



Rechtsexpertise zur Bedeutung des Landes- antidiskriminierungsgesetzes (LADG) für Schulen im Land Berlin

von Joshua Moir, Dipl.-Jur., LL.B. Universität Trier

Inhalt

1. Aufbau der Expertise	3
2. Einordnung des LADG	3
2.1 Gesetzgebungsverfahren und Ziele des Gesetzgebers	3
3. Einordnung des LADG in die bisherigen Vorschriften im Bereich Antidiskriminierung.....	5
3.1 Das verfassungsrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung	5
3.2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)	5
3.3 Regelungslücke und das Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG)	6
4. Geschützte und Verpflichtete nach dem LADG	7
4.1 Status der Schule und der Schulakteure als Verpflichtete	7
4.2 Persönlicher Schutzbereich des LADG	8
5. Schutzzumfang - Diskriminierungsbegriff nach LADG.....	9
5.1 Formen der Diskriminierung	9
5.2 Insbesondere: Schutz vor hypothetischer Diskriminierung und Beleidigung	10
5.3 Diskriminierungsmerkmale	11
5.3.1 Geschlechtliche Identität.....	11
5.3.2 Chronische Erkrankungen.....	12
5.3.3 Sozialer Status	13
5.3.4 Kumulierung und fehlende Definitionsmerkmale	13
6. Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Diskriminierung	14
6.1 Hinreichend sachliche Gründe und Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG.....	14
6.2 Kritik.....	16
6.3 Ergebnis.....	16
7. Rechtsfolgen nach dem LADG	18
8. Rechtsschutzverfahren sowie die Aufgaben der Schulen im Rechtsschutzverfahren	19
8.1 Verfahrensformen	19
8.1.1 Schadenersatzbegehren	19
8.1.2 Feststellungsbegehren	19
8.2 Aufgabe der Schule im Rechtsstreitverfahren	20
9. Zusammenfassung der Ergebnisse	21

1. Aufbau der Expertise

Die Frage nach der Bedeutung des Landesantidiskriminierungsgesetzes (LADG) erschöpft sich nicht in der Darstellung der neuerlichen Regelungen, die durch das Gesetz geschaffen wurden. Neben den Regelungen als solche muss die Motivation des Gesetzgebers untersucht, eine Anwendbarkeit auf die Schule diskutiert sowie die Rechte und Pflichten der beteiligten Akteure benannt werden. Diese Expertise wird deshalb zunächst die Hintergründe des LADG beleuchten und seinen Anwendungsbereich zu Art. 3 des Grundgesetzes (GG), dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und den bisherigen landesrechtlichen Bestimmungen darstellen. Im Weiteren sollen der Status der Geschützten und Verpflichteten nach dem LADG erforscht und dabei insbesondere auch problematische persönliche Anwendungsbereiche des LADG herausgearbeitet werden. Im weiteren Schwerpunkt sollen der Schutzzumfang des LADG in Form des Diskriminierungsbegriffes vorgestellt und durch verschiedene Beispiele aus dem Schulalltag verdeutlicht werden. Die Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Diskriminierung unter dem LADG und der Rechtsschutz sollen die Bearbeitung abrunden. Eine Zusammenfassung der Ergebnisse findet sich am Ende der Ausarbeitung. Methodisch stellt diese Expertise die historische bzw. subjektiv-teleologische Auslegung¹ in den Vordergrund. Die historische und die subjektiv-teleologische Auslegungsmethode erklären Vorschriften ausgehend von dem (noch) nachvollziehbaren Willen des Gesetzgebers, der im Falle des LADG insbesondere über die Begründung zum Gesetzentwurf perpetuiert wurde. Dort, wo vor allem der Bezug zu den anderen antidiskriminierungsrechtlichen Vorschriften (wie Art. 3 GG oder dem AGG) gesucht wird, wird zudem höchstrichterliche Rechtsprechung einbezogen.

2. Einordnung des LADG

2.1 Gesetzgebungsverfahren und Ziele des Gesetzgebers

Das LADG geht als Landesgesetz auf einen Gesetzentwurf des Berliner Senats vom 12.06.2019 zurück.² Bereits in der Koalitionsvereinbarung von SPD, Linken und Grünen von 2016 heißt es, dass die Koalition ein Landesantidiskriminierungsgesetz einführen wolle, um bestehende Schutzlücken im Fall einer Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der sexuellen

¹ Statt vieler: *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 4. Aufl. 2019, S. 125 ff. sowie 146 ff.

² Abgh.-Drs. 18/1996.

Identität und des sozialen Status durch hoheitliches Handeln zu schließen, und den betroffenen Bürger*innen einen Anspruch auf Schadenersatz sowie eine Beweislastleichterung zu ermöglichen.³ Auch ein sogenanntes Verbandsklagerecht war bereits in der Koalitionsvereinbarung vorgesehen.⁴ Nach einer Überweisung an den Rechtsausschuss und dortiger Beratung wurde der Gesetzesentwurf am 04.06.2020 im Plenum des Abgeordnetenhauses (mit 86 zu 57 Stimmen) verabschiedet.⁵ Das LADG ist nach Ausfertigung und Verkündung am 21.06.2020 in Kraft getreten.⁶ Bereits das Gesetzgebungsverfahren zum LADG war begleitet von einem (jedenfalls für ein Landesgesetz) unüblichen bundesweiten medialen Interesse.⁷ Politisch waren die im Entwurf enthaltene Selbstverpflichtung des Staates nicht zu diskriminieren, vor allem aber die Möglichkeit zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen das Land und das Verbandsklagerecht durch das LADG höchst umstritten.⁸ Nach dem Erlass des Gesetzes mündete diese Kritik sogar zur (ungerechtfertigten)⁹ Ankündigung einzelner Landesminister, aus Angst vor einer entsprechenden Klagewelle gegen das Verhalten ihrer Polizeibeamten, keine Polizisten mehr zu Einsätzen im Wege der Amtshilfe mehr nach Berlin entsenden zu wollen.¹⁰

³ Koalitionsvereinbarung zwischen SPD Berlin, Die Linke Berlin sowie Bündnis90/Grüne Berlin für die Legislaturperiode 2016-2021, online abrufbar: <https://www.berlin.de/rbmskzl/regierender-buergermeister/senat/koalitionsvereinbarung/>, S. 112 (wie die folgenden Online-Quellen zuletzt abgerufen am 30.09.2020).

⁴ Ebenda.

⁵ Abgeordnetenhaus von Berlin, Plenarprotokoll 18/60 vom 04.06.2020, S. 7194.

⁶ Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 76. Jahrgang, Nr. 29, 20.06.2020 S. 532 ff.

⁷ Vgl. nur *Memarnia*, Behörden im Spotlight - Berlin will als erstes Bundesland ein Antidiskriminierungsgesetz einführen, das Klagen gegen Behörden ermöglicht, in: taz online vom 12.12.2019, online abrufbar: <https://taz.de/Antidiskriminierungsgesetz-fuer-Berlin!/5645811/> sowie DPA, Gewerkschaft fordert keine Polizisten aus NRW nach Berlin zu schicken, in: Zeit Online vom 05.06.2020, online abrufbar: <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2020-06/umstrittenes-antidiskriminierungsgesetz-polizeigewerkschaft-berlin-rassismus-forderung-nrw-abgeordnetenhaus>.

⁸ Ebenda.

