

Vinzent Vogt/Katrin Kappler

## „Du kommst hier nicht rein!“

### Zur Änderung der Gaststättengesetze in Bremen und Niedersachsen

#### A. Problemaufriss

Diskriminierende Einlasspraktiken an Clubtüren, gerade zu Lasten von Menschen, denen ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird, sind ein öffentlich und inzwischen auch rechtswissenschaftlich viel diskutiertes Problem. Die Debatte wird derzeit durch pauschale Hausverbote für Geflüchtete in einigen Diskotheken und Schwimmbädern zusätzlich verstärkt.<sup>1</sup> Die Änderungen der Gaststättengesetze in Bremen<sup>2</sup> und Niedersachsen<sup>3</sup> machen dieses Problem nun durch das Verwaltungs- bzw. Ordnungswidrigkeitenrecht fassbar.

Im Folgenden sollen einige der bisher festgestellten Durchsetzungsschwächen des AGG aufgezeigt werden, um die Neuregelungen auf ihre Potentiale und Schwächen im Vergleich zur privatrechtlichen Durchsetzung zu untersuchen.

#### B. Diskriminierende Einlasspraktiken und das AGG

Eine Benachteiligung beim Zugang zu privaten Clubs oder Diskotheken auf Grund von „Rasse“,<sup>4</sup> ethnischer Herkunft, Geschlecht, Religion, Behinderung, Alter oder der sexuellen Identität ist gem. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG unzulässig, da Diskotheken als „Massengeschäfte“ gewertet werden.<sup>5</sup> Von Diskriminierung Betroffene können daher gem. § 21 Abs. 1 AGG auf Unterlassung klagen und nach § 21 Abs. 2 AGG den Ersatz materieller und immaterieller Schäden verlangen, wobei für den Schmerzensgeldanspruch kein Verschulden des Benachteiligenden nachgewiesen werden muss.<sup>6</sup> Die erforderliche Pflichtverletzung in Form der Benachteiligung i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG durch Beschäftigte wird Clubbetreiber\*innen zugerechnet.<sup>7</sup>

1 Dazu *Liebscher*, Hausrecht auf Rassismus?, abrufbar unter: [www.juwiss.de/12-2016](http://www.juwiss.de/12-2016) (zuletzt abgerufen am 15.4.2016), wobei es sich teilweise um Hausverbote für Inhaber\*innen einer Aufenthaltsgestattung handelt, also um Hausverbote für Asylbewerber\*innen.

2 Gesetz zur Änderung des Bremischen Gaststättengesetzes vom 1. Dezember 2015.

3 Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Gaststättengesetzes vom 15. Dezember 2015.

4 Zur Problematik des Begriffes bspw. *Cremer*, „...und welcher Rasse gehören Sie an?“, Zur Problematik des Begriffes „Rasse“ in der Gesetzgebung, Policy Paper No. 10, Deutsches Institut für Menschenrechte; anders: *Barskanmaz*, KJ 2011, 328 ff.

5 Vgl. *Franke/Schlichtmann*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 3. Aufl., § 19 AGG Rn. 25a.

6 *Deinert*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 3. Aufl., § 21 AGG Rn. 57.

7 Vgl. *Deinert* (Fn. 6), § 21 AGG, Rn. 19.

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-3-371

Gerichtsverfahren in solchen sog. „Diskofällen“ haben bisher eine zahlenmäßig geringe Relevanz,<sup>8</sup> generell überwiegen die arbeitsrechtlichen AGG-Verfahren.<sup>9</sup> Dennoch gab es gerade wegen rassistischer Einlasspraktiken auch in jüngerer Vergangenheit einige erfolgreiche Verfahren.<sup>10</sup> Auch wenn kaum statistische Erkenntnisse über die (Nicht-)Befolgung der Vorschriften des AGG bestehen,<sup>11</sup> sind diskriminierende Einlasspraktiken deutlich verbreiteter als die Klagezahlen auf Grundlage der §§ 19, 21 AGG, wie sog. Testings mehrerer Beratungsstellen zeigen.<sup>12</sup>

Es scheint also Probleme bei der Durchsetzung des in § 19 Abs. 1 AGG normierten Benachteiligungsverbotens bezüglich rassistischer Einlasspraktiken zu geben. Im Folgenden sollen einige mögliche Ursachen dieser Durchsetzungsschwäche dargestellt werden, um diese mit den Neuregelungen zu vergleichen.

## I. Beweislast

Im Antidiskriminierungsrecht spielt die Frage der Nachweisbarkeit diskriminierender Benachteiligungen eine wichtige Rolle. Denn oft handelt es sich um versteckte Diskriminierung, wenn Betroffenen etwa ohne Angabe von Gründen der Einlass verweigert wird. § 22 AGG sieht dabei eine Beweiserleichterung vor, wenn Indizien vorgebracht werden, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten lassen.

Dabei genügt es, wenn das Gericht von der überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines Diskriminierungstatbestandes sowie der kausal darauf basierenden Benachteiligung überzeugt ist.<sup>13</sup> In Fällen von Mehrfachdiskriminierungen ist aufgrund der besonderen Diskriminierungsgefährdung der Betroffenen von geringeren Anforderungen an die Indizien i.S.d. § 22 AGG auszugehen.<sup>14</sup>

Ist die Beweislasterleichterung des § 22 AGG ausgelöst, trägt der Beklagte in der Folge die volle Beweislast für das Nichtvorliegen einer Benachteiligung nach § 19 Abs. 1 AGG.<sup>15</sup> Beim Einlass zu Diskotheken wird dies etwa über den Nachweis eines generellen Einlassstopps zum fraglichen Zeitpunkt möglich sein, der eine Benachteiligung i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG ausschließt.<sup>16</sup>

Teilweise wird versucht, Nachweisproblemen durch Testing-Verfahren entgegenzuwirken. Öffentlichen Stellen wie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes fehlt es dazu

8 Franke/Schlichtmann (Fn. 5), § 19 AGG Rn. 25a.

9 Klose, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, 347 (365).

10 Vgl. bspw. AG Hannover, Urt. v. 14.8.2013 - 462 C 10744/12; AG München, Urt. v. 17.12.2014 - 159 C 278/13; AG Hannover, Urt. v. 25.11.2015 - 549 C 12993/14.

