgrund der in die Breite gehende Adressierung des Gesetzes an die gesamte Landesverwaltung des Landes Berlin kann auch nicht davon gesprochen werden, es handele sich um eine Regelung zu Lasten der Polizei. Verpflichtet sind alle Beamten und Dienstkräfte des Landes gleichermaßen.

4.2. Beweislastumkehr und Generalverdacht

Eines der am heftigsten diskutierten Probleme ist das der immer wieder vorgetragenen Beweislastumkehr und dem damit in Verbindung gebrachten Generalverdacht gegenüber Polizeibeamtinnen und -beamten. Es ist daher naheliegend, zunächst die Begrifflichkeiten zu klären.

22 Voßkuhle/Kaiser JuS 2015, 1076 Lege, JA 2016, 81

23 Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke, GG Grundgesetz, 14. Auflage 2017, Art. 34 GG, Rn. 1

24 vgl.: BVerfGE 61, 149 [BVerfG 19.10.1982 - 2 BvF 1/81] [198 f.]; BVerfG NJW 2003, 125 [BVerfG 26.08.2002 - 1 BvR 947/01]

25 Hierfür beispielhaft: Offener Brief zum geplanten Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) der GdP an die Mitglieder des Abgeordnetenhauses Berlin vom 28.05.2020

26 Berliner Zeitung: „Polizisten wollen nicht mehr in Berlin aushelfen“ vom 26.5.2020 - 22:23, Andreas Kopietz, zuletzt abgerufen am 29.05.2020; Tagesspiegel: „Bekommt Berlin keine Hundertschaften anderer Bundesländer mehr?“ vom 26.05.2020 - 18:23, Alexander Fröhlich, zuletzt abgerufen am 29.05.2020

Gerade die unscharfe Verwendung der Begriffe hat erheblich zur Verschärfung innerhalb der Debatte beigetragen²⁷. Zivilprozessrechtlich ist die Frage nach der Verteilung der objektiven Beweislast, der Feststellungslast in der Regel dann von Bedeutung, wenn die Beweiswürdigung nach Ausschöpfung aller vorhandenen Beweismittel nicht zu einem Ergebnis geführt hat²⁸.

Dabei ist in der weiteren Debatte darüber hinaus zu unterscheiden, welche Anforderungen an die Beweisführung im Hinblick auf eine behauptete Diskriminierung im Sinne des LADG oder im Rahmen eines disziplinarrechtlichen oder arbeitsrechtlichen Verfahrens zu stellen sind.

Zunächst sollen daher diese Fragen im Hinblick auf eine behauptete Diskriminierung angegangen werden.

Eine Umkehr der Beweislast liegt dann vor, wenn diese entgegen den allgemeinen Beweisregeln, wonach jede Partei selbst die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm trägt, der anderen Partei aufgebürdet wird²⁹. Im Falle einer Diskriminierung durch eine in § 3 LADG genannte Stelle wäre daher grundsätzlich der betroffene Bürger gehalten, alle Tatsachen im Hinblick auf einen diskriminierenden Vorgang vorzutragen und zu beweisen. Eine Beweislastumkehr würde daher bei schlichtem Behaupten einer Diskriminierung dem Land die Beweislast für das Nichtvorliegen aufbürden.

Weil die Betroffenen in der Regel den Vollbeweis einer diskriminierenden Handlung nicht erbringen können, sieht das LADG hierfür eine Beweiserleichterung in § 7 LADG vor. Es handelt sich nicht um eine tatsächliche Beweislastumkehr, sondern eine rechtswegunabhängige gesetzliche Vermutungsregel. Hierbei hat der Gesetzgeber Artikel 8 der RL 2000/43/EG und Artikel 9 der RL 2004/113/EG umgesetzt. Der Gesetzgeber hat dabei einen anderen Weg gewählt, als wie in § 22 AGG vorgesehen ist. Dort muss der Anspruchsteller den Vollbeweis dafür führen, dass ein nach § 1 AGG in der Person des Anspruchstellers oder bei einem nahen Angehörigen ebenso vorliegt wie eine weniger günstige Behandlung, Belästigung oder sexuelle Belästigung. Der Vollbeweis umfasst nach dem AGG auch Indizien als Vermutungstatsachen, die nach allg Lebenserfahrung eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür begründen, dass die weniger günstige Behandlung, Belästigung oder sexuelle Belästigung wegen eines Merkmals nach § 1 AGG erfolgte.