⁹ *Tischbirek/Wihl*, Keine polizeilichen Hilfseinsätze mehr für die Hauptstadt? VerBlog, 2020/6/08, online abrufbar: <https://verfassungsblog.de/keine-polizeilichen-hilfeinsaetze-mehr-fuer-die-hauptstadt/>; *Bethge*, Zur Unterstützung verpflichtet, in: FAZ Einspruch, 26.06.2020.

¹⁰ Vgl. DPA, Innenminister der Union verlangen Ausnahmen für ihre Polizisten, in: Zeit Online vom 18.06.2020, online abrufbar: <https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-06/berliner-antidiskriminierungsgesetz-ausnahme-bereitschaftspolizei-innenminister-cdu-csu>.

3. Einordnung des LADG in die bisherigen Vorschriften im Bereich Antidiskriminierung

3.1 Das verfassungsrechtliche Verbot der Ungleichbehandlung

Das LADG reiht sich in eine Reihe von internationalen und nationalen Bestimmungen zum Antidiskriminierungsrecht. Hervorzuheben sind dabei auf nationaler Ebene der verfassungsrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung in Form des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 3 Abs. 1 GG und dem speziellen Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG.¹¹ Das spezielle Diskriminierungsverbot knüpft an persönliche Merkmale (wie die Herkunft oder die politische Anschauung) an und verbietet es dem Staat, Menschen auf der Grundlage dieser Merkmale ungleich zu behandeln. Dabei kann eine Ungleichbehandlung im Einzelfall nur unter sehr engen Voraussetzungen, im Fall des Art. 3 Abs. 3 GG nämlich nur bei entgegenstehendem kollidieren Verfassungsrecht und unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit,¹² gerechtfertigt sein. Mit Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar wäre es z.B., wenn Mitglieder von politischen Parteien, schneller einen Termin beim Bürgeramt bekommen würden als Personen ohne Parteizugehörigkeit. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot ist normenhierarchisch über allen Bundes- und Landesgesetzen angesiedelt. Es ist stets zu beachten, wenn der Staat gegenüber Menschen tätig wird, also zum einen, wenn es um Verwaltungshandeln geht (z.B. der Bescheid über die Ablehnung der Aufnahme in die Grundschule), zum anderen aber auch in Form von sogenannten Realakten (z.B. die Aushändigung eines bestimmten Formulars). Fühlt sich jemand durch den Staat ungleich behandelt, so kann die Person die Verletzung ihrer Grundrechte vor allen Gerichten geltend machen.

3.2 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

Neben dem verfassungsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zu nennen. Das AGG ist 2006 in Kraft getreten und schützt vor Diskriminierung im privatrechtlichen Kontext, insbesondere vor Diskriminierung durch den Arbeitgeber. So kann u.a. derjenige, der durch seinen Arbeitgeber auf der Grundlage eines unzulässigen Unterscheidungsmerkmals benachteiligt wurde, auf Schadenersatz klagen (§ 15 Abs. 2 GG). Im Übrigen ist der Arbeitgeber verpflichtet gegen Diskriminierung von Dritten in seinem Betrieb

¹¹ Auf der Ebene der Europäischen Union insbesondere Art. 21 GRC sowie Art. 19 AEUV.

¹² Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3, Rn. 135.

vorzugehen (§ 12 Abs. 4 AGG). Weitere Anwendungsbereiche des AGG liegen im Zugang und zur Mitwirkung in Gewerkschaften, sozialer Vergünstigungen sowie im Zugang zu Wohnraum (§ 2 Abs. 1 AGG). Im schulischen Kontext entfaltet das AGG Anwendung gegenüber Privatschulen und wirkt im Verhältnis zwischen Schulträger und Schüler*innen sowie den Erziehungsberechtigten.¹³

3.3 Regelungslücke und das Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG)

Wenn das LADG nun eine Regelungslücke schließen will, dann ist damit die Lücke gemeint, die unterhalb der Verfassung seitdem in Krafttreten des AGG entstanden ist. Wenn jemand im Privatrechtsverkehr, also etwa bei der Wohnungs- oder Arbeitsplatzsuche diskriminiert wurde, dann hat die Person über das AGG juristische Möglichkeiten, sich dagegen zu wehren. Wird die Person aber durch den Staat ungerechtfertigterweise aufgrund eines Diskriminierungsmerkmals benachteiligt, etwa wenn es um die Beantragung einer Baugenehmigung geht oder eine Kontrolle durch die Polizei, fehlte es bisher an entsprechenden justiziablen Ansprüchen gegen den Staat. Die Feststellung einer Verletzung von Art. 3 Abs. 3 GG löst, abgesehen der Feststellung dieser Verletzung und den Anspruch auf Unterlassen und damit einer mittelbaren Rehabilitation, weiter nichts aus.¹⁴ Einen Schadenersatzanspruch gegen den Staat gab es in diesen Fällen bisher nicht. Hier setzt das LADG an: Das neue Gesetz verbietet es allen hoheitlichen Stellen im Land Berlin, Menschen aufgrund von unzulässigen persönlichen Merkmalen zu diskriminieren, also schlechter zu stellen (§ 2 LADG, sogenanntes „Diskriminierungsverbot“). Zudem kann mit dem neuen Landesgesetz jedermann gegen eine Diskriminierung durch die Berliner Verwaltung und sonstigen hoheitlich tätigen Einrichtungen gegen das Land mit einem Anspruch auf Schadenersatz vorgehen oder seinen Anspruch mithilfe eines Antidiskriminierungsverbands geltend machen.

Kurz: Mit dem LADG können sich Menschen gegen staatliche Diskriminierung im Land Berlin mit einem justiziablen Schadenersatzanspruch wenden, den Sie vor dem LADG nur gegenüber Privaten (wie z.B. ihrem Arbeitgeber) hätten geltend machen können.

¹³ Vgl. dazu Bt.-Drs. 16/1780, S. 32. Aus der Literatur etwa *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, AGG § 2 Rn. 10.

¹⁴ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hg.), GG Kommentar, 14. Aufl. 2016, Art. 3, Rn. 1a sowie 43.

4. Geschützte und Verpflichtete nach dem LADG

4.1 Status der Schule und der Schulakteure als Verpflichtete

Über den Geltungsbereich des § 3 LADG ist zunächst die gesamte Berliner Verwaltung an das Diskriminierungsverbot gebunden. Zur Berliner Verwaltung gehören nach § 2 des Allgemeinen Zuständigkeitsgesetzes für Berlin die Hauptverwaltung (d.h. die Senatsverwaltungen, die ihnen nachgeordneten Behörden und nicht rechtsfähigen Anstalten und die unter ihrer Aufsicht stehenden Betriebe) sowie die Bezirksverwaltungen (einschließlich der ihnen nachgeordneten nicht rechtsfähigen Anstalten und der unter ihrer Aufsicht stehenden Betriebe). Öffentliche Schulen in Berlin sind nach § 7 Abs. 1 SchulG nicht rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und werden durch das Land Berlingetragen.¹⁵ Als solche nicht rechtsfähigen Anstalten des Landes sind Schulen an das dem LADG entspringende Diskriminierungsverbot gebunden und damit Verpflichtete des Gesetzes. Die Schule handelt durch die in der Schule tätigen Beschäftigten des Landes und des Bezirks, also insbesondere durch die Mitglieder der Schulleitung, die Lehrer*innen, pädagogische Mitarbeiter*innen (wie Erzieher*innen) und verwaltungstechnische Mitarbeiter*innen (wie Verwaltungsleiter*in, Sekretär*in oder Hausmeister*in). Alle diese für das Land und die Bezirke tätigen Beschäftigten sind im Außenverhältnis, also immer, wenn Sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit mit Menschen in Kontakt treten, an das LADG gebunden und unterliegen dem Diskriminierungsverbot.¹⁶

Beachtenswert ist auch, dass das Land sich selbst verpflichtet, dem LADG in eigenen Unternehmen des Privatrechts zur Geltung zu verhelfen (§ 3 Abs. 2 LADG). Dies könnte etwa für private Schulen relevant werden, an deren Schulträger das Land Berlin beteiligt ist. Solche Kooperationsschulen gibt es – soweit ersichtlich – allerdings bislang nicht.¹⁷ Voraussetzung wäre nach § 3 Abs. 2 LADG ohnehin, dass das Land Mehrheitseigentümer des Unternehmens ist. Es handelt sich selbst dann aber nur um eine „Hinwirkungspflicht“.