11 So Klose (Fn. 9), 347 (355).

12 Vgl. basis & woge e.V., Diskriminierungsreport Hamburg, 2013, 26 f., abrufbar unter: [http://www.basisundwoge.de/fileadmin/user\\_upload/pdf/Diskriminierungsreport\\_2013-1.pdf](http://www.basisundwoge.de/fileadmin/user_upload/pdf/Diskriminierungsreport_2013-1.pdf) (zuletzt abgerufen am 25.4.2016); Antidiskriminierungsbüro Sachsen, Chronologie der Ereignisse Diskotesting, abrufbar unter: [http://www.adb-sachsen.de/rassistische\\_einlasskontrollen.html](http://www.adb-sachsen.de/rassistische_einlasskontrollen.html) (zuletzt abgerufen am 25.4.2016); zur Häufigkeit diskriminierender Einlasspraktiken auch: Rottleuthner/Mahlmann, Diskriminierung in Deutschland, 2011, 114 und 181.

13 Bertzbach, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG, 3. Aufl., § 22 AGG Rn. 32.

14 Bertzbach (Fn. 13), § 22 AGG Rn. 40.

15 Bertzbach (Fn. 13), § 22 AGG Rn. 58.

16 Bertzbach (Fn. 13), § 22 AGG Rn. 63.

bisher an einer gesetzlichen Zuständigkeitsregelung.<sup>17</sup> Abgesehen von einigen rechtlichen Detailfragen sind Testing-Verfahren durch Private aber grundsätzlich mögliche Indizien i.S.d. § 22 AGG, also auch geeignet, die Beweiserleichterung auszulösen.<sup>18</sup> Ein Testing-Verfahren kann dabei nach einer stattgefundenen Benachteiligung, gegen die gerichtlich vorgegangen werden soll, als zusätzliches Indiz genutzt werden, aber auch selbst Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens sein. Es ist demnach für das Verfahren unschädlich, dass die Testperson nicht ernsthaft in den Club gelangen möchte.<sup>19</sup> In einem Urteil des AG Oldenburg führte dies jedoch zu einer Reduzierung des immateriellen Schadenersatzes, was von vielen Seiten kritisiert wurde.<sup>20</sup>

## II. Höhe des Schadenersatzes

Aber auch in anderen Fällen wurde der in den Diskothekenfällen zugesprochene immaterielle Schadenersatz nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG als zu gering kritisiert.<sup>21</sup> Die Kritiker\*innen zeigen dabei auf, dass Gerichte die Diskriminierungserfahrungen mitunter als wenig beeinträchtigend abtun<sup>22</sup> oder auf vermeintlich zahlreiche alternative Möglichkeiten der Abendgestaltung verweisen.<sup>23</sup> Unionsrechtlich geboten sind Entschädigungszahlungen in einer Höhe, die eine ausreichend starke, generalpräventive Abschreckungswirkung haben.<sup>24</sup> Schadenersatzhöhen zwischen 300 €<sup>25</sup> und 500 €<sup>26</sup> können sicherlich nicht als abschreckend bezeichnet werden und genügen deshalb nicht den Vorgaben des Unionsrechts. Ein vom OLG Stuttgart zugesprochenes Schmerzensgeld iHv. 900 € bezeichnete *Liebscher* hingegen im Vergleich mit früheren Urteilen als angemessen.<sup>27</sup> Insofern gibt es diesbezüglich Lichtblicke – so hatte das AG Hannover in zwei neueren Entscheidungen Schadenersatzansprüche iHv. jeweils 1000 € zugesprochen.<sup>28</sup> Bezogen auf die erhoffte generalpräventive Wirkung, aber auch auf die Chance einer effektiveren Rechtsdurchsetzung über den Klageweg ist zu hoffen, dass auch andere Gerichte auf einen solchen Kurs umschwenken.

17 *Klose/Kühn*, Die Anwendbarkeit von Testing-Verfahren im Rahmen der Beweislast, 28 f., abrufbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise\\_Anwendbarkeit\\_Testingverfahren\\_20110704.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Anwendbarkeit_Testingverfahren_20110704.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 15.4.2016).

18 Ebd., 42 ff; LAG Schleswig-Holstein, UrT. v. 9.4.2014 - 3 Sa 401/13.

19 Ebd., 45 f.

20 AG Oldenburg, UrT. v. 23.7.2008 - E2 C 2126/07; dazu: Das Deutsche Bundesrecht, Erläuterungen, § 21 AGG Rn. 4; *Franke*, NJ 2014, 233 (235).

21 Vgl. bspw. *Liebscher/Remus/Bartel*, KJ 2014, 135 (147); *Lembke/Liebscher*, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?, in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, 2014, 261 (286).

22 So AG Bremen, UrT. v. 20. 1. 2011 - 25 C 278/10; a.A. OLG Stuttgart, UrT. v. 12.12.2011 - 10 U 106/11.

23 Vgl. *Liebscher/Remus/Bartel*, KJ 2014, 135 (147), m.w.N.

24 EuGH, UrT. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95.

25 AG Bremen (Fn. 22).

26 AG Oldenburg (Fn. 20).

27 *Liebscher*, Anmerkung zu OLG Stuttgart, UrT. v. 12.12.2011 - 10 U 106/11 = NJW 2012, 1085 (1087).

28 AG Hannover, UrT. v. 14.8.2013 - 462 C 10744/12; AG Hannover, UrT. v. 25.11.2015 - 549 C 12993/14.

### III. Zugang zu Rechtsschutz

Eine weitere Ursache für die mangelnde Rechtsdurchsetzung in Diskothekenfällen im Vergleich zu anderen AGG-Verstößen ist in der geringeren Inanspruchnahme von Rechtsschutz zu sehen. Diskriminierende Einlasspraktiken betreffen besonders häufig Männer mit (vermeintlichem) Migrationshintergrund.<sup>29</sup> Entgegen der zu vermutenden Diskriminierungsrealität sind Fälle rassistischer oder ethnischender Diskriminierung<sup>30</sup> und Fälle mehrdimensionaler Diskriminierung wesentlich seltener Gegenstand gerichtlicher Verfahren als etwa Fälle von Altersdiskriminierung.<sup>31</sup> Typischerweise von solchen Diskriminierungen im Gaststättengewerbe betroffene Personen scheinen also schlechteren Zugang zu den rechtsstaatlichen Institutionen zu haben oder wenden sich schlicht seltener an diese.

### IV. Grundproblem: Individualisierung der Sanktionierung

Neben diesen Fragen der Durchsetzung individueller zivilrechtlicher Ansprüche kann aber auch gerade das dargestellte Regelungsmodell als solches hinterfragt werden. Durch die zivilrechtliche Ausgestaltung des AGG wird die Verantwortung für die (Nicht-)Sanktionierung von Benachteiligungen den Betroffenen auferlegt. Die Rechtsdurchsetzung hängt dann von der individuellen Bekanntheit der rechtlichen Regelungen, vom Zugang zu Rechtsschutz, von der Beweisbarkeit, von der rechtzeitigen Geltendmachung der Ansprüche nach § 20 Abs. 5 AGG und weiteren Faktoren ab.

