

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

Adressat*innen bei § 11 Abs. 1 Nr. 14 des Niedersächsischen Gaststättengesetzes

Kurzgutachten

I. Hintergrund

Im Dezember 2015 beschloss der Niedersächsische Landtag eine Änderung des Niedersächsischen Gaststättengesetzes (NGastG).¹ Neu wurde in § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG eine Regelung eingefügt, die Benachteiligungen wegen ethnischer Herkunft oder Religionszugehörigkeit in Diskotheken als Ordnungswidrigkeit einstuft. Damit sollte auf ein zahlenmäßig relevantes Problem diskriminierender Einlasspraktiken reagiert werden. Die Bußgeldhöhe kann bei Verstößen gem. § 11 Abs. 2 S. 2 NGastG auf bis zu 10.000 Euro festgesetzt werden.

Das vorliegende Kurzgutachten soll die Frage klären, wer eigentlich Adressat*in der Sanktionsnorm ist. In Frage kommen nämlich sowohl die*der Clubbetreiber*in, die*der handelnde Angestellte oder aber auch etwa eine externe Sicherheitsfirma, die Sicherheitspersonal für Veranstaltungen stellt.

II. Der Wortlaut

Der Wortlaut des § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG ist insofern etwas uneindeutig. Es heißt:

„Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...] als für das Betreiben eines Gaststättengewerbes verantwortliche Person bei der Kontrolle des Einlasses in eine Diskothek oder beim Aufenthalt in einer Diskothek eine Person wegen der ethnischen Herkunft oder der Religion benachteiligt.“

Problematisch ist hier, dass im Prinzip zwei mögliche Personen gleichzeitig angesprochen werden:

1. Die für das Betreiben der Diskothek verantwortliche Person – das wird in der Regel etwa Inhaber*in oder Geschäftsführer*in sein.
2. Die Person, die benachteiligt – das werden in der Regel Arbeitnehmer*innen der*des Inhaber*in oder externer Sicherheitsdienstleister sein.

¹ Ausführlich dazu: *Vogt/Kappler*, in: Kritische Justiz 2016, S. 371 ff.

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

Denkbar wäre zunächst auch eine Interpretation, die verlangt, dass die*der Betreiber*in selbst die benachteiligende Handlung vornehmen muss. Allerdings regelt § 9 Abs. 2 Nr. 2 O-WiG² auch die Ahndbarkeit von Personen, die von Betriebsinhaber*innen mit der Erfüllung bestimmter Aufgaben betraut wurden.

Insofern sind auch Arbeitnehmer*innen oder externe Dienstleister*innen, die mit der Einlasskontrolle oder anderen Tätigkeiten beauftragt sind, Adressat*innen der Sanktionsnorm. Verantwortlich ist demnach zunächst stets die *handelnde Person*, also etwa Türsteher*innen selbst.

III. § 14 OWiG

Für die Haftung der Diskothekenbetreiber*innen oder externer Sicherheitsdienstleister*innen kommt zunächst die Ahndung über § 14 OWiG als Beteiligte der Ordnungswidrigkeit in Betracht. Dies setzt ein für die diskriminierende Handlung ursächliches Verhalten voraus.³ Denkbar wäre bspw., dass die*der Diskothekenbetreiber*in explizit zu Diskriminierungen am Einlass auffordert. Hier ist eine direkte Ahndung nach § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG möglich. Problematisch wird hier vielmehr die Nachweisbarkeit sein, wenn die*der Handelnde sich im Bußgeldverfahren nicht auf etwaige Anordnungen beruft.