¹⁵ In Berlin werden staatliche und gemeindliche Aufgaben nicht getrennt. Die zweistufige Verwaltung besteht aus der Hauptverwaltung des Berliner Senats und der Bezirksverwaltung (§ 1 u. 2 AZG). Während die Bezirksverwaltung des Landes Berlins regelmäßig Schulträger für die Grund- und Oberschule ist und damit u.a. für die Instandhaltung der Schulen verantwortlich ist, ist die Senatsverwaltung u.a. zuständig für die Schulaufsicht und ist Dienstbehörde. Einzelne Schulen werden unmittelbar vom Senat als Schulträger verwaltet.

¹⁶ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 24.

¹⁷ Der Gesetzgeber hatte im Fall dieser Regelung wohl auch nicht Schulen vor Augen, sondern eher die privatrechtlichen Wohnungsbaugesellschaften (wie z.B. die degewo AG), vgl. Abgh.-Drs. 18/1996, S. 25.

4.2 Persönlicher Schutzbereich des LADG

Das LADG schützt zunächst jeden Menschen, das heißt im Kontext der Schule alle Schüler*innen, Eltern und sonstigen Erziehungsberechtigten.

Das staatliche Innenverhältnis ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 LADG vom Geltungsbereich des LADG ausgenommen. Im Gegensatz zu Schüler*innen oder Erziehungsberechtigten können sich Lehrer*innen oder verwaltungstechnische Mitarbeiter*innen demnach nicht über das LADG auf den Ersatz eines ihnen entstandenen Schadens durch Diskriminierung berufen. Auch Lehramtsreferendar*innen und Personen, deren Beschäftigungsverhältnis mit dem Staat sich erst anbahnt (Bewerber*innen), können sich nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen. Diese Ausnahme hat deklaratorischen Charakter und ist nicht etwa auf die Umgehung eines Regelungskonflikts mit dem sogenannten Neutralitätsgesetz¹⁸ zurückzuführen. Denn tatsächlich sind die Beschäftigten im Öffentlichen Dienst und die Bewerber*innen grundsätzlich durch das AGG (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 sowie 24) geschützt.¹⁹ Im Falle einer Anwendung auf Beamte bestünde womöglich gar keine Gesetzgebungskompetenz des Landes, weil das Land nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG als eigene Angelegenheiten nur die Laufbahnen, die Besoldung und Versorgung ihrer Beamten, nicht aber allgemeine Regelungen zum Status der Beamten regeln darf. Durch den Ausschluss des Geltungsbereichs in § 3 Abs. 1 S. 2 LADG hat der Landesgesetzgeber auf eine eigene Regelung zur Antidiskriminierung zum Schutz von Beamten und Beschäftigten im Öffentlichen Dienst, auch zur Vermeidung von unterschiedlichen antidiskriminierungsrechtlichen Tatbeständen und Rechtsfolgen im Öffentlichen Dienst bewusst verzichtet.²⁰ Das LADG stattet im Schulkontext also Schüler*innen und Erziehungsberechtigte mit einem Abwehr- und Schadenersatzanspruch gegen den Staat aus (sogenannte Wirkung im Außenverhältnis). Bewerber*innen für eine Stelle im schulischen Kontext, Lehrer*innen und andere Beschäftigte im Schuldienst des Landes können sich für die Geltendmachung eigener Ansprüche nicht auf das LADG berufen, sind aber grundsätzlich durch das AGG geschützt.²¹

¹⁸ Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27. Januar 2005, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, 76. Jahrgang, Nr. 29, 20.06.2020 S. 532 ff.

¹⁹ Zur Anwendbarkeit des AGGs auf Bewerber*innen und für tarifliche Beschäftigte im schulischen Kontext vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 1. Alt. AGG (z.B. in LAG Berlin, U. v. 09.02.2017 – 14 Sa 1038/16 – juris Rn. 85). Zur Anwendbarkeit bei Beamten vgl. § 24 Nr. 1 AGG sowie zur Übersicht *Schlachter*, in: Müller-Glöge/ Prei/ Schmidt (Hg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 6 AGG, Rn. 1.

²⁰ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 24.

²¹ S.o. Fn. 19.

5. Schutzzumfang - Diskriminierungsbegriff nach LADG

5.1 Formen der Diskriminierung

Wörtlich schützt das LADG alle Menschen vor Diskriminierung durch staatliches Handeln.

Damit weicht das Gesetz von der bisherigen Wortwahl in Art. 3 Abs. 3 GG, Art. 10 Abs. 2 BlnVerf und § 1 AGG („Benachteiligung“) ab. Der Gesetzgeber wollte durch die Wahl des Begriffes „Diskriminierung“ deutlich machen, dass das Gesetz vor ungerechtfertigter Benachteiligung schützt.²² Eine ungerechtfertigte Benachteiligung kann nach § 4 LADG („Formen der Diskriminierung“) in unmittelbarer und mittelbarer Form sowie in Form einer (sexuellen) Belästigung vorliegen.

Eine unmittelbare Diskriminierung definiert das Gesetz in § 4 Abs. 1 LADG als eine auf der Grundlage von Diskriminierungsmerkmalen (dazu sogleich) weniger günstige Behandlung, als sie eine Person in vergleichbarer Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde und diese Form der Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist.

Beispielfall 1

*Schüler X erhält an einem Berliner Gymnasium trotz gleicher Leistungen in der Klausur eine schlechtere Note als seine Mitschüler*innen ohne Migrationshintergrund.*

Eine mittelbare Diskriminierung liegt hingegen nach § 4 Abs. 2 LADG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften geeignet sind, eine Person aufgrund von Diskriminierungsmerkmalen benachteiligten zu können und diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren nicht gerechtfertigt sind.

Beispielfall 2

*In der Schulordnung einer Grundschule wird das Tragen jeglicher Kopfbedeckung im Unterricht verboten. Von dieser Regelung sind muslimische oder jüdische Schüler*innen, die ein Kopftuch bzw. eine Kippa tragen, ebenso wie Sikhs, die einen Turban bzw. eine Patka (Kopfbedeckung bei Kindern) tragen, benachteiligt.*

²² Abgh.-Drs. 18/1996, S. 19.

Eine Belästigung ist eine Diskriminierung, wenn ein unerwünschtes Verhalten im Zusammenhang mit einem oder mehreren Diskriminierungsmerkmalen bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird.

