

THUM Rechtsanwaltskanzlei, Friedelstr. 56, D-12047 Berlin

Kammergericht
Elßholzstraße 30 - 33
10781 Berlin

Mein Zeichen: 103/21-LT-ZR
(Bitte stets angeben)

18.11.2022

per beA

In dem Rechtsstreit

██████████ ./ Land Berlin

Az.: 9 U 94/22

beantrage ich,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 14.09.2022 zum Aktenzeichen 26 O 80/22 abzuändern und das beklagte Land zu verurteilen, an die Klägerin eine angemessene Entschädigung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt wird, die aber einen Betrag i.H.v. 10.000,00 Euro nicht unterschreiten sollte, zuzüglich Zinsen i.H.v. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

Begründung:

Zudem begründe ich die am 18.10.2022 eingelegte Berufung wie folgt:

I.

Die Parteien streiten über die Zahlung einer Entschädigung aufgrund einer Diskriminierung der Klägerin durch das beklagte Land.

Der Sachverhalt wurde in dem Urteil vom 14.09.2022 in allen wesentlichen Punkten zutreffend wiedergegeben, ist jedoch zu ergänzen.

1. Die Klägerin ist [REDACTED] alt und hat ein Kind. Sie besuchte am 20.06.2021 die Plansche Plänterwald, Dammweg 1c, 12435 Berlin im Bezirk Treptow-Köpenick.

Dabei handelt es sich um einen von einer großen Liegewiese umgebenen Wasserspielplatz im Plänterwald, der im Berliner Osten liegt. Die Plansche Plänterwald wird als öffentliche Einrichtung betrieben durch das Amt für Umwelt und Natur des Bezirksamts Treptow-Köpenick von Berlin. Der Wasserspielplatz wird gärtnerisch betreut und ist mit einem Zaun eingefriedet. Das Hausrecht wurde nach den vorgerichtlichen Angaben des Bezirksamtes dauerhaft auf einen privaten Sicherheitsdienst übertragen. Am 20.06.2021 war am Eingang zum Wasserspielplatz ein Schilderträger mit den wichtigsten Besuchsregeln aufgestellt. Das beklagte Land hat im Verhandlungstermin (erstmalig) eingeräumt, dass zu diesem Zeitpunkt jedoch keine Nutzungsordnung galt, sondern eine solche erst im Nachgang erlassen wurde.

Das zentrale Wasserspiel ist von Rasenflächen und einem Waldsaum umgeben. Es ähnelt einem Schwimmbad, mit dem einzigen Unterschied, dass es ausschließlich ein Planschbecken mit diversen Möglichkeiten zum Spielen für Kinder mit Wasser gibt und keine anderen Becken. Im Umfeld des Wasserspiels gibt es weitere Spielplätze ohne Wasserspiel.

Die Klägerin war bei ihrem Besuch in Begleitung ihres [REDACTED] Kindes, eines Freundes, [REDACTED], und dessen [REDACTED]

Tochter. Nach einiger Zeit begab sich das Kind der Klägerin zum Wasserspielplatz, wobei die Klägerin mit dem Freund und dessen Kind auf der Wiese zurückblieb. Wie auch sonst, wenn die Klägerin sich im Sommer zum Baden begibt, zog sie ihr T-Shirt aus und saß sodann mit freiem Oberkörper mit einige Abstand zu allen anderen Badegästen auf der ausgebreiteten Decke und trug dabei eine handelsübliche Badehose. Auch ihr Begleiter saß oberkörperfrei und in Badehose auf der Decke, wie auch die meisten anderen Anwesenden männlich gelesenen Personen an diesem Tag. Anders als diese wurde die Klägerin jedoch von zwei Mitarbeitern des seitens des Bezirksamtes Treptow-Köpenick beauftragten Sicherheitsdienstes aufgefordert, ihren Oberkörper mit einem BH oder Bikini zu bekleiden.

Welche Beauftragung der Sicherheitsdienst im Detail hatte, blieb in erster Instanz ebenfalls streitig. Der Vortrag des beklagten Landes, die Beauftragung sei allein zu Überwachung der Corona-Regeln erfolgt, wird durch die seitens des beklagten Landes eingereichte Anlage B2 widerlegt. Dort heißt es ausdrücklich, dass die Beauftragung die „Absicherung der Liegenschaft, Kontrolle und Einhaltung der Pandemieverordnung und den kurzzeitigen Verschluss bei Überfüllung“ erfasst. Auch gaben der Bezirk und die Polizei gegenüber der Ombudsstelle selbst an, das Hausrecht und die Überwachung der Einhaltung der Nutzungsordnung sei auf den Sicherheitsdienst übertragen worden (erstinstanzlich eingereicht als Anlagen K7, K9, K10). So führt die Polizei Berlin in ihrem Schreiben vom 01.09.2021 (erstinstanzlich eingereicht als Anlage K9) aus: „Der vom Bezirksamt Treptow-Köpenick beauftragte Sicherheitsdienst ist für die Durchsetzung des erweiterten Hausrechts innerhalb der vom Bezirksamt Treptow-Köpenick bewirtschafteten Flächen amtlich bestellt.“ Im Schreiben des

Bezirksamts selbst vom 27.07.2021 (erstinstanzlich eingereicht als Anlage K7) heißt es: „Darüber hinaus werden die Benutzungs- und seit Ausbruch der Pandemie auch die Coronaregeln von Mitarbeiter*innen eines vom bezirklichen Straßen- und Grünflächenamt beauftragten Sicherheitsunternehmens überwacht und durchgesetzt.“ Weiter gibt auch der Beklagtenvertreter an, der Sicherheitsdienst habe am 03.07.2022 auf die Einhaltung des Rauchverbots geachtet.

Die Klägerin lehnte die Aufforderung des Sicherheitsdienstes, sich „obenrum“ zu bekleiden mit der Begründung ab, dass auch alle anwesenden männlich gelesenen Personen oberkörperfrei auf der Wiese verweilen durften. Zudem hat die Unterzeichnerin im Rahmen der Klageschrift versäumt, den Sachverhalt dahingehend deutlich zu machen, dass einer der Sicherheitsleute auf die Frage der Klägerin, warum sie sich bekleiden müsse, sinngemäß angab: „Hier ist kein FKK-Bereich.“ Und auf die Antwort der Klägerin, dass sie nicht nackt sei: „Als Frau müssen Sie einen BH tragen.“ Dies lässt sich auch dem erstinstanzlich als Anlage K1 eingereichten Protokoll entnehmen, dessen Inhalt hier ausdrücklich in Bezug genommen wird. Nach einiger Diskussion ließen die Sicherheitsbeamten von der Klägerin ab, riefen jedoch in der Zwischenzeit die Polizei hinzu. Die Polizeibeamten forderten die Klägerin sodann von Anfang an deutlich aggressiv ebenfalls auf, ihren Oberkörper zu bedecken. Wenn sie dies nicht tue, müsse sie gehen. Als die Klägerin versuchte, Argumente gegen diese Vorgehensweise vorzubringen, wurde sie von den Polizeibeamten aufgefordert die Plansche zu verlassen. Aufgrund der aggressiven Aufforderung begab sich später eine weitere Frau, [REDACTED], zur Klägerin, die die ganze Szene beobachtet hatte und bot ihre Hilfe an. Letztendlich forderten die Polizeibeamten die Klägerin auf, das Gelände zu verlassen, da sie

sich weigerte, der Aufforderung Folge zu leisten, ihren Oberkörper zu bedecken.