IV. § 130 OWiG

Doch auch das Fehlen einer nachweisbaren, ursächlichen Handlung entzieht Clubbetreiber*innen nicht jeglicher Verantwortung. § 130 OWiG begründet, wie die Gesetzesbegründung des Änderungsgesetzes richtig erkennt⁴, eine Haftung der*des Diskothekenbetreiber*in. Diese tritt neben die vorrangige Haftung der handelnden Person, soweit die*der Diskothekenbetreiber*in nicht schon selbst Beteiligte*r der Diskriminierungshandlung ist, vgl. § 14 OWiG. Die wichtigsten Voraussetzungen für die Haftung von Diskothekenbetreiber*innen nach § 130 OWiG iVm. § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG sind dann:

² Auch bei landesrechtlichen Ordnungswidrigkeiten gilt grundsätzlich das Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG), vgl. § 2 OWiG, solange der Landesgesetzgeber keine spezielleren Regelungen trifft.

³ Rosenkötter/Louis, Das Recht der Ordnungswidrigkeiten, 7. Aufl., Rn. 268.

⁴ Landtag NDS Drs. 17/4312, S. 3.

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

1. Vorliegen eines Verstoßes gegen § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG;
2. Verletzung einer Aufsichtspflicht durch die*den Betriebsinhaber*in;
3. Vorsatz oder Fahrlässigkeit bezüglich der Aufsichtspflichtverletzung.

1. Anknüpfungstat

Zunächst bedarf es also einer diskriminierenden Handlung nach § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG. Diese Zuwiderhandlung gegen eine betriebsbezogene Pflicht muss dabei lediglich dem *äußeren Geschehensablauf* nach vorliegen.⁵ Es bedarf daher also nicht eines abgeschlossenen Bußgeldverfahrens gegen die handelnde Person. Dieser ist daher auch weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit nachzuweisen;⁶ sie muss nicht einmal genau feststehen.⁷ Auch das zivilrechtliche Verhältnis zwischen benachteiligender Person und Diskothekenbetreiber*in ist insofern unbedeutend; klar sein muss nur, dass die benachteiligende Person mit Betriebsaufgaben betraut war.⁸ Insofern ist über § 130 OWiG auch denkbar, dass es nur zur Sanktionierung des*der Betreiber*in kommt, ohne, dass die benachteiligende Person selbst sanktioniert wird.

2. Aufsichtspflichtverletzung

Ausmaß und Umfang der Aufsichtspflicht ist je nach Einzelfall zu bestimmen, was durchaus schwierig sein kann.⁹ Klar ist aber, dass Diskothekenbetreiber*innen bspw. das für den Einlass verantwortliche Personal über die Pflicht aufzuklären haben, nicht auf Grund der Religion oder ethnischen Zugehörigkeit zu benachteiligen. Da § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG dabei auch die unbeabsichtigten diskriminierenden Einlasspraktiken umfasst,¹⁰ ist insofern auch in gewissem Maße über mögliche unterbewusste rassistische Stereotypisierungen aufzuklären. Auch die sorgfältige Auswahl der Mitarbeiter*innen (oder des Sicherheitsdienstleisters) und die gelegentliche Überprüfung der Einlasspraktiken gehören zum Umfang der Aufsichtspflicht.¹¹

⁵ Graf, in: Beckscher Onlinekommentar OWiG, § 130 Rn. 80.

⁶ Zu den diesbezüglichen Problemen vgl. Vogt/Kappler, Kritische Justiz 2016, S. 371 (378).

⁷ Gürtler, in: Göhler (Begr.), Beck'scher Kurz-Kommentar OWiG, § 130 Rn. 20.

⁸ Ebd., Rn. 19.

⁹ Graf, in: Beckscher Onlinekommentar OWiG, § 130 Rn. 80.

¹⁰ Vogt/Kappler, Kritische Justiz 2016, S. 371 (376 ff).

¹¹ Gürtler, in: Göhler (Begr.), Beck'scher Kurz-Kommentar OWiG, § 130 Rn. 12.

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

Sind bereits Unregelmäßigkeiten im Betrieb vorgekommen, besteht eine Pflicht zu gesteigerten Aufsichtsmaßnahmen¹² – also etwa wenn Testings eines Antidiskriminierungsbüros diskriminierende Einlasspraktiken nachgewiesen haben.