Beispielfall 3

Ein Schüler besucht die Oberstufe und fühlt sich sowohl von seinen Mitschülerinnen und Mitschülern als auch von den Lehrkräften wegen seiner Transsexualität/Transgenderidentität diskriminiert. Er hat psychische Probleme (Suizidgedanken) und ritzt sich. Sein Klassenlehrer macht ihn z. T. auch vor der ganzen Klasse wegen seiner Geschlechtsidentität „fertig“; beispielsweise sagt er, das sei „abnormal“ und er wolle ja nur Aufmerksamkeit dadurch bekommen und „ob man jetzt extra für ihn eine eigene Toilette bauen müsse“.

Schließlich stellt § 4 Abs. 5 LADG klar, dass die Anweisung zu einer Diskriminierung der Diskriminierung selbst gleichgestellt ist.

5.2 Insbesondere: Schutz vor hypothetischer Diskriminierung und Beleidigung

Der Diskriminierungsbegriff des LADG ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Zum einen ist von der unmittelbaren Diskriminierung definitionsgemäß auch der Fall einer hypothetischen Diskriminierung umfasst. Eine verfassungsrechtliche Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 und 3 GG setzt voraus, dass eine staatlich zurechenbare Ungleichbehandlung gegenüber einer oder mehreren vergleichbaren Personen oder Sachverhalten tatsächlich vorlag.²³ Im Fall der Diskriminierung nach dem LADG muss eine solche tatsächliche Ungleichbehandlung nicht vorliegen. Es reicht, wie auch schon im Fall der Benachteiligung nach § 3 Abs. 1 AGG,²⁴ aus, wenn eine Person mit vergleichbarem persönlichem Hintergrund eine bessere Behandlung als die betroffene Person erfahren würde. Im Arbeitsrecht ist dabei anerkannt, dass es für eine hypothetische Diskriminierung eines Anknüpfungspunktes bedarf, der sich etwa aus einer im Betrieb verwendeten generellen Regelung oder aber aus einer (öffentlichen) Äußerung des Arbeitgebers ergeben kann.²⁵ Im Bereich des LADG ist dabei auf die Aussage von staatlichen Funktionsträgern und die Handlungspraxis in einer staatlichen Einrichtung abzustellen.²⁶ Dabei kommt insbesondere die Rüge einer sogenannten opferlosen Diskriminierung (z.B. „wir nehmen

²³ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hg.), GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 7 und 118 sowie Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hg.), GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 23.

²⁴ Schlachter, in: Müller-Glöße/Prei/Schmidt (Hg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 3 AGG, Rn. 5.

²⁵ Ebenda sowie Abgh.-Drs. 18/1996, S. 26.

²⁶ Ebenda.

in unserer Schule grundsätzlich keine Schülerinnen mit Kopftuch auf“ oder „arabische, türkische und schwarze Jungen sind aggressiver“) in Betracht.²⁷

Ebenfalls nicht neu, aber im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 und 3 GG hervorzuheben ist die Erweiterung des Diskriminierungsschutzes auf ehrverletzende Beleidigungen. Von der klassischen Benachteiligungssituation unterscheidet die Beleidigung, dass sie nicht die Teilhabe in der Konkurrenzsituation, sondern die Ehrverletzung gegenüber Einzelnen in den Vordergrund stellt (s. obigen Beispielfall 3).

5.3 Diskriminierungsmerkmale

Genauer bestimmt wird die als Diskriminierung bezeichnete ungerechtfertigte Benachteiligung durch sogenannte Diskriminierungsmerkmale. An diese Merkmale muss die ungerechtfertigte Benachteiligung oder die Beleidigung geknüpft sein, um nach dem LADG verboten zu sein.

Das LADG nennt in § 2 die folgenden Diskriminierungsmerkmale: das Geschlecht, die ethnische Herkunft, eine rassistische oder antisemitische Zuschreibung, die Religion oder Weltanschauung, eine Behinderung oder eine chronische Erkrankung, das Lebensalter, die Sprache, die sexuelle und geschlechtliche Identität sowie den sozialen Status. Diese Definitionsmerkmale entsprechen teilweise denen in Art. 3 Abs. 3 GG und den im AGG festgehaltenen Anknüpfungspunkten. Daneben ist der Berliner Gesetzgeber aber über diese „gängigen“ Merkmale (wie z.B. der Religion und Weltanschauung bzw. Glauben, Behinderung oder der Herkunft) hinausgegangen. Neu ist insoweit die Anerkennung einer Diskriminierung wegen der geschlechtlichen Identität, einer chronischen Erkrankung und des sozialen Status, auf die gesondert einzugehen ist.

5.3.1 Geschlechtliche Identität

Während die sexuelle Identität die emotionale, körperliche und/oder sexuelle Anziehung bezüglich des Geschlechts eines Menschen umfasst, meint die geschlechtliche Identität das körperliche und das emotionale Geschlecht, das auf der eigenen Geschlechtsempfindung beruht.²⁸ Dieses Geschlechtsempfinden kann sich im Laufe des Lebens ändern, genau wie der Geschlechtsausdruck, der ebenfalls von der geschlechtlichen Identität geschützt sein soll.²⁹ Die geschlechtliche Identität hat in der Rechtswissenschaft und in der Rechtsprechung in den letzten Jahren erhöhte Beachtung

²⁷ Ebenda.

²⁸ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 22.

²⁹ Ebenda.

gefunden.³⁰ Die Zuordnung und gerade auch die Nichtzuordnung zu einem Geschlecht kommt für die individuelle Identität nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) herausragende Bedeutung zu.³¹ Die geschlechtliche Identität wird als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet.³²

5.3.2 Chronische Erkrankungen

Menschen, die unter einem Körper- oder Geisteszustand leiden, der für einen längeren Zeitraum Krankenbehandlungen erfordert und regelmäßig zu erheblichen Beeinträchtigungen der normalen Lebensführung dieses Menschen führt, haben nach dem LADG eine chronische Erkrankung. Mit der Aufnahme dieses neuen Definitionsmerkmals reagiert der Gesetzgeber nach eigener Darstellung auf den Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes zum Thema „Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit“, der insbesondere im Bildungsbereich ein höheres Schutzniveau für Betroffene fordert.³³ In der Schule erfahren die betroffenen Schüler*innen häufig über einen langen Zeitraum eine Schlechterstellung durch die ihnen zugeschriebene Sonderstellung. Diese Sonderstellung (z.B. im Sportunterricht oder auf Klassenreisen) ist meist mit einem Ausschluss von der jeweiligen Aktivität der Klasse oder Gruppe verbunden und ist nach der Antidiskriminierungsstelle des Bundes vor allem auf die Unsicherheit von Lehrkräften z.B. in Bezug auf Haftungsfragen zurückzuführen.³⁴ Eine Diskriminierung aufgrund einer chronischen Erkrankung liegt vor, wenn es aufgrund der chronischen Erkrankung zu sozialem Vermeidungsverhalten und zu Stigmatisierungen gegenüber der erkrankten Person kommt.³⁵

³⁰ Im Zusammenhang mit der Entscheidung des BVerfG zum sog. dritten Geschlecht (BVerfG, B. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 – juris) etwa *Lindenberg*, NZA 2018, 282; *Reuß*, StAZ 2019, 42 sowie *Gössel* (et al.), NZFam 2020, 145. Grundsätzliches z.B. bei *Mangold*, Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständiges Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in: Duve/Ruppert (Hg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461 ff.

³¹ BVerfG, B. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 – juris Rn. 39.