Ein effektives Vorgehen etwa gegen sexistische oder rassistische Diskriminierung auch unter Privaten kann jedoch auch als staatliche Aufgabe verstanden werden.<sup>32</sup> Dies ist bisher der Ausnahmefall: § 118 OWiG, die Belästigung der Allgemeinheit, greift nur bei offenen Diskriminierungen, die als „grob ungehörig“ zu werten sind, in besonders schweren Fällen kann das Strafrecht zur Anwendung kommen, etwa wenn der Tatbestand einer Beleidigung erfüllt ist.<sup>33</sup>

29 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland, April 2016, 17, abrufbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handout\\_Diskriminierungserfahrung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Handout_Diskriminierungserfahrung.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (zuletzt abgerufen am 19.4.2016).

30 Diskriminierende Einlasspraktiken sind dabei nicht immer Ausdruck ethnischender und rassistischer Zuschreibungen, Europäische Zeitschrift für Antidiskriminierungsrecht Nr. 11 (2010), 74.

31 Vgl. *Baer/Bittner/Göttsche*, Mehrdimensionale Diskriminierung, 51, abrufbar unter: [http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise\\_Mehrdimensionale\\_Diskriminierung\\_jur\\_Analyse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/Expertise_Mehrdimensionale_Diskriminierung_jur_Analyse.pdf?__blob=publicationFile) (zuletzt abgerufen am 15.4.2016), wobei Altersdiskriminierung im Arbeitsleben ein erhebliches Problem darstellt: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Fn. 29), 16.

32 *Payandeh*, JuS 2015, 695 (697); vgl. ausführlich zum Strafrecht: *Schreier*, NJ 2015, 323 (327), der für eine Ausweitung des strafrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung plädiert und dabei insbesondere auf das Potential diskriminierender Straftaten abstellt, eine Gesellschaft zu spalten.

33 Vgl. Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Handbuch Antidiskriminierungsschutz, Kapitel 4, 187 ff.

## V. Fazit

Mangelhafte Durchsetzung materiellen Rechts ist kein spezifisches Problem des AGG, schon gar nicht der Diskothekenfälle. Die hier aufgeführten Faktoren sind auch nicht abschließend.<sup>34</sup> Insbesondere ist eine Reihe von Faktoren für die (Nicht-)Befolgung des AGG nicht rechtlich steuerbar; so wird eine geringere Akzeptanz von Rechtsnormen gegen „Rassendiskriminierung“ vermutet.<sup>35</sup> Auch soll bei Massengeschäften i.S.d. § 19 Abs. 1 AGG schlicht die höhere „Häufigkeit der normrelevanten Situationen“ zu einer geringeren Befolgung der Norm führen als es etwa bei den arbeitsrechtlichen Vorschriften des AGG der Fall ist.<sup>36</sup> Auf diese Häufigkeit hat der Gesetzgeber keinen Einfluss.

Dennoch sind Anhaltspunkte gegeben, um zu überprüfen, in welchem Maße die Neuregelungen in Niedersachsen und Bremen grundsätzlich geeignet sind, einen gleichberechtigten Zugang zu Diskotheken und anderen Einrichtungen des Gaststättengewerbes zumindest zu befördern.

### C. Die Neuregelungen in Bremen und Niedersachsen

#### I. Hintergrund der Neuregelungen

Im Dezember 2015 beschlossen der niedersächsische Landtag und die bremische Bürgerschaft die erwähnten Änderungen ihrer Gaststättengesetze.<sup>37</sup> Beide Gesetzesbegründungen gehen zutreffend davon aus, es bedürfe eines Mechanismus, mit dem der Staat effektiver gegen Diskriminierungen vorgehen kann – die bisherigen Möglichkeiten über das AGG genügten nicht.<sup>38</sup> Die niedersächsische Gesetzesbegründung sieht eine verhaltenssteuernde Wirkung des Gesetzes vor; der längerfristig erfolgreichere Weg gegen Benachteiligungen im Alltagsleben sei dabei ein gesellschaftlicher Bewusstseinswandel.<sup>39</sup> Dennoch sei die Regelung notwendig, um zu zeigen, dass aktiv gegen Diskriminierung vorgegangen wird; einerseits seien Diskriminierungen an der Diskothekentür entwürdigend für die Betroffenen, andererseits stellten solche Praktiken ein Integrationshemmnis dar.<sup>40</sup>

#### II. Materieller Regelungsgehalt

Das NGastG sieht in § 11 Abs. 1 Nr. 14 das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit vor, wenn eine Person „bei der Kontrolle des Einlasses in eine Diskothek oder beim Aufenthalt in einer Diskothek eine Person wegen der ethnischen Herkunft oder der Religion benachteiligt“ wird.

34 Auf die Darstellungen an anderer Stelle ist zu verweisen, bspw. *Nagiub*, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2009, 1012 ff.

35 Beschrieben als beträchtlicher Grad normativer Abweichung bei: *Klose* (Fn. 9), 347 (359).

36 *Klose* (Fn. 9), 347 (364).

37 Vgl. Fn. 2, 3.

38 Landtag NDS Drs. 17/4312, 2; Landtag Bremen Drs. 19/114.

39 Landtag NDS Drs. 17/4312, 2 f.

40 Landtag NDS Drs. 17/4312, 2 f.

Das BremGastG geht darüber hinaus und bestimmt in § 12 Abs. 1 Nr. 15 neben den Diskriminierungsmerkmalen ethnische Herkunft und Religion auch die Benachteiligung wegen einer Behinderung, der sexuellen oder geschlechtlichen Identität oder der Weltanschauung zu Ordnungswidrigkeiten. Das BremGastG hat somit einen dem § 19 AGG ähnlichen materiellen Schutzbereich, lediglich die Kategorie „Alter“ ist hier nicht erfasst. Dagegen bleibt das Schutzniveau des NGastG deutlich hinter dem materiellen Schutzbereich des AGG zurück. Auch erstreckt das BremGastG den Tatbestand auf alle Gaststättengewerbe, nicht lediglich auf Diskotheken.