2. Daraufhin wendete sich die Klägerin an die Gleichstellungsbeauftragte des Bezirksamtes Treptow-Köpenick. Am 27.6.2021 legte sie zudem Beschwerde nach dem LADG bei der zuständigen Ombudsstelle ein (erstinstanzlich eingereicht als Anlage K2). Nachdem einige kritische Zeitungsartikel zu dem Thema erschienen waren, unter anderem in der Berliner Zeitung (erstinstanzlich eingereicht als Anlage K3), veröffentlichte das Bezirksamt am 30.06.2021 und 02.07.2021 zwei Pressemitteilungen zu dem Vorfall auf seiner Website (erstinstanzlich eingereicht als Anlage K4). In der ersten Stellungnahme vom 30.06.2021 wurde das Verhalten der Klägerin als Verstoß gegen das Verbot von „FKK“ dargestellt, ohne darauf hinzuweisen, dass nur der Oberkörper der Klägerin nicht bedeckt war. Dies stellte das Bezirksamt erst in der zweiten Stellungnahme vom 02.07.2021 richtig.

3. Zu den Auswirkungen des Vorfalls auf die Klägerin und ihr Kind wurde in der Klageschrift (S.30 f.) und im Schriftsatz vom 11.07.2022 (S. 2 f.) bereits ausgeführt und Beweis angeboten. Auf den dortigen Vortrag wird verwiesen. Eine entsprechende Beweisaufnahme ist erstinstanzlich nicht erfolgt.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Beweis: [REDACTED]
[REDACTED]

4. Zum weiteren Sachverhalt, insbesondere dem Inhalt des Beanstandungsverfahrens und dem dortigen Vorbringen wird auf den erstinstanzlichen Vortrag, insbesondere Ziffer 3 des Sachverhaltsvortrags der Klageschrift und die dort genannten Anlagen umfassend verwiesen und diese in Bezug genommen.

II.

Das Gericht hat sein klageabweisendes Urteil vorrangig auf folgende Erwägungen gestützt:

Ein Anspruch nach § 8 Abs. 2 LADG bestehe nicht.

Ob der Anwendungsbereich des § 3 LADG auch für den Sicherheitsdienst eröffnet ist, lässt das Gericht in Hinblick auf eine jedenfalls fehlende Rechtfertigung der Ungleichbehandlung offen (Urteil, S. 3).

Ohne dass erkennbar wäre, auf welchen Punkt der Anspruchsprüfung sich dies bezieht, stellt das Landgericht sodann fest, dass auch ohne tatsächlich geltende Nutzungsordnung „für derartige Bereiche allgemein übliche Benutzungsregelungen“ gälten und diese „dem entsprechen, was später schriftlich fixiert wurde“ (Urteil, S. 4). Es prüft sodann die Voraussetzungen der später erlassenen Nutzungsordnung im exakten Wortlaut und kommt zu dem Schluss, der Vorgabe „handelsübliche Badekleidung, wie z.B. Badehose,

Badeshorts, Bikini, Badeanzug, Burkini zu tragen“ (Nr. 8 der späteren Nutzungsordnung) sei zu entnehmen gewesen, dass die Klägerin einen Bikini, Badeanzug oder Burkini tragen musste. Eine diskriminierungsfreie Auslegung dahingehend, dass auch für Frauen eine Badehose eine handelsübliche Badekleidung sei, sei aufgrund des eindeutigen Sprachgebrauchs ausgeschlossen (Urteil, S. 4f.).

Bereits das Vorliegen einer geschlechtsbezogenen Ungleichbehandlung der Klägerin iSd §§ 2, 4 Abs. 1 LADG zieht das Landgericht sodann in Zweifel. Denn wenn – wie nach Auffassung des Gerichts hier – „offensichtliche Unterschiede zu einer Ungleichbehandlung führten“ könne es möglicherweise nur darauf ankommen „ob ein vorhandener Unterschied (insbesondere mit Rücksicht auf Art. 3 Abs. 2 GG) bei rechtlicher Bewertung nicht als solcher handlungsbestimmend sein dürfe“ (Urteil, S. 5).

Die Ungleichbehandlung sei aber jedenfalls gerechtfertigt. Ein hinreichender sachlicher Grund sei dann anzunehmen, „wenn bei wertender Beurteilung im Einzelfall und orientiert an den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben vernünftige einleuchtende Erwägungen sowie die Abwägung der verfassungsmäßig geschützten Rechte aller Betroffenen das Vorgehen rechtfertigen.“ (Urteil, S. 5f.). Ein solcher Grund liege im „geschlechtlichen Schamgefühl“, welches dadurch betroffen sei, dass ein nackter weiblicher Oberkörper dazu führe, dass sich andere Besucher:innen „aus moralischen, religiösen und sonstigen Gründen belästigt und unwohl fühlten“ (Urteil, S. 6). Dabei könne nicht außer Betracht bleiben, dass es sich um einen Kinderspielplatz handle, an welchem neben der allgemeinen Handlungsfreiheit dritter Erwachsener auch das Recht zur Erziehung ihrer Kinder zu einem Zurücktreten des Freiheitsrechts der Klägerin führen könne (Urteil, S. 7).

Die Klägerin habe zudem eine „erhebliche Beeinträchtigung“ nicht hinreichend dargelegt, sodass auch die Entschädigungshöhe „außerordentlich weit überhöht“ sei (Urteil S. 8f.).

Auch sei der Anspruch nicht aus anderen Amtshaftungsansprüchen (§ 839 BGB, Art. 34 GG bzw. ASOG) gegeben (Urteil, S. 9).

III.

Das Urteil ist abzuändern und der Klage stattzugeben. Die Klägerin hat entgegen der Auffassung des Landgerichts Anspruch auf Entschädigung nach dem LADG. Das Urteil beruht auf einer Rechtsverletzung. Die Rechtsnormen des LADG wurden nicht richtig angewendet. Zudem rechtfertigen die hier zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung.

Dazu sei das Folgende ausgeführt:

Das Urteil des Landgerichts verkennt grundlegend, dass Grundrechte im Verhältnis der Klägerin und dem Land Berlin unmittelbar gelten und im Rahmen der Prüfung einer Diskriminierung nach §§ 2, 4 Abs. 1, 5 LADG der verfassungsgerichtlich zu Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sowie unionsrechtlich etablierte Maßstab zur Geschlechtsdiskriminierung herangezogen werden muss. Das Landgericht kommt damit zu rechtlich unhaltbaren Ergebnissen. Der Anspruch der Klägerin auf Entschädigung ergibt sich aus § 8 LADG.

1. kein Vorrang des Primärrechtsschutzes

Im vorliegenden Fall musste nicht vorrangig um Primärrechtsschutz ersucht werden.

Nach § 8 Abs. 1 S. 2 LADG ist die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 8 Abs. 1 S. 1 LADG ausgeschlossen, wenn es die anspruchsberechtigte Person vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsbehelfs abzuwenden. Damit normiert § 8 Abs. 1 S. 2 LADG einen Vorrang des Primärrechtsschutzes, wodurch ein sogenanntes „Dulden und Liquidieren“ ausgeschlossen werden soll. Die Betroffenen sind dadurch angehalten, sich im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten gegen die Diskriminierung im Wege des Primärrechtsschutzes zu wehren. Erst wenn dies nicht oder nicht mehr möglich ist, soll Schadensersatz verlangt werden können. Gerade im Fall von diskriminierenden Äußerungen oder sich rasch erledigenden Verwaltungsakten ist der Primärrechtsschutz ohnehin in der Regel nicht oder nicht mehr möglich (Gesetzesbegründung, Abgh. Drs. 18/1996, S. 31).