³² BVerfG, B. v. 06.12.2005 – 1 BvL 3/03 – BVerfGE 115, 1, 14 ff.; st. Rspr.

³³ *Pärli/Naguib*, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hg.), Schutz vor Benachteiligung aufgrund chronischer Krankheit, 2012, S. 25 f.

³⁴ Ebenda, S. 25.

³⁵ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 23.

5.3.3 Sozialer Status

Der soziale Status beschreibt die „wirkmächtige“³⁶ Zuordnung der Person bzw. der mit einer Person zusammenhängenden sozialen Punkte in ein System der Rangordnung. Entscheidende Punkte für die Zuordnung zu einem sozialen Status können etwa das Einkommen, Betroffenheit von Armut, der Bildungsabschluss oder die Kleidung sein.³⁷

5.3.4 Kumulierung und fehlende Definitionsmerkmale

Die Diskriminierungsmerkmale können einzeln oder zu mehreren vorliegen. Die Arbeit der antidiskriminierungsrechtlichen Praxis zeigt, dass die wahrgenommene Diskriminierung häufig an mehrere Diskriminierungsmerkmale geknüpft ist.³⁸ Der Gesetzgeber hat dies erkannt und macht deutlich, dass es im Einzelfall nicht auf die trennscharfe Abgrenzung zwischen den einzelnen Definitionsmerkmalen (z.B. Abgrenzung zwischen Behinderung und chronischer Erkrankung)³⁹ ankommt. Keine Aufnahme in den Katalog der Diskriminierungsmerkmale haben die „Rasse“ und die politische Anschauung gefunden. Die „Rasse“ ist als Anknüpfungspunkt im Verfassungsrecht und Antidiskriminierungsrecht umstritten,⁴⁰ befindet sich aber nach wie vor als Diskriminierungsmerkmal in Art. 3 Abs. 3 GG und § 1 AGG. Das LADG spricht nun bewusst von rassistischen Zuschreibungen. Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber die „Rasse“ als Konzeption einerseits ablehnt, andererseits aber keine Schutzlücke im Bereich der antisemitischen Diskriminierung entstehen lassen will.⁴¹ Durch die Betonung auf die „Zuschreibung“ soll die vermeintliche Akzeptanz der Rassenzuschreibung in der Gesellschaft und die vermeintliche Pflicht der Selbstzuordnung zu einer bestimmten „Rasse“ durch die Betroffenen verhindert werden.⁴² Ging es nach bisherigem Recht darum zu schauen, ob bestimmte scheinbar objektiv vom Staat zugeordnete „Rassemerkmale“ auf die betroffene Person anwendbar waren (z.B. die Hautfarbe), nimmt sich der Staat nunmehr aus der Definition etwaiger Rassen und Rassemerkmalen raus und sanktioniert, wenn jemand aufgrund der subjektiven Zuschreibung zu einer vermeintlichen „Rasse“ schlechter gestellt wird.

³⁶ Ebenda, S. 22.

³⁷ Ebenda.

³⁸ Vgl. ADAS/LIVE e.V. (Hg.), Policy Brief: „Es ist Zeit, rechtlich und institutionell gegen Diskriminierung in Schulen vorzugehen!“ Ergebnisse und Empfehlungen der Anlaufstelle für Diskriminierungsschutz (ADAS), 2018, S. 2.

³⁹ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 21.

⁴⁰ Eine Übersicht zur berechtigten Kritik findet sich bei *Kutting/Amin*, DÖV 2020, 612.

⁴¹ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 20. Diese Schutzlücke würde ansonsten auch für den Bereich Rassismus entstehen.

⁴² Ebenda.

Neben der Rasse fehlt auch das Definitionsmerkmal der „politischen Anschauung“, das zwar nicht nach dem AGG, jedoch durch Art. 3 Abs. 3 GG geschützt wird. Begründet werden könnte die fehlende Berücksichtigung der politischen Anschauung damit, dass sie, anders als etwa die Herkunft, die Religion oder die geschlechtliche Identität nicht so fundamental die Persönlichkeit eines Menschen prägt.⁴³ Allerdings soll die politische Anschauung im Einzelfall, nämlich dann, wenn sich die politische Anschauung zu einem Weltbild verdichtet, vom Diskriminierungsmerkmal der Weltanschauung umfasst sein.⁴⁴ Die einfache politische Aktivität von Schüler*innen ist hingegen nicht durch das LADG geschützt, was angesichts steigendem politischen Interesses und Engagement von Minderjährigen⁴⁵ und vor dem Hintergrund der Erweiterung des Katalogs der Merkmale rechtspolitisch als Regelungslücke kritisiert werden muss.

6. Möglichkeiten zur Rechtfertigung von Diskriminierung

6.1 Hinreichend sachliche Gründe und Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 1 GG

Nicht jede Schlechterstellung aufgrund eines oder mehrerer der genannten Diskriminierungsmerkmale ist mit dem LADG rechtswidrig. Eine Schlechterstellung kann im Einzelfall gerechtfertigt sein, wenn sie aufgrund eines hinreichenden sachlichen Grundes erfolgt (§ 5 Abs. 1 LADG) oder wenn durch die Schlechterstellung eine positive Maßnahme zugunsten einer strukturell benachteiligten Personengruppe erfolgt (§ 5 Abs. 2 LADG).

Mit dem hinreichend sachlichen Grund knüpft der Berliner Landesgesetzgeber an den Maßstab zur Feststellung einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 GG und damit insbesondere an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall an.⁴⁶ Es muss auf dieser Grundlage im Falle einer Schlechterstellung nach LADG stets geprüft werden,

- ob mit der Schlechterstellung einer bestimmten Person ein legitimer Zweck verfolgt wird,
- die Schlechterstellung geeignet ist, den legitimen Zweck jedenfalls zu fördern,
- kein milderes, aber gleich geeignetes Mittel zur Zweckförderung besteht

⁴³ So etwa *Klose*, Entwurf für ein Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG) – Expertise im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung, 2011, S. 7 f. mit Verweis auf *Rudolf*, in: *Rudolf/Mahlmann* (Hg.), Gleichbehandlungsrecht 2007, S. 203.

⁴⁴ *Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales* (Hg.), *Schriften der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung*, Nr. 11, 2011, S. 85 m.w.N.

⁴⁵ Zur empirischen Grundlage vgl. zuletzt *Deutsche Shell Holding GmbH* (Hg.), 18. Shell-Jugendstudie 2019, S. 2.

⁴⁶ *Abgh.-Drs. 18/1996*, S. 28.

- und die Schlechterstellung angemessen ist.