### 1. Adressat\*innen

Wird die tatbestandliche Handlung durch Angestellte oder externe Sicherheitsdienstleister begangen, ist die Zurechnung derselben zu Diskothekenbetreiber\*innen im GastG enger als im Rahmen des AGG,<sup>41</sup> Richtig erkennt die niedersächsische Gesetzesbegründung, dass über § 130 OWiG Diskothekenbetreiber\*innen bezüglich Auswahl und Anweisung des verantwortlichen Personals haftbar gemacht werden können. Grundsätzlich wenden sich beide Regelungen aber zunächst gegen diejenige Person, die den Ordnungswidrigkeitentatbestand „eigenhändig“ erfüllt.<sup>42</sup> Insofern sind sowohl Angestellte als auch Betreiber\*innen als Adressat\*innen der Neuregelungen anzusehen.

### 2. Einlassverweigerung und Benachteiligung

Beide Regelungen ahnden nicht nur diskriminierende Einlasspraktiken, sondern auch Benachteiligungen während des Aufenthalts in den jeweils umfassten Einrichtungen. Der objektive Ordnungswidrigkeitentatbestand stellt auf die Einlassverweigerung selbst (§ 12 Abs. 1 Nr. 15 Alt. 1 BremGastG) bzw. auf die Benachteiligung beim Einlass oder beim Aufenthalt in der Diskothek/Gaststätte ab (§ 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG, § 12 Abs. 1 Nr. 15 Alt. 2 BremGastG).

Insofern ist in den meisten Fällen die Benachteiligung im Vergleich zu anderen Besuchern maßgeblich; lediglich die bremische Fassung lässt bereits die Einlassverweigerung an sich genügen.

### 3. „Benachteiligung wegen“ eines geschützten Merkmales

Schwieriger zu beantworten ist jedoch, welcher Stellenwert der Anknüpfung an eines der verpönten Merkmale zukommt. Das Problem ergibt sich aus der ungewöhnlichen Formulierung des Tatbestandes, denn eine Konstruktion mit „Benachteiligung wegen“ ist dem Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht eher fremd; sie stammt aus dem Antidiskriminierungsrecht, was den Umgang damit im Ordnungswidrigkeitenrecht verkompliziert.

41 Zum AGG vgl. auch *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl., § 19 AGG Rn. 128; *Deinert* (Fn. 6), § 21 AGG, Rn. 19.

42 Bei § 12 Abs. 1 Nr. 15 BremGastG unproblematisch dem Wortlaut zu entnehmen, bei § 11 Abs. 1 Nr. 4 NGastG ist über § 9 Abs. 2 Nr. 2 OWiG bspw. ein\*e Türsteher\*in zu belangen, wenn ihr die Aufgabe übertragen wurde, sie aber nicht selber gem. § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG eine „für das Betreiben des Gaststättengewerbes verantwortliche Person“ ist.

### a) Benachteiligungsabsicht

In Frage käme zunächst, hierin ein besonderes subjektives Merkmal in Form einer Benachteiligungsabsicht zu sehen. Erfasst wären also absichtliche Benachteiligungen gerade wegen der Merkmalsträger\*innenschaft der betroffenen Person. Hiergegen sprechen zunächst vor allem teleologische Gründe. Denn beide Gesetzesbegründungen gehen davon aus, mit der ordnungswidrigkeitenrechtlichen Regelung eine effektivere Handhabe gegen diskriminierende Einlasspraktiken zu haben, als sie sich aus dem AGG ergibt, wo nicht nur absichtliche Benachteiligungen erfasst sind.<sup>43</sup> Auch Art. 3 Abs. 3 GG erfasst mit der Formulierung „Benachteiligung wegen“ unvorsätzliche und nicht zielgerichtete Diskriminierung.<sup>44</sup> Eine Benachteiligungsabsicht als Erfordernis der gaststättenrechtlichen Neuregelungen würde solche Diskriminierungsformen entgegen dem Zweck der Neuregelungen ausschließen.

Hätte der Gesetzgeber eine Diskriminierungsabsicht als zusätzliches subjektives Element regeln wollen, hätte man sich beispielsweise einer geläufigeren Formulierung aus dem Strafrecht oder Ordnungswidrigkeitenrecht bedienen können. In diesen Bereichen werden gesonderte subjektive Elemente in der Regel mit Finalsätzen oder expliziten Hinweisen auf eine „Absicht“ ausgedrückt.<sup>45</sup> Stattdessen hat sich der Gesetzgeber dafür entschieden, eine typische antidiskriminierungsrechtliche Formulierung zu wählen. Zudem hat der Gesetzgeber auch eine fahrlässige Begehung vorgesehen – also soll auch die unbeabsichtigte, gänzlich unvorsätzliche Diskriminierung erfasst sein, was das Erfordernis einer Diskriminierungs*absicht* ausschließt.

### b) Gemischt objektiv-subjektives Merkmal

Daher ist die „Benachteiligung wegen“ eines der aufgeführten Merkmale als objektives Merkmal zu verstehen. Es genügt, dass die Benachteiligung kausal auf der Merkmalsträger\*innenschaft beruht und nicht zumindest überwiegend andere Ursachen hat. Eine solche Kausalität kann vor allem über Vergleichsgruppenbildung festgestellt werden, ohne Motive kennen zu müssen. Der Feststellung der Kausalität genügen aber zumindest entsprechende Aussagen der benachteiligenden Person selbst über den diskriminierenden Benachteiligungsgrund.

Ein solcher rein objektiver Nachweis ist nur unter der Prämisse möglich, dass die Merkmalsträger\*innenschaft im betreffenden Einzelfall von außen feststellbar ist. Allerdings können Benachteiligungen auch Produkt rassistischer oder sexistischer Fremdschreibungen durch Benachteiligende sein. Andersherum gibt es Merkmalsträger\*innen, denen die geschützte Eigenschaft nicht aufgrund von äußerlichen Merkmalen zugeschrieben wird. In diesen Fällen bedarf es für die Kausalität der Benachteiligung auch des Wis-

43 Thüsing (Fn. 41), § 3 AGG Rn. 8; ebd., § 19 AGG Rn. 142: „bei mittelbaren Benachteiligungen gibt es eben kein subjektives Element“.

44 Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Begr.), Grundgesetz Kommentar, 75. EL 2015, Art. 3 Abs. 3 GG Rn. 20.

45 Beim Raub (§ 249 StGB) beispielsweise hat der Gesetzgeber sich der folgenden Formulierung bedient, um eine zusätzliche subjektive Komponente in den Tatbestand zu integrieren: „[...] in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, [...]“. Im Ordnungswidrigkeitenrecht sei beispielhaft auf § 33 Abs. 5 Nr. 1 AWG hingewiesen, der die folgende Formulierung wählt: „um für sich oder einen anderen [...] zu erschleichen.“

sens bzw. der Vermutung der Merkmalsträger\*innenschaft bei der benachteiligenden Person. Insofern bedarf es für die Erfüllung des Kausalitätsmerkmals „wegen“ in bestimmten Konstellationen zumindest auch des subjektiven Wissenselementes. Das Merkmal stellt sich insofern als gemischt objektiv-subjektives Merkmal dar.