Diese Regelung gilt nach dem eindeutigen Wortlaut bereits nicht für den hier geltend gemachten Anspruch auf Entschädigung nach § 8 Abs. 2 LADG, da die Erhebung eines Rechtsbehelfs grundsätzlich nicht geeignet ist, einen immateriellen Schaden (Nichtvermögensschaden) abzuwenden (vgl. dazu auch Gesetzesbegründung, Abgh. Drs. 18/1996, S. 31f.).

Nach dem geschilderten Sachverhalt ist zudem auch kein effektives Vorgehen im Primärrechtsschutz vorstellbar. Die Polizei gibt an, gerade keinen Platzverweis ausgesprochen zu haben. Das Verhalten der Sicherheitsbeamten zur Wahrnehmung des Hausrechts stellt mangels Hoheitsbefugnissen ebenfalls keinen Verwaltungsakt dar. Jedenfalls aber haben sich die Maßnahmen erledigt und ihre Nachwirkungen können nicht mehr beseitigt werden. Ein verwaltungsgerichtlicher Antrag auf Feststellung der

Rechtswidrigkeit des Handelns des Sicherheitsdienstes und der Polizei ersetzt keinen immateriellen Schaden.

2. Geltungsbereich § 3 LADG

Weiterhin ist der Geltungsbereich des LADG für die geltend gemachten Ansprüche eröffnet. Das Gesetz gilt gem. § 3 Abs. 1 S. 1 LADG für die Berliner Verwaltung, für landesunmittelbare öffentlich-rechtliche Körperschaften, Anstalten und Stiftungen, für den Rechnungshof von Berlin und für die Berliner Beauftragte oder den Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit sowie für die Gerichte und die Behörden der Staatsanwaltschaft des Landes Berlin, den Verfassungsgerichtshof und für das Abgeordnetenhaus von Berlin, soweit diese Verwaltungsaufgaben wahrnehmen (öffentliche Stellen).

Vorliegend werden Ansprüche gegen das Bezirksamt Treptow-Köpenick und die Polizei Berlin als Teile der Berliner Verwaltung (§§ 2-4 AZG) und damit als öffentliche Stellen im oben genannten Sinne geltend gemacht.

3. Verstoß gegen Diskriminierungsverbot § 2 LADG

Weiterhin ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 2 LADG gegeben.

a) Öffentlich-rechtliches Handeln

Der die Diskriminierung begründende Sachverhalt hat sich im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns zugetragen.

Dass die Polizei öffentlich-rechtlich handelte, ist offenkundig und erstinstanzlich unbestritten.

Aber auch das Handeln der Mitarbeiter des privaten Sicherheitsdienstes ist als öffentlich-rechtlich einzuordnen und dem Bezirksamt Treptow-Köpenick zuzurechnen, und nicht etwa privatrechtlich. Diesen Punkt hat das Landgericht erstinstanzlich offengelassen (Urteil, S. 3).

Behörden können sich zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben – innerhalb gewisser rechtlicher Grenzen – Privater bedienen, und diese dabei durch Gesetz beleihen, sodass diese die Aufgaben selbstständig und in eigenem Namen ausführen oder sie als dann unselbstständige und weisungsgebundene Verwaltungshelfer beauftragen. In Betracht kommt mangels Beleihungsakt nur Letzteres. Das Bezirksamt Treptow-Köpenick bediente sich des Sicherheitsdienstes zur Überwachung einer öffentlichen Einrichtung, die es im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnisses zur Verfügung stellte.

Der genaue Umfang der Beauftragung war erstinstanzlich streitig, er erstreckt sich aber auch auf die Absicherung der Liegenschaften und damit im Ergebnis auf die Ausübung eines öffentlich-rechtlichen Hausrechts. Dies gilt unabhängig davon, ob dieses überhaupt rechtmäßig ausgeübt werden konnte. Das Hausrecht ist als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn die Ausübung der Sicherung der „widmungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung“ und somit des „ungestörten Dienstbetriebs“ dient (BayVGH NJW 1980, 2722 (2723); HessVGH NJW 1990, 1250; OVG NRW NVwZ-RR 1989, 316; NJW 2011, 2379). Schon aus dem eigenen Vortrag des beklagten Landes und der Anlage B2 ergibt sich, dass jedenfalls auch die Absicherung der Liegenschaft von der Beauftragung erfasst war. Die Absicherung der Liegenschaft umfasst ein Eingreifen im Fall von Störungen oder

Vandalismus und dient damit der Sicherung des Betriebs der Plansche. Auch war der Sicherheitsdienst dabei in jedem Fall weisungsgebunden.

Die Details der Beauftragung im Innenverhältnis und die Frage, ob der Sicherheitsdienst seinen Auftrag überschritt, sind zudem für die Frage der Zurechnung des Handelns des Sicherheitsdienstes zum Bezirksamt Treptow-Köpenick letztlich irrelevant. Auch wenn dies nicht der Fall ist, ist ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der öffentlichen Stelle jedenfalls dann zurechenbar, wenn das Tätigwerden des/der Privaten sich nach außen als öffentlich-rechtlich manifestiert und er/sie bei der Ausführung seiner/ihrer Tätigkeit nur einen begrenzten Entscheidungsspielraum hat (Verwaltungshelfer) (Däubler/Beck-Klose, AGG, § 24, Rn. 110). Insofern kann Rechtsprechung zu Amtshaftungsfällen nach § 839 BGB iVm Art. 34 GG vergleichend herangezogen werden, in denen Handeln eines Verwaltungshelfers, der schuldhaft eine Amtspflicht verletzt, natürlich dennoch dem Staat als öffentlich-rechtliches Handeln zuzurechnen ist (hierzu Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 2. Teil. Die Amtshaftung, 6. Aufl. 2013, S. 20f.). Das Innenverhältnis zwischen der Körperschaft, deren Aufgaben wahrgenommen werden, und dem Verwaltungshelfer (im weitesten Sinne) ist für die Beurteilung der Tätigkeit des Verwaltungshelfers im Verhältnis zu einem betroffenen Bürger nicht von Bedeutung (BGH, NJW 1996, 2431). Ob ein bestimmtes Verhalten einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes anzusehen ist, bestimmt sich vielmehr danach, ob die eigentliche Zielsetzung, in deren Sinn die Person tätig wurde, hoheitlicher Tätigkeit zuzurechnen ist, und – falls dies zutrifft – ob zwischen dieser Zielsetzung und der schädigenden Handlung ein so enger äußerer und innerer Zusammenhang besteht,

dass die Handlung ebenfalls noch als dem Bereich hoheitlicher Betätigung angehörend angesehen werden muss (st. Rspr., BGH NJW 1992, 1310).

Das Handeln des Sicherheitsdienstes zielte darauf ab, (vermeintliche) Störungen in der Plansche zu unterbinden und stellte sich damit als Ausübung des öffentlich-rechtlichen Hausrechts in einer Einrichtung des Bezirksamts dar. Dies gilt unabhängig davon, ob das Hausrecht hier überhaupt rechtmäßig ausgeübt werden konnte. Es handelt sich damit eindeutig um ein dem Bezirksamt zuzurechnendes, öffentlich-rechtliches Handeln. Dies entspricht schließlich auch der Gesetzesbegründung, die ausdrücklich von einer Zurechnung des Handelns privater Sicherheitsdienste ausgeht (Abgh. Drs. 18/1996, S. 21).

b) Diskriminierung

Es liegt auch eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts nach § 4 Abs. 1 LADG vor. Eine solche ist anzunehmen, wenn eine Person wegen eines oder mehrerer der in § 2 genannten Gründe eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde und die Ungleichbehandlung nicht nach § 5 gerechtfertigt ist. Dabei steht das Unterlassen von diskriminierungsbeendenden Maßnahmen und Handlungen einem Tun gleich, sofern eine Pflicht zum Tätigwerden besteht.