In der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 GG wurde dabei hinsichtlich der Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eine Abstufung entwickelt. Danach verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen: Je weniger die einzelnen Differenzierungsmerkmale für den Einzelnen beeinflussbar sind oder je mehr sie sich den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG (also z.B. Behinderung, Glauben, Herkunft) nähern, desto höher sind die verfassungsrechtlichen Hürden der Rechtfertigung.⁴⁷ So lässt sich etwa die Ungleichbehandlung aufgrund eines der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale nur durch kollidierendes Verfassungsrecht im Wege einer Abwägung rechtfertigen.⁴⁸ Daneben kommt eine Ungleichbehandlung anknüpfend an die vorbezeichneten höchstpersönlichen Merkmale wie Herkunft, Alter oder Behinderung in Betracht, wenn sie zur Lösung von Problemen notwendig ist, die ihrer Natur nach nur bei Personen einer Gruppe auftreten können.⁴⁹ Eine Ungleichbehandlung aufgrund der Schulabschlussnote (Schulnoten sind kein Merkmal des Art. 3 Abs. 3 GG) ist hingegen auch durch weniger gewichtige Gründe möglich.⁵⁰ Zusammenfassend lässt sich ausgehend von der Rechtsprechung des BVerfG festhalten: Differenzierungen bedürfen stets einer Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.⁵¹ Dieser Maßstab soll nun auch bei der Prüfung der Rechtfertigung nach dem LADG gelten.⁵² Der Gesetzgeber deutet insoweit an, dass im Fall einer Differenzierung aufgrund personenbezogener Differenzierungsmerkmale wie der ethnischen Herkunft oder rassistischen Zuschreibungen eine Rechtfertigung im Einzelfall „schlechterdings ausgeschlossen ist“⁵³.

⁴⁷ BVerfG, B. v. 26.01.1993 – 1 BvL 38, 40, 43/92 – BVerfGE 88, 87, 96; st. Rspr.

⁴⁸ Vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hg.), GG, 14. Aufl., Art. 3 Rn. 135 m.w.N.

⁴⁹ BVerfG, U. v. 28.01.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191, 207 (in der Entscheidung zum „Nachtarbeitsverbot“ stellte das Gericht nicht nur fest, dass weibliche Angestellte einer Backwarenfabrik durch ein Nachtarbeitsverbot gegenüber Männern und anderen Frauen diskriminiert würden, es erkannte auch, dass es keine medizinischen Anhaltspunkte dafür gäbe, dass Nachtarbeit besonders gesundheitsschädlich für Frauen sei).

⁵⁰ Im Fall der Zulassung von Studierenden zum Medizinstudium hat das BVerfG begrenzte Ausbildungsressourcen als Grund für eine Ungleichbehandlung bzw. Grundlage für einen Eingriff in die freie Wahl der Ausbildungsstätte aus Art. 12 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG bestätigt, gleichzeitig aber auch festgehalten, dass Schulnoten nicht das einzige Kriterium für die Feststellung der Eignung zum Medizinstudium sein können (vgl. BVerfG, U. v. 19.12.2017 – 1 BvL 3/14 – 1 BvL 4/14- juris Rn. 128 ff.)

⁵¹ BVerfG, B. v. 21.06.2011 – 1 BvR 20335/07 – BVerfGE 129, 49, 68.

⁵² Abgh.-Drs. 18/1996, S. 28.

⁵³ Ebenda.

6.2 Kritik

Diese Feststellung überrascht bei genauer Betrachtung, denn tatsächlich verbietet und sanktioniert das LADG nicht nur Schlechterstellungen aufgrund personenbezogener Merkmale, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat. Auch sind die als „abwägungsfest“ dargestellten Merkmale (ethnische Herkunft und rassistischen Zuschreibungen) nicht die einzigen Merkmale, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat. Dazu gehört jedenfalls auch eine Behinderung und wohl auch die geschlechtliche Identität.⁵⁴ Die Diskriminierungsmerkmale des LADG entsprechen den personenbezogenen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG. Es wäre insofern angezeigt gewesen, das Schutzniveau des Art. 3 Abs. 3 (also Rechtfertigung nur zur Lösung von Problemen, die naturgemäß nur bei einer Personengruppe auftreten oder durch Abwägung mit kollidierendem Verfassungsgut) zu übertragen und nicht auf einen „hinreichenden Grund“ abzustellen. Der hinreichende Grund ist im Verfassungsrecht Maßstab für den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG⁵⁵ und nicht für Art. 3 Abs. 3 GG. Der Wortlaut des § 5 Abs. 1 LADG ist aufgrund der inhaltlichen Weite der Terminologie (letztlich kann alles das einen hinreichenden Grund darstellen, dass durch die Verwaltung und die Rechtsprechung anerkannt wird), missbrauchs anfällig. Es kann jedoch erwartet werden, dass sich eine rechtliche Überprüfung der Ungleichbehandlung nach dem LADG wohl stets an der Rechtsprechung zu Art. 3 Abs. 3 GG und damit dem höheren Schutzniveau orientieren wird. Schließlich hat auch der Bundesgesetzgeber die Tatbestände der zulässigen Ungleichbehandlung im AGG näher konkretisiert (§§ 8-10 AGG) und es nicht bei einem bloßen Vorbehalt auf der Grundlage eines „hinreichend sachlichen Grundes“ belassen.

6.3 Ergebnis

In der Folge wird man festhalten können: Liegt eine Schlechterstellung aufgrund der in § 2 LADG genannten Merkmale in der Schule vor, dann wird eine Rechtfertigung nur bei Vorliegen eines im Rahmen der Verhältnismäßigkeit überwiegenden, besonders gewichtigen Grundes (insbesondere Verfassungsgüter) in Betracht kommen.

⁵⁴ Tendenzen die den antidiskriminierungsrechtlichen Schutz auf unveränderbare Merkmale begrenzen wollen, werden in der Literatur kritisiert (vgl. nur *Bielefeldt*, Das Diskriminierungsverbot als Menschenrechtsprinzip, in: *Hornel/Schrr* [Hg.], *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*, Wiesbaden 2010, S. 26 ff.).

⁵⁵ BVerfG, U. v. 28.04.1999 – 1 BvL 11/94, 33/95, 1 BvR 1560/97 – BVerfGE 100, 138, 174.

Beispielfall 4

*X ist Schülerin an einem Berliner Gymnasium und sitzt im Rollstuhl. An der geplanten Klassenfahrt in die Alpen darf X nicht teilnehmen. Diese Schlechterstellung ist nicht gerechtfertigt: Die Überforderung des begleitenden Lehrers (z.B. in Haftungsfragen) stellt bereits keinen hinreichenden Grund i.S.d. § 5 Abs. 1 LADG dar.⁵⁶ Doch auch wenn man annehmen wolle, der Ausschluss der X erfolge zum Zweck ihres Gesundheitsschutzes oder zum Schutz der Gesundheit der anderen Schüler*innen (die sich beim Wandern auf ihre eigene Sicherheit und nicht zusätzlich die der X konzentrieren müssen), überwiegen diese Schutzgüter nicht im Wege der Verhältnismäßigkeit. Der Ausschluss ist nämlich nicht erforderlich. Ist Ausgangspunkt der Wanderungen etwa der Tegernsee, dann könnte X an der Fahrt teilnehmen und nur bei den tatsächlichen Wanderungen nicht dabei sein und dafür mit anderen Mitschüler*innen an einem alternativen Programmpunkt teilnehmen. Auch könnte im Rahmen der Erforderlichkeit gefragt werden, warum die Klassenfahrt zwingend in eine per se nicht barrierefreie Umgebung führen muss.*