### c) *Essentialisierungsfälle*

Klar ist auch: In den eben beschriebenen Konstellationen handelt es sich um Ausprägung eines als Essentialisierungsfalle des Antidiskriminierungsrechtes zu behandelnden Problems: „ethnische Herkunft“ oder „Geschlecht“ werden als Personen anhaftende und äußerlich erkennbare Merkmale, nicht als Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse verstanden.<sup>46</sup> Eine Interpretation des Merkmals „Benachteiligung wegen“ als ein objektives Merkmal und ein Verzicht auf ein Absichtserfordernis verstärken dieses Dilemma – ändern aber nichts daran, das nach dem Sinn und Zweck der Regelungen eine solche Auslegung unabdingbar ist.

## 4. Vorsatz und Fahrlässigkeit

§ 11 Abs. 1 NGastG und § 12 BremGastG sehen die Möglichkeit der vorsätzlichen und der fahrlässigen Begehung vor. Der Vorsatz muss sich auf alle Merkmale des objektiven Tatbestandes beziehen, also auch auf die Kausalität („wegen“) der Benachteiligung.

Eine fahrlässige Benachteiligung ist folgerichtig nur denkbar, wenn eine subjektive Komponente nicht nachzuweisen ist, also in Fällen, in denen die Merkmalsträger\*innenschaft objektiv erkennbar ist. Auch muss eine für die fahrlässige Begehung notwendige Sorgfaltspflichtverletzung nachgewiesen werden. Der Sorgfaltspflichtmaßstab von Türsteher\*innen leitet sich gerade aus dem Gebot des § 19 Abs. 1 AGG ab, keine diskriminierenden Einlasspraktiken anzuwenden, auch nicht als Ergebnis eigener unbewusster Stereotypisierungen.

## 5. Rechtfertigung

Weiterhin zu beachten ist, dass anders als in § 20 Abs. 1 AGG keine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen vorgesehen ist. Insbesondere käme eine Rechtfertigungsmöglichkeit für die relevante Fallgruppe von zielgruppenspezifischen Veranstaltungen in Betracht, wie etwa Veranstaltungen, die sich explizit nur an nicht-heterosexuelle Menschen oder nur an Frauen richten. Bei zielgruppenspezifischen Veranstaltungen kann schon daran gezweifelt werden, ob ein Massengeschäft i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG vorliegt – der Vertrag wird hier eben gerade nicht ohne Ansehen der Person geschlossen. Zumindest gibt es aber Rechtfertigungsmöglichkeiten über § 20 Abs. 1 AGG. Für die bremische Neuregelung, die sexuelle und geschlechtliche Identität umfasst, sind nur die allgemeinen ordnungswidrigkeitenrechtlichen Rechtfertigungsgründe denkbar – insofern sind hier Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe nicht ersichtlich. Mutmaßlich war es nicht Ziel des bremischen Gesetzgebers, solche Fälle zu umfassen, sie erfüllen jedoch – offen-

46 *Lembke/Liebscher* (Fn. 21), 261 (276 f).

sichtlicher und expliziter als verdeckte rassistische Diskriminierung – den Tatbestand des § 12 Abs. 1 Nr. 14 BremGastG.<sup>47</sup>

### III. Verfahren

Für die Ahndung auch landesrechtlicher Ordnungswidrigkeiten gilt grundsätzlich nach § 2 das OWiG, soweit die jeweiligen GastG keine spezielleren Regeln etwa bezüglich der Sanktionshöhe treffen.<sup>48</sup> Im Folgenden liegt der Fokus der Beurteilung daher maßgeblich auf Fragen des Ordnungswidrigkeitenrechts. Dabei sollen Fragen des Verfahrens, der Beweislast und der Rechtsfolge in den Blick genommen werden.

#### 1. Einleitung des Verfahrens durch die Verwaltungsbehörde

Um das größte Potential der Neuregelungen gleich zu Beginn zu nennen: Im Ordnungswidrigkeitenrecht kommt es gerade nicht auf eine Rechtsdurchsetzung durch den Einzelnen an. Die Neuregelungen in den Gaststättengesetzen der Länder Bremen und Niedersachsen bestimmen die Diskriminierung unter Privaten zu einer staatlichen Aufgabe, sodass staatliche Behörden zur Einleitung des Verfahrens berechtigt sind. Wie auch im Strafverfahren gilt im Ordnungswidrigkeitenrecht grundsätzlich das Officialprinzip, sodass die Verfolgung der Diskriminierungen von Amts wegen erfolgt.<sup>49</sup> Ein Antrag des Betroffenen ist also nicht erforderlich, die zuständige Behörde<sup>50</sup> kann auch durch Hinweise von anderen Personen oder etwa Antidiskriminierungsverbänden aktiv werden. Beispielhaft kann hier auch auf die Zusammenarbeit zwischen dem Antidiskriminierungsnetzwerk Berlin und den Gewerbeämtern verwiesen werden. So hatte das Netzwerk die zuständigen Gewerbeämter über diskriminierendes Einlassverhalten informiert, welches durch Test-Besuche festgestellt wurde.<sup>51</sup>

##### a) Ermittlungen nur bei Anfangsverdacht

Für die Einleitung des Verfahrens und damit auch die Aufnahme von Ermittlungen ist ein Anfangsverdacht im Sinne tatsächlicher Anhaltspunkte für einen Verstoß notwen-

47 Allerdings verstoßen auch andere Praktiken im Diskothekengewerbe schon lange gegen § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, bspw. Ermäßigungen bei Eintritts- oder Getränkepreise für eine bestimmte Gruppe, ohne dass dies thematisiert würde – insofern führt nicht die Existenz eines Verbotstatbestandes auch zur Thematisierung und Sanktionierung.

48 Vgl. bspw. Regelungen über die Höhe des Schadensersatzes (weitere Ausführungen unter C. IV. 2.).

49 Mitsch, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2. Aufl., 2005, § 24 Rn. 4.

50 Dies ist gemäß § 35 Abs. 1 OWiG die zuständige Verwaltungsbehörde. In Bremen ist das die Ortspolizeibehörde (vgl. § 12 Abs. 4 GastG). In Niedersachsen sind die Gemeinden zuständig, siehe die *ZustVO-Wirtschaft* unter 3.4.1. der Anlage zu § 1 Abs. 1.