Die Klägerin ist aufgrund ihres Geschlechts – und damit aufgrund eines in § 2 LADG und Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG pönalisierten Merkmals – ungleich behandelt worden. Und zwar ist sie wegen ihrer weiblich gelesenen Brüste als körperliche

geschlechtsbezogene Merkmale anders behandelt worden als Gäste der Plansche, deren Brüste männlich gelesen wurden. Eine Ungleichbehandlung, die an der geschlechtlichen Zuordnung der Brüste anknüpft, betrifft mehrheitlich Frauen – wie hier die Klägerin. Die geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung kann sich aber genauso auf trans Männer oder nicht-binäre oder agender Menschen auswirken, soweit deren Brüste weiblich gelesen werden.

Der Begriff der weniger günstigen Behandlung ist hier weit zu verstehen. Es genügt jede Beeinträchtigung, die zu irgendeinem Nachteil bei den Betroffenen führt. Anders als Badegäste, deren Brüste männlich gelesen wurden, wurde die Klägerin vom Sicherheitsdienst und später der Polizei aufgefordert, sich zu bekleiden und musste das Bad verlassen.

Damit hat auch die Polizei entgegen ihrer Angaben gegenüber der Ombudsstelle selbst durch aktives Tun diskriminiert.

Selbst wenn man davon ausginge, die Polizei sei hier rein vollziehend tätig geworden, was angesichts des Fehlens einer Rechtsgrundlage und der eindeutigen Rechtswidrigkeit der Vollzugshilfe bereits abwegig erscheint, wäre darin ein Unterlassen von diskriminierungsbeendenden Maßnahmen zu sehen. Denn die Polizei trifft auch bei einer Vollzugshilfe die Pflicht, festzustellen, dass der vollziehende Verwaltungsakt nicht offensichtlich rechtswidrig ist. Sollte eine eigenes Tun der Polizei tatsächlich ausscheiden, wird weitere Vortrag zur Diskriminierung durch Unterlassen ausdrücklich vorbehalten.

Das Gericht stellt bereits die Ungleichbehandlung in Zweifel und kommt sodann ohne weitere rechtliche Ausführungen zu dem Schluss, dass es sich hier lediglich um eine „Ungleichbehandlung von Ungleichem“ handle (Urteil, S. 5). Ähnlich ist wohl auch die

Beklagte zu verstehen, die darauf hinweist, dass nur bei Frauen die Brust ein sekundäres Geschlechtsmerkmal sei (Klageerwiderung vom 24.05.2022, S. 7), was im Schriftsatz vom 11.07.2022 bereits umfassend widerlegt wurde. Tatsächlich entwickeln sich die Brüste bei Menschen verschiedener Geschlechter biologisch unterschiedlich. Die Motivation für die Ungleichbehandlung in der Plansche war aber gerade nicht die besondere biologische Funktion weiblich gelesener Brüste, sondern die unterschiedliche gesellschaftlich Wahrnehmung derselben. So sind weiblich gelesene Brüste anders als männliche traditionell in konservativen Kreisen nach wie vor sexualisiert. Deshalb jedoch davon auszugehen, Männer und Frauen könnten nicht mehr als Gleiches gewertet werden, ist abwegig und führt den Grundgedanken des LADG letztlich ad absurdum. Unterschiedliche Personengruppen und Menschen verschiedener Geschlechter sind selbstverständlich vergleichbar. Ob ihre Unterschiede dann eine Ungleichbehandlung zu begründen vermögen, ist rechtlich eine Frage der Rechtfertigung.

4. Keine Rechtfertigung nach § 5 LADG

Diese Diskriminierung war auch nicht nach § 5 LADG zu rechtfertigen. Zunächst ist jedenfalls bei einem hoheitlichen Handeln, das aufgrund eines in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmals differenziert, eine gesetzliche Grundlage erforderlich (dazu unter a). Zudem kann nach § 5 Abs. 1 LADG eine Ungleichbehandlung nur dann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn sie auf Grund eines hinreichenden sachlichen Grundes erfolgt (dazu unter b).

a) Gesetzesvorbehalt

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes muss staatliches Handeln in bestimmten grundlegenden Bereichen auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, wesentliche Entscheidungen also durch die

Gesetzgebung legitimiert sein (BVerfGE 98, 218 <251>). Was als wesentlich zu qualifizieren ist, richtet sich insbesondere nach der Grundrechtsrelevanz (BVerfGE 47, 46 <79>). Bei einer unmittelbaren Ungleichbehandlung im Bereich des Art. 3 Abs. 3 GG ist regelmäßig eine gesetzliche Grundlage erforderlich, da es sich bei der Verwendung eines Merkmals des Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich um eine für die Grundrechtsausübung wesentliche Frage handelt (Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 17. Aufl. 2022, Art. 20 Rn. 74).

Vorliegend ist die Klägerin aufgrund des Geschlechts benachteiligt worden (s.o.). Für eine solche geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung bedarf es einer Rechtsgrundlage in Form eines Parlamentsgesetzes. Eine Nutzungsordnung, die eine solche Differenzierung vorgibt, gab es nach Auskunft der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung der ersten Instanz im entscheidenden Zeitpunkt der Ungleichbehandlung nicht. Dass die Nutzungsregeln in Form ungeschriebener, „allgemein üblicher Benutzungsregelungen“ galt und als Rechtsgrundlage für einen Grundrechtseingriff herangezogen werden kann, wie dies das Landgericht ausführt (Urteil, S. 4), widerspricht grundlegend den etablierten Maßstäben an den Gesetzesvorbehalt. Eine Nutzungsordnung wäre darüber hinaus als Rechtsgrundlage auch nicht ausreichend. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass wie das Gericht meint (S. 4 des Urteils), alle anderen Anwesenden diese Regeln gekannt und diese eingehalten hätten, was im Übrigen bestritten wird. Jedenfalls wird dies entgegen der Auffassung des Landgerichts (Urteil S.4) ersichtlich nicht dadurch belegt, dass die Nutzungsordnung später auf Anregung der Ombudsstelle rein klarstellend geändert wurde. Dies diene ersichtlich auch dem Zweck, die Diskriminierung von trans*, nicht-binären und agender

Personen zu verhindern. In welchem Parlamentsgesetz die für die Grundrechte – hier Gleichheitsrechte – wesentlichen Fragen vorgestaltet und auf den Satzungsgeber übertragen wurden, ist nicht erkennbar und von der Beklagtenseite nicht vorgetragen. Eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung scheidet bereits aus diesem Grund aus.

b) hinreichender sachlicher Grund

Es ist kein hinreichender sachlicher Grund erkennbar, der die geschilderte Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.

aa) Prüfungsmaßstab

Wann ein sachlicher Grund als hinreichend zu qualifizieren ist, richtet sich nach den unterschiedlichen verfassungs- und europarechtlichen Rechtfertigungsmaßstäben (Gesetzesbegründung, Abgh. Drs. 18/1996, S. 28). Das Land Berlin ist insofern unmittelbar grundrechtsgebunden. Dabei ist im Hinblick auf den Rechtfertigungsmaßstab nach dem jeweils betroffenen Diskriminierungsmerkmal zu differenzieren. Die Gesetzgebung rekuriert in der Gesetzesbegründung auf den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Rechtfertigungsmaßstab für Art. 3 GG (Gesetzesbegründung, Abgh. Drs. 18/1996, S. 28). Bei unmittelbarer Bezugnahme auf ein Merkmal des Art. 3 Abs. 3 GG muss § 5 LADG verfassungskonform ausgelegt und der gesteigerte Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 Abs. 3 GG angewendet werden.