Beispielfall 5

*X besucht die 6. Klasse einer Grundschule. Er kommt aus einer arabischen Familie, die von Arbeitslosengeld II lebt. Obwohl die Noten seines Abschlusszeugnisses so gut sind, dass er ein Gymnasium besuchen könnte, raten die Lehrer*innen seinen Eltern davon ab und empfehlen den Besuch einer Sekundarschule im Bezirk, die von vielen Schüler*innen mit Migrationshintergrund besucht wird. Dies begründen sie damit, dass er in einem Gymnasium Schwierigkeiten haben könnte, neue Freunde zu finden, seine Eltern ihm bei den Schulaufgaben nicht helfen und er darum überfordert sein könnte und doch sowieso eine Ausbildung für ihn besser wäre als ein Studium. X wird gegenüber seinen Mitschüler*innen, die mit denselben Noten eine Empfehlung für das Gymnasium erhalten, schlechter gestellt. Die fehlende Erteilung der Empfehlung für das Gymnasium wird hier zwar vonseiten seiner Lehrer*innen begründet, allerdings handelt es sich dabei um Mutmaßungen, die im Übrigen in keinem sachlichen Zusammenhang zur Frage der Schulwahl stehen. Die soziale oder ethnische Herkunft sind keine relevanten Kriterien der sogenannten Förderprognose (vgl. § 56 Abs. 2 SchulG i.V.m. § 24 GsVO). Diese Kriterien lassen nämlich gerade keine Rückschlüsse auf eine Bewährung des X auf der Oberschule zu.*

⁵⁶ Für diesen Fall ergibt sich ein Diskriminierungsverbot auch aus Art. 5 Abs. 1 und 2 UN-BRK sowie ein Teilhaberecht der X aus Art. 7 Abs. 1, Art. 24 Abs. 2 sowie Art 9 Abs. 1 UN-BRK.

7. Rechtsfolgen nach dem LADG

Liegt eine Diskriminierung nach dem LADG vor, hat die betroffene Person (im Schulkontext also z.B. zulasten des Schülers X) einen Schadenersatzanspruch nach § 8 Abs. 1 LADG. Die öffentliche Stelle, in deren Verantwortungsbereich die Diskriminierung stattgefunden hat, ist dadurch verpflichtet, der Person den durch die Diskriminierung entstandenen Schaden zu ersetzen. Für eine Diskriminierung in der Schule haftet das Land Berlin.⁵⁷ Die Schadenspositionen können dabei vermögensrechtlicher Natur sein, es sind aber vom Schadenersatzanspruch nach § 8 Abs. 2 LADG auch sogenannte Nichtvermögensschäden i.S.d. §§ 249 Abs. 2, 253 Abs. 1 BGB ersatzfähig.⁵⁸ Im Kontext der Schule muss dabei insbesondere an Schmerzensgeld (immaterieller Schaden) sowie an Kosten gedacht werden, die im Zusammenhang mit einer Behandlung von Schüler*innen wegen einer Diskriminierung (z.B. Rechnungen für Ärzte oder Therapeuten) entstehen können⁵⁹. § 8 Abs. 3 LADG stellt überdies klar, dass auch Schäden bei Personen ersatzfähig sind, die nicht selbst ungleichbehandelt wurden, aber in einem engen persönlichen Näheverhältnis zu der diskriminierten Person stehen („assoziierte Diskriminierung“). Ein solches Näheverhältnis nimmt der Landesgesetzgeber etwa bei Eltern oder Geschwistern an.⁶⁰ Eltern können damit z.B. auch die Kosten für die eigene psychologische Behandlung oder für eine rechtliche Beratung als Schadenspositionen geltend machen, auch wenn nicht sie selbst, sondern eines ihrer Kinder in der Schule diskriminiert wurde. Der Schadenersatzanspruch für Vermögensschäden ist ausgeschlossen, sofern nicht in der Hauptsache Rechtsschutzmöglichkeiten bestanden und diese nicht genutzt wurden, um den rechtmäßigen Zustand herbeizuführen (sogenannter Vorrang des Primärrechtsschutzes nach § 8 Abs. 1 S. 2 LADG). Wenn z.B. ein Schüler aufgrund seiner ethnischen Herkunft oder (sichtbaren) Religionszugehörigkeit an einer Schule abgelehnt wurde, muss der Schüler bzw. müssen seine Eltern vor einem möglichen Schadenersatzanspruch nach LADG versuchen, den Ablehnungsbescheid mittels Widerspruchs, einstweiligen Rechtsschutzes und Klage abzuwehren.⁶¹ Die Verjährungsfrist der Schadenersatzansprüche beträgt ein Jahr und beginnt am Ende des Jahres, in dem der betroffenen Person der Anspruch entstanden ist bzw. am Ende des Jahres der Kenntnis der betroffenen Person von den entsprechenden Tatsachen (§ 8 Abs. 4 LADG). Unterstützung und Beratung erhalten betroffene Personen bei einem Antidiskriminierungsverband (dazu sogleich) oder bei der von der

⁵⁷ Vgl. zur Haftungsfrage die Pressemitteilung der Berliner Senatsverwaltung für Inneres und Sport vom 28.05.2020, online abrufbar:

<https://www.berlin.de/sen/inneres/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.938797.php>.

⁵⁸ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 31 f.

⁵⁹ Heilbehandlungskosten sind nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig (Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 249, Rn. 8).

⁶⁰ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 32.

⁶¹ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 31.

Senatsverwaltung eingerichteten unabhängigen Ombudsstelle (§ 14 LADG). Die bei der Senatsverwaltung angegliederte Ombudsstelle kann darauf hinwirken, dass Streitigkeiten gütlich beigelegt werden (§ 14 Abs. 2 LADG). Hat die Ombudsstelle einen Verstoß gegen das LADG festgestellt und ist eine gütliche Einigung nicht möglich, beanstandet sie den Verstoß gegenüber der öffentlichen Stelle, etwa der Schule, und fordert diese nach § 14 Abs. 4 LADG zur Abhilfe auf.

Abseits der einzelnen Betroffenheit kann eine diskriminierende Praxis im Wege einer Feststellungsklage (§ 9 Abs. 1 LADG) durch die anerkannten Antidiskriminierungsverbände gerügt werden. Mit der Feststellungsklage wird kein Schadenersatzanspruch verfolgt (von dem dann der entsprechende Verband finanziell profitieren könnte), das Ziel ist allein die Unterbindung von strukturell diskriminierendem Verwaltungshandeln.⁶²

8. Rechtsschutzverfahren sowie die Aufgaben der Schulen im Rechtsschutzverfahren

8.1 Verfahrensformen

8.1.1 Schadenersatzbegehren

Den Schadenersatzanspruch aus § 8 Abs. 1-3 LADG können die betroffenen Personen entweder selbst oder mit der Hilfe eines anerkannten Antidiskriminierungsverbands⁶³ gerichtlich geltend machen. Zuständig sind dabei die ordentlichen Gerichte gemäß § 8 Abs. 5 LADG. Mit der Möglichkeit, die Ansprüche durch einen Antidiskriminierungsverband geltend machen zu lassen (sogenannte gesetzliche Prozessstandschaft), wird den Betroffenen eine Unterstützungsmöglichkeit geschaffen. Die Antidiskriminierungsverbände können die fremde Rechtsverletzung im eigenen Namen geltend machen.

8.1.2 Feststellungsbegehren

Darüber hinaus kann auch eine strukturelle Diskriminierung, die z.B. in den Fällen einer allgemeinen diskriminierenden Aussage eines staatlichen Funktionsträgers vorliegt (etwa „ich nehme grundsätzlich keine kopftuchtragenden Mädchen in meine Schule auf“) durch einen anerkannten

⁶² Abgh.-Drs. 18/1996, S. 33.