Eine Beweiserleichterung ist nur für die Ursächlichkeit eines Merkmals nach § 1 AGG gegeben, hier muss er nur Hilfstatsachen darlegen und gegebenenfalls unter Beweis stellen. Dabei sind an deren Vermutungswirkung keine zu strengen Anforderungen zu stellen. Das Beweismaß daher für die Benachteiligung und die Indizien für den Benachteiligungsgrund nach § 1 AGG sind demnach nicht herabgesetzt, hier gilt der Strengbeweis³⁰. Die Regelung des AGG ist für die hier vorliegenden Fallgestaltungen nicht praktikabel, weil die strengen Anforderungen im Verhältnis Bürger-Staat in der

27 Siehe hierzu: Berlins grüner Justizsenator plant ein Antidiskriminierungsgesetz. Brandenburgs Innenminister findet eine Regelung zur Beweislastumkehr aber "unanständig"; Untertitel zu: Tagesspiegel: „Bekommt Berlin keine Hundertschaften anderer Bundesländer mehr?“ vom 26.05.2020 – 18:23, Alexander Fröhlich, zuletzt abgerufen am 29.05.2020; GdP-Bundeschef Jörg Radek wird im selben Artikel zitiert mit: Der Gesetzentwurf sei instinktlos. Denn mit dem Gesetz werde die „Beweislast umgekehrt“. Die Beamten müssten sich dann „rechtfertigen und ihre Unschuld beweisen, wenn jemand den Vorwurf erhebt, er wurde diskriminiert“, dazu auch: <https://twitter.com/blaulichtzecke/status/1266456341738147840?s=20>

28 Baumgärtel / Laumen / Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Auflage 2019, II. Die Trennung beider Bereiche, Rn. 2

29 Thombansen, Rechtslexikon

30 Prütting / Wegen / Weinreich, BGB Kommentar, 14. Auflage 2019, § 22 AGG, Rn. 3

Regel nicht erfüllt werden können. Darüber hinaus sehen auch die genannten Richtlinien Beweiserleichterungen für Betroffene vor.

Beweiserleichterungen stellen aber noch keine Umkehr der Beweislast dar. Die Vermutungsregelung des LADG gilt für alle Formen der Diskriminierung und Maßregelung und erstreckt sich auf alle Tatbestandselemente der Schutzvorschriften.

Dabei werden aber weder die haftungsausfüllende Kausalität noch die Bemessung des entstandenen Schadens von dieser Regel umfasst. Dies hatte das Bundesarbeitsgericht schon für die Beweiserleichterung des § 22 AGG entschieden, wonach die dem Bewerber im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG obliegende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der haftungsausfüllenden Kausalität nicht durch § 22 AGG abgeändert werde³¹. Damit wird in dieser Hinsicht ein sachgerechter Gleichlauf mit § 15 Absatz 1 AGG erzielt.

Die Vermutensregel stellt dabei das Erfordernis auf, dass das Vorliegen einer Diskriminierung oder Maßregelung wahrscheinlicher ist als deren Nichtvorliegen. Dabei müssen zur Beantwortung dieser Frage die konkreten Umstände des jeweiligen Falles umfassend gewürdigt werden. Das Erfordernis ist dann erfüllt, wenn mehr für das Vorliegen der in Rede stehenden Behauptung spricht als dagegen.

Dabei sieht das Gesetz in § 7 LADG vor, dass es nicht ausreichen soll, dass die glaubhaft gemachten Tatsachen einen Gesetzesverstoß wahrscheinlich machen. Vielmehr wird durch das Wort „überwiegend“ auf dieser Ebene eine Abwägung getroffen, wonach der Wahrscheinlichkeit des Verstoßes unter Zugrundelegung der glaubhaft gemachten Tatsachen ein deutlich stärkeres Gewicht zukommen muss.

Die Glaubhaftmachung ist eine Form der Beweisführung, durch die es dem Richter ermöglicht werden soll, auf einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit zu schließen. Die Glaubhaftmachung selbst ist kein Beweis und nur zulässig, wenn sie im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist³².