Sofern die Beklagtenseite auf § 20 Abs. 1 AGG verweist, verkennt sie, dass das AGG ausschließlich auf zivilrechtliche Verhältnisse anwendbar ist. Das AGG wurde zur Umsetzung von vier EU-Richtlinien eingeführt. Es ist zwar daneben auch eine Umsetzung des

grundrechtlichen Regelungsauftrags und Grundrechte finden bei der Auslegung des AGG Berücksichtigung. Private sind jedoch gerade nicht wie das Land Berlin unmittelbar an Grundrechte gebunden. Rechtsprechung zum AGG kann im Hinblick auf den Rechtfertigungsmaßstab aufgrund der unterschiedlichen Interessenlage demnach nur eingeschränkt übertragen werden.

Ein hinreichender sachlicher Grund kann entsprechend der bundesverfassungsrechtlichen Rechtsprechung zum Geschlecht nach Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG ein solcher sein, der „zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich“ (BVerfGE 85, 191 <207>) ist oder andernfalls nur kollidierendes Verfassungsrecht, also ein Wert von Verfassungsrang oder Grundrechte anderer, sein. Damit ergibt sich das Erfordernis der Prüfung einer strengen Verhältnismäßigkeit im Einzelfall unter Berücksichtigung europarechtlicher Vorgaben (vgl. Gesetzesbegründung, Abgh. Drs. 18/1996, S. 28). Die Anforderungen sind hier bei dem Merkmal Geschlecht besonders hoch anzusetzen, da das Merkmal in keiner Weise von den Betroffenen beeinflusst werden kann und schon in Art. 3 GG als besonders schwerwiegendes Merkmal genannt ist.

Diese Maßstäbe verkennt das Landgericht gänzlich. So sei ein sachlicher Grund dann anzunehmen, wenn bei wertender Beurteilung im Einzelfall und orientiert an den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben vernünftige einleuchtende Erwägungen sowie die Abwägung der verfassungsmäßig geschützten Rechte aller Betroffenen das Vorgehen rechtfertigen (Urteil, S. 5 f.). Beim Ausgleich der zu schützenden Rechte der Klägerin und Dritter sei wiederum zu bedenken, dass die in der Gesellschaft anerkannten

Regeln eines gedeihlichen Zusammenlebens der Menschen die schutzwürdigen Interessen der Einzelnen wahren sollen. Hierzu gehöre auch das geschlechtliche Schamgefühl des Menschen (Urteil, S. 6). Das Präsentieren eines nackten weiblichen Oberkörpers könne dazu führen, dass andere Besucher sich aus moralischen, religiösen und sonstigen Gründen belästigt und unwohl fühlten (Urteil, S. 6). Ausreichend sei, dass sich einzelne Nutzer sich in ihrem Sittlichkeitsempfinden gestört gefühlt haben könnten. Auf tatsächliche Beschwerden komme es nicht an. Das LADG könne nicht dazu führen, dass verfassungsrechtlich berechnigte Interessen und Rechte Dritter nur deshalb außer Betracht bleiben müssen, weil diese Dritten sich in der Mehrheit befinden (Urteil, S. 6). Das Gericht bezeichnet sodann das Auftreten einer Frau mit nacktem Oberkörper in der Öffentlichkeit des Bereichs der Plansche als Überschreitung der gesellschaftlich akzeptierten Toleranzgrenze. Schließlich verweist es auf das Vorliegen eines Kinderspielplatzes, die Handlungsfreiheit dritter Erwachsener sowie ihr Recht zur Erziehung ihrer Kinder (Urteil, S. 7).

Diese Argumentation ist rechtlich nicht tragbar. Insgesamt befasste sich das Gericht sowie auch zuvor das Bezirksamt wenig mit einer ordnungsgemäßen Rechtfertigungsprüfung.

Zunächst können differenzierende Regelungen überhaupt nur dann zulässig sein, wenn sie „zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“. Eine Ungleichbehandlung ist damit nur dann zu rechtfertigen, wenn sie zwingend notwendig ist, um körperlichen Unterschieden zwischen den Geschlechtern Rechnung zu tragen. Das ist hier erkennbar nicht der Fall.

Zwar unterscheiden sich „weibliche“ Brüste, die als sekundäre Geschlechtsmerkmale gelten, in ihrer biologischen Funktion: Sie können zur Brusternährung von Säuglingen genutzt werden. Diese unterschiedliche biologische Funktion war jedoch nicht der Grund für die Aufforderung an die Klägerin, ihre Brüste zu bedecken oder die Plansche zu verlassen. Grund dafür war vielmehr ein „geschlechtliches Schamgefühl“ unbekannter anwesender Personen, deren Existenz nach wie vor bestritten wird. Dabei handelt es sich um eine teilweise vertretene gesellschaftliche Wahrnehmung, die weibliche Brüste sexualisiert und daraus den Schluss zieht, dass diese zu bedecken seien. Einen zwingenden Grund für eine geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung, die das LADG ausdrücklich vermeiden will, kann eine solche gesellschaftliche Erwartung, deren Verbreitung zudem streitig sein dürfte, nicht darstellen.

Das gilt unabhängig davon, dass, wie bereits ausgeführt, diese gesellschaftliche Rollenerwartung in Berlin, zumal im Osten der Stadt, sowie an einem Ort, an dem Menschen in Badekleidung verweilen, nicht (mehr) der Einstellung der Mehrheitsbevölkerung entspricht. Dabei ist anzumerken, dass der Staat sich durch eine vergeschlechtlichte Bekleidungs Vorschrift nicht der Verantwortung entziehen kann, die Klägerin gerade vor einer Sexualisierung der Brüste durch andere anwesende Erwachsene und einer daraus resultierenden Diskriminierung zu schützen.

Mangels zwingender Gründe lässt sich die Ungleichbehandlung daher nur noch durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen. Notwendig ist eine differenzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung. Die Maßnahmen haben zwar unter Umständen teilweise ein legitimes Ziel verfolgt, sie waren zur Erreichung dieses Ziels jedoch weder geeignet, erforderlich noch angemessen (verhältnismäßig i.e.S.).

bb) Legitime Ziele sind den Ausführungen des Bezirksamtes im Rahmen des Beanstandungsverfahrens sowie dem Urteil des Landgerichts kaum zu entnehmen. Das Bezirksamt führt lediglich immer wieder an, es handele sich um einen Kinderspielplatz, was bereits keine einschlägige rechtliche Einordnung darstellt. Es behauptet darüber hinaus andere Gäste hätten sich belästigt gefühlt. Ob es tatsächlich Beschwerden gab, ist mithin streitig. Die Bezeichnung als Kinderspielplatz kann bei wohlwollender Auslegung so verstanden werden, dass die Diskriminierung zum Schutz des Kindeswohls erfolgen soll. Das Gericht verneint eine Diskriminierung mit Verweis auf das geschlechtliche Schamgefühl und nennt im Urteil nun selbständig auch das Elternrecht anderer anwesender Erwachsener nach Art. 6 GG als Rechtfertigungsgrund (Urteil, S. 7).