3. *Vorsatz und Fahrlässigkeit*

Das Delikt der Aufsichtspflichtverletzung kann vorsätzlich oder fahrlässig begangen werden. Der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit (§ 10 OWiG) von Diskothekenbetreiber*innen muss sich dabei auf die Unterlassung der Aufsichtspflicht beziehen.¹³ Erforderlich ist, dass die Clubbetreiber*innen die abstrakte Gefahr einer betriebsbedingten Zuwiderhandlung, also die abstrakte Gefahr einer Diskriminierung, erkannt haben bzw. zumindest hätten erkennen können.¹⁴ Dagegen müssen sie die *bestimmte* Zuwiderhandlung nicht voraussehen.¹⁵ Dies ergibt sich schon aus der Rechnatur der Zuwiderhandlung als objektiver Bedingung der Ahndbarkeit.¹⁶ Irren die Clubbetreiber*innen über das Bestehen Ihrer Aufsichtspflichten, wird dieser Verbotsirrtum und die Frage nach seiner Vermeidbarkeit nach § 11 II OWiG behandelt.¹⁷ Ob die Vorwerfbarkeit nach § 11 II OWiG entfallen kann, richtet sich nach dem Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung der Persönlichkeit, sowie Lebens- und Berufskreises der Täter*innen.¹⁸ Es wird allerdings nicht ausreichend sein, wenn Inhaber*innen sich allein auf die Unkenntnis des § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG berufen, da es zu den allgemeinen Berufspflichten gehört, sich über einschlägige Vorschriften zu unterrichten und auf dem Laufenden zu halten.¹⁹

¹² Ebd., Rn. 13.

¹³ Bohnert/Krenberger/Krumm, Kommentar OWiG, § 130, Rn. 32.

¹⁴ Ziegler, in: Blum/Gassner/Seith (Hrsg.), Kommentar OWiG, § 130, Rn. 49.

¹⁵ Gürtler, in: Göhler (Begr.), Beck'scher Kurz-Kommentar OWiG, § 130 Rn. 17; Kleszczweski, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 176; Ziegler, in: Blum/Gassner/Seith (Hrsg.), Kommentar OWiG, § 130, Rn. 49.

¹⁶ Bohnert, Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 133.

¹⁷ Bohnert/Krenberger/Krumm, Kommentar OWiG, § 130, Rn. 33.

¹⁸ Rengier, in: Senge (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, § 11, Rn. 57 ff.

¹⁹ Ziegler, in: Blum/Gassner/Seith (Hrsg.), Kommentar OWiG, § 130, Rn. 49.

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

4. Externe Dienstleister*innen

Fraglich ist, wer beim Einsatz externer Sicherheitsdienstleister*innen haftet, wer also „Inhaber des Betriebs oder Unternehmens“ gem. § 130 OWiG ist. Sollen externe Dienstleister*innen etwa eigenverantwortlich den Einlass zur Diskothek verantworten, so liegt eine Übertragung der Aufsichtspflicht vor. Dann würde die Haftbarkeit von Sicherheitsdienstleister*innen jedoch neben die der Diskothekenbetreiber*innen treten, nicht diese ersetzen.²⁰ Ob allerdings eine solch weitgehende Aufsichtspflichtübertragung vorliegt ist von Fall zu Fall zu entscheiden und wird in der Mehrzahl der Fälle eher fernliegend sein.

IV. Effektive Implementierung

Nur weil das Ordnungswidrigkeitenrecht sich zunächst an die handelnden Personen richtet, sollten sich die zuständigen Behörden, also die kommunalen Ordnungswidrigkeitenämter, nicht auf die Sanktionierung etwa von Türsteher*innen beschränken. Denn die Einlasspolitik einer Diskothek wird aller Regel nach nicht von diesen eigenständig bestimmt. Vielmehr handelt es sich hier in der Regel um Vorgaben der für den Betrieb des Clubs verantwortlichen Person, die die Beschäftigten nur mit einem gewissen Einschätzungsspielraum umsetzen.