Bei der Glaubhaftmachung kommen nicht nur die in §§ 371 ff ZPO geregelten Beweismittel des Strengbeweises in Betracht. Vornehmlich bedient man sich hier der Versicherung an Eides Statt³³. Erforderlich ist dabei stets eine eigene Sachdarstellung der betreffenden Partei³⁴. Zulässig als Beweismittel zur Glaubhaftmachung sind ferner privat eingeholte Sachverständigengutachten (KG Rpfleger 87, 262), Lichtbilder (Jena OLGR 97, 94), unbeglaubigte Fotokopien (BGHZ 156, 139, 143 = NJW 03, 3558, 3559), schriftliche Zeugenaussagen (§ 377 III) oder telefonische Auskünfte und Bestätigungen. Die Notwendigkeit der Glaubhaftmachung lässt die Beweislast grundsätzlich unberührt. Die Verteilung der Glaubhaftmachungslast richtet sich daher nach der Verteilung der objektiven Beweislast³⁵. Maßgeblich ist hier allein die unterschiedliche Qualität, die von den Beteiligten verlangt wird: Während den Betroffenen die Beweiserleichterung mit dem Mittel der Glaubhaftmachung zur Seite steht, wird vom Land Berlin der volle Beweis nach den Regeln des Strengbeweises für den Nachweis eines Nichtvorliegens einer Diskriminierung verlangt.

31 BAG, Urteil vom 19.08.2010 - 8 AZR 530/09, Rn. 79

32 Prütting / Gehrlein, ZPO Kommentar, 11. Auflage 2019, § 294 ZPO, Rn. 1

33 Prütting / Gehrlein, ZPO Kommentar, 11. Auflage 2019, § 294 ZPO, Rn. 3

34 BGH NJW 96, 1682 [BGH 20.03.1996 - VIII ZB 7/96]; OLG Koblenz MDR 05, 827, 828

35 BGH NJW-RR 11, 136, 137 [BGH 21.10.2010 - V ZB 210/09]

4.2. Personalrechtliche Fragestellungen

Die Anwendung des LADG erstreckt sich grundsätzlich nicht auf das Innenverhältnis im Beamtenrecht sowie dem Recht der beim Land Berlin angestellten Dienstkräfte. Problematisiert werden aber in diesem Zusammenhang Fragen nach einer verschärften Haftung der betroffenen Beamtinnen und Beamten oder Dienstverpflichteten des Landes Berlin. Auch wird in diesem Zusammenhang eine verschärfte Haftung von Kräften aus anderen Ländern, die in Berlin unterstützend eingesetzt werden, diskutiert.

Tatsächlich ist solches der Vermutungsregelung in § 8 LADG nicht zu entnehmen. Diese lässt das Dienstverhältnis grundsätzlich unberührt. Im Rahmen möglicher Regressverfahren des Landes Berlin gegen Beamte und Beamtinnen bzw. gegen Angestellte des öffentlichen Dienstes kann diese Vermutungsregelung, die, wie gezeigt ihre Wirkung zwischen den betroffenen Menschen und dem Land Berlin entfaltet, keine Anwendung finden.

Die herkömmlichen disziplinarrechtlichen Anforderungen und Beweislastverteilungen nach § 47 Absatz 1 Satz 1 Beamtenstatusgesetz bleiben daher unberührt. Diese Vorschrift nimmt eine gesetzliche Definition vor, wonach ein Dienstvergehen eine schuldhaft Pflichtverletzung eines Menschen voraus, der im Zeitpunkt der Pflichtverletzung zu einem Dienstherrn des Landesrechts in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis steht³⁶.

Im Falle eines Regresses liegt die materielle Beweislast für das Vorliegen der Dienstpflichtverletzung beim Dienstherrn. Darzulegen sind hierbei nach den allgemeinen Regeln die Merkmale der Pflichtverletzung, die der Haftungstatbestand erfordert³⁷.

Im Zusammenspiel mit den Voraussetzungen der Beweiserleichterung in § 7 für die Glaubhaftmachung einer diskriminierenden Handlung tritt daher keine Verschlechterung der Rechtsposition ein. Bereits heute sind „Anzeigen ins Blaue hinein“ alltäglich zu verzeichnen und können disziplinarrechtliche Maßnahmen auslösen.

Die Annahme einer diskriminierenden Handlung aufgrund der Glaubhaftmachung durch die betroffene Person kann zwar dazu führen, dass dem Land in diesem Falle der Gegenbeweis nicht gelingt. Allein dieser Umstand, der das Außenverhältnis betrifft, ist wegen der Rechtsqualität der Glaubhaftmachung nicht geeignet, im Innenverhältnis zu einer Tatsache im Sinne des Strengbeweises zu erstarken.