51 *Kühn/Klose*, *NVwZ* 2012, 1443 (1444). In diesem Beitrag wird zudem überzeugend dargelegt, dass die Verknüpfung über das Tatbestandsmerkmal der Unzuverlässigkeit in § 35 Abs. 1 GewO hergestellt werden kann. Diskriminierungen verletzen die objektive Rechtsordnung, sodass dies bei Wiederholungsgefahr für die Beurteilung der Unzuverlässigkeit relevant ist. Bei schwerwiegenden Verstößen kommt sogar eine Gewerbeuntersagung in Betracht, vgl. *Kühn/Klose*, *NVwZ* 2012, 1443 (1447).

dig.<sup>52</sup> Die Anforderungen, die an solche Anhaltspunkte zu stellen sind, sollen hierbei von der Häufigkeit der jeweiligen Ordnungswidrigkeit und den zu befürchtenden negativen Konsequenzen der Verfolgung für die Betroffenen abhängen.<sup>53</sup>

Konkrete Ermittlungshandlungen unterhalb der Schwelle der Einleitung des Bußgeldverfahrens kommen grundsätzlich nicht in Betracht: Maßnahmen, die auf die ordnungswidrigkeitenrechtliche Ahndung abzielen, leiten das Verfahren ein, vgl. § 397 Abs. 1 i. V.m. § 410 Abs. 1 Nr. 6 der Abgabenordnung.<sup>54</sup>

### b) Testing-Verfahren

Private Testing-Verfahren sind wie im AGG rechtlich verwertbar, da diese nicht an die Vorgaben des fairen Verfahrens aus Art. 6 EMRK und dem Rechtsstaatsprinzips gebunden sind. Bedenken bestehen dagegen hinsichtlich der Verwertbarkeit staatlicher Testing-Verfahren.

#### (1) Initiative Testings<sup>55</sup>

Vergleichbar erscheint die Situation mit den Testkäufen, die durchgeführt werden, um einen Verstoß gegen § 9 JuSchG nachzuweisen. In diesen Fällen hat etwa das OLG Bremen angenommen, dass kein Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens vorliegt, wenn der Testkäufer die Schwelle zur Tatprovokation selbst nicht überschreitet, also lediglich das Verhalten eines normalen Kunden an den Tag legt, aber nichts unternimmt, um Bedenken des Verkäufers zu zerstreuen, der Kunde habe nicht das notwendige Mindestalter.<sup>56</sup> Auf die Diskriminierung an der Diskothekentür gependet: Solange die Testperson lediglich versucht, in den Club eingelassen zu werden, ohne darüber hinaus auf die Diskriminierung hinzuwirken, könnten selbst initiative Testings verwertbar sein.

Diese Sichtweise ist allerdings sehr bedenklich, bezieht man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EGMR mit ein, die Lockspitzeleinsätze nur in engen Grenzen für zulässig erachten.<sup>57</sup> Berücksichtigt man dies, ist eine Tatprovokation nur in den Fällen zulässig, in denen „zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ vorliegen, dass die Person zu einer künftigen Straftat bereit sei bzw. ein „sachlich begründeter Verdacht“ vorliegt.<sup>58</sup> Testings, die ohne einen konkreten Tatverdacht durchgeführt werden, sind weder mit rechtsstaatlichen Prinzipien noch mit den Menschenrechten vereinbar und daher unzulässig.<sup>59</sup> Das stellt auch der niedersächsische Gesetzgeber fest: „Der gewählte Ansatz [...] ermächtigt lediglich die Verwaltung, einschlägigen Hinweisen nachzugehen und festgestellte Diskriminierungen zu sanktionieren.“<sup>60</sup>

52 Wieser, Handbuch des Bußgeldverfahrens, 3. Aufl., 34.

53 Ebd., 35.

54 Ebd., 26.

55 Bei initiativen Testings wird die im Rahmen des Testings erfolgte Diskriminierung zum Gegenstand des Verfahrens gemacht, vgl. zu den Begrifflichkeiten auch: *Klose/Kühn*, (Fn. 17), 8 f.

56 OLG Bremen, Beschl. v. 31.10.2011 - 2 SsRs 28/11 = NZWiSt 2012, 465.

57 BVerfG, NJW 1987, 1874 (1875); EGMR, NStZ 1999, 47 (48); EGMR, NJW 2009, 3565 (3567).

58 *Wafßmer*, Anm. zu OLG Bremen (Fn. 56), NZWiSt 2012, 467 (469 f.).

59 Ebd.

60 Vgl. Landtag NDS Drs. 17/4312, 3.

## (2) Reaktive Testings

Aus den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts und EGMR ergibt sich aber ein anderes Bild für die reaktiven Testings. Dabei besteht die Motivation in der Gewinnung von Beweisen, dass es in einer anderen als der durch das Testing-Verfahren herbeigeführten Situation zu einer Diskriminierung gekommen ist.<sup>61</sup> Im Gegensatz zu den initiativen Testings gibt es also einen realen Sachverhalt mit Anfangsverdacht, sodass davon ausgehend auch Ergebnisse aus Testbesuchen unbedenklich als Beweise für die Diskriminierung in der Vergangenheit verwertet werden können.

Die Beweisfunktion reaktiver Testings für die *zurückliegende* Benachteiligung dürfte jedoch in vielen Fällen schwach sein. Daher ist fraglich, ob die reaktiven Testings auch selber Gegenstand einer Sanktionierung sein können.<sup>62</sup> Die Grundkonstellation bei den Einlasskontrollen bei Diskotheken spricht hier gegen eine *Tatprovokation*: Das Anstehen am Einlass ist bei Test-Besucher\*innen von großer Passivität gekennzeichnet; simuliert wird eine Alltagssituation für die Beteiligten. Gemessen an den Grundsätzen des EGMR ist die Verwertbarkeit unter zusätzlichen Voraussetzungen zum Vorliegen eines Anfangsverdachts<sup>63</sup> möglich: So ist das Testing von einer anderen als der durchführenden Behörde anzuordnen bzw. zu autorisieren; bei der Durchführung des Testings soll einer Tatprovokation weitgehend vorgebeugt werden. Wichtig ist daher, neben dem „passiven“ Anstehen keine zusätzlichen Anhaltspunkte zu liefern, die die Annahme einer Tatprovokation rechtfertigen könnten. So könnten auch reaktive Testings als Grundlage für ein Bußgeldverfahren dienen.