Es ist daher stets die strukturelle Entscheidungsmacht der Betreiber*innen zu bedenken. Nur, wenn die oben beschriebenen Möglichkeiten der Ahndung von Clubbetreiber*innen ausgeschöpft werden, kann strukturell angelegte Diskriminierung effektiv sanktioniert werden. Können Betreiber*innen die Verantwortung an Beschäftigte abschieben, werden sie kaum angehalten sein, diskriminierende Praktiken abzustellen. Dies ist aber gerade Sinn und Zweck des § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG und damit auch gesetzgeberischer Auftrag an die zuständigen Behörden. Dafür spricht auch, dass auch Maßnahmen nach dem Gewerberecht, etwa die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO,²¹ an die Unzuverlässigkeit der Gewerbetreibenden selbst anknüpfen.²² Gegen Betreiber*innen kann demnach nur vorgegangen werden, wenn ihnen selbst die Unzuverlässigkeit nachgewiesen werden kann, also wenn diese etwa selbst

²⁰ Vgl. *Graf*, in: Beckscher Onlinekommentar OWiG, § 130, Rn. 37.

²¹ Auch die Gesetzesbegründung verweist auf Maßnahmen nach dem Gewerberecht, vgl. Landtag NDS Drs. 17/4312, S. 3.

²² *Brüning*, in: Beckscher Online-Kommentar Gewerberecht, § 35, Rn. 25.

Martin-Luther-Universität Halle Wittenberg

diskriminieren oder explizit zu diskriminierenden Einlasspraktiken auffordern. Eine Gewerbeuntersagung gegenüber persönlich zuverlässigen Gewebetreibenden wegen der Unzuverlässigkeit Dritter ist nur möglich, wenn die Betreiber*innen Dritten, welche die für den Beruf erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzen, einen Einfluss auf die Geschäftsführung einräumen oder nicht willens und nicht in der Lage ist, einen solchen Einfluss auszuschalten.²³ Denn in solchen Fällen bieten Gewerbetreibende selbst nicht die erforderliche Gewähr für die einwandfreie Führung des Gewerbes, sodass sie selbst unzuverlässig sind.²⁴

V. Schlussfolgerung

Das Ordnungswidrigkeitenrecht zieht – wie auch das Strafrecht – einen Menschen höchstpersönlich zur Verantwortung.²⁵ Daher sind bspw. die Türsteher*innen als diejenigen, die den Tatbestand eigenhändig erfüllen, auch Betroffene im Bußgeldverfahren. Clubbetreiber*innen oder externe Dienstleister*innen können aber als Beteiligte, vgl. § 14 OWiG, auch unmittelbare Adressat*innen von § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG sein.

Subsidiär ist die Haftung nach § 130 OWiG, die Clubbetreiber*innen trifft, wenn sie ihre Aufsichtspflicht verletzen. Dies ist vor allem deshalb relevant, weil sich die Geldbuße ansonsten nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Täter*innen und nicht nach denen der Inhaber*innen richtet.²⁶ Theoretisch kann diese Haftung auch externe Sicherheitsdienstleister*innen treffen.

Die Haftung der Clubbetreiber*innen nach § 11 Abs. 1 Nr. 14 NGastG selbst oder nach § 130 OWiG ist dabei im Lichte des Gesetzeszweckes stets durch die handelnden Behörden zu prüfen und auszuschöpfen.

²³ Vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 09.10.2012 - OVG 2 B 240/12.

²⁴ *Brüning*, in: Beckscher Online-Kommentar Gewerberecht, § 35, Rn. 30.

²⁵ *Kleszczweski*, Ordnungswidrigkeitenrecht, S. 134.

²⁶ *Bohnert*, Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 128.