4.4 Weitere Probleme

Ein weiteres, bislang wenig beachtetes Problem könnte sich aber daraus ergeben, dass das LADG in einem Punkt sich im Widerspruch zum ASOG begeben kann: die Frage, wie die Polizei eine anlasslose Personenkontrolle an den „kriminalitätsbelasteten Orten“ rechtskonform durchführen könnte, wird schwieriger zu beantworten sein. Die bürgerrechtsfreundliche Fassung des Gesetzes mit dem Instrument der Glaubhaftmachung diskriminierender Tatsachen trifft hier auf eine Befugnisnorm, die die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen eben an einer Definition für eine bestimmte Örtlichkeit und nicht an einem zuordenbaren Verhalten einer polizeirechtlich verantwortlichen Person festmacht.

³⁶ Kugele, Kommentar zum Beamtenstatusgesetz, 1. Auflage 2011, § 47 BeamStG, Rn. 3

³⁷ Kugele, Kommentar zum Beamtenstatusgesetz, 1. Auflage 2011, § 48 BeamStG, Rn. 12

Hierbei dürfte daher mangels anderer konkreter Anhaltspunkte die Wahrscheinlichkeit hoch sein, dass eine entsprechende Person einer solchen anlasslosen Personenkontrolle nach einem bestimmten Raster ausgewählt wurde, das klassische Diskriminierungsmarker enthält. Darauf hat Dirk Burczyk hingewiesen³⁸. Das dürfte aber eher zum Anlass genommen werden, über das polizeirechtliche Instrument der anlasslosen Personenkontrolle an – je nach Polizeigesetz – gefährlichen oder kriminalitätsbelasteten Orten nachzudenken, als dass es tauglich wäre, das LADG insgesamt in Frage zu stellen.

5. Zuständigkeiten

Weiterhin wird die Frage der Zuständigkeiten diskutiert. Das Gesetz geht den Weg, dass die Zuständigkeiten nach dem LADG bei der Senatsverwaltung gebündelt werden. Ihr sind in § 13 LADG in den Nummern 1 bis 6 Aufgaben ausdrücklich zugewiesen. Hierzu gehört auch die Aufnahme und Weitervermittlung von Beschwerden. Dadurch sind die einzelnen, mit einem Diskriminierungsvorwurf konfrontierten Stellen, zunächst nicht die erste Anlaufstelle. Dadurch wird die Schwellenangst Betroffener gegenüber der Stelle, die sie einer Diskriminierung verdächtigen gesenkt. Im Ergebnis kann dies zu höheren Fallzahlen insgesamt führen. Die betroffenen Stellen werden somit erst mit der Pflicht, den Gegenbeweis zu einer glaubhaft gemachten Tatsache zu führen, mit dem Vorgang konfrontiert werden.

6. Ombudsstelle

Das Gesetz geht nicht nur den Weg, von Diskriminierung betroffenen Menschen den ihnen zustehenden Rechtsschutz im Einzelfall zu erleichtern. Darüber hinaus wird mit der Schaffung einer Ombudsstelle ein Weg geschaffen, der zum Einen eine einvernehmliche außergerichtliche Lösung im Einzelfall ebenso ermöglichen soll, wie durch die garantierte Unabhängigkeit und der garantierten Vertraulichkeit den größtmöglichen Schutz der Interessen der Betroffenen.

In § 14 wird die Errichtung, die Rechtsstellung sowie die Aufgaben und Befugnisse einer Ombudsstelle geregelt. Als staatlicher Stelle unterstützt sie durch Information und Beratung die sich an sie wendende Person. Eine wesentliche Aufgabe besteht darin, auf die gütliche Beilegung der Streitigkeit hinzuwirken.

Die Ombudsstelle ist dabei zunächst nur Beratungsstelle. Die Anrufung dieser Stelle lässt die Pflicht, im Hinblick auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches nach § 8 Abs. 1 LADG von der grundsätzlichen Obliegenheit, alle Rechtsbehelfe des Primärrechtsschutz fristgerecht einzulegen, unberührt. Die Ombudsstelle ist daher nicht die Stelle, die für die Rechtsdurchsetzung der Betroffenen zuständig ist.

Wichtig ist, dass diese Stelle die Vertraulichkeit aller ihr bekannt werdenden Informationen garantiert. Ihre Unabhängigkeit wird dadurch, dass sie fachlich nicht weisungsgebunden ist, gewährleistet. Zur Sachverhaltsaufklärung sind die öffentlichen Stellen sind nach Absatz 3 verpflichtet, Auskünfte zu erteilen und eingeforderte Stellungnahmen abzugeben. Ferner besteht ein Akteneinsichtsrecht der Stelle, das nur dann ausgeschlossen ist, wenn im Einzelfall wichtige öffentliche Belange überwiegen.