Das geschlechtliche Schamgefühl stellt zunächst für sich keinen verfassungsrechtlich verankerten legitimen Zweck dar. Es werden weder ein gesellschaftliches Sittlichkeitsempfinden noch Scham- oder Anstandsgefühl im Grundgesetz genannt oder besonders geschützt. Damit kann eine Maßnahme, die diesen Schutzgüter zu dienen bestimmt ist, keine geschlechtsbezogene Maßnahme nach Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG rechtfertigen.

Ohnehin sind aber auch Straf- und ordnungsrechtliche Regelungen wie § 118 OWiG und § 184i StGB, die vor Belästigungen unterschiedlicher Art schützen, nicht einschlägig. Auch nach der Rechtsprechung zu § 118 OWiG ist auf das subjektive Empfinden besonders prüder Bevölkerungsgruppen gerade nicht abzustellen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4. 5. 2000 – 2 Ss 166/99, NSTZ-RR 2000, 309, 310; VG Karlsruhe, Beschluss vom 2. 6. 2005 – 6 K 1058/05NJW 2005, 3658).

Eine Belästigung nach § 118 OWiG ist im Zusammenhang mit Nacktheit nach der Rechtsprechung nur dann einschlägig, wenn entweder das Scham- und Anstandsgefühl der ungewollt mit fremder Nacktheit konfrontierten Menschen nachhaltig tangiert wird (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 3.9.2002, Az. 1 S 972/02) und wenn die Handlung in einem so deutlichen Widerspruch zur Gemeinschaftsordnung steht, dass sie jeder billig und gerecht denkenden Bürger als grobe Rücksichtslosigkeit gegenüber jedem Mitbürger ansehen würde, sie sich also gleichsam als eine Missachtung der durch die Gemeinschaftsordnung geschützten Interessen darstellt (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 4.5.2000, Az. 2 S 166/99; VG Karlsruhe, Urteil vom 2.6.2005, Az. 6 K 1058/05). Diese Schwelle ist für eine nackte, weibliche Brust an einem Ort im Berliner Osten, an dem Menschen Badebekleidung tragen, nicht erfüllt.

Das Grundgesetz schützt keine expliziten Kinderrechte, im Sinne des „Kindeswohls“ kommt aber Schutz der Grundrechte der die Plansche nutzenden Kinder in Betracht. Damit haben nur der Schutz des Kindeswohls im Sinne der körperlichen und psychischen Integrität nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG und die allgemeine Handlungsfreiheit Dritter nach Art. 2 GG Verfassungsrang und kommen als legitimes Ziel der verfahrensgegenständlichen Ungleichbehandlung in Betracht. Die Polizei nennt außer der Vollzugshilfe, die für sich kein Verfassungsgut darstellt, keine legitimen Ziele für ihr Handeln – noch sind solche erkennbar. Dies gilt umso mehr, wenn der Sicherheitsdienst tatsächlich gar nicht zur Ausübung des Hausrechts beauftragt worden wäre.

cc) In Bezug auf den Schutz des Kindeswohls bestehen schon erhebliche Bedenken im Hinblick auf die Geeignetheit der Maßnahme.

Es ist eher fernliegend, dass das Bedecken der weiblichen Brust sowie die – rechtswidrige – Ausübung des Hausrechts gegenüber der Klägerin zum Kinderschutz beitragen kann. Zumal die Vorgehensweise des Bezirksamtes wohl vielmehr die beiden mit der Klägerin anwesenden Kinder zutiefst verstört haben dürfte. Gerade für kleine Kinder ist die Brust nur durch das Stillen bekannt und unterliegt daher kaum der Sexualisierung. Sie sehen die weibliche nackte Brust üblicherweise recht häufig und dürften dadurch kaum irritiert sein. Wenn bei Kindern dadurch ein Schamgefühl entsteht, rührt dies ausschließlich aus einer Übertragung des subjektiven Schamgefühls der Eltern, welches durch den verfassungsrechtlichen Begriff des Kindeswohls nicht geschützt wird. Die Straftatbestände für männliche Exhibitionisten und öffentliche sexuelle Handlungen aus §§ 183, 183a StGB, welche das beklagte Land argumentativ ins Felde führt (Weiterer Schriftsatz vom 18.08.2022, S. 7), beruhen insofern auf gänzlich anderen Erwägungen

dd) Das Handeln des Sicherheitsdienstes und der Polizei war auch nicht erforderlich, um das Kindeswohl zu schützen. Erforderlich ist eine Maßnahme nämlich nur dann, wenn kein milderer Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung steht oder die mildereren zur Verfügung stehenden Mittel zur Zweckerreichung nicht gleich geeignet sind. Es wäre aber durchaus möglich gewesen, die Klägerin zu bitten, sich an einen anderen Ort innerhalb der Plansche zu begeben, von dem aus das vermeintlich zu schützende Kind sie nicht sehen konnte. Denn ganz sicher war es nicht erforderlich, alle Kinder und damit auch die Kinder zu schützen, deren Wohl auch nach Auffassung der Eltern in keiner Weise beeinträchtigt wurde.

Der Vortrag, die Plansche sei an dem Tag recht voll gewesen, ändert daran entgegen der Auffassung des Landgerichts auch nichts (Urteil, S. 7). Es wäre dennoch möglich gewesen, einen Platz anderswo auf der Liegewiese zu finden. Dazu wäre die Klägerin auch ohne Weiteres bereit gewesen.

Als gleich effektives Mittel, welches insbesondere eine Diskriminierung vermieden hätte, wäre es in Betracht gekommen, schlicht allen Besucher:innen eine Pflicht zur Bekleidung des Oberkörpers aufzuerlegen. Es ist jedoch einzusehen, dass dies im konkreten Fall keinen milderen Eingriff dargestellt hätte, da eine größere Anzahl von Personen betroffen gewesen.

ee) Im Rahmen der Angemessenheit hat zudem eine umfassende Abwägung der gegenstreitenden Interessen zu erfolgen. Es ist die Schwere der Ungleichbehandlung, ihre Auswirkungen auf die betroffene Person sowie die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen (Gesetzesbegründung Abgh. Drs. 18/1996, S. 28). Die Ungleichbehandlung war hier durchaus erheblich. Die Klägerin sah sich kaum bekleidet zwei Mitarbeitern des Sicherheitsunternehmens sowie später zusätzlich zwei Polizeibeamten konfrontiert, die eine offensichtlich rechtswidrige Maßnahme (ausführlich dazu die Klageschrift vom 18.01.2022, S. 18-27) durchführten. Das Vorgehen führte öffentlich zu Stigmatisierung und Herabsetzung der Klägerin, für die es eine traumatisierende Erfahrung war.

Demgegenüber steht allein der Zweck, den Schutz des Kindeswohls im Sinne der körperlichen und psychischen Integrität nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sowie die Handlungsfreiheit Dritter aus Art. 2 Abs. 1 GG zu gewährleisten. Die Verletzung dieser Grundrechte müsste eine gewisse

Erheblichkeit aufweisen, um den Eingriff in Grundrechte der Klägerin und insbesondere eine offenkundige Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

(1) Der Schutz des Kindeswohls im Sinne der körperlichen und psychischen Integrität des Kindes nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wurde bereits nicht substantiiert von Beklagtenseite vorgetragen. Es erscheint, wie bereits dargestellt, auch abwegig, dass der Anblick der weiblichen nackten Brust Kinder körperlich benachteiligt oder psychisch beeinträchtigt.