## 2. Opportunitätsprinzip

Eng verknüpft mit dem Problem des Anfangsverdachts ist auch die Geltung des Opportunitätsprinzips,<sup>64</sup> das eine wichtige Stellung im Rahmen des OWiG einnimmt. § 47 Abs. 1 OWiG bestimmt explizit, dass die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde liegt, was sich auch in der durchgehenden Kann-Formulierung aller materiellen Ordnungswidrigkeitstatbestände zeigt.<sup>65</sup>

Doch auch die Verwaltungsbehörde ist im Ordnungswidrigkeitenrecht an Art. 20 Abs. 3 GG gebunden, sodass der Handlungsspielraum nicht unbegrenzt sein kann. Bisher nicht geklärt ist aber, welche Anforderungen konkret an die Entscheidung des jeweiligen Verwaltungsbeamten zu stellen sind.<sup>66</sup> Indem der Gesetzgeber in § 12 Abs. 1 Nr. 15 BremGastG und § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG diskriminierende Einlasspraktiken als Ordnungswidrigkeit eingestuft hat, missbilligt er dieses Verhalten; hieraus folgt, dass diese im Regelfall auch verfolgt werden sollen.<sup>67</sup> Daher muss das pflichtgemäße Ermessen der Verwaltungsbehörden so konkretisiert werden, dass die Behörde nicht willkürlich handeln

61 *Kühn/Klose* (Fn. 17), 8.

62 Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., § 24 Rn. 70.

63 Gefordert bei EGMR, Urt. v. 6.9.1998 - 25829/94, Ziff. 38; EGMR, Urt. v. 4.11.2010 - 18757/06, Ziff. 40.

64 Anders als das Legalitätsprinzip im Strafverfahren, bestimmt das Opportunitätsprinzip, dass sogar trotz anscheinender Ahndbarkeit im Einzelfall auf Weiterverfolgung und Bestrafung verzichtet werden kann, vgl. dazu: *Bohnert*, Die Abschlussentscheidung des Staatsanwaltes, 1992, 64-65.

65 *Bohnert*, in: *Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht*, 4. Aufl., Einl. Rn. 145.

66 Vgl. *Weigend*, *ZStW* Bd. 109 (1997), 103 (118-121).

67 *Bohnert* (Fn. 65), Einl. Rn. 148.

darf, keine sachfremden Erwägungen treffen darf<sup>68</sup> und darüber hinaus die Nichtverfolgung als Ausnahme nachvollziehbar begründen muss.<sup>69</sup> Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Betroffenen selbst keine Rechtsbehelfe wahrnehmen können und auch gemäß § 46 Abs. 3 Satz 3 OWiG keine Klagemöglichkeiten haben.<sup>70</sup>

Die Fachaufsichtsbehörden sind gefragt, ggf. die konsequente Ahndung von Verstößen durchzusetzen. In Niedersachsen handeln die zuständigen Gemeinden hierbei im übertragenen Wirkungskreis,<sup>71</sup> sodass das zuständige Ministerium im Wege der Fachaufsicht eine etwaige mangelnde Durchsetzung des § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG bemängeln und sogar repressiv im Rahmen der Befugnisse der Kommunalaufsicht gegen die Gemeinden vorgehen kann.<sup>72</sup> Ein solches Vorgehen ist im Rahmen der bremischen Regelung entbehrlich, da hier eine Landesbehörde zuständig ist.

### III. Beweislast

Entscheidend für die Beurteilung, ob die Neuregelungen in den Gaststättengesetzen eine effektive Möglichkeit darstellen, ist auch die Frage, welchen Regelungen die Beweisführung und Beweislast unterliegt.

Abgesehen von einigen wenigen Regelungen (§§ 53-55 OWiG) ist der Ablauf des Verfahrens nicht im OWiG normiert. Im Erkenntnisverfahren soll allerdings die Behörde erforschen, ob alle Merkmale des Tatbestandes verwirklicht wurden; dabei hat sie auch zu ermitteln, ob entlastende Umstände, insbesondere Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, vorliegen.<sup>73</sup> Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung.<sup>74</sup>

Aus der Nähe zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Strafrecht ergibt sich zudem: Das Verfahren ist einzustellen, wenn der Verdacht nicht hinreichend bestätigt werden kann.<sup>75</sup> Zu beachten ist stets, dass die Grundsätze des Art. 103 Abs. 2 GG auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gelten<sup>76</sup> – dazu gehört auch der Grundsatz *in dubio pro reo*.<sup>77</sup> Eine Beweislastumkehr wie in § 22 AGG ist in den Neuregelungen daher weder vorgesehen noch wäre sie im Ordnungswidrigkeitenrecht zulässig.

### IV. Rechtsfolge

#### 1. Bußgeldverfahren oder Verwarnung?

Sollten die zuständigen Verwaltungsbehörden sich entscheiden, die Diskriminierung zu verfolgen, droht Diskothekenbetreiber\*innen oder Beschäftigten ein Bußgeldverfahren

68 Rosenkötter/Louis, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 7. Aufl., Rn. 475.

69 Bohmert (Fn. 65), Einl. Rn. 149-150.

70 Bohmert (Fn. 65), Einl. Rn. 157.

71 Seybold/Neumann/Weidner, Niedersächsisches Kommunalrecht, 2. Aufl., 2012, 26.

72 Ebd., 181 f.

73 Bohmert (Fn. 65), Einl. Rn. 341.

74 Ebd., Rn. 382.

75 BVerfG NJW 1987, 2427 ff.

76 Radtke/Hagemeyer, in: Beck'scher Onlinekommentar Grundgesetz, 27. Edition, Art. 103 GG Rn. 19.

77 Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG Kommentar, 7. Aufl., Art. 103 GG Rn. 55; Mitsch (Fn. 49), § 27 Rn. 5.

(§§ 35 – 110e OWiG). Das Bußgeld kann nach § 17 OWiG bis zu 1000 € betragen. Wird der Betreiber gemäß § 65 OWiG nur verwarnet, ist jedoch lediglich ein Verwarnungsgeld in Höhe von bis zu 35 € zu zahlen.