³⁸ Burczyk, Dirk: „Polizeigewerkschaften fürchten neues Antidiskriminierungsgesetz“, <https://www.cilip.de/2020/05/28/polizeigewerkschaften-fuerchten-neues-antidiskriminierungsgesetz/> zuletzt abgerufen am 29.05.2020

Die Akteneinsicht kann dem Gesetzesentwurf zufolge auch dann ausgeschlossen sein, wenn gegen einen Bediensteten oder eine Bedienstete wegen eines bestimmten dienstlichen Verhaltens ein behördliches Disziplinarverfahren oder ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden oder ist ein solches anhängig geworden ist

Durch die Möglichkeit, Handlungsempfehlungen auszusprechen, besteht darüber hinaus auch die Möglichkeit, strukturell bedingte Diskriminierung einzudämmen.

7. Was ist daraus zu schließen?

Wie oben gezeigt, finden weder die Argumente, die gegen das LADG vorgebracht werden eine entsprechende belastbare Grundlage im Gesetzesentwurf, noch lässt sich damit die Intensität und Heftigkeit begründen, mit der die Debatte jetzt geführt wird. Auch wenn zum Teil darauf verwiesen wird, dass die Auseinandersetzungen wegen der anstehenden Personalratswahlen in Berlin zum derzeitigen Wahlkampf³⁹ gehören, so dürfte der dahinter liegende Kern der Auseinandersetzungen noch tiefer liegen⁴⁰. Vermutet wird hier auch, dass es sich hier um ein sich stetig wiederholendes Kräftemessen zwischen unkreativen, reaktionären Kräften und Gruppen, die Fortschritt einfordern, handeln könnte⁴¹. Eine Verifizierung dieser Thesen ist zwar wissenschaftlich nicht belegt. Sie können aber durchaus als Grundlage weiterer Überlegungen herangezogen werden.

Bei genauerer Betrachtung der Auseinandersetzungen in den sozialen Netzwerken fällt auf, dass mehr oder minder unausgesprochen das Selbstverständnis der Polizei tangiert ist. Der Umstand, dass das Gesetz von einem Misstrauen gegen die Polizei getragen sei und dass ein solches Misstrauen den Staat in seinen Grundfesten erschüttere⁴², wird ebenso betont, wie der Umstand, dass die Polizei selbstverständlich auf dem Boden des Grundgesetzes agiere⁴³.

Im Ergebnis wird man festhalten müssen, dass Diskriminierung eine Tatsache darstellt, die leider weit verbreitet ist. Öffentliche Stellen und Behörden sind nicht davor gefeit, selbst diskriminierend zu agieren. Dabei muss es keineswegs immer darum gehen, dass bewusst und böswillig Menschen aufgrund ihrer persönlichen Merkmale ungerechtfertigt anders behandelt werden. Je bunter und vielfältiger eine Gesellschaft ist und wird, desto mehr Anhaltspunkte bieten sich für diskriminierende Handlungen. Dies kann am Beispiel der Sensibilisierung für Sexismus nachvollzogen werden: Hier geht es um das Hinterfragen geschlechterbasierter Rollenstereotypen und die Problematisierung von Machtgefällen zwischen den Geschlechtern⁴⁴. Auch das Hinterfragen der gesellschaftlichen Normalität⁴⁵

39 So z.B.:Lux, Benedikt: https://twitter.com/bene_lux/status/1265185113207341056?s=20 , zuletzt abgerufen am 29.05.2020

40 So z.B. Hoheisel-Gruler, Roland: <https://twitter.com/RHGSIG/status/1265219612188315650?s=20> , zuletzt abgerufen am 29.05.2020

41 So z.B.: Thüne, Martin: <https://twitter.com/ThuneMartin/status/1266012018995277827?s=20> , zuletzt abgerufen am 29.05.2020

42 So z.B. Dregger, Burkhard: <https://www.facebook.com/watch/?v=263677958332215> , zuletzt abgerufen am 29.05.2020

43 Siehe hierzu nur: Abgeordnetenhaus Berlin: 18. Wahlperiode: Wortprotokoll der Öffentlichen Sitzung des Ausschusses für Verfassungs- und Rechtsangelegenheiten, Verbraucherschutz, Antidiskriminierung, 48. Sitzung vom 13. November 2019, Punkt 2 der Tagesordnung: Anhörung zum LADG Drucksache 18/1996

44 Schiff, Anna: „IST DOCH EIN KOMPLIMENT ... Behauptungen und Fakten zu Sexismus“ in: luxemburg argumente Nr. 9, herausgegeben von der Rosa-Luxemburg-Stiftung

45 Heitmeyer, Wilhelm: „Gruppenbezogene Menschenfeindlichkeit - Die theoretische Konzeption und empirische Ergebnisse aus 2002, 2003 und 2004“ in: Berliner Forum Gewaltprävention Nr. 20, 2005

vermag die Existenz tatsächlicher oder vermeintlicher Vorurteile gegenüber anderen Menschen offenlegen. Vorurteile sind aber die Grundlage allen diskriminierenden Handelns⁴⁶.