Selbstverständlich sind Kinder auf einem Kinderspielplatz vor Gewalt und (ohnehin strafbarer) Sexualität zu schützen, was durch Vorschriften wie § 118 OWiG, §§ 183, 183a StGB gewährleistet wird. Davon ist aber ein Sonnen ohne Oberteil zu unterscheiden, das gerade keinerlei Sexualbezug hat.

(2) Das seitens des Gerichts angeführte Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG ist hier bereits nicht einschlägig, da es Eltern vor Eingriffen des Staates schützt, nicht aber vor anderen Eltern, die andere Vorstellungen der Erziehung haben.

Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gewährleistet ein Grundrecht und eine korrespondierende Pflicht der Eltern zur Pflege und Erziehung ihrer Kinder, um die körperliche, geistige und seelische Entwicklung der Kinder zu gewährleisten. Das Pflege- und Erziehungsrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist ein fremdnütziges Recht, richtet sich inhaltlich also nach dem Kindeswohl und der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes und ist demnach nach den Bedürfnissen des Kindes auszurichten. Weiterhin nimmt das Elternrecht mit fortschreitendem Alter des Kindes ab und erlischt

mit dessen Volljährigkeit. Denkbar ist eine Kollision des Elternrechts mit den Grundrechten des Kindes hinsichtlich der Definition des Kindeswohls im Einzelfall. Der Staat darf schließlich nur ausnahmsweise in das – primär elterliche – Pflege und Erziehungsrecht eingreifen, wenn die Eltern ihrer Verantwortung nicht gerecht werden (Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs 3 GG). Die Persönlichkeitsentfaltung der Eltern zu eigennützigen Zwecken ist nicht durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, sondern durch Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG geschützt. Damit regelt das Elternrecht das Verhältnis zwischen dem Staat und den Eltern und bezieht sich hauptsächlich auf das Verhältnis Eltern-Kind (Dreier, Grundgesetz Kommentar, 3. Auflage 2013, Rn. 1, 41-145).

Grundsätzlich ist folglich festzuhalten, dass die elterliche Erziehung die Vermittlung von Wissen und Wertorientierung umfasst. Es kann damit individuelles Erziehungsziel sein, den eigenen Kindern nahezubringen, dass bestimmte Körperteile aus moralischen, religiösen oder sonstigen Gründen in der Öffentlichkeit verhüllt bleiben sollten. Daraus jedoch eine Art staatliche Schutzpflicht abzuleiten, die bereits vor dem Anblick anderer Menschen schützt, geht hingegen zu weit. Denkbar wäre insofern allenfalls – wenn man angeblichen unterschiedlichen gesellschaftlichen Vorstellungen Rechnung tragen möchte – getrennte Bereiche mit unterschiedlich strengen Bekleidungs Vorschriften auszuweisen.

Wenn überhaupt wurde hier durch den Staat in das Elternrecht der Klägerin eingegriffen. Dann kann die Abwägung aber keinesfalls schlicht zu Gunsten anderer Eltern ausfallen, die von der Gegenseite nicht einmal benannt werden können.

(3) Inwieweit die allgemeine Handlungsfreiheit Dritter nach Art. 2 Abs. 1 GG durch den Anblick der nackten Brüste einer Person

beeinträchtigt werden könnte, ist weder dem Urteil noch dem Beklagtenvorbringen zu entnehmen und nicht nachvollziehbar. Die reine Möglichkeit und Behauptung des Entstehens eines Schamgefühls reicht hierfür nicht aus. Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt zwar sehr weitgehend die Freiheit einzelner Menschen, zu tun wie ihnen beliebt, es schützt sie jedoch nicht vor dem bloßen Anblick anderer Menschen.

c) Keine positive Maßnahme

Gemäß 5 Abs. 2 LADG kann eine Ungleichbehandlung ausnahmsweise auch dann gerechtfertigt sein, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile strukturell benachteiligter Personen wegen eines oder mehrerer der in § 2 genannten Gründe verhindert oder ausgeglichen werden sollen (positive Maßnahmen).

Die Beklagtenseite verweist zur Rechtfertigung auf § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AGG, wonach eine unterschiedliche Behandlung auch dann zulässig, wenn sie dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder persönlichen Sicherheit Rechnung trägt. Dieser Rechtfertigungsgrund ähnelt einer positiven Maßnahme iSv § 5 AGG, und soll ermöglichen, von Diskriminierung betroffene Gruppen zu bevorteilen, um strukturelle Diskriminierungen auszugleichen (Wendtland, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 63. Edition (Stand: 01.08.2022), § 20 Rn. 9). Für eine direkte oder auch analoge Anwendung im Anwendungsbereich des LADG ist bereits kein Raum, da das LADG mit § 5 Abs. 2 LADG für positive Maßnahmen eine eigene Regelung vorsieht und ersichtlich keine planwidrige Regelungslücke zu erkennen ist.

Auch handelt es sich bei der Aufforderung an die Klägerin, sich zu bekleiden oder die Plansche zu verlassen, unter keinem Gesichtspunkt um eine „positive Maßnahme“. Die positive Maßnahme schützt die von der Ungleichbehandlung betroffenen Person bzw. Personengruppe. Ein Ausgleich von Nachteilen der Klägerin – und anderen Frauen und Personen mit Brüsten – ist in der Aufforderung, sich zu bekleiden und die Plansche zu verlassen, unter keinem Gesichtspunkt zu sehen. Sinn und Zweck positiver Maßnahmen ist es keinesfalls, dass Personen zu ihrem eigenen Schutz beispielweise vor Sexualisierung Ungleichbehandlung hinnehmen müssen. Als positive Maßnahmen wäre stattdessen denkbar, einen abgetrennten Bereich für Frauen vorzusehen oder die Plansche an bestimmten Tagen nur für Frauen zu öffnen, um sie so vor belästigenden Blicken oder sexuellen Übergriffen zu schützen.

5. Vermutung § 7 LADG

Der Sachverhalt ist in den wesentlichen Punkten zwischen den Parteien unstreitig. Damit sind nicht nur Tatsachen glaubhaft gemacht, die einen Verstoß gegen § 2 LADG überwiegend wahrscheinlich machen – wie § 7 LADG dies fordert – sondern diese sogar erwiesen. Tatsachen, die eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung überwiegend wahrscheinlich machen, sind nicht ersichtlich.