Es besteht also die Gefahr, dass diskriminierende Einlasspraktiken als geringfügige Ordnungswidrigkeit eingestuft werden. Auch dies müssen die Verwaltungsbehörden und die zur Verwarnung ermächtigten Beamten (§ 57 OWiG) nach pflichtgemäßen Ermessen beurteilen.<sup>78</sup> Wieder muss darauf vertraut werden, dass die zuständige Verwaltungsbehörde diskriminierende Einlasspraktiken ernst nimmt und nicht lediglich mit einem Verwarnungsgeld belegt. Wünschenswert wäre daher zumindest, dass Richtlinien und Weisungen unterstreichen, dass die Verwirklichung des Tatbestandes der §§ 11 Abs. 1 Nr. 14 NGSatG, 12 Abs. 1 Nr. 15 BremGSatG grundsätzlich keine geringfügigen Ordnungswidrigkeiten darstellen.<sup>79</sup>

## 2. Höhe der Sanktion

Das BremGSatG sieht in § 12 Abs. 3 eine Sanktionshöhe bis zu 5.000 Euro, das NGSatG in § 11 Abs. 2 ein Bußgeld von bis zu 10.000 Euro vor. Die Bußgeldhöhe bemisst sich am Grad der negativen Auswirkung der im Fokus stehenden Handlungen. Darüber hinaus ist es als Ultima Ratio bei wiederholtem Verstoß auch möglich, dem Betreiber der Gaststätte die Gewerbeerlaubnis zu entziehen.<sup>80</sup>

## D. Fazit

Insgesamt ist festzustellen, dass ein Vorgehen gegen diskriminierende Einlasspraktiken im Ordnungswidrigkeitenrecht durchaus positive Auswirkungen auf die Ahndung solcher Diskriminierungen haben kann und einige Schwächen der AGG-Regelungen ausgleicht. Im Gegensatz zum AGG-Recht obliegt die Rechtsdurchsetzung nicht mehr allein den von Diskriminierung Betroffenen. Zudem betreibt die Verwaltungsbehörde die Ermittlungen eigenständig, sodass die Beweislast nicht bei den Betroffenen liegt.

Diese Vorteile können sich aber ebenso als Schwäche erweisen. Der Verwaltungsbehörde werden weitreichende Befugnisse zugestanden. Letztlich wird darauf vertraut, dass der oder die zuständige Verwaltungsbeamte Diskriminierungen ernst nimmt und ein Bußgeldverfahren gegen Diskothekenbetreiber\*innen einleitet. Betroffene selbst haben keine Möglichkeit, die Rechtsdurchsetzung im Ordnungswidrigkeitenrecht zu erzwingen.

Positiv zu bewerten ist die mögliche Höhe des Bußgeldes, die die bisher von Gerichten zugesprochenen Ansprüche aus § 21 AGG deutlich übersteigt. Natürlich kommt das Bußgeld nicht den Betroffenen zu Gute, es stellt allerdings ein zusätzliches Instrument der Rechtsdurchsetzung dar, das neben die zivilrechtlichen Ansprüche tritt. Aus Perspektive der Gewerbetreibenden gleicht das Nebeneinander von Schadensersatz und Geldbuße einer Doppelsanktionierung. Dies könnte aufgrund der zu befürchtenden finanziellen

78 Das gilt jedenfalls dann, wenn keine Richtlinien und Weisungen zur Konkretisierung vorhanden sind, vgl. *Gürtler*, in: Göhler (Hrsg.), Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 16. Aufl., § 56, Rn. 6.

79 Ähnlich auch: *Gürtler*, ebd., der allerdings allgemein auf eine Vereinheitlichung der Praxis abstellt.

80 Vgl. auch: Landtag NDS Drs. 17/4312, 4; vgl. auch die Ausführungen unter C. III. 1. a) (Fn. 51).

Konsequenzen dazu anhalten, die Einlasspraktiken in den Clubs deutlicher im Blick zu haben.

Es ist nicht vorhersehbar, ob die hier vertretene Auffassung, dass ein Absichtsnachweis nicht in jedem Fall zur Verhängung eines Bußgeldes erforderlich ist, von allen Akteur\*innen und insb. den Rechtsmittelinstanzen geteilt wird. Eine genauere Ausformulierung eines Fahrlässigkeitstatbestandes, der auf die vorsätzliche Herbeiführung eines Erfolges in Form der „Benachteiligung wegen“ verzichtet, würde hier Abhilfe schaffen. Ob diese Probleme bei der Gesetzgebung nicht gesehen oder schlicht ignoriert wurden, ist unklar. Eine gründlichere Beachtung im Gesetzgebungsprozess wäre jedoch wünschenswert gewesen.

Allerdings ist dem Ordnungswidrigkeitenrecht immanent, dass eine Beweislastumkehr wie in § 22 AGG unzulässig wäre und damit über dieses Instrument zwangsweise weniger Fälle erfasst werden können. So ist die Aussage des bremischen SPD-Abgeordneten Sükrü Senkal im Rahmen der Debatte in der Bürgerschaft, die Problematik der Nachweispflicht sei identisch mit der Problematik im AGG,<sup>81</sup> unzutreffend und zeigt eine verzerrte Erwartungshaltung hinsichtlich der Neuregelungen. Es dürfte nur eine kleine Zahl offener Diskriminierungen sanktioniert werden, sofern die Behörden nicht von reaktiven Testing-Verfahren Gebrauch machen oder mit Antidiskriminierungsverbänden kooperieren. Dazu jedoch wäre ein großes Problembewusstsein und zusätzlicher personeller und finanzieller Aufwand notwendig.

Die Neuregelungen sind, wie auch das AGG,<sup>82</sup> somit zumindest teilweise als symbolische Gesetzgebung zu qualifizieren – es sollte gerade auch ein Zeichen gegen Diskriminierung gesetzt werden.<sup>83</sup> Dies kann als Schritt in die richtige Richtung gewertet werden. Ob neben dieser symbolischen Intention auch eine rechtliche Effektivität steht,<sup>84</sup> lässt sich nur schwer abschätzen. Denn eine Evaluierung der künftigen Umsetzung der Neuregelungen in Form konkreter Bußgeldverfahren wird keinen Schluss auf abschreckende generalpräventive Wirkungen der hohen Bußgeldandrohung zulassen. Eine solche Evaluierung wäre dennoch in Hinblick auf die Möglichkeit, auch für andere Lebensbereiche öffentlich-rechtliche Antidiskriminierungsnormen zu etablieren, weiterführend.

81 6. Sitzung der Bremischen Bürgerschaft, Tagesordnungspunkt 13, Videoaufzeichnung abrufbar unter: <https://vimeo.com/142398748> (zuletzt abgerufen am 15.4.2016).

82 Vgl. *Klose* (Fn. 9), 347 (354).

83 Landtag NDS Drs. 17/4312, 3.

84 Zur Unterscheidung von symbolischer Gesetzgebung zu „Nomen mit hohem Integrationspotential“: *Newig*, Symbolische Gesetzgebung, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, 301 (305 f).