⁶³ Die Voraussetzungen für eine Anerkennung sind in § 10 Abs. 1 LADG geregelt. Voraussetzungen für die Anerkennung sind z.B. der Sitz oder die Tätigkeit des Antidiskriminierungsverbands auf dem Gebiet des Landes Berlin sowie die Gewährleistung für eine sachgerechten Aufgabenerfüllung. Nach § 10 LADG ist die Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung für die Anerkennung zuständig.

Antidiskriminierungsverband im Wege einer Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht Berlin⁶⁴ geltend gemacht werden. Entscheidend für diese sogenannte antidiskriminierungsrechtliche Verbandsklage nach § 9 Abs. 1 LADG ist, dass eine Form der strukturellen Diskriminierung vorliegt also nicht nur im Einzelfall diskriminiert wurde. Ziel ist dann, die Unterbindung der diskriminierenden Praxis der staatlichen Stelle. Vor einer solchen Verbandsklage muss die strukturelle Diskriminierung gegenüber der betreffenden staatlichen Stelle beanstandet werden (§ 9 Abs. 2 Satz 2 LADG). Im Wege des Beanstandungsverfahrens wird der Behörde die Möglichkeit zur Abhilfe gegeben, indem sie den Diskriminierungsverstoß anerkennt und die diskriminierende Praxis innerhalb von drei Monaten einstellt.⁶⁵

8.2 Aufgabe der Schule im Rechtsstreitverfahren

Im Fall des Schadenersatzanspruchs nach § 8 LADG (die entweder die betroffene Person selbst geltend machen kann oder aber ein anerkannter Verband) erwartet der Gesetzgeber von der betroffenen Person, dass sie Tatsachen glaubhaft macht, die eine Diskriminierung überwiegend wahrscheinlich machen (§ 7 LADG). Liegen diese Tatsachen vor, dann ist es gemäß § 7 S. 2 LADG die Aufgabe der Schule, in der Praxis freilich unterstützt durch die Schulverwaltung, den Vorwurf zu widerlegen. Mit dieser gesetzlichen Vermutungsregel wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die betroffene Person eine Diskriminierung meist nicht beweisen kann.⁶⁶ Gründe dafür liegen etwa in der fehlenden Protokollierung von Gesprächen, vorgeschobene Gründe oder in undurchsichtigen „Ermessensentscheidungen“. Das gilt vor allem für Diskriminierung im Verhältnis zum Staat, wie beispielsweise bei Diskriminierung ausgehend vom Lehrpersonal demgegenüber der einzelne Bürger ressourcentechnisch in aller Regel weit unterlegen ist.

Nur am Rande sei erwähnt, dass es sich bei den entsprechenden Regelungen zur Vermutungsregel nicht etwa um eine Beweislastumkehr, sondern eine Beweislastermäßigung handelt.⁶⁷ Die einfache Behauptung diskriminiert worden zu sein, reicht gerade nicht aus, vielmehr müssen Indizien vorgetragen oder eidesstattliche Versicherungen abgegeben werden.⁶⁸ Im Feststellungsverfahren des

⁶⁴ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 29.

⁶⁵ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 34.

⁶⁶ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 29.

⁶⁷ So zu Recht schon *Tischbirek/ Wihl*, Keine polizeilichen Hilfeinsätze mehr für die Hauptstadt? Verfblog, 2020/6/08, online abrufbar: <https://verfassungsblog.de/keine-polizeilichen-hilfeinsaetze-mehr-fuer-die-hauptstadt/>.

⁶⁸ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 30.

Antidiskriminierungsverbands gilt der verwaltungsrechtliche Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO)⁶⁹, wobei der § 7 LADG als Vermutungsregel Anwendung findet.⁷⁰

9. Zusammenfassung der Ergebnisse

Dieser Beitrag hat gezeigt, dass das LADG das Antidiskriminierungsrecht nicht grundlegend reformiert. Das Gesetz setzt europäische und verfassungsrechtliche Maßstäbe um und schließt eine bis dahin bestehende Rechtslücke in der Abwehr staatlicher Diskriminierung. Das Gesetz reiht sich dabei zwischen die Ungleichbehandlungsverbote des GG und den Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht durch das AGG. Die wichtigsten Mittel des Gesetzes sind dafür ein weiter sachlicher und persönlicher Schutzbereich, eine Beweislast erleichterung und verschiedene Möglichkeiten selbst oder mit Hilfe anderer Rechtsschutz gegen staatliche Diskriminierung zu suchen.

Zu den Auswirkungen des LADG auf den Schulbereich sind im Einzelnen folgende Ergebnisse festzuhalten:

- (1) Das LADG ermöglicht es, gegen die Diskriminierung einzelner oder mehrerer Personen und auch gegen eine opferlose Diskriminierung in der Schule vorzugehen.
- (2) Geschützt sind dabei die Schüler*innen und Erziehungsberechtigten aber auch sonstige nähere Angehörige dieser Statusgruppen. Nicht durch das LADG geschützt sind die Beschäftigten in der Schule (wie Lehrer*innen oder das verwaltungstechnische Personal), die sich aber nach wie vor in bestimmten Fällen wie etwa zur Abwehr von Diskriminierung durch ihren Arbeitgeber bzw. Dienstherrn auf das AGG berufen können.
- (3) Das LADG lehnt seinen Diskriminierungsbegriff an das AGG an. Der Schutz erstreckt sich von unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung über (sexuelle) Belästigung bis hin zur Anweisung zur Diskriminierung. Das LADG kennt mehr Diskriminierungsmerkmale als das AGG und Art. 3 Abs. 3 GG. Neu sind der Schutz vor Diskriminierung aufgrund des sozialen Status, einer chronischen Erkrankung sowie der geschlechtlichen Identität. Nicht ausdrücklich

⁶⁹ Danach ist das Gericht zu einer ausreichenden Erforschung des Sachverhalts durch die Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Möglichkeiten verpflichtet (vgl. *Schenke*, in: Kopp/Schenke [Hg.], VwGO, 25.Aufl. 2019, § 86 Rn. 5).

⁷⁰ Abgh.-Drs. 18/1996, S. 29.

geschützt wird indes die Schlechterstellung von Schüler*innen und Erziehungsberechtigten aufgrund ihrer politischen Aktivität.

- (4) Eine Schlechterstellung kann nach dem LADG gerechtfertigt sein. Dafür bedarf es eines hinreichend sachlichen Grundes, der im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung dem Schutz vor Ungleichbehandlung überwiegt. Zumindest wörtlich bleibt der Gesetzgeber mit dieser Formulierung unter dem Schutzniveau des Art. 3 Abs. 3 GG und den festen Eingriffskriterien des AGG zurück, wobei auch eine Ungleichbehandlung nach dem LADG wohl nur durch Verfassungsgründe infrage kommt.
- (5) Gegen eine ungerechtfertigte Schlechterstellung (also einer Diskriminierung) können sich Schüler*innen oder Erziehungsberechtigte sowie deren näheren Angehörigen selbst oder mithilfe eines von der Senatsverwaltung anerkannten Antidiskriminierungsverbands wehren. Die Betroffenen können auf Schadenersatz (Vermögens und Nichtvermögensschäden) klagen. Darüber hinaus können anerkannte Diskriminierungsverbände gegen eine generell diskriminierende Praxis oder Aussagen an einer Schule mittels einer Feststellungsklage vorgehen.
- (6) Für einen Schadenersatzanspruch reicht es aus, wenn die betroffene Person Tatsachen geltend machen kann, die eine Diskriminierung wahrscheinlich machen. Es ist dann die Aufgabe der Schule, den Verstoß zu widerlegen.