6. Immaterieller Schaden

Das Landgericht macht (hilfsweise) Ausführungen zur Entschädigungshöhe, in denen es überhöhte Anforderungen an die Darlegung stellt. Auszugsweise heißt es (Urteil, S. 8):

„Schließlich hat die Klägerin auch eine erhebliche Beeinträchtigung (Anm.: Hervorhebung durch die Unterzeichnerin) nicht hinreichend dargelegt, die einen Entschädigungsanspruch nach § 8 LADG begründen könnte. Da die Folgen einer (hier nicht gegebenen) Diskriminierung individuell unterschiedlich und nicht pauschal stets gleichgelagert sind, spricht keine Vermutung für bestimmte Folgen bei der Klägerin; § 7 LADG greift insoweit nicht. Wenn sie behauptet, ‚ein starkes Gefühl der Erniedrigung‘, ‚Einsamkeit angesichts der fehlenden Unterstützung‘, ‚Angst, die ihren Sohn überkam‘ und ‚starken Zwang‘ verspürt zu haben, ist das angesichts dessen, dass sie nach eigenem Vortrag in Begleitung eines Freundes war, nicht nachvollziehbar, aber jedenfalls zu wenig konkret und einer Beweisaufnahme nicht zugänglich. Wie sich dieser angebliche psychische Zustand geäußert haben könnte, trägt die Klägerin nicht vor. Dass sie sich ‚vor den Augen der anderen Menschen‘ bloßgestellt gefühlt habe, ist ebenfalls unzureichend substantiiert, berücksichtigt man, dass sie zugleich geltend macht, sich rechtmäßig verhalten zu haben. Der Wille, den Staat bestrafen zu wollen, allein vermag einen zivilrechtlichen Entschädigungsanspruch nicht zu begründen.“

Das Landgericht scheint sich dabei an der Bemessung von Entschädigungen nach § 823 Abs. 1 BGB iVm dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) zu orientieren und erkennt grundlegend den rechtlichen Charakter der Entschädigung nach dem LADG, welcher mit Entschädigungsansprüchen nach dem AGG vergleichbar ist: Ein immaterieller Schaden ist – sowohl nach AGG wie auch nach LADG – bei einer nachgewiesenen Diskriminierung grundsätzlich anzunehmen und muss nicht im

Einzelnen dargelegt werden. Der Entschädigungsanspruch im LADG knüpft – wiederum vergleichbar mit dem AGG – damit nicht an eine darzulegende Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts an (zum AGG: BAG NZA 2012, 910 Rn. 41). Es gibt zudem auch keine Erheblichkeitsgrenze (wiederum zum AGG: BAG NZA 2010, 1129 Rn. 37). Die Anforderungen, die das Landgericht daher an den Nachweis einer „erheblichen Beeinträchtigung“ stellt sind damit jedenfalls verfehlt.

Bei der Bemessung der Höhe des Anspruchs sind die Gerichte an die Vorgaben der europarechtlichen Richtlinien und Rechtsprechung gebunden, die verlangen, dass nicht nur materielle Schäden ersetzt werden, sondern es sich um eine wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktion handelt (EuGH C-407/14; ebenso bereits das Draehmpaehl-Urteil des EuGH Rs C-180/95 zu § 611a BGB aF).

Sieht man sich die Entschädigungshöhen im Rahmen des AGG an, erkennt man, dass dort der betroffenen Person in der Regel Beträge von mehreren Bruttogehältern zugesprochen werden. Es gibt keinerlei Anlass davon auszugehen, dass im Rahmen des LADG, welches auf denselben europarechtlichen Regelungen beruht, geringere Beträge zuzusprechen sind. Gerade wenn es um Diskriminierungen durch den Staat geht, kann dem europarechtlich erforderlichen Sanktions- und Präventionscharakter der Entschädigung nur durch angemessen hohe Beträge Rechnung getragen werden.

Hinsichtlich der Entschädigungshöhe sind zudem die Schwere des Verstoßes sowie die Folgen für die diskriminierte Person zu berücksichtigen, wie etwa psychische Beeinträchtigungen oder entstandene Traumata. Das diskriminierende Verhalten stellte hier nicht nur einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, sondern

war auch aus anderen Gründen jenseits des LADG rechtswidrig und verletzte weitere Grundrechte der Klägerin. In der Aufforderung, sich zu bekleiden oder die Plansche zu verlassen, entbehrte sowohl für Sicherheitsdienst als auch für die Polizei jeder Rechtsgrundlage und verletzte damit jedenfalls ihre allgemeine Handlungsfreiheit. Weiter verletzte die Diskriminierung auch ihr Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Denn zum einen war die Aufforderung an die sich in Badekleidung sonnende Klägerin, sich zu bekleiden, übergriffig und entwürdigend. Schließlich fand sich die Klägerin in Badebekleidung einer männlichen Übermacht gegenüber, die ihr (eindeutig rechtswidrige) Bekleidungsangaben machte und ihr damit sogleich kommunizierte, ihre Brüste seien als Objekte sexueller Begierde zu tabuisieren und zu verstecken. Weiter war der Vorfall auch ehrverletzend, weil er doch vor einer Vielzahl weiterer anwesender Personen die Rechtswidrigkeit sowie eine soziale Ächtung des Verhaltens der Klägerin suggerierte. Sie wurde öffentlich gedemütigt und respektlos behandelt. Diese Demütigung verstärkte das Bezirksamt zudem in seiner Pressemitteilung vom 30.06.2021, in der es der Klägerin zu Unrecht vorwarf, gegen das „FKK-Verbot“ verstoßen zu haben und damit fälschlicherweise behauptete, sie sei vollständig nackt gewesen. Und schließlich betrifft die Frage, ob die Klägerin ihre Brüste bekleiden will oder nicht eine ausgesprochen persönliche Frage, die tief mit dem Verständnis der Klägerin von ihrer Rolle als Frau in der Gesellschaft verbunden und damit Ausdruck der freien Entfaltung ihrer Persönlichkeit ist. Das diese Frage für die Klägerin mit einer tiefen persönlichen Überzeugung verbunden ist, zeigt bereits ihre Standhaftigkeit gegenüber Sicherheitsdienst und Polizei.

Weiter hat sich der Vorfall auch auf das Kind der Klägerin und ihr Erziehungsrecht ausgewirkt. Sowohl für die Klägerin als auch für ihren Sohn war das Erlebnis erheblich traumatisierend und hat das Verhältnis zueinander stark beeinflusst. Für Kinder, die noch nicht über eine differenzierte eigene Weltsicht verfügen, bedeutet die „Verfolgung“ ihrer Eltern durch die Polizei automatisch, dass diese etwas grundlegend falsch gemacht haben. Dies kann das kindliche Vertrauen zu den Eltern nachhaltig beschädigen. Zudem wurde die Klägerin von ihrem Recht abgehalten ihr Kind diskriminierungsfrei zu erziehen und ihrem Sohn beizubringen, dass Frauen nicht aufgrund ihres Geschlechts in ihren Freiheiten beschnitten werden dürfen und die gleichen Rechte haben.

Die konkreten Auswirkungen auf die Klägerin wurden bereits erstinstanzlich umfassend benannt und nun zusätzlich belegt.

Schließlich ist – soweit eine Entschädigung auch abschreckend wirken soll – auch zu berücksichtigen, dass das Bezirksamt ebenso wie die Polizei im gesamten Beanstandungsverfahren keinerlei Einsicht gezeigt haben und sich auch nicht für die Ungleichbehandlung bei der Klägerin entschuldigten. Die Bitte um Rechtfertigung des Handelns wurde kaum ernstgenommen. Dementsprechend sind die Auswirkungen des Verstoßes gegen das LADG keineswegs auf den Abbruch des Badebesuchs und die berechtigte Wut der Klägerin beschränkt. Weiteren Vortrag zu diesem Punkt behält sich die Unterzeichnerin ausdrücklich vor.

Nach alledem besteht ein Entschädigungsanspruch der Klägerin in beantragter Höhe nach § 8 Abs. 2 LADG. Das Urteil ist abzuändern und er Berufung ist stattzugeben.

IV.

Im Übrigen wird auf die Ausführungen des erstinstanzlichen Vortrags und die dortigen Anlagen und Beweisantritte Bezug genommen.

Thum

Rechtsanwältin, Fachanwältin für Arbeitsrecht