Hieraus wird aber ersichtlich, dass es keineswegs immer um eine vorsätzliche und bewusste Handlung gehen muss, die diskriminierend wirken kann, sondern dass es durchaus wahrscheinlich ist, dass eine kritiklose Übernahme von Stereotypen Diskriminierung bewirken kann.

Den Betroffenen ist dabei mit Rat und Hilfe zur Seite zu stehen: Hierzu bedarf es gesetzlich flankierender Maßnahmen. Wenn der Staat und seine Organe aus sich heraus den Bürgerinnen und Bürgern diskriminierend begegnen, ist es folgerichtig, dass diese hieraus den Staat zur Verantwortung und Rechenschaft ziehen können müssen. Aufgrund der ungleichen Verteilung von Macht ist es auch angebracht, den Bürgerinnen und Bürgern hierfür Beweiserleichterungen zuzugestehen und gleichzeitig Verfahren zu installieren, die das Vertrauen der Menschen in den Rechtsstaat und seiner Organe zu stärken. Dies geschieht auch dann, wenn sich der Staat den Menschen an einer Stelle als potentiell fehlbar offenbart, weil sowohl Instrumente für die Regulierung im Einzelfall als auch für die Problemstellung insgesamt bereit stehen.

Aus der Sicht der Behördenmitarbeiterinnen und Mitarbeitern hingegen ist wichtig, dass diese an einem Punkt abgeholt werden, der sie von einem in der Debatte immer wieder aufscheinenden „Generalverdacht“ befreien hilft. Die Feststellung, dass es nicht darum geht, dass den Behördenmitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Hang zur vorsätzlichen Diskriminierung zu unterstellen, reicht hierbei nicht aus. Wer vorsätzlich rechtswidrig handelt, stellt sich ohnehin ausserhalb der Rechtsordnung und muss mit Sanktionierung rechnen. Denn die Annahme einer, wie oben dargestellten, fahrlässigen Diskriminierung aufgrund nicht als solche erkannter Vorurteile ist nicht unbedingt verbreitet⁴⁷.

Damit also das Bewusstsein für diskriminierungsrelevante Tatsachen geschärft werden kann, bedarf es einer Sensibilisierung aller Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den Behörden. Dies kann und muss auf unterschiedlichsten Wegen geschehen. Wichtig ist hierbei, dass die Grund- und Menschenrechtsbindung allen staatlichen Handelns aus Art. 1 Abs. 3 GG tief in das Bewusstsein der staatlichen Akteure – auch und gerade solcher, die in hochempfindlichen Brennpunkten ihren Dienst versehen müssen - verankert wird. Über bloße Lippenbekenntnisse hinaus muss dieses im Rahmen eines lebenslangen Lernens – auch außerhalb der behördeninternen AuF-Maßnahmen immer wieder aufs Neue eingeübt und unterstützt werden. Bis ein solches Ziel erreicht wird, bedarf es aber einer gesetzlichen Regelung, die auch diejenigen zu schützen vermag, die – sei es bewusst oder unbewusst – von staatlichen Stellen diskriminierend behandelt worden sind. Das LADG ist hier ein wichtiger Meilenstein. Der Vorwurf, es handele sich beim LADS um ein paternalistisches Gesetz⁴⁸, ist daher nicht haltbar. Es geht nicht darum, Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von Behörden und öffentlichen Stellen zu bevormunden, sondern darum, den Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz im Umgang von Bürgerinnen und Bürgern mit staatlichen Stellen mit einem effektiven Mittel zu begegnen.

46 Zick, Andreas; Küpper, Beate; Hövermann, Andreas: „Die Abwertung der Anderen“, 2011

47 So z.B.: https://twitter.com/UPol_eV/status/1265341385638625285?s=20 , zuletzt abgerufen am 29.05.2020

48 So aber: Hallaschka, Andreas: https://twitter.com/Hallaschka_HH/status/1265656887900504064?s=20 zuletzt abgerufen am 29.